

IRIS
Spécial

Edité par
l'Observatoire européen
de l'audiovisuel



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

La régulation de l'accès à la télévision numérique

**Goulots d'étranglement techniques,
marchés intégrés verticalement
et nouvelles formes
de concentration des médias**



COUNCIL OF EUROPE
CONSEIL DE L'EUROPE



IRIS Spécial : La régulation de l'accès à la télévision numérique

Goulots d'étranglement techniques, marchés intégrés verticalement et nouvelles formes de concentration des médias

Avec le supplément : Glossaire de la télévision numérique

Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg 2004
ISBN 92-871-5400-7

EUR 44

Directeur de la publication :

Wolfgang Closs, Directeur exécutif de l'Observatoire européen de l'audiovisuel
E-mail : w.closs@obs.coe.int

Editrice et coordonnatrice :

Susanne Nikoltchev (LL.M. EUI et U of M)
Responsable du département Informations juridiques
E-mail : S.Nikoltchev@obs.coe.int

Organisations partenaires ayant collaboré à l'ouvrage :



Institut du droit de l'information (IVIR)

Rokin 84
NL-1012 KX Amsterdam
Tél. : +31 (0) 20 525 34 06
Fax : +31 (0) 20 525 30 33
E-mail : ivir@ivir.nl
URL : <http://www.ivir.nl>



Institut du droit européen des médias (EMR)

Nell-Breuning-Allee 6
D-66115 Sarrebruck
Tél. : +49 (0) 681 99 275 11
Fax : +49 (0) 681 99 275 12
E-mail : emr@emr-sb.de
URL : <http://www.emr-sb.de/>

Assistante éditoriale :

Michelle Ganter

Marketing :

Markus Booms
E-mail : M.Booms@obs.coe.int

Photocomposition/Impression :

Pointillés, Hoenheim (France)

Editeur :

Observatoire européen de l'audiovisuel
76 Allée de la Robertsau
F-67000 Strasbourg
Tél. : +33 (0)3 88 14 44 00
Fax : +33 (0)3 88 14 44 19
E-mail : obs@obs.coe.int
URL : <http://www.obs.coe.int>

© Observatoire européen de l'audiovisuel, 2004.

Chacune des opinions exprimées dans la publication est personnelle et ne peut en aucun cas être considérée comme représentative du point de vue de l'Observatoire, de ses membres ou du Conseil de l'Europe.

La régulation de l'accès à la télévision numérique

Goulots d'étranglement techniques, intégration verticale des marchés et nouvelles formes de concentration dans les médias

Édité par l'Observatoire européen de l'audiovisuel

En 2001, nous avons publié un numéro d'*IRIS Spécial* intitulé : *La télévision et la concentration des médias*. A cette époque, la demande d'information sur ce sujet était déjà très forte et elle n'a cessé de croître à chaque nouvelle requête d'insolvabilité ou vente d'une société du secteur. Le débat posé par la concentration dans les médias télévisés est loin d'être épuisé, et plus encore d'être réglé.

Bien au contraire, si l'on se penche sur les spécificités de la télévision numérique, on découvre un grand nombre de nouvelles formes de concentration du "pouvoir sur le marché des médias", qui sont essentiellement le résultat du contrôle exercé sur les services techniques tels que, entre autres, les interfaces de programmes d'application, les guides électroniques des programmes, les portails, les bouquets ou le multiplexage.

Quiconque maîtrise aujourd'hui à la fois la terminologie et la technologie correspondante dispose d'un vaste choix de modèles et de configurations lui permettant de tirer profit du marché des médias. Or, ces profits sont-ils légitimes, voire même souhaitables, ou sont-ils contraires aux règles de la concurrence? Et surtout, constituent-ils une menace pour la diversité d'opinion de nos médias?

Ces questions liées à la technologie de la télévision numérique sont très différentes de celles posées par la concentration classique dans les médias. En premier lieu, il convient de décider sur quel mode traiter les phénomènes techniques actuels du contrôle de l'accès au média télévision. Peut-on, doit-on ou veut-on même les réguler? Peut-être sont-ils déjà régis par la réglementation en vigueur?

Le problème du contrôle d'accès se pose à tous les stades de la télévision numérique: au niveau de l'assemblage et de la préparation des contenus destinés au transport, de l'émission et de la réception des contenus (cryptés ou non), y compris de tous les dispositifs techniques requis à cet effet, de la composition des bouquets, des aides de sélection des programmes et, enfin, au niveau de tous les dispositifs techniques permettant au téléspectateur de visionner les contenus. Plus les étapes assurées par un seul et même prestataire sont nombreuses, c'est-à-dire plus le marché a une structure d'intégration verticale, plus la problématique du contrôle d'accès devient cruciale.

Pour pouvoir aborder ce problème de façon approfondie, l'Observatoire européen de l'audiovisuel a organisé en septembre 2003 un atelier intitulé *Limites verticales - Nouveaux défis pour la régulation des médias?* en collaboration avec l'Institut du droit de l'information (IViR) et avec le soutien de l'Institut du droit européen des médias (EMR). Les résultats de cet atelier sont présentés en trois volets dans ce numéro d'*IRIS Spécial*, accompagnés d'informations complémentaires et d'un glossaire.

Le premier volet constitue une brève présentation des rapports et les discussions de l'atelier. Le deuxième volet comporte la version écrite de tous les rapports ayant servi d'une part, à définir les aspects techniques, juridiques et économiques du problème et, d'autre part, à présenter les modes de régulation possibles. Ce volet étudie également dans quelle mesure les problèmes mentionnés sont régis par la directive "accès" de la CE et s'il ne convient pas de les classer dans le domaine du droit de la concentration des médias. Mais d'autres orientations sont également envisageables et donnent lieu à des débats, notamment l'option du droit européen de la concurrence ou d'une politique de *lais-*

ser faire, telle qu'elle est pratiquée aux Etats-Unis. Les différentes contributions des participants exposent les arguments en faveur ou à l'encontre des différentes options tout en donnant une vision concrète de leur application.

Le troisième volet, quant à lui, fournit des éléments contextuels généraux pour une meilleure compréhension de la directive CE en question, ainsi que des informations d'ordre organisationnel.

Le *Glossaire de la télévision numérique* joint en annexe peut faire double office. D'une part, c'est un document de référence, à utiliser en fonction des besoins individuels de chacun pour mieux comprendre les technologies qui se trouvent à la base de toutes ces questions juridiques. D'autre part, on peut en faire une lecture linéaire pour acquérir une vision claire et chronologique des différents stades constitutifs de la télévision numérique et mieux cerner les différentes options de contrôle d'accès.

L'Observatoire remercie vivement tous ceux qui ont contribué à la réalisation de cet ambitieux projet, en particulier les participants, pour leur engagement sans faille dans cette initiative. Nos remerciements s'adressent également à nos deux partenaires, l'IViR et l'EMR, sans qui ce numéro d'*IRIS Spécial* n'aurait jamais pu voir le jour. Vous trouverez la liste des participants et des organisateurs en dernière page. Un grand merci également, assorti de toutes nos félicitations, à tous les traducteurs et correcteurs, ainsi qu'aux membres du Département juridique de l'Observatoire qui ont participé à cette publication. Le mélange terminologique technico-juridique proposé dans ce numéro d'*IRIS Spécial* est sans doute l'une des tâches les plus ambitieuses que l'Observatoire vous ait jamais demandé de réaliser. Nous espérons que ce considérable travail d'équipe sera profitable à nos lecteurs.

Wolfgang Closs
Directeur exécutif

Susanne Nikoltchev
Responsable du Département Informations juridiques

TABLE DES MATIERES

Atelier : “Limites verticales – Nouveaux défis pour la régulation des médias ?”	1
Résumé de la discussion	3
Contributions des participants à l’atelier.....	17
Aperçu du sujet	19
L’accès à la télévision numérique: conditions techniques et implications pour les spectateurs, les consommateurs, les utilisateurs finaux et les citoyens	21
Les goulots d’étranglement techniques entre les mains des acteurs dominants intégrés verticalement: un problème ou le moteur de l’économie fondée sur la connaissance?	25
Analyse économique de l’obligation d’ouverture des ressources des goulots d’étranglement.....	43
Trois approches différentes aux goulots d’étranglement dans les marchés intégrés verticalement	49
Etendre l’obligation d’accès aux EPG et aux plateformes de services?	51
Le contrôle des goulots d’étranglement techniques: des arguments en faveur de la loi sur la propriété des médias?	65
Régulation verticale de la télévision: pourquoi les Etats-Unis n’ont pas de directive “accès”	77
Aspects complémentaires et exemples	89
L’effondrement des plateformes numériques dans les Etats membres de l’Union européenne	91
Cadre de réglementation 2003 pour les communications électroniques - Implications pour l’accès aux réseaux de radiodiffusion et aux ressources associées.....	99
Les règlements européens relatifs aux passerelles techniques destinées à la télévision numérique au sein des chaînes verticales et leur incidence sur les activités commerciales des exploitants de réseaux	103
Radiodiffusion de service public et goulots d’étranglement techniques	109
La régulation verticale de la télévision numérique: l’approche italienne	115
L’accès à la télévision numérique payante en Espagne: une approche complexe.....	119
Documentation et information sur l’atelier.....	125
Vue d’ensemble de la régulation des goulots d’étranglement liés au progrès technique dans le domaine de la télévision numérique dans le cadre de la nouvelle directive “accès”	127
Atelier: Limites verticales – Nouveaux défis pour la régulation des médias.....	135
Participants et organisateurs de l’atelier.....	137

Atelier :
“Limites verticales –
Nouveaux défis pour
la régulation des médias ?”

Résumé de la discussion

Natali Helberger et Anita Springsteen¹
Institut du droit de l'information (IViR), Université d'Amsterdam

Introduction

Le 27 septembre 2003, l'Institut du droit de l'information (IViR) et l'Observatoire européen de l'audiovisuel ont organisé à Amsterdam, avec le soutien de l'Institut du droit européen des médias (EMR), un atelier sur le thème "Limites verticales – Nouveaux défis pour la régulation des médias ?" Cet atelier avait pour objectif d'examiner les répercussions du contrôle des goulots d'étranglement techniques, combiné à une intégration verticale entre l'échelon du service et celui du transport, sur la réalisation des objectifs politiques d'information à l'échelon du service, ainsi que d'explorer les possibilités d'élaboration d'une nouvelle politique face à l'évolution du cadre réglementaire. Les participants originaires de divers pays d'Europe et des Etats-Unis ont ainsi examiné la question de la régulation des goulots d'étranglements d'un point de vue technique, juridique et économique, à partir du droit national et communautaire des médias, des communications et de la concurrence.

La régulation des médias est habituellement destinée à prévenir la constitution de monopoles de l'information et d'un "pouvoir des médias" dominant, qui entraveraient le pluralisme, la diversité et l'égalité des chances en matière de communications. C'est précisément la raison pour laquelle le contrôle de l'accès aux marchés de la radiodiffusion a jusqu'ici relevé exclusivement de la compétence des régulateurs des médias et des autorités réglementaires nationales (ARN) du secteur de la radiodiffusion. La télévision numérique a entraîné la formation d'un certain nombre de nouvelles passerelles ou de nouveaux goulots d'étranglement dans le processus de communication *après* composition du programme². Il s'agit de passerelles techniques (système d'accès conditionnel (CA), guide électronique des programmes (EPG), interface de programme d'application (API), multiplex, etc.) mises en place au niveau du transport ou de passerelles installées à l'échelon des services (plateforme de services, bouquets de programmes). Les directeurs de ces passerelles exercent un contrôle sur l'accès à l'information et aux marchés de l'information. La disponibilité générale des sources d'information et le choix entre ces dernières est désormais une question d'accès, qui passe discrètement sous le contrôle du secteur privé.

Les goulots d'étranglement que compte la télévision numérique sont souvent le produit de la combinaison de (a) normes propriétaires, de (b) la dynamique des marchés (par exemple le réseau et les effets de bascule) et de (c) la façon dont les services sont commercialisés, à l'échelon du service lui-même, auprès des consommateurs par le biais de nouveaux modèles d'entreprises, par exemple adaptés à la demande et dotés d'un système de contrôle d'accès électronique³. L'intégration verticale regroupe ces différents aspects. Face au processus de convergence, divers acteurs "principaux" des marchés des médias ont conclu une série d'alliances stratégiques à différents stades de la chaîne de dis-

1) Le présent rapport a été réalisé avec la collaboration de Nico van Eijk et Tarlach McGonagle de l'Institut du droit de l'information (IViR) de l'université d'Amsterdam.

2) Ces deux synonymes désignent une forme d'insuffisance présentée par la disponibilité ou le fonctionnement d'un bien ou d'un service intermédiaire.

3) Pour plus de détails, voir *infra*, Helberger, Les goulots d'étranglement techniques entre les mains des acteurs dominants intégrés verticalement : un problème ou le moteur de l'économie fondée sur la connaissance ?, p. 25-41.

tribution, en vue d'acquiescer des droits en matière de contenu, d'utiliser ou d'élaborer des décodeurs et des systèmes de cryptage, de contrôler les infrastructures de transmission, de constituer des monopoles dans la gestion des services, etc. C'est notamment le cas d'entreprises des médias telles que AOL et Time Warner ou Vivendi, dont les activités englobent la télévision à péage (Canal+), Internet, ainsi que la production de contenu, les droits cinématographiques, la musique, les jeux et les contenus éducatifs, la technologie d'accès conditionnel et les infrastructures de transmission (télécommunications et activités du câble). Le contrôle des différents échelons de la chaîne de distribution et l'effet de levier, produit par une situation de puissance sur le marché, d'un échelon sur un autre (par exemple grâce au contrôle des goulots d'étranglement) assurent tous deux un accès rentable aux canaux de fourniture et de distribution, souvent à des conditions plus avantageuses que celles du libre marché. Lorsque les entreprises concernées sont suffisamment puissantes, elles peuvent ainsi contrôler l'accès de leurs concurrents aux installations et aux marchés. Cela signifie que le contrôleur verticalement intégré des goulots d'étranglement, et existant à l'échelon du transport, dispose également d'une influence considérable à l'échelon des services. Mais le plus inquiétant reste que le contrôle verticalement intégré des aspects techniques et des services par certaines entreprises leur permet, voire les incite, à adopter des comportements abusifs à l'égard de l'accès de leurs concurrents aux marchés de l'information.

Sous sa forme actuelle, le droit des médias classique n'est pas vraiment adapté à cette situation de contrôle de l'accès des tiers au marché, d'autant que ce contrôle était jusqu'à présent exercé par les seules autorités de régulation des médias. On peut ainsi considérer que le régime juridique applicable aux médias se révèle impuissant, d'une part, à contrer l'influence du contrôle des goulots d'étranglement sur le marché des services et, d'autre part, à la fois à garantir les intérêts de l'information du public et à réaliser les objectifs définis par la politique des médias, à savoir le pluralisme, la diversité et l'égalité des chances en matière de communication. Le régulateur européen a cependant récemment adopté un nouveau cadre pour les communications, qui comprend des dispositions applicables au contrôle des goulots d'étranglement techniques de la télévision numérique. Leur champ d'application se limite pour l'instant à l'accès conditionnel (l'un des nombreux goulots d'étranglements de la télévision numérique), bien que la directive "accès" autorise également les Etats membres à étendre cette réglementation aux autres formes de goulots d'étranglement, telles que le EPG ou l'interface API. En outre, la directive "accès" se concentre avant tout sur les aspects techniques du contrôle des goulots d'étranglement, tout en négligeant les liens économiques (intégration verticale) et fonctionnels qui les rattachent aux services, ainsi que l'importance des questions relatives au contenu et à la politique des médias dans un cadre d'accès. Au regard de l'insuffisance de la législation applicable aux communications, peut-être les problèmes des goulots d'étranglement pourraient-ils être (mieux?) traités en recourant à d'autres domaines de la législation, tels que le droit général de la concurrence et la législation en matière de concentration des médias.

L'objectif du présent atelier était d'examiner dans quelle mesure la directive "accès" règle la question des goulots d'étranglement de la télévision numérique et s'il convient de s'intéresser à d'autres goulots d'étranglements qui ne relèvent pas du champ d'application de ses dispositions, y compris ceux qui existent à l'échelon des services (par exemple certaines plateformes de programmes, le système de gestion de l'abonnement (*Subscriber Management System* - SMS), les systèmes de gestion des droits numériques (*Digital Rights Management Systems* - DRMS)). Il s'agissait ainsi de déterminer le cadre approprié pour y parvenir : soit en élargissant la portée de la directive "accès", soit en envisageant une réglementation plus adaptée que la législation relative aux communications pour traiter les problèmes de goulots d'étranglement actuels à l'échelon national ou communautaire. Après une introduction générale consacrée aux aspects techniques de la télévision numérique (envisagés du point de vue du consommateur), deux exposés supplémentaires ont présenté le contexte juridique⁴ et économique⁵ général de la tendance actuelle en faveur de la régulation des goulots d'étranglement en Europe. Trois intervenants ont ensuite examiné les initiatives réglementaires auxquelles il était possible de recourir, à savoir l'extension de la directive "accès"⁶ aux goulots d'étranglement autres que l'accès conditionnel, l'application de la législation relative à la concentration des médias ou du droit de la concurrence⁷ et enfin la méthode retenue aux Etats-Unis pour traiter les goulots d'étranglement techniques de la télévision numérique⁸. La signification des termes techniques employés dans le présent rapport est expliquée en détail dans le Glossaire de la télévision numérique.

4) Pour plus de détails, voir *infra*, Helberger, Les goulots d'étranglement techniques entre les mains des acteurs dominants intégrés verticalement: un problème ou le moteur de l'économie fondée sur la connaissance?, p. 25-41.

5) Pour plus de détails, voir *infra*, van Geffen/Theeuwes, Analyse économique de l'obligation d'ouverture des ressources des goulots d'étranglement, p. 43-47.

6) Pour plus de détails, voir *infra*, Schulz, Etendre l'obligation d'accès aux EPG et aux plateformes de services?, p. 51-63.

7) Pour plus de détails, voir *infra*, Gibbons, Le contrôle des goulots d'étranglement techniques: des arguments en faveur de la loi sur la propriété des médias?, p. 65-75.

8) Pour plus de détails, voir *infra*, Speta, Régulation verticale de la télévision: pourquoi les Etats-Unis n'ont pas de directive "accès", p. 77-88.

Exposé n° 1

Le premier exposé traitait des principaux aspects techniques de la télévision numérique, envisagés du point de vue du consommateur. L'importance d'une réglementation soucieuse de l'intérêt du consommateur y a été soulignée. A cet égard, l'accès à des programmes télévisuels de qualité, proposés gratuitement ou à bas prix, et la question de la diversité présentent un intérêt crucial. Dans ce contexte, la notion de diversité ne fait pas uniquement référence à la multitude de l'offre proposée par les différents fournisseurs de services de contenu, mais également à la diversité de l'accès aux plateformes techniques. L'intervenant a insisté sur l'état d'avancement insuffisant du passage au numérique et, notamment, sur la faiblesse des investissements réalisés dans les technologies numériques par les consommateurs, ainsi que par les fournisseurs de services et les fournisseurs d'infrastructure (comme les câblo-opérateurs), dans de nombreux pays. L'une des raisons invoquées tient au degré d'incertitude qui règne, d'une part, au sujet des récepteurs numériques et des cartes à puces et, d'autre part, au sujet de l'API. A l'heure actuelle, le marché européen de la télévision numérique est dominé par huit à onze normes propriétaires différentes pour le cryptage et le récepteur numérique qui lui est associé. Ce retard s'explique également par la situation particulière du marché dans certains pays (dominé par un type spécifique de plateforme de transmission, comme le satellite ou le câble) et par le manque de modèles commerciaux susceptibles d'inciter les consommateurs à investir dans un équipement numérique. L'intervenant a également souligné que les nouvelles techniques numériques permettraient l'émergence d'une offre de radiodiffusion plus adaptée aux consommateurs. Il a appelé à promouvoir ce développement par, notamment, l'introduction d'un cryptage élémentaire, de l'interopérabilité et de l'obligation de rediffusion (*must-carry*).

La discussion qui a suivi a porté sur la question de l'interopérabilité. De nombreux arguments ont été échangés sur les risques et les avantages de l'adoption d'une norme spécifique, telle que la norme MHP, pour les récepteurs numériques⁹. Les participants de l'atelier ont cependant reconnu que l'absence de norme commune pour l'API représentait un frein à l'acquisition d'un équipement de télévision numérique par les consommateurs. Le manque actuel de solutions d'interopérabilité adéquates constitue également un obstacle au développement du marché, comme par exemple le passage des câblo-opérateurs à des modes de transmission numérique ; il est en effet plus difficile, en l'absence d'une norme API commune, de proposer l'offre émanant de fournisseurs de services qui utilisent des normes d'application de services différentes. Compte tenu de cette situation, l'adoption d'une interface commune, notamment, s'avère souhaitable. On s'est également interrogé sur la présence de structures de marché verticalement intégrées et leurs éventuelles répercussions négatives sur le développement de fabricants indépendants d'équipement numérique destiné aux consommateurs, d'autres composants (tels que le système d'accès conditionnel) ou d'applications de services. L'existence d'un ou de quelques opérateurs verticalement intégrés importants pourrait représenter une entrave considérable à l'entrée sur le marché, s'ils en venaient par exemple à définir une norme propriétaire d'accès conditionnel.

La mutation actuelle de la télévision analogique en télévision numérique (le passage au numérique) présente également un grand intérêt. L'intervenant a expliqué que ce mouvement était encouragé par la Commission européenne. Celle-ci souhaite que les régulateurs, les pouvoirs publics et les radiodiffuseurs s'attellent à cette question¹⁰. Pour le moment, la plupart des Etats membres de l'UE restent cependant prudents au sujet de l'abandon de l'analogique et aucune date définitive n'a été arrêtée. L'intérêt général commande certes de couvrir l'intégralité de la population et d'abandonner le système analogique des années soixante et soixante-dix. Mais l'on réalise en parallèle que la numérisation implique la venue de nouveaux intermédiaires (tels que les contrôleurs des normes d'accès conditionnel, des multiplexes, des plateformes de distribution numérique, etc.) dont l'impact sur les marchés de la radiodiffusion et des communications sera considérable.

Au Royaume-Uni par exemple, malgré l'inquiétude née de la perte (temporaire) des avantages de la télévision gratuite analogique, largement accessible et reçue par un grand nombre de foyers, la transition vers la télévision numérique est en train de s'opérer. La stratégie actuellement suivie n'est pas de s'efforcer de couvrir chaque région numériquement, mais de continuer à maintenir en parallèle des réseaux câblés analogiques ou un accès par satellite. La couverture numérique de l'ensemble du territoire est en effet jugée trop coûteuse. En Allemagne, le territoire n'est pas davantage couvert par la

9) Pour de plus amples détails, voir *infra*, Helberger, Les goulots d'étranglement techniques entre les mains des acteurs dominants intégrés verticalement: un problème ou le moteur de l'économie fondée sur la connaissance? p. 25-41.

10) Voir également la récente Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions concernant la transition de la radiodiffusion analogique à la radiodiffusion numérique (du passage au numérique à l'abandon de l'analogique), Bruxelles 17 septembre 2003, COM(2003)541 final.

télévision numérique dans son intégralité. La situation, notamment, de la télévision numérique terrestre – DVB-T – est plus délicate encore, car seuls 6 à 7 % de la population utilisent la télévision terrestre. Ce dilemme n'existe pas dans tous les autres pays, mais il préoccupe fortement plusieurs d'entre eux. Le cas de la France a également été évoqué : le Gouvernement français a reconnu l'importance primordiale de l'accès universel aux services télévisuels. C'est la raison pour laquelle le système numérique français comporte cinquante chaînes gratuites et cinquante chaînes payantes. Le pays est lui aussi confronté à la difficulté de maintenir, durant la période de transition, un accès aux services de radiodiffusion au profit des populations qui ne reçoivent (toujours) pas la télévision numérique. Le sentiment général est qu'un abandon soudain de la télévision analogique s'avère impossible. Le Gouvernement français publiera un rapport pour déterminer comment couvrir les 20 % de la population dépourvus de couverture dans les premiers temps du passage à la télévision numérique. Il est difficile de concevoir un moyen de couvrir cette partie du territoire par l'intermédiaire du satellite et de mettre en place une structure aussi coûteuse. Cette difficulté explique également le temps que requiert le passage au numérique en France. Une solution rapide et efficace s'avère indispensable, mais elle sera extrêmement difficile à trouver, a-t-il été rappelé.

D'autres questions de politique publique interviennent également. La distribution analogique est pour l'heure jugée nécessaire dans bien des pays, comme au Royaume-Uni, car elle permet également aux gouvernements de conserver le contrôle sur des moyens de transmission largement et gratuitement disponibles. La conversion de l'analogique en numérique pourrait impliquer la disparition de plateformes de transmission qui couvrent un grand nombre de foyers¹¹. Etant entendu, par exemple, que l'accès à la radiodiffusion numérique est – en principe – soumis à un contrôle d'accès électronique, les pays ne disposeraient pas de l'infrastructure ou de la capacité à informer le public sans restriction, paiement, ni ingérence d'aucune sorte. Les gouvernements ont tout intérêt à assurer le maintien d'une programmation d'accès gratuit. Le Royaume-Uni représente un parfait exemple en matière de télévision numérique. La couverture des championnats de football n'a pas pu être assurée en Ecosse parce que cette programmation avait été vendue à un opérateur de télévision à péage. Le problème devient particulièrement évident lorsqu'il découle de la radiodiffusion publique et de son accessibilité par le biais de plateformes numériques privées dont l'accès est contrôlé. Au vu de ce contexte, l'importance de la radiodiffusion publique et la nécessité de son maintien en tant que service d'accès gratuit ont été soulignées. Mais ce point soulève également d'autres questions : on peut ainsi se demander si l'ensemble des foyers resteront soumis au paiement d'une redevance¹².

A cet égard, l'éventualité d'une lacune de la réglementation a été soulevée. Dans l'univers analogique, la question de la disponibilité de la radiodiffusion publique est régie par le droit des médias. Mais que se passera-t-il avec la mise en place de la numérisation ? L'infrastructure technique et l'équipement des consommateurs nécessaires à la distribution de la télévision numérique sont en effet aux mains des sociétés privées qui contrôlent les passerelles ; or la législation en vigueur relative aux médias ne prévoit pas directement cette situation. Aussi convient-il que le droit des médias moderne protège avant tout le citoyen.

La discussion a également porté sur la question de l'acceptation, par les consommateurs, des nouveaux services numériques, tels que la télévision à péage. L'un des participants s'est déclaré favorable aux nouveaux services de télévision à péage, considérant que la "gratuité" actuelle de la télévision était toute relative, puisque les consommateurs subissaient la diffusion de publicités. Selon lui, la télévision à péage pourrait offrir un choix plus équitable aux consommateurs, qui disposeraient de la faculté de ne pas regarder les publicités. Il a par ailleurs estimé que pour remédier à la méconnaissance actuelle des possibilités avantageuses offertes par la télévision numérique en général, et par la télévision à péage en particulier, les gouvernements pourraient recourir à des campagnes d'information. Afin de renforcer l'acceptation de la télévision numérique par les consommateurs, il a été proposé que les gouvernements adoptent des mesures incitatives en faveur de la diffusion étendue d'un équipement de réception numérique. Les gouvernements nationaux pourraient ainsi subventionner l'équipement des consommateurs les plus démunis, par exemple en recepteurs numériques. La distribution de cartes à puces par les gouvernements constituerait une autre solution. Ces mesures favoriseraient la prolifération du matériel nécessaire à la réception des services numériques (dont l'accès est contrôlé). Berlin envisage un projet de ce type. L'un des participants a considéré que ce modèle pourrait s'avérer intéressant pour le Royaume-Uni. L'existence d'une législation spécifique aux médias et visant à la protection des consommateurs a également été évoquée comme un moyen de gagner leur

11) Note du rédacteur : cette hypothèse fait référence à la fragmentation des marchés de la télévision numérique en différents systèmes d'accès conditionnel, normes d'API ou autres normes propriétaires à venir.

12) Note du rédacteur : en sus du paiement d'autres droits, tels que ceux versés pour l'abonnement à des services numériques.

confiance et d'obtenir leur acceptation en faveur des services numériques. Cette solution permettrait de tenir compte des nouveaux modes de commercialisation associés à la radiodiffusion numérique : elle passe en effet par une vente directe au consommateur, ce qui signifie que l'accès à l'information est soumis à un processus de négociation individuel, scellé par une relation contractuelle personnalisée. Le consommateur devient un acteur essentiel de cette relation, alors même que le droit classique des médias ne couvre pas les rapports individuels entre le fournisseur de services et le consommateur¹³.

L'un des participants a évoqué la question du cadre juridique applicable aux problèmes des goulots d'étranglement techniques associés aux services numériques, comme l'accès au système d'accès conditionnel, le EPG, etc.¹⁴. Il se demandait en particulier dans quelle mesure les services d'accès contrôlé, tels que la télévision à péage, s'inscrivaient dans la récente approche européenne en faveur de la régulation des goulots d'étranglement. On peut également soutenir que la question des services d'accès contrôlé concerne principalement la vente de clés de cryptage aux clients, qui leur donne accès à un contenu de radiodiffusion crypté. En d'autres termes, cette stratégie implique davantage la vente des clés d'accès au contenu que la vente du contenu lui-même. On serait ainsi en présence d'un service de la société de l'information, si l'on peut dire, qui ne répondrait plus à la définition de la "radiodiffusion" et ne relèverait pas, par voie de conséquence, des dispositions de l'article 6 de la directive "accès". L'un des participants a précisé que cette situation existait, du moins en partie, en Italie. Le fournisseur de services vend des clés, fournit des services, entretient des rapports avec ses clients et se trouve ainsi impliqué dans les services de la société de l'information. Le fournisseur de réseau fournit l'infrastructure. Le fournisseur de contenu vend des contenus et non des clés. Les fournisseurs de contenu seraient ainsi soumis à la réglementation relative aux médias, tandis que les fournisseurs d'infrastructure relèveraient de la législation applicable aux communications.

Exposé n° 2

Le second exposé portait sur "Les goulots d'étranglement techniques aux mains des acteurs dominants et verticalement intégrés du marché – problème ou moteur de l'économie fondée sur le savoir ?" L'intervenant a défendu l'idée que les limites verticales représentaient de nouveaux défis pour la régulation des médias et s'interrogeait sur l'aptitude de la nouvelle directive "accès" à faire face aux problèmes émergents des goulots d'étranglement sur les marchés de la radiodiffusion numérique verticalement intégrée. Les grands opérateurs verticalement intégrés du marché, qui contrôlent l'accès aux plateformes techniques et commerciales situées en aval du décodeur, sont en mesure de dicter les modalités et les conditions de l'accès de leurs concurrents au marché. Les structures verticalement intégrées les incitent tout particulièrement à abuser de ce contrôle en vue de favoriser leurs propres services ou des services associés. Cette situation peut ainsi porter atteinte à la concurrence économique et journalistique et, en définitive, nuire au consommateur sur le marché en aval. Le choix du consommateur est conditionné par l'absence de concurrence, mais aussi par le manque d'information et de transparence, ainsi que par les obstacles techniques et contractuels qui l'empêchent de passer d'une plateforme à l'une de ses concurrentes. Tout cela peut fort bien aboutir à restreindre le choix et la diversité des services.

La directive "accès" ne clarifie malheureusement pas un certain nombre de points importants : elle ne donne aucune définition des conditions d'accès "raisonnables" et ne précise pas si la notion de "raisonnable" s'étend également aux conditions relatives aux aspects du contenu (par exemple l'interdiction de l'accès à un radiodiffuseur précis au motif que ses programmes ne correspondent pas à la ligne éditoriale de la plateforme située en aval du décodeur). Cette difficulté tient au principe de séparation absolue de la régulation du transport et du service (contenu). En conséquence, la réglementation actuelle en matière d'accès ne couvre pas l'accès aux goulots d'étranglement associés au contenu, mais uniquement les goulots d'étranglement présents à l'échelon du transport. Ignorer l'unité économique et fonctionnelle de ces deux niveaux pourrait cependant rendre l'approche actuelle en faveur de la régulation des goulots d'étranglement inefficace et inadaptée à la promotion, soit d'une concurrence effective défendue par la politique économique, soit du pluralisme et de la diversité défendues par la politique d'information. Dans ce contexte, il convient également de noter que les objectifs réglementaires divergent d'un échelon à l'autre. A l'échelon du transport, la préoccupation majeure est d'établir une concurrence économique effective et d'assurer la protection du consommateur. A l'échelon du

13) Note du rédacteur : jusqu'ici, la radiodiffusion était perçue avant tout comme un service de point à plusieurs points (*point-to-multipoint*) ; la relation entre les consommateurs et le fournisseur de services était par conséquent inexistante.

14) Voir également la discussion à l'issue des autres exposés.

service, l'accent est mis sur les aspects relatifs au contenu, notamment la liberté d'expression, l'accessibilité et la disponibilité de l'information, ainsi que le pluralisme et la diversité (en d'autres termes, on peut assister à un conflit entre "la loi du plus fort et la loi du plus intéressant"). Il est par ailleurs de plus en plus difficile de maintenir une distinction entre transport et service, du fait de l'imbrication croissante de ces deux échelons, comme le démontre parfaitement l'exemple du EPG ou du système de gestion des droits numériques (DRMS). Il est en effet difficile dans ces deux cas de déterminer s'ils constituent des éléments de l'infrastructure de transmission ou du service fourni par le biais de cette infrastructure; ils se rattachent probablement à l'un et à l'autre. L'intervenant a conclu en ajoutant que la directive "accès" n'offrait pas une protection suffisante pour garantir l'ouverture et la compétitivité des marchés de la radiodiffusion numérique, car elle ignore l'unité fonctionnelle qui existe entre la plateforme technique et la plateforme commerciale situées en aval du décodeur. Une régulation efficace des goulots d'étranglement ne peut pas se limiter au décodeur, mais doit englober les effets du contrôle d'accès électronique sur la disponibilité et l'accessibilité de l'information au profit des consommateurs. On peut également s'interroger sur l'opportunité de procéder à cette régulation à l'échelon communautaire ou à l'échelon national. L'exposé s'est achevé sur la mise en avant de l'existence de plusieurs moyens permettant de faire face à ces nouveaux problèmes de goulots d'étranglement. Hormis l'extension des dispositions de la directive "accès" de manière à inclure les nouvelles situations de goulots d'étranglement, il est notamment possible de recourir au droit général de la concurrence (par exemple les articles 81 et 82 du Traité CE) et à la législation nationale relative à la propriété des médias¹⁵.

Lors de la discussion qui a suivi, l'un des participants a déclaré que les objectifs de l'article 6 ne présentaient pas de difficulté particulière pour la Commission européenne. L'article 6 n'est en effet rien de plus qu'un héritage de l'ancienne réglementation en matière d'accès de 1997. En tout état de cause, la directive "accès" n'est pas destinée à régler des questions d'intérêt général et de droit des médias. La Commission européenne a souhaité au contraire introduire une notion d'accès équitable, raisonnable et non discriminatoire dans les systèmes d'accès conditionnel (en tant que socle technique de nombreux services modernes de radiodiffusion numérique) et aux réseaux de transmission (tels que les réseaux satellitaires ou câblés) lorsque les fournisseurs d'accès permettent à des tiers d'accéder à leurs installations en échange d'une rémunération (contrairement à l'approche retenue pour l'obligation de retransmission "must-carry", prévue par l'article 31 de la directive "service universel")¹⁶.

Une bonne partie de la discussion a porté sur le degré d'extension de la régulation aux guides électroniques des programmes (EPG). L'une des pistes de recherche consistait à déterminer dans quelle mesure la directive autorisait les Etats membres à réguler les EPG: la directive est-elle applicable aux aspects relatifs au contenu des EPG ou uniquement à leurs aspects techniques? Est-il nécessaire d'inclure les EPG dans la directive¹⁷? La difficulté conceptuelle en la matière tient au fait que le contenu d'un EPG est essentiellement un problème de médias et non une question associée au transport; il relève de ce fait de la compétence des Etats membres et non de celle de la Commission européenne.

Les participants se sont également intéressés à l'interprétation des notions contenues dans la directive "accès", notamment à celle des "conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires". Bien que les objectifs d'une approche non discriminatoire soient évidents, sa mise en œuvre pratique soulève une multitude de questions. Ainsi, le principe de conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires admet-il en parallèle le respect de la liberté d'expression de l'entreprise qui contrôle l'installation constitutive du goulot d'étranglement (par exemple un opérateur d'accès conditionnel ou un opérateur de réseaux de transmission par câble ou par satellite)? Dans quelle mesure une partie peut-elle être soumise à l'obligation de diffuser les idées d'une autre, notamment lorsqu'elles sont contraires à sa propre ligne éditoriale? Voici une des raisons qui conduit certains participants à se montrer réticents par rapport à l'imposition d'une sorte d'obligation de retransmission ("must-carry") aux EPG. Un fournisseur peut, par exemple, souhaiter refuser de passer contrat avec une chaîne religieuse. Cette faculté de refus doit-elle être accordée à une société? Les participants ont convenu du caractère extrêmement délicat de la question. La légalité de cette faculté n'est pas clairement établie par la réglementation, qui reste limitée dans le domaine des EPG. L'un des intervenants a précisé que le refus de donner accès à un EPG devait être motivé par les fournisseurs d'accès au regard des principes généraux de la législation et qu'il leur fallait protéger leur propre capacité à fournir ou refuser de fournir une

15) Pour de plus amples détails, voir également les autres articles de cette publication.

16) Note du rédacteur: la notion de conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires implique également que le fournisseur d'accès facture un montant équitable, raisonnable et non discriminatoire pour l'accès consenti.

17) Note du rédacteur: au lieu de les réguler, par exemple en se fondant exclusivement sur le droit national des médias ou de la concurrence.

information. En d'autres termes, le principe de non discrimination vaut également pour ce cas de figure. Il ne s'agit pas de dire que les fournisseurs de EPG ne devraient pas pouvoir refuser un accès sans motif valable. Un fournisseur de EPG doit démontrer que la fourniture d'un programme particulier serait en infraction avec le droit général ou contraire à sa propre déontologie, notamment lorsqu'il existe un risque de litige. Le mélange des aspects économiques et idéologiques en présence pose également un problème aux autorités réglementaires nationales du secteur des communications, qui sont supposées appliquer le cadre juridique en vigueur. Elles ne peuvent se contenter de déclarer qu'elles désapprouvent les modalités de publication des EPG définies par un fournisseur. Ce dernier bénéficie en effet d'un certain nombre de droits garantis par la Constitution, qui doivent être respectés. Les autorités réglementaires nationales du secteur des communications sont-elles, par ailleurs, autorisées à tenir compte de ces aspects relatifs au contenu ?

Cet exemple illustre également, d'une part, combien les intérêts du pluralisme et de la concurrence peuvent être divergents et, d'autre part, le fait que la présente approche fondée sur le principe d'une distinction entre le transport et le service ne parvient pas à concilier ces deux aspects. L'un des participants a suggéré de résoudre ce problème en confiant aux autorités de contrôle le soin de contrôler à la fois le marché des contenus et celui des transports.

L'existence d'un droit d'accès absolu à tout EPG est encore impossible à l'heure actuelle, tant pour des raisons techniques que pratiques, compte tenu notamment du manque d'interopérabilité (de l'API, c'est-à-dire de l'intergiciel utilisé pour l'exécution d'applications telles que les EPG). L'idéal serait bien entendu de disposer d'un marché concurrentiel des services de EPG, qui permettrait aux consommateurs de passer aisément d'un navigateur à l'autre. Qui plus est, cette situation contribuerait sans doute à éviter toute situation de domination de la part d'un opérateur de EPG particulier. Mais la réalisation de cet objectif est sérieusement entravée par l'insuffisance de solutions d'interopérabilité adéquates, notamment en matière d'API.

La dernière remarque sur ce point concernait les aspects relatifs au contenu des EPG équipés d'une touche personnalisée¹⁸. Mais ces EPG présentent un (autre) inconvénient : il est fort possible que les consommateurs ne soient pas tentés d'utiliser cette option de personnalisation si elle existe, du fait de la perte inévitable d'informations qu'occasionnerait une information "personnalisée".

Exposé n° 3

Le troisième intervenant a présenté le contexte économique de la régulation de l'accès, en s'attachant notamment aux considérations économiques des opérateurs de goulots d'étranglement. Il a estimé que ces arguments économiques faisaient quelquefois abstraction de la réalité, puisqu'ils étaient motivés par la recherche du profit. Il a précisé les facteurs qui, d'un point de vue économique, font d'un réseau un goulot d'étranglement : l'existence ou l'absence d'éléments compatibles et complémentaires, d'investissements substantiels, de coûts irrécupérables et d'investissements irréversibles, ainsi que d'économies d'échelle et de portée. L'intervenant a notamment retenu la tarification de l'accès comme une approche possible de la résolution du problème des goulots d'étranglement. Il est bien entendu préférable que le prix de l'accès couvre les frais fixes. En outre, plus le fait de donner accès à un concurrent peut représenter une menace économique pour la propre activité de l'opérateur, plus le prix d'accès doit être élevé, afin que la fourniture de l'accès reste raisonnable et/ou intéressante. En d'autres termes, la compensation versée aux fournisseurs d'accès pour leur manque à gagner s'avère souhaitable, car elle agit comme un stimulant. Un propriétaire de goulot d'étranglement ne peut parvenir à couvrir les frais fixes de la mise en place de cette structure s'il se contente de facturer le coût marginal. Par ailleurs, le véritable coût de l'accès peut également être fonction d'une demande rigide ou non. Une demande rigide entraîne généralement une hausse du prix d'accès (méthode de tarification Ramsey)¹⁹. Il est également important de noter que la fixation d'un prix d'accès (élevé) peut être

18) Note du rédacteur : les EPG personnalisés peuvent être programmés par le consommateur en fonction de ses préférences et de ses centres d'intérêt, afin de bénéficier de conseils personnalisés au lieu et place des informations préprogrammées délivrées par l'opérateur du EPG.

19) Note du rédacteur : les méthodes de tarification Ramsey sont couramment employées pour déterminer les frais fixes et communs des réseaux importants, tels que les services publics d'électricité, les télécommunications, etc. La tarification Ramsey permet de distinguer les situations selon le "consentement à payer" des utilisateurs, en fixant les coûts de telle sorte que les groupes d'utilisateurs qui sont prêts à payer davantage pour un service et qui en ont les moyens supportent une part plus importante des frais communs que ceux qui ne paient pas de frais supplémentaires et réduisent au contraire leur consommation. Les utilisateurs dont la demande est plus (ou moins) sensible aux variations des coûts (demande élastique/rigide) peuvent supporter une part proportionnellement inférieure (ou supérieure) des frais communs et fixes. Par exemple, un match de football sera probablement retransmis à un prix bien supérieur à celui d'un opéra, du fait de la rigidité de la demande.

un moyen d'entraver l'entrée des tiers sur le marché et constitue en ce sens une décision stratégique. Cette situation peut poser problème en particulier dans les industries verticalement intégrées, lorsqu'une entreprise contrôlant un goulot d'étranglement peut être poussée par ses propres intérêts économiques en amont et/ou en aval à en restreindre l'entrée (c'est-à-dire à en refuser l'accès pour des raisons stratégiques). L'intervenant a alors suggéré un moyen de favoriser la concurrence et l'avènement d'un marché dans lequel l'accès aux installations sera ouvert aux concurrents : fixer un prix d'accès qui offre au contrôleur du goulot d'étranglement une compensation pour son manque à gagner et prévoir des incitations supplémentaires pour l'encourager à autoriser l'accès à sa structure. La fixation et l'application de ce prix peuvent cependant s'avérer extrêmement difficiles. Il serait en conséquence souhaitable de recourir à des solutions plus simples, telles que le démantèlement structurel.

A l'issue de l'exposé, un participant a fait remarquer que ce point de vue semblait fournir aux opérateurs de goulots d'étranglement toute une série de justifications de leurs systèmes de tarification et qu'il serait intéressant de compléter ce discours théorique par des chiffres précis. Les informations disponibles sont cependant insuffisantes pour se faire une idée des chiffres en question : les frais communs prêtent à discussion et il est difficile de proposer une tarification Ramsey efficace. Lorsque la demande des consommateurs est rigide et qu'un acteur occupe une position dominante sur le marché, le contrôleur du goulot d'étranglement exigera un prix plus élevé. Les principes économiques restent néanmoins intéressants car ils offrent des solutions pratiques et efficaces susceptibles d'être régulées et comparées ultérieurement.

Un autre participant a indiqué que la Commission européenne semblait pour l'heure s'intéresser surtout à l'analyse de l'impact réglementaire et à l'analyse coûts-bénéfices. L'intervenant lui a répondu que ces études n'avaient pas davantage été réalisées pour le moment.

Un participant a souligné que, selon l'école de Chicago aux Etats-Unis, le propriétaire d'un goulot d'étranglement n'en contrôle pas véritablement l'accès. Il peut demander un prix plus élevé, mais ce dernier ne se révélera pas nécessairement plus avantageux ou plus rentable. C'est au contraire la demande des consommateurs qui détermine réellement le bénéfice économique des opérateurs de goulots d'étranglement. L'intervenant a précisé qu'en Europe le propriétaire d'un goulot d'étranglement prend la décision d'en autoriser l'accès à partir d'une série de calculs et en tenant compte d'objectifs stratégiques. Il examine la capacité du nouveau service à se substituer à son propre service, ainsi que l'effet probable de cette situation sur la concurrence. Lorsque le propriétaire du goulot d'étranglement fournit un service et qu'un fournisseur de service/produit de substitution souhaite y avoir accès, le contrôleur du goulot d'étranglement doit calculer les gains ou les pertes qu'occasionnera pour lui le fait d'autoriser ce concurrent à entrer sur le marché. Plusieurs variables intégrées à ce calcul sont susceptibles d'inciter le propriétaire de cette structure à empêcher l'entrée de ses concurrents sur le marché. Mais les objectifs définis par la politique sociétale peuvent donner lieu à une appréciation différente de la situation. Il s'agit notamment de savoir si un nombre suffisant de nouveaux services et produits sont autorisés à accéder au marché. Les consommateurs disposent-ils d'une offre de services de qualité à un prix avantageux ? Des considérations de politique d'information peuvent également entrer en ligne de compte. Le fait est que les régulateurs peuvent se montrer favorables à l'entrée sur le marché d'un nombre de concurrents plus élevé que celui que les propriétaires de goulots d'étranglement sont disposés à admettre au vu de leurs propres considérations d'entreprises privées. Ce conflit devra impérativement être tranché par la régulation.

Un autre participant a estimé que l'application de la méthode du manque à gagner risquait en définitive de faire peser sur le consommateur le prix du pluralisme. On peut s'interroger sur l'opportunité de faire supporter au consommateur le coût du maintien d'un paysage médiatique pluraliste ou se demander si, au contraire, la garantie de l'existence du pluralisme et de la diversité en général n'incombe pas à l'Etat, en vertu d'une obligation de protection positive. Qui plus est, la solution d'une tarification fondée sur le manque à gagner du propriétaire de goulot d'étranglement est-elle réellement propice au renforcement du pluralisme ? La tarification Ramsey peut, notamment, produire un effet discriminatoire sur les services (contenus) sujets à une forte demande. Ainsi, le prix de la retransmission d'un match de football sera nettement plus élevé que celui de la diffusion d'un opéra, du fait d'une demande plus rigide. L'exemple italien en fournit déjà la preuve.

La discussion a enfin fait état de préoccupations au sujet des frais d'investissement et de la nécessité que toute initiative réglementaire s'abstienne de constituer une entrave à l'innovation. Il a été rappelé que le coût de la mise en place d'une infrastructure pouvait être extrêmement lourd, notamment en cas de passage d'une économie publique à une économie privée (libéralisation). L'intervenant a indiqué que la plupart des pays avaient pris des dispositions particulières pour aborder la question de la libéralisation. Les régulateurs ne doivent pas empêcher les contrôleurs de goulots d'étranglement de consolider leurs investissements, sans quoi leur viabilité économique même s'en trouverait menacée.

Exposés sur les “solutions envisageables”

Parvenue à ce stade, la conférence est passée à trois exposés consacrés aux solutions envisageables.

Exposé n° 4

Cet exposé portait sur l'opportunité d'étendre les obligations en matière d'accès aux EPG et aux plateformes de services. L'intervenant a indiqué que la législation devait impérativement accompagner l'évolution rapide des nouvelles technologies et des nouveaux modèles commerciaux, afin d'assurer la réalisation des objectifs de politique publique. La première vague réglementaire a principalement concerné deux services : l'accès conditionnel et l'API. La distribution de la radiodiffusion numérique implique cependant toute une gamme de services supplémentaires. Dans ce contexte, les EPG, les services de groupage et les portails constituent des exemples particulièrement intéressants. Dans certains cas, ces installations peuvent se transformer en goulots d'étranglement. Jusqu'ici, les instruments réglementaires destinés à s'attaquer aux problèmes de goulots d'étranglement étaient le droit général de la concurrence (notamment les décisions prises par la Commission européenne en vertu de la réglementation communautaire relative aux fusions et le régime des services essentiels prévu par l'article 81 CE²⁰) et la directive “accès”. Mais la directive “accès” s'applique uniquement à l'accès conditionnel, tout en prévoyant la possibilité d'étendre les obligations en matière d'accès aux EPG et aux API. A l'heure actuelle, diverses options s'offrent aux régulateurs. La première d'entre elles consiste à choisir entre le droit général de la concurrence et une approche spécifique fondée sur le droit des médias. Employer cette dernière pour traiter les nouveaux problèmes de goulots d'étranglement permettrait, par exemple, de faire usage de l'autorisation donnée par la directive “accès”, pour étendre également la régulation des goulots d'étranglement aux EPG. Le recours à la réglementation de la propriété des médias ou à la réglementation du contenu représenterait toutefois une alternative tout aussi viable. Le droit général de la concurrence offre surtout la possibilité de faire appel à ses dispositions relatives au contrôle des fusions et à l'interdiction des abus de position dominante, ainsi que sa doctrine du service essentiel.

Deux pays ont été présentés à titre d'exemple. L'Allemagne illustre le cas d'une extension aux EPG et aux chaînes groupées des obligations en vigueur en matière d'accès, choisie par le législateur. La réglementation relative à la propriété des médias (régulation des participations croisées) constitue par ailleurs un éventuel moyen supplémentaire de traiter la question des goulots d'étranglement. Mais, comme l'a fait remarquer l'intervenant, il n'existe aucun lien systématique entre la législation relative à la propriété des médias et la régulation de l'accès. La France, pour sa part, a choisi une autre voie, en optant pour l'extension générale de la réglementation en matière de radiodiffusion, c'est-à-dire en appliquant la réglementation spécifique aux médias pour contrôler la distribution des programmes. Dans ce cas précis, la régulation des installations de goulots d'étranglement est étroitement liée à celle de la radiodiffusion. En outre, le droit général de la concurrence y joue un rôle important.

Les critères retenus pour déterminer le choix de la réglementation appliquée devront tenir compte de l'interdépendance entre le droit général de la concurrence et le droit spécifique des médias, des possibilités offertes par le droit général de la concurrence (par exemple déterminer s'il convient ou non d'appliquer la doctrine des services essentiels), ainsi que de l'option de régulation de la propriété/du contenu ou de régulation de l'accès prévue par le droit des médias. L'intervenant a préconisé une prise de décision distincte pour chaque goulot d'étranglement potentiel (EPG, chaînes groupées, etc.). Il apparaît raisonnable d'imposer des obligations préventives en matière d'accès dans le cas des EPG, tout comme pour les aspects techniques du groupage (c'est-à-dire le multiplexage)²¹. L'intervenant s'est montré opposé à une extension des obligations relatives à l'accès dans le cadre de la directive “accès”, mais au contraire favorable à un choix réglementaire laissé à l'appréciation des législateurs nationaux pour leur permettre de réaliser leurs objectifs en matière de communication. Concernant l'aspect commercial du groupage, la meilleure option semble être le recours à la réglementation spécifique en matière de propriété des médias et à des obligations de retransmission. Enfin, le droit général de la concurrence offre à l'heure actuelle des possibilités suffisantes pour les portails.

20) Pour de plus amples informations, voir l'article de T. Gibbons, *infra*.

21) Pour de plus amples informations, voir le “Glossaire de la télévision numérique”.

Exposé n° 5

L'exposé suivant s'intitulait "Le contrôle des goulots d'étranglement techniques doit-il être réglé par la législation relative à la propriété des médias ?" L'intervenant a expliqué que la régulation de la concurrence et des contenus était jugée essentielle au Royaume-Uni. Il a également estimé que l'intégration verticale était une question secondaire en matière de régulation des médias et de pluralisme. Le phénomène de l'intégration verticale n'est pas nouveau sur le marché des médias : il est classique de voir une société produire des programmes, puis les diffuser par le biais de son propre réseau de transmission. Le contrôle du radiodiffuseur, en tant que réalisateur, est en revanche délicat. C'est la raison pour laquelle la réglementation en matière de propriété au Royaume-Uni concerne également le radiodiffuseur, car il est responsable du contenu destiné en bout de chaîne au téléspectateur ou à l'auditeur.

Du point de vue du pluralisme des médias, l'éventail de contenu disponible est déterminé par la production des programmes. Mais, comme l'a fait remarquer l'intervenant, les nouvelles pratiques des médias ont pour effet de mettre en lumière les points de contrôle critiques du contenu des médias. C'est également la raison pour laquelle la réglementation relative à la propriété des médias n'est que partiellement adaptée au traitement des problèmes modernes des goulots d'étranglement : elle n'analyse pas la cause du manque de diversité au point de sortie. On peut en tirer la conclusion que les règles applicables à la propriété des médias seront de plus en plus inappropriées à de nombreux marchés des médias. Elles peuvent être, en revanche, remplacées par les obligations en matière d'accès.

Mais ces obligations ne suffisent pas, à elles seules, à garantir le pluralisme. Accorder un accès aux réseaux de communication, ainsi qu'aux installations et services connexes, n'entraîne pas nécessairement ou automatiquement la pluralité et la diversité de l'offre. Les questions de présentation des EPG peuvent avoir des répercussions plus importantes encore sur le contrôle des entreprises de contenu/des médias. On peut également se demander dans quelle mesure l'article 6 de la directive "accès" correspond à la réalité du marché. Au Royaume-Uni, par exemple, la plupart des radiodiffuseurs de plate-forme numérique par satellite atteignent leur public en faisant partie intégrante d'un bouquet de télévision à péage de *BSkyB*. Ils n'ont de ce fait nul besoin de services d'accès conditionnel. Cela vaut également pour les radiodiffuseurs des réseaux câblés, qui touchent les consommateurs par le biais des infrastructures des câblo-opérateurs. L'article 6 ne suffit pas à garantir le pluralisme des médias pour une autre raison : il ne s'applique pas aux autres goulots d'étranglement critiques, tels que les techniques de groupage. L'intervenant considère le groupage des bouquets de programmes comme le problème le plus critique des goulots d'étranglement en matière de pluralisme, car c'est à ce stade que se prennent les décisions les plus lourdes de conséquences pour le pluralisme et la diversité des médias. Il a proposé diverses approches pour s'attaquer à ce problème, comme la régulation du contenu, destinée à influencer directement sur le pluralisme de l'offre médiatique. Cette option pourrait être notamment suivie par la radiodiffusion de service public. Il est encore possible d'intervenir au stade de la transmission au public (par le biais d'obligations imposées aux exploitants de réseaux) ou de cibler la production et l'offre des programmes. Au Royaume-Uni, par exemple, le régulateur a mis en place une limitation du groupage des chaînes *premium*. Il convient également de déterminer si l'intervention réglementaire doit être fondée sur les principes applicables en matière concurrentielle ou sur des principes spécifiques au secteur, tel que le fait de subordonner une décision au critère des taux d'audience prévu par la législation relative à la propriété des médias. Insérer des considérations d'intérêt général dans le droit général de la concurrence constituerait une autre solution²². On peut également prévoir une forme de contrainte structurelle pour l'offre des programmes, afin que chaque téléspectateur ait accès à un minimum de chaînes groupées indépendantes. La détermination de leur nombre n'est toutefois pas une décision politique. L'intervenant a estimé que la présence d'au moins trois acteurs sur le marché permettrait de garantir un degré de pluralisme suffisant. En dessous de ce nombre, il peut être nécessaire d'imposer aux acteurs existants des obligations supplémentaires pour favoriser une diversité des sources. Enfin, l'intérêt de solutions structurelles dépend pour beaucoup de la structure effective du marché.

Exposé n° 6

Le dernier exposé portait sur la situation aux Etats-Unis et sur les éventuelles solutions trouvées dans ce pays. Aux Etats-Unis, la législation relative à la propriété des médias fait actuellement l'objet d'une réforme, tandis qu'une approche plus systématique des problèmes de goulots d'étranglement de

22) Pour une discussion plus approfondie sur les différentes options politiques, voir l'exposé de T. Gibbons, *infra*.

la télévision numérique, du type de l'article 6 de la directive "accès", fait défaut. Il est intéressant de noter que les Etats-Unis ne connaissent pas de notion de radiodiffusion englobant les services télévisuels, les services par câble et les services par satellite ; seule la radiodiffusion terrestre classique, entendons par là des services gratuits financés par la publicité, est considérée comme une "radiodiffusion". En outre, une distinction est faite entre les services sans fil et les services du câble. Les services de radiodiffusion directe par satellite vendus par abonnement ne sont pas considérés comme des services de radiodiffusion. Les services du câble et les services de radiodiffusion directe sans fil touchent de loin la plus grande partie de la population et ces deux plateformes sont concurrentes sur la plupart des marchés géographiques. La question du passage au numérique se pose également aux Etats-Unis. L'intervenant a indiqué que les marchés des médias présentaient un degré d'intégration verticale extrêmement élevé. Il a également expliqué que les Etats-Unis avaient eu recours à un certain nombre de mesures réglementaires relatives à l'intégration verticale sur les marchés des médias, y compris une double approche structurelle et comportementale ; leur principale crainte était de voir les opérateurs de plateformes (et non les radiodiffuseurs au sens américain du terme) profiter du contrôle qu'ils exercent sur leur propre plateforme pour adopter une attitude discriminatoire à l'encontre des programmes indépendants et des autres plateformes. Ces mesures réglementaires ont eu pour effet, notamment, de fixer des limites horizontales (couverture géographique) et verticales (nombre de chaînes autorisées) à la propriété du câble, des obligations de retransmission et des règles comportementales pour les programmeurs et les fournisseurs de programmes. Les Etats-Unis ne disposent pas d'un cadre réglementaire complet traitant des EPG, des API ou des autres aspects de la télévision interactive. Ils ont cependant ouvert le marché de l'équipement à la concurrence, afin que les récepteurs numériques et autres appareils nécessaires aux consommateurs puissent être acquis auprès de fabricants, vendeurs, etc., qui ne sont pas affiliés aux fournisseurs de services multichaines. Les fournisseurs de services multichaines ont, par exemple, l'obligation de fournir des informations sur les normes et spécifications qui permettent aux fabricants indépendants d'offrir aux consommateurs l'équipement associé à la télévision interactive. Certaines dispositions prévoient également de séparer les fonctions d'accès conditionnel des autres fonctions du récepteur numérique : elles interdisent la vente d'appareils qui intègrent l'accès conditionnel aux appareils de navigation ou aux autres fonctions. Il n'est toutefois pas impossible que la FCC (*Federal Communication Commission*) adopte à l'avenir des dispositions relatives aux services de télévision interactive, sous réserve que soit démontrée l'existence d'une situation de goulot d'étranglement susceptible de porter atteinte à la concurrence. En outre, la protection accordée aux Etats-Unis en vertu du premier amendement est considérable. Cela signifie également que toute ingérence réglementaire sous forme de régulation de l'accès, notamment en cas de régulation *ex ante*, serait soumise à un examen rigoureux, afin de déterminer si d'importants objectifs gouvernementaux priment en l'espèce sur les intérêts, garantis par le premier amendement, des opérateurs concernés.

Discussions sur les solutions

On a fait remarquer que les objectifs réglementaires divergeaient en partie à l'échelon communautaire et à l'échelon national. L'échelon choisi pour procéder à la régulation dépend au final des objectifs concernés. Les situations de conflit peuvent également naître de l'absence de régulation/harmonisation ou plus probablement lorsqu'une régulation minutieuse à l'échelon communautaire méconnaît le droit national, situation dont l'existence a été attestée en Italie.

Le nombre d'acteurs nécessaire à la constitution d'une véritable concurrence a également été abordé. L'un des participants a estimé qu'une réelle concurrence supposait la présence d'au moins six acteurs sur le marché, contrairement à ce que prévoit la règle des 30 % (voir ci-dessus). Les avis divergeaient sur cette question, notamment au regard de la comparaison entre les exemples britannique et américain.

Il a été indiqué que la régulation du droit des médias s'assouplissait de plus en plus aux Etats-Unis et au Royaume-Uni. Le Royaume-Uni a maintenu l'interdiction de la détention de ce que l'on appelle désormais une chaîne de service public (comme *Channel 3*) par le propriétaire d'un grand organe de presse et inversement. Il existe également quelques dispositions encadrant la propriété des radios numériques, des multiplexes de radiodiffusion et des contenus. Hormis ceci, ainsi qu'une ou deux règles applicables au niveau local (relatives à la détention d'intérêts, par le propriétaire d'un journal local, dans une chaîne de télévision locale), tout le reste a disparu. La réglementation plus complexe en matière de cumul d'intérêts n'est plus en vigueur. C'est également le cas des anciennes dispositions relatives aux propriétaires étrangers. Le Gouvernement britannique considère qu'il n'est pas nécessaire de disposer d'un arsenal réglementaire, du fait d'une régulation rigoureuse des contenus, en particulier pour le service public et les autres offres. Une norme définit ce qui doit être diffusé et cela est suffisant. La régulation de la propriété des médias se concentre ainsi sur la programmation gratuite et les services nationaux gratuits.

Un autre participant a indiqué que les Etats-Unis conservaient une législation un peu plus importante, bien qu'il n'existe aucune régulation *ex ante*. Il a fait référence à un récent projet de loi du Sénat américain visant à l'annulation de l'assouplissement de la réglementation relative aux participations croisées et aux règles verticales et horizontales, décidé tout récemment par la *Federal Communication Commission* (FCC). Le résultat de cette initiative promet d'être intéressant. Les nouvelles règles américaines en matière de propriété permettront à une seule et même société du câble de couvrir jusqu'à 60 % au moins de la population du pays, ce qui signifie que deux sociétés à peine pourraient se partager l'ensemble du territoire. La radiodiffusion par câble a été pendant longtemps soumise à une réglementation à la fois horizontale et verticale, jugée assez importante par bon nombre de personnes. La plupart des régulateurs américains considèrent les règles applicables à la télévision hertzienne comme secondaires, car le marché est dominé par le câble. Mais la cour d'appel du district de Columbia a aboli la réglementation verticale et horizontale en matière de propriété. Elle a souligné la nécessité de n'intervenir qu'en cas de survenance d'un problème réel, et non éventuel, sur le marché. En outre, autre point important, une attention toute particulière doit être accordée au premier amendement de la Constitution américaine. La liberté d'expression est garantie pour chaque acteur du marché. Il s'agit là d'un facteur de restriction supplémentaire de l'ingérence du législateur dans les médias.

Une participante a indiqué qu'elle avait le sentiment que les intervenants précédents jugeaient la législation relative à la propriété des médias inadaptée aux situations de goulots d'étranglement des marchés modernes de l'information, du fait de l'émergence de divers secteurs des médias due à la convergence²³. Elle a préconisé l'abandon de la distinction entre les différents secteurs des médias pratiquée par la législation relative à la propriété des médias, au profit d'une distinction entre les différents niveaux de distribution. En modifiant les règles de propriété des médias de manière à ce qu'elles tiennent compte des situations d'intégration verticale, il devient possible de régler le cas d'une société qui pratique le groupage des programmes, qui détient les principaux droits relatifs aux contenus et qui possède éventuellement la plus importante plateforme de transmission. Cette approche se justifie par le fait que l'exercice d'un contrôle conjoint sur la plateforme technique et commerciale ou le EPG ou les autres services/installations créerait une situation de position dominante, influence sur le plan économique et journalistique, d'un niveau similaire à celui que permettrait le contrôle de diverses stations de radiodiffusion. L'un des intervenants a répondu que la question essentielle était celle du type de programmation mise à la disposition de l'utilisateur final, c'est-à-dire de déterminer qui contrôle la production des programmes. Or ce point ne relève pas du champ d'application de la réglementation relative à la propriété des médias. L'intérêt de l'utilisateur final impose un seul impératif : veiller à ce que ce contrôle soit suffisamment diffus. Un autre intervenant s'est déclaré opposé à ce point de vue et a estimé que le problème devait au contraire être réglé par la législation relative à la propriété des médias. Le fait, par exemple, d'interdire à un fournisseur de détenir l'ensemble des droits de retransmission des matches de football intéressants est le meilleur moyen d'aborder la question. Il a poursuivi son raisonnement en citant l'exemple du modèle allemand, qui s'efforce d'intégrer les nouveaux services numériques dans une notion de parts de marché. Ainsi, lorsqu'une société détient 25 % des parts du marché des téléspectateurs et fait l'acquisition d'un service de EPG, les régulateurs tiennent également compte de ce facteur. La difficulté consiste à trouver une méthode permettant de mesurer le pouvoir de communication généré par un EPG. Il ne s'agit pas d'un chiffre équivalent à la part de marché d'un programme télévisuel et il n'existe pas encore une unité de mesure commune pour évaluer cette influence. C'est la raison pour laquelle il n'est pas encore possible en pratique d'inclure le problème de l'intégration verticale et du niveau technique dans une notion de propriété des médias. En France, les autorités de régulation bénéficient d'un dispositif très élaboré de règles à la fois verticales et horizontales en matière de participation croisée, essentiellement fondé sur un système de points de pourcentage. De plus, la régulation de la radiodiffusion y a été élargie pour englober trois nouveaux services, y compris les EPG, le groupage et les portails. La vente récente de *Canal Technologie* a démontré que l'intégration "verticale" ne représentait pas automatiquement la voie la plus économiquement viable.

La discussion s'est animée lorsque les participants ont abordé le dilemme auquel est confrontée la Commission européenne dans sa tentative de régulation du pluralisme des médias. La Commission européenne a l'obligation de tenir compte du pluralisme des médias, mais ne dispose que d'une compétence restreinte pour traiter de cette question. L'UE est consciente que l'accès est nécessaire à ce pluralisme, mais il lui est impossible d'adopter une réglementation approfondie sur les questions relatives au contenu, aussi laisse-t-elle ce point à la discrétion des Etats membres. D'importantes questions ont porté sur les relations entre la législation nationale et le droit communautaire, ainsi que sur l'oppo-

23) Note du rédacteur : alors que la législation relative à la propriété des médias continue de faire la distinction entre différents marchés des médias, principalement horizontaux.

tunité pour l'UE d'adopter une position plus concrète au sujet de la régulation des médias. D'autres participants ont estimé que la régulation des médias devait continuer à relever de la compétence des Etats membres.

Il a également été rappelé qu'il convenait d'analyser attentivement les conditions exactes du marché et que ses seuls mécanismes pouvaient produire, dans une certaine mesure, des solutions satisfaisantes. Sur toile de fond de non-discrimination, propriété des médias et objectif politique d'un pluralisme défini, les garanties offertes par la présence de plusieurs acteurs sur le marché ont été examinées. Les règles de non-discrimination se concentrent sur l'accès et celles qui sont relatives à la propriété des médias concernent la concurrence journalistique. L'un des participants a considéré que la pratique d'une tarification discriminatoire sur un marché monopolistique pouvait effectivement renforcer le pluralisme. Il a également soutenu que deux concurrents désireux d'accroître leurs profits pouvaient parfaitement restreindre le pluralisme en proposant une programmation identique par un souci de rentabilité. Dans ce cas précis, une situation de monopole serait probablement plus favorable au pluralisme. En conclusion, ce participant a rappelé que la régulation devait tenir compte de l'ensemble des variables en s'efforçant de parvenir au but poursuivi. Il n'est pas toujours évident de déterminer l'approche adéquate. Un autre intervenant a reconnu que l'existence d'une concurrence suffisante fait disparaître toute inquiétude au sujet du pluralisme. Il suffit que soient réunies les conditions qui permettent aux plateformes d'accéder sans difficulté au marché. Aux Etats-Unis, les régulateurs s'attachent aux conditions de la création d'une concurrence entre les plateformes. Ils interviennent uniquement lorsqu'ils acquièrent au fil du temps la certitude que le marché présente une situation de monopole.

Cet exemple révèle la difficulté d'une comparaison entre les Etats-Unis et l'Europe. En Espagne et en Italie, par exemple, il n'existe aucune concurrence entre les différents moyens de transmission (satellite, câble ou terrestre). Malgré les efforts déployés par la Commission européenne pour favoriser l'émergence de plusieurs plateformes, chacun de ces deux pays ne compte qu'un seul opérateur de plateforme. La différence avec le système américain tient à l'existence, chez ce dernier, d'une concurrence entre le câble et le satellite. L'une des raisons qui président au désir de télévision numérique terrestre des pays européens est l'introduction d'une plateforme supplémentaire, en vue de stimuler la concurrence. Ils considéraient que ce combat serait bénéfique s'il créait une situation de concurrence entre les moyens de transmission.

Enfin, il a été indiqué que deux approches viables permettaient d'aborder la question du groupage ou des goulots d'étranglement : un recours au droit de la concurrence et un recours au droit de médias. Ces deux approches peuvent tenir lieu de filet de sécurité réciproque, mais en cas de conflit entre les deux législations il convient de trancher en faveur de l'une ou de l'autre. Si l'on privilégie le droit de la concurrence, le choix portera sur les services essentiels ou les règles générales applicables aux fusions. En cas de réalisation partielle des buts poursuivis par un recours au droit de la concurrence, il peut être nécessaire de faire appel à la réglementation spécifique aux médias. L'accès aux goulots d'étranglement doit être régulé si le besoin s'en fait sentir. Ce cas de figure soulève toutefois la question de la capacité de la directive "accès" à résoudre les problèmes de goulots d'étranglement sur les marchés de l'information modernes ou de l'existence d'autres outils plus efficaces. Il convient également de statuer sur la nécessité de recourir à une approche plus proactive des questions de l'interopérabilité et de la normalisation.

Contributions des participants à l'atelier

Les contributions suivantes proviennent des personnes qui ont participé à l'atelier. Initialement prévus pour la préparation de l'atelier, ces rapports ont été retravaillés ultérieurement par leurs auteurs qui ont accepté leur publication.

Ce faisant, les auteurs nous ont donné la possibilité de traiter la question de la régulation de l'accès à la télévision numérique, thème aussi complexe que fondamental, de façon plus approfondie et plus détaillée que nous n'aurions pu le faire sur la seule base du rapport d'atelier. Nous leur en sommes vivement reconnaissants.

Tous les participants avaient été sélectionnés en fonction de leur connaissance approfondie du sujet et non sur la base de leur appartenance à une institution particulière. Par conséquent, ces contributions reflètent exclusivement les connaissances et l'opinion de leur auteur. Elles ne sauraient être considérées comme des documents officiels ou des prises de position des employeurs respectifs, de l'Observatoire européen de l'audiovisuel ou du Conseil de l'Europe.

La décision d'intégrer les articles ci-dessous dans ce numéro d'*IRIS Spécial* impliquait obligatoirement de traiter certains aspects particuliers et certaines zones géographiques de façon privilégiée. Nous aurions souhaité pouvoir offrir une couverture plus vaste du sujet, tant au niveau thématique que géographique, mais les empêchements de dernière minute de certains invités et la formule retenue du "tour de table" pour cet atelier, qui limite forcément le nombre de participants, ont imposé quelques contraintes.

Les contributions sont classées selon un schéma proche de la programmation de l'atelier (voir également l'ordre du jour en fin de numéro). La première partie constitue une introduction aux aspects techniques, juridiques et économiques du sujet. La deuxième partie étudie les différentes approches de régulation des goulets d'étranglements techniques et des marchés verticaux intégrés, et la troisième partie présente un certain nombre de perspectives permettant d'analyser ces méthodes de régulation.

Aperçu du sujet

L'accès à la télévision numérique : conditions techniques et implications pour les spectateurs, les consommateurs, les utilisateurs finaux et les citoyens

Alexander Scheuer

Institut du droit européen des médias (EMR), Sarrebruck / Bruxelles

Introduction

Cher Président, chers Collègues,

Je vais vous faire aujourd'hui une présentation des aspects techniques les plus pertinents de la télévision numérique. Chacun jugera par lui-même du bien-fondé de la démarche des organisateurs de faire appel à un juriste pour s'acquitter de cette tâche. Néanmoins, le niveau de nos connaissances¹ techniques a pu être apprécié par le biais du Glossaire de la télévision numérique qui a été préparé et distribué avant la tenue de cet atelier. C'est pourquoi je voudrais orienter mon rapport sur certains aspects technologiques essentiels de la télévision numérique, qui me semblent avoir une grande importance pour la suite de notre discussion.

Étant donné que nous allons entendre des experts nous présenter les implications politiques, économiques et juridiques du "problème du goulot d'étranglement", je vais, dans une courte introduction, aborder l'impact technologique d'un point de vue différent, à savoir celui de l'individu. L'individu est, pour une grande part, relégué à un rôle plus ou moins passif, désigné tour à tour par les termes de "téléspectateur" (législation des médias), de "consommateur" (législation sur la concurrence) ou, de plus en plus souvent, d'"utilisateur (final)" (législation sur les communications). Ce n'est que dans certains cas, rares mais importants, que l'on fait référence à sa situation de "citoyen" ou de "citoyenne" (loi constitutionnelle). Je pense qu'il est opportun de citer ces divers termes afin d'appréhender les différents concepts qu'ils recouvrent et qui ne se contentent pas d'être liés aux différents objectifs poursuivis par la législation correspondante mais, ce qui est plus important, qui les régissent. Pour toutes les parties concernées (responsables de l'ordre public, radiodiffuseurs, fournisseurs de services de contenus), l'individu est considéré comme la principale préoccupation.

Je pense que tout le monde s'accorde à dire que les diverses approches de la législation relative aux médias, dans son acception la plus large, sont à la fois nécessaires et complémentaires, mais est-ce toujours le cas? Alors qu'en l'état actuel des choses, le cadre réglementaire des communications électroniques demeure une combinaison de lois (sectorielles) régissant l'infrastructure et d'une loi (générale) sur la concurrence, certains arguments sont avancés pour déterminer si nous devons ou non envisager l'adoption dans d'autres domaines de cette démarche partant d'une réglementation sectorielle pour aller vers une loi sur la concurrence:

1) Tous mes remerciements à Michael Knopp, co-auteur, pour son aide précieuse dans la préparation du Glossaire de la télévision numérique, en particulier, mais pas uniquement, parce qu'il ne s'est pas laissé décourager par le caractère déroutant de l'univers technologique.

“Je vois également un élément peut-être encore plus important que la réussite dans un seul secteur de l'économie. Je vois un cadre de réglementation constant, solidement ancré dans les principes d'analyse de la concurrence, devenir le modèle de réglementation de tous les secteurs économiques nécessitant encore la mise en place d'une réglementation. Je vois la notion de “réglementation sectorielle” devenir obsolète, car bientôt, le même arsenal réglementaire, la même philosophie axée sur la concurrence et les mêmes préoccupations seront sans doute en mesure de régir la réglementation dans tous les secteurs où le besoin de règles économiques se fait encore sentir.”²

Cela remet-il en question le rôle de la législation sur les médias, l'information et les communications? Quel serait le point de vue des Etats membres sur cette question? Imaginons l'instauration d'un cadre juridique établi au niveau communautaire, qui dicte aux autorités nationales de régulation de la *radiodiffusion* comment définir les marchés des (mass) médias pertinents ainsi que les conditions d'application de cette réglementation *a priori*. D'aucuns répliqueront sans doute que le téléspectateur n'y trouverait rien à redire tant qu'on lui donne suffisamment de choix. Or, cette notion de choix est comprise par certains comme une offre de bonne qualité proposée à un prix raisonnable et, par d'autres, comme la diversité de l'offre.

La diversité, qui n'implique pas nécessairement le pluralisme des thèmes et des opinions, est souvent considérée comme le dénominateur commun de la concurrence et de la réglementation des médias. Elle suppose une multitude d'offres et par conséquent, du point de vue de l'individu, un certain nombre de fournisseurs de contenus différents. Il peut être utile, également, d'appréhender la diversité en termes d'accès aux plateformes technologiques et, au-delà, à différents types de contenus, par exemple la télévision de service public, la télévision commerciale FTA (*free-to-air*) gratuite et la télévision à péage.

Comment le téléspectateur a-t-il accès à la télévision numérique? (par câble, par diffusion terrestre, par satellite ou autre?)

Dans toute l'Europe, il existe des différences significatives au niveau de la répartition des trois principaux moyens de diffusion, en particulier dans l'environnement analogique. Comme pour la télévision numérique, le récepteur de DVB-T est encore limité dans la plupart des pays, parfois en raison de la prédominance des plateformes satellites (de télévision) ou de l'échec des modèles commerciaux mis en place. Dans d'autres pays, les réseaux câblés sont ou deviendront les principaux moteurs de pénétration de la télévision numérique.

A propos des “limites verticales” il faut, dès à présent³, tenir compte d'un élément important pour le téléspectateur. Il n'existe pas toujours de véritable choix entre les différentes plateformes. L'accès aux réseaux câblés implique qu'ils soient globalement disponibles dans la région concernée et que la connexion (souterraine) soit assurée, et il en va de même pour la réception des signaux transmis par voie terrestre ou la possibilité d'installer une antenne satellite. Dans ce dernier cas, par exemple, il conviendrait d'examiner si la plateforme satellite est un “équipement essentiel”, et en second lieu, si la loi sur la concurrence ou la directive relative à l'accès donnent la possibilité aux radiodiffuseurs de demander leur accès à ladite plateforme.

Une fois qu'une antenne satellite sera installée, le téléspectateur recevra, pour des raisons techniques (positions orbitales des satellites), des signaux provenant au maximum de deux plateformes différentes. Par conséquent, les radiodiffuseurs seront enclins à être présents sur la ou les principale(s) plateforme(s) en fonction de leur intérêt et au niveau technique le plus élevé. Ceci devient évident si l'on imagine le type de campagne marketing nécessaire pour convaincre les téléspectateurs de changer d'installation pour une autre plateforme concurrente, en admettant qu'il en existe une. Et quand bien même il existerait une plateforme concurrente, ce ne serait probablement pas l'offre individuelle des radiodiffuseurs qui pèserait sur le choix des consommateurs, mais la globalité de l'offre, incluant des services annexes autres que des contenus, mis à la disposition des téléspectateurs par le biais de la même plateforme.

2) M. Monti, Commissaire, “Nouveau cadre de concurrence et de régulation”, discours prononcé à l'occasion de l'“Atelier public sur les mécanismes de consultation des communications électroniques prévu par l'article 7 de la Directive-cadre 2002/21/CE”, Bruxelles, 15 juillet 2003, disponible à l'adresse http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2003_015_en.pdf, p. 6.

3) Voir ci-dessous pour les questions relatives aux décodeurs.

Dans quelles conditions ? (FTA, iDTV, STB, CI, Smartcard)

Non seulement la disponibilité et la position des marchés respectifs des plateformes de diffusion présentent de grandes différences en Europe, mais l'on constate également d'énormes disparités dans la pratique du cryptage. Cet aspect particulier ouvre le débat sur les conditions techniques préliminaires dont un téléspectateur doit bénéficier, non seulement pour recevoir les signaux, mais aussi pour pouvoir visionner le contenu.

Nous savons tous qu'une autre "limite verticale" entre ici en jeu : dans le cas d'un salon ordinaire, la hauteur du plafond ne permettra pas l'édification d'une tour composée de plusieurs décodeurs. En général, les gens choisissent entre trois modèles de base, notamment les récepteurs numériques FTA ou zapping-box, les boîtiers avec système d'accès conditionnel embarqué et, enfin, les boîtiers à CI (interface commune). Certes, il y a également le système iDTV, mais celui-ci ne constitue pas une véritable option pour le consommateur. En outre, la simple intégration de certaines caractéristiques principales d'un décodeur numérique dans un système de télévision n'influe pas, en soi, sur le choix du modèle à adopter.

Comme nous l'avons déjà mentionné, le cryptage est une question pertinente. Alors que le cryptage est parfois requis par les conditions de la licence d'exploitation pour le droit d'auteur et les droits voisins, dans d'autres cas, en particulier avec la télévision à péage, il permet de veiller à ce que seuls les téléspectateurs habilités puissent accéder au service concerné. Mais la télévision gratuite à vocation commerciale fait, elle aussi, usage du cryptage, par exemple lorsqu'elle utilise la diffusion par satellite pour injecter des programmes sur les réseaux câblés. Ici, le cryptage n'impose pas de restrictions à l'accessibilité technique des programmes pour le marché-cible, car le décodage est effectué par le câblo-opérateur. Du côté de l'Allemagne, on a noté avec intérêt que dans les autres Etats membres, très rares sont les radiodiffuseurs publics dont les services diffusés par satellite sont disponibles sous un format non crypté.

Malgré une consolidation récente et significative⁴, certains chiffres indiquent qu'en Europe de l'Ouest, on utilise de 8 à 11 services de cryptage différents. C'est ici qu'intervient le choix entre les procédures Multicrypt et Simulcrypt, en particulier en présence de décodeurs numériques comportant un système d'accès conditionnel intégré. Parallèlement, il est essentiel d'étudier l'impact de l'augmentation du nombre de décodeurs numériques capables de recevoir uniquement des services non cryptés (par exemple par FreeView) ou qui n'utilisent pas d'interface commune. En outre, un grand nombre de téléspectateurs ne verront pas l'intérêt d'investir dans plusieurs modules d'accès conditionnels (MAC) ou d'acheter des cartes à puce intelligentes (smartcards) auprès d'autres opérateurs, à moins que les contenus proposés ne leur semblent plus "intéressants". A ce propos, juste une petite remarque : en dehors du débat sur les coûts de mise en circuit (plutôt que de permutation) du DVB-T dans certaines régions d'Allemagne, la date précise de la connexion semble dépendre du type de manifestations sportives européennes ou internationales à venir.

Il y a certains autres aspects que je voudrais aborder, notamment celui des interfaces de programme d'application (API) et aussi, de façon plus générale, de l'interopérabilité. Depuis de nombreuses années, divers arguments ont été avancés au sujet des risques et des avantages liés au fait d'imposer une norme spécifique. A cet égard, on cite généralement deux exemples, celui de la 2^e génération de téléphonie mobile et celui du D2MAC. Indépendamment du résultat de la révision de la directive "cadre" relative au MHP (*Multimedia Home Platform*), il semble évident que les consommateurs hésiteront à investir dans des équipements technologiques de télévision numérique alors que les choses ne sont pas clairement définies. Par ailleurs, les modèles commerciaux des opérateurs de télévision numérique tels que les opérateurs de réseaux câblés ou les fournisseurs de plateformes de télévision à péage ne sont apparemment pas conçus selon des normes d'interopérabilité. Il peut y avoir quelques exceptions à cette règle, en particulier au Benelux et dans certains pays scandinaves.

Les smartcards : afin d'illustrer la complexité de cette question, et parce que les smartcards occupent une place importante dans l'architecture globale des systèmes d'accès conditionnels, il est bon de rappeler qu'elles sont essentiellement liées à la fourniture de télévision à péage. Comme avec les cartes de crédit, je pense qu'il serait judicieux de définir une politique ayant pour objectif que toutes les interfaces communes soient capables de traiter tous les types de cartes. Néanmoins, vous vous rappe-

4) Récemment, le groupe NDS, qui fait partie de News Corp., a racheté MediaHighways. Il appartenait auparavant à Canal+ Technologies. L'activité de MediaHighways, qui, à l'origine, était détenu par Vivendi, avant d'être racheté par Thomson, ne concerne pas seulement le cryptage ; en effet, la gamme des produits qu'il propose peut être considérée comme des systèmes à accès conditionnel intégré.

lez sans doute qu'en vous présentant les différents types de décodeurs numériques, j'ai employé le terme de "modèles". Toute l'interaction entre la smartcard, le MAC, l'interface commune, les logiciels, les intergiciels et le matériel des décodeurs numériques est soumise à de nombreuses modifications au niveau de la conception. En outre, les smartcards peuvent servir à d'autres fins que le contrôle de l'accès conditionnel (droit d'auteur ou protection des mineurs). Par conséquent, en accord avec la démarche de la directive relative à l'accès, je dirais qu'il est indiqué de traiter les goulots d'étranglements selon leur fonctionnement. La question de savoir si les remèdes envisagés, qui doivent encore être décidés par les autorités nationales de régulation, sont suffisamment souples et efficaces devra être traitée ultérieurement.

Conclusion

Assis devant votre téléviseur, en considérant simplement l'écran que vous avez devant les yeux, le passage de l'analogique au numérique n'entraîne pas, pour vous, de différence notable. En ce qui concerne la fourniture de contenus à domicile, certains nouveaux aspects doivent cependant être pris en compte, par exemple, au niveau des services techniques tels que la transmission en multiplex, le fait que de tels services fussent inconnus dans les réglages classiques. Du point de vue d'un radiodiffuseur, ces services tendent à réduire le contrôle sur les moyens de diffusion des contenus à domicile. Ceci peut être considéré soit comme une opportunité, soit comme un risque d'externalisation.

Du point de vue de l'intérêt du téléspectateur à bénéficier de programmes télévisés de bonne qualité, gratuits ou à un prix modique, l'introduction du cryptage de base, encouragée à la fois par les conditions de licence des contenus et par l'existence de décodeurs numériques avec des interfaces communes et des MACS capables d'interopérabilité, pourrait contribuer à combler l'écart entre le coût d'achat des programmes et la baisse des recettes issues de la publicité ou des abonnements. Tout comme dans les autres secteurs ou grâce aux systèmes de quasi vidéo à la demande et de TV à la séance, cela permettrait de s'adresser au téléspectateur individuellement et de percevoir sa part des recettes. Cela pourrait également encourager l'achat de décodeurs et, de ce fait, l'émergence d'un marché horizontal plus ouvert.

Du point de vue de la loi sur la concurrence, la possibilité de s'adresser individuellement au téléspectateur entraînerait l'instauration de rapports commerciaux (directs) entre les radiodiffuseurs et les téléspectateurs. Or, il s'agit là d'un état de fait que la CE a toujours empêché de s'installer, avec toutes les conséquences que cela implique. Si cela doit constituer la base d'une nouvelle approche de la régulation de la concentration dans les médias, il conviendra d'examiner très soigneusement les objectifs liés au concept de pluralisme en matière de politique publique.

Un dernier mot au sujet de l'offre proposée aux téléspectateurs : si l'on considère l'article 31 de la directive relative au service universel, il apparaît crucial de définir quels types de programmes doivent être concernés par l'obligation de diffuser (*must-carry*). Dans un contexte différent, *Wolfgang Schulz* expliquait que les critères de maintien basés sur des conditions techniques pour définir la radiodiffusion risquent de plus en plus d'être remis en question par les développements économiques et technologiques du secteur des médias. Si la diffusion point-multipoint devenait une condition préalable à la radiodiffusion, tout régime de *must-carry* serait-il alors en mesure de contribuer à la diversité de l'offre et, éventuellement, à l'amélioration des chances du pluralisme ?

Les goulots d'étranglement techniques entre les mains des acteurs dominants intégrés verticalement : un problème ou le moteur de l'économie fondée sur la connaissance ?

Natali Helberger

Institut du droit de l'information (IViR), Université d'Amsterdam¹

Introduction

La politique en matière d'information est souvent motivée par la volonté d'empêcher la création de monopoles de l'information et de pouvoirs dominants dans les médias car ils sont susceptibles d'altérer la pluralité, la diversité et l'égalité des chances face à la communication. En conséquence, en fonction du média concerné, les concepts généraux et spécifiques de contrôle du marché ont été modifiés pour les marchés des services de la radiodiffusion, de la presse et de la société de l'information (SI). L'objectif partagé par tout le monde prend plusieurs formes : d'une part, le but est de garantir la concurrence sur le marché et de faciliter la concurrence entre les services proposés à l'échelon du service, avec l'objectif à long terme de "faire de l'Union européenne l'économie fondée sur la connaissance la plus compétitive du monde"². D'autre part, le but est d'atteindre plusieurs objectifs dans le domaine de la politique en matière d'information, à savoir créer un environnement dans lequel les citoyens peuvent exercer leur liberté d'expression et accéder à des marchés de l'information suffisamment diversifiés. Enfin, le niveau du service est un domaine dans lequel les gouvernements peuvent réaliser leurs propres intérêts et buts politiques.

Entre-temps, la mise en pratique de ces principes est attaquée par d'autres intervenants, à savoir par les entreprises contrôlant les installations techniques au niveau du transport. Les opérateurs d'installations techniques pour le niveau du transport s'éloignent de leur fonction de service classique. Avec une innovation et une sophistication accrues des stratégies de distribution et de commercialisation, la forme et l'offre des services d'information dépendent d'un nombre croissant de multiples installations techniques et standards concurrents. De telles installations techniques peuvent devenir des goulots d'étranglement pour l'entrée sur le marché, en donnant aux personnes qui les contrôlent divers moyens de gêner leurs concurrents potentiels et réels. Les questions relatives à l'accès aux goulots d'étranglement techniques jouent un rôle de plus en plus important non seulement pour entrer sur les marchés du transport, mais également pour entrer sur les marchés des services, tels que les marchés des services de la radiodiffusion et de la SI. En ce qui concerne le niveau du service, cela signifie que la disponibilité générale et le choix entre les sources d'information dépendent de l'accès, et que le contrôle du contenu et/ou des goulots d'étranglement techniques est en train de passer entre des mains privées. Il ne s'agit normalement pas d'un phénomène nouveau, comme le rappellent les discussions portant sur le contrôle des réseaux câblés. Néanmoins, nous assistons aujourd'hui non seulement à une augmentation du nombre de goulots d'étranglement techniques possibles et des façons dont les installations techniques et les standards incorporés sont utilisés pour renforcer les parts de marché, mais également à un accroissement du niveau d'intégration verticale : quelques gros opérateurs,

1) Site Internet: <http://www.ivir.nl>.

2) Commission européenne, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions sur les obstacles à un accès généralisé aux nouveaux services et applications de la société de l'information par l'intermédiaire de plateformes ouvertes dans le domaine de la télévision numérique et des communications mobiles de troisième génération, Bruxelles, 9 juillet 2003, COM(2003)410 final, p. 6.

tels que Murdoch, Vivendi, Bertelsmann, France Télécom, etc., contrôlent plusieurs étapes de la chaîne de distribution (production du contenu – agrégation – distribution électronique – accès des consommateurs – gestion des abonnés). En conséquence, le contrôle commun des biens à la fois au niveau du transport et du service a plus de chance de dominer la situation sur les marchés des médias ainsi que les conditions dans lesquelles l'accès aux marchés de service est accordé à la fois aux consommateurs et aux concurrents. Toutefois, la principale préoccupation est que le contrôle verticalement intégré aux niveaux technique et du service crée non seulement des possibilités mais également des incitations à prendre des décisions abusives relatives à l'accès.

Le présent document de discussion porte sur la question de savoir dans quelle mesure la législation actuelle relative aux médias et aux communications, notamment la directive européenne "accès"³, est équipée pour gérer une situation dans laquelle le contrôle des goulots d'étranglement techniques détermine de plus en plus la structure des marchés de l'information. Cette question est examinée en prenant pour exemple les marchés de la radiodiffusion numérique et, plus particulièrement, les marchés de la télévision payante. Parmi tous les médias, la réglementation des marchés de la radiodiffusion était et est toujours le domaine le plus exposé, et elle est caractérisée par une opposition continue ou perçue entre les intérêts commerciaux et les mécanismes du marché, d'une part, et des considérations de politique publique, d'autre part. Dans ce cas, les intérêts contradictoires des efforts de rapprochement européens et de l'autonomie nationale en matière de réglementation des sujets ayant une importance culturelle, sociale et démocratique sont particulièrement pertinents. Les marchés de la télévision payante sont intéressants car, dans ce secteur, la fourniture de services est basée sur une interaction sophistiquée entre une plage complète de goulots d'étranglement techniques et non-techniques qui agissent en étroite relation les uns avec les autres. Au centre de l'analyse se trouve l'approche européenne récemment adoptée pour la réglementation des goulots d'étranglement, la directive "accès", en particulier les dispositions qui traitent des goulots d'étranglement pour la télévision numérique (articles 6 et 5(1)b).

Après avoir présenté rapidement les grandes lignes du problème, je discuterai de la nouvelle approche réglementaire du cadre européen pour la législation relative aux communications. Cette discussion se fera à la lumière de l'intégration verticale entre les niveaux du transport et du service et des différents objectifs réglementaires qui s'appliquent à ces deux niveaux. L'analyse vise notamment à déterminer de manière critique si les règles actuelles sur l'accès aux goulots d'étranglement techniques dans la radiodiffusion numérique sont suffisantes et appropriées pour traiter du problème des goulots d'étranglement, ou si des initiatives supplémentaires s'avèrent nécessaires. Plus précisément, j'examinerai si la nouvelle directive "accès" est globalement en mesure de traiter les nouveaux goulots d'étranglement techniques émergents dans la télévision numérique, et si elle peut atteindre les objectifs pour ce secteur dans les domaines de l'économie et de la politique en matière d'information. La conclusion est que nous ne devrions pas être satisfaits de nous. J'ajoute plusieurs suggestions concernant des mesures de remplacement. Le présent document vise à stimuler la discussion sur ce sujet plutôt qu'à fournir une vue d'ensemble complète de la situation⁴.

Le problème

Ces dernières années, le développement du marché de la télévision numérique en général, et du marché de la télévision payante en particulier, a été entraîné par quatre principaux facteurs, à savoir :

1. une augmentation du nombre de concentrations inter-médias et inter-marchés ;
2. une augmentation du nombre d'intégrations verticales de marchés en amont et en aval ;
3. un changement dans la manière dont les produits numériques sont distribués, le regroupement des contenus et des services sous la forme de plateformes de services et de bouquets de programmes⁵ ;
4. de nouveaux goulots d'étranglement et la forclusion du marché.

1 : Augmentation du nombre de concentrations inter-médias et inter-marchés

La plupart des marchés nationaux pour les services à accès contrôlé et l'accès conditionnel (CA), en particulier les marchés de la télévision payante, sont entre les mains d'un petit nombre d'entreprises

3) Directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive "accès"), JO L 108, 24 avril 2002, p. 7 (directive "accès").

4) Voir N. Helberger, *Controlling Access to Information*, thèse de doctorat, à paraître.

5) Au sujet de ce dernier point, Neumann présente une vue d'ensemble concise ; Neumann, Ingo, *Pay-TV in Deutschland, Markteintritts- und Wettbewerbsbedingungen für neue Anbieter*, Deutscher Universitätsverlag, Wiesbaden 1998, p. 211-234.

fortement diversifiées, importantes et fonctionnant au niveau international, ou régional, qui sont, en outre, dans une large mesure entremêlées. Dans la plupart des cas, les marchés nationaux sont dominés par un ou, tout au plus par trois ou quatre, acteurs principaux⁶. Au début, la télévision numérique impliquait sur les marchés de la radiodiffusion nationale des acteurs nationaux, généralement privés, établis depuis longtemps dans ce domaine. Aujourd'hui, des non-radiodiffuseurs (par exemple, des fournisseurs d'accès Internet et des câblo-opérateurs) font également leur apparition.

Pour les services orientés vers Internet, il est plus difficile d'obtenir des données spécifiques, principalement en raison de la portée globale de ce média. Toutefois, en règle générale, on remarque également une augmentation du nombre de concentrations inter-médias et l'influence d'acteurs déjà établis dans le domaine "hors-ligne".

Du fait de la convergence, il est intéressant pour les entreprises de développer leur présence sur plusieurs marchés, parfois complémentaires, et de commercialiser du contenu via plusieurs plateformes techniques et/ou médias (décodeur/télévision, téléphone mobile, portail Internet/PC). Les acteurs au niveau du service sont désormais non seulement des radiodiffuseurs mais également des non-radiodiffuseurs, tels que les fournisseurs de services SI, les maisons d'édition, les opérateurs de téléphonie mobile et les câblo-opérateurs, les producteurs de jeux et les studios de cinéma, entre autres. L'avantage économique de ces alliances économiques est évident : elles complètent les pouvoirs économiques des opérateurs individuels et leur permettent de partager les risques d'une entrée sur le marché et de profiter de l'échange de ressources et d'une maximisation commune des bénéfices ainsi que d'importantes économies d'échelle réalisées au niveau de la production et de la demande pour les produits de l'information.

2: Augmentation du nombre d'intégrations verticales de marchés en amont et en aval

En réponse au processus de convergence, les marchés des médias connaissent de nombreuses alliances stratégiques entre différents acteurs importants à des niveaux très variés de la chaîne de distribution. L'objectif de ces alliances est, par exemple :

- d'acquérir des droits sur le contenu ;
- d'utiliser et/ou de développer des techniques de codage et de chiffage ;
- de contrôler l'infrastructure de transmission ;
- de renforcer les monopoles existants en matière de services.

Autrement dit, les alliances ne se limitent pas au niveau horizontal mais impliquent des acteurs provenant de différents niveaux de la chaîne de distribution (production de contenu – emballage/groupage/agrégation – distribution électronique – contrôle de l'accès et gestion des consommateurs)⁷.

3: Changement dans la manière dont les services d'information sont distribués, le regroupement des contenus et des services sous la forme de plateformes de services et de bouquets de programmes

Les tendances susmentionnées résultent également du changement affectant la stratégie de distribution globale des services d'information, à savoir une tendance à concentrer les offres de programmes et de services dans des bouquets commercialisés via un petit nombre de plateformes de services numériques, autorisant des stratégies de distribution sélectives. Face à l'éventualité d'un flot incontrôlable de services et de contenus, il semble logique que les "emballeurs d'information" ou "agrégateurs" cherchent à gagner des consommateurs en leur offrant toutes les informations nécessaires en un seul lot. La commercialisation groupée des produits d'information a notamment pour conséquence l'introduction d'un niveau supplémentaire dans la chaîne de distribution : les plateformes de services indépendantes (souvent appelé, "niveau d'agrégation"). Une gamme complète de nouvelles installations techniques – systèmes CA, guides électroniques de programmes (*electronic programme guides* - EPG),

6) Pour plus de détails, voir l'Annuaire 2003, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2003.

7) Aux Etats-Unis, des fusions significatives ont déjà illustré cette tendance. Pour ne citer que quelques exemples, les fusions de Walt Disney et ABC, Sony et Tristar Columbia, Time Warner et Turner Broadcasting, AOL et Time Warner étaient destinées à amener différents niveaux de la chaîne de distribution sous un contrôle commun. Des tendances similaires apparaissent sur les marchés européens, par exemple Deutsche Telekom (réseau câblé) et Betaresearch (CA) ou AOL (FAI). Un autre exemple est donné par la société Vivendi, qui a des actions dans la télévision payante (Canal+), dans Internet (par exemple, Vizzavi Europe, MP3.com, Emusic) et dans l'édition de jeux (Vivendi Universal publishing), ainsi que dans la production de contenu (Universal Studios, Universal Publishing), dans les bibliothèques de droits pour les films, la musique, les jeux et les contenus éducatifs, dans la technologie CA (Canal+ Technologies) et dans l'infrastructure de transmission (activités de télécommunication et de câble). La stratégie commerciale de Vivendi est de positionner l'entreprise sur toute la chaîne de valeur pour générer des bénéfices d'intégration (Cegetel est une filiale de Vivendi et fournit des services Internet et de communication, Canal+ propose la télévision payante etc.).

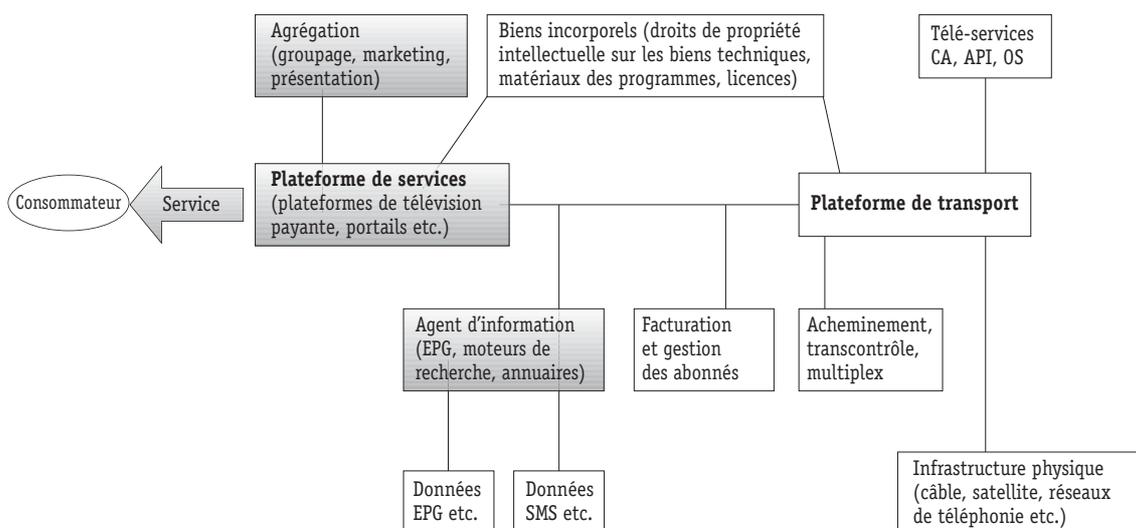
systèmes de gestion des abonnés, systèmes de facturation, mémoires de décodeurs etc. – qui peuvent toutes devenir des goulots d'étranglement pour l'entrée sur le marché, est étroitement associée à ce niveau.

Une autre conséquence de la commercialisation groupée de produits d'information auprès des consommateurs individuels est que l'accès à l'information, et ses modalités, sont soumis à une relation consommateur individuel/fournisseur de services. Ce fait résulte notamment de l'utilisation du contrôle d'accès électronique et autres techniques de personnalisation qui permettent au fournisseur de services de s'adresser et de conclure des contrats avec les consommateurs individuels. Les contrats de service entre un consommateur et un fournisseur de services façonnent la relation entre les deux parties. De tels contrats de service ou d'abonnement peuvent être, *inter alia*, un moyen efficace pour intensifier les rapports entre le consommateur (abonné) et le fournisseur de services : lorsque les consommateurs sont liés par des contrats d'abonnement à long terme (pour la télévision payante : généralement de 12 à 24 mois), cela peut les empêcher de passer à la concurrence avant la fin du contrat. On peut indiquer comme autre forme de "verrous" contractuels les accords de groupage qui obligent les consommateurs à s'abonner à un ensemble complet de services (même si le consommateur n'est intéressé que par une chaîne donnée) ou les accords qui conditionnent l'accès à un service donné (par exemple, service premium) à l'abonnement à un autre service (par exemple, un groupe de services basiques). Ainsi, une stratégie de groupage et de différenciation des services bien pensée permet d'obtenir quasiment un droit de préemption sur le marché ("emballer l'espace produit") et de concentrer le contrôle à la fois de l'accès aux services et de l'accès à la clientèle entre les mains de quelques principaux fournisseurs de services.

4: Nouveaux goulots d'étranglement et forclusion du marché

Les développements susmentionnés, bien qu'il s'agisse très probablement du résultat d'une pensée économique saine et qu'ils soient protégés par la liberté de concurrence, posent plusieurs problèmes pour la concurrence globale concernant, entre autres, le contrôle des goulots d'étranglement et la forclusion du marché. Ces problèmes sont au cœur de la présente analyse.

Plus l'entreprise contrôlant certaines installations a un pouvoir économique important, plus elle aura de chance d'exercer un contrôle stratégique sur l'accès aux ressources. Il peut s'agir du contrôle d'installations techniques telles que le CA ou, ce qui est peut-être encore plus grave, du contrôle des interfaces (interface de programmation d'application - *application programme interface* (API), système d'exploitation - *operating system* (OS), applications logicielles standard ou spécifiques (EPG, systèmes de paiement électronique, lecteurs de médias etc.), de la plateforme de services derrière le décodeur ou des droits sur un contenu populaire (par exemple, Coupe de monde de football)⁸.



8) Voir les commentaires de la CE sur l'affaire AOL/Time Warner, paragraphes 55 - 56, Commission européenne, décision du 11 octobre 2000 déclarant une opération de concentration compatible avec le marché commun et avec l'accord EEE (Affaire n° COMP/M.1845 - AOL/Time Warner), JO L 268, 9 octobre 2001, p. 28.

[Schéma 1] – Installations modèles dans les marchés de l'information (les champs en couleur indiquent divers degrés de contrôle et/ou d'entrée journalistique). La fourniture de services d'information électroniques, qu'il s'agisse de services de radiodiffusion, SI ou similaires, est basée sur une interaction complexe entre différents services et installations. En principe, chaque partie d'un tel service peut devenir un goulot d'étranglement potentiel, en fonction des circonstances et de la structure du marché. Comme le montre le schéma, les goulots d'étranglement techniques ne sont pas les seuls goulots d'étranglement existant sur les marchés de l'information. Le schéma indique également une distinction importante entre la plateforme de services et la plateforme de transport, qui est également la base de la réglementation européenne et nationale des médias et des communications. Comme le montre également le schéma, certaines installations ou services ne sont pas facilement classés comme des installations ou des services associés à la plateforme de transport ou de services. Cela signifie également que ce ne sont pas seulement les spécifications techniques d'une installation mais également la manière dont elle est journalistiquement conçue qui déterminent le caractère du goulot d'étranglement (par exemple, la manière dont les contenus sont recherchés et sélectionnés par l'agent d'information), en raison d'une certaine convergence entre le contenu et la technique.

Le pouvoir économique d'un fournisseur est en corrélation avec la popularité de son service (effets de réseau). Lorsqu'un réseau important d'utilisateurs s'est formé autour d'une plateforme de services donnée, il est fort probable que les fournisseurs de services et les consommateurs mettent en conformité leurs services et équipements de réception, respectivement, avec les standards techniques de la plateforme dominante⁹. L'accès à ou la compatibilité avec cette plateforme ou des parties de celle-ci, peut être essentiel au succès de tout service concurrent. Pour mieux comprendre le problème, prenons l'exemple des plateformes de télévision payante à accès contrôlé. Les nouveaux venus sur ce marché dépendent généralement d'un accès à des installations existantes, parce que la fourniture de services à accès contrôlé requiert obligatoirement l'accès à un système CA viable, une plateforme de services, un EPG, des contenus de programme, des installations techniques etc. Si les nouveaux venus ne sont pas assez prospères pour pouvoir apporter leurs propres ressources avec eux, ils doivent rechercher un accès aux ressources existantes, éventuellement dans des conditions moins favorables que celles dont bénéficient les acteurs établis (désavantage du dernier venu). De même, l'établissement d'autres installations peut être gêné par plusieurs obstacles.

Sans doute, c'est principalement dans l'intérêt des acteurs du marché eux-mêmes de promouvoir l'ouverture et la diversité (pluralité)¹⁰. La plateforme technique (environnement CA) et la plateforme de services pour les services à accès contrôlé participent aux mécanismes des économies d'échelle et des effets de réseau qui déterminent fortement la santé financière de nombreux services d'information¹¹. Chaque fournisseur ou abonné supplémentaire à une plateforme de services numériques accroît l'attrait général de la plateforme (qu'il s'agisse d'une plateforme technique ou de services) et, en conséquence, la demande et améliore l'exploitation optimale des ressources, à condition que les effets positifs de l'expansion de la plateforme de services de télévision numérique dépassent les possibles effets négatifs des nouvelles arrivées affectant la position existante (ceci s'applique particulièrement à la commercialisation de bouquets de programmes). Idéalement, le point de vue économique est une incitation à garder les installations et plateformes ouvertes. Ce peut être différent lorsqu'un ou juste quelques participants au marché ont acquis une certaine influence économique qui, en elle-même, assure déjà le succès économique du service, à savoir lorsque aucune solution viable autre que le service actuel n'existe ou lorsque les acteurs existant sur le marché ont un stock suffisamment complet de ressources personnelles (CA, droits sur les programmes, réseaux de distribution). Dans ce cas, le contrôle économique de l'accès à l'information associé à la possession de droits sur les programmes intéressants génère un réel avantage sur la concurrence, car il permet d'exploiter de manière exclusive les droits sur les programmes et d'empêcher aux concurrents potentiels d'arriver sur le marché. En conséquence, l'effet du contrôle de l'accès électronique sur la concurrence est principalement déterminé par la structure et la dynamique des marchés pour les services à accès contrôlé et le CA, à savoir le marché pour les systèmes de contrôle d'accès (niveau de l'infrastructure) et celui pour les services à accès contrôlé (niveau du service). Dans une telle situation, le contrôle exclusif des installations à goulot d'étranglement ou, et c'est de plus en plus important, du standard intégré, fournit une large gamme de possibilités pour gêner les concurrents potentiels et actuels, en particulier lorsque ce contrôle est exercé par de puissants opérateurs intégrés verticalement ou horizontalement.

9) Poel, Martijn & Hawkins, Richard, *The evolution of access bottlenecks in Europe: Re-locating the regulatory issues*, Communications & Strategies, Vol. 44, 4e trimestre 2001, p. 93.

10) Voir également Poel & Hawkins, *ibid*, p. 84.

11) Neumann, *ibid*, p. 24; Shapiro (2000), Carl, *Competition policy in the Information Economy, Foundations of Competition Policy Analysis*, Routledge, London/New York, 2000, p. 5.

L'intégration verticale entre, par exemple, le niveau CA et le niveau du service permet de faire passer le pouvoir des marchés du service aux marchés pour les services à accès contrôlé et CA : des subventions croisées provenant des recettes des abonnements (utilisées pour abaisser le prix du marché pour le décodeur), le contrôle d'une plateforme de service populaire (ce qui a des effets positifs sur la distribution de l'infrastructure technique sous-jacente), une forte position sur les marchés pour les logiciels des programmes (ce qui renforce le pouvoir de négociation global d'une plateforme à accès contrôlé) etc. rendent plus difficile le lancement d'un autre système technique par un concurrent. L'intégration verticale entre les deux niveaux permet également au réseau de gagner en efficacité et garantit un accès rentable au niveau CA, souvent dans des conditions plus favorables que celles générées par le marché libre. Bien entendu, les entreprises organisées verticalement favorisent les sociétés auxquelles elles sont associées à d'autres niveaux de la chaîne de distribution et leur proposent des conditions optimisées pour accéder aux ressources et aux installations. Cela permet également, et fournit des incitations pour cela, d'exercer une discrimination contre les "étrangers" au moyen des tarifs ou en proposant des conditions contractuelles moins favorables pour accéder au système CA¹². D'autre part, le résultat peut très bien déboucher sur des prix inférieurs pour le consommateur (et ainsi sur un avantage social accru), un rendement plus élevé et davantage d'incitations pour investir et innover dans le secteur de l'infrastructure¹³. En particulier dans les secteurs qui dépendent de standards, de puissants opérateurs intégrés verticalement peuvent imposer une solution *de facto* aux problèmes de standards et ainsi améliorer la continuité et la stabilité.

Les possibilités d'influencer la concurrence à la fois économique et idéologique sont évidentes. Elles vont d'un simple refus d'accès, en passant par des conditions défavorables, une absence de compatibilité et de support logiciel, jusqu'à l'utilisation abusive d'une position plus forte lorsqu'il s'agit de négocier l'achat de droits de programmation etc. Comme expliqué, le contrôle des goulots d'étranglement techniques affecte principalement l'état de la concurrence, non seulement au niveau du transport mais également au niveau du service, si l'accès à cette installation donnée est nécessaire pour fournir des services au niveau du service. Par exemple, l'entreprise contrôlant un système CA dominant peut également influencer le choix des services de radiodiffusion et de non-radiodiffusion proposés aux consommateurs. Des installations techniques plus sophistiquées (par exemple, EPG et moteurs de recherche) peuvent même exercer un contrôle éditorial direct, parce que la manière dont elles sont programmées détermine la sélection des informations présentées aux consommateurs, une fonction précédemment réservée, par exemple, aux producteurs de programmes de radiodiffusion. Autrement dit, le contrôle des goulots d'étranglement techniques influence non seulement la concurrence économique mais également la concurrence dans le domaine des opinions et des idées.

Les régulateurs des goulots d'étranglement techniques se trouvent dans une position difficile : ils souhaitent promouvoir les nouvelles techniques et installations qui sont des moteurs prometteurs de l'industrie médiatique de l'avenir (par exemple, dispositifs CA, procédures de facturation électronique etc.), tout en devant empêcher l'utilisation abusive des dites installations si elles menacent l'ouverture, la diversité et le pluralisme des marchés des médias. Les régulateurs nationaux¹⁴, en particulier, doivent considérer les possibles effets du contrôle des goulots d'étranglement techniques non seulement sur le niveau du transport mais également sur le niveau du service ainsi que la réalisation des objectifs réglementaires pour les deux niveaux. Pour compliquer la situation, comme on le verra, les objectifs réglementaires pour les deux niveaux peuvent différer, voire être contraires.

Accès aux goulots d'étranglement techniques : la nouvelle approche réglementaire européenne

La directive "accès" récemment adoptée cherche à établir une approche harmonisée uniforme pour le traitement des problèmes posés par les goulots d'étranglement techniques (elle est présentée de manière générale dans le document de référence p. 127-133). L'objectif est de surveiller le comportement des entreprises contrôlant les goulots d'étranglement et de créer les conditions nécessaires à une concurrence durable aux niveaux du transport et du service. Comme la CE l'a clairement indiqué, les règles de la concurrence seules peuvent ne pas suffire à garantir la diversité culturelle et le pluralisme

12) Un facteur supplémentaire qui rend l'évaluation de la puissance des marchés verticaux encore plus difficile est l'absence de transparence dans les entreprises intégrées verticalement, ce qui ne permet pas de décider facilement si un comportement donné fait partie d'une stratégie commerciale légitime réussie ou constitue un comportement anti-concurrentiel indésirable (filiales croisées, politique de prix déloyale etc.).

13) Voir également Tirole, *Theory of Industrial Organisation*, MIT 1998, p. 187 et Lemley, Mark & McGowan, David, *Legal implications of Network Economic Effects*, California Law Review, Vol. 86:479, 1998, p. 481, 496.

14) Veuillez noter que la CE n'a que des compétences limitées pour intervenir dans les sujets d'importance sociale, culturelle ou démocratique. De telles initiatives sont réservées aux Etats membres.

des médias dans le domaine de la télévision numérique. C'est pourquoi la Directive 95/47/CE fournit un cadre réglementaire initial pour la réglementation de l'accès aux systèmes CA, considéré comme l'un des principaux obstacles à la concurrence sur les marchés de la radiodiffusion numérique naissants. L'obligation de fournir un accès conditionnel dans des conditions équitables, raisonnables et non-discriminatoires vise à garantir la disponibilité d'une pluralité de programmes et de services. Comme l'a noté la CE, les évolutions technologiques et du marché rendent obligatoire la révision régulière de ces obligations afin de déterminer s'il est justifié d'étendre de telles obligations aux nouvelles entrées (telles que les EPG et les API), dans la mesure nécessaire pour garantir l'accessibilité des utilisateurs finaux à des services de radiodiffusion numérique spécifiés¹⁵.

La télévision numérique sera un test important pour la nouvelle directive, car elle démontrera si cette dernière est correctement équipée face aux marchés de l'information modernes convergents. Les marchés de la télévision numérique sont très dynamiques, à la fois en termes d'innovation et de convergence technologiques et en termes d'évolution du marché, dans la mesure où de nouveaux modèles et services commerciaux sont constamment développés sur la base de nouvelles technologies. De plus, ils se trouvent au croisement du droit de la communication et du droit des médias, alors que des principes et objectifs réglementaires très différents s'appliquent à ces deux ensembles législatifs. Les conflits d'intérêts seront de plus en plus fréquents et il deviendra plus difficile de maintenir la distinction entre les niveaux du transport et du service.

Ci-dessous, j'aborde certains aspects du nouveau concept de la réglementation de l'accès qui pourraient devenir critiques si ce dernier consiste à suivre les développements des nouveaux marchés des médias. Je m'intéresse tout d'abord aux dispositions de la directive qui concernent les goulots d'étranglement techniques dans les marchés de la radiodiffusion numérique. Le présent document n'étant pas destiné à une analyse exhaustive du nouveau cadre¹⁶, je présente certains arguments dans l'objectif de stimuler la discussion.

Le principe de la stricte séparation entre le contenu et le niveau du transport

La directive "accès" est basée sur le principe de l'établissement d'une distinction formelle entre les niveaux du transport et du service¹⁷. En conséquence, le nouveau cadre ne couvre pas les aspects associés au contenu des signaux et des services fournis sur des réseaux de communication électroniques. Cela signifie que la directive ne traite pas des questions concernant les goulots d'étranglement de contenu (ressources rares de programmes, droits exclusifs), le traitement préférentiel de certains types de contenu dans l'intérêt public (par exemple, accès des radiodiffuseurs publics) ou l'accès à la plateforme de services *derrière* la plateforme technique (agrégation de programmes, un groupe ou bouquet de programmes donné).

Toutefois, il n'est pas du tout certain qu'il soit possible de maintenir cette distinction, comme le montre l'exemple des EPG. Il est probablement vrai que les EPG (comme tout autre agent d'information électronique)¹⁸ jouent également une fonction de facilitation du transport en conduisant les consommateurs au contenu auquel ils souhaitent accéder. Cette fonction est toutefois subordonnée à la tâche réelle des EPG, à savoir fournir du contenu, c'est-à-dire des informations sur les services d'information. Ceci étant dit, le considérant 2 de la directive "accès" indique que "(le)s services fournissant des contenus [...] ne sont pas couverts par le cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques". En conséquence, l'EPG est-il un service de contenu ou une installation associée? Où n'est-il simplement plus possible de différencier l'accès au sens technique et la manière dont les contenus sont présentés?

L'EPG n'est pas le seul cas ambigu. Qu'en est-il des logiciels de navigation sur Internet, des listes de programmes et des moteurs de recherche qui s'acquittent de fonctions très similaires? S'agit-il d'installations connexes (au sens du nouveau cadre) ou de services SI? Comment qualifier les systèmes de gestion des abonnés, les systèmes de facturation, les systèmes de gestion des droits numériques et les groupes de programmes? S'agit-il d'éléments de la plateforme technique, par conséquent soumis à la

15) Directive "accès", considérant 10.

16) Voir à la place Helberger, Natali, *Access to technical bottlenecks facilities: The new European approach*, Communications & Strategies, Issue 46, 2^e trimestre 2002, p. 33. Dommering, Egbert, *Een nieuw maatpak voor netwerkmakten Institutionele vormgeving van netwerken, Informatie & Informatiebeleid (i&i) 2002-4*, p. 24.

17) Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, JO L 108, 24 avril 2002, p. 33 (directive "cadre"), considérant 5.

18) Aux fins du présent document, l'expression "agent d'information" est définie comme une application logicielle destinée à informer les consommateurs des choix disponibles et à les guider jusqu'au service d'information voulu (par exemple, listes de programmes, EPG, moteurs de recherche, navigateurs Internet, services d'annuaires etc.).

législation relative à la communication, ou sont-ils associés à la plateforme de services derrière le décodeur, auquel cas des principes réglementaires différents s'appliquent ?

Une raison plus pratique pour laquelle la distinction entre les niveaux du transport et du service est de plus en plus difficile à maintenir est la convergence économique des deux niveaux. Dans tous les secteurs, les opérateurs de l'infrastructure cherchent à se positionner à la fois sur les marchés du contenu et du service. La fourniture de services de contenu ou SI permet d'attirer les abonnés et de renforcer les relations avec l'utilisateur final. Et inversement, les fournisseurs de contenu, tels que les radiodiffuseurs et les maisons de disques, ont fini par comprendre que la concurrence sur les marchés des services ne concerne plus uniquement les contenus proposés mais également la technologie et les standards utilisés. Il s'agit d'un grand "monde de réseaux, dans lequel les interfaces, la compatibilité, les standards et les goulots d'étranglement ont une grande importance"¹⁹.

Le problème qui se pose est évident : à une époque d'intégration verticale et de convergence fonctionnelle et économique des niveaux du service et du transport, une approche réglementaire centrée exclusivement sur le niveau du transport peut-elle avoir des résultats satisfaisants dans le développement global du marché, notamment pour les services de la radiodiffusion numérique ? Par exemple, lorsque les concurrents utilisent le système CA d'un opérateur de télévision payante établi, ce dernier a de réelles opportunités d'influencer les conditions du marché également pour le niveau du service derrière le décodeur (groupage, obligation d'utiliser un standard donné, fournir à de tierces parties l'accès aux données relatives aux consommateurs et au marketing etc.). Jusqu'à présent, on ne sait pas vraiment dans quelle mesure la notion de conditions "équitables, raisonnables et non-discriminatoires" en vertu, par exemple, de l'article 6 de la directive "accès" doit être interprétée à la lumière des conditions qui s'appliquent au niveau du service (par exemple, traitement préférentiel des radiodiffuseurs publics, garantissant une offre de services pluraliste et diversifiée etc.). Les régulateurs nationaux doivent-ils étendre les articles 5 et 6 afin de couvrir les autres installations, y compris les installations ou services au niveau du service, si c'est nécessaire pour supprimer les obstacles à la concurrence à ce niveau²⁰ ? Et dans quelle mesure les Etats membres peuvent-ils ou doivent-ils compléter les règles jusqu'à présent strictement économiques et techniques avec des aspects concernant davantage le contenu ou la présentation²¹ ? Toutes ces questions devraient jouer un rôle considérable lors de la mise en œuvre par les Etats membres du nouveau cadre de communication.

Des objectifs réglementaires différents pour les niveaux du transport et du service

La situation est compliquée par le fait que différents objectifs réglementaires s'appliquent aux niveaux du transport et du service. Alors que pour le niveau du transport, les principes économiques sont primordiaux, le niveau du service est soumis à des buts supplémentaires relatifs aux politiques en matière d'information, tels que la qualité et la structure des contenus proposés. Une réglementation économique réussie est presque inévitablement caractérisée par la survie de l'approche la plus appropriée. Au contraire, la politique en matière d'information est déterminée par l'objectif consistant à garantir la survie, du point de vue de la politique de l'information, des fournisseurs souhaitables (par exemple, radiodiffuseurs publics) même si, ou peut-être juste parce que, il est très probable qu'ils ne survivent pas au libre exercice de l'offre et la demande des pouvoirs du marché. La notion de pluralisme en ce qui concerne le niveau du service introduit un élément qualitatif supplémentaire qui qualifie la forme de concurrence souhaitable pour ce niveau. De plus, la politique en matière d'information poursuit souvent des résultats et/ou objectifs très différents (si ce n'est contradictoires) de ceux poursuivis par la politique en matière de concurrence. Par exemple, la croissance interne ou les concentrations verticales peuvent être le résultat d'un processus de sélection de la concurrence fonctionnant ou d'un raisonnement économique, sans conduire nécessairement à un comportement anti-concurrentiel. Par conséquent, le droit général de la concurrence ne sanctionne pas en elle-même la croissance interne ou les concentrations verticales. D'autre part, la présence d'une plateforme de télévision numérique payante dominante ou du contrôle par une société de plusieurs étapes de la chaîne de distribution peut, même s'il n'est pas abusé de cette position, s'opposer aux objectifs d'une offre pluraliste et variée de contenus et avis concurrents, et peut, en conséquence, être interdite en vertu de la législation relative aux médias.

19) Shapiro (2000), *ibid*, p. 19.

20) Par exemple, l'Allemagne a étendu l'obligation d'accès pour couvrir les services d'agrégation et de groupage (Article 53(3), 6^e Traité inter-états).

21) Article 6 (4), directive "accès".

La portée restreinte de la réglementation de l'accès

La nouvelle directive "accès" fait la distinction entre les installations CA, l'EPG et l'API pour les services de la radiodiffusion numérique et les autres installations techniques dans le domaine de la communication²². Les dispositifs CA et de navigation pour les services de la société de l'information ne sont pas couverts par les articles 6 et 5(1)b de la directive "accès". Pas plus qu'ils ne sont couverts, pour l'instant, par les articles 8 à 13 de la directive "accès", parce que jusqu'à présent, la Commission n'a pas défini les marchés respectifs. La question qui se pose est la suivante: le problème du contrôle de l'accès électronique, des dispositifs de navigation et des *middleware* (logiciels de communication multiplateforme et multiréseau) propriétaires est-il réservé au secteur de la radiodiffusion? L'arrivée de décodeurs avancés entraînera probablement la fin de cette distinction. Le contrôle de l'accès n'est plus limité à la transmission des contenus de radiodiffusion mais peut également être utilisé pour transporter des services autres que des services de radiodiffusion, des services point à point, acheminés via des réseaux de communication et des services de télécommunication avancés. Pour aller encore plus loin, les techniques CA (ainsi que les API et les EPG) sont et continueront d'être appliquées, par exemple, par des fournisseurs de télécommunications mobiles ainsi que par les câblo-opérateurs et, en conséquence, deviendront une partie du réseau de communication²³. Pas plus que les EPG, les API et le CA ne seront les seuls goulots d'étranglement dans la télévision numérique. L'accès au système de gestion des abonnés, aux fonctions de carte à mémoire, à la mémoire du décodeur ou au navigateur du décodeur peut créer des situations de passerelle similaires.

L'argument suivant est également pertinent dans ce contexte: en conséquence du principe de la stricte séparation entre les niveaux du transport et du service, la directive "accès" ne s'étend probablement pas aux services et/ou installations à goulot d'étranglement possible qui sont communément associés au niveau du service, tels que les bouquets de programmes, la plateforme de services (marketing), la facturation, les droits de transmission, les données de programme. Ceci étant dit, l'accès au décodeur n'est qu'une étape dans la chaîne de distribution. L'accès aux services et aux installations derrière le décodeur au niveau du service peut être également essentiel pour l'accès au marché et pour pouvoir effectivement atteindre les clients.

Les effets possibles des obligations d'accès

Un autre aspect doit également être pris en compte: les remèdes qui ont été appliqués avec succès aux goulots d'étranglement traditionnels ne sont pas nécessairement la manière la plus optimale ou efficace de traiter les nouveaux goulots d'étranglement structurels, tels que le CA. Un élément important consiste à savoir si l'effet réel des obligations d'accès respecte toujours les objectifs réglementaires pour un secteur donné. Les obligations d'accès cherchent à imposer la discipline au comportement de l'entreprise contrôlant l'installation. Lorsque l'installation est un monopole naturel, la duplication de cette installation n'est probablement pas une option viable. En conséquence, l'accès à l'installation existante peut être l'unique façon de stimuler la concurrence entre les services qui dépendent de l'accès à cette installation donnée. D'autre part, dans le cas des systèmes CA, des API, des agents d'information etc., la concurrence entre différents systèmes est en principe possible et, sans doute, souhaitable. Les obligations d'accès ne stimulent pas nécessairement cette concurrence. A la place, elles peuvent avoir juste l'effet opposé, c'est-à-dire qu'elles peuvent renforcer la position dominante du premier opérateur, en particulier lorsque la force d'une installation est basée sur le contrôle d'un standard donné, comme c'est le cas du CA: plus les fournisseurs de services d'informations sont encouragés à utiliser une plateforme CA donnée (par exemple, parce qu'ils ont le droit d'accès), plus l'importance stratégique et économique de cette installation ou de ce standard augmentera²⁴ et ceci en raison des effets de réseau et de la nécessité de générer des économies d'échelle du côté de la demande. Plus le nombre de services transportés via une plateforme technique donnée est élevé, plus intéressante sera la plateforme aux yeux des consommateurs et, en fin de compte, des autres fournisseurs de services. Au final, cela étouffera la demande pour d'autres systèmes ou standards. Seuls les fournisseurs de systèmes CA alternatifs, qui s'attendent à atteindre dans un délai relativement court

22) Critique de cette distinction, Helberger, *ibid.*

23) Comme l'a souvent fait remarquer l'Oftel, le concept étayant le contrôle de l'accès électronique est similaire à celui sous-tendant d'autres techniques inhérentes aux réseaux de télécommunications, telles que le processus de commutation. Oftel, *The regulation of conditional access for digital television services*, 1997, p. 3. Voir également CE, Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions - eEurope 2005: une société de l'information pour tous - Plan d'action à présenter en vue du Conseil européen de Séville des 21 et 22 juin 2002, COM/2002/0263 final, indiquant que la télévision numérique interactive et les systèmes mobiles de troisième génération (3G) peuvent être à la fois des substituts et des compléments.

24) Le contrôle des goulots d'étranglement sur les marchés AC est probablement une question de contrôle d'un standard propriétaire donné plutôt que d'une installation matérielle donnée (contrairement, par exemple, aux réseaux de télécommunications ou de câble).

un niveau de popularité et une échelle similaires, envisageront de s'implanter sur le marché. En conséquence, l'accès à la première plateforme CA deviendra encore plus important pour entrer sur le marché, et ainsi l'entreprise le contrôlant aura encore plus d'influence sur l'évolution du marché. Plus un standard donné devient fort, plus il y a de chances pour que le marché se dirige vers ce standard, ce qui finit par déboucher sur une position de monopole. C'est, par exemple, la raison pour laquelle Netscape a fini par perdre la bataille contre Microsoft Internet Explorer; ce dernier étant devenu le standard le plus populaire et, en fin de compte, le standard dominant.

Le cercle susmentionné n'était peut-être pas un problème lors de la première phase de la fourniture d'un réseau ouvert (*Open Network Provision* - ONP) : ici, la position dominante de la société historique était, dans la pratique, acceptée comme un fait. Sur les marchés CA ou similaires, cela pourrait très bien être un problème, en fonction des objectifs réglementaires réels pour ce ou ces marchés.

Il existe, sans doute, des raisons valables pour lesquelles les régulateurs nationaux peuvent vouloir promouvoir des positions de monopole ou, au moins, ne veulent pas les empêcher. L'une d'elles est la stabilité et l'existence d'un standard fiable et permanent. Cela signifie la prévisibilité pour les consommateurs et pour les acteurs de l'industrie. Sans doute, s'agit-il de l'un des objectifs de l'article 6 de la directive "accès", à savoir protéger les consommateurs contre les "piles de décodeurs" et la nécessité de choisir entre différents standards incompatibles. On peut également soutenir que l'existence d'un certain standard ou d'une certaine plateforme technique ouvert aux concurrents, pourrait sensiblement diminuer la nécessité d'investissements (y compris les coûts cachés) et ainsi promouvoir l'entrée sur le marché de nouveaux acteurs. Permettre une position de monopole temporaire sur un nouveau marché pourrait, en outre, être un moyen pour stimuler l'innovation et le développement d'un nouveau marché. C'est particulièrement vrai lorsqu'une entrée réussie sur le marché requiert d'importantes économies d'échelle afin de fonctionner de manière rentable. Idéalement, le développement technologique finira par dépasser la société historique et conduira au développement d'un nouveau et meilleur standard ou service. Le concept de protection du droit des brevets, par exemple, est basé sur cette stratégie : un monopole provisoire dans l'exploitation exclusive est accordé afin de stimuler les investissements dans la recherche et le développement (R&D). C'est également la raison pour laquelle la CE est peu enthousiaste à l'idée de définir les marchés pour les marchés de haute technologie qui n'en sont qu'à leurs débuts. En fin de compte, un marché avec monopole peut être plus facile à réglementer et à superviser qu'un marché fragmenté en de multiples acteurs plus petits.

Les raisons pour ne pas encourager les monopoles sont tout aussi valables. Evidemment, la concurrence et la diversité sur un marché posent des problèmes. Parfois, les arguments pour et contre les monopoles sont simplement les faces opposées d'une même pièce. Bien que des monopoles provisoires puissent promouvoir les investissements et l'innovation, cette stratégie risque également de geler un standard ou service technique donné, même s'il n'est pas le plus optimal ou favorable pour le consommateur. Quelle est la probabilité pour que le marché lui-même puisse, en fin de compte, générer le meilleur service (en termes d'innovation technique et de convivialité pour le consommateur). Et, enfin, quels sont les moteurs de l'innovation et de l'amélioration : les principaux acteurs établis ou les nouveaux venus très motivés ? On peut se demander si, dans la pratique, il est possible de réellement superviser une société historique. C'est particulièrement difficile sur les nouveaux marchés en cours de développement, caractérisés par un manque général d'expérience et une absence de transparence. Des facteurs tels que le niveau d'intégration verticale entre les niveaux du transport et du service et la séparation organisationnelle de la supervision de ces deux niveaux rendent le contrôle encore plus difficile.

L'intégration verticale

La question de l'intégration verticale débouche sur un autre problème : les arguments avancés jusqu'à présent pour ou contre les obligations d'accès étaient des arguments économiques et étaient principalement associés au niveau du transport. Les arguments relatifs à la politique en matière d'information peuvent donner une orientation différente à la discussion²⁵. La popularité d'un système CA propriétaire et l'influence économique et journalistique que l'entreprise disposant du contrôle peut exercer sur le niveau du service sont des aspects étroitement liés : seuls ceux qui se sont abonnés à une plateforme donnée peuvent recevoir les services d'information associés. La plateforme de services, l'EPG, la manière dont les programmes sont groupés et la manière dont le service est facturé sont des outils pour monopoliser la ressource la plus précieuse dans la lutte pour gagner des "globes oculaires

25) Schulz, Wolfgang & Seufert, Wolfgang & Holznapel, Bernd, *Digitales Fernsehen, Regulierungskonzepte und -perspektiven*, Leske + Budrich, Opladen, 1999, p. 95, 128.

et des index", à savoir la clientèle²⁶. Plus la position sur le marché de cette entreprise est forte, moins elle sera exposée à la concurrence, et plus elle pourra influencer la concurrence au niveau des idées et des opinions. Dans une telle situation, les obligations d'accès peuvent renforcer la domination non seulement économique mais également journalistique, respectivement, d'un fournisseur de services donné et de l'entreprise contrôlant une certaine plateforme technique. Lorsque la plateforme technique sous-jacente est incompatible avec les services concurrents, les consommateurs qui se sont abonnés à la première plateforme ne peuvent pas recevoir les offres des concurrents, à moins de vouloir et de pouvoir (financièrement) s'abonner à une deuxième plateforme. Comme précédemment expliqué, les obligations d'accès peuvent avoir pour effet de geler un standard; les conséquences non seulement pour la concurrence économique mais également pour le libre échange d'idées et d'opinions sont évidentes. *De facto*, cela peut entraîner une situation dans laquelle pratiquement tous les services d'information numériques sont proposés par un seul fournisseur. Du point de vue du contexte des objectifs réglementaires pour le niveau du service (c'est-à-dire, la diversité des sources, la pluralité, le discours démocratique, l'égalité des chances pour communiquer), ce résultat est indésirable.

Pour conclure, on peut douter, en conséquence, que le dernier mot en matière de réglementation de l'accès sur les marchés des médias verticalement intégrés ait été dit avec la directive "accès"²⁷. Ce n'est sûrement pas la seule approche possible pour résoudre certains des problèmes de goulot d'étranglement.

Autres approches

Lorsque les goulots d'étranglement résultent des développements technologiques et du marché (comme dans le cas du CA)²⁸, les initiatives qui insistent moins sur une installation donnée que sur la création de conditions ouvertes pour le développement du marché et de la technologie peuvent être un meilleur moyen pour traiter le problème des goulots d'étranglement. Je présente et discute à présent de manière plus approfondie de deux initiatives possibles, à savoir: 1) améliorer l'interopérabilité et les standards ouverts, et 2) modifier la structure des marchés, en abolissant ainsi les incitations à un comportement d'exclusion. Seules ou associées, ces initiatives peuvent conduire à des structures plus ouvertes.

Rendre obligatoire des solutions d'interopérabilité

Il a été expliqué que le contrôle des goulots d'étranglement peut résulter du contrôle d'un standard dominant plutôt que d'une installation donnée. La prépondérance des systèmes CA en est un exemple. Dans le cas des installations CA (entre autres), ce n'est souvent pas tant le contrôle de l'installation CA elle-même que le contrôle d'un standard propriétaire avec l'absence de solutions d'interopérabilité appropriées qui peut gêner les activités économiques des concurrents²⁹. Autrement dit, ce peut être le contrôle propriétaire d'un standard dominant qui fournit aux entreprises un pouvoir suffisant sur le marché pour exclure les tierces parties de l'accès à la plateforme CA ou à la plateforme de services et pour déterminer les conditions de la concurrence économique et journalistique³⁰. Dans une telle situation, la standardisation ou des solutions d'interopérabilité appropriées peuvent fournir une réponse au problème (jusqu'à présent, la CE a abordé le problème de l'interopérabilité avec précaution; cf. le document de référence).

Il existe plusieurs moyens pour imposer les diverses solutions d'interopérabilité: rendre obligatoire un standard donné (par exemple, le standard HD-MAC), stimuler l'adoption de standards ouverts (par exemple, une source ouverte pour le logiciel et le *middleware*), rendre obligatoire une interface commune (par exemple, MHP pour l'API) ou ordonner aux entreprises de rendre leurs services ou installations compatibles les uns avec les autres (interconnexion des réseaux téléphoniques publics)³¹. Promouvoir publiquement les standards ouverts pour les systèmes d'exploitation (Linux), par exemple, permet également de stimuler l'interopérabilité. Le présent document n'a pas pour objet d'en discuter en détail. Je préfère insister sur la valeur probable d'une telle approche dans la résolution du problème des goulots d'étranglement.

26) Moglen, Eben, *The Invisible Barbecue*, 1997, Section C, disponible sur http://emoglen.law.columbia.edu/my_pubs/barbecue.html

27) Comme l'article 6(4) de la directive "accès" le suggère, ce n'est peut-être pas même son intention.

28) Poel & Hawkins, *ibid.*, p. 92.

29) Voir également Shapiro (1999), Carl, *Exclusivity in network industries*, *Geo. Mason L. Rev.*, Vol. 7/3, 1999, p. 3.

30) Voir également dans ce contexte la décision de la CE concernant AOL/Time Warner, *ibid.*, paragraphes 55 - 65.

31) Voir également la discussion dans Schulz, Wolfgang & Kühlers, Doris, *Konzepte der Zugangsregulierung für digitales Fernsehen*, *Schriftenreihe der Landesmedienanstalten*, Vistas, Berlin, 2000, p. 57-60 et 86-88.

Dans ce contexte, les avantages et les inconvénients des solutions d'interopérabilité peuvent être discutés de façon controversée³². Sans doute, rendre obligatoire l'interopérabilité pour le niveau du transport pourrait supprimer un obstacle majeur à plus de concurrence aux niveaux, à la fois, du transport et du service. L'interopérabilité au niveau de l'installation peut entraîner davantage de concurrence sur le marché des installations et des services. La plateforme technique sous-jacente servirait principalement comme instrument pour vendre des services de radiodiffusion et SI au consommateur. Pour les consommateurs, cela pourrait très bien entraîner des prix inférieurs, plus de choix, une large disponibilité de services sur différentes plateformes, la diversité etc. Le standard GSM a montré que rendre obligatoire un standard commun peut sensiblement augmenter les avantages et l'acceptabilité pour le consommateur. D'autres exemples d'une standardisation réussie sont le standard de compression numérique DVB-MPEG 2 et les standards pour la transmission numérique (DVB-T), qui ont ouvert la voie à la prolifération de la télévision numérique. Un exemple négatif est la débâcle du DH-MAC: ni l'industrie ni le consommateur n'accepterait un standard officiellement imposé mais rapidement perçu comme étant démodé et de performance inférieure. En conséquence, les solutions d'interopérabilité rendues obligatoires peuvent avoir l'effet opposé: elles peuvent geler des standards qui, bien que techniquement sous-optimaux, sont le résultat d'un consensus ou d'une décision politique. Un mandat public pour une solution d'interopérabilité spécifique risque non seulement de promouvoir un standard inférieur, mais surtout d'être incompatible avec le traité CE, comme ce fut le cas pour l'Espagne avec le standard de multicryptage³³.

Les précédentes expériences avec la réglementation des télécommunications ont montré que, dans la pratique, la mise en oeuvre de l'interopérabilité peut s'avérer très difficile. C'est devenu évident avec l'interconnexion des réseaux de télécommunication, qui a été réalisée pour atteindre l'interopérabilité sur le marché de la téléphonie fixe. Les procédures de mise en oeuvre peuvent être à la fois compliquées et onéreuses. En particulier lorsque les solutions d'interconnexion ou d'interopérabilité dépendent de précédentes négociations et coopérations entre les parties du marché, le nombre de problèmes, différends et incertitudes pratiques possibles est virtuellement illimité et varie d'un cas à l'autre. Les différends portant sur les prix de l'interconnexion, par exemple, sont un sujet récurrent. Egalement, l'absence de transparence et les problèmes concernant la charge de la preuve rendent difficile la mise en oeuvre de l'interopérabilité. De plus, l'arbitrage, l'évaluation et le jugement des accords individuels par les autorités nationales de régulation ou par des juges nationaux peuvent être onéreux et, ce qui est probablement encore plus désavantageux, très longs.

Du point de vue de la politique en matière d'information, les solutions d'interopérabilité peuvent promouvoir des objectifs importants pour le niveau du service, tels que le choix, la diversité des sources, l'égalité des chances pour communiquer et un large accès à une offre d'information diverse et pluraliste à des prix raisonnables. La présence de standards propriétaires non-interopérables peut entraîner des obstacles d'entrée et des verrouillages des consommateurs au niveau du service, et en conséquence être contraire aux objectifs réglementaires pour ce niveau. Du point de vue de la politique en matière d'information, les intérêts des consommateurs seraient mieux servis si les consommateurs avaient accès à une large gamme de services d'information, plutôt qu'aux techniques les plus innovantes et les plus sophistiquées.

Solutions structurelles

Il a été indiqué que l'une des principales caractéristiques des marchés pour les services d'information à accès contrôlé est le niveau élevé d'intégration verticale entre l'infrastructure CA, la plateforme de services et les intérêts individuels dans la fourniture de services à accès contrôlé. Il peut exister des avantages économiques et stratégiques valables justifiant la concentration verticale. Les décideurs peuvent estimer que les avantages particuliers découlant de l'intégration verticale (efficacité, puissance économique, économies d'échelle, effets de réseau) améliorent les avantages sociaux et économiques globaux. D'autre part, une telle intégration crée les possibilités et les incitations pour un comportement anti-concurrentiel aux niveaux du transport et du service (en fonction de la présence d'un pouvoir significatif sur le marché).

32) Une présentation concise des différents arguments économiques figure dans Geffen, Sjoerd Van, Nooij, Michiel de & Theeuwes, Jules, *Marktwerving & ICT - Is de Mededingingswet ICT bestendig?*, SEO-report No. 624, Amsterdam, Stichting voor Economisch Onderzoek (SEO), mai 2002, p. 55-64.

33) Cour de justice des Communautés européennes, C-390/99, 22 janvier 2002, Canal Satellite Digital SL/Administracion General des Estado. Pour une discussion, voir Llorens-Maluquer, Carles, *European Responses to Bottlenecks in Digital pay-TV: Impacts on pluralism and competition policy*, Cardozo Arts and Entertainment Law Journal, Vol. XVI, n.2-3, 1998, p. 557, 579-584.

Les règles comportementales n'éliminent pas les incitations à un comportement anti-concurrentiel³⁴. L'exigence selon laquelle il convient de se comporter d'une certaine manière (par exemple, obligations d'accès, obligation de négocier des accords d'interopérabilité) n'affecte pas l'intérêt d'une conduite interdite. Au contraire, elle laisse une entreprise libre de trouver les points faibles des réglementations, qui doivent ensuite être modifiées par les régulateurs etc. C'est une raison pour laquelle, dans l'affaire Microsoft, une approche davantage basée sur le marché a été envisagée comme alternative aux règles comportementales. Dans ce cas, une cession horizontale, à savoir la séparation des activités de Microsoft entre les systèmes d'exploitation et les applications, a été suggérée³⁵. Egalement au niveau européen, les décisions de fusion de la CE dans les affaires concernant la télévision payante et Internet ont montré une tendance à prévenir la création de structures anti-concurrentielles³⁶.

Une approche structurelle conçue pour séparer la plateforme technique et la plateforme de services ou certains de leurs composants clés (par exemple, l'EPG du contrôle de la plateforme de services, le contrôle d'une plateforme de services de télévision payante de la technologie CA sous-jacente), pourrait supprimer les incitations à prendre des décisions d'accès anti-concurrentielles et pourrait avoir plusieurs aspects positifs pour la concurrence à la fois pour le CA et le niveau du service. Les aspects discutés concernaient, principalement, la suppression des incitations à adopter un comportement anti-concurrentiel, des structures de marché plus transparentes, la stimulation de l'innovation et de l'investissement sur le marché des services et la facilitation de la mise en œuvre.

Pour diverses raisons, la séparation structurelle formalisée rencontre une forte résistance politique, en particulier en Europe. Evidemment, des arguments économiques pertinents s'opposent à la séparation structurelle: la perte de gains d'efficacité, l'impossibilité d'une concurrence globale et le risque de décourager les investissements. Actuellement, les principales plateformes de télévision payante contrôlent le matériel, le *middleware*, les caractéristiques techniques pour les applications compatibles avec la plateforme technique etc. Il a été avancé que si la plateforme de services était séparée de la plateforme technique, ou l'EPG ou autre, cela pourrait entraîner une augmentation des prix (effet de la double marge), des problèmes de sécurité et une réduction des incitations pour investir dans la plateforme CA technique. Les considérations politiques jouent également un rôle. Naturellement, les politiciens nationaux qui souhaitent promouvoir la croissance économique et l'innovation sur les nouveaux marchés de l'information de leur nation, et les grandes entreprises verticalement intégrées sont d'importants alliés pour atteindre ces objectifs: il s'agit de moteurs puissants qui augmentent l'emploi et les recettes fiscales. Obliger une grosse société nationale du secteur des médias à renoncer à son contrôle commun d'une plateforme de services, d'une plateforme technique, d'importantes bibliothèques de contenu et d'une infrastructure de transmission peut donner aux opérateurs plus petits une chance; cela peut également signifier l'abandon d'une position de leader importante pour la prospection des marchés de l'information dans toute l'Europe, voire dans le monde entier.

Une fois de plus, les arguments associés au niveau du service plutôt qu'au niveau du transport peuvent être convaincants et peut-être même décisifs. Les autorités de régulation des médias voient avec suspicion l'influence que le contrôle d'une plateforme technique peut avoir pour le niveau du service. C'est pourquoi les autorités nationales de régulation des médias interdisent l'intégration verticale entre, par exemple, les réseaux de câble et satellite eu égard à la programmation ou entre la fonction CA de sécurité et le décodeur³⁷. Du point de vue de la politique en matière d'information, l'aspect de

34) Voir Leveque, Francois, *The controversial choice of remedies to cope with the anti-competitive behavior of Microsoft*, Berkeley Olin Program in Law & Economics, Working Paper Series, Université de Californie, Berkeley, 2000, paper 34, p. 4-8, qui avance que la distinction économique clé entre les remèdes anti-trusts se trouve parmi les remèdes économiques basés sur des incitations et des remèdes "commande et contrôle" plutôt que sur des remèdes comportementaux et structurels.

35) Leveque, *ibid*, p. 8, indiquant que pendant le procès Microsoft, on a laissé passer la chance de discuter d'autres remèdes basés sur le marché, en particulier de ceux conçus pour traiter du comportement anti-concurrentiel dans les industries des logiciels et de l'information.

36) Par exemple, Commission européenne, décision du 27 mai 1998 relative à une procédure en vertu du Règlement du conseil (CEE) n° 4064/89 (affaire n° IV/M.1207 - Deutsche Telekom Betaresearch), 27 février 1999, JO L 53, p. 31; décision du 19 juillet 1995 déclarant qu'une concentration est incompatible avec le marché commun et le fonctionnement de l'accord sur l'EEE (affaire n° IV/M.490 - Nordic Satellite Distribution), 2 mars 1996, JO L 53, p. 20; décision du 27 mai 1998 relative à une procédure en vertu du règlement du conseil (CEE) n° 4064/89 (affaire n° IV/M.469 - MSG Media Service), 31 décembre 1994, JO L 364, p. 1; également, décision du 15 septembre 1999 relative à une procédure en vertu de l'article 81 du Traité de la CE (affaire IV/36.539 - British Interactive Broadcasting/Open), 6 décembre 1999, JO L 312, p. 1; pour n'en citer que quelques-uns.

37) Comme aux Etats-Unis, voir article 76.1204 (a) du Code des réglementations fédérales (F.C.C. 98-116), Mmise en œuvre de l'article 304 de la loi de 1996 relative aux télécommunications: (1) Un distributeur de programmes vidéo multi-canal qui utilise des dispositifs de navigation pour assurer les fonctions d'accès conditionnel doit proposer un équipement qui n'inclut que les fonctions d'accès conditionnel de tels dispositifs. Depuis le 1er janvier 2005, aucun distributeur de programmes vidéo multi-canal couvert par cet article ne doit mettre en service de nouveaux dispositifs de navigation, afin de les vendre, les louer ou les utiliser, s'ils assurent à la fois des fonctions d'accès conditionnel et d'autres fonctions dans un seul dispositif intégré.

la séparation structurelle est intéressante, car il peut aider à empêcher le contrôle des goulots d'étranglement techniques dont il est abusé afin de créer des monopoles de l'information privés et exclusifs au niveau du service. La cession horizontale entre la plateforme CA et la plateforme de services pourrait, et c'est encore plus important, empêcher l'harmonisation de la puissance du marché du niveau du transport au niveau du service, et ainsi réduire le risque que le marché libre des idées et des opinions soit dominé par des standards et des installations techniques. Des arguments plus pratiques en faveur de la cession horizontale concernent la facilitation du travail des différentes autorités nationales de régulation en ajoutant plus de transparence.

Ainsi, il pourrait être intéressant d'étudier de plus près la possibilité d'aborder les problèmes de goulots d'étranglement non seulement avec des règles comportementales (obligations d'accès, interopérabilité rendue obligatoire) mais également avec une approche orientée davantage vers la structure du marché. Autrement dit, une solution envisageable consiste à séparer le contrôle de plusieurs étapes de la chaîne de distribution, telles que la plateforme CA technique et la plateforme de services, ou la plateforme de services et l'agent d'information etc. La réalisation législative d'une telle approche peut prendre différentes formes, comme décrit ci-dessous.

Ex post

Lorsqu'un acteur abuse de son pouvoir sur le marché au détriment de la concurrence existante, il incombe aux autorités de concurrence d'ordonner qu'il soit mis un terme *ex post* au comportement illégal. Ceci étant dit, l'un des principaux inconvénients de la législation relative à la concurrence est la marge opérationnelle souvent restreinte dont disposent les autorités nationales de régulation pour restaurer des conditions concurrentielles, à savoir leur incapacité à imposer des mesures structurelles. C'est pourquoi la CE elle-même a noté que : "[L]es remèdes [de nature structurelle] peuvent être nécessaires pour faire cesser effectivement l'infraction. Cela peut être le cas notamment de certains accords de coopération et d'abus de position dominante, pour lesquels la cession de certains actifs peut s'imposer"³⁸. Selon l'article 7 du nouveau règlement du Conseil sur la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE³⁹, la CE est désormais expressément habilitée à adopter des mesures structurelles⁴⁰. Par conséquent, à l'avenir, la cession structurelle, comme instrument de la mise en œuvre de la législation relative à la concurrence, peut jouer un rôle plus important en Europe également⁴¹.

Ex ante

Alors que les remèdes structurels *ex post* peuvent être un moyen de remédier efficacement aux comportements anti-concurrentiels, cette approche a également ses inconvénients. Il s'agit, par exemple, de l'absence d'instructions et de certitude juridique pour les parties impliquées, des incertitudes inhérentes aux procédures de concurrence ainsi que du problème du temps. En outre, la décision de céder une entreprise prospère n'est pas facile à prendre et, dans la pratique, il peut même être très difficile, pour des raisons pratiques et politiques, de démanteler les structures anti-concurrentielles déjà établies. Ces problèmes peuvent être évités en empêchant la création de structures anti-concurrentielles *ex ante*.

Une politique en matière de fusions, au niveau communautaire et/ou national, est un moyen pour empêcher les structures anti-concurrentielles *ex ante*. Le contrôle des fusions est le contrôle *ex ante* de la structure du marché et, jusqu'à présent, il s'est agi d'un instrument important de la politique de la CE en matière de concurrence eu égard aux marchés de l'information. Toutefois, l'expérience a prouvé que le contrôle des fusions a ses limites. Un contrôle efficace des fusions, en rapport avec les pratiques anti-concurrentielles, n'a que la portée que les autorités de concurrence souhaitent pour exercer ce contrôle. Les décisions de fusion sont rarement détachées de toute considération politique et stratégique⁴². Outre leur dépendance des arguments politiques, les décisions de fusion impliquent un niveau

38) CE, proposition de règlement du Conseil relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité et modifiant les règlements (CEE) n° 1017/68, (CEE) n° 2988/74, (CEE) n° 4056/86 et (CEE) n° 3975/87, Bruxelles, 27 septembre 2000 COM(2000) 582 final, article 7 et memorandum explicatif.

39) Règlement du Conseil (CE) n° 1/2003, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, 4 janvier 2003, JO L 1/1.

40) Voir également le considérant 12 du règlement du Conseil susmentionné : "Une mesure structurelle ne doit être imposée que s'il n'existe pas de mesure comportementale qui soit aussi efficace ou si, à efficacité égale, cette dernière devait être plus contraignante pour l'entreprise concernée que la mesure structurelle. Il ne serait proportionné de modifier la structure qu'avait une entreprise avant la commission de l'infraction que si cette structure même entraînait un risque important que l'infraction ne perdure ou ne soit répétée".

41) La cession structurelle est déjà plus commune dans le droit des Etats-Unis (article 2 loi Sherman et article 7 loi Clayton).

42) Voir articles 2 et 2(1)b du Règlement du Conseil (CEE) n° 4064/89 du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, 30 décembre 1989, JO L 395, 1.

considérable d'incertitude juridique pour les parties concernées. Les décisions de fusion requièrent une évaluation *ex ante* hypothétique des futurs développements du marché. Ceci est difficile à faire, en particulier eu égard aux nouveaux marchés dynamiques. L'intégration verticale rend l'évaluation du marché *ex ante* encore plus difficile, car l'évolution du marché dépend encore plus du comportement des acteurs du marché, ce qui est difficile à prévoir⁴³.

Il existe également des préoccupations idéologiques plus fondamentales concernant la viabilité du contrôle des fusions comme instrument de protection de l'ouverture des marchés de l'information. Les décisions de fusion ne laissent généralement pas beaucoup de place à des considérations autres que le fonctionnement économique du marché. Comme l'a déclaré M. van Miert, ancien commissaire à la concurrence pour la CE, "Nous ne pouvons pas utiliser les règles de concurrence pour régir des problèmes démocratiques"⁴⁴. Au niveau national, l'interférence par les autorités de concurrence pour des raisons non-économiques peut même conduire à de graves conflits de compétences⁴⁵.

C'est la raison pour laquelle de nombreux Etats membres préservent un contrôle national du marché structurel spécifique au secteur des marchés des médias, notamment les marchés de la radiodiffusion et de la presse. Les lois nationales sur la propriété des médias permettent généralement a) de répondre à la croissance interne et b) d'imposer une certaine forme de remède structurel pour réduire les effets d'une telle croissance sur la concurrence journalistique, par exemple en retirant ou en refusant d'accorder des licences, nouvelles ou supplémentaires, afin de rompre les holdings (par exemple, Allemagne)⁴⁶ ou de les séparer (par exemple, Italie)⁴⁷. La relation entre la fusion générale et le contrôle de la propriété des médias varie d'un pays à l'autre : dans certains pays, les deux sont appliqués d'une manière complémentaire, alors que dans d'autres, la loi sur la propriété des médias est une *lex specialis*⁴⁸. Toutefois, les Etats membres sont d'accord sur une différence fondamentale entre les deux concepts : le contrôle des fusions vise principalement le fonctionnement du marché économique, alors que les règles sur la propriété des médias sont promulguées pour empêcher les concentrations lorsque ces dernières sont considérées comme portant préjudice aux objectifs d'intérêt public, tels que la diversité et la prévention des monopoles d'information ainsi que les déséquilibres dans l'influence journalistique. En conséquence, la loi sur la propriété des médias serait plus adaptée pour prendre également en compte les composants d'une politique en matière d'information que sont l'ouverture et la disponibilité d'une offre diversifiée de l'information.

Ceci étant dit, la loi sur la propriété des médias est généralement orientée horizontalement. L'intégration verticale, notamment l'intégration entre les niveaux du service et de l'infrastructure, est un aspect qui, jusqu'à présent, n'a joué qu'un rôle mineur. Certains Etats membres ne décident pas si l'intégration verticale avec l'infrastructure est un aspect qui a un rôle à jouer⁴⁹. Certains Etats membres font référence à la législation relative à la concurrence, alors que d'autres font référence aux règles sur la réglementation de l'accès en vertu de la législation relative aux communications (c'est-à-dire, l'obligation de fournir l'accès aux systèmes CA ou obligation *must carry*). Cela a conduit certains auteurs à proclamer que le contrôle de la propriété s'est progressivement transformé en réglementation de l'accès⁵⁰.

Enfin, une autre approche, plus stricte, consiste à introduire des règles formelles qui commandent la déréglementation structurelle *ex ante* pour les éléments cruciaux de la chaîne de distribution, par exemple pour le fonctionnement de la plateforme CA et de services, ou la plateforme de services et les EPG. Des expériences avec la séparation structurelle formelle existent déjà, par exemple, aux Etats-Unis⁵¹ et au Royaume-Uni⁵². Il peut s'agir d'une option viable lorsqu'il est prévisible que le contrôle vertical commun des différentes étapes de la chaîne de distribution pour l'information à accès contrôlé

43) Herdzina, Klaus, *Wettbewerbspolitik*, Lucius & Lucius, 5. Auflage, Stuttgart, 1999, p. 230.

44) Voir également le considérant 10 de la directive "accès".

45) Par exemple en Allemagne, où la concurrence est réglementée par l'Etat fédéral et la politique en matière de médias est toujours réservée aux länder.

46) Article 26(4), traité allemand de radiodiffusion inter-état.

47) Article 2(7), loi italienne n° 249/97 sur les communications.

48) Pour une vue d'ensemble, voir Observatoire européen de l'audiovisuel, *La télévision et la concentration des médias*, Modèles de réglementation aux niveaux national et européen, *IRIS Spécial*, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2001.

49) Article 26(1), traité allemand sur la radiodiffusion inter-état, sur la séparation structurelle *ex ante*, *Kommission zur Ermittlung des Konzentrationsbedarfs (KEK), Zulassungsantrag der PREMIERE Medien GmbH & Co. KG für digitale pay-TV Programme*, KEK 026, 3 février 1999, p. 23-24 et 29-30.

50) Loon, Ad van, dans : *La télévision et la concentration des médias*, Modèles de réglementation aux niveaux national et européen, *IRIS Spécial*, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2001, p. 69.

51) Article 76.1204 (a) du Code de réglementations fédérales des Etats-Unis (F.C.C. 98-116), *ibid*.

52) Par exemple, pour les réseaux de câble et de satellite en rapport avec la programmation (articles 72-78 et 43-45, loi de 1996 sur la radiodiffusion), la programmation et la fourniture terrestre numérique (articles 18-23, loi de 1996 sur la radiodiffusion).

débouchera sur une influence économique ou journalistique indésirable. Une approche formelle éviterait les questions difficiles de l'évaluation de l'évolution future du marché et/ou du niveau d'audience ou de part de marché qui peuvent toujours être considérées comme étant admissibles. Egalement, un concept de stricte séparation formelle entre certaines activités serait probablement le moyen le plus efficace de garantir à long terme des structures ouvertes et d'empêcher que l'intérêt politique (autre que la nécessité de maintenir ouverts les marchés de l'information) n'influence la décision des autorités nationales de régulation.

Accès à la clientèle

Une lacune possible des solutions susmentionnées (contrôle des fusions, loi sur la propriété des médias, règles formelles) est que tous ces concepts insistent principalement sur l'offre. L'objectif du contrôle combiné des plateformes techniques et de services est ciblé sur la demande, afin de monopoliser la ressource la plus précieuse sur les marchés de l'information modernes : l'accès à la clientèle. Avec la sophistication et l'individualisation accrues de la manière dont les services d'information sont distribués aux consommateurs, les stratégies réglementaires doivent également s'adapter. Le contrôle du marché structurel ne garantit pas le fonctionnement de la concurrence si les consommateurs sont, pour d'autres raisons, incapables de passer librement d'un fournisseur de services à l'autre. Par exemple, les abonnés à un service de communications mobiles ont souvent conclu un contrat à long terme avec leur fournisseur. Il est en conséquence moins intéressant de choisir un concurrent aussi longtemps que le contrat actuel est en vigueur. Pour ne donner qu'un seul exemple, les opérateurs de téléphonie mobile peuvent rendre contraignant le transfert d'un numéro de téléphone à un autre opérateur (nombreux formulaires, longues périodes d'attente etc.) et ils compliquent ainsi le changement. De même, les abonnés à des plateformes de télévision payante doivent généralement signer un contrat à long terme, qui peut les empêcher de changer d'opérateur. S'ils louent un décodeur à leur premier fournisseur de télévision payante, les conditions contractuelles peuvent les obliger à rendre le décodeur lorsqu'ils résilient l'abonnement. Les stratégies de groupage (par exemple, l'obligation de s'abonner à un important bouquet de services) sont d'autres moyens pour lier les consommateurs à une offre de services donnée. Dans le domaine de la télévision numérique et sur Internet, l'absence de transparence (le problème du "jardin muré") peut être une autre raison pour laquelle les consommateurs restent chez un opérateur.

La cession structurelle du côté de l'offre peut faciliter les conditions d'entrée pour les opérateurs concurrents et supprimer les incitations à un comportement anti-concurrentiel. Une concurrence effective requiert, en outre, des conditions du marché dans lesquelles les consommateurs sont libres de passer d'un fournisseur à l'autre. Afin de stimuler la concurrence économique et journalistique, des initiatives sont nécessaires afin que les verrous contractuels ou techniques n'empêchent pas les consommateurs de changer de fournisseur de services.

Conclusion

En vertu du nouveau cadre appliqué aux communications, la réglementation de l'accès a jusqu'à présent été trop facilement acceptée comme étant la seule solution au problème des goulots d'étranglement. On ne sait pas bien si le cadre existant, en particulier les articles 6 et 5(1)b de la directive "accès", est efficace pour garantir l'ouverture des marchés de la radiodiffusion numérique. Un argument important tendant à indiquer que ce n'est pas le cas est que la directive "accès" ignore le lien fondamental entre le niveau du transport (c'est-à-dire l'installation et les services du niveau du transport) et le niveau du service. Selon le principe de la séparation formelle stricte entre les deux niveaux, la directive "accès" ignore l'existence des goulots d'étranglement qui sont associés au niveau du service, tels que l'accès à la plateforme de services (marketing) derrière le décodeur, un regroupement de programmes ou un système de facturation commun. Le contrôle de l'accès électronique n'est pas le seul goulot d'étranglement de la télévision numérique, pas plus que les problèmes liés aux goulots d'étranglement ne sont réservés au niveau du transport. Une deuxième conséquence de la distinction formelle entre les niveaux du transport et du service est que l'on ne sait pas très bien dans quelle mesure la directive "accès" permet d'évaluer les aspects associés au contenu lors de la surveillance du contrôle des goulots d'étranglement. Les autorités nationales de régulation peuvent-elles interpréter la notion de conditions d'accès équitables, raisonnables et non-discriminatoires à la lumière de termes et conditions associés au contenu ? De plus, il a été montré dans la pratique que la distinction entre les niveaux du transport et du service sera de plus en plus difficile à maintenir parce que les deux niveaux sont très souvent également économiquement liés (intégration verticale) et parce que, avec la sophistication accrue et l'orientation vers le contenu des installations de transmission et/ou services, il devient de plus en plus difficile de déterminer quelles installations appartiennent à quel niveau (par exemple, EPG). La conclusion de tout cela est qu'une réglementation effective des goulots d'étranglement doit

s'étendre aux deux niveaux (transport et service), et que les régulateurs doivent être prêts à les traiter comme une unité fonctionnelle.

De plus, le contrôle des goulots d'étranglement techniques peut permettre l'exercice d'un pouvoir non seulement économique mais également journalistique au niveau du service (au-delà d'un simple refus d'accès au CA). C'est particulièrement vrai lorsque, comme ce sera généralement le cas, le contrôle des plateformes technique et de services (marketing) est également économiquement lié (intégration verticale). C'est également dans ce contexte que l'on peut douter de l'efficacité des obligations d'accès comme moyen de résoudre les problèmes de goulot d'étranglement sur les marchés de l'information. Les effets possibles des obligations d'accès peuvent aller à l'encontre de la réalisation, *inter alia*, des intérêts de la politique en matière d'information visant originellement à empêcher des concentrations indésirables sur les marchés de l'information. D'autres raisons, plus générales, de remettre en cause les obligations d'accès ont à voir avec les difficultés impliquées dans la production des définitions sur des marchés dynamiques en constante évolution et l'identification des possibles goulots d'étranglement en fonction de la technologie. De plus, l'approche actuelle dépendant de la technologie, exposée aux articles 5 et 6, ignore le fait que le contrôle d'accès électronique et les instructions des consommateurs ne sont plus des problèmes réservés à la radiodiffusion numérique, et que les marchés de la radiodiffusion numérique sont également caractérisés par des tendances à la convergence.

Dans ce contexte, on peut se demander si des initiatives basées sur le marché, à savoir insistant sur la structure particulière du marché et sur les incitations des acteurs du marché, seraient une solution préférable aux mesures comportementales ("commande et contrôle"), telles que l'article 6 de la directive "accès"? En ce qui concerne la demande, il est intéressant de considérer les lois relatives au contrôle des fusions ou à la propriété des médias comme des moyens possibles pour créer à long terme des structures ouvertes dans l'intérêt non seulement de l'économie mais également de l'information. Pour l'offre, il est nécessaire de faire plus attention à la relation contractuelle entre le consommateur individuel et le fournisseur de services. La manière dont cette relation est structurée est un facteur supplémentaire qui est décisif pour une concurrence effective sur les marchés modernes de l'information. Une réglementation effective des goulots d'étranglement requiert également le contrôle de la relation entre les consommateurs individuels et les fournisseurs de services, et la manière dont les services d'information sont groupés et commercialisés.

Analyse économique de l'obligation d'ouverture des ressources des goulots d'étranglement¹

Sjoerd van Geffen (IViR, SEO) et
Jules Theeuwes (ENCORE, WRR)
Université d'Amsterdam

Politique économique contre politique des médias : bien-être social contre paternalisme

La politique économique, dont relève la politique de la concurrence, prend en compte le bien-être social, alors que la politique des médias (et des communications) vise des objectifs de nature différente, typiquement paternalistes. L'un des objectifs caractéristiques de la politique des médias et des télécommunications consiste à faire entendre chaque voix du "marché de l'opinion publique" à qui-conque souhaite l'entendre. Cet objectif se fonde sur l'intérêt général qui veut que chacun puisse accéder à des courants d'idées, d'opinions et de positions très diversifiés. Cet objectif de "concurrence journalistique" propre à la politique des médias peut parfois se voir relayé par la politique économique (de la concurrence). Néanmoins, les différents objectifs de la politique économique et de la politique des médias doivent, de fait, être analysés distinctement.

La politique économique exige l'intervention d'un nombre suffisant de fournisseurs pour garantir qu'un choix suffisamment large soit proposé au consommateur, mais il n'est pas toujours indispensable, ni même recommandable, d'imposer l'ouverture des ressources en amont à des tiers (concurrents), même si ces ressources ne peuvent pas être (facilement) doublées, à la seule fin d'augmenter le nombre d'acteurs sur le marché en aval. L'intérêt d'une telle politique dépend des effets de cette dernière sur le bien-être social. A cet égard, il faut rappeler que le droit et la politique en matière de concurrence ne doivent pas se préoccuper des intérêts des concurrents, mais bel et bien du processus de concurrence. Ce qui importe, en définitive, ce sont les résultats pour les *consommateurs*². Si les consommateurs sont mieux servis lorsque l'ouverture des ressources n'est pas obligatoire, l'ouverture ne devrait donc pas être obligatoire, d'un point de vue *économique* basé sur le bien-être social.

1) Outre les références mentionnées ici, voir également, Armstrong, Mark, Chris Doyle & John Vickers, "The Access Pricing Problem : A Synthesis", *Journal of Industrial Economics*, vol. 44, n° 2 (juin 1996), p. 131 à 150 ; Economides, Nicholas, "The Incentive for Vertical Integration", *Document de travail CE-94-5*, Stern School of Business, N.Y.U., <http://www.stern.nyu.edu/networks/94-05.pdf> ; *Industrial Organization* vol. 14, n° 6 (octobre 1996), p. 673 à 699, <http://raven.stern.nyu.edu/networks/94-24.pdf> ; Economides, Nicholas, "Competition Policy In Network Industries: An Introduction", in : Jansen, D., (ed.), *The new economy: Just how new is it*, University of Chicago Press (2003), http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=386626 ; http://www.stern.nyu.edu/networks/Competition_Policy.pdf ; NEI (2002), "OPTA's Consultatiedocument "Visie op de Postmarkt" nader beschouwd", rapport pour la poste PTT, avril, Rotterdam ; OPTA, Consultatiedocument (document de consultation) "Visie op de Postmarkt" ("Vision du marché de la poste") (8 janvier 2002), <http://www.opta.nl/download/Codo%20postmarkt%20staatscourant.pdf>

2) Cf. observations du Commissaire CE à la politique de la concurrence, Mario Monti, sur le "modèle du bien-être des consommateurs" dans le droit de la concurrence: "L'objectif suprême des règles de la concurrence est simple: veiller à ce que les consommateurs bénéficient de produits nouveaux et évolués en même temps que de prix réduits." Monti, Mario, "Concurrence et technologies de l'information", discours prononcé à *Barriers in Cyberspace*, Kangaroo Group, Bruxelles (18 septembre 2000), (speech/00/315) (le texte mis en évidence en gras dans l'original a été retranscrit en italique). Voir également Monti, Mario, "La politique européenne de la concurrence et le citoyen", discours prononcé aux *Journées européennes de la concurrence*, à Lisbonne (9 juin 2000), (speech/00/207), p. 2: "Après tout, nous disons que le client est roi !"

Du point de vue de l'efficacité économique, un petit nombre de fournisseurs alternatifs peut s'avérer suffisant, dans la mesure où leur pratique de la concurrence est profitable au consommateur. Sur un marché ne comportant que quelques acteurs, dans un secteur donné, le fait qu'il leur soit plus facile de se livrer à des actions concertées (ententes illicites sur les prix, par exemple) peut s'avérer problématique. L'élément important à surveiller dans un secteur d'activité est la pratique concurrentielle, et pas seulement le nombre de concurrents. Cependant, si la rentabilité économique ne permet qu'à un nombre restreint de fournisseurs d'exister, l'objectif propre à la politique des médias de permettre l'accès au "marché de l'opinion" reste un impératif. Néanmoins, alors que l'analyse économique accepte facilement le fait que les choix politiques débouchent sur des objectifs autres que le bien-être social, on peut affirmer que d'autres objectifs doivent être poursuivis, dans la mesure du possible, de façon à interférer le moins possible avec le bien-être social.

Régulation de l'accès

- Il convient d'être prudent en distinguant bien les différents types d'accès aux ressources réseaux :
- l'accès unidirectionnel et l'accès bidirectionnel, c'est-à-dire l'accès aux réseaux unidirectionnels et bidirectionnels³
 - l'accès vertical, horizontal et parallèle⁴.

Les situations de type "ressource essentielle" font intervenir l'accès vertical unidirectionnel. C'est le cas, par exemple, lorsque les fournisseurs de programmes de radiodiffusion ont besoin d'accéder à l'infrastructure de diffusion comportant un système d'accès conditionnel avec un guide électronique des programmes et des interfaces de programmes d'application.

Lorsqu'il s'avère que la ressource du goulot d'étranglement est un monopole⁵, la régulation de l'accès entre en jeu. Le principe économique essentiel de la régulation de l'accès consiste à considérer que le coût de l'accès (c'est-à-dire hors coût marginal) doit refléter le coût d'opportunité supporté par le propriétaire de la ressource pour laisser des tiers accéder à son réseau. A court terme, le coût d'opportunité reflète le manque à gagner du propriétaire du goulot d'étranglement, de sorte qu'il lui est égal de laisser un tiers utiliser sa ressource ou de l'utiliser lui-même. A long terme, le coût d'opportunité reflète les coûts de maintenance et d'investissements dans le renouvellement de la ressource et l'introduction d'innovations technologiques.

La solution "idéale" consisterait à appliquer la "tarification Ramsey"⁶, qui est un système particulier de discrimination des tarifs, comportant des prix inversement proportionnels à l'élasticité de la demande des consommateurs individuels. Concrètement, les consommateurs susceptibles de réagir fortement à une augmentation de prix (en limitant leur consommation du produit concerné) payent un prix moindre que celui supporté par des consommateurs moins réactifs à une hausse des prix⁷. Pour pouvoir appliquer la tarification Ramsey, il faut recueillir des informations précises sur l'élasticité de la demande des consommateurs individuels pour chaque produit ou service entrant en ligne de compte. Or, en général, il n'est pas possible d'obtenir ce genre d'informations. Par conséquent, il faut chercher une autre alternative.

3) Cf. Economides, Nicholas & Lawrence J. White, "Networks and Compatibility : Implications for Antitrust", *European Economic Review*, vol. 38 (1994), p. 651 à 662.

4) Cf. Brennan, Timothy J., "Industry parallel interconnection agreements", *Information Economics and Policy*, volume 9, n° 2 (juin 1997), p. 133 à 149 ; [http://dx.doi.org/10.1016/S0167-6245\(97\)00010-3](http://dx.doi.org/10.1016/S0167-6245(97)00010-3) [ci-après "Brennan (1997)"]; Noam, Eli M., "Interconnection Policy", in : Cave, Martin E., Sumit K. Majumdar & Ingo Vogelsang (eds.): *Handbook of Telecommunications Economics : Structure, Regulation and Competition*, v ol. 1, Amsterdam : North-Holland ; ISBN: 0444503897 (1e septembre, 2002), p. 737, <http://www.citi.columbia.edu/elinoam/articles/intercon.htm>

5) Une ressource constituant un goulot d'étranglement est en situation de monopole lorsqu'elle dépend d'un seul fournisseur et que son accès est impossible ou économiquement irréalisable. Incontestablement, l'existence d'un pouvoir monopolistique devrait découler de la définition même du goulot d'étranglement". Cf. la définition d'une ressource de goulot d'étranglement de Baumol, William J., et al., *Parity Pricing and Its Critics : A Necessary Condition for Efficiency in the Provision of Bottleneck Services to Competitors*, 14 Yale J. on Reg. 145 (1997): "une entrée monopolistique nécessaire à la fois à son propriétaire et aux concurrents de ce dernier sur le marché final du produit" [ci-dessous "Baumol et al. (1997)"]

6) D'après Ramsey, Frank P., "A Contribution to the Theory of Taxation", *The Economic Journal*, vol. 37, n° 145. (Mar., 1927), p. 47 à 61.

7) Il faut noter que l'une des principales critiques non économiques à un schéma de tarification de ce type consiste à dire qu'il irait à l'encontre des objectifs politiques tels que l'accès universel à des conditions équitables, raisonnables, et non discriminatoires.

L'une des meilleures formules alternatives est la règle de tarification des composants performants ou règle de Baumol-Willig⁸. Ce système fait l'objet de débats fréquents dans la littérature économique et dans les procédures de réglementation ; il prévoit le paiement d'une taxe d'accès au goulot d'étranglement, qui correspond à la somme des coûts directs de fourniture de la ressource et du coût d'opportunité. Il en résulte que seules les entreprises ayant une rentabilité équivalente ou supérieure à cette somme peuvent accéder au marché. D'après les adeptes de cette règle, celle-ci a été conçue pour être appliquée dans un cadre *réglementé*, c'est-à-dire où les prix (au détail) de production sont alignés sur le coût marginal ou pour des marchés présentant une disputabilité parfaite, de telle sorte que l'adéquation entre les prix et le coût marginal soit le résultat des forces concurrentielles.

Néanmoins, aux dires de plusieurs auteurs, la règle de Baumol-Willig peut produire des résultats peu fiables⁹, car elle fonctionne comme une taxe d'entrée dans des situations où les prix de vente au détail *ne correspondent pas* au coût marginal puisqu'ils englobent certains loyers positifs, alors que l'entrée n'a pas seulement pour fonction de réduire les coûts, mais aussi de réduire les prix¹⁰. Quoiqu'il en soit, les partisans de la règle de Baumol-Willig reconnaissent que ce n'est pas la meilleure méthode pour neutraliser le pouvoir monopolistique¹¹.

Reste à savoir quel est le meilleur système de tarification de l'accès, d'un point de vue économique. Il ne s'agit pas, toutefois, de trancher ce débat en définissant un régime d'accès qui réponde à des objectifs non économiques. Ainsi, la question essentielle consiste à déterminer quel régime de tarification d'accès est *complètement neutre*. Lorsque l'ouverture aux tiers (à tous ceux qui la demandent) est jugée nécessaire pour garantir des objectifs *non économiques*, tels que, en l'occurrence, la possibilité pour chacun d'être entendu sur le "marché des idées", il est recommandé de réglementer ce type d'ouverture d'une façon neutre, sur le plan économique, afin de prévenir tout effet secondaire indésirable sur le bien-être social. Dès lors, non seulement les marchés concurrentiels le resteront, mais aussi (malheureusement), les marchés sur lesquels la concurrence est entravée resteront dans le même état. Néanmoins, l'élimination du pouvoir monopolistique ne relève pas de la politique des *médias*, mais bien de la politique de la *concurrence*.

Vision symétrique de l'intégration verticale

Une hypothèse répandue considère que le propriétaire d'un goulot d'étranglement utilise son pouvoir monopolistique sur le marché en amont pour créer un pouvoir monopolistique sur le marché d'aval. Un argument lié à cette hypothèse défend la séparation verticale des différentes couches de la chaîne de valeur, car elle est censée empêcher "l'effet de levier".

Cet argument n'est pas très convaincant en soi, car le mécanisme qui entraînerait ce fameux "effet de levier" reste obscur. La notion d'effet de levier implique une *augmentation* du pouvoir *total* sur le marché, et pas seulement le passage du pouvoir d'un marché sur l'autre. L'"école de Chicago" a expliqué que ceci était généralement impossible, puisque le pouvoir monopolistique ne peut être utilisé

8) La règle de Baumol-Willig a initialement été développée par Willig, Robert D., "The Theory of Network Access Pricing", in : Trebing, Harry M. (ed.), *Issues in Public Regulation*, Proceedings of the Institute of Public Utilities Tenth Annual Conference, Michigan State University Public Utilities Papers (1979) (cf. Baumol et al. (1997), p. 147 renvoi 4) puis popularisée par Baumol, William J., *Some Subtle Issues in Railroad Deregulation*, 10 Int. J. of Trans. Econ. 341 (1983), Baumol, William J. & J. Gregory Sidak, *The Pricing of Inputs Sold to Competitors*, 11 Yale J. on Reg. 171 (1994), et Baumol, William J. & J. Gregory Sidak, *The Pricing of Inputs Sold to Competitors: Rejoinder and Epilogue*, 12 Yale J. on Reg. 177 (1995).

9) Cf. Economides, Nicholas & Lawrence J. White, "Access and Interconnection Pricing : How Efficient is the Efficient Components Pricing Rule?", *Antitrust Bull.* vol. XL, n° 3, p. 557 à 579 (1995), <http://www.stern.nyu.edu/networks/95-04.pdf> ; http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=15114 ; Economides, Nicholas & Lawrence J. White, "The Inefficiency of the ECPR Yet Again : A Reply to Larson", *Antitrust Bull.* vol. XLIII, n° 2, p. 429 à 444 (1996), <http://www.stern.nyu.edu/networks/96-07.pdf> ; http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=139264 (considérant qu'une politique publique visant à empêcher les acteurs moins performants sur le plan technologique de faire concurrence aux titulaires (notamment ceux qui ont un pouvoir significatif sur le marché) devrait être rejetée, mais qu'une telle entrave de la concurrence est le résultat direct de la règle Baumol-Willig) ; Brennan (1997).

10) Cf. Brennan (1997), p. 139 à 140.

11) Cf. Baumol et al. (1997), p. 147 renvoi 3: "Bien sûr, nous ne défendons pas le maintien du monopole sur les services de goulot d'étranglement, mais les économies d'échelle, la sub-additivité ou d'autres considérations peuvent gêner ou empêcher sa disparition. Nous pensons néanmoins, que la distorsion des prix d'accès n'est pas un bon instrument pour supprimer le pouvoir ou les profits monopolistiques".

qu'une seule fois¹². Toutefois, la théorie économique post-Chicago (en particulier les analyses basées sur la théorie du jeu) a identifié quelques exceptions à la règle générale qui veut que l'effet de levier soit impossible¹³. Or, ni l'existence, ni la nature d'une telle situation "exceptionnelle" ne sont évidentes dans le cadre des systèmes d'accès conditionnel propres aux services de radiodiffusion (numériques ou interactifs).

En outre, deux arguments essentiels expliquent pourquoi un secteur intégré verticalement peut être économiquement plus rentable qu'un secteur verticalement dispersé. Tout d'abord, il peut y avoir des économies d'échelle et de portée liées à la production et à la diffusion commune sur les marchés d'amont et d'aval, c'est-à-dire qu'il peut être plus rentable de combiner ces activités que de les séparer, et les avantages en termes de coûts peuvent être suffisamment importants pour profiter au consommateur sur le marché final. Ensuite, une entreprise intégrée verticalement peut éviter la double marginalisation¹⁴, ce qui signifie que le fournisseur, sur le marché monopolistique en amont, rajoute sa marge au coût unitaire pour définir le prix qu'il fera payer à l'acheteur en aval. Par conséquent, lorsque l'entreprise d'aval vend ses produits à l'utilisateur final, elle rajoute également sa marge aux coûts unitaires. Le coût unitaire de l'entreprise en aval comprend le prix, y compris la marge, qu'elle a payé au fournisseur en amont. En bout de chaîne, le consommateur final paye une marge majorée d'une autre marge. En revanche, une entreprise intégrée verticalement évitera ce problème de double marge, ou double marginalisation, car elle calculera des prix de transmission interne pour la transmission de ses biens ou services d'une partie de sa production à une autre. Par conséquent, le prix pour les consommateurs sera moins élevé, alors que la vente unitaire sera plus forte, ce qui favorise le bien-être social.

On peut conclure, à partir de ces arguments, que l'intégration verticale des entreprises n'est pas nécessairement une mauvaise chose, d'un point de vue économique. Cette position est également adoptée par le droit de la concurrence. En ce qui concerne l'intégration verticale "totale", la CEJ a annulé une décision de la Commission de bloquer la fusion d'entreprises dans l'affaire Airtours; cette annulation est notamment fondée sur le fait que, d'une part, la CE considère dans sa décision qu'une hausse du niveau d'intégration verticale est bénéfique à la concurrence et, d'autre part, elle utilise ce point comme étant la preuve d'une tendance à l'établissement d'une position dominante collective, ce qui, en revanche, est préjudiciable à la concurrence, le tout sans fournir aucune raison logique à ces conclusions manifestement contradictoires¹⁵. Quant à l'intégration verticale "partielle", la règle de l'exemption par catégorie (REC) pour les "accords verticaux"¹⁶ est basée sur le fait que l'intégration verticale partielle d'entreprises n'exerçant pas un pouvoir important sur le marché (fixé à partir de la limite relativement modeste de 30 % des parts de marché) est considérée comme généralement bénéfique, voire neutre dans le pire des cas pour la concurrence, et généralise cette analyse dans une présomption légale. Voir en particulier les points 6 à 9 de la REC:

"(6) Les accords verticaux relevant de la catégorie définie dans le présent règlement peuvent améliorer l'efficacité économique à l'intérieur d'une chaîne de production ou de distribution grâce à une meilleure coordination entre les entreprises participantes; ils peuvent en particulier entraîner une diminution des coûts de transaction et de distribution des parties et assurer un niveau optimal de leurs investissements et de leurs ventes.

12) Cf. Bork, Robert, *The Antitrust Paradox: A Policy At War With Itself*, Basic Books (1978), p. 372 à 375.

Kaplow, in Kaplow, Louis, "Extension Of Monopoly Power Through Leverage", 85 *Colum. L. Rev.* 515, p. 517 à 518 (1985), <http://sp.uconn.edu/~langlois/E382/kaplow.html> [ci-dessous "Kaplow (1985)"] développe cet argument de la sorte : "L'argument du montant fixe consiste à dire [...] qu'une entreprise ayant un certain pouvoir sur le marché peut être en mesure de réaliser ses bénéfices exclusivement sur son propre marché, ou sur un autre marché, ou bien en combinant à loisir les deux formules, mais la somme totale des restrictions que le monopoliste pourra imposer avantageusement est fixe, quelle que soit la pratique utilisée."

13) Voir, par exemple., Kaplow (1985), Whinston, Michael D., "Tying, Foreclosure, and Exclusion", *American Economic Review*, vol. 80, n° 4 (septembre 1990), p. 837 à 859 ; également disponible sur le Document de travail NBER n° W2995 (juin 1989), <http://dsl.nber.org/papers/w2995.pdf>, <http://papers.nber.org/papers/W2995>, Blair, Roger D. & Amanda K. Esquibel, "Some Remarks on Monopoly Leveraging", *Antitrust Bulletin* (1995), pp. 317-396, Martin, Stephen, "Strategic and welfare implications of bundling", *Economic Letters* 62 (1999), p. 371 à 376, et Nalebuff, Barry J., "Bundling", *mimeo* (1999), p. 4. http://papers.ssrn.com/paper.taf?ABSTRACT_ID=185193

14) Cette analyse est couramment attribuée à Cournot, A., in "Recherches sur les principes mathématiques de la théorie des richesses", Paris (1838 ; réédité en 1938), et elle a été développée par Economides & Salop sous la forme d'une intégration verticale parallèle entre deux paires d'entreprises liées dans la chaîne verticale. Cf. Economides, Nicholas & Steven C. Salop, "Competition and Integration among Complements, and Network Market Structure", *Journal of Industrial Economics*, vol. 40, n° 1 (1992), p. 105 à 123, <http://www.stern.nyu.edu/networks/jie92.pdf>.

15) CFI 6 juin 2002, affaire T-342/99 (Airtours / Commission), E.C.R. 2002, II-2585 ; voir notamment les points 105 et 106.

16) Règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission, du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, Journal officiel n° L 336 du 29 décembre 1999 p. 21 à 25 (Règle de l'exemption par catégorie). Voir également la note de la Commission "Directives sur les restrictions verticales", JO n° C 291 du 13 octobre 2000, p. 1 ("Directives sur les restrictions verticales").

(7) La probabilité que de tels gains d'efficience l'emportent sur les éventuels effets anticoncurrentiels des restrictions contenues dans les accords verticaux dépend du pouvoir sur le marché des entreprises concernées et, dès lors, du degré de concurrence des autres fournisseurs de biens et de services que l'acheteur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés.

(8) On peut présumer, lorsque la part que le fournisseur détient sur le marché pertinent ne dépasse pas 30 %, que les accords verticaux qui ne contiennent pas certaines restrictions ayant des effets anticoncurrentiels graves ont généralement pour effet d'améliorer la production ou la distribution et de réserver aux consommateurs une partie équitable du profit qui en résulte; dans le cas d'accords verticaux qui contiennent des obligations de fourniture exclusive, c'est la part de marché de l'acheteur qu'il y a lieu de prendre en considération afin de déterminer l'effet global de ces accords sur le marché.

(9) Il n'est pas possible de présumer que, au-dessus du seuil de part de marché de 30 %, les accords verticaux tombant sous le coup de l'article 81, paragraphe 1, entraînent en général des avantages objectifs de caractère et de taille de nature à compenser les inconvénients que ces accords produisent sur la concurrence."

Concurrence sur un seul réseau contre concurrence inter-réseaux (en guise de conclusion)

Il est clair que, tant que la ressource du goulot d'étranglement en amont se trouve en situation de monopole, la concurrence sur les marchés d'aval n'est possible que par le biais de l'utilisation de cette ressource. Néanmoins, les goulots d'étranglement ne durent pas indéfiniment. L'évolution technologique peut faire émerger des concurrents aux goulots d'étranglement existants. Dans la réglementation d'un goulot d'étranglement, il est important que ce dernier prenne fin lorsqu'un concurrent apparaît et, surtout, que l'ouverture obligatoire du goulot d'étranglement ne réduise, ni ne supprime la promotion des investissements dans la recherche, le développement et l'innovation, afin de développer des ressources alternatives au goulet d'étranglement. Cf. les conclusions de l'avocat général Jacobs dans l'affaire Bronner sur la doctrine des "ressources essentielles" :

[...] la justification, sur le plan de la politique de la concurrence, d'une immixtion dans la liberté de contracter d'une entreprise dominante exige souvent de procéder à une soigneuse mise en balance de considérations divergentes. Sur le long terme, il est généralement favorable à la concurrence, et dans l'intérêt des consommateurs, de permettre à une société de réserver à son propre usage les installations qu'elle a développées pour les besoins de son activité. Par exemple, si l'accès à une installation de production, d'achat ou de distribution était trop aisément accordé, un concurrent ne serait pas incité à créer des installations concurrentes. Ainsi, tandis que la concurrence s'amplifierait à court terme, elle se réduirait à long terme. De surcroît, une entreprise dominante serait moins encouragée à investir dans des installations efficaces si ses concurrents pouvaient, sur demande, en partager les bénéfices. Ainsi, le simple fait qu'une entreprise conserve un avantage sur un concurrent en se réservant l'usage d'une installation ne saurait justifier d'exiger l'accès à celle-ci."¹⁷

17) Conclusions de l'avocat général A-G Jacobs dans l'affaire C-7/97 (Bronner / Mediaprint), publiées le 28 mai 1998, à l'article 57. Voir également CJE 26 novembre 1998, affaire C-7/97, Oscar Bronner / Mediaprint, E.C.R 1998, I-7791, en particulier les paragraphes 41 à 47.

Trois approches différentes aux goulots d'étranglement dans les marchés intégrés verticalement

Etendre l'obligation d'accès aux EPG et aux plateformes de services ?

Wolfgang Schulz

En coopération avec Malte Ziewitz

Hans-Bredow-Institut, Hamburg

I. Introduction

Les obligations d'accès, telles que la réglementation des prix, peuvent être considérées comme de graves interférences avec une économie de marché. La liberté de choix des parties à un contrat, ainsi que la liberté de décider des modalités contractuelles, sont indispensables à l'autorégulation des acteurs du marché et, en conséquence, au fonctionnement du marché lui-même. Il convient donc de prêter l'attention qu'elle mérite à la question de savoir dans quelles conditions de telles contraintes devraient être appliqués à une économie.

Le présent article vise à présenter rapidement les arguments qui peuvent être avancés en faveur ou contre l'extension de l'obligation d'accès en vertu de la directive "accès" (2002/19/CE).

1. La télévision numérique et l'émergence des installations goulots d'étranglement

Les avocats spécialisés en droit des médias, qui d'une manière générale évitent de traiter de questions techniques, se sont retrouvés confrontés, lors de chaque congrès organisé sur ce thème ces dernières années, à l'arrivée d'un nouveau service susceptible de devenir une installation goulot d'étranglement¹. Le premier service à avoir été détecté et réglementé fut le système d'accès conditionnel (système CA) qui comprend une partie technique traitant du cryptage et du décryptage appelée système d'autorisation des abonnés (SAA) et une partie orientée vers le consommateur, le système de gestion des abonnés (SGA). Dans certains pays, ce premier service a été suivi par l'interface de programmation d'application (*application programme interface* - API), une sorte de système d'exploitation spécialisé pouvant traiter des applications avancées tout en communiquant avec les fonctions logicielles et matérielles appropriées du décodeur. Outre ces deux exemples, de très nombreux autres services sont concernés par la distribution de la télévision numérique. Afin de les intégrer correctement à un cadre réglementaire, les distinctions suivantes peuvent s'avérer utiles :

- service de contenu ou de non-contenu (dans le premier cas, service de média de masse ou autre),
- service avec ou sans accès au consommateur,
- technique ou non-technique.

Actuellement, trois installations goulots d'étranglement spécifiques préoccupent les avocats et les juristes. Tout d'abord, les guides électroniques de programmes (*electronic programme guides* - EPG) ont été identifiés comme des services posant ce type de problème². Leur nature est ambiguë car ils res-

1) Dans cet article, un goulot d'étranglement signifie une installation dans laquelle la disponibilité, eu égard à l'accès, est inférieure à un niveau estimé être dans l'intérêt public, voir Martijn Poel/Richard Hawkins, *The Evolution of Access Bottlenecks in Europe: Re-locating the Regulatory Issues*, Communications & Strategies, n° 44, 4^e trimestre 2001, p. 72 sqq. et, plus généralement, Natali Helberger, *Access to Technical Bottleneck Facilities: the New European Approach*, Communications & Strategies, n° 46, 2^e trimestre 2002, p. 33 sqq.

2) Voir Andreas Weiss/David Wood, *Was elektronische Programmführer leisten sollten*, Multimedia und Recht 1998, p. 239 sqq.

semblent à la fois aux services de contenu et aux services de non-contenu. D'une part, ils fournissent des informations au consommateur et, en conséquence, ils doivent être considérés comme des services de contenu. D'autre part, ils agissent comme une sorte de dispositif de contrôle pour commuter entre les programmes ou les services. En outre, les fournisseurs d'EPG peuvent créer leur propre marque et ainsi offrir un accès direct au consommateur. Dans la mesure où ils assument les fonctions de guides des programmes télévisés, ils peuvent même être intégrés au système des médias de masse.

Deuxièmement, le groupage de services est devenu essentiel à la distribution des services de télévision numérique. Il comprend un côté technique (multiplexage) et un côté orienté vers les consommateurs (marketing). Ce dernier ressemble beaucoup aux EPG car il s'agit d'un service accessible au consommateur et bénéficiant d'une influence considérable sur le bouquet de services à partir duquel les consommateurs font leur choix. Par ailleurs, le groupage ne fournit aucun contenu propre.

Troisièmement, se situant approximativement entre ces deux types de services, se trouvent les portails qui, comme les moteurs de recherche, peuvent être considérés comme l'un des dispositifs les plus puissants qui influencent l'attention des consommateurs. Dans cet article, nous nous concentrerons exclusivement sur ces trois services.

2. De nouveaux services, des problèmes bien connus

Un problème inhérent aux services basés sur l'infrastructure est l'asymétrie du pouvoir entre les entreprises qui contrôlent l'accès et les autres. Le contrôle exclusif d'installations goulots d'étranglement peut poser des problèmes dans deux domaines spécifiques. Pour commencer, plus un fournisseur de services associés à l'accès exerce un contrôle stratégique important, plus il a de pouvoir économique. Le propriétaire du goulot d'étranglement peut ensuite abuser de ce pouvoir au détriment de la concurrence économique. Dans les infrastructures basées sur des réseaux, ce phénomène est généralement catalysé par une multitude d'effets de réseau³. Ces effets contribuent significativement au renforcement de la plateforme dominante et à l'établissement de standards propriétaires⁴.

Outre ces problèmes économiques, le pluralisme de la communication, autrement dit l'accès équitable à la communication publique, peut se retrouver en danger. Le fonctionnement du processus de communication est également basé sur la concurrence, même s'il s'agit d'une concurrence de communication ou concurrence d'opinions. Bien que cet aspect ne tombe pas principalement dans le domaine couvert par l'Union européenne, il joue un rôle bien plus important dans les Etats membres. Les deux points de vue doivent être pris en compte lorsqu'il s'agit d'étudier les instruments appropriés à la réglementation des installations goulots d'étranglement.

II. L'état actuel du droit

Dans ce chapitre, nous étudierons plus en détail l'état actuel du droit, à la fois au niveau européen et des Etats membres. Ensuite, les aspects problématiques pourront être organisés dans un cadre élémentaire formant la base d'un ajustement de la portée de l'article 6 de la directive "accès".

1. Un "nouveau cadre": la dernière réponse réglementaire au niveau européen

A propos de l'ouverture des installations goulots d'étranglement au niveau européen, il convient de ne pas sous-estimer le rôle de la législation générale relative à la concurrence telle qu'appliquée par la Commission européenne. La fusion Murdoch/Kirch, par exemple, n'a été autorisée qu'à la condition que des exigences spécifiques pour l'ouverture des installations goulots d'étranglement soient respectées⁵.

En outre, la Cour européenne a établi une réglementation des installations essentielles en vertu de l'article 81 du Traité CE, qui s'applique également aux télécommunications et aux services de médias. Toutefois, la législation générale relative à la concurrence n'autorise que des interventions ponctuelles

3) Par exemple, les consommateurs ont tendance à préférer la plateforme la mieux établie (externalités de réseau), ce qui à son tour permet au fournisseur dominant d'optimiser sa structure de coûts et ses processus internes (économies d'échelle), voir plus généralement Carl Shapiro/Hal R. Varian, *Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy*, Boston 1998, p. 1 sqq. et plus particulièrement Michael Katz/Carl Shapiro, *Network Externalities, Competition, and Compatibility*, *American Economic Review* 1985, p. 424 sqq.

4) Voir Karl-Heinz Ladeur, *Rechtliche Regulierung von Informationstechnologien und Standardsetzung - Das Beispiel der Set-Top-Box im digitalen Fernsehen*, *Computer & Recht* 1999, p. 395-404.

5) Voir Commission européenne, affaire n° COMP/JV.37- BSKyB/Kirch Pay Tv, 21 mars 2000, p. 20-25.

en cas d'abus de puissance sur le marché ou en cas de croissance externe prenant la forme de fusions. C'est pourquoi, pour les services de médias classiques, la réglementation nationale a tendance à établir des protections réglementaires spécifiques, écartant en particulier un pouvoir d'opinion dominant.

Contrairement à ces règles générales de concurrence, la nouvelle directive "accès" (2002/19/CE) a adopté une approche spécifique au secteur. Suite à la Directive 95/47/CE, la directive "accès" "harmonise la manière dont les Etats membres réglementent l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi que leur interconnexion"⁶. Dans ce contexte, le terme "accès" est compris au sens le plus large possible comme "la mise à la 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"⁷. Autrement dit, la directive "accès" tend à établir une approche uniforme du traitement des installations goulots d'étranglement au niveau de l'infrastructure⁸.

Néanmoins, la directive "accès" dispose d'une portée limitée. Une obligation d'accès *ex ante* est établie uniquement pour les systèmes CA en vertu de son article 6(1)⁹. Les Etats membres doivent veiller à ce que, eu égard au CA aux services de radio et de télévision numérique destinés aux auditeurs et aux téléspectateurs de la Communauté, quels que soient les moyens de transmission, les conditions fixées à l'annexe I, partie I, soient respectées¹⁰.

Quant aux EPG et aux API, il n'existe pas d'obligation absolue. Ces services sont réglementés par l'article 5(1) *juncto* annexe I, partie II de la directive "accès". En conséquence, les autorités nationales de régulation doivent encourager et, le cas échéant, garantir un accès et une interconnexion appropriés, ainsi que l'interopérabilité des EPG et des API. Alors que la Commission s'est réservé le droit de mettre en œuvre des standards pour l'API¹¹, la réglementation de l'accès aux EPG est entièrement laissée aux Etats membres¹². En outre, seuls les aspects techniques de ces goulots d'étranglement sont encadrés, et non pas ceux associés au contenu.

Les services non-CA, mais associés au CA, restants peuvent, dans la mesure où ils sont situés au niveau de l'infrastructure, être considérés comme des "ressources associées" en vertu des articles 8 à 11 de la directive "accès"¹³. Contrairement à l'article 6 de celle-ci, cette approche plutôt flexible définit les goulots d'étranglement selon la structure actuelle du marché et laisse un important pouvoir de jugement et d'interférence aux autorités nationales de régulation.

En conséquence, les obligations d'accès *ex ante* imposées sont limitées aux systèmes CA au niveau européen, alors que les autres goulots d'étranglement possibles peuvent être soit réglementés en vertu de l'approche flexible, soit laissés aux soins du législateur national. Cela pose la question de savoir dans quelles conditions une obligation d'accès est l'instrument réglementaire approprié.

2. Les leçons des Etats membres: les exemples de l'Allemagne et de la France

Bien que les cadres juridiques nationaux concernant la télévision numérique en soient toujours à leurs balbutiements, il est déjà possible d'identifier des approches fondamentalement différentes. Dans ce contexte, il convient de prêter une attention particulière à l'Allemagne et à la France¹⁴.

aa) Allemagne

En Allemagne, les goulots d'étranglement associés à la radiodiffusion numérique font l'objet d'une réglementation assez détaillée. Au centre de la législation se trouve l'article 53 du *Rundfunkstaats-*

6) Article 1(1) de la directive "accès".

7) Article 2 lit. a de la directive "accès".

8) Voir Commission européenne, Vers un nouveau cadre pour les infrastructures de communications électroniques et les services associés, Réexamen 1999 du cadre réglementaire des communications, COM (1999) 539 final, 10 novembre 1999, p. 25-28.

9) Contrairement à l'ancienne obligation imposée par la Directive 95/47/CE, la directive "accès" ne couvre pas uniquement certains services, mais s'applique également à tous les types de réseaux de communications électroniques et aux ressources associées.

10) Ces conditions font référence, par exemple, à l'obligation de proposer des services techniques sur une base équitable, raisonnable et non-discriminatoire ou à la possibilité d'inclure une interface commune permettant l'interconnexion avec plusieurs autres systèmes d'accès, voir annexe I, partie I, lit. b et c de la directive "accès".

11) Voir articles 18(3), 17(3)-(4) de la directive "cadre".

12) Il convient de noter qu'il n'est toujours pas clairement établi si l'autorité nationale de régulation a le droit d'imposer des obligations d'accès d'après l'article 6 de la directive "accès" ou si elle peut également appliquer l'approche souple prévue en vertu des articles 8 à 13 de la directive "accès".

13) Pour une analyse détaillée de cette approche flexible, voir Helberger, *op. cit.*, p. 33 sqq.

14) Cette rapide vue d'ensemble fait référence à l'état actuel de la législation, en septembre 2003.

vertrag (traité inter-länder sur la radiodiffusion - RStV) tel que mis en œuvre par un ensemble de *Satzung* (règles non-statutaires) promulguées par les *Landesmedienanstalten* (autorités nationales chargées des médias) en vertu de l'article 53(7) RStV. En ce qui concerne les systèmes CA, l'article 53(1) RStV indique que le service doit être proposé selon "des conditions équitables, raisonnables et non-discriminatoires", conformément aux dispositions européennes¹⁵. Toutefois, il est important de noter que seuls les aspects techniques du système CA (SAA) sont explicitement réglementés, mais non les services orientés vers le client (SGA). En outre, une disposition spéciale impose l'obligation de fournir le système CA avec une API permettant aux tierces parties de développer et d'utiliser indépendamment des services supplémentaires¹⁶.

Les EPG sont réglementés en vertu de l'article 53(2) RStV. La disposition relative à l'accès s'applique uniquement aux "EPG navigateurs de base" qui sont actuellement définis comme étant le système qui permet aux téléspectateurs d'accéder à tous les programmes et services disponibles via des décodeurs ou des récepteurs numériques intégrés¹⁷. Les navigateurs de base doivent garantir, dans la limite des moyens technologiques, que les programmes d'intérêt public et les radiodiffuseurs privés puissent être vus et choisis de manière équitable, sans autre barrière au niveau de la première étape de fonctionnement. En outre, les fournisseurs d'EPG navigateurs de base doivent veiller à ce que les consommateurs puissent toujours utiliser d'autres navigateurs ou EPG¹⁸. Enfin, l'article 53(3) RStV établit une protection anti-discrimination spécifique vis-à-vis du groupage. Cette disposition peut être considérée comme une mise en œuvre propre à la radiodiffusion de la clause anti-discrimination générale contenue dans l'article 20 GWB, en réponse au risque intrinsèque d'abus de pouvoir monopolistique. Mais même si dans ce contexte, la formulation fait principalement référence aux aspects orientés vers le consommateur du groupage, selon de nombreux juristes, le côté technique (multiplexage) devrait également être couvert car la *Telekommunikationsgesetz* (loi allemande sur les télécommunications - *TKG*)¹⁹ ne prévoit pas de protection spécifique.

Ces dispositions, adaptées aux besoins de goulots d'étranglement déjà identifiés, sont supportées par une réglementation spécifique de la propriété en vertu des articles 25 sqq. RStV, qui mesurent l'influence sur le traitement de la communication publique en termes de parts de marché (*Zuschaueranteilsmodell*). Dans une certaine mesure, la propriété croisée est également prise en compte en vertu de l'article 26(2) RStV, qui prévoit que les marchés des médias associés concernant la communication publique jouent également un rôle important à cet égard.

Entre la réglementation *ex ante* de goulots d'étranglement sélectionnés en vertu de l'article 53 RStV et les protections contre l'abus de pouvoir de communication en vertu des articles 25 sqq. RStV, aucun lien explicite n'a été établi. Toutefois, les règles de propriété croisée intègrent certains effets de l'intégration verticale. Eu égard au fonctionnement des réseaux câblés, l'article 15 III des *Satzung* prévoit une protection supplémentaire contre la propriété croisée.

bb) France

Contrairement à l'approche allemande, le cœur de la législation française est la distribution des programmes en association avec un ensemble diversifié de règles générales et spécifiques relatives à la concurrence²⁰. En distinguant différents moyens de distribution, l'approche française impose des conditions aussi bien techniques que relatives au contenu²¹. Ainsi, la réglementation des installations goulots d'étranglement est très étroitement liée à la réglementation de la radiodiffusion. Alors que la distribution via satellite, par exemple, ne requiert qu'une notification formelle, la distribution via câble n'est autorisée qu'avec une licence délivrée au radiodiffuseur après que le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) (l'autorité française de régulation) a étudié en détail la composition des programmes.

15) La formulation est basée sur les dispositions de la Directive 95/47/CE, désormais remplacée par la nouvelle directive "accès" 2002/19/CE.

16) Voir article 53 (1)-(3) RStV.

17) Voir Union Européenne de Radio-Télévision (*European Broadcasting Union - EBU*), *EBU Comments on the 1999 Communications Review*, 14 février 2000, p. 5, et plus généralement Swantje Leopoldt, *Navigatoren*, Baden-Baden 2001, p. 32 sqq.

18) Voir article 14(1) des *Satzung* *juncto* article 53(7) RStV.

19) Pour plus de références, voir Wolfgang Schulz, in: Werner Hahn/Thomas Vesting, *Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht*, Munich 2003, article 53 note de bas de page 74.

20) La loi française relative à la liberté de communication a été récemment modifiée, voir loi n° 2000-719 du 1er août 2000 modifiant la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, Journal Officiel du 2 août 2000, p. 11903, avec une version consolidée dans *Légipresse* n° 175 (2000), p. 1 sqq.

21) Cette approche différenciée a été remise en cause sans succès devant le Conseil Constitutionnel au motif de la violation de la clause d'égalité, cp. Saisine par plus de 60 députés, 29 juin 2000, article 5. Pour plus d'informations sur la tendance actuelle de la législation française à harmoniser la réglementation des différents canaux de distribution, voir Philipp Plog, *Frankreich: Umsetzung des Richtlinienpaketes*, in: Hans-Bredow-Institut, *Docuwatch* 2003-3, p. 15.

Bien qu'il soit prévu, de manière générale, que l'accès doive être accordé sur une base équitable, raisonnable et non-discriminatoire, les EPG, les systèmes CA ou les portails ne sont soumis à aucune disposition spécifique à cet égard²². Cela s'applique également à la distribution terrestre même si, dans ce cas, une procédure d'audience et de soumission doit être mise en oeuvre pour chaque chaîne²³. Dans la pratique, la licence n'est accordée qu'au service de multiplexage le plus important car le corps législatif français suppose que les différents services techniques sont fournis par la même société²⁴. De plus, la législation française comprend également des dispositions qui garantissent l'interopérabilité des plateformes numériques dans le domaine de la distribution terrestre²⁵.

Une autre caractéristique remarquable du cadre français est le rôle prépondérant accordé à la législation relative à la concurrence, à la fois générale et spécifique aux médias²⁶. Le modèle comprend une limitation du nombre de licences qu'une entreprise peut obtenir ainsi que des actions qu'un concessionnaire peut détenir²⁷. Bien que seules deux agences soient chargées de lutter contre la concentration, à savoir le CSA pour les problèmes relatifs aux médias et le secrétaire français au Commerce pour les questions d'économie générale, une étroite coopération entre ces organismes est garantie par des consultations mutuelles obligatoires²⁸. En guise de lien entre la législation relative à l'accès et la législation anti-trust, une obligation *must carry* a été établie pour un minimum de programmes nationaux "indépendants", mais elle n'est toutefois pas applicable aux EPG²⁹.

cc) Principales caractéristiques

Dans l'ensemble, la transposition actuelle des dispositions européennes révèle d'importantes différences entre l'Allemagne et la France. Alors qu'en Allemagne les protections sont placées *ex ante* en vertu de la législation relative à l'accès spécifique au secteur, en France la réglementation du groupage, et notamment du multiplexage, prévaut. En vertu de la législation française, l'accès ouvert est protégé simplement par la supervision des bouquets et des conditions contractuelles, entre la plateforme et les fournisseurs de programmes.

En outre, il est devenu évident que les modèles réglementaires adaptés à des services spécifiques courent toujours le risque de se concentrer à l'excès sur les détails. C'est particulièrement le cas des obligations *ex ante* concernant l'ouverture de l'accès, à l'instar de l'article 53 RStV allemand. D'autre part, ce défaut peut être partiellement compensé par une marge de manœuvre importante de l'agence régulatrice. En conséquence, un certain degré de flexibilité peut être garanti par l'association du droit écrit et des instructions promulguées par l'agence régulatrice elle-même³⁰. En outre, on peut constater en France que l'étroite coopération entre les autorités chargées des médias et celles chargées de la concurrence est un facteur essentiel au bon fonctionnement du cadre.

3. Les niveaux de réglementation des goulots d'étranglement

Il est déjà devenu évident que le cadre juridique des nouveaux goulots d'étranglement est très complexe. Le dédale réglementaire des concepts et des compétences se trouve clarifié et systématisé sur le schéma suivant, qui indique toutes les options possibles³¹:

22) Voir l'article 95 (2) de la loi relative à la liberté de communication, qui couvre l'API.

23) Voir l'article 30-2 de la loi relative à la liberté de communication.

24) Voir Jérôme Gallot, *La télévision numérique terrestre: Enjeux et modalités de mise en œuvre au regard des règles de concurrence*, notamment au travers de la question de la distribution, Paris 2002, p. 10 sqq. et Michel Boyon, *La télévision numérique terrestre - Rapport complémentaire*, Paris 2003, p. 27 sqq.

25) Voir l'article 30-3 de la loi relative à la liberté de communication eu égard à la télévision payante, et le nouvel article 25 de la loi relative à la liberté de communication autorisant le secrétaire concerné à normaliser l'API par arrêté interministériel eu égard à la télévision gratuite et payante.

26) Voir Martin Bullinger, *Konzentration im Digitalen Rundfunk*, *Juristenzeitung* 2002, p. 264-268.

27) Voir Emmanuel Derieux, *Le dispositif anticoncentration*, *Légipresse* n° 179 (2001), p. 31 sqq.; Raphael Hadas-Lebel, *Télévision numérique de terre*, 2000, p. 74 sqq.; Francesco Guidicelli/Emmanuel Derieux, *France, IRIS Spécial, La télévision et la concentration des médias*, p. 59 sqq.

28) Voir, par exemple, l'article 41-4 (2) et (3) de la loi relative à la liberté de communication.

29) Voir le décret n° 2002-125 du 31 janvier 2002 (...) concernant l'autorisation d'exploitation des réseaux distribuant des services de radiodiffusion sonore et de télévision par câble, JO n° 27 du 1^{er} février 2002, p. 2154; cp. également Philipp Plog, *Frankreich: Neue Must-Carry-Regelung*, in: Hans-Bredow-Institut, *Docuwatch 2002-1*, p. 9-10.

30) Au Royaume-Uni, l'ITC a publié un code de conduite pour les EPG sur la base de l'article 2(2) de la loi relative à la radiodiffusion, voir *Independent Television Commission, ITC Code of Conduct on Electronic Programme Guides*, juin 1997.

31) En ce qui concerne la législation nationale, il ne s'agit que d'un cadre analytique; il peut exister des options réglementaires que les Etats membres de la CE n'ont pas encore utilisées.

Niveaux de la réglementation des goulots d'étranglement

		UE	National
Spécifique	Générale	Contrôle des fusions → Conditions Régl. du comp. du marché : art. 81 CE → Doctrine des inst. essentielles	Contrôle des fusions → Conditions Régl. du comp. du marché : protections contre les abus de pouvoir → Doctrine des inst. essentielles
	Média	Directive "accès" → Accès ex-ante (art. 6 : AC, en option art. 5 : EPG, API) → Outils flexibles (art. 8-11)	Réglementation des fusions Réglementation du comportement. Obligation d'accès
	Télécom	Pas de compétence pour la réglementation	Réglementation de la propriété Réglementation du comportement. Obligation d'accès

Tout d'abord, une séparation nette doit être établie entre les niveaux européens et nationaux. Alors que les dispositions européennes sont principalement centrées sur des objectifs économiques et sur l'établissement du marché unique, la réglementation des Etats membres doit normalement tenir également compte des objectifs de communication³². Les différentes compétences se reflètent dans les divers ensembles d'instruments réglementaires proposés à chaque niveau.

Comme indiqué précédemment, deux domaines du droit traitent des risques engendrés par les installations goulots d'étranglement : la législation générale relative à la concurrence et la législation spécifique relative aux médias ou aux télécommunications. Dans chaque domaine, un ensemble donné d'outils réglementaires est disponible. Pour commencer avec la législation générale relative à la concurrence, le contrôle des fusions peut fixer des conditions *ex post* pour celles-ci et, en conséquence, empêcher l'accumulation de pouvoir économique entre les mains d'un seul acteur du marché. De plus, la doctrine des installations essentielles prône l'ouverture de l'accès à des goulots d'étranglement spécifiques et, ainsi, à des marchés autrement forclos. Alors qu'au niveau européen, la doctrine est sommairement fondée sur l'article 81 du Traité CE, au niveau des Etats membres, il existe diverses protections contre l'abus de pouvoir sur le marché.

Contrairement à la législation générale relative à la concurrence, la législation spécifique relative aux médias ou aux télécommunications constitue une approche spécifique au secteur pour la réglementation des goulots d'étranglement. En fonction du principe de la réglementation séparée des services techniques et des services associés au contenu, l'Union européenne ne dispose pas d'une réelle compétence pour réglementer les questions relatives au contenu³³. En conséquence, la portée de la réglementation au niveau européen est limitée à de simples aspects techniques des services et réseaux de communications électroniques. A ce stade, le "nouveau cadre" entre en jeu en fournissant une approche différenciée de la réglementation des goulots d'étranglement. En conséquence, la législation des Etats membres relative aux télécommunications consiste principalement en une transposition des dispositions européennes, complétées par certaines particularités nationales. Les instruments communs sont le contrôle des fusions spécifique au secteur, la réglementation du comportement et les obligations d'accès absolues. Des outils similaires sont utilisés dans la réglementation nationale des médias, bien que cette dernière vise principalement à empêcher la monopolisation du pouvoir de communication, et non du pouvoir économique. A cet égard, la distinction entre la réglementation *ex ante* et *ex post* prend également de l'importance. Alors que, normalement, les dispositions *ex ante* ne se trouvent pas dans la législation générale relative à la concurrence, l'article 6 de la directive "accès" ou l'article 53 RStV allemand montrent que, dans la réglementation spécifique au secteur, elles sont occasionnellement utilisées pour ouvrir les marchés à titre de prévention.

En fin de compte, il convient de distinguer au moins trois catégories : les niveaux des compétences et des juridictions, les niveaux des dispositions générales et spécifiques et les niveaux de la réglementation des fusions, de la réglementation du comportement et des obligations d'accès (*ex post* ou *ex ante*).

32) Voir ci-dessous en III. 1) pour plus de détails.

33) Une autre question posée est de savoir si cette séparation analytique distincte peut être conservée eu égard aux caractéristiques hybrides variées des nouveaux services de communications, voir Martin Cave/Pierre Larouche, *Report of the CEPS Working Party on Electronic Communications*, 10/2001, p. 9 sqq.

4. Définir la portée de la réglementation en fonction de la convergence

Pour juger de la nécessité des extensions, il convient de prêter une attention particulière à la portée actuelle de la réglementation. L'article 6(1) de la directive "accès" n'est applicable, en ce qui concerne les services CA, que pour la diffusion de services de télévision et de radio numériques. Comme à l'occasion du débat sur la modification de la Directive "Télévision sans frontières", le problème de la définition de la notion de "télévision" ou "radiodiffusion" revêt une importance cruciale eu égard à la mise en œuvre de l'obligation d'accès et aux possibles extensions de sa portée.

Au stade actuel de la convergence, ce problème a transcendé le statut d'un simple problème théorique. En Allemagne, par exemple, la technologie *Wireless Local-Area-Network* (réseau local d'entreprise sans fil - W-LAN) se développe rapidement et menace à la fois l'*Universal Mobile Telecommunications System* (Système de téléphonie mobile avec accès à Internet - UMTS) et la *Digital Terrestrial Television Broadcasting* (DVB-T). En conséquence, il peut s'avérer nécessaire de soumettre les fournisseurs de W-LAN à la réglementation nationale, ce qui donnerait toute sa portée à l'article 6 de la directive "accès", à la condition préalable que leurs services soient considérés comme de la diffusion par télévision ou radio. Comme il n'est pas improbable que, par exemple, de la musique et des informations soient proposées via des services W-LAN, cette technologie deviendrait non seulement intéressante du point de vue économique mais également pertinente du point de vue de la communication.

A cet égard, les régulateurs se retrouvent pratiquement face aux mêmes problèmes que ceux déjà traités en rapport avec la Directive "Télévision sans frontières"³⁴. Pour cette raison, nous souhaitons suggérer une discussion axée sur la portée de la directive "accès" en général, et de l'article 6 en particulier, afin d'établir un cadre cohérent pour les services de contenu au niveau européen³⁵.

III. Faire le bon choix réglementaire

L'approche du choix réglementaire devrait prendre en considération des arguments à la fois en faveur et contre l'application des outils réglementaires identifiés à des goulots d'étranglement spécifiques. Afin de décider de l'extension de l'article 6 de la directive "accès", les objectifs réglementaires doivent être précisés. Sur cette base, un modèle gérable de trois étapes analytiques peut être développé.

1. Objectifs réglementaires

Comme nous l'avons indiqué précédemment, la portée de la réglementation est particulièrement importante dans la mesure où les différentes perspectives (effets sur le marché et effets sur la communication publique) sont abordées différemment aux niveaux européens et nationaux. La réglementation européenne a pour objectif le libre échange au sein du marché commun³⁶. En conséquence, la directive "accès" a pour objectifs une concurrence durable, l'interopérabilité des services de communications électroniques et les avantages pour les consommateurs (article 1(1) de la directive "accès").

Au niveau des Etats membres, au contraire, l'accès équitable à la communication publique (traditionnellement : le pluralisme), tel qu'il est inscrit dans la Constitution ou dans une politique nationale en matière de médias, est primordial. Malgré des changements apportés aux processus et développements démocratiques au sein du système des médias, l'hypothèse selon laquelle des protections en faveur de l'accès équitable à la communication publique doivent être prévues afin de constituer une sphère publique qui légitime les décisions démocratiques, reste valable. Outre ces objectifs, il existe également des protections contre l'abus de pouvoir sur le marché.

Pour reprendre l'exemple allemand, la Directive 95/47/CE originale a entraîné une rivalité entre la réglementation fédérale et celle des *länder*. Alors que le Gouvernement fédéral revendiquait la compétence de la législation fédérale car il considérait le problème comme entrant dans le domaine de la réglementation des télécommunications et de la concurrence en vertu des articles 73, paragraphe 7 et 74, paragraphe 16 de la *Grundgesetz* (loi fondamentale fédérale allemande), les *länder* insistaient sur le fait que la réglementation de l'accès était un sujet relevant du domaine de la radiodiffusion associé

34) Directive du Conseil de l'Europe 89/552/CE adoptée le 3 octobre 1989, JO L 298, 17 octobre 1989, telle que modifiée par la Directive 97/36/CE du Parlement européen et du Conseil, adoptée le 30 juin 1997, JO L 202, 30 juillet 1997.

35) Nous avons suggéré une approche modulaire, voir Wolfgang Schulz/Uwe Jürgens, *Von der Fernseh- und E-Commerce- zur Content-Richtlinie: Harmonisierungsbedarf und Reformmodelle*, Gutachten im Auftrag der Friedrich-Ebert-Stiftung, Bonn 2002.

36) Voir les articles 2 et 3 du Traité CE, et la disposition fondamentale concernant la liberté de fournir des services en vertu de l'article 49 du Traité CE.

à des questions culturelles³⁷. En conséquence, la réglementation fédérale et celle des länders mettant en œuvre la Directive 95/47/CE se chevauchent partiellement.

La situation est devenue particulièrement compliquée car la même disposition juridique peut être interprétée de deux manières différentes. En fonction du contexte, la norme peut être vue soit comme une réglementation économique visant à établir une concurrence viable et la liberté de commerce, soit comme une réglementation des médias garantissant le libre accès à la sphère publique. Fournir un accès "raisonnable", par exemple, peut signifier à la fois se comporter comme un non-monopoliste rationnel du point de vue économique et privilégier les services de médias qui, structurellement, ont peu de chances d'accéder à la sphère publique.

De plus, la perspective des objectifs réglementaires peut se révéler pertinente lorsqu'il s'agit de l'évaluation des effets sur différents marchés. Ouvrir un système forcé ne signifie pas uniquement opter pour une concurrence intra-service, mais également empêcher la concurrence inter-service. La réglementation des médias a tendance à valoriser l'accès équitable des radiodiffuseurs aussi longtemps que l'absence de concurrence dans le domaine des installations goulots d'étranglement semble être acceptable. Contrairement à la législation générale relative à la concurrence, il n'existe pas de prédominance d'un marché spécifique.

En conséquence, une extension de l'obligation d'accès au niveau européen doit être considérée dans le contexte des différentes façons dont les Etats membres considèrent le problème du pouvoir d'opinion au sein de leurs lois spécifiques relatives aux médias. Une extension de l'obligation d'accès à un service donné peut s'avérer utile afin d'atteindre les objectifs économiques ou associés aux communications, mais traiter ce point au niveau européen peut gêner les Etats membres dans l'établissement d'un cadre approprié pour garantir le pluralisme et s'adapter au rythme de la convergence. *Mutatis mutandis*, le même argument s'applique au débat sur la Directive "Télévision sans frontières"³⁸.

2. Options pour un cadre réglementaire: les trois étapes du choix réglementaire

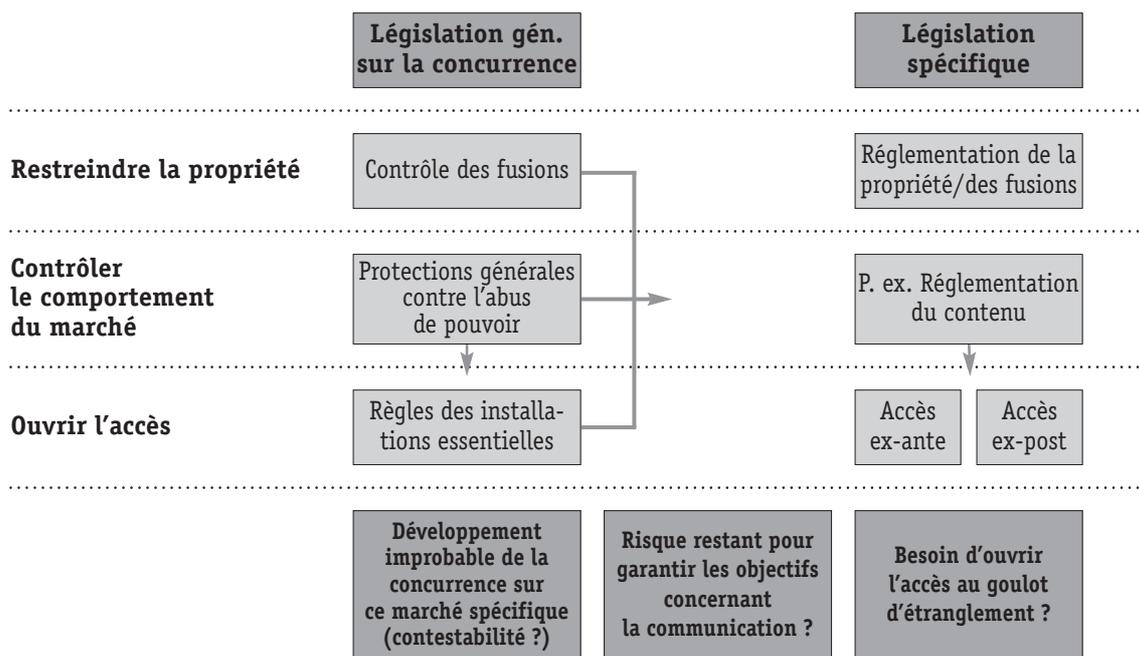
Pour des raisons analytiques, nous souhaitons laisser de côté les subtilités du système à plusieurs niveaux susmentionné pendant un moment et nous concentrer sur les choix essentiels que les décideurs doivent faire pour atteindre les objectifs réglementaires.

a) Concept analytique

Le processus de prise de décision peut être décomposé en trois grandes étapes. Premièrement, il convient de préciser si le marché concerné est réaliste et s'il est nécessaire d'ouvrir l'accès au moyen de la doctrine des installations essentielles. Deuxièmement, la question se pose de savoir si, outre la législation générale relative à la concurrence, une réglementation spécifique relative aux médias et aux télécommunications est requise pour atteindre, en particulier, les objectifs de communication tels que le pluralisme et l'accès équitable à la communication publique. Troisièmement, il peut être également nécessaire de prévoir des obligations d'accès *ex ante* supplémentaires au sein de la législation spécifique au secteur. Ces trois étapes sont schématisées comme suit :

37) Voir Wolfgang Schulz/Wolfgang Seufert/Bernd Holznapel, *Digitales Fernsehen*, Opladen 1999, p.104-105.

38) Voir, Commission européenne, Quatrième rapport de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité Economique et Social européen et au Comité des Régions concernant l'application de la Directive 89/552/CEE "Télévision sans frontières", COM (2002) 778 final, et la consultation publique respective, avec des contributions écrites disponibles sur <http://europa.eu.int/comm/avpolicy/regul/review-twff2003/contribution.htm>.



Avant d'appliquer ce modèle aux goulots d'étranglement potentiels et de discuter du niveau respectif de la mise en œuvre européenne ou des Etats membres, les trois étapes doivent être étudiées plus en détail.

b) Choix dans le cadre de la législation générale relative à la concurrence (étape 1)

La première question qu'il faut se poser est celle de savoir si la concurrence est susceptible de se développer dans un marché spécifique. Cela nous conduit à la nécessité d'évaluer la contestabilité du marché³⁹. La théorie économique nous apprend que la contestabilité d'un marché dépend des facteurs suivants :

- l'accès aux marchés d'approvisionnement et de sortie et aux technologies appropriées,
- les coûts cachés en cas de sortie du marché,
- le comportement prévu du monopoliste eu égard à ses prix⁴⁰.

Lorsque la position sur le marché du propriétaire de l'installation essentielle n'est pas contestable, le contrôle général des fusions est inutile et l'abus de pouvoir ne peut être empêché que par l'ouverture de l'installation essentielle aux concurrents, en garantissant ainsi l'accès selon des critères purement économiques.

Dans la pratique, le degré de contestabilité est difficile à évaluer. L'organisme anti-trust responsable doit imaginer une configuration dynamique complexe de systèmes dans laquelle les avantages à court terme en matière d'efficacité peuvent être associés à des pertes d'efficacité à long terme⁴¹. Cette décision requiert une connaissance spécifique des différents secteurs et il peut être avancé que dans les domaines où les problèmes d'accès sont la règle plutôt que l'exception, un cadre réglementaire spécifique et un organisme régulateur contrôlant l'évolution de la situation peuvent se révéler préférables à la seule application de la législation générale relative à la concurrence.

Même lorsque la concurrence est susceptible de se développer et que les règles générales de contrôle des fusions ainsi que les protections contre l'abus de pouvoir sur le marché satisfont normalement les objectifs, ouvrir l'accès à une installation essentielle peut s'avérer nécessaire. Cela concerne par

39) Voir plus généralement William J. Baumol/John C. Panzar/Robert D. Willig, *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, New York 1988, et en ce qui concerne la télévision numérique Wolfgang Schulz/Doris Kühlers, *Zugangsregulierung und Konzentrationskontrolle beim Digitalen Fernsehen*, Gutachten im Auftrag der BAKOM 2001 (non publié), p. 49 sqq.

40) Voir Baumol/Panzar/Willig, *op. cit.*, p. 4-8 et 290-292 et également Günter Knieps, *Wettbewerbsökonomie*, Berlin 2001, p. 30; Michael Fritsch/Thomas Wein/Hans-Jürgen Ewers, *Marktversagen und Wirtschaftspolitik*, p. 201 sqq.

41) Voir Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker (Ed.), *GWB*, article 19, note de bas de page 185.

exemple des installations qui ne constituent pas un marché en elles-mêmes et des cas de croissance interne pour lesquels le contrôle des fusions reste inefficace⁴².

c) Rôle compensatoire de la législation spécifique au secteur (étape 2)

Comme le montrent les expériences française et allemande, il est vital de définir la relation entre l'impact réglementaire de la législation générale relative à la concurrence et celui de la législation spécifique relative aux médias et aux télécommunications. Bien que, au moins dans le cas de la réglementation des médias, les objectifs économiques (concurrence) diffèrent sensiblement des objectifs de communication (accès équitable à la communication publique), ces deux éléments s'affectent l'un l'autre dans une large mesure. Par exemple, la réglementation spécifique des médias devient obsolète lorsque les objectifs peuvent déjà être atteints par la concurrence économique⁴³. Inversement, la réglementation spécifique des médias doit être en place lorsque le risque de défaillance réglementaire est important. A cet égard, la réglementation spécifique au secteur et la législation générale relative à la concurrence peuvent être considérées comme des filets de sécurité réciproques⁴⁴.

Ainsi, la question se pose lorsque la législation générale relative à la concurrence présente des lacunes que les dispositions spécifiques doivent combler. La législation générale relative à la concurrence, par exemple, peut se concentrer exclusivement sur la croissance externe des sociétés. En fonction des conditions économiques et sociales générales, cela peut ne pas suffire à limiter le pouvoir de communication. De plus, la réglementation spécifique des médias permet la mise en œuvre d'instruments réglementaires procéduraux plutôt que d'interventions ponctuelles communes à la législation relative à la concurrence. Il existe un besoin réel pour ce nouveau type de règles d'apprentissage, comme l'indiquent les résultats de la théorie de la réglementation⁴⁵.

En cas de conflit entre les objectifs réglementaires, par exemple lorsque le pluralisme requiert des règles ayant un effet anti-concurrentiel, le corps législatif doit décider de l'objectif prioritaire. En Allemagne, cette décision est validée par la Constitution (article 5 GG). Le Conseil constitutionnel fédéral allemand a statué dans le sens de l'existence de protections spécifiques pour empêcher un pouvoir prédominant dans le domaine de la communication, car, de l'avis du Conseil, la législation générale relative à la concurrence, de part sa nature spécifique, ne garantit pas nécessairement le respect des objectifs de communication⁴⁶. Alors que le processus libre et ouvert de la communication publique joue un rôle central dans une société libre, des protections supplémentaires sont requises par la Constitution. Toutefois, la concurrence économique peut supporter que des objectifs de communication soient atteints. Enfin, la législation spécifique relative aux médias ainsi qu'aux télécommunications fournit non seulement un cadre pour traiter des problèmes particuliers des installations goulots d'étranglement, mais permet également d'établir des îlots réglementaires spécifiques⁴⁷.

d) Potentiel et risque des obligations d'accès spécifiques (étape 3)

La dernière étape consiste à déterminer si des obligations d'accès spécifiques sont nécessaires dans la législation relative aux médias et aux télécommunications. Ainsi que nous l'avons exposé à l'étape 1, ouvrir l'accès aux installations essentielles spécifiques au secteur peut être une condition préalable indispensable pour atteindre les objectifs de service public. Dans la législation relative aux médias, par exemple, l'accès équitable des radiodiffuseurs à la communication publique est primordial. En conséquence, il semble raisonnable d'établir une obligation d'accès pour tous les goulots d'étranglement qui affectent la distribution des services de télévision⁴⁸. Toutefois, cela pourrait nous faire perdre de vue le fait que la concurrence entre les fournisseurs d'installations goulots d'étranglement entraîne une amélioration plus rapide de la qualité. Cela peut alors entraîner la distribution de plus de programmes et l'amélioration du pluralisme.

Un problème particulier aux obligations d'accès *ex ante* découle de leur nature plutôt rigide. La conception de ces règles est finalement basée sur et limitée aux informations disponibles au moment

42) Ce contrôle des fusions peut être efficace dans des cas spécifiques, par exemple sous la forme de conditions d'autorisation, comme indiqué précédemment.

43) *Cp. considérant n° 10 de la directive "accès"*.

44) Voir Wolfgang Hoffmann-Riem, *Rundfunkrecht neben Wirtschaftsrecht*, Baden-Baden 1991, p. 87 sqq.

45) Voir Schulz/Kühlers, *Zugangsregulierung und Konzentrationskontrolle*, p. 146 sqq.

46) Voir BVerfGE 73, 118, 176.

47) La majorité des corps législatifs nationaux ont utilisé cette opportunité, par exemple le *Landesmedienanstalten* en Allemagne ou le CSA en France.

48) Ce point peut également être détecté dans l'approche allemande susmentionnée lorsque le corps législatif considère la compatibilité à l'état actuel de la technologie concernant l'API supérieure à l'innovation technique via des standards objets de monopoles, *cp. article 53(2)1 RStV*.

de leur entrée en vigueur. En conséquence, les obligations *ex ante* courent le risque de se retrouver en retard par rapport aux derniers développements économiques et technologiques. Bien entendu, chaque règle a également besoin d'un certain degré de mise en œuvre afin d'être réellement appliquée et mise en vigueur. Mais l'expérience allemande a montré que des problèmes bien plus graves sont causés par une incertitude de la part du régulateur sur la manière de combler les lacunes normatives. La lutte pour établir le MHP comme le standard approprié en vertu de l'article 53(1) RStV en a donné un exemple concret⁴⁹.

Alors que dans la législation relative aux médias l'objectif du pluralisme peut dépasser les avantages de la concurrence, dans la législation relative aux télécommunications, une autre caractéristique propre aux obligations d'accès absolues pourrait affecter négativement la performance du marché. Un opérateur sur un réseau de communications électroniques qui est obligé d'accorder l'accès à ses concurrents ne serait pas trop motivé pour investir dans son infrastructure alors que chaque amélioration du réseau bénéficie également à ces derniers. Une obligation d'accès absolue peut en conséquence gêner le développement onéreux de nouvelles technologies et ainsi le processus de l'innovation.

Dans tous les cas, l'interaction entre les règles relatives aux médias et celles relatives aux télécommunications doit être prise en compte, car les critères en faveur d'un accès ouvert peuvent être différents. En particulier, les nouveaux goulots d'étranglement dans la télévision numérique sont caractérisés par un degré élevé de convergence avec les fonctions techniques et associées au contenu fusionnant en de nouveaux services hybrides. En conséquence, les portées se chevauchant sont susceptibles d'impliquer des problèmes de mise en œuvre de la législation et de compétence réglementaire. En guise d'avertissement, il est possible de mentionner les divergences entre le *Fernsehsignalübertragungsgesetz* allemand, concernant l'accès à l'infrastructure d'émission des signaux de télévision, et l'article 53 RStV déjà mentionné, qui traite de l'objectif associé au contenu de la communication publique⁵⁰.

e) Interopérabilité et standardisation

Alors que le modèle à trois étapes ci-dessus décrit comprend des instruments réglementaires plutôt communs, les approches modernes de la réglementation des goulots d'étranglement telles que l'interopérabilité et la standardisation gagnent en importance. Toutefois, les régulateurs interviennent traditionnellement à regret en matière de standardisation par crainte de décourager les investissements dans les nouvelles technologies et, ainsi, de gêner l'innovation⁵¹. Par ailleurs, garantir l'interopérabilité n'est pas nécessairement un simple risque politique et économique. Cela peut également servir d'instrument pour renforcer la concurrence dans la mesure du possible en ce qui concerne les installations essentielles. En conséquence, il n'est pas surprenant que l'idée de l'interopérabilité soit reconnue comme étant un moyen important pour garantir l'accès dans la directive "cadre", qui soutient l'idée de la standardisation technique afin d'atteindre la compatibilité entre les normes⁵².

S'il est exact de supposer que la concurrence est surtout souhaitable dans le but d'atteindre les objectifs réglementaires, le corps législatif doit définir dans quelle mesure il convient d'interférer et d'ouvrir l'accès. Pour cette raison, il pourrait être intéressant de regarder de plus près chaque goulot d'étranglement et d'identifier ses caractéristiques technologiques et économiques. Avant que des standards propriétaires et des installations goulots d'étranglement ne soient établis, la monopolisation non désirée peut être empêchée par une garantie d'interopérabilité pendant le processus de développement. A la place de l'obligation légale de garantir l'accès d'une manière appropriée, non-discriminatoire et équitable, imposer l'interopérabilité peut se révéler préférable s'il existe une chance pour que la concurrence se développe eu égard à l'installation concernée. L'interopérabilité peut réduire le coût du changement entre les services déjà en concurrence et les services à venir. Les concurrents n'ont qu'à divulguer leurs spécificités pertinentes dans la mesure nécessaire pour développer le standard de compatibilité. Selon l'approche de l'UE, le développement et la mise en œuvre d'un tel standard devraient être laissés aux soins de l'industrie dans la mesure du possible⁵³.

49) Voir Schulz, *Beck'scher Kommentar*, article 53 note de bas de page 53.

50) Voir Schulz, *Beck'scher Kommentar*, article 53 note de bas de page 25.

51) Voir Tarlach McGonagle, La corégulation des médias en Europe: La possible mise en pratique d'une idée immatérielle, in: IRIS plus 2002-10, p. 7 faisant référence aux tentatives manquées d'introduire la norme MAC par la Directive 86/529/CE, la norme HD-MAC par la Directive 92/38/CE, ou le format 16/9 grand écran par la Directive 95/47/CE.

52) Voir articles 17 et 18 et en particulier les considérants 30 et 31 du préambule de la directive "cadre" (2002/21/CE), ces derniers indiquant: "Il convient que la normalisation demeure un processus essentiellement conduit par le marché. Il peut toutefois rester des situations où il est judicieux d'exiger le respect de normes spécifiées à l'échelon communautaire afin d'assurer l'interopérabilité dans le marché unique".

53) Par exemple, le travail du groupe DVD. D'autre part, la prolifération de telles solutions d'interopérabilité conduites par l'industrie est modeste, voir Helberger, *op. cit.*, p. 40 sqq.

Toutefois, il existe un échange systématique entre la compatibilité et l'innovation : rendre obligatoire une approche donnée de l'interopérabilité pourrait tempérer le développement de la technologie et du marché en imposant prématurément des standards. Cette lacune de connaissances est un problème général de la réglementation prospective des technologies de l'information⁵⁴.

f) Potentiel de l'autorégulation régulée

Les concepts de "l'autorégulation régulée" ou de la "corégulation" sont actuellement considérés comme des outils appropriés pour résoudre les problèmes réglementaires dans différents domaines politiques⁵⁵. Toutefois, les études entreprises indiquent notamment que les instruments qui réglementent l'autorégulation ont tendance à achopper lorsqu'un acteur du marché présente des intérêts fondamentalement opposés à ceux de ses concurrents. C'est normalement le cas lorsque des installations essentielles sont concernées. En conséquence, à première vue, seuls les sujets mineurs peuvent être traités avec ces nouvelles approches réglementaires.

Un secteur dans lequel l'autorégulation régulée peut s'avérer fructueuse est le développement des standards de l'industrie, par exemple en matière d'interopérabilité des services⁵⁶. Dans une certaine mesure, même le propriétaire d'une installation ayant un pouvoir dominant sur le marché est intéressé par le fait que les clients puissent choisir le service. Les expériences avec le Groupe DVD, en ce qui concerne le standard DVD et le standard MHP, sont partiellement prometteuses⁵⁷. Toutefois, il reste à voir ce qui se passe lorsque, en raison de la convergence, d'autres acteurs doivent être intégrés et que l'équilibre entre la compatibilité et l'innovation doit être retrouvé.

IV. Conclusions

Après avoir établi un cadre rudimentaire pour la réglementation des installations goulots d'étranglement, le temps est venu de faire le point et de tirer des conclusions. Comme chaque goulot d'étranglement possède des caractéristiques spécifiques relatives à la structure et à la performance du marché, il doit être jugé séparément. En conséquence, le modèle à trois étapes devrait être appliqué à chaque service, en intégrant également les différents niveaux susmentionnés de la réglementation des goulots d'étranglement.

Quant aux EPG, l'expérience allemande a montré que, du point de vue du régulateur, il est logique de distinguer les EPG navigateurs de base et les EPG d'application. Dans le cas du navigateur de base, fournir une obligation d'accès préventive semble être un bon choix. Etant donné son rôle décisif en tant que navigateur initial eu égard à tout contenu ultérieur, il existe des raisons valables pour ne pas croire simplement en l'émergence de la concurrence. La contestabilité de ce marché spécifique est particulièrement remise en question par le fait que l'exclusivité est une caractéristique inhérente à un navigateur de base dans la mesure où un seul EPG de base peut fonctionner à la fois. Mais bien qu'il puisse encore être possible de changer de fournisseur, il convient de tenir compte du dernier développement des EPG "intelligents". Ce type de navigateurs s'adapte aux habitudes des utilisateurs et favorise le développement de profils individuels qui, à leur tour, augmentent le coût du changement. Pour ces raisons, une obligation d'accès pour les EPG de base s'avère une solution viable.

Toutefois, il est important de noter que cela ne conduit pas nécessairement à une extension de la directive "accès". Au contraire, la principale raison pour ouvrir l'accès concernant le navigateur de base réside dans son impact sur le traitement des communications publiques. Etant donné que la Communauté européenne manque de compétence réelle dans ce domaine, il est virtuellement impossible d'imposer une obligation d'accès au niveau européen. Une extension de l'obligation d'accès *ex ante* aux EPG de base sur des motifs uniquement culturels enfonce le principe d'une réglementation séparée des services techniques et des services associés au contenu. En conséquence, le problème ne peut être résolu qu'au niveau des Etats membres afin que l'article 5(1) de la directive "accès" puisse être considéré comme étant suffisant à cet égard.

54) Pour cette raison, la Commission s'est opposée à rendre obligatoire une API générale pour la radiodiffusion numérique dans la nouvelle directive "accès", voir Karl-Heinz Ladeur, *Europäisches Telekommunikationsrecht im Jahre 2001*, Kommunikation & Recht 2002, p. 110-120, p. 116.

55) Voir plus généralement, Wolfgang Schulz/Thorsten Held, *Regulated Self-Regulation as a Form of Modern Government*, 2003 (pas encore publié); pour le secteur des médias au niveau européen Tarlach McGonagle, *La corégulation des médias en Europe: La possible mise en pratique d'une idée immatérielle*, IRIS plus 2002-10, p. 2-8.

56) Voir Wolfgang Schulz/Doris Kühlers, *Konzepte der Zugangsregulierung für Digitales Fernsehen*, Berlin 2000, p. 86.

57) Voir David Sedman, *Market Parameters, Marketing Hype, and Technical Standards: The Introduction of DVD*, *The Journal of Media Economics*, 11 (1998) 1, p. 49-58 à p. 51.

En ce qui concerne les EPG d'application, le problème de l'accès ne semble pas être aussi crucial que dans le cas du navigateur de base. Au contraire, les EPG d'application fonctionnent au deuxième niveau du système, de telle sorte qu'il existe une bonne chance de concurrence inter-service aussi longtemps que l'interopérabilité eu égard au décodeur est garantie. Nous faisons plus particulièrement référence aux systèmes "intelligents" susmentionnés. Le coût du changement accru dû à la personnalisation des services pourrait être amoindri grâce à des interfaces ou des convertisseurs garantissant un accès ouvert à la fois aux logiciels et aux matériels. Pour cette raison, il serait logique de prévoir une obligation d'accorder l'interopérabilité des EPG "intelligents" au niveau des Etats membres. Une obligation d'accès, au contraire, ne peut pas être recommandée pour les EPG d'application à ce stade.

Le cas du groupage est encore différent. Le côté technique (multiplexage) est caractérisé par le montant élevé des coûts cachés. L'argent investi à l'origine dans un centre de jeu ne peut pas être récupéré au moment de quitter ce marché spécifique par la suite. Pour cette raison, le service du multiplexage tend fortement à l'émergence de structures monopolistiques ou, tout au moins, oligopolistiques. La question est en conséquence de savoir si une règle sur les installations essentielles suffit à ouvrir l'accès à ce goulot d'étranglement ou si un contrôle spécifique aux médias est nécessaire. Comme argument en faveur de ce dernier, il peut être avancé que la discrimination est probable envers la qualité de transmission (gestion du débit binaire)⁵⁸. Toutefois, aussi longtemps que les autorités générales de la concurrence garantissent un contrôle efficace, une réglementation spécifique au secteur n'est pas nécessaire. A cet égard, l'approche flexible prônée par les articles 8 sqq. de la directive "accès" peut s'avérer suffisante.

Quant aux aspects associés au marketing du groupage, l'analyse économique ne nie pas la contestabilité du marché *a priori*. Cependant, certaines caractéristiques du groupage révèlent une tendance à la monopolisation. Les économies d'échelle et les externalités indirectes doivent toutes deux être prises en compte. Dans une certaine mesure, il existe également un service de communication car le choix des programmes à grouper peut être perçu comme une sélection du contenu pertinente pour l'opinion publique. Même si cette pré-structuration des informations ne gêne pas le choix des consommateurs quant à un service donné, au moins la décision d'acheter un certain bouquet comprenant un programme, au détriment d'autres possibilités, sera influencé. En conséquence, la réglementation spécifique à l'accès ne semble pas être requise. Le contrôle de la croissance externe ne garantissant pas une limitation effective du pouvoir de communication, il semble raisonnable de se fier à la réglementation spécifique relative à la propriété des médias dans un premier temps, tout en protégeant les objectifs de communication avec une obligation d'accès pour les programmes. Autrement dit, il peut être conseillé de prévoir une obligation *must carry* même si la directive "service universel" (2002/22/CE) doit être amendée pour cette raison. A nouveau, une telle disposition relative au contenu ne pourrait être établie qu'au niveau des Etats membres en raison de l'absence de compétences culturelles de la part de l'UE.

Dans le cas des portails, il est encore trop tôt pour formuler des suggestions. Il peut être avancé que les EPG navigateurs de base sont également compris dans ce domaine. Toutefois, étant donné le rôle dominant des EPG, ils doivent être traités comme une catégorie spécifique.

En conséquence, le cadre européen actuel pour les services et réseaux de communications électroniques semble constituer une réponse appropriée au défi posé par la télévision numérique. La limitation de l'obligation d'accès *ex ante* aux systèmes CA, en vertu de l'article 6(1) de la directive "accès", et les approches plutôt flexibles, en vertu des articles 5 et 8-11 de la directive "accès", laissent une grande marge de manœuvre aux Etats membres. Ainsi, la réglementation des nouveaux goulots d'étranglement, tels que les EPG, le groupage et les portails, peut être adaptée aux besoins spécifiques de chaque pays en fonction de la diversité des marchés, des cultures réglementaires et des dispositions constitutionnelles.

58) Voir Commission européenne, Le développement du marché de la télévision numérique dans l'Union européenne, COM (1999) 540 final, p. 26 f.; Schulz/Kühlers, *Konzepte der Zugangsregulierung*, p. 70.

Le contrôle des goulots d'étranglement techniques : des arguments en faveur de la loi sur la propriété des médias ?¹

*Professeur Thomas Gibbons
Faculté de droit, Université de Manchester*

Au cours des débats portant sur les implications de la convergence des médias survenue cette dernière décennie, le problème des goulots d'étranglement a été invariablement et communément identifié comme une question clé devant faire l'objet d'une attention réglementaire. La convergence a imposé une analyse plus détaillée des divers éléments de la chaîne de valeur nécessaire à la production de contenu médiatique et il est devenu évident que quiconque contrôle l'entrée vers la chaîne ou le mouvement le long de celle-ci possède un pouvoir considérable. A juste titre, l'exercice d'un tel pouvoir est considéré comme équivalent à un contrôle de la propriété des médias. Par conséquent, il semble que, les règles de propriété spécifiques au secteur devenant inadaptées pour de nombreux marchés des médias, leur place peut être donnée à des mesures dirigées vers les problèmes des goulots d'étranglement. La récente mise en œuvre de la directive "accès" de la Communauté européenne semble refléter cette approche de la réglementation du contrôle des nouveaux médias, avec l'association d'une loi sur la concurrence et de règles d'accès conditionnel. Toutefois, dans ce texte, je démontre que la directive seule ne suffit pas pour réglementer les concentrations de pouvoir dans les nouveaux médias et les médias touchés par la convergence. Les types de goulots d'étranglement qu'elle réglemente ont pu détourner l'attention des exigences politiques qui sous-tendent la réglementation de la propriété des médias. Bien que la forme de réglementation puisse devenir démodée, ces exigences politiques restent pertinentes pour les nouveaux médias et il sera en conséquence nécessaire de trouver de nouveaux dispositifs réglementaires pour les mettre en œuvre. Il est possible que la directive constitue un modèle pour le faire, mais elle est inappropriée sous sa forme actuelle.

Le pluralisme des médias

Tout d'abord, il convient de rappeler que la réglementation de la propriété et du contrôle des médias trouve son origine dans la protection du pluralisme des médias.² Bien que ce dernier soit polysémique, il couvre trois principes de base. Premièrement, il doit y avoir une diversité de contenu, à savoir, la mise à disposition de plusieurs avis, opinions et sujets. Deuxièmement, il doit y avoir une diversité de sources, à savoir, une variété de producteurs, éditeurs ou propriétaires de programmes ou d'informations. Troisièmement, il doit y avoir une diversité de points de sortie pour diffuser les programmes directement au public.

1) Une précédente version de ce document a été présentée lors de l'atelier intitulé "Limites verticales – Nouveaux défis pour la régulation des médias" et organisé par l'Observatoire et l'IViR à Amsterdam, le 27 septembre 2003. Je remercie les participants, et plus particulièrement Natali Helberger, pour l'utilité de leurs commentaires. Toute erreur ou omission relève de ma responsabilité.

2) Pour une discussion plus approfondie sur ces thèmes, voir : T. Gibbons, "Concentrations of Ownership and Control in a Converging Media Industry" dans C. Marsden & S. Verhulst (eds), *Convergence in European Digital TV Regulation* (1999), Blackstone Press, pp. 155-173. Ce texte développe plusieurs points mentionnés dans ce chapitre. Voir également : T. Gibbons, *Regulating the Media* (1998, 2e édition), Sweet & Maxwell.

Parmi les différentes conceptions du pluralisme des médias, la diversité de contenu est la version prédominante. Toutefois, ni la diversité de sources ni la diversité de points de sortie ne garantit la diversité de contenu³. La façon la plus directe de réglementer la diversité de contenu réside dans l'obligation imposée à la radiodiffusion de service public de proposer une plage de programmes, comprenant généralement la présentation impartiale des informations et des sujets controversés. Mais il peut s'avérer nécessaire de compléter cette approche par une diversité d'autres points de vue donnés par d'autres sources, dans la mesure où la radiodiffusion de service public peut ne pas représenter toutes les perspectives.

Par conséquent, la réglementation de la propriété des médias a tenté de promouvoir une diversité de sources de contenu, visant ainsi à limiter tout pouvoir dominant exercé par quelques personnes, en imposant un contrôle structurel sur le nombre de sociétés dans un secteur. Toutefois, la relation entre le contrôle de la propriété et le pluralisme des médias n'est pas simple⁴ et la présence de nombreux acteurs sur un marché ne *garantit* pas une diversité de points de sortie. Le contrôle de la propriété se limite simplement à indiquer un ensemble de conditions qui sont les plus favorables envers le pluralisme et cherchent ainsi à minimiser les effets négatifs de la concentration des médias.

Jusqu'à récemment, l'approche réglementaire proposée pour atteindre ce résultat consistait à insister sur la concentration au niveau des points de sortie du contenu (programmation). Le nombre de ces points de sortie était limité, en partie à cause des restrictions imposées à l'octroi de licences dans le cadre de l'attribution du spectre de radiodiffusion et en partie en raison de la priorité accordée aux politiques de radiodiffusion de service public. De plus, les points de sortie étaient caractérisés par un niveau élevé d'intégration verticale moyennant quoi l'effet de propriété se ressentait à tous les niveaux de la chaîne de valeur, de la production jusqu'à la diffusion au consommateur. Les initiateurs de contenu se trouvant si étroitement liés au mode de distribution, la réglementation était, en conséquence, spécifique au secteur.

Dans une industrie des médias touchée par la convergence, la segmentation des marchés des médias et la création d'un lien producteur-consommateur sont toutes deux rendues possibles par l'utilisation de plateformes de diffusion communes, non-spécifiques aux secteurs (les points de sortie). En théorie, peu importe qui possède la plateforme ou le point de sortie, à condition que les utilisateurs finaux puissent obtenir une diversité de contenu. Les plateformes, en leur qualité de points de sortie, ne pourront plus conserver un avantage sur leurs rivales parce qu'elles seront toutes en mesure de fournir le même contenu, de telle sorte que l'objectif économique se déplacera et que l'on insistera de plus en plus sur la production de contenu et sur l'accès du public au contenu. A la lumière de tels changements, il est généralement reconnu qu'il sera inutile de s'opposer aux concentrations du contrôle du contenu au niveau des secteurs de programmation parce que, structurellement, les différents secteurs ne pourront être maintenus séparés. Une possible réponse à cette évolution consiste à traiter l'accès conditionnel aux points de sortie, avec la création de contenu ou l'acquisition de droits, comme les facteurs les plus importants de la réglementation. Dans ce contexte, la possibilité pour les entreprises de rechercher une intégration verticale (la même organisation contrôlant tous les aspects de la production, de "l'emballage" et de la distribution du contenu à l'utilisateur final) peut être considérée comme un réel danger pour le pluralisme des médias⁵. En conséquence, le remède à appliquer aux nouveaux médias sera de garantir que la loi sur la concurrence fonctionne de manière efficace et que la réglementation de l'accès conditionnel est appropriée pour répondre aux problèmes des goulots d'étranglement qui apparaissent. Toutefois, la question préalable est de savoir si ces problèmes de goulots d'étranglement constituent la vraie difficulté.

L'utilisation de la loi sur la concurrence

Au niveau du droit de la Communauté européenne, l'article 81 du Traité instituant la Communauté européenne interdit, comme étant incompatibles avec le marché commun, tous accords entre entreprises qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun. L'article 81 vise les collusions inter-entreprises qui limitent la concurrence, si bien que les

3) Pour une discussion sur le pluralisme des médias, voir : R. Craufurd Smith, *Broadcasting Law and Fundamental Rights* (1997) Oxford : Oxford University Press, chap. 7 ; T. Congdon *et al.*, *The Cross Media Revolution: Ownership and Control* (1995) London : John Libbey ; R. Collins & C. Murrioni, *New Media, New Policies* (1996) London : Polity Press, chap. 3.

4) Voir T. Gibbons, "Concentrations of Ownership and Control in a Converging Media Industry", n.1, ci-dessus.

5) De telles préoccupations ont été récemment exprimées par le Conseil de l'Europe : rapport préparé par le AP-MD, *La diversité des médias en Europe* (2002) H/APMD(2003)001.

accords qui violent l'interdiction sont nuls de plein droit. Toutefois, la Commission européenne doit être tenue informée de tels accords et elle peut accorder des exemptions, individuellement ou en groupe, à condition que les accords concernés contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou encore à promouvoir le progrès technique ou économique. L'article 82 interdit à une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci, une telle situation étant incompatible avec le marché commun dans la mesure où le commerce entre Etats membres est susceptible d'en être affecté. L'article 82 se préoccupe davantage de la portée du pouvoir dont jouit une entreprise sur le marché et de la liberté que ce pouvoir lui donne envers les contraintes des pressions du marché. L'interdiction ne vise pas l'existence ou l'acquisition de pouvoir en tant que tel, mais son utilisation par une entreprise pour nuire à ses partenaires.

Ces deux dispositions ont été utilisées pour tester la compétitivité d'alliances stratégiques ou d'arrangements verticaux entre des fournisseurs et des distributeurs de l'industrie des médias⁶. On peut citer comme exemple récent l'alliance *Telenor/Canal+/Canal Digital*⁷, qui incluait un accord de distribution de chaînes premium de télévision payante en Scandinavie via la plateforme satellite de Canal Digital. Dans le contexte des goulots d'étranglement, cet exemple est intéressant car il montre comment les dispositions peuvent fonctionner eu égard à un ensemble d'accords conçus pour préserver l'effet de suppression d'une précédente liaison structurelle verticale. Telenor était une filiale de l'opérateur norvégien de télécommunications et assurait les transmissions et la distribution par câble et par satellite. Elle gérait Canal Digital conjointement avec le Groupe Canal+, la division télévision et cinéma du Groupe Vivendi Universal. Le Groupe Canal+ produisait également des chaînes de télévision payante et distribuait des bouquets de chaînes payantes via sa filiale, Canal+ Nordic. Lorsque la société mère, à savoir le Groupe Canal+, a décidé de céder sa participation dans Canal Digital à Telenor, plusieurs accords ont été conclus pour encadrer la distribution des chaînes de télévision payante de Canal+ Nordic via Canal Digital ainsi que la fourniture des chaînes de télévision à la séance (*pay-per-view* - PPV) et de quasi vidéo à la demande (*near-video-on-demand* - NVOD) par Canal+ Nordic à Canal Digital. Des dispositions attribuaient les chaînes de télévision payante exclusivement à Canal+ Nordic pendant dix ans et interdisaient à Telenor de lancer toute chaîne concurrente similaire pendant également dix ans. De plus, Canal+ Nordic bénéficiait de la diffusion exclusive de PPV et NVOD en Scandinavie pendant cinq ans. A la lumière des objections de la Commission européenne selon lesquelles ces accords enfreignaient les dispositions de l'article 81, les parties ont révisé lesdits accords afin de réduire leur durée (à quatre ans pour l'exclusivité de la télévision payante et à trois ans pour la non-concurrence en matière de PPV et de NVOD), et de définir plus précisément leur portée. Cette affaire prouve que la condamnation de l'intégration verticale en elle-même n'est pas aussi importante que la détection des accords anti-concurrence. Mais il est également clair que l'intervention de la Commission visait à améliorer la concurrence sur les marchés de l'offre de programmes et que tout effet pour le téléspectateur serait indirect, découlant de l'hypothèse communément admise selon laquelle la concurrence améliore le bien-être du consommateur.

Dans le contexte du Royaume-Uni, un raisonnement similaire a été récemment appliqué par l'organisme de contrôle de la concurrence (*Office of Fair Trading* - OFT), aux opérations de BSkyB sur le marché de la télévision payante⁸. BSkyB est verticalement intégrée dans ce marché en raison de ses opérations de production de chaînes (elle possède des droits exclusifs pour la retransmission d'événements sportifs, en particulier pour la première ligue de football, et a conclu des contrats d'exclusivité avec les studios d'Hollywood pour diffuser des films sur ses chaînes de première diffusion, dites "premium"), associées à ses opérations de distribution (elle regroupe les chaînes et les distribue sur l'unique plateforme par satellite du Royaume-Uni). Certains concurrents de BSkyB ont avancé qu'elle exploitait de façon abusive sa position dominante dans l'offre de gros de son contenu premium de trois manières. Premièrement, il a été soutenu que BSkyB exerçait une "compression des marges" dans l'exploitation de ses chaînes premium. Pour cela, elle pouvait vendre en gros les chaînes à d'autres distributeurs à un prix qui laissait une marge insuffisante pour qu'ils puissent réaliser des bénéfices, même s'ils étaient aussi efficaces que l'opération BSkyB verticalement intégrée. L'implication serait que, dans une telle

6) De précédents exemples incluent: *Re Astra* [1993] JO L 20/23. [en appel, Affaire T-22/93, *British Telecommunications* contre *Commission européenne*]; *Centre Belge d'études de marché - Télémarketing (CBEM)* contre *CLT et Information publicité Benelux* [1985] ECR 3261; *Auditel IV/32031* [1993] JO L 306/50. Pour les procédures auxiliaires ultérieures, voir [1995] ECR II-0239; *Re German TV Films: la Communauté* contre *Degeto Film GmbH* [1990] 4 CMLR 841; *Magill TV Guide/ITP, BBC et RTE* [1989] 4 CMLR 745; confirmé par le CFI dans *RTE, BBC et RTE* contre *Commission européenne* [1991] 4 CMLR 586, 669 & 745; *Re European Broadcasting Union* [1987] 1 CMLR 390; *Re la demande du European Broadcasting Union* [1991] 4 CMLR 228. Voir plus généralement, T. Gibbons, "Concentrations of Ownership and Control in a Converging Media Industry", n.1, ci-dessus.

7) COMP/C2/38.287 (2003/C 149/10)

8) Office of Fair Trading, *BSkyB: The Outcome of the OFT's Competition Act Investigation* (2002) OFT 623.

situation, l'intégration verticale remplacerait la distribution de chaînes premium, faussant ainsi le marché. L'OFT a conclu qu'une analyse du marché et des pratiques de BskyB ne permettait d'arriver qu'à des résultats limités. Bien que les activités de distribution aient été légèrement déficitaires, les frais de fonctionnement de BskyB étaient très élevés. En conséquence, elle n'a pas abusé de sa position dominante. La deuxième plainte était que la pratique de "groupage mixte" constitue une exploitation abusive d'une position dominante. Ce pouvait être le cas si un concurrent se trouvait empêché de fournir des chaînes premium, parce que cette activité n'était pas rentable, BskyB ayant offert la chaîne à un prix attractif aux abonnés de ses autres chaînes premium. En l'espèce, l'OFT n'a pas pu trouver suffisamment d'éléments prouvant l'existence de cette pratique. Il est significatif que l'une des raisons résidait dans le fait que BskyB disposait de droits contractuels exclusifs sur les contenus premium, la conclusion étant que les fournisseurs rivaux n'avaient rien à fournir! La troisième allégation était que BskyB avait exploité de façon abusive sa position dominante en offrant des remises aux distributeurs en faveur de ses propres chaînes. A nouveau, aucune preuve n'a été apportée.

Alors que ces affaires et d'autres cas similaires montrent que les principes de la concurrence peuvent être appliqués aux médias, elles ne semblent pas montrer comment la loi sur la concurrence peut promouvoir le pluralisme des médias. Supprimer les barrières d'entrée et empêcher les forclusions ne garantit la diversité des points de vue qu'en surface. Toutefois, le principal avantage revient aux acteurs du marché qui fournissent du contenu. L'impact sur les destinataires du contenu est marginal et d'intérêt limité. En ce qui concerne les grossistes, les téléspectateurs sont interchangeables entre eux, leur objectif étant de créer un public cumulé qui assure un chiffre d'affaires acceptable.

La réglementation des fusions est un aspect de la loi sur la concurrence qui semble concerner plus directement les concentrations du contrôle des médias. Le règlement de la Communauté européenne relatif aux fusions⁹ couvre toutes les concentrations qui revêtent une dimension communautaire, c'est-à-dire lorsque le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par toutes les entreprises concernées représente un montant supérieur à ECU 5 milliards et lorsque le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux des entreprises concernées représente un montant supérieur à ECU 250 millions (à moins que chacune des entreprises concernées ne réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans la Communauté à l'intérieur d'un seul et même Etat membre, auquel cas la réglementation nationale s'applique). Les fusions proposées doivent être notifiées à la Commission et une concentration qui crée ou renforce une position dominante, en conséquence de laquelle une concurrence effective serait entravée de manière significative dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, doit être déclarée incompatible.

Au milieu des années 90, plusieurs importantes affaires de fusion ont prouvé que, nonobstant la jeunesse des nouveaux marchés des médias et les coûts de démarrage élevés nécessaires au développement d'entreprises à forte demande en nouvelle technologie, la Commission était néanmoins disposée à intervenir pour s'opposer aux projets créateurs de positions dominantes¹⁰. Mais, invariablement, en l'absence d'une telle domination, il n'a pas été fait opposition à ces fusions¹¹. Des affaires plus récentes montrent qu'un raisonnement similaire est toujours appliqué et qu'il n'est pas approprié au pluralisme des médias. Dans l'affaire *Microsoft/Liberty Media/Telewest*¹², Microsoft (société informatique spécialisée dans les logiciels avec des liens vers les télécommunications et le multimédia) et Liberty Media (filiale d'AT&T) avaient proposé de prendre le contrôle commun de Telewest (société de transmission à large bande du Royaume-Uni qui fournit un accès à la télévision numérique, à la téléphonie et à Internet à grande vitesse). La Commission européenne craignait que cette acquisition ait un effet négatif sur la concurrence au niveau du marché des décodeurs numériques car elle aurait renforcé la position dominante actuelle de Telewest comme fournisseur exclusif de services câblés dans sa zone de franchise. Par conséquent, l'avis de fusion a été retiré.

Dans l'affaire *Kirch/BskyB/Kirch Pay-TV*¹³, Kirch et BskyB souhaitaient prendre le contrôle commun de Kirch Pay-TV. Les activités de BskyB ont été décrites ci-dessus et Kirch est une entreprise de média audiovisuel ayant des intérêts dans les droits sportifs, cinématographiques et télévisuels, la produc-

9) Règlement du Conseil (CEE) n° 4064/89 du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (1989 JO L 395, 1990 JO L 257) avec les rectificatifs introduits par le règlement du Conseil (CE) n° 1310/97 du 30 juin 1997 (1997 JO L 180, p.1). L'approche de base ne sera pas modifiée par les réformes adoptées par la Commission européenne en décembre 2002 et dont l'introduction est prévue courant 2004.

10) Voir plus généralement, T. Gibbons, "Concentrations of Ownership and Control in a Converging Media Industry", n.1, ci-dessus. Les principales affaires ont été : *MSG Media Services* [1994] IV/M.469, JO L 364/1; affaire *Nordic Satellite Distribution* : [1995] IV/M.490, JO L 053/20; *RTL-Veronica-Endemol* [1995] IV/M.553, JO L 134/32; [1996] JO L 294/14.

11) *Kirch-Richemont-Telepiu* [1994] IV/M.410, JO C 225/3; *Bertelsmann-CLT* [1996] IV/M.779, JO C 364; *Bertelsmann-News International-Vox* [1994] IV/M.489, JO C 274/9.

12) JV.27, 22 mars 2000.

13) JV.37, 21 mars 2000.

tion télévisuelle, la télévision payante et les services techniques pour la radiodiffusion et le cryptage numériques. La Commission européenne était préoccupée par le fait que Kirch Pay-TV renforcerait ainsi sa position dominante sur le marché allemand et autrichien car elle aurait accès aux ressources financières, au marketing et au savoir-faire en matière de distribution de BskyB; cela aurait pour effet d'élever encore plus les barrières déjà hautes que doit franchir une nouvelle entreprise pour pénétrer sur ce marché. La Commission était également préoccupée par l'impact de la *joint venture* sur le tout nouveau marché des services de télévision interactive numérique. Dans ce cas, Kirch Pay-TV aurait apprécié d'arriver sur le marché avant ses rivaux et, en conséquence, de renforcer la position de son propre décodeur en l'imposant comme décodeur standard pour ces services interactifs. En réponse à ces objections, les parties ont proposé d'autoriser les autres opérateurs de la télévision interactive numérique à fabriquer leur propre plateforme technique et à accéder au système d'accès conditionnel de Kirch Pay-TV. Elles se sont également engagées à augmenter l'interopérabilité en permettant à d'autres opérateurs de gérer leurs services plus facilement sur la plateforme de Kirch Pay-TV. La Commission a reconnu ces conditions comme abaissant les barrières pour entrer sur le marché et, en conséquence, ne s'est pas opposée à la fusion.

Le secteur des médias a connu de nombreuses autres affaires similaires¹⁴ mais un exemple représentatif des préoccupations que nous évoquons est donné par la décision Newscorp/Telepiù rendue en avril 2003¹⁵. Newscorp souhaitait prendre le contrôle de Telepiù auprès du Groupe Vivendi et la faire fusionner avec sa propre plateforme de télévision payante, Stream. D'une part, la fusion aurait créé un quasi-monopole sur le marché italien de la télévision payante mais, d'autre part, il semblait évident que Newscorp aurait fermé Stream à défaut d'une telle fusion. Mais en cas d'acceptation, Newscorp aurait détenu les clés de la seule plateforme satellite et son système d'accès conditionnel aurait été adopté; les deux situations créaient des barrières à l'entrée sur le marché des services de télévision payante. De plus, comme Stream et Telepiù réunies auraient détenu les droits exclusifs des films premium et de la principale couverture du football italien, leurs possibles concurrents se seraient retrouvés dans l'incapacité d'obtenir le contenu "accrocheur" indispensable à la télévision payante. Pour surmonter ces obstacles, les parties ont proposé d'assurer l'accès d'une tierce partie au contenu premium, à la plateforme technique et au système d'accès conditionnel, jusqu'en 2011. La Commission a accepté ces propositions et désigné l'organisme italien de contrôle de la concurrence pour superviser leur respect.

Cette affaire montre que, globalement, les intérêts des consommateurs en général, sans même parler de pluralisme des médias, n'ont pas de grande valeur. Toutefois, il convient de mentionner cette exception intéressante que représente le projet de portail Internet Vizzavi¹⁶. L'idée était de fournir un portail multi-accès proposant un ensemble de services Internet sur de multiples plateformes, telles que les téléphones fixes et mobiles, les PC et les téléviseurs. Suite aux préoccupations de la Commission selon lesquelles le développement d'autres portails Internet pouvait être gêné, les parties se sont engagées à permettre aux utilisateurs finaux de changer de portail par défaut, s'ils le souhaitaient. La Commission a considéré que cette mesure était suffisante pour permettre aux utilisateurs de choisir leur fournisseur de contenu indépendamment de leur fournisseur d'accès. Néanmoins, dans le contexte du pluralisme des médias, il est évident qu'un tel choix n'entraîne pas nécessairement la diversité des sources ou des points de sortie.

Plus globalement, la capacité de la loi sur la concurrence à protéger le pluralisme des médias reste sujette au doute. Pour reprendre des arguments avancés dans un autre texte¹⁷, la loi sur la concurrence ne reconnaît pas que la position dominante d'une société pose, en elle-même, un problème et, en conséquence, elle autorise de grandes sociétés à exister à condition que le marché soit ouvert. Cependant, elle ne tient pas compte de l'impact de telles sociétés sur la diversité du contenu. De plus, toute contribution de la loi sur la concurrence au pluralisme des médias est censée résulter d'une relation supposée entre la diversité de sources et la diversité de contenu pour le public¹⁸. Plus important encore, la loi sur la concurrence n'analyse pas les effets du marché du point de vue des expériences de l'utili-

14) *Vivendi/Canal+/Seagram*, M.2050, 13 octobre 2000; *Kabel Nordrhein Westfalen*, JV.46, 20 juin 2000; *Kabel Baden-Württemberg*, JV.50, 2 août 2000.

15) Cette décision est développée dans V. Baccaro, "The Commission closes probe into pay-TV industry in Italy approving Newscorp/Telepiù merger deal" (2003) *Competition Policy Newsletter* 8-11. Un autre exemple est *Sogecable/Canalsatelite Digital/Via Digital*, M2845, 16 août 2002.

16) *Vodafone/Vivendi/Canal+*, JV 48, 20 juillet 2000; *Sogecable/Via Digital*, COMP/C2/37.652, 8 mai 2003 et M2845, 16 août 2002.

17) Dans : T. Gibbons, "Concentrations of Ownership and Control in a Converging Media Industry", n.1, voir ci-dessus.

18) L'effet Hotelling pointe dans la direction opposée: voir H. Hotelling, "Stability in Competition" (1929) 39 *Economic Journal* 41-52. Voir également, M. Cantor & J. Cantor, *Prime Time Television: Content and Control* (1992) London: Sage.

sateur final, alors que le principal objectif sous-tendant le pluralisme est que le public dispose d'une variété de contenu médiatique au niveau du point d'utilisation. Pour cette raison, il est préoccupant que le public puisse obtenir ses informations de plusieurs points de sortie, qu'il s'agisse de journaux, de stations de radio ou de chaînes de télévision, contrôlés dans leur localité par un même fournisseur, que ce fournisseur soit ou non dominant sur le marché pris dans son ensemble.

L'accès conditionnel et la réglementation liée à l'accès

Au cours du réexamen du cadre réglementaire du secteur des télécommunications (*Communications Review* de 1999)¹⁹, il a été reconnu que le développement des marchés émergents de la télévision numérique requiert des mesures spéciales pour compléter la réglementation de la concurrence. En outre, les intérêts des utilisateurs finaux ont été spécifiquement reconnus. Toutefois, le considérant 10 de la directive "accès"²⁰ est trop ambitieux en ce qu'il sous-entend que les dispositions de la directive sont la réponse apportée au fait que "Les règles de concurrence à elles seules peuvent ne pas être suffisantes pour assurer la diversité culturelle et le pluralisme des médias dans le domaine de la télévision numérique". Assurément, un objectif de la réglementation de l'accès conditionnel est "de garantir l'existence d'un vaste choix de programmes et de services" et cela peut être jugé "nécessaire pour assurer l'accès des utilisateurs finaux à des services spécifiques de radiodiffusion numérique". Mais la directive "accès", ainsi que les autres directives sur les communications, insistent principalement sur les réseaux de communication, les installations et les services connexes plutôt que sur le contenu, et il semble y être uniquement supposé que s'assurer de la disponibilité du matériau suffit pour favoriser le pluralisme des médias.

La directive "accès" traite généralement des relations d'accès entre les fournisseurs de réseaux, d'installations connexes et de services sur les marchés de la vente en gros (l'article premier, paragraphe 2, indique que l'accès dans ce contexte ne désigne pas l'accès par les utilisateurs finaux). Elle cherche à garantir l'accès et l'interconnexion dans ces marchés en établissant des obligations spécifiques, *ex ante*, à imposer aux sociétés disposant d'une puissance significative sur le marché. Toutefois, deux dispositions de la directive autorisent l'imposition de conditions quelle que soit la portée du pouvoir sur le marché. En vertu de l'article 5, les autorités réglementaires nationales peuvent imposer des obligations afin de garantir la connectivité de bout en bout, y compris l'interconnexion de leurs réseaux, aux entreprises qui contrôlent l'accès aux utilisateurs finaux. Les autorités réglementaires peuvent également exiger des opérateurs qu'ils assurent l'accès aux interfaces de programmes d'application (*application program interfaces* - API) et aux guides électroniques de programmes (*electronic programme guides* - EPG) dans des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires, lorsque cela s'avère nécessaire pour assurer l'accès des utilisateurs finaux aux services de transmissions radiophoniques et télévisées numériques. En vertu de l'article 6, plusieurs conditions relatives aux systèmes d'accès conditionnel technique doivent être appliquées à tous les opérateurs. En résumé, il doit y avoir des installations pour le contrôle croisé de tels systèmes, les opérateurs doivent permettre d'y accéder selon des conditions équitables, raisonnables et non-discriminatoires et ils doivent disposer de comptes financiers séparés pour leurs activités d'accès conditionnel.

Nous devons concéder que les dispositions de l'article 5 sont susceptibles d'être utiles pour promouvoir le pluralisme des médias. En particulier, l'obligation d'interconnexion de réseau de bout en bout, au paragraphe 1, peut alléger le problème des goulots d'étranglement localisés à cause desquels les utilisateurs finaux ne peuvent pas ou ne souhaitent pas s'abonner à plusieurs points de sortie de distributeur. Comme pour l'affaire du portail Internet Vizzavi susmentionnée, cela a pour effet de permettre aux utilisateurs de choisir leur fournisseur de contenu indépendamment de leur fournisseur d'accès. Mais si le contenu fourni est insuffisamment diversifié, le pluralisme des médias ne progressera pas. Toutefois, l'objet de l'article 5 est en fait différent (mais pas plus mauvais pour autant), à savoir empêcher la perte de bien-être pour le consommateur découlant des situations dans lesquelles les téléspectateurs sont liés, économiquement, au point de sortie d'un distributeur et, en conséquence, se retrouvent limités au niveau du libre flux de l'information.

De même, les dispositions de l'article 5, paragraphe 2 ne visent pas le pluralisme des médias, bien que ce dernier puisse en profiter incidemment. L'accès aux API selon des conditions équitables, raisonnables et non-discriminatoires vise à favoriser le développement des services de télévision interactive numérique. Beaucoup d'entre eux sont susceptibles de traiter de transactions commerciales plu-

19) COM (1999) 657 final. Voir également la Communication de la Commission: Orientations pour le nouveau cadre réglementaire, COM (2000) 239 final.

20) 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002.

tôt que de flux d'information. Bien qu'il n'y ait pas de doute quant au fait qu'une API puisse fournir le goulot d'étranglement qui concentrait un flux d'information, la suppression du goulot d'étranglement n'assurera pas nécessairement la diversité de matériau requise par une plus large politique sociale. De même, alors que l'accès aux EPG mettra à la disposition des utilisateurs finaux un plus large choix de programmes, c'est l'aspect "de la présentation" de ces installations (implicitement non couvert par la directive en vertu de l'article 6, paragraphe 4) qui est susceptible d'avoir un plus grand impact sur le contrôle du contenu.

L'article 6 est également limité dans son potentiel d'amélioration du pluralisme des médias. A nouveau, le problème réside dans le fait que la réglementation des systèmes d'accès conditionnel peut être nécessaire mais qu'elle n'est pas suffisante à ces fins. L'application de la directive au Royaume-Uni servira à illustrer ce point²¹. L'autorité réglementaire (l'OFTEL, agissant au nom de l'OFCOM, en vertu de l'article 408 de la loi de 2003 relative aux communications) a insisté pour que des conditions d'accès conditionnel soient imposées à une personne donnée (société) en vertu de la directive. En outre, elles s'appliquent aux opérateurs "dont les diffuseurs de services d'accès dépendent pour atteindre tout groupe de spectateurs ou auditeurs potentiels". Dans le contexte du Royaume-Uni, la plupart des diffuseurs sur la plateforme satellite numérique atteignent leurs spectateurs en étant inclus dans un bouquet de télévision payante BskyB: en conséquence, ils n'ont pas besoin de services d'accès conditionnel. De même, les diffuseurs sur les systèmes câblés atteignent également les spectateurs via le bouquet proposé par les câblo-opérateurs; ils n'ont besoin d'aucun système d'accès conditionnel pour cela. Enfin, la télévision numérique gratuite (Freeview) n'utilise pas l'accès conditionnel pour atteindre ses spectateurs. En conséquence, en principe, aucun de ces points de sortie numériques ne semble être concerné par les conditions d'accès conditionnel imposées. Toutefois, dans le cas de la télévision satellite numérique, certains diffuseurs atteignent leurs spectateurs sans faire partie d'un bouquet BskyB mais, pour cela, ils doivent utiliser le service d'accès conditionnel fourni par le satellite numérique, un système proposé par Sky Subscriber Services Ltd (SSSL, société contrôlée par BskyB). Comme les diffuseurs "dépendent" de ces services, SSSL est couverte par la directive et l'OFTEL lui a, en conséquence, imposé des conditions²².

Dans ce cas, l'OFTEL n'interprète pas la directive "accès" de façon restrictive, parce que l'article 6 aborde précisément les problèmes découlant de la dépendance de décodeurs de marque déposée. Mais, il est également clair que cet article est limité dans son potentiel d'amélioration du pluralisme des médias. Il ne peut exercer aucun effet sur les accords de groupage contractuels passés par les fournisseurs de bouquets de programmes, parce qu'ils ne sont pas obligés de proposer l'accès à ces groupes selon des conditions équitables, raisonnables et non-discriminatoires. Ce type d'accès est supposé pouvoir être réglementé par la loi sur la concurrence, sans qu'une telle condition *ex ante* ne soit appliquée.

L'intégration verticale est-elle le problème du pluralisme des médias?²³

Le principal impact de la loi sur la concurrence et de la réglementation de l'accès conditionnel est d'affecter le marché de l'offre de contenu de programmation. Mais cela ne garantit pas que les utilisateurs finaux bénéficient réellement d'un choix pluraliste de matériau. En fait, il est facile de se laisser détourner du sujet par la nécessité de traiter de l'intégration verticale dans les nouveaux médias, à la fois généralement et via ses manifestations plus techniques, sans se rendre compte qu'il ne s'agit pas du principal objectif politique de la réglementation sur la propriété des médias. Dans les premiers médias de radiodiffusion, l'intégration verticale était endémique: une entreprise classique produisait les programmes et les diffusait sur le réseau de transmission qu'elle possédait. Des préoccupations concernant la concurrence ont entraîné des modifications du modèle de base, par exemple, des exigences de quotas pour les productions indépendantes, d'une part, et le désengagement des réseaux de transmission, d'autre part. Mais ces mesures n'ont pas modifié le point de contrôle fondamental, à savoir le diffuseur en sa qualité d'éditeur. Pour cette raison, au Royaume-Uni par exemple, l'attention de la réglementation de la propriété a été dirigée vers le concessionnaire qui était responsable du contenu diffusé au téléspectateur ou à l'auditeur. La réglementation de la propriété (opposée à la loi sur la concurrence) n'est jamais allée plus loin sur la chaîne de valeur pour étudier les goulots d'étran-

21) Loi de 2003 relative aux communications, articles 45, 73, 75 et 76.

22) OFTEL, *The Regulation of Conditional Access: Setting of Regulatory Conditions* (2003) 24 juillet.

23) Pour l'argument selon lequel, quoi qu'il en soit, l'intégration verticale ne pose pas de problème en termes économiques et, en conséquence, ne devrait pas être réglementée, voir: C.S. Yoo, "Vertical integration and media regulation in the new economy" (2002) *Yale Journal of Regulation* 171-300.

glement qui existaient dans la manière dont les ensembles de contenu étaient assemblés. Divers accords concernant la production et l'utilisation des archives et du copyright, n'étaient pas transparents. Il n'était pas non plus nécessaire, du point de vue du pluralisme des médias, qu'ils le soient, car seul le résultat net déterminait la portée du contenu disponible.

Cela suggère que la dérive vers l'intégration verticale dans les nouveaux médias ne pose pas de nouvelles questions en ce qui concerne le pluralisme des médias. Les entreprises plus classiques (polyvalentes) présentaient des caractéristiques similaires à celles des fusions et *joint-ventures* des nouveaux médias. S'il était nécessaire de réglementer les premières, il est maintenant nécessaire de réglementer les secondes. De même, les vieux débats bien connus sur la réglementation de la propriété structurelle opposée à la loi générale sur la concurrence, s'appliquent également aux nouvelles entités intégrées verticalement. Toutefois, cela ne signifie pas que l'avènement des nouveaux médias n'ait pas un impact particulier dans l'évolution de la réglementation des médias. Bien au contraire, la nature de la pratique des médias, avec la segmentation de différentes parties de la chaîne de valeur, a pour effet de mettre en évidence les points critiques de contrôle sur le contenu des médias. La réglementation de la propriété était sommaire en comparaison, parce qu'il n'était pas nécessaire d'analyser la raison pour laquelle la diversité au niveau du point de sortie était compromise; il suffisait de savoir que, d'une certaine façon, le résultat des activités de l'organisation consistait à concentrer l'offre en programmes disponibles.

La transparence de la chaîne de valeur dans les nouveaux médias peut en fait améliorer certaines opportunités de réglementation du pluralisme des médias. Un effet bénéfique, peut-être inattendu, est que l'accès aux médias sera commercialisé et profitera de la réglementation sur les goulots d'étranglement. Dans une entreprise des médias intégrée verticalement et unique, toute demande d'accès aux médias (accès à la grille des programmes) doit être formulée en termes de théorie politique, centrée sur la liberté d'expression. De telles demandes sont difficiles à justifier. En partie, parce que la raison pour laquelle le message d'une personne sera prioritaire pour utiliser des ressources médiatiques rares n'est pas nécessairement évidente; en partie, parce que les propriétaires de l'entreprise défendront leur propre droit à la liberté d'expression pour publier ce qu'ils veulent; encore en partie, parce que ces propriétaires revendiqueront un droit de propriété pour utiliser leurs ressources comme ils le souhaitent. En conséquence, généralement, la sélection éditoriale tend à devenir prioritaire par rapport aux demandes d'accès individuelles. Toutefois, dans la mesure où des actes d'expression séparés sont reflétés dans des entités commerciales indépendantes, la loi sur la concurrence et les règles d'accès conditionnel peuvent aider à garantir une plus grande diversité d'expression pour atteindre le public. Mais les avantages ne doivent pas être exagérés, car les limitations sont évidentes. En l'absence d'effets anti-concurrentiels ou d'abus de position dominante²⁴, aucune autorité réglementaire n'obligera une entreprise à traiter avec une autre société qui souhaite accéder à une grille des programmes. Ironiquement, il est possible que les goulots d'étranglement les plus efficaces fournissent les meilleures occasions pour demander un accès!

Des solutions ?

Généralement, la transparence des nouveaux médias révèle que le goulot d'étranglement le plus pré-occupant pour la promotion du pluralisme des médias se situe dans le groupage d'un lot de programmation. Cette activité, analogue à la décision éditoriale, détermine le contenu qui doit atteindre le public. Selon les termes utilisés dans la réglementation de la propriété, afin de promouvoir le pluralisme, nous devons localiser l'entité qui "contrôle" la prise de décision importante pour la diversité de contenu et, en fin de compte, pour la diversité des points de sortie. Il est évident que la réglementation de la propriété de la plateforme de diffusion du matériau sera moins importante. Alors, quelles techniques alternatives adopter ?

Une approche consiste à réglementer le contenu directement pour garantir un certain pluralisme. Bien que cette méthode puisse ne pas être appropriée à tous les types de programmation, elle reste l'un des objectifs de la radiodiffusion de service public. Même dans ce cas, une certaine diversité dans la programmation de service public est nécessaire pour stimuler la créativité: la réglementation du contenu ne peut pas à elle seule générer la créativité et l'originalité qu'une diversité des sources peut fournir. Toutefois, quelle que soit la diversité de la radiodiffusion de service public, des obligations *must carry* sont essentielles pour préserver son importance dans les nouveaux médias²⁵.

24) Y compris lorsqu'une installation "essentielle" est à l'origine d'un goulot d'étranglement.

25) Au Royaume-Uni, les dispositions *must-carry* sont mises en œuvre par l'article 64 de la loi de 2003 relative aux communications. Elles sont complétées par des exigences *must-offer* imposées aux radiodiffuseurs du service public en vertu de l'article 272.

Une autre approche de la promotion du pluralisme consiste à se concentrer sur la diffusion au public et à veiller à ce qu'un choix soit proposé. Ma critique, ci-dessus, de la faculté des mesures d'accès à promouvoir le pluralisme ne signifie pas que ledit choix ne doive pas être encouragé. Les mesures concernant l'accès englobent effectivement l'imposition d'un certain type d'obligations communes aux opérateurs contrôlant l'accès aux utilisateurs finaux. Cela signifie que les utilisateurs finaux peuvent échantillonner la plage complète de matériau que ces opérateurs contrôlent. Toutefois, la diversité de contenu dépend de ce qui est produit par d'autres et les dispositions relatives à l'accès ne peuvent pas déterminer ce facteur.

L'approche la plus précise consiste à cibler la production et l'offre de programmes, afin de garantir la diversité des points de sortie. Pour cela, il est notamment possible de se concentrer sur des mesures comportementales promulguées en vertu de la loi sur la concurrence ou d'imposer des contraintes structurelles. En ce qui concerne les mesures affectant la concurrence, bien qu'il ait été suggéré ci-dessus qu'il est improbable qu'elles protègent le pluralisme à elles seules, elles peuvent contribuer plus largement à un flux de contenu plus libre. Au Royaume-Uni, par exemple, l'autorité réglementaire a agi afin de proposer aux consommateurs un plus grand choix sur le marché de la télévision payante, en imposant des restrictions au groupage des chaînes premium par les distributeurs. L'imposition d'exigences de transport minimales par les fournisseurs de programmes est interdite, l'objectif étant de minimiser les effets anti-concurrentiels des accords "d'achat par le biais de" qui exigeaient que les chaînes premium soient achetées exclusivement en association avec des bouquets (généralement importants) d'autres chaînes. Cette pratique n'a pas été interdite en elle-même parce que de petits bouquets de base sont autorisés, mais les chaînes premium doivent être proposées à la carte à partir de ces bouquets de base²⁶. Bien entendu, le choix des chaînes proposées dépend d'accords commerciaux conclus en amont.

Si les principes généraux de la concurrence sont insuffisants, la modification des critères réglementaires peut aider à promouvoir le pluralisme. L'une de ces modifications peut concerner l'utilisation d'un seuil de partage du public présomptif, figurant par exemple dans les règles de propriété des médias, pour déclencher une investigation du marché²⁷. Toutefois, dans les nouveaux médias, qui comprennent un nombre élevé d'associations de droits sur les programmes et d'accords de distribution, cela s'avère trop complexe. Une autre modification peut consister à inclure un test d'intérêt public au régime concurrentiel standard. Par exemple, au Royaume-Uni, la loi de 2003 relative aux communications a modifié le principal régime de fusion établi en vertu de la loi de 2002 relative aux entreprises afin de permettre que des tests spéciaux soient appliqués eu égard aux fusions des médias. Pour les fusions impliquant des journaux, la nécessité d'une présentation précise des informations et d'une libre expression d'opinion, associées à une pluralité de points de vue suffisante sur chaque marché de la presse écrite, doivent être prises en compte en plus des questions concernant l'amoindrissement sensible de la concurrence. Pour les fusions d'entreprises de radiodiffusion, la nécessité de fournir une pluralité au niveau du contrôle sur les médias destinés à chaque public, la nécessité de garantir une large gamme de radiodiffusion de qualité et la nécessité pour les contrôleurs de la radiodiffusion d'être réellement engagés vis-à-vis des standards de programmes, doivent être prises en compte en plus des questions concernant l'amoindrissement sensible de la concurrence. De plus, lorsque l'une des parties à une fusion est un journal ou un radiodiffuseur qui contrôle 25% ou plus du marché national pertinent ou une partie substantielle dudit marché, les mêmes critères peuvent être appliqués indépendamment de tout test de concurrence²⁸. Ce régime modifié présente le potentiel de fournir des protections significatives au pluralisme des médias. Toutefois, au Royaume-Uni, il ne s'applique qu'aux fusions proposées, qui sont des événements identifiables, et lorsque des seuils significatifs existent. Même si les critères devaient être appliqués à un régime concurrentiel général, ce qui peut ne pas être très facile dans la pratique, leur application dépendrait de l'analyse comportementale *ex post* effectuée par l'autorité réglementant la concurrence, et le problème est que le pluralisme des médias pourrait être compromis avant même que l'autorité réglementaire ne soit capable et désireuse d'agir.

En conséquence, une autre manière de traiter la question peut être d'adopter une certaine forme de contrainte structurelle imposée à l'offre des programmes. Une telle mesure serait proche de la réglementation de la propriété des médias mais serait appliquée dans le contexte des nouveaux médias

26) *Independent Television Commission* (Commission de la télévision indépendante - ITC), *Guidance on ITC's Bundling Remedies* (1998) 26 juin. La mesure de l'ITC a été confirmée par la justice: voir T. Gibbons, *R v Independent Television Commission ex parte Flextech plc* (1999) 4 *Communications Law* 70-71.

27) Voir T. Gibbons, "Concentrations of Ownership and Control in a Converging Media Industry", n.1, ci-dessus.

28) Loi de 2003 relative aux communications, articles 373-389, en particulier modifiant et complétant la loi de 2002 relative aux entreprises, articles 58, 58A, 59, 59A, 61 et 61A.

numériques, secteur dans lequel des mesures spécifiques ne sont plus appropriées²⁹. Mais, conformément aux objectifs de la réglementation de la propriété des médias, il conviendrait d'insister principalement sur le décideur éditorial, en fait, la personne qui assemble les programmes (y compris le multiplexeur). L'objectif serait de garantir que chaque membre du public a accès aux programmes proposés par un nombre minimal d'assembleurs indépendants.

Dans ce cas, un certain niveau de désintégration verticale imposée par une réglementation structurelle peut avoir un rôle à jouer. Par exemple, l'effet principal de l'article 6 de la directive "accès" est de séparer la plateforme technique des services de contenu, ce qui permet de proposer une diversité de contenu via tout service à accès conditionnel. De même, au Royaume-Uni, la télévision numérique terrestre a été établie sous une forme verticalement désintégrée alors qu'une nouvelle entité économique, le multiplexeur, a été créée pour "emballer" et livrer les programmes³⁰. Mais la raison justificative était moins la nécessité de diversité que le souhait de favoriser une plus grande concurrence des services. A nouveau, les quotas de productions indépendantes dans la Directive "Télévision sans frontières" sont passés de 10% à 25% au Royaume-Uni³¹, pas tant pour améliorer le pluralisme comme tel mais plutôt pour améliorer le marché pour les producteurs indépendants. Dans tous ces cas, un environnement potentiellement plus diversifié peut être créé via des mesures de désintégration verticale mais il est peu probable que cette réponse suffise.

Si une méthode structurelle est jugée souhaitable, elle doit insister sur l'expérience du pluralisme du public et chercher à empêcher les principaux acteurs du marché de contrôler une part inacceptable de l'exposition du public à leur contenu. La définition précise de la part acceptable relève d'une décision politique et ne peut être soumise à une formule économique. Toutefois, au niveau européen, le consensus semble être que, pour protéger le pluralisme, au moins trois acteurs sont nécessaires sur chaque marché. J'ai déjà avancé que la méthode utilisée dans la directive "accès" ne permet pas d'atteindre ce chiffre. Toutefois, il peut être possible d'adopter la technique de base et de l'appliquer, non pas aux marchés de gros mais au contenu reçu par les utilisateurs finaux. L'article 5 en particulier dégage des concepts qui pourraient être adaptés de cette manière : la nécessité de garantir l'accessibilité et la connectivité de bout en bout.

Lorsque les utilisateurs finaux d'un quelconque marché local disposent de moins de trois sources séparées de matériel de programmation, je suggère que le distributeur soit obligé de fournir suffisamment d'installations d'interconnexion pour permettre l'accès à une plus grande diversité de sources. Bien entendu, une telle interconnexion et un tel accès devraient être fournis selon des conditions équitables, raisonnables et non-discriminatoires³². Cette mesure peut également être complétée par la réglementation du contenu des EPG, pour garantir qu'une importance suffisante est donnée non seulement aux radiodiffuseurs de service public mais également à une diversité de sources alternatives³³.

La nécessité d'une telle approche structurelle dépend, toutefois, de la nature des marchés des médias. Cela peut ne pas être actuellement le cas au Royaume-Uni, parce que la diversité de contenu est un élément important pour les opérateurs commerciaux, de telle sorte qu'il est peu probable qu'il soit possible de résister à la duplication de l'offre de contenu. Au contraire, des obligations *must-offer* ont été récemment intégrées aux nouveaux textes de loi pour permettre à de tels opérateurs de garantir le contenu de la radiodiffusion de service public. Toutefois, en l'absence d'une volonté générale de fournir le contenu de chacun (selon des termes commerciaux), il n'est pas évident que les consommateurs trouvent facile d'obtenir une diversité de programmes parce que, jusqu'à ce que les avancées techniques puissent fournir une réelle convergence, il est peu probable qu'il leur soit facile de migrer sur les trois principales plateformes de la télévision numérique terrestre, du câble et du satellite. Ma conclusion est que, bien que l'association de la réglementation de la concurrence et des conditions *ex ante* autorisées par la directive "accès" puisse s'avérer suffisante, pour l'instant, la nécessité de ce qui équivaut à une forme de substitution de la propriété des médias doit être anticipée pour l'avenir. Le

29) Partiellement en réponse pour anticiper la convergence entre les communications et les médias, la loi du Royaume-Uni de 2003 relative aux communications abolit la majorité des précédentes restrictions imposées à la propriété, y compris celles concernant la propriété étrangère et le cumul d'intérêts. Parmi les mesures conservées, les deux principales concernent une règle de propriété croisée empêchant les propriétaires d'un journal qui contrôlent 20% des marchés nationaux ou locaux de contrôler Channel 3, et une règle exigeant qu'une radio locale ait au moins deux opérateurs commerciaux sur chaque marché en plus de la BBC. Voir plus généralement, l'annexe 14 à la loi.

30) En vertu de la loi de 1996 relative à la radiodiffusion, partie I.

31) Directive du Conseil (89/552/CEE) du 3 octobre 1989 et Directive 97/36/CE du Parlement européen et du Conseil; loi de 1990 relative à la radiodiffusion, articles 16(2)(h) et 186.

32) Il est noté que la définition de ces termes doit être précisée.

33) Pour l'approche générale retenue pour le Royaume-Uni, voir : *Independent Television Commission* (Commission de la télévision indépendante - ITC), *ITC Code of Conduct on Electronic Programme Guides* (1997).

type d'exigence relative à l'interconnexion que j'ai suggéré ne garantirait pas le pluralisme de contenu mais imposerait la diversité des sources (groupage) et protégerait l'utilisateur final contre les concentrations de pouvoir pour la distribution de contenu. Il semble évident que la manière dont les marchés évoluent peut poser, assez rapidement, des problèmes de concentration inacceptables. Et, à moins que des contraintes ne soient imposées dès à présent, il sera peut être alors trop tard pour inverser la tendance.

Régulation verticale de la télévision : pourquoi les Etats-Unis n'ont pas de directive "accès"

James B. Speta¹

Professeur associé, Northwestern University School of Law

Au travers de sa directive "accès", l'Union européenne a adopté un cadre législatif global pour réguler les relations verticales sur un marché des services de plus en plus tourné vers le numérique et évoluant vers toujours plus de convergence². A l'inverse, aux Etats-Unis, les lois et les réglementations fondamentales de la communication continuent à traiter les accès et la régulation verticale service par service. A n'en pas douter, le régulateur nord-américain - et notamment la FCC, *Federal Communications Commission* - comprend les implications de la convergence et les principes économiques généraux qui gouvernent les marchés de la communication. Mais pour tout un ensemble de raisons, le consensus qui prévaut actuellement en matière réglementaire (et qui est approuvé par le corps universitaire) ne s'est traduit par aucune tentative comparable à la directive "accès", ni par aucune démarche visant à codifier les principes fondamentaux des relations verticales dans le domaine des communications.

Les services émergents de télévision numérique, sur lesquels se focalisent les articles de cette publication, donnent lieu à une étude de cas intéressante de la régulation nord-américaine concernant les relations sur les nouveaux marchés de la communication; il est de plus intéressant de poursuivre cette réflexion en comparant les politiques nord-américaine et européenne des télécommunications. En effet, vue sous un certain angle, la régulation nord-américaine de l'intégration verticale entre plateformes de télévision numérique et fournisseurs de services et/ou d'équipements peut sembler souffrir d'un certain désordre. Des règles anciennes, qui limitaient l'intégration verticale des câblo-opérateurs et des fournisseurs de programmes, ainsi que l'intégration horizontale des câblo-opérateurs, ont été annulées par les tribunaux. Dans le même esprit, on a pu observer un assouplissement des règles limitant la propriété au niveau des réseaux régionaux de télédiffusion. Du côté des équipements, une loi impose l'ouverture du marché des appareils et dispositifs numériques, mais il n'existe pas encore de réglementation spécifique aux décodeurs et autres matériels nécessaires aux services de la télévision numérique interactive. De plus, s'il est vrai que la FCC a ouvert une enquête à ce sujet, aucune loi ni réglementation n'aborde le cas d'un propriétaire de plateforme qui se rendrait coupable de discrimination à l'encontre d'un fournisseur de services non intégré à sa structure verticale. Si le marché des équipements a été déclaré ouvert, le marché des services, de son côté, ne l'a pas été.

Cet article présente l'approche nord-américaine de la régulation; à la lumière de la directive européenne, il suscitera peut-être un échange fructueux sur les orientations de la réglementation des accès. Son objectif est de trois ordres: (1) décrire les instruments utilisés aux Etats-Unis, par le passé et actuellement, pour réglementer l'intégration verticale des marchés des médias; (2) mettre en avant les

1) L'auteur remercie les organisateurs et les participants de la conférence pour l'excellence de leurs commentaires et l'échange fructueux qui a eu lieu. Toute erreur ou omission est de sa responsabilité.

2) Directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive "accès"), JOCE, 24 avril 2002 n° L 108: 7-20.

règles spécifiquement nord-américaines qui prévalent à ce jour (ou ne prévalent pas, d'ailleurs) concernant les équipements et les services de la télévision numérique interactive; (3) tenter de remettre un peu d'ordre dans une apparente confusion. En effet, ce qui apparaît comme une approche hésitante de la régulation se clarifie si l'on replace la régulation de la télévision numérique dans le contexte de plusieurs débats fondamentaux concernant la politique de la communication: les développements technologiques prévisibles, la théorie économique, et les relations entre la liberté d'expression et la réglementation des communications. Aux Etats-Unis, tous ces aspects constituent autant de bons prétextes pour s'abstenir de réguler globalement et *ex ante* les services émergents. Pour le meilleur et pour le pire, la majorité des acteurs du marché s'accorde à penser, aux Etats-Unis, que l'approche la plus appropriée exige des preuves, basées sur une solide expérimentation du marché, de la présence de comportements contraires aux règles de la concurrence. En l'absence de telles preuves, rien ne sera fait pour réglementer les nouveaux services, et notamment la télévision interactive.

I. Situation actuelle des transmissions numériques sur les marchés nord-américains des médias

Replaçons l'approche nord-américaine de la régulation dans son contexte en ce qui concerne les marchés des médias et la situation actuelle des transmissions numériques sur ces marchés. Sur le marché vidéo³ des bouquets de chaînes, le câble continue à dominer, bien que la transmission directe par satellite exerce une vigoureuse concurrence. Les télédiffuseurs terrestres continuent à représenter une source de programmation importante, nonobstant le fait qu'un écrasant pourcentage de téléspectateurs réceptionne cette programmation au moyen du câble ou du satellite. La radio, les journaux et l'Internet sont partiellement concurrents, mais leur importance dépend de l'aspect du marché des médias sur lequel on se focalise.

Chacune de ces plateformes a entamé la transition vers la transmission en tout numérique. Le service de diffusion directe par satellite exploite la transmission numérique depuis sa création, mais s'attache à fournir toujours plus de services en haute définition, d'autant plus que la nouvelle réglementation y ajoute une obligation de compatibilité des récepteurs numériques. Ces dernières années, les câblo-opérateurs ont volontairement développé leurs services en direction du numérique. Cela leur permettait d'augmenter leur capacité en nombre de chaînes et de proposer de nouveaux services. La diffusion télévisuelle terrestre est également en train de basculer vers des normes numériques, largement sous la pression gouvernementale, et la transition devrait être achevée en 2006, si l'on s'en tient aux prévisions les plus optimistes. La diffusion radiophonique numérique dispose désormais de normes, mais à l'exception des quelques services naissants de radio par satellite, on peut pratiquement qualifier ce service d'inexistant.

Ici, un éclaircissement terminologique s'impose: il est important de noter que je parlerai de "marché des médias" dans la mesure où la réglementation nord-américaine n'intègre pas le concept de "télédiffusion" pour couvrir les services de la télévision, du câble et du satellite. Aux Etats-Unis, seule la télédiffusion terrestre traditionnelle - à savoir le service "gratuit" financé par la publicité - entre dans le cadre de la notion légale de télédiffusion. Ainsi, des chapitres totalement différents de la loi sur les communications (*Communications Act*) abordent les services de la télédiffusion terrestre d'une part, et ceux du câble, d'autre part⁴. Quant aux services de transmission directe par satellite, ils sont commercialisés uniquement sous forme d'abonnements⁵ et ne sont concernés ni par les dispositions relatives à la télévision, ni par celles relatives au câble; on les retrouve uniquement dans quelques dispositions éparées de la loi⁶.

Cet éclatement juridique est quelque peu décevant; mais le régulateur nord-américain et les économistes reconnaissent tout de même que ces différents services sont, dans une plus ou moins grande mesure, en concurrence. Et en effet, pour une grande part de leurs activités, la FCC et les commentateurs subdivisent le marché entre les télédiffuseurs terrestres d'une part et ce que, d'autre part, la FCC appelle les "distributeurs de programmes et de bouquets de chaînes" (*MVPD, multi-channel video program distributors*), ce qui désigne essentiellement le câble et le satellite.

3) Note du rédacteur: "vidéo" est employé dans le sens de "visuel".

4) La télédiffusion est réglementée par le *Title III* de la loi de 1934 sur les communications, amendée, 47 U.S.C. § 301 et suiv.; la télévision par câble est réglementée par le *Title VI*, 47 U.S.C. § 541 et suiv.

5) Voir en général *National Ass'n for Better Broadcasting v. FCC*, 849 F.2d 665, 668 (D.C. Cir. 1988) (confirmant les déclarations de la FCC selon lesquelles un opérateur du satellite n'était pas un télédiffuseur en vertu de ses pratiques d'abonnement).

6) Voir en général Howard A. Shelanski, *The Bending Line Between Conventional "Broadcast" and Wireless "Carriage"* (La courbe sinuuse entre la télédiffusion conventionnelle et le transport sans fil), 97 *Colum. L. Rev.* 1048 (1997).

1. Le marché des médias en général

Bien que la télédiffusion par voie terrestre continue à être disponible sur l'ensemble du territoire, un pourcentage relativement restreint du marché nord-américain réceptionne effectivement la télévision de cette manière. Selon les statistiques les plus récentes, moins de 15% des foyers nord-américains équipés d'un récepteur reçoivent uniquement la programmation diffusée par voie terrestre. Plus de 85% des foyers équipés sont abonnés à l'une des plateformes du marché proposant des bouquets de chaînes. Parmi ces dernières, la télévision par câble se situe largement en tête, représentant 76% du marché. Le satellite, cependant, voit ses parts de marché s'accroître plus rapidement. Tout en ne dominant que 21% du marché, son taux de croissance de 12,5% est écrasant par rapport aux 0,4% seulement de progression du câble. D'autres technologies, telles que les réseaux sans fil par voie terrestre (*terrestrial wireless cable*), sont relégués à des positions marginales, représentant seulement 4% du marché⁷.

Même si la télédiffusion terrestre est en déclin en tant que plateforme de transmission, ses acteurs traditionnels continuent à jouer un rôle considérable sur le marché. En effet, les dispositions relatives à la retransmission et à l'obligation de transport (*must carry*) leur permettent de rassembler environ 50% des téléspectateurs et de continuer à produire les émissions les plus populaires. En dépit de la crise économique, les recettes publicitaires des télédiffuseurs ont excédé 36 milliards de dollars (USD) en 2002. A des fins de comparaison, les recettes totales des câblo-opérateurs, qui incluent la publicité, les abonnements et les recettes non liées à la retransmission, comme les accès Internet à haut débit, ont totalisé USD 43,9 milliards⁸.

Dans la plupart des états, la concurrence s'exerce entre un câblo-opérateur unique et un service de diffusion directe par satellite (qui implique, pour sa part, deux compagnies⁹). Dans plusieurs grandes villes, un deuxième câblo-opérateur a fait son arrivée sur le marché, mais le nombre d'abonnés potentiels, n'ayant pas encore souscrit à la proposition d'abonnement de la compagnie initialement installée, s'élève seulement à un million. La concurrence entre le câble et le satellite est devenue raisonnablement vigoureuse depuis l'adoption des dispositions et des technologies permettant aux compagnies du satellite de retransmettre des chaînes locales terrestres. Comme nous l'avons déjà observé, la croissance des abonnements au satellite dépasse largement celle du câble et la concurrence fait rage¹⁰.

2. Transition vers la transmission numérique

Les marchés nord-américains de la vidéo ont relativement bien développé les services numériques, mais la pénétration des récepteurs numériques se situe bien en deçà du degré d'avancement de la conversion des plateformes de transmission. Le satellite a toujours été un service numérique, fonctionnant avec des décodeurs qui convertissent le signal pour les récepteurs analogiques. Afin d'augmenter la capacité des canaux et dans le cadre des évolutions nécessaires à la fourniture de services Internet, les câblo-opérateurs continuent à déployer des technologies de transmission numérique. Sur un nombre d'abonnés au câble estimé à 68,8 millions, 16,8 millions (environ un quart) bénéficient d'un service numérique¹¹. Sur le secteur, on estime que le nombre d'abonnés au câble numérique excédera celui des abonnés au câble analogique dans les deux à trois ans à venir¹². Le satellite et le câble proposeront de la transmission en haute définition, les plus gros câblo-opérateurs ayant pour intention de diffuser la majorité des émissions du *prime time* en haute définition d'ici à l'année prochaine¹³.

Les chaînes terrestres sont censées basculer vers le numérique d'ici à la fin de l'année 2006, mais peu d'observateurs estiment que le délai sera respecté. Actuellement, sur les 30 principaux marchés,

7) Voir en général *Annual Assessment of the Status of Competition in the Market for the Delivery of Video Programming* (Évaluation annuelle de l'état de la concurrence sur le marché de la fourniture de programmes vidéo), *Ninth Annual Report*, 17 FCC Rcd. 26901 (2002).

8) *Idem*; voir aussi Kagan World Media, *Cable TV Investor*, 24 mai 2002, p. 9.

9) EchoStar et DirecTV. En octobre 2002, le Département nord-américain de la Justice a entamé des poursuites visant à empêcher la fusion annoncée de EchoStar et DirecTV, *United States c. EchoStar Communs. Corp.*, n° 1:02CV02138 (enregistrement D.C. du 31 octobre 2002), et la fusion a été annulée.

10) *Ninth Annual Report*, par. 13. A tout le moins, l'industrie du câble semble percevoir la concurrence. Voir Dustin Goot, *Video May Kill the Satellite Star* (La vidéo pourrait tuer le satellite), *Wired News*, 9 décembre 2002 ("Broadband Plus, anciennement Western Cable Show, a lancé cette semaine en début d'émission un appel aux armes émanant du président de la *California Cable and Telecommunications Association*: les câblo-opérateurs doivent arrêter l'hémorragie d'abonnés qui se tournent vers le satellite"). Disponible à l'adresse <http://www.wired.com/news/digiwood/0,1412,56729,00.html>

11) NCTA, *What is Digital Cable* (Qu'est-ce que le câble numérique?), Kagan World Media, *Broadband Cable Financial Databook*, juillet 2002, p. 78.

12) *Idem*.

13) *Ninth Annual Report*, par. 135-40.

on trouve deux diffuseurs faisant du simulcast analogique/numérique, avec environ 1 000 chaînes au total transmises en numérique¹⁴. La réglementation de la FCC actuellement en vigueur fait obligation aux bénéficiaires d'une licence numérique de proposer au moins une chaîne vidéo, nonobstant le fait que les licences pourraient autoriser jusqu'à quatre chaînes (ou plus) compte tenu des normes actuelles en matière de compression du signal¹⁵. Par conséquent, il est peu probable que la transition vers le numérique des signaux émis par voie terrestre éloigne un public dont la préférence va au câble et au satellite, surtout si le nombre de chaînes terrestres reste le même¹⁶.

3. Intégration horizontale et verticale

Le marché nord-américain des médias est, sous certains aspects, fortement concentré. Les quatre principaux fournisseurs de bouquets de chaînes représentent un peu plus de 50% du marché et les dix premiers totalisent environ 85%¹⁷. Sur les 308 réseaux de programmes existant dans le pays, environ 30% sont intégrés à un câblo-opérateur au moins. Plus important, sur les 20 réseaux de programmes les plus populaires, huit sont intégrés à un câblo-opérateur. Si l'on ajoute à cela les télédiffuseurs et quelques autres acteurs du secteur, sur les 50 plus importants réseaux de programmes, 45 se trouvent entre les mains de 14 sociétés seulement¹⁸.

En ce qui concerne les guides électroniques de programmes (EPG, *electronic program guide*), les acteurs du satellite et les câblo-opérateurs proposent eux-mêmes le service à leurs abonnés, soit par le biais d'un contrat d'exclusivité avec un fournisseur tiers, soit au sein de leur propre service interne¹⁹. En 1999, les deux fournisseurs les plus importants de guides électroniques de programmes (Gemstar et TV Guide) ont obtenu l'autorisation de fusionner.

4. Services interactifs

La FCC a récemment déclaré que le "déploiement des services commerciaux interactifs bidirectionnels avait été très limité"²⁰. Environ 12 millions de foyers sont en mesure de recevoir des services de télévision interactive²¹. Cependant, si l'on excepte les guides de programmes électroniques, les services interactifs bénéficient actuellement d'un nombre d'abonnés de seulement un million.

II. Approche actuelle de la régulation verticale des compagnies des médias

Les Etats-Unis ont pris un certain nombre de mesures réglementaires concernant l'intégration verticale des marchés des médias en adoptant notamment des approches structurelles et comportementales. La séparation structurelle la plus radicale a été rejetée depuis longtemps. Ainsi, la télédiffusion traditionnelle n'a jamais fait l'objet d'une réglementation commune et les dispositions les plus récentes applicables aux services du câble interdisent explicitement que la télévision par câble soit réglementée comme un service commun de transport²². En effet, la réglementation a limité la concentration horizontale de la propriété dans le but de susciter la création de plusieurs acheteurs indépendants de programmes. De la même manière, la réglementation a obligé les câblo-opérateurs à proposer un certain volume de programmation non intégrée. Ces règles n'imposent pas de mesures de lutte contre la discrimination. Ainsi, un câblo-opérateur a dû proposer un certain volume de programmation non intégrée, mais il a conservé son indépendance éditoriale dans le choix des programmes non intégrés à proposer.

14) Voir <http://www.fcc.gov/mb/video/dtvstatus.html>

15) Voir *In re Advanced Television Systems, Fifth Report and Order*, 12 FCC Rcd. 12809, 12910 (par. 28) (1997) (déclarant que les télédiffuseurs ne sont tenus de proposer qu'une seule chaîne numérique); *idem* par. 32 (prévoyant que les chaînes de télévision proposeront des services autres que ceux de la télédiffusion sur le reste du spectre).

16) De plus, les télédiffuseurs seront entièrement financés par la publicité, ne pouvant ainsi proposer un tarif d'abonnement réduit grâce à la publicité, formule pourtant préférée des consommateurs.

17) *Ninth Annual Report, supra*, par. 132-33.

18) *Idem* par. 136 (AOL Time Warner, Cablevision, Comcast, Cox, Disney, E.W. Scripps Co., General Electric, Hearst, Liberty Media, MBM, Newhouse, News Corp, Viacom et Vivendi). Voir aussi Kagan World Media, *Major Owners of Cable Networks*, 11 septembre 2001, p. 4.

19) *Ninth Annual Report*, par. 159-61.

20) *Idem* par. 170.

21) *Idem*; voir aussi Philip Swann, *Interactive TV: Clearing the Static* (13 mai 2002) (<http://news.com.com/2010-1071-911827.html>).

22) 47 U.S.C. § 541(c). La loi sur les communications ne contient pas de disposition relative au service de transport "quasi commun" appelé "système vidéo ouvert", mais il n'y a jamais eu qu'une poignée de ce type de fournisseurs et aujourd'hui, il n'en reste plus aucun.

1. Approches traditionnelles de l'intégration fournisseur de programmes/plateforme

A l'origine, la nécessité de réguler les relations verticales entre fournisseurs de programmes et de plateformes était issue de la réalité suivante : les trois réseaux de télédiffusion étaient sur le point de dominer les décisions de programmation des détenteurs de licences locales, ce qui aurait été à l'encontre de la politique selon laquelle la télévision devait se montrer réactive par rapport aux besoins locaux. Cette préoccupation s'est largement évaporée, compte tenu de l'importance décroissante des réseaux de télédiffusion et des détenteurs de licences de télédiffusion en tant que distributeurs de programmes. Au cours de la dernière décennie, si ce n'est depuis plus longtemps encore, la préoccupation dominante a été que les nouveaux fournisseurs de plateformes (à savoir, les câblo-opérateurs) n'exploitent leur contrôle sur la plateforme pour établir des discriminations à l'égard des fournisseurs de programmes non intégrés et des autres plateformes.

Règles structurelles. La décision structurelle fondamentale a consisté en l'octroi de licences de télédiffusion locales (et non pas nationales). En conséquence, et afin de préserver ce contrôle local, les dispositions prises par la FCC ont longtemps limité le nombre de chaînes qu'une même entité pouvait détenir²³. Sur le plan pratique, il s'agissait de limiter l'intégration des réseaux de télédiffusion et des diffuseurs isolés. Par ailleurs, la FCC a longtemps maintenu des règles qui limitaient le nombre d'établissements des médias qu'une même entité pouvait posséder dans une région, afin de renforcer la diversité de la programmation²⁴. D'importants procès ont eu lieu en 2002, et la Cour d'appel des Etats-Unis de la juridiction de Washington D.C. (*D.C. Circuit*) a invalidé ces règles et demandé à la FCC de se remettre au travail²⁵. Celle-ci a restauré les réglementations, mais sous une forme affaiblie. De son côté, le Congrès semble s'obstiner à vouloir que les dispositions retrouvent leur force antérieure²⁶.

Sur les marchés du câble, les limites structurelles se sont également appliquées et de la même manière, elles sont actuellement en cours de révision. Dans une tentative visant à garantir un marché pour les fournisseurs de programmes non intégrés, les Etats-Unis ont imposé des limites à la fois horizontales et verticales à la propriété sur le secteur du câble. A savoir, les câblo-opérateurs devaient respecter des limites en termes d'extension géographique et de nombre de chaînes qu'elles pouvaient dédier à leurs fournisseurs de programmes intégrés. A l'origine, les règles interdisaient aux câblo-opérateurs d'exploiter des structures permettant de toucher plus de 30% des foyers, en vertu de la théorie selon laquelle la présence de plusieurs câblo-opérateurs était nécessaire pour assurer l'indépendance des achats de programmes. En outre, ces dispositions obligeaient les câblo-opérateurs à réserver un nombre significatif de chaînes aux fournisseurs de programmes non intégrés²⁷. En 2001, la Cour d'appel des Etats-Unis a invalidé ces dispositions, au motif qu'elles étaient basées sur des postulats erronés de collusions possibles entre câblo-opérateurs et qu'elles constituaient une entrave aux droits des câblo-opérateurs issus du premier amendement²⁸. La FCC n'a pas encore adopté de dispositions de remplacement, mais elle semble motivée pour suivre la voie d'une certaine limitation de l'intégration horizontale et verticale²⁹.

En outre, les câblo-opérateurs ont été longtemps assujettis à des obligations de transport de services de télédiffusion. L'effective nécessité de ces règles n'a jamais été véritablement démontrée; les câblo-opérateurs auraient sans doute conclu des accords avec un grand nombre de diffuseurs afin de proposer leurs programmes à succès dans leurs bouquets de chaînes. Il reste que l'obligation de transport restera en vigueur après le passage au numérique. Cela n'empêchera pas certains télédiffuseurs émettant plusieurs chaînes numériques de ne fournir aux câblo-opérateurs qu'une seule chaîne à transmettre³⁰.

23) Voir *Amendment of Multiple Ownership Rules, Report and Order*, 100 F.C.C.2d 17, par. 17 (1984) (établissant que l'objectif était de "promouvoir la diversification de la propriété afin d'optimiser la diversité des points de vue dans les programmes et les services" et "d'éviter toute concentration abusive du pouvoir économique").

24) Voir *Review of the Commission's Regulations Concerning Television Broadcasting*, 64 Fed. Reg. 50,651 (1999), *recon.*, 66 Fed. Reg. 9039 (2001).

25) Voir *Fox Television Stations c. FCC*, 280 F.3d 1027 (D.C. Cir. 2002) (annulation du plafond applicable à la propriété dans les médias au niveau national et de l'interdiction de la propriété croisée entre sociétés du câble et de la télédiffusion); *Sinclair Broadcast Group, Inc. c. FCC*, 284 F.3d 148 (D.C. Cir. 2002) (annulation des plafonds applicables à la propriété dans les médias au niveau local).

26) Voir Stephen Labaton, *FCC Plan to Ease Curbs on Big Media Hits Senate Snag* (La FCC veut lâcher les rênes sur les grosses compagnies des médias: elle se heurte à l'opposition du Sénat), *N.Y. Times*, 17 septembre 2003, en A1.

27) Voir 47 U.S.C. § 533(f)(1)(A), (B); *Implementation of Section 11(c) of the Cable Television Consumer Protection and Competition Act of 1992* (Mise en œuvre de la section 11(c) de la loi de 1992 sur la protection des consommateurs et la concurrence de la télévision par câble), *Third Report and Order*, 14 FCC Rcd. 19098 (1999).

28) Voir *Time Warner Enter. Co. c. FCC*, 240 F.3d 1126 (D.C. Cir. 2001).

29) *Implementation of Section 11(c) of the Cable Television Consumer Protection and Competition Act of 1992, Further Notice of Proposed Rulemaking*, 16 FCC Rcd. 17312 (2001).

30) Voir *Carriage of Digital Television Broadcast Signals* (Transport des signaux numériques de télédiffusion), *First Report and Order and Further Notice of Proposed Rulemaking*, 16 FCC Rcd. 2598 (2001).

Les fournisseurs de services numériques par satellite sont soumis à une obligation de transport quelque peu différente, qui est une adjonction récente à leur habilitation, elle-même acquise il y a peu, de transporter des chaînes locales. Mais si un acteur du satellite décide de transporter une chaîne de télévision locale (ce qui est nécessaire s'il veut concurrencer efficacement le câble), il se retrouve contraint de transporter toutes les chaînes locales³¹.

Outre l'obligation de transport, les câblo-opérateurs doivent réserver un petit nombre de chaînes à la location, ainsi qu'aux chaînes publiques à vocation éducative ou gouvernementale³². Précisons que ces transports ont conduit à une programmation effective très restreinte.

Règles comportementales. Les télédiffuseurs n'ont jamais été considérés comme des transporteurs communs. Ainsi, les Etats-Unis ont relativement peu réglementé les comportements dans le but de limiter l'intégration verticale des fournisseurs de programmes et des détenteurs de licences. Quelques dispositions ont toutefois été mises en oeuvre: (1) une limitation au niveau du *prime time*, qui interdisait à un réseau de programmer au-delà de trois heures, sur les quatre heures de *prime time*, les émissions d'un diffuseur intégré; (2) le droit pour un diffuseur intégré de refuser de confier des émissions ou des épisodes; (3) l'intérêt financier et les *syndication rules (FinSyn)*, qui interdisaient aux réseaux d'utiliser leur position dominante sur les marchés où les programmes sont transmis pour la première fois pour acquérir les droits sur le deuxième marché. La FCC a supprimé cette dernière disposition et les deux premières ont eu une incidence restreinte sur le long terme³³.

Étant donné que les câblo-opérateurs n'étaient considérés ni comme des télédiffuseurs, ni comme des transporteurs communs, les règles structurelles précédemment évoquées n'ont jamais été complétées par des dispositions comportementales visant à éviter les discriminations. Cependant, alors que les câblo-opérateurs n'ont pas été assujettis à des dispositions d'ordre général les obligeant à accueillir sans discrimination une programmation non intégrée, les distributeurs de programmes liés aux câblo-opérateurs ont été contraints de vendre leurs émissions à d'autres fournisseurs de moyens de transport sans établir de discrimination. Ces dispositions visent à empêcher les câblo-opérateurs d'utiliser leur position prépondérante et leurs relations avec les fournisseurs de programmes pour contrarier l'entrée sur le marché de plateformes concurrentes. Spécifiquement rédigées en regard au satellite, ces règles interdisent aux câblo-opérateurs de conclure des contrats d'exclusivité avec les fournisseurs de programmes, afin que les nouvelles plateformes de transmission puissent disposer de programmes à proposer au public³⁴. Ces règles interdisent également aux fournisseurs de programmes liés à des câblo-opérateurs d'établir une discrimination lors de la vente de leurs programmations (par exemple, en proposant aux câblo-opérateurs des remises conséquentes et non justifiées par les coûts)³⁵.

2. Régulation spécifique aux décodeurs, aux guides électroniques de programmes et aux services numériques émergents

Les Etats-Unis ne disposent pas d'un cadre juridique exhaustif concernant les guides électroniques de programmes, les interfaces de programme d'application (API, *application programming interface*), ni les autres aspects des services émergents de télévision interactive. En 1996, le Congrès avait demandé à la FCC d'établir des règles pour que puisse s'exercer la concurrence au niveau des décodeurs et autres dispositifs, mais la loi ne réglemente aucunement les services. Les dispositions de la FCC en matière d'équipement ont été amendées il y a peu afin d'établir des normes pour ce qu'il est convenu d'appeler les récepteurs numériques "plug and play", et notamment pour les dispositifs d'accès conditionnel. En ce qui concerne les services interactifs, la FCC a lancé une enquête il y a quelques années de cela. Dans la publication initiale de la Commission, ainsi que dans un certain nombre de commentaires plus récents, se trouvent certains indices quant à son avis sur la question. Mais l'on attend encore l'élaboration de règles précises.

En 1996, dans le cadre du premier amendement majeur à la loi nord-américaine sur les communications depuis 60 ans, le Congrès a demandé à la FCC d'établir des règles pour "assurer que le consom-

31) Pour être précis, la loi sur les droits d'auteur a été amendée pour permettre aux opérateurs du satellite de retransmettre des signaux terrestres moyennant une licence obligatoire et à des conditions de restrictions locales et d'obligation de transport d'autres chaînes locales. Voir 17 U.S.C. §§ 119, 122.

32) 47 U.S.C. §§ 531, 532.

33) Pour une analyse de ces règles telles qu'elles furent adoptées à l'origine et de leur évolution, voir Stuart Minor Benjamin, et al., *Telecommunications Law and Policy* (La loi et la politique sur les télécommunications) 289-314 (2001).

34) Voir 47 U.S.C. § 548; *Development of Competition and Diversity in Video Programming Distribution and Carriage* (Le développement de la concurrence et de la diversité dans la distribution et la transmission de programmes), *First Report and Order*, 8 FCC Rcd. 3359 (1993).

35) *Id.* par. 82-120.

mateur puisse disposer de bouquets de chaînes et d'autres services connexes, ainsi que de décodeurs, d'équipements de communication interactive, d'autres équipements permettant d'accéder aux bouquets de chaînes, et d'autres services offerts par le biais des socles technologiques multi chaînes, auprès de constructeurs, de détaillants et de distributeurs autres, non affiliés à un quelconque distributeur de bouquets de chaînes" ³⁶. L'historique législatif indique que le Congrès aurait approuvé le développement d'un marché concurrentiel au niveau de ces équipements, à l'image du marché qui s'était développé lorsque les transporteurs de signaux téléphoniques avaient été placés dans l'obligation d'accepter des équipements tiers sur leurs réseaux³⁷.

Tout en ouvrant le marché des équipements à la concurrence, le Congrès a protégé les intérêts des distributeurs de programmes et de bouquets de chaînes à d'autres égards. Les distributeurs sont autorisés à commercialiser des équipements; la loi interdit à la FCC d'établir une séparation structurelle stricte³⁸. Elle reconnaît en outre l'intérêt des distributeurs de programmes à maintenir la sécurité de leurs systèmes³⁹ et la FCC est habilitée à accorder des dérogations à un distributeur qui serait en mesure de démontrer que ladite dérogation est nécessaire à l'introduction du nouveau service⁴⁰. Enfin, la réglementation est censée s'assouplir lorsque le marché des programmes sera devenu "pleinement concurrentiel"⁴¹.

La FCC a usé avec une certaine parcimonie de l'autorité que lui conférait cette loi. En 1998, la Commission a pris des dispositions obligeant les distributeurs de programmes et de bouquets de chaînes à séparer les fonctions liées à l'accès conditionnel de leurs autres activités et à publier les informations techniques devant permettre à d'autres firmes de construire des dispositifs de navigation⁴². Concrètement, les règles censées entrer en vigueur le 1^{er} juillet 2006⁴³ interdiront aux transporteurs de commercialiser des dispositifs intégrant les fonctions de l'accès conditionnel, de la navigation et du *tuning*, etc. De plus, les consommateurs auront le droit de relier à leur système par abonnement tout dispositif de navigation compatible. La FCC a publié il y a peu les normes relatives aux récepteurs numériques dits "plug and play", qui devront être compatibles avec la télévision numérique par câble et avec la télédiffusion numérique. Les téléviseurs intégreront des dispositifs autorisant l'accès conditionnel, par exemple au moyen d'une carte à puce⁴⁴, que le téléspectateur devra insérer pour réceptionner un service donné. Ainsi, ces nouvelles règles ressemblent à un retour en arrière qui supposerait cependant l'intégration de dispositifs d'accès conditionnel à tous les appareils (*tuners*/récepteurs). Mais en revêtant l'aspect de normes ouvertes, ces dispositions préparent le développement de marchés de l'équipement indépendants et concurrentiels⁴⁵.

Même dans ses dispositions les plus récentes, la FCC n'aborde pas les services de télévision interactive, ce qui est partiellement dû à la portée limitée de la loi. Dans le document publié, la FCC promet de poursuivre ses travaux sur les normes et règles applicables aux équipements nécessaires à la mise en place de services bidirectionnels⁴⁶; or on ne peut contester son habilitation à adopter de telles règles. En effet, la formulation de la loi, les dispositions de la FCC et l'argumentation exposée dans son ordonnance de 1998 sont autant d'éléments qui concernent de façon générale les équipements employés par les consommateurs pour accéder à "la programmation et à d'autres services par le biais des systèmes des distributeurs de programmes et de bouquets de chaînes" ⁴⁷. Dans son ordonnance, la FCC a fait usage de son autorité sur les équipements non vidéo, en confirmant que la réglementation obligeait les plateformes de distribution de programmes et de bouquets de chaînes à accepter les équi-

36) *Telecommunications Act of 1996* (loi de 1996 sur les télécommunications), Pub. L. 104-104, §304, 110 Stat. 56, 125 (codifiée en 47 U.S.C. § 549(a)).

37) H.R. Rep. No. 104-204, en 112-14, réimprimé en 1996 U.S.C.C.A.N. en 79-81.

38) 47 U.S.C. § 549(a).

39) 47 U.S.C. § 549(b).

40) 47 U.S.C. § 549(c).

41) 47 U.S.C. § 549(e)(1).

42) Voir *Implementation of Section 304 of the Telecommunications Act of 1996, Commercial Availability of Navigation Devices* (Mise en œuvre de la section 304 de la loi de 1996 sur les télécommunications; disponibilité commerciale des dispositifs de navigation), *Report and Order*, 13 FCC Rcd. 14775 (1998), *aff'd*, *General Instrument Corp. v. FCC*, 213 F.3d 724 (D.C. Cir. 2000). Les règles codifiées se trouvent en 47 C.F.R. §§ 76.1200 - .1208.

43) Voir *Implementation of Section 304 of the Telecommunications Act of 1996, Commercial Availability of Navigation Devices, Order and Further Notice of Proposed Rulemaking*, 18 FCC Rcd. 7924 (2003).

44) Voir *Implementation of Section 304 of the Telecommunications Act of 1996, Second Report and Order and Second Further Notice of Proposed Rulemaking*, FCC 03-225, par. 7-12 (publié le 9 octobre 2003). Texte intégral des *rules*, sommaire de l'*order*

45) Voir *idem* par. 3-13.

46) Voir *idem* par. 7 (*Negotiations are ongoing for a bidirectional receiver specification which would eliminate the need for an external navigation device to receive those advanced services*; Les négociations sont en cours pour une spécification relative aux récepteurs bidirectionnels qui éliminerait la nécessité d'un dispositif externe de navigation pour la réception des services avancés).

47) 47 U.S.C. § 529(a); voir aussi 47 C.F.R. § 76.1200(c).

pements tiers servant à accéder aux guides électroniques de programmes⁴⁸. Cependant, ni la loi, ni la réglementation ne mentionnent la compétence de la FCC en matière de services interactifs. La FCC se contente de ne pas obliger les distributeurs de programmes et de bouquets de chaînes à accepter que les guides électroniques de programmes - ou autres - non intégrés, transportent des services interactifs non intégrés. En d'autres termes, la loi prévoit clairement l'ouverture au niveau de la fourniture des *équipements* que le consommateur utilise pour accéder aux services interactifs de télévision, mais elle n'impose pas la fourniture ouverte des *services* en soi⁴⁹.

La FCC a reconnu que les services de télévision interactive avaient sans doute besoin d'un cadre réglementaire plus général. A cet effet, elle a émis en 2001 un "avis d'enquête" au sujet de "la non discrimination dans la distribution de services de télévision interactive par câble" ⁵⁰. Ce document apporte des éclaircissements quant à l'analyse de la FCC. Dans une proposition de définition des services de télévision interactive comme "tout service prenant en charge des choix ou actions initiés par l'abonné, liés à un ou plusieurs flux de programmation vidéo"⁵¹, la FCC identifie les "trois principaux éléments constitutifs de la fourniture de services de télévision interactive": (1) un flux vidéo, englobant la programmation vidéo traditionnelle et les déclencheurs appropriés; (2) une connexion bidirectionnelle; et (3) l'équipement nécessaire⁵².

Dans sa publication, tout en appelant à de plus amples informations sur la question, la FCC a avancé son opinion selon laquelle seul le socle technologique des services du câble est en mesure d'intégrer véritablement ces trois éléments⁵³. Allant plus loin, la Commission a déclaré que le DSL (*digital subscriber line*) n'offrirait pas une bande passante suffisante pour proposer des flux vidéo et que le satellite ne pouvait offrir de connexions bidirectionnelles suffisamment efficaces pour devenir un concurrent effectif des services interactifs proposés par les câblo-opérateurs⁵⁴. Par conséquent, elle a lancé un appel à commentaires concernant la nécessité des règles de non discrimination. "S'il s'avère qu'une seule plateforme, dans chaque zone géographique, est apte à fournir le bouquet de services de télévision interactive le plus attractif, et que le fournisseur de la plateforme est verticalement intégré avec un fournisseur de services de télévision interactive, il se peut que nous soyons confrontés à une situation dans laquelle les comportements concurrentiels ne pourront s'exercer". Aux Etats-Unis, deux commentateurs ont "repris l'affaire", en invoquant le défaut de "concurrent crédible pour discipliner les câblo-opérateurs" et leur préoccupation quant au risque "d'ouverture de plusieurs brèches ouvertes sur des comportements discriminatoires favorisant les fournisseurs de programmes et de services de télévision interactive intégrés"⁵⁵.

A l'heure de l'écriture de ces lignes, la FCC n'a pas publié d'autres documents relatifs à ces affaires, même s'il lui est arrivé d'y faire référence. Par exemple, dans les affaires AOL/Time Warner et AT&T/Comcast, plusieurs parties avaient demandé à la FCC de conditionner le transfert des autorités d'exploitation à l'engagement des compagnies à fournir des accès ouverts aux guides électroniques de programmes et aux autres services de télévision interactive. Dans chaque procès, la Commission a largement montré sa réticence, déclarant qu'elle était en train d'étudier la question⁵⁶.

En somme, les lois nord-américaines obligent clairement les distributeurs de programmes et de bouquets de chaînes à publier leurs normes de façon à ce que les constructeurs non intégrés puissent fournir des décodeurs et autres équipements pour les services de télévision interactive. C'est par ce biais que l'intégration verticale est limitée. En revanche, il n'existe actuellement aucune disposition concernant la fourniture des services interactifs eux-mêmes, et les câblo-opérateurs peuvent faire de l'intégration sans que la loi sur les communications ne leur impose de limitation.

48) Voir *1998 Order*, par. 116.

49) Il existe une exception, mais qui reste très limitée, reposant sur une exigence de non discrimination qui ne s'applique que pour obliger les guides électroniques de programmes pour le satellite à inclure toutes les chaînes proposées. Mais comme elle ne s'applique pas au câble, ni à tout autre service interactif autre que les guides électroniques de programmes, sa portée reste en effet très restreinte. Voir 47 U.S.C. § 338. Une autre règle de non discrimination, qui s'applique aux systèmes de vidéo ouverts, n'a aucun effet, puisque ces systèmes n'existent pas dans les faits. Voir 47 U.S.C. § 573(b).

50) *Nondiscrimination in the Distribution of Interactive Television Services Over Cable* (La non discrimination dans la distribution de services de télévision interactive par câble), *Notice of Inquiry*, 16 FCC Rcd. 1321 (2001).

51) *Idem* par. 6.

52) *Idem* par. 10-12.

53) *Idem* par. 19-22.

54) *Idem* par. 1.

55) Hernan Galperin & François Bar, *The Regulation of Interactive Television in the United States and the European Union* (La régulation de la télévision interactive aux Etats-Unis et dans l'Union européenne), 55 Fed. Comm. L.J. 61, 74 (2002).

56) Voir *AOL/TW Merger Opinion*, 16 FCC Rcd. 6547 (par. 217) (2001); *AT&T/Comcast Transfer Authority*, par. 154-65; *Ninth MVPD Report*, par. 170.

III. Débat en cours

Étant donné que le problème a été formellement signalé il y a plus de deux ans de cela, on pourrait croire que la FCC rechigne à adopter des dispositions concernant les services de télévision interactive de manière générale, surtout alors que le déploiement de ces services risque fort de s'accélérer sous peu. Mais si l'on élargit le débat au contexte de la politique des communications dans son ensemble, l'hésitation de la FCC devient plus compréhensible⁵⁷. En effet ce débat, qui à l'heure actuelle fait enrager la plupart des services de communication, comporte au moins quatre dimensions : (1) l'argument des "nouveaux services"; (2) l'incertitude technologique, (3) les conflits qui subsistent quant aux "principes premiers" à appliquer à la réglementation des communications; et (4) les contraintes liées au premier amendement⁵⁸.

Premièrement, au cours des sept dernières années, les commissaires de la FCC se sont tous plus ou moins alignés sur la position selon laquelle les services innovants devaient être exclus de toute régulation afin d'en encourager le développement. Cette opinion, qui avait connu un précédent dans l'une des toutes premières décisions de la FCC d'exempter les services de télécommunication informatisés (*computer-enhanced telecommunications services*) de la réglementation lourde applicable aux transporteurs communs, a été fortement critiquée⁵⁹: la FCC a été montrée du doigt pour avoir fait un "serment d'Hippocrate pour le high-tech, dont le premier credo aurait été : surtout ne faire aucun mal"⁶⁰. A l'aube des services Internet à haut débit, tandis que le câble ne souffrait pas encore vraiment de l'arrivée du DSL et contrôlait quasiment tout le marché de la large bande, le Président de la FCC a déclaré que les câblo-opérateurs étaient "en position de monopole et que les services étaient simplement trop nouveaux pour qu'on les réglemente"⁶¹. Dans la même veine, d'aucuns ont proposé d'exempter les "nouveaux" services offerts par les compagnies du téléphone du régime de dégroupage mis en place par la loi de 1996⁶². Même si ni le Congrès, ni la FCC n'ont adopté les plus libérales de ces propositions, on observe néanmoins le souci que ces nouveaux services soient assujettis à une régulation plus souple dans la récente décision de la FCC d'éliminer les règles dites des "lignes partagées"⁶³.

Les déclarations de la FCC à propos des principales fusions qui ont eu lieu entre câblo-opérateurs, montrent une réticence similaire à toute attitude interventionniste; elles expriment la crainte que la réglementation ne contrarie le marché des services de télévision interactive; elles soulignent que le marché n'est pas encore développé et que la Commission continue à en "suivre l'évolution". Par conséquent, la FCC va probablement adopter une approche attentiste pour n'intervenir que sur un marché parvenu à maturation.

Deuxièmement, et en liaison avec le point qui précède, la FCC se montre de moins en moins encline à diagnostiquer les éventuels goulots d'étranglement; elle rechigne à reconnaître qu'il existe des monopoles sur les accès et que ceux-ci sont probablement durables. Avec l'avancement des technologies du haut débit, cette réticence est compréhensible dans une certaine mesure. Le DSL est sur le point de devenir un concurrent sérieux du câble à haut débit et la diffusion directe par satellite s'annonce également comme un concurrent, chose à laquelle on ne se serait pas attendu quelques années auparavant. Même sur les marchés traditionnels de la téléphonie, environ 3% des abonnés nord-américains ont déjà remplacé leur équipement téléphonique filaire par du "tout mobile".

Il est certain que la *ITV Notice of Inquiry* (avis d'enquête sur la télévision interactive) constitue une action à souligner dans la mesure où elle représente une tentative de détermination *a priori* de la technologie future de la télévision interactive. En effet, elle exprime la préoccupation selon laquelle

57) En outre, le programme de la FCC n'a pas été entièrement validé, car les diverses annulations de décisions par les tribunaux précédemment mentionnées et d'autres annulations de dispositions clés en relation avec la loi de 1996 ont obligé la FCC à entamer de nouveaux travaux.

58) Il existe également un certain nombre de problèmes annexes, et notamment celui des propriétaires de contenu dont les normes de service et d'équipement incorporent des technologies qui limitent la copie des transmissions numériques. La FCC a reconnu ouvertement que celles-ci représentaient un obstacle considérable à son adoption de normes unidirectionnelles pour les récepteurs numériques et les systèmes du câble. Voir Section 304 Second Order, *supra* note 43, par. 11.

59) *Amendment of Section 64.702 of the Commission's Rules and Regulations, Final Decision*, 77 F.C.C.2d 384, 390-94 (1980).

60) *Chairman Kennard Calls on Franchising Authorities to Promote National Broadband Policy* (Le Président Kennard en appelle à l'engagement des autorités pour promouvoir la politique nationale concernant le haut débit; texte original: "High-tech Hippocratic oath: first, do no harm") (15 juin 1999).

61) *Idem*

62) Voir par exemple Commentaire de Bret L. Grebe, *Worth Its Weight in Copper: Is the Internet Freedom and Broadband Deployment Act Much Ado about Nothing?* (Le jeu en vaut-il la chandelle: La loi sur la liberté sur Internet et le déploiement du haut débit sert-elle vraiment à quelque chose?), 81 N.C.L. Rev. 769 (2003) (débat sur le projet de loi).

63) Voir Review of the Section 251 Unbundling Obligations of Incumbent Local Exchange Carriers, Report and Order on Remand and Further Notice of Proposed Rulemaking, FCC 03-36 (publié le 21 août 2003).

l'avancement technologique risque de *créer* un goulot d'étranglement ; en effet, le câble risque de s'avérer la seule plateforme acceptable pour le déploiement de ces services. Cependant, les tribunaux du pays qui annulent les décisions de la FCC le font toujours au motif que la présence de preuves irréfutables est un préalable à toute décision réglementaire ; la nécessité pour la Commission d'engranger suffisamment de preuves pertinentes pour justifier la moindre règle de non discrimination est un fait incontournable de la loi administrative nord-américaine.

Troisièmement, la politique nord-américaine des communications continue à tâtonner pour définir des règles économiques par défaut qui soient pertinentes. Si d'une part, une économie antitrust constitue un modèle de pensée dominant parmi les régulateurs des communications, les dissensions restent nombreuses quant à savoir si le détenteur d'un goulot d'étranglement ferait vraiment usage de son contrôle physique sur les services de télévision interactive pour établir une discrimination à l'égard des fournisseurs de services non intégrés. Ce qu'il est convenu d'appeler "l'école de Chicago" va jusqu'à affirmer que le renforcement d'une situation de monopole irait à l'encontre des intérêts économiques du détenteur du monopole lui-même. Les exemples observés d'intégration verticale ou de refus de traiter avec des parties tierces s'expliquent mieux par la nécessité de rentabiliser les investissements, d'assurer la qualité des services, voire même par d'autres raisons mineures⁶⁴. On pourrait objecter que cette école de pensée économique fait actuellement pression sur la FCC. La réticence de la Commission à réglementer les services Internet par câble⁶⁵, à accentuer le dégroupage des boucles locales pour la fourniture partagée de la voix et du DSL⁶⁶ et à maintenir des limites strictes à la concentration des médias⁶⁷, sont autant de preuves dans ce sens. Si tel est le cas, la FCC risque de manquer de bonne volonté pour surveiller les éventuelles discriminations exercées par un fournisseur de plateforme à l'égard des services de télévision interactive non intégrés. Son argument principal, naturellement, est que le fournisseur de plateforme proposera à ses abonnés le service qui est le plus intéressant pour eux ; ce n'est qu'ainsi qu'il pourra optimiser ses profits.

L'école de Chicago n'est pas le seul courant dans ce débat ; une autre école dite "post-Chicago" compte de nombreux disciples. Son argument est que la progression des monopoles et de la discrimination est plus grave qu'on veut bien le dire et qu'elle pose un véritable problème pour les marchés de l'information⁶⁸. Ce n'est pas mon intention, ici, de trancher dans un tel débat, mais simplement de montrer son ampleur. On relèvera également que l'absence de consensus plus théorique sur la probabilité de la progression des monopoles et les menaces qui en découlent expliquent l'absence de régulation *ex ante* pour des services tels que la télévision interactive. Naturellement, le problème ne peut sans doute pas être résolu au niveau théorique et le débat ne fait qu'alimenter les aspects qui gravitent autour des "nouveaux services". Dans la mesure où la FCC ne se lancera pas dans une tentative de résolution théorique, elle attendra le développement du marché et n'agira qu'en présence de preuves irréfutables d'actions anticoncurrentielles.

Quatrièmement, la liberté d'expression garantie par la Constitution nord-américaine fait peser une contrainte non négligeable sur le Congrès et sur la marge de manœuvre de la FCC. La Cour suprême des Etats-Unis a invariablement statué en faveur de la "liberté éditoriale" des câblo-opérateurs quant aux services qu'ils transportent *via* leurs plateformes ; elle les considère comme "habilités à protéger les dispositions du premier amendement sur la liberté d'expression et de la presse"⁶⁹. Les compagnies de satellite, qui exploitent un peu de la même manière des services tout aussi fermés, bénéficieront sans doute de prérogatives comparables. Ainsi, toute régulation visant à obliger les fournisseurs de plate-

64) Voir James B. Speta, *The Vertical Dimension of Cable Open Access* (La dimension verticale de l'accès ouvert sur le câble), 71 *Colo. L. Rev.* 975 (2000); Christopher S. Yoo, *Vertical Integration and Media Regulation in the New Economy* (L'intégration verticale et la régulation des médias dans la nouvelle économie), 19 *Yale J. on Reg.* 171 (2002).

65) *See Inquiry Concerning High-Speed Access to the Internet over Cable and Other Facilities* (Enquête concernant l'accès haut débit à Internet par le câble ou d'autres plateformes), *Declaratory Ruling and Notice of Proposed Rulemaking*, 17 FCC Rcd. 4798, par. 106 (2002).

66) *Review of the Section 251; Unbundling Obligations of Incumbent Local Exchange Carriers* (obligations de dégroupage concernant les concessions locales de transport de signaux), *Report and Order on Remand and Further Notice of Proposed Rulemaking*, FCC 03-36 (21 août 2003).

67) *2002 Biennial Review - Review of the Commission's Broadcast Ownership Rules* (Révision biennale 2002 - sur les règles établies par la Commission concernant la propriété dans les médias), FCC 03-127 (2 juillet 2003).

68) L'un des exemples les plus frappants est le livre de Lawrence Lessig, *The Future of Ideas* (L'avenir des idées) (2001). Bar & Galperin affirment également que "en l'absence de règles qui empêchent la discrimination des accès aux composants des réseaux et d'un niveau de standardisation des équipements terminaux, ces opérateurs de plateforme se trouveront fortement incités à renforcer leur position dominante dans la fourniture d'infrastructure en pouvoir sur le marché des services et des contenus interactifs". Bar & Galperin, *supra*, p. 63. Pour des informations plus complètes à propos de l'école "post-Chicago", voir notamment Herbert Hovenkamp, *Post-Chicago Antitrust: A Review and Critique* (Examen et critique de la position de l'école "post-Chicago" concernant les lois antitrust), 2001 *Colum. Bus. L. Rev.* 257 (2001); *Symposium, Post-Chicago Economics*, 63 *Antitrust L.J.* 445 (1995).

69) *Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC*, 512 U.S. 622, 636 (1994).

forme à transporter des services non intégrés ou à mettre à la disposition des sociétés non intégrées des API ou des déclencheurs risquerait d'être considérée comme contraire à la Constitution. En effet, un tribunal nord-américain a rendu, malgré la controverse, un arrêt inscrivant en violation du premier amendement les règles qui obligeaient les câblo-opérateurs à procurer des accès à des fournisseurs non intégrés de services Internet⁷⁰. Sur le plan pratique, l'applicabilité du premier amendement entrave considérablement toute tentative de la Commission d'adopter des règles prophylactiques et *ex ante*. Dans les conditions actuelles, le régulateur (qu'il s'agisse du Congrès ou de la FCC) doit faire en sorte que toute disposition concernant les accès repose sur des preuves (que le tribunal évaluera) établissant la nécessité d'une réglementation pour la poursuite d'un objectif gouvernemental sérieux⁷¹. Par exemple, ce soi-disant filet de sécurité "de niveau intermédiaire" que constitue le premier amendement a été exploité pour tester les limites imposées aux câblo-opérateurs en matière de concentration et d'intégration⁷². Le filet de sécurité offert par le premier amendement est certes viable, car il n'élimine pas toute régulation économique. De plus, les tribunaux ont maintenu un certain nombre de dispositions contestées sur le motif du premier amendement. Mais la réglementation de la télévision interactive reste improbable en l'absence de plaintes émanant du marché.

IV. Conclusion et (quelques) comparaisons

On pourra retenir que la régulation nord-américaine des services de télévision interactive connaît actuellement un passage à vide, tout au moins par comparaison avec la directive européenne "accès". Il n'existe pas de cadre réglementaire exhaustif s'adressant aux services numériques émergents. En revanche, cet apparent désordre est parfaitement cohérent avec l'approche nord-américaine de la loi sur les communications : réglementer avec légèreté (voire pas du tout) et uniquement lorsque des preuves viennent étayer la nécessité d'une régulation. Au vu des éléments présentés tout au long de cet article, on peut s'attendre, pour le meilleur ou pour le pire, à ce que la situation perdure : les futurs fournisseurs de services continueront à présenter leurs doléances à la FCC pour discrimination ; la Commission annoncera régulièrement qu'elle "surveille" le développement du marché et qu'elle cherche à déterminer si la régulation est nécessaire ; et confrontés à cette menace, les fournisseurs de plateforme se hâteront d'ouvrir chaque fois un peu plus leurs services, en tous cas plus que s'ils se sentaient entièrement libres.

Comme le montrent les arguments de la précédente section, je suis convaincu que cette approche médiane, mais fondamentalement basée sur le "laisser faire", présente finalement de nombreux aspects positifs. Premièrement, contrairement à la directive-cadre, qui a pour vocation d'empêcher que la progression des monopoles ne devienne une stratégie pour les détenteurs de goulots d'étranglement⁷³, l'approche nord-américaine reconnaît que la réalité est différente selon les circonstances. C'est justement lorsqu'il s'emploie à augmenter rapidement la taille de son réseau qu'un monopole, aussi puissant soit-il, va établir des normes claires et travailler avec tout fournisseur non intégré dont le contenu ou les services seront suffisamment attractifs pour attirer de nouveaux abonnés⁷⁴. Deuxièmement, l'approche nord-américaine fait confiance à une concurrence basée sur les installations et à la volonté des entrants sur le marché de constituer eux-mêmes des monopoles. Il arrive que cette confiance ne soit pas récompensée, mais le coût de la régulation est également pris en considération en qualité de deuxième option. Enfin, la notion de liberté d'expression à l'américaine, si elle n'est certainement pas universelle, a déjà rendu des services au pays dans le sens d'un meilleur équilibre entre pouvoir privé et pouvoir public.

On pourrait avancer que les différences entre la directive "accès" et l'approche réglementaire nord-américaine reposent bien plus sur l'approche que sur les résultats ; en effet, les conséquences de la

70) Comcast c. Broward County, 124 F. Supp. 2d 685 (S.D. Fla. 2000) ; voir William E. Lee, *Cable Modem Service and the First Amendment: Adventures in a "Doctrinal Wasteland"* (Les services par modem câble et le premier amendement : Un paysage de désolation réglementaire) 16 Harv. J.L. & Tech. 125 (2002).

71) Voir notamment Turner, 512 U.S. at 636.

72) Voir notamment Time Warner Ent., Co. c. FCC, 240 F.3d 1126, 1129-30 (D.C. Cir. 2001).

73) Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive-cadre). JOCE du 24 avril 2002 n° L 108: 33-50 p. 33-50 (Art. 14 (3)). Lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques, JOCE du 11 juillet 2002 n° C 165, p. 6-31 (par. 83-85).

74) Cet argument concernant les règles d'ouverture d'accès au câble me revient : il me semble que les câblo-opérateurs vendront plus de services Internet haut débit en misant sur les systèmes ouverts et que par conséquent, la régulation est inutile. Voir James B. Speta, *Handicapping the Race for the Last Mile?: A Critique of Open Access Rules for Broadband Platforms* (Faut-il placer des handicaps sur la dernière ligne droite?: Critique des règles d'ouverture des accès concernant les plateformes à haut débit), 17 Yale J. Reg. 39 (2000).

directive "accès" ne sont pas encore établies. Bien que la directive européenne soit très globale dans ses déclarations, il apparaît que sa mise en œuvre devra en passer par un grand nombre de problématiques identiques à celles qui alimentent le débat nord-américain. Un exemple : la nécessaire détermination des transporteurs en position dominante sur le marché afin de préciser l'étendue des obligations d'accès obligera l'autorité chargée de la mise en œuvre à gérer l'incertitude technologique. Néanmoins, la différence d'approche semble de taille, dans la mesure où la directive "accès" suggère que la régulation est nécessaire à moins que et jusqu'à ce que l'exercice de la concurrence ait fourni la preuve de son inutilité⁷⁵ ; quant à l'approche nord-américaine, elle préfère réglementer (c'est le cas pour la télévision interactive, mais plus généralement aussi) uniquement lorsque les développements du marché en ont prouvé la nécessité.

Il reste certain que la régulation des communications, cas d'école ou pratiquée au quotidien, ne peut être étayée que par l'expérimentation responsable d'un large éventail d'approches. Heureusement - et malheureusement - il n'existe pas d'autre cheminement possible.

75) Voir directive "accès", intro. considérant 13 ("L'objectif est de réduire progressivement la réglementation sectorielle *ex ante* au fur et à mesure que la concurrence s'intensifie sur le marché. Toutefois, cette procédure tient également compte des problèmes de transition sur le marché, tels que ceux qui sont liés à la mobilité internationale, et de l'éventuelle apparition de nouveaux goulots d'étranglement liés au progrès technique qui pourrait nécessiter l'application de règles *ex ante*, par exemple dans le domaine des réseaux d'accès à large bande. Il est bien possible que la concurrence se développe à des rythmes différents, [...], et il faudrait que les autorités réglementaires nationales aient la possibilité d'alléger les obligations réglementaires sur les marchés où la concurrence permet d'atteindre les résultats escomptés".)

Aspects complémentaires et exemples

L'effondrement des plateformes numériques dans les Etats membres de l'Union européenne

Alison Harcourt
Université de Bradford

Introduction

Au cours des cinq dernières années, les plateformes numériques européennes ont connu des pertes financières énormes. On peut citer comme exemples ITV Digital au Royaume-Uni, Kirch en Allemagne, Quiero et Via Digital en Espagne, Telepiù en Italie, Canal+ Nordic et Canal Digital en Scandinavie, Canal+ Polska en Pologne et Canal+ Vlaanderen et Canal+ Belgique en Belgique. Des entreprises ont cessé leurs activités, ont été reprises par des banques ou ont cédé des parts de leur capital sur le marché. Les acteurs restants comme BSkyB et Fininvest n'ont survécu à leurs pertes considérables que grâce à l'investissement substantiel de leurs entreprises mères ou à la publicité croisée pour leurs produits médiatiques par d'autres filiales.

Avec le recul, il est aisé de relever les raisons du grand effondrement numérique. Pour beaucoup de plateformes, la raison de l'échec se trouve dans la saturation du marché due à la concurrence existante dans la radiodiffusion hertzienne et câblée, à laquelle s'ajoutent des investissements lourds dans les nouvelles technologies et l'acquisition de programmes. On s'est alors rapidement retrouvé dans la situation décrite, les plateformes numériques essayant de rattraper les services existants. Les nouveaux venus créèrent une forte tension sur le marché, entraînant aussi des pertes pour les opérateurs hertziens et câblés. Il était évident, cependant, que les derniers arrivés (numériques) sur le marché allaient être les premiers à en sortir.

Cet effondrement a eu un coût élevé pour les entreprises, pour l'emploi mais aussi pour la régulation partout en Europe¹. Les objectifs politiques en matière de concurrence, identifiés au milieu des années 1990, n'ont pas été atteints. Dans la plupart des Etats membres, il ne demeure qu'un seul portail numérique, souvent détenu par une seule entreprise. Les autorités nationales de régulation (ANR) sont confrontées à des situations de monopole potentielles avec des propriétaires qui non seulement détiennent la technologie de cryptage, les EPG et les API, mais exercent aussi leur contrôle en amont et en aval du marché. Les conséquences possibles pour l'intérêt public (pluralisme dans les médias, etc.) sont évidentes. Nous nous proposons d'examiner l'effondrement des plateformes numériques et d'évaluer la situation actuelle en Europe en matière de régulation.

Le rôle du droit européen de la concurrence

Jusqu'à maintenant, le droit de la concurrence a été le seul outil disponible pour permettre à la Commission européenne d'encadrer les marchés numériques, étant donné le nombre limité d'instruments de régulation mis en place. Pour l'octroi de licences aux plateformes de télévision à péage au milieu des années 1990, les Etats membres préféraient initialement un consortium étroitement encadré, rassemblant l'ensemble de leurs grands acteurs nationaux (par exemple Bertelsmann/Kirch/Deustch-

1) Harcourt Alison (2004), *"The European Union and the Regulation of Media Markets"*, Manchester University Press.

Telekom en Allemagne, Carlton/Granada/BskyB au Royaume-Uni, RTL4/Veronica/Endemol aux Pays-Bas, Canal+ España/Telefónica en Espagne, etc.) plutôt que d'exiger de chacun qu'il crée une plateforme. La direction de la concurrence de la Commission européenne s'opposa cependant à ce choix pour promouvoir la concurrence. La Commission insista particulièrement sur le marché du numérique pour qu'il y ait diverses plateformes au niveau national, dans l'intérêt de la concurrence. Cette politique fut appliquée pour éviter l'imposition à des plateformes individuelles de règles de service obligatoire (*must carry*) et d'obligations en matière d'accès, qui auraient exigé de la part des autorités européennes des efforts de régulation considérables.

La stratégie de la Commission européenne en matière de concurrence a échoué puisque des positions dominantes ont fini par émerger. En outre, la concurrence très forte sur le marché a affaibli les entreprises mères européennes (en général, il s'est agi d'opérateurs de télévision hertziens). Peu de grands acteurs européens sont aujourd'hui dans une situation financière saine. Les autorités européennes sont aujourd'hui confrontées à un dilemme dans lequel la plupart des acteurs européens, hertziens et numériques, sont susceptibles d'être absorbés par des entreprises étrangères (c'est-à-dire non-européennes). L'Europe se trouve déjà dans une situation dans laquelle les investissements nouveaux dans le marché des nouveaux médias au début des années 1990 (câble et satellite) provenaient en grande partie de grandes entreprises américaines telles que AOL/Time Warner, Liberty, News Corporation, NTL, UPC, et Viacom.

La Commission européenne n'a pas seulement surestimé le potentiel de croissance du secteur ; il lui a aussi manqué la coordination interne d'une politique commune à tous ses services compétents. La direction générale (DG) "Société de l'information" avait une définition (large) du marché de la communication qui était différente de celle (étroite) de la DG "Concurrence". Alors que la DG "Société de l'information" recommandait la mise en place de normes, l'accès et une plus grande concentration dans les marchés émergents, la DG "Concurrence" mettait l'accent sur la diversité des propriétaires dans chaque marché et la concurrence dans le choix des technologies passerelles. La DG "Marché" préférait une voie médiane dans laquelle un certain nombre de propriétaires, trois ou quatre, seraient maintenus au niveau national dans chaque marché. Mais elle eut des difficultés à définir ces marchés et élaborer une directive sur la propriété qui se révéla politiquement inapplicable. Depuis lors, certains Etats membres ont réagi aux tentatives de la Commission en essayant d'imposer leurs propres souhaits lors du Conseil européen de 2003. Il s'agirait de plateformes numériques nationales uniques, dans le cadre de partenariats public/privé, auxquels seraient imposées des contraintes telles que des règles d'accès et de service obligatoire (*must carry*).

Cas nationaux

Dans les années 1990, les pays européens commencèrent à octroyer des licences aux plateformes de télévision à péage. Pour effectuer leurs choix politiques, ils devaient prendre en considération des objectifs différents et souvent opposés : asseoir la concurrence, retirer les obstacles à l'entrée sur le marché, promouvoir les nouvelles technologies, soutenir l'industrie nationale et sauvegarder l'intérêt public (pluralisme dans les médias, etc.). La plupart des gouvernements considérèrent que leur marché ne pourrait supporter initialement qu'une plateforme et envisagèrent d'octroyer les licences à des consortiums composés de leurs plus grands opérateurs hertziens. Il y eut également des consortiums d'acteurs uniquement privés et quelques partenariats public/privé. En échange de cette position privilégiée sur le marché, les gouvernements leur appliquaient des règles en matière d'accès et de service obligatoire. Mais l'intervention européenne sous forme de décisions en matière de concurrence empêcha les gouvernements de mettre en œuvre ces idées.

L'Allemagne

En Europe, l'Allemagne constitue le plus grand marché du câble. L'abonnement au satellite est faible en raison de la forte pénétration du câble. Jusqu'à une période très récente, Deutsche Telekom (DT) dominait le marché. La Commission est intervenue pour instaurer la concurrence en obtenant la cession des réseaux câblés de DT et en favorisant la mise en place de services de télévision à péage supplémentaires (par exemple, le satellite).

En 1994, un projet de service de télévision à péage (MSG Media Service) fut déposé par un consortium composé des groupes Bertelsmann AG, Taurus Beteiligungs GmbH (propriété de Kirch) et Deutsche Bundespost Telekom (le groupe public de télécommunications). L'autorité de la concurrence de la Commission européenne jugea que ce projet était incompatible avec les règles du marché commun car il aurait créé une position dominante sur trois segments : les services techniques et administratifs pour

la télévision à péage (marché sur lequel MSG aurait été directement présent), et deux autres marchés dans lesquels les entreprises mères étaient présentes, la distribution câblée (DT) et la télévision à péage (Kirsch et Bertelsmann avec Première). La Commission estima aussi que MSG pourrait vraisemblablement acquérir une position dominante durable sur les nouveaux marchés des médias (du futur), en particulier celui de la télévision numérique dont elle pourrait empêcher l'accès aux arrivants. Le consortium fut donc dissout. Cette décision eut un impact considérable pour le marché allemand. Deux plateformes numériques (DF1 de Kirch et Première de Bertelsmann) furent lancées. Elles choisirent deux technologies différentes pour leurs décodeurs. Plus tard, la Commission ne réussira pas à convaincre Bertelsmann de recourir à la technologie du D-box de Kirch.

En juillet 1996, le groupe Kirch se lança tout seul à l'assaut du marché en créant le service de satellite numérique DFI. A la fin de l'année 1996, malgré des prévisions optimistes, l'opérateur n'avait enregistré que 30 000 abonnés et l'on prédit au groupe des pertes considérables jusqu'en 2004 au moins². En février 1997, la chaîne à péage Première (propriété à ce moment là de Bertelsmann, Canal+ et Kirch) commença à utiliser des décodeurs numériques et lança un nouveau service, Première Numérique, avec quatre services à péage. Cela constitua la base d'un projet commun de service numérique entre Première et DF1 avec la collaboration de Deutsche Telekom. Ce projet fut bloqué par la Commission européenne malgré le soutien du Gouvernement CDU allemand. Par la suite, Kirch acquerra Première en 1999 pour créer Première World³.

Jusqu'en 1999 le groupe Kirch était la propriété de Leo Kirch et de son fils Thomas. Par la suite d'autres partenaires prirent des parts (Berlusconi, Murdoch et le Prince Al Walid). En raison de difficultés financières, le groupe fut réorganisé avec la création de KirchMedia et de KirchPayTV en 1999. KirchMedia possédait les chaînes nationales Kabel 1, Deutsches SportFernsehen (DSF) et N24. Il détenait aussi 52,52% de ProSiebenSat1 (propriétaire des chaînes Sat1 et ProSieben). ProSiebenSat1 fut introduit en bourse en 2000⁴. Kirch PayTV détenait le service de satellite numérique "Première World". Conformément aux prédictions, Première World accumula les pertes jusqu'à ce que KirchPayTV dépose le bilan en août 2002. En 2002, Kirch devait EUR 1.4 milliard à ses banques créditrices et EUR 500 millions à ses fournisseurs américains de contenu, Paramount, Warner Bros et Disney. En outre, BSKyB demandait le retour d'intérêts sur ses 22,03 % de parts dans KirchPayTV. Le principal créancier de Kirch était la banque d'Etat de la Bavière, Bayern LB (dirigée par Edmund Stoiber, ministre-président de la Bavière et président de la CSU). Les pertes de l'Etat bavarois en raison de l'effondrement financier du groupe Kirch sont estimées à EUR 2,3 milliards⁵. En août 2003, ProSiebenSat1 fut cédé au propriétaire de média américain Haim Saban par les créanciers de Kirch (parmi lesquels se trouvaient les entreprises américaines Disney et Columbia studios). Le Gouvernement allemand sembla souhaiter fortement attirer un repreneur européen mais il y eut peu de candidats.

France

Canal+ lança le premier service d'abonnement au satellite en France, Canalsatellite, en 1992 qui fut suivi en 1996 par un service de satellite numérique, Canalsatellite Numérique. Le deuxième service de satellite numérique français, Télévision par Satellite (TPS) fut lancé en décembre 1996. La Commission européenne ne réussit pas à convaincre TPS d'opter pour la même technologie que Canal+ pour ses décodeurs⁶. En mars 1997, AB Productions démarra ABSat, un troisième service de satellite numérique, plus réduit. Canal+ et AB Productions utilisent la même technologie de décodage et grâce à l'accord "simulcrypt", ils sont en mesure d'offrir à leurs abonnés respectifs leurs deux bouquets. TPS s'en est trouvé moins compétitif et s'est enfoncé dans un endettement considérable.

Par sa diversification et son européanisation, le français Canal+ devint pendant un bref moment le premier opérateur de télévision en Europe. Sa fusion avec l'entreprise néerlandais-sud-africain NetHold en septembre 1996 en fit, de l'avis de certains, "le plus grand groupe de télévision au monde"⁷. En

2) Lang, Matthias (1997) *Entering the Digital Age. The Promise of Pluralism and the Danger of Monopoly Control*. Document présenté à l'atelier ECPR 'New Media and Political Communication', en mars.

3) Kirch possédait 25 % de Première jusqu'en 1998 lorsqu'il acquit les parts de Canal+ dans Première en échange de ses 34,72 % de parts dans Telepiù. Il acheta les parts restantes en 1999 en laissant environ 5 % à Bertelsmann qui les lui céda en 2001.

4) En 2000, le groupe d'édition Axel Springer possédait 11,4 % de ProSiebenSat1. 40 % des parts d'Axel Springer étaient détenues par le groupe Kirch (dont 40 % des actions furent acquises par Deutsche Bank AG en 2003 dans le cadre de la liquidation de Kirch).

5) Hooper, John, John Cassy and Mark Milner "Investors take Kirch's fate to the wire" *The Guardian*, 4 avril 2002.

6) Levy, David A. (1999) *Europe's Digital Revolution : Broadcasting Regulation, the EU and the Nation States*. London: Routledge.

7) Dempsey, Judy. *Financial Times*, 18 septembre 1996, *Survey - Europe's Most Respected Companies : Conflict of Cultures for Media Giant*.

1998, il lança des plateformes numériques en Belgique, en Italie, aux Pays-Bas, en Pologne, en Espagne et en Scandinavie. En 2000, Canal+ fut entièrement acquis par le groupe Vivendi. La même année, Vivendi fusionna avec le distillateur canadien Seagram⁸ absorbant ainsi les entreprises de production cinématographiques Universal and Polygram. Entre 1999 et 2002 il devenait aussi propriétaire de 24 % de BSkyB au Royaume-Uni⁹. Vivendi n'est plus français, la majorité de ses actionnaires étant des citoyens américains depuis qu'il a été introduit en 2000 à la bourse de New York.

Depuis 2000, Vivendi/Universal a réduit ses actifs dans les médias pour couvrir les pertes considérables occasionnées par ses acquisitions. Canal+ continue à détenir CanalSatellite (France), Canal+ Netherlands, 10 % d'EchoStar aux Etats-Unis et possède des parts dans Canal Satellite Digital (Espagne)¹⁰. Mais dans le but de réduire son endettement média, il a cédé beaucoup de ses plateformes et chaînes numériques en Scandinavie (Canal+ Nordic et Canal Digital), en Italie (Tele+), en Pologne (Canal+ Polska), en Belgique (Canal+ Vlaanderen et Canal+ Belgique) et en Allemagne (Vox). Le groupe s'est maintenu dans ses actifs (américains) de production de contenu : Universal Studios, Polygram Film International et Abbey Home Entertainment. Dans son rapport annuel de mars 2003, le groupe indique un passif de EUR 23.3 milliards (l'endettement net s'élève à EUR 12,3 milliards) et annonce qu'il cédera EUR 7 milliards d'actifs en 2003. Dans le but de réduire son endettement, Vivendi cède Havas Advertising et quelques autres actifs non-américains à Lagardère SCA pour EUR 1.28 milliards cash (la Commission européenne a ouvert une enquête en juillet 2003). En septembre 2003 les actifs de Vivendi dans le loisir ont été rachetés pour 14 milliards de dollars par le groupe américain de média NBC qui appartient au groupe américain General Electric. Le nouveau groupe s'appellera NBC Universal.

Italie

Le premier service de satellite numérique italien a été mis sur le marché par Orbit Satellite Television et Radio Network en 1996¹¹. Mais l'opérateur principal sur le marché italien est Tèlèpiù qui lança ses services par satellite en mars 1996 et le numérique en 1999. Un troisième opérateur, Stream, qui fournit un service de vidéo en ligne depuis 1995 est passé au numérique en 2000. Stream fut progressivement racheté par News Corporation dont la Commission européenne avalisa les deux acquisitions effectuées en 2000 et 2003¹². Lorsque le groupe français Vivendi se départit de Telepiù, celui-ci fut aussi racheté par News Corporation. News Corporation fusionna Telepiù et Stream en 2003 pour former Sky Italia, qui est la propriété à 80,1 % du groupe américain News Corporation et à 19,9 % de Telecom Italia. Même si la concentration des media fait débat en Italie aujourd'hui, ce pays est le seul parmi ceux qui sont étudiés ici à receler des acteurs différents sur les marchés hertzien et satellite ainsi que deux plateformes de satellite numérique. Cependant, malgré la présence d'un marché du câble dès 1970, il n'y a aucune concurrence en provenance des opérateurs du câble sur le marché numérique.

L'Espagne¹³

Depuis septembre 2003, il n'y a plus qu'une seule plateforme de satellite numérique en Espagne, Digital+, qui est le résultat de la fusion entre les plateformes numériques Canal Satellite Digital (CSD) et Vía Digital. CSD et Vía Digital ont fusionné en raison de lourdes pertes dues aux investissements des deux entreprises.

Canal+ España (dont les principaux actionnaires étaient Canal+ France et Prisa) fut la première à mettre en service la télévision hertzienne à péage en 1990. En 1996, Telefónica de España et Canal+

8) Dans la production, Seagram possède le groupe Universal Television, Polygram, the Brillstein-Grey Entertainment (50 %), Multimedia Entertainment (qui produit l'émission Jerry Springer), USA Networks Inc. (45 %, anciennement le Home Shopping Network Inc.) et le distributeur Universal Pay Television. Seagram possède aussi des parts dans HBO Asia, Telecine (Brésil), Cinécanal (Amérique latine), Showtime (Australie) et Star Channel (Japon).

9) En 1999, Vivendi acquiert une participation de 24,5 % dans BSkyB mais une décision de la Commission européenne l'oblige à s'en départir. Il l'utilisa plutôt pour obtenir un prêt de la Deutsche Bank pour réduire son endettement. La Deutsche Bank mit les actions en vente en 2002.

10) Le groupe détient toujours des intérêts dans la télévision en Afrique par le biais de NetHold et en Asie, en Australie et en Amérique latine par le biais de Seagram.

11) Orbit Satellite est la propriété du groupe Mawarid dont le siège se situe en Arabie Saoudite. Son président, le Prince saoudien Khalid bin Abd al-Rahman, est un cousin du Roi Fahd. Le groupe est présent dans la construction, l'électronique, l'informatique, l'alimentation, la banque et l'investissement.

12) Stream appartenait initialement à Telecom Italia avant d'être mis en vente en 1999. News Corporation obtint 35 % des parts, Cecchi Gori Communications 18 %, et quatre clubs de football italiens (Fiorentina (alors propriété de Cecchi Gori), Lazio, Parme and Roma) 12 %. News Corporation acquit les clubs de football en 2000.

13) Mes remerciements vont à Carles Llorens-Maluquer et Monica Arino pour leurs observations sur cette partie.

España annoncèrent un projet commun nommé Cablevision destiné à créer une plateforme de télévision numérique à péage via le câble. La Commission bloqua le projet¹⁴, estimant qu'il allait entraver l'offre de services aux opérateurs du câble et empêcher l'arrivée de nouveaux acteurs sur le marché de la télévision à péage et par câble. Initialement, l'opération avait été notifiée au Tribunal de protection de la concurrence (*Tribunal de Defensa de la Competencia* – TDC) qui s'y était opposé avant d'être désavoué par le Gouvernement espagnol. Par la suite, la Commission envoya une correspondance à Canal+ España demandant notification de l'opération (dans les faits, la Commission a dû se battre pour arracher la décision au Gouvernement espagnol). A la suite de la décision négative de la Merger Task Force (MTF – Cellule de Surveillance des Fusions) de la Commission européenne, Sogecable introduisit une requête en annulation devant le Tribunal de première instance et demanda la suspension de l'intervention de la Commission jusqu'à ce que le tribunal se prononce sur la dimension européenne de l'opération. Le Tribunal ne suspendit pas l'enquête de la MTF (dont il considéra qu'elle se substituait aux activités administratives de la Commission européenne) et se rallia à la décision de la MTF¹⁵. En tout état de cause, peu avant que la décision négative du tribunal ne soit rendue, le projet fut retiré en raison du changement de gouvernement intervenu en 1996 et de l'opposition de la Commission européenne.

Le groupe Prisa proposa alors à Canal+ France et à d'autres investisseurs la création d'une nouvelle entreprise, la Sogecable, pour lancer une nouvelle plateforme espagnole numérique par satellite, Canal Satélite Digital, ainsi que la gestion de la chaîne analogique hertzienne à péage Canal+. Llorens-Maluquer affirme que le Gouvernement espagnol de l'époque tenta de contrecarrer le lancement de Canal Satélite Digital en promulguant deux lois¹⁶. Le gouvernement déclara avoir agi pour promouvoir le pluralisme puisque les deux lois exigeaient le recours à multicrypt (plutôt que simulcrypt) et le partage des droits sur le sport. Puisque Canal Satélite Digital utilisait simulcrypt, ses retransmissions devenaient illégales. La Commission s'opposa à la loi 17/97, la jugeant anti-concurrentielle et contraire au libre mouvement des biens et menaça de saisir la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE). Il s'ensuivit alors une longue bataille, que Llorens-Maluquer décrit dans le détail entre la Commission et le Gouvernement espagnol, dont le résultat fut l'amendement par l'Espagne de la loi 17/97¹⁷. En parallèle, CSD mit en cause la loi 17/97 devant une juridiction espagnole (*Tribunal Supremo*), qui renvoya l'affaire à son tour à la Cour de justice des Communautés européennes. Bien après l'amendement de la loi, en janvier 2002, la CJCE trancha dans le sens de la juridiction espagnole et contre le Gouvernement espagnol¹⁸. L'Espagne a été récemment condamnée par le *Tribunal Supremo* espagnol à verser EUR 26,4 millions à Sogecable pour les dommages commerciaux que lui ont occasionné six mois d'application illégale de la loi 17/97.

Sogecable, par l'entremise de sa filiale Canal Satélite Digital, fut la première à passer au numérique en janvier 1997. Vía Digital de Telefónica lança son service satellite en septembre 1997. Au milieu de l'année 2002, Telefónica et Sogecable annoncèrent la décision de fondre leurs filiales dans la télévision à péage (Vía Digital et Canal Satélite Digital respectivement) de Sogecable. Un troisième service de télévision numérique à péage, Quiero, fut mis en place par un réseau hertzien en 1998. Parmi les autres acteurs du numérique, on peut citer les opérateurs du câble Spaincom et Grupo Auna. Spaincom est propriétaire de ONO qui lança les services câblés en 1995 (sous le nom Cableuropa). Telefónica détient des licences pour le câble dans chacune des 42 régions espagnoles (chaque région octroie deux licences). En outre, il existe en Espagne des dizaines d'opérateurs locaux du câble parmi lesquels beaucoup ne sont toujours pas enregistrés. Plutôt que de continuer à développer des réseaux câblés, Telefónica est actuellement en train de développer le réseau ADSL et envisage d'offrir des services de radiodiffusion via l'ADSL plutôt que le câble.

Le Royaume-Uni

Le marché du Royaume-Uni diffère de ceux de l'Europe continentale en ce qu'il a maintenu sa diversité grâce à une régulation stricte, en particulier en matière de propriété. Contrairement à ce qui a eu lieu sur d'autres marchés européens, les groupes britanniques opèrent sur les marchés séparés de la presse, de la radiodiffusion et des télécommunications. La coopération entre les plus grands groupes

14) 1996 Affaire No. IV/M.0709 [JOC 228/05, 7 août 1996].

15) 1996 Affaire T-52/96 Sogecable SA contre la Commission des Communautés européennes. [12 juillet 1996, ECR 0797].

16) 1997 Ley 17/97 intégration de la Directive 95/47/CE ; et 1997 Ley 21/97 *Reguladora de las Emisiones y Retransmisiones de Competiciones Deportivas* (loi sur les émissions et retransmissions de compétitions sportives).

Voir Llorens-Maluquer, Carlos (1998) "European Responses to Bottlenecks in Digital Pay-TV" *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* Vol 16, No 2 avril. p. 557-586.

17) *Real Decreto Ley 16/97* amendant la Ley 17/97 avec les modifications demandées par la Commission.

18) Affaire C-390/99 Canal Satélite Digital contre l'Espagne 2002, 22 janvier 2002.

britanniques est faible. Le secteur des médias semble être le cœur de l'activité des groupes britanniques et l'investissement ne provient pas de champions du secteur industriel comme c'est le cas dans d'autres Etats membres. Ces raisons font que les acteurs britanniques sont de taille moindre que leurs pendants continentaux dans la presse et dans la radiodiffusion. L'investissement dans les nouveaux marchés (câble, satellite) est venu principalement d'entreprises américaines (NTL, TeleWest et News Corporation).

Le premier opérateur privé britannique de satellite, Satellite Television Ltd., fut lancé en 1980 et devint Sky en 1984 (il fut racheté en 1982 par Murdoch). Sky commença à diffuser son bouquet de programmes en 1989 à partir du satellite Astra. British Satellite Broadcasting lança un service rival plus tard dans la même année avant d'être racheté par Sky avec lequel il forma British Sky Broadcasting (BSkyB) en novembre 1990. BSKyB est aujourd'hui le seul service de satellite numérique actif au Royaume-Uni. Il est contrôlé actuellement par News Corporation par le biais de Sky Global Networks, Inc.¹⁹. Des parts importantes ont été mises en vente entre 2000 et 2003 après le retrait des partenaires précédents Vivendi, Kirch, Pearson et Granada (en raison de leurs difficultés financières).

En juin 1997, l'autorité publique britannique ITC octroya une licence de télévision numérique hertzienne (DTT) à BDB, un projet commun à BSKyB (33 %), Carlton (33 %) et Granada (33 %). Sous la pression de la Commission européenne (DG IV), le Gouvernement britannique demanda à BSKyB de s'en retirer²⁰. ONdigital (rebaptisé ITV Digital) qui en résulta était détenu par Carlton (50 %) et Granada (50 %). Les deux entreprises s'enfoncèrent dans un endettement considérable (402 millions de livres sterling-GBP) et mirent un terme à l'aventure en avril 2002. Les principaux créanciers sont les fournisseurs de contenu Sky TV (GBP 210 millions) et la Ligue de football (GBP 179 millions). Le Royaume-Uni souhaite attirer l'investissement étranger pour opposer un service de satellite rival à BSKyB. Pour l'instant, l'ITC a octroyé les licences numériques à la BBC et à Crown Castle. En 2003, la loi sur les communications lèvera les restrictions actuelles en matière de propriété et ouvrira le marché britannique de la télévision aux propriétaires étrangers (non-européens). Le retrait de ces restrictions pourrait constituer une tentative gouvernementale d'imposer rapidement un service rival de BSKyB, les postulants européens étant peu nombreux. D'après les prévisions que l'on peut lire dans la presse, Viacom²¹ rachètera les entreprises ITV. ITV, bien sûr, n'est pas seulement un opérateur numérique, il est également le principal acteur hertzien détenant les licences de quinze franchises régionales²². Les entreprises Carlton²³ et Granada²⁴ (qui fusionnent en 2003) possèdent actuellement 12 des 15 licences.

Sur le câble, les acteurs dominants au Royaume-Uni sont NTL et Telewest. NTL et Telewest doivent fusionner en 2004. A eux deux, ils représentent 60 % du marché de la bande large. La concentration dans le secteur du câble est intervenue en 1996 lorsque Mercury de Cable and Wireles a fusionné ses activités dans les télécommunications avec les opérateurs du câble britanniques Nynex CableComms, Bell Cablemedia et Videotron pour former C&WC (aujourd'hui NTL).

Les Pays-Bas

Comme en Allemagne, la pénétration du câble est forte aux Pays-Bas. L'entreprise publique de télécommunications (Royal PTT Netherlands) a cédé ses principaux réseaux câblés, principalement à des entreprises étrangères. Parmi les 50 opérateurs du câble recensés en 2005²⁵, le plus grand nombre, de loin, était entre les mains du groupe américain Liberty (par le biais d'UPC). Jusqu'à maintenant, Canal+ Netherlands constituait la seule plateforme de satellite numérique aux Pays-Bas. Un nouveau service numérique hertzien, Digitenne, a été lancé en 2003 avec l'appui de KPN, Nozema, NOB, SBS et Canal+ dans un partenariat public/privé. Digitenne a été reconnu dans le cadre de l'initiative e-Europe de l'Union européenne comme un modèle de plateforme numérique unique permettant un accès très large.

19) En 2002, BSKyB était la propriété à 35,4 % de Sky Global Networks, Inc. dont le principal actionnaire est Sky Global Holdings, Inc., détenu à majorité par News International Plc, lui-même majoritairement entre les mains de NewsCorp Investments Limited, propriété à 100 % de News Corporation Limited.

20) Le seul autre prétendant à la licence, Digital Television Network (DTN), (une candidature commune à l'opérateur du câble NTL et à United News & Media) a déposé une plainte auprès de la Commission européenne au sujet de l'octroi de la licence DTT à Carlton et Granada.

21) On s'attendait à ce que Viacom rachète ITV à la suite de la rencontre entre Tony Blair et le président de Viacom Sumner Redstone le 12 novembre 2002. Viacom possède déjà MTV, CBS, Paramount film studios, Blockbuster Video, la chaîne de cinémas UCI, la Paramount Comedy Channel et tous les espaces publicitaires du métro de Londres.

22) Anglia, Border, Granada, LWT, Meridian, Tyne Tees, Yorkshire, Carlton, Central, HTV, Westcountry, Grampian, Scottish, Ulster, Channel.

23) Carlton, Central, HTV, Westcountry.

24) Anglia, Border, Granada, LWT, Meridian, Tyne Tees, Yorkshire.

25) *Communications and Information Technology (CIT)*, (2002) *The Media Map of Western Europe*, Londres

Conclusion : Quelles politiques?

Comme nous l'avons montré, la plupart des Etats membres préféraient initialement une seule plateforme numérique rassemblant leurs acteurs nationaux clés, plutôt que d'exiger de ceux-ci des plateformes séparées. Par le biais du droit de la concurrence, la Commission imposa l'établissement d'au moins deux plateformes sur le marché national. Elle opposa aussi son veto aux tentatives (voir l'Espagne) d'imposer une seule technologie de cryptage (par exemple multicrypt) au niveau national afin de préserver la possibilité de choix sur le marché. Les acteurs nationaux choisirent, évidemment, des systèmes différents. On peut se poser la question de la sagesse des décisions de la Commission en l'espèce. Imposer la concurrence allait à l'encontre des recommandations de la Commission européenne elle-même, dans le cadre la Directive de 1995 relative aux normes en matière de télévision²⁶, qui encourage au recours à une seule norme numérique. Le résultat sur le marché fut loin d'être idéal. Choisir des décodeurs numériques différents a entraîné des difficultés financières accrues pour les acteurs du marché, d'où la chute, finalement, de plateformes nationales et/ou les fusions en un seul fournisseur de services dans chaque Etat membre. Si la Commission avait permis aux gouvernements d'imposer une technologie de cryptage unique en leur enjoignant d'octroyer des licences à un nombre défini d'opérateurs, les conditions d'une concurrence saines auraient été mieux assises.

Depuis l'effondrement et/ou la cession des acteurs du numérique en Europe, il ne subsiste plus dans la plupart des Etats membres qu'un seul opérateur de plateforme numérique, ce qui crée les goulots d'étranglement potentiels dont il a été question ici. Différentes solutions à ces problèmes sont aujourd'hui proposées. L'on évoque la possibilité d'élargir l'accès dans le cadre du nouveau cadre "régulation" de la Communauté européenne ou le renforcement des règles de propriété des médias à l'échelle nationale. La question de la faisabilité de ces options doit cependant être posée.

Il est extrêmement difficile de réguler au niveau européen dans l'intérêt du public. Il y a beaucoup de raisons à cela : les restrictions à la régulation inscrites dans les traités de l'UE, la crainte de la Commission d'être désavouée par la Cour de justice (qui tient rarement compte de considérations liées à l'intérêt public en raison, précisément, des exigences des traités), les résistances politiques des gouvernements et les réticences des autorités nationales de régulation à se dessaisir de leurs pouvoirs en la matière au profit de la Commission. Plus important encore, le principal décideur dans ce domaine, la DG "Société de l'information", ne considère pas que l'intérêt du public soit un objectif politique pour la Commission européenne.

26) 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 JO L 28 , 23 novembre 1995 p. 51-54.

Cadre de réglementation 2003 pour les communications électroniques - Implications pour l'accès aux réseaux de radiodiffusion et aux ressources associées

Achilleas Kemos¹

Commission européenne

Direction générale Société de l'information

Services de communication : politique et cadre de réglementation

Développement politique et cadre de réglementation

Historique

Le nouveau cadre de réglementation est applicable à toutes les infrastructures de transmission, quel que soit le type de services qu'elles diffusent. Il couvre tous les réseaux de communications électroniques, les ressources associées et les services de communications électroniques, y compris de radiodiffusion. Néanmoins, la réglementation des contenus radiodiffusés par le biais de réseaux de communications électroniques (c'est-à-dire les programmes de radio et de télévision ou les bouquets de chaînes télévisées) n'est pas comprise dans le champ d'application du cadre de réglementation 2003. Ce cadre ne porte pas atteinte à la réglementation relative aux contenus radiodiffusés de l'UE ni à celle des Etats en application de la loi communautaire.

Le nouveau cadre de réglementation fait intervenir quatre directives :

- Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre de réglementation commun pour les réseaux et les services de communications électroniques (directive "cadre");
- Directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive "accès");
- Directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (directive "autorisation");
- Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive "service universel").

La directive "cadre" vise à mettre en place un cadre de réglementation harmonisé pour tous les réseaux et les services de communications électroniques au sein de l'Union européenne. Il s'agit d'un texte global, qui détermine le champ d'application général des directives spécifiques. La directive "cadre" énonce certains principes et objectifs devant être respectés par les opérateurs. Elle comporte également un certain nombre de définitions et de dispositions horizontales communes, telles que la définition du marché ou les procédures d'analyse servant à identifier les opérateurs qui disposent d'une puissance significative sur le marché.

La responsabilité de la mise en œuvre de ce nouveau cadre de réglementation incombe en premier lieu aux autorités de réglementation nationales (ARN). Les ARN sont les mieux placées pour analyser

1) Les points de vue exprimés sont purement personnels et ne reflètent pas obligatoirement ceux de la Commission européenne.

les conditions spécifiques des marchés nationaux et pour définir les mesures les plus appropriées pour répondre à ces conditions. Les ARN disposent d'une certaine marge de manœuvre dans le choix des outils susceptibles d'affronter au mieux les situations au fur et à mesure qu'elles se présentent. En contrepartie de cette plus grande flexibilité, le nouveau cadre de réglementation tente d'améliorer la coopération entre la Commission et les instances de réglementation nationales par le biais d'un nouveau dispositif de concertation et de transparence.

L'accès aux réseaux et services associés

La directive "accès" fixe un cadre pour les accords en matière d'accès et d'interconnexion au sein de l'Union européenne. Elle prévoit la possibilité de soumettre les opérateurs disposant d'une puissance significative sur le marché à l'obligation d'ouvrir l'accès. La directive "accès" s'applique également lorsqu'un tiers requiert l'accès à un réseau traditionnellement réservé à la radiodiffusion, afin de diffuser des services de communications électroniques différents des contenus radiodiffusés. La directive reprend le régime particulier de l'accès aux systèmes d'accès conditionnel de la Directive 95/47/CE² pour l'utilisation des standards de transmission des signaux de télévision.

Le cadre d'accès général

La directive "accès" instaure un régime général d'accès basé sur l'hypothèse selon laquelle les négociations entre les acteurs du marché se déroulent d'un point de vue principalement commercial. Lorsque la concurrence ne joue pas sur certains marchés, les opérateurs ayant été identifiés comme jouissant d'une puissance significative sur les marchés concernés, à la suite d'une analyse de l'autorité réglementaire nationale, peuvent se voir imposer des mesures d'obligation d'ouverture d'accès (article 8 de la directive "accès"). Une liste des marchés de produits et services dont les caractéristiques peuvent justifier la mise en place d'obligations réglementaires spécifiques a été établie dans les Recommandations de la Commission sur les marchés pertinents (conformément à l'article 15 de la directive "cadre"). Ces mesures chargées de favoriser l'accès sont les suivantes : transparence, non-discrimination, séparation comptable, accès aux infrastructures de réseaux spécifiques et utilisation de ces dernières, contrôle des prix et obligations relatives au système de comptabilisation des coûts (articles 9 à 13 de la directive "accès"), ainsi que d'autres types d'obligations applicables dans des circonstances exceptionnelles et en accord avec la Commission (article 8.3 de la directive "accès").

La procédure prévue par l'article 8 peut, par exemple, servir à imposer à des opérateurs considérés comme disposant d'une puissance spécifique sur le marché l'obligation de satisfaire les demandes raisonnables d'accès à des éléments de réseau spécifiques et à des ressources associées et également d'en autoriser l'utilisation, notamment lorsqu'elles considèrent qu'un refus d'octroi de l'accès ou des modalités et conditions déraisonnables ayant un effet similaire empêcheraient l'émergence d'un marché de détail concurrentiel durable, ou risqueraient d'être préjudiciables à l'utilisateur final (article 12 de la directive "accès").

Dispositions particulières pour les systèmes d'accès conditionnel aux services de radio et de télévision numériques

En ce qui concerne l'accès conditionnel, les mesures clés relatives aux systèmes d'accès conditionnel prévues par la Directive 95/47/CE ont été transposées dans la directive "accès" (article 6 et annexe I, 1^{re} partie)³. Les principales dispositions de ce régime spécifique sont les suivantes :

- En matière d'accès conditionnel proprement dit, les opérateurs des systèmes d'accès conditionnel sont tenus de fournir leurs services aux autres radiodiffuseurs à des conditions "équitables, raisonnables et non discriminatoires" et d'octroyer les licences de protection de leurs droits de propriété intellectuelle aux fabricants selon les mêmes principes.
- En outre, un transcontrôle peu coûteux entre les fournisseurs de systèmes d'accès conditionnel et les autres opérateurs de réseaux locaux doit être possible, de sorte que, par exemple, les câblo-opérateurs puissent gérer directement les services des systèmes d'accès conditionnel qu'ils proposent à leur propre clientèle.

2) Directive 95/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 sur l'utilisation des normes de transmission des signaux de télévision (JO L 281, 23 novembre 1995, p.51).

3) Il faut noter que les dispositions relatives aux écrans larges visées à l'article 2, paragraphe c, de la directive 95/47/CE sur les normes de la télévision ont été reprises par l'article 4 de la directive "accès". La directive "service universel", quant à elle, intègre les exigences relatives à l'interopérabilité de la directive 95/47/CE (Cf. article 20).

Par rapport au régime de l'accès général, le régime spécifique des systèmes d'accès conditionnel s'applique à tous les prestataires de services et n'est pas seulement réservé à ceux qui disposent d'une puissance significative sur le marché. Nonobstant les dispositions susmentionnées, les Etats membres peuvent autoriser leur autorité réglementaire nationale à réexaminer ces obligations à la suite d'une analyse de marché conformément à l'article 16 de la directive "cadre". L'ARN peut déterminer s'il convient de maintenir, de modifier ou de supprimer les conditions applicables aux opérateurs ne disposant pas d'une puissance significative sur le marché et soumis au dispositif de transparence et de concertation (articles 6 et 7 directive "cadre"). Cependant, avant de supprimer toute obligation, l'instance de réglementation doit s'assurer qu'une telle modification ou suppression ne nuira pas à l'accès des utilisateurs finals aux programmes, chaînes et services de radio et de télévision visés à l'article 31 de la directive "service universel"; par ailleurs, les ARN doivent établir que les conditions d'exercice d'une concurrence réelle sur les marchés pour les services au détail de télévision et de radio numériques ainsi que les systèmes d'accès conditionnel et autres ressources associées ne sont pas fortement compromises ni limitées. En cas de modification ou de suppression de certaines conditions, il convient d'en informer les parties concernées dans un délai approprié.

Enfin, la Commission peut, au vu de l'évolution des marchés et des technologies, utiliser ses compétences dans le cadre de la procédure réglementaire et revoir les conditions prévues en annexe I (conditions d'accès des téléspectateurs et auditeurs de la communauté aux services de télévision et de radio numériques) afin d'instaurer la base la plus harmonieuse possible au sein de la Communauté (article 6(2) de la directive "accès").

L'accès aux ressources associées pour les services interactifs de télévision numérique

L'évolution des marchés et des technologies, notamment l'émergence de services interactifs concurrentiels de télévision numérique, impliquent la mise en place de dispositifs souples permettant de réexaminer la question de l'accès aux ressources associées telles que les interfaces de programmes d'application (API) et les guides électroniques de programmes (EPG).

Lorsque l'accès aux ressources associées est nécessaire, il peut s'avérer suffisant, dans la plupart des cas, d'imposer des règles d'accès aux seuls prestataires des ressources associées concernées disposant d'une puissance significative sur le marché, conformément aux articles 8 à 13 de la directive "accès", sur la base d'une analyse de marché effectuée selon la procédure prévue par la directive "cadre".

La directive "accès" donne également la possibilité aux ARN d'imposer des conditions et obligations équitables, raisonnables et non discriminatoires aux opérateurs pour qu'ils ouvrent l'accès à leurs ressources associées telles que l'API ou l'EPG (annexe I, deuxième partie), dans la mesure de ce qui est nécessaire pour assurer l'accès des utilisateurs finals aux services de transmissions radiophoniques et télévisées numériques spécifiés par l'Etat membre (article 5, paragraphe 1, alinéa b, de la directive "accès"). Toutes les conditions et obligations imposées doivent être objectives, transparentes, proportionnées et non discriminatoires; elles doivent être mises en œuvre conformément à la procédure prévue par les articles 6 et 7 de la directive "cadre" (article 5, paragraphe 3 de la directive "accès").

Les questions liées au contenu et à la présentation des systèmes d'accès conditionnel et autres ressources associées ne sont pas couvertes par la directive "accès". En particulier, les règles traitant de la mise à disposition ou de la visibilité de certains contenus radiodiffusés sur les guides électroniques de programmes ne sont pas concernées par les articles 6 ou 8 de la directive "accès" (article 6, paragraphe 4).

Les règlements européens relatifs aux passerelles techniques destinées à la télévision numérique au sein des chaînes verticales et leur incidence sur les activités commerciales des exploitants de réseaux

De Ad van Loon¹

Directeur des affaires juridiques et réglementaires de la VECAI

Coordinateur des recherches internationales à l'Institut du droit de l'information (IViR), Université d'Amsterdam

Professeur de droit invité à la New York Law School

1. Stratégies commerciales des entreprises exploitant des réseaux de communications électroniques mettant à disposition des services de communications électroniques aux fournisseurs de programmes télévisés numériques.

Les entreprises exploitant des réseaux de communications électroniques² sont autorisées à :

(i) Offrir des services de communications électroniques³ aux fournisseurs de contenu de tous genres (ex. : radiodiffuseurs) et de services de la société de l'information (ex. : services de commerce électronique ou de vidéo à la demande)⁴. Ces fournisseurs sont susceptibles d'acquiescer de tels services lorsqu'ils estiment utile de proposer leurs services de contenu ou de la société de l'information aux utilisateurs finaux reliés au réseau de communications électroniques d'un prestataire de services de communications électroniques ;

(ii) Ou, d'autre part, les propriétaires de réseaux de communications électroniques sont libres, soit d'offrir aux utilisateurs finaux reliés à leurs réseaux uniquement le contenu ou les services de l'information qui leur appartiennent, soit de signer un contrat (sur une base exclusive ou non exclusive) avec les fournisseurs (producteurs de contenu externes) de ces services. Si tel est le cas, le propriétaire du réseau de communications électroniques en question détermine le type de services de contenu qu'il souhaite offrir à ses clients (les utilisateurs finaux).

1) Ad van Loon est avocat spécialiste du droit des médias et télécommunications. Il s'intéresse tout particulièrement aux lois sur les droits d'auteur et à l'application de la loi sur la concurrence aux opérations de concentration dans le secteur des médias, sujet dont traite un grand nombre de ses exposés et de ses rapports. Il travaillait auparavant à l'Observatoire européen de l'audiovisuel et œuvrait au sein de la division des médias du Conseil de l'Europe.

2) Défini au paragraphe 2(a) de la directive "cadre" comme suit : "équipement de transmission et, le cas échéant, de commutation ou de routage et d'autres ressources permettant le transport de signaux par fils, par faisceaux hertziens, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques, y compris réseaux de satellites, réseaux terrestres fixes (à commutation de circuit ou de paquets, y compris Internet) et mobiles, équipements câblés électriques, dans la mesure où ils sont utilisés pour transmettre des signaux, réseaux utilisés pour la radiodiffusion sonore et télévisuelle et réseaux câblés de télévision, quelle que soit la nature de l'information transportée."

3) Défini au paragraphe 2(c) de la directive "cadre" comme suit : services en principe fournis contre rémunération qui consistent, en tout ou en partie, dans le transport de signaux par des réseaux de communications électroniques, y compris services de télécommunications et services de transmission sur des réseaux utilisés pour la radiodiffusion, mais qui excluent les services fournissant ou exerçant un contrôle rédactionnel sur le contenu transmis au moyen de réseaux et de services de communications électroniques ; ils n'englobent pas les services de la société de l'information, tels qu'ils sont définis à l'article 1 de la Directive 98/34/CE, qui ne consistent pas, en tout ou en partie, dans le transport de signaux par des réseaux de communications électroniques.

4) Défini à l'article 1, paragraphe 2(a) de la Directive 98/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 juillet 1998 modifiant la Directive 98/34/CE établissant la procédure touchant à la prestation d'informations dans le domaine des normes et des réglementations techniques, JOCE 5 août 1998 n° L 217 : 18-26, comme suit : "tout service presté en principe contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services".

Ad (i)

En vertu de la première situation, les fournisseurs de contenu ou de services de la société de l'information sont, en effet, autorisés à se procurer de la capacité sur un réseau à des fins de prestation de leurs services. Cette situation s'applique notamment aux exploitants de réseaux dont les activités ne visent que le marché de gros, tels que les opérateurs de satellite (ASTRA, Eutelsat, etc.).

Ad (ii)

Quant à la seconde situation, les fournisseurs de contenu et de service de la société de l'information ne peuvent pas simplement se procurer de la capacité sur un réseau à des fins de prestation de leurs services, l'exploitant du réseau étant lui-même un fournisseur de bouquets à part entière. Les bouquets de contenu des tiers entreraient en concurrence avec ceux de l'exploitant de réseaux, puisque ce dernier proposera aux utilisateurs finaux reliés à son réseau du contenu et des services de la société de l'information sous forme d'un ou de plusieurs bouquets d'abonnement. Cette situation est surtout valable pour les exploitants de réseaux œuvrant sur le marché de détail: ses clients sont les utilisateurs finaux reliés à son réseau et s'acquittant des frais d'abonnement en échange d'un ou de plusieurs bouquets de contenu et/ou de services de la société de l'information qui suscitent leur intérêt. L'exploitant de réseaux achète du contenu et des services de la société de l'information proposés sur le marché de gros et, après mise en bouquets, les offre à ses abonnés. Certains exploitants de réseaux sont, en outre, libres de produire leur propre contenu et/ou leurs propres services de la société de l'information.

2. Systèmes d'accès conditionnel (CAS): leur importance relativement aux stratégies commerciales des exploitants de réseaux

Les services de télévision numérique font, en général, l'objet d'un cryptage par l'un ou par l'autre intervenant. Dans les deux cas susmentionnés (cf. paragraphe 1, options [i] et [ii]), la question pertinente à l'égard de la prestation de services de télévision numérique est de savoir laquelle des parties intéressées interviendra dans l'encodage de ces services.

Le cryptage permet à l'exploitant de gérer sa base d'abonnés par voie électronique à distance et assure que seuls les utilisateurs finaux ayant acheté en bonne et due forme ses services peuvent en bénéficier. Un tel cryptage fait appel à un système d'accès conditionnel (CAS, *Conditional Access System*) consistant en un système de gestion des abonnés (SMS, *Subscriber Management System*) d'une part et, d'autre part, en un système d'autorisation des abonnés (SAS, *Subscriber Authorisation System*). Le premier renferme toutes sortes de données à propos des clients (avantage précieux dont jouissent les fournisseurs de programmes, car cela empêche efficacement les concurrents éventuels de se servir du SMS à leurs propres fins de commercialisation); le dernier constitue un système de gestion purement technique, capable de transformer les instructions du SMS en instructions déchiffrables par les récepteurs numériques. Grâce au SAS, l'exploitant d'un système de cryptage est à même d'octroyer ou de refuser un accès individuel à certains programmes à la demande de l'exploitant du SMS, sans qu'il soit nécessaire de connaître les coordonnées de l'abonné en cause.

Un CAS peut se présenter soit sous forme ouverte, soit sous forme fermée. Dans un CAS ouvert, il est possible d'utiliser les récepteurs numériques d'une vaste gamme de fabricants, permettant ainsi aux consommateurs de capter non seulement les programmes appartenant à l'exploitant du réseau, mais aussi ceux des autres fournisseurs utilisateurs d'un système de cryptage ouvert (ceci a l'avantage de permettre l'utilisation des cartes à puce intelligentes (*smartcards*) de divers fournisseurs de programmes). L'intérêt d'un système ouvert est que chaque fournisseur de programmes télévisés numériques peut se procurer, moyennant des frais de gestion, auprès du propriétaire d'un système de cryptage le droit d'utiliser ce système.

Dans un système fermé, seuls les radiodiffuseurs ayant signé une entente avec le propriétaire ont le droit d'utiliser le système. L'exploitant d'un système de cryptage fermé peut d'ailleurs se réserver le droit de contrôle exclusif sur le SMS.

Pour ce qui est des exploitants de réseaux uniquement actifs sur le marché de gros et qui vendent des services de communications électroniques aux fournisseurs de programmes télévisés numériques, le système de cryptage choisi par ces derniers ne pèse guère dans la balance. Il est de la seule responsabilité des fournisseurs de programmes télévisés de choisir un format de cryptage utilisable par leur public cible. Ce système comporte toutefois l'inconvénient suivant: comme il permet aux utilisateurs finaux d'un certain service télévisé numérique de s'abonner aussi à d'autres services, ceux-ci pourraient se voir dans l'obligation de se procurer deux, voire plusieurs récepteurs numériques (ce qui serait le

cas si le deuxième ou le troisième fournisseur de programmes télévisés numériques se servait d'une méthode différente de cryptage). La plupart des utilisateurs finaux qui captent des programmes télévisés numériques par satellite doivent composer avec cette difficulté. D'où la nécessité que les téléviseurs numériques (non pas les récepteurs numériques) comportant un CAS soient équipés d'une interface commune, apte à prendre en charge divers types de modules d'accès conditionnel⁵.

Les exploitants de réseaux (également) actifs sur le marché de détail (p. ex., radiodiffusion télévisuelle numérique par voie hertzienne de terre [DTT, *Digital Terrestrial Television*] ou par câble, bouquets numériques "Canal +") et offrant des programmes télévisés numériques aux utilisateurs finaux reliés à leurs réseaux⁶ ont intérêt à choisir un seul système de cryptage de sorte que leur clientèle (les utilisateurs finaux) ne soit pas obligée d'investir dans plusieurs récepteurs numériques pour pouvoir capter les différents programmes diffusés sur le réseau auquel ils sont abonnés. Voilà pourquoi les exploitants de réseaux se réservent le droit de "transcontrôle", c'est-à-dire le droit d'imposer aux fournisseurs de programmes télévisés numériques l'utilisation du système d'accès conditionnel choisi par l'exploitant⁷.

Outre l'utilisation obligatoire du système d'accès conditionnel, le concept du transcontrôle présente un avantage supplémentaire: les exploitants de réseaux offrant des bouquets numériques de tiers, où il pourrait y avoir chevauchement partiel des programmes, n'ont pas besoin de diffuser ces programmes deux fois sur leurs réseaux, grâce à l'intelligence qu'ils peuvent intégrer aux cartes à puce dont sont dotés leurs CAS. C'est une caractéristique essentielle du point de vue de l'utilisation efficace de la capacité des réseaux.

Un exploitant de réseaux qui n'offre pas de services de communications électroniques à des fournisseurs tiers sur le marché de gros, mais qui préfère diffuser son ou ses propres bouquets numériques sur le marché de détail (cf. option [ii] ci-dessus), pourra simplement produire ou acheter des services de contenu télévisé numérique convenant au système d'accès conditionnel de son choix. Seul désavantage: les systèmes d'accès n'étant pas normalisés, les fournisseurs de contenu sont donc obligés de formater leurs programmes de sorte qu'ils conviennent à tous les besoins, à l'instar des cassettes de magnétoscope anciennes qu'il fallait fabriquer en trois formats, soit VHS, Betamax et VCC.

3. Réponses réglementaires aux stratégies commerciales des exploitants de réseaux

3.1 Décisions en matière de fusions

Dans le cas des fusions, la Commission européenne a pris un certain nombre de décisions concernant les aspects de l'intégration verticale et les monopoles sur les passerelles. Ces décisions étaient fondées sur le "Règlement relatif au contrôle des concentrations entre entreprises"⁸. Dans ces cas, la Commission est d'avis que le nombre des intégrations verticales s'avère, dans une certaine mesure, avantageux pour la compétitivité des industries européennes. En même temps, elle essaie toutefois d'endiguer les monopoles sur les passerelles au sein de ces chaînes⁹. Dans le cas où, par suite d'une fusion, une société se verrait dans une position de contrôle sur l'accès aux systèmes de distribution

5) Annexe VI de la directive concernant le service universel (voir renvoi de bas de page n° 13 ci-dessous): "L'interopérabilité des équipements de télévision numérique grand public visée à l'article 24, paragraphe 2".

6) A la différence des abonnés à un réseau à fils (réseau de téléphonie fixe ou réseau câblé traditionnel), les abonnés aux bouquets de contenu offerts par un prestataire de radiodiffusion télévisuelle numérique par voie hertzienne de terre ou par un fournisseur de bouquets de contenu louant un transpondeur auprès d'un fournisseur de transmissions par satellite, ne sont pas physiquement connectés aux réseaux utilisés par lesdits fournisseurs de bouquets, mais possèdent l'autorisation de la part de l'exploitant de réseau d'utiliser une carte intelligente intégrée au récepteur, laquelle capte le bouquet de leur choix.

7) Annexe I de la directive relative à l'accès et à l'interconnexion (voir renvoi de bas de page n° 13 ci-dessous): "Conditions d'accès des téléspectateurs et auditeurs de la Communauté aux services de télévision et de radio numériques", première partie: "Conditions relatives aux systèmes d'accès conditionnel applicables en vertu de l'article 6 (paragraphe 1)":

"(a) les systèmes d'accès conditionnel exploités sur le marché de la Communauté doivent avoir la capacité technique nécessaire à un transcontrôle peu coûteux, qui permette un contrôle total par les exploitants de réseaux de télévision par câble, au niveau local ou régional, des services faisant appel à ces systèmes d'accès conditionnel."

8) Règlement (CE) n° 1310/97 du Conseil, du 30 juin 1997, modifiant le Règlement (CEE) n° 4064/89 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, JOCE, 9 juillet 1997, n° L 180: 1-6.

9) Cas n° IV/M.490 - Nordic Satellite Distribution, 19 juillet 1995, JOCE, 2 mars 1996, n° L 53:

Cas n° IV/M.993 - Bertelsmann/Kirch/Premiere, 27 mai 1998, JOCE, 27 février 1999, n° L 53: 1-30;

Cas n° IV/M.993 - Bertelsmann/Kirch/Premiere, 27 mai 1998, JOCE, 27 février 1999, n° L 53: 31-45;

Cas n° IV/M.856 - British Telecom/MCI (II), 14 mai 1997, JOCE, 8 décembre 1997, n° L 336: 1-15;

Cas n° COMP/M.1845 - AOL/Time Warner, 11 oct. 2000, JOCE, 9 octobre 2001, n° L 269: 28-48;

Cas n° COMP/M.2050 - Vivendi/Canal+/Seagram, 13 oct. 2000, JOCE, 31 octobre 2000, n° C 311: 3;

Cas n° COMP/M.2876 - Newscorp//Telepiu, 2 avril 2003, http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/decisions/m2876_en.pdf

(en particulier aux systèmes d'accès conditionnel), ses concurrents éventuels seraient alors tributaires de celle-ci pour la diffusion de leurs programmes et, par surcroît, connaîtraient des difficultés d'accès¹⁰.

Une manière de faire face à cette situation serait, selon la Commission, d'obliger les sociétés fusionnées à mettre en œuvre un système de cryptage ouvert. Un grand nombre de fabricants pourraient alors mettre à la disposition des consommateurs des récepteurs pouvant capter non seulement les programmes de ces sociétés, mais aussi les programmes des autres prestataires ayant recours à des systèmes de cryptage ouvert (ceci aurait l'avantage de permettre l'utilisation des cartes intelligentes de divers fournisseurs de programmes). Cependant, même à l'égard des systèmes de cryptage ouvert, la Commission exprime certains doutes: tout dépend de la société contrôlant le SGA. Cette société devrait, selon la Commission, être le fournisseur de contenu ou de services de l'information et non l'exploitant de réseaux.

3.2 Interdiction d'abus de position dominante

Les options (i) et (ii) citées au paragraphe 1 ne soulèvent, en elles-mêmes, pas de problèmes sur le plan réglementaire, à moins que le propriétaire d'un réseau de communications électroniques donné n'occupe une position à tel point dominante que les fournisseurs de contenu et de services de la société de l'information se verront dans une situation de dépendance pour la fourniture de leurs services aux utilisateurs finaux. Cela est vrai dans les cas où les fournisseurs ne sont pas eux-mêmes propriétaires d'un réseau de communications électroniques et où l'on constate un manque de concurrence entre les réseaux de communications électroniques sur le même marché. Si, en revanche, le manque de concurrence n'est pas attribuable à des fusions entre les sociétés, la Commission européenne n'a pas compétence pour intervenir en vertu du règlement relatif au contrôle des concentrations entre entreprises. En théorie, la Commission serait habilitée à intervenir conformément à l'article 82 du traité CE, qui interdit l'exploitation abusive d'une position dominante. Il pourrait, toutefois, s'avérer difficile de prouver qu'un exploitant de réseaux refusant ses services de communications électroniques à tous les fournisseurs de programmes qui en ont fait la demande, abuse de sa position. Qui plus est, l'apport de preuves irréfutables est un processus de longue haleine.

Citons le cas Bronner, le plus pertinent au regard de cette problématique¹¹. Le tribunal régional supérieur (*Oberlandesgericht*) de Vienne avait, en l'espèce, posé une question préjudicielle à la Cour de justice des Communautés européennes. Son propos était, en substance, de savoir si le fait pour une entreprise de presse, qui détient une part très importante du marché des quotidiens dans un Etat membre et qui exploite l'unique système de portage à domicile de journaux à l'échelle nationale existant dans cet Etat membre, de refuser, contre une rémunération appropriée, l'accès au dit système à l'éditeur d'un quotidien concurrent qui, en raison de la faiblesse du tirage de celui-ci, ne se trouve pas en mesure de créer ni d'exploiter, dans des conditions économiquement raisonnables, seul ou en collaboration avec d'autres éditeurs, son propre système de portage à domicile, constitue un abus de position dominante au sens de l'article 86 du traité (actuellement article 82).

Dans sa réponse, la Cour avait précisé que, même si Mediaprint détenait de fait le monopole et, par conséquent, occupait une position dominante, encore fallait-il déterminer "si le fait, pour le propriétaire de l'unique système de portage à domicile existant à l'échelle nationale sur le territoire d'un Etat membre, qui utilise ce système pour la distribution de ses propres quotidiens, d'en refuser l'accès à l'éditeur d'un quotidien concurrent constitue un abus de position dominante au sens de l'article 86 du traité¹², au motif que ce refus priverait ledit concurrent d'un mode de distribution jugé essentiel pour la vente de son quotidien". A cet égard, la question à résoudre est de savoir si, selon la Cour, le service en lui-même est indispensable "à l'exercice de l'activité de cette personne, dans la mesure où il n'existe aucun substitut réel ou potentiel à ce système de portage à domicile".

S'il existe d'autres modes de diffusion "mêmes s'ils devaient être moins avantageux" d'une part et, d'autre part, "s'il n'apparaît pas qu'il existe d'obstacles techniques, réglementaires ou même économiques qui soient de nature à rendre impossible, ni même déraisonnablement difficile, pour tout autre éditeur de quotidiens, de créer, seul ou en collaboration avec d'autres éditeurs, son propre système de portage à domicile à l'échelle nationale et de l'utiliser pour la diffusion de ses propres quotidiens", le refus par une entreprise d'offrir un accès à son système de portage à domicile propriétaire ne constitue pas un abus de position dominante.

10) Voir notamment: cas n° COMP/M.2876 - Newscorp//Telepiu, 2 avril 2003, http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/decisions/m2876_en.pdf

11) Cas C-7/97 du 26 nov. 1998 [1998] CER: I-7791 (Bronner).

12) Anciennement article 86 CE; il s'agit effectivement de l'article 82 CE.

Il en serait autrement s'il était établi que la création d'un système de diffusion substitutif "ne constitue pas une alternative potentielle réaliste et que l'accès au système existant est donc indispensable". Au vu de ces considérations, selon la Cour, "il ne suffit pas de faire valoir qu'il n'est pas économiquement rentable en raison du faible tirage du ou des quotidiens à distribuer" de créer un tel système de substitution.

Conformément à cette décision, un exploitant de réseaux, même s'il occupe une position dominante, peut être pleinement en droit de refuser l'accès à son réseau à des tiers offrant des services de télévision numérique en concurrence avec ses propres services. Les autres fournisseurs de programmes télévisés numériques, quant à eux, peuvent de plein droit établir leur propre infrastructure de communications électroniques à fils. Ils peuvent également recourir à la plateforme des services numériques de Canal+, louer un ou plusieurs transpondeurs de satellite, signer une entente de diffusion avec un exploitant DDT ou encore diffuser leurs programmes au moyen d'une liaison numérique à débit asymétrique (*ADSL, asymmetric digital subscriber line*) ou d'une ligne d'accès numérique à très grande vitesse (*VDSL, very high-bit-rate digital subscriber line*) à l'aide du protocole IP.

3.3 Nouveau cadre réglementaire européen pour les réseaux et services de communications électroniques

En 2002, le Parlement européen a adopté un nouveau cadre réglementaire applicable à tous les types de réseaux et de services de communications électroniques¹³. Ce cadre permet aux autorités réglementaires nationales (ARN) d'imposer aux exploitants dominants certaines obligations *ex ante*, c'est-à-dire dans le cas où l'exploitant dispose d'une "puissance significative sur le marché" (PSM ou *SMP, Significant Market Power*)¹⁴. Il impose également certaines obligations aux exploitants de services d'accès conditionnel qui proposent des services d'accès aux programmes de radio et de télévision numérique, services dont dépendent les radiodiffuseurs en vue d'atteindre l'un ou l'autre groupe potentiel d'auditeurs ou de spectateurs. Ces obligations s'imposent, abstraction faite de la position de force et des moyens de transmission employés. Si, par contre, une analyse de marché révélait qu'un ou plusieurs exploitants ne possèdent pas une emprise importante sur marché concerné, ces obligations pourraient être modifiées, voire supprimées, dans la mesure où les conditions suivantes sont respectées :

1. Aucune atteinte ne sera portée à l'accès des utilisateurs finals aux programmes, chaînes et services de radio et de télévision spécifiés conformément à l'article 31 de la directive "service universel" ;
2. Aucune atteinte ne sera portée aux perspectives d'une concurrence efficace sur les marchés pour :
 - (i) les services au détail de radio et de télévision numérique, et
 - (ii) les systèmes d'accès conditionnel et les autres ressources associées.

Aux termes du nouveau cadre réglementaire en vigueur en Europe, un exploitant dit "PSM" dont les activités se concentrent sur le marché de gros (cf. option (i) citée au paragraphe 1) sera notamment amené à fournir des services de communications électroniques à la demande, sur une base équitable, transparente et non discriminatoire, voire au besoin sur une base d'orientation vers les coûts. En outre, un exploitant "PSM", qui étend (également) ses activités sur le marché de détail (cf. option (ii) au paragraphe 1), sera notamment amené à fournir des services de communications électroniques à des concurrents désireux d'offrir des bouquets de contenu et/ou de services de la société de l'information aux utilisateurs finaux reliés au réseau dudit exploitant "PSM".

13) Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive "cadre"). JOCE, 24 avril 2002, n° L 108 : 33-50 ; Directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive "accès"), JOCE, 24 avril 2002, n° L 108 : 7-20 ;

Directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (directive "autorisation"), JOCE, 24 avril 2002, n° L 108 : 21-32 ;

Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive "service universel"), JOCE, 24 avril 2002, n° L 108 : 51-77 ;

Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive "vie privée et communications électroniques"), JOCE, 31 juillet 2002, n° L 201 : 37-47 ;

Directive 2002/77/CE de la Commission du 16 septembre 2002 relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques, JOCE, 17 septembre 2002, n° L 249 : 21-26.

14) Notion du terme domination selon l'article 14 de la directive "cadre".

4. Conséquences éventuelles du nouveau cadre réglementaire européen touchant aux stratégies commerciales des exploitants de réseaux

L'énoncé 19 de la directive "accès" dispose que "le fait de rendre obligatoire l'octroi de l'accès aux infrastructures de réseaux peut être justifié dans la mesure où cela permet d'accroître la concurrence, mais les autorités réglementaires nationales (ARN) doivent établir un équilibre entre, d'une part, le droit pour un propriétaire d'exploiter son infrastructure à son propre avantage et, d'autre part, le droit pour d'autres fournisseurs de services d'accéder à des ressources qui sont indispensables pour la fourniture de services concurrentiels".

Notons que les ARN devraient user de leurs compétences nouvellement acquises avec prudence. Aucun exploitant de réseaux n'aurait intérêt d'investir dans de nouveaux services si, dès le départ, il était obligé d'octroyer un accès à des concurrents tiers, d'autant plus qu'il devrait prévoir un surplus de capacité pour ces derniers qui pourraient un jour exiger le droit d'accès. Un tel investissement rendrait l'exploitant vulnérable pour les raisons suivantes :

- La création d'une capacité susceptible de demeurer en friche constitue un gaspillage économique ;
- Le coût d'un surplus de capacité non encore en demande ne peut être répercuté sur les utilisateurs finaux ;
- La possibilité qu'une ARN décide un jour, lors du calcul des tarifs d'accès orientés coûts, qu'un exploitant ayant prévu un surplus de capacité ait créé un réseau inefficace entraînant l'absence de prise en compte du coût de la capacité excédentaire ¹⁵ ;
- La possibilité que les fournisseurs tiers ne soient pas motivés pour créer leur propre réseau (entreprise hasardeuse et très coûteuse) lorsqu'ils ne sont pas obligés de partager les risques d'investissement courus par l'exploitant du réseau auquel ils exigent l'accès. Voilà pourquoi il est essentiel que les ARN se rendent compte que "le fait que les autorités réglementaires nationales imposent un octroi de l'accès aux infrastructures [...] se traduit par une intensification de la concurrence à court terme", mais cela "ne devrait pas compromettre l'efficacité des mesures qui incitent les concurrents à investir dans des ressources de substitution, garantes d'une concurrence accrue à long terme" (extrait de l'énoncé 19 de la directive "accès").

5. Interprétation par la Cour de justice de la relation entre l'article 82 CE et la directive régissant l'accès et l'interconnexion

Au paragraphe 3.3, nous exposons le fait que les câblo-opérateurs peuvent se réserver le droit d'utiliser la totalité de la capacité de leurs réseaux à leurs propres fins. Au paragraphe 4, nous expliquions cependant que la nouvelle directive relative à l'accès et à l'interconnexion semble contredire ce fait.

Cette contradiction soulève des questions intéressantes quant au droit constitutionnel européen, c'est-à-dire quant à la relation entre les textes de loi européens sur la concurrence, en particulier la relation entre l'article 82 du traité CE (interdiction d'abus de position dominante) et les dispositions de la nouvelle directive concernant l'accès et l'interconnexion (poursuite des objectifs du marché intérieur, selon l'article 14 CE et subséquemment l'approximation des lois des Etats membres au motif de l'article 94 CE).

L'affaire Bronner mentionnée ci-dessus était-elle rejetée en raison du nouveau cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques ?

Si tel n'est pas le cas, quelle approche favoriser si un exploitant de réseaux décidait de n'octroyer l'accès à son réseau et/ou à ses ressources associées qu'aux fournisseurs de programmes télévisés numériques avec lesquels il lui est possible de conclure des marchés intéressants du point de vue commercial et qui, d'après lui, satisferont à la demande des abonnés à son réseau ? Une telle stratégie ne serait-elle pas plus admissible ?

Trouver des réponses à toutes ces questions dépasserait de loin le cadre de cet exposé liminaire. Cela vaudrait toutefois la peine d'y répondre dans le cadre d'un atelier séparé.

¹⁵ Raisonnement déduit de la position adoptée par le groupe des régulateurs européens (GRE ou *ERG*, *European Regulators Group*) chapeautant les ARN. Rappelons que, pour le calcul des tarifs, le GRE avait choisi un modèle de coûts différentiels futurs à long terme qui répartit les coûts selon un modèle théorique (et qui, par conséquent, exclut les coûts réels).

Radiodiffusion de service public et goulots d'étranglement techniques

*Adrian Fikentscher, Union européenne de radio-télévision (UER)
Klaus Merkel, Institut für Rundfunktechnik GmbH (IRT)¹*

1. Principaux problèmes d'accès du point de vue des radiodiffuseurs publics

Le radiodiffuseur de service public voit les goulots d'étranglement techniques à la fois sous l'angle de l'acteur du marché et de l'organisme de service public.

Considérés sous l'angle du marché, les goulots d'étranglement techniques sont les passerelles qui, en l'état actuel de la technologie, permettent à un acteur (ou petit groupe d'acteurs) du marché de contrôler l'accès à ce marché précis ou à des marchés connexes.

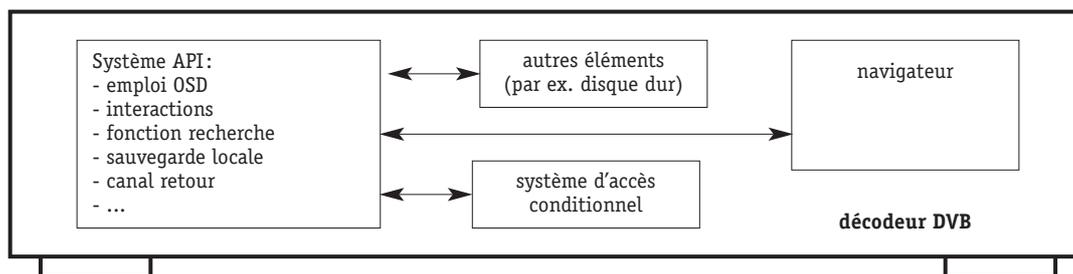
Considérés sous l'angle de l'organisme de radiodiffusion de service public, ces goulots d'étranglement sont des passerelles susceptibles de restreindre voire d'empêcher, au moyen de dispositifs techniques, l'accomplissement de la mission de service public qui comprend notamment une couverture universelle, en privant le téléspectateur de l'accès aux programmes et services de la radiodiffusion de service public.

Prenons l'exemple de la télévision numérique. L'accès du téléspectateur aux programmes et services des radiodiffuseurs publics est tributaire de sa capacité à repérer et recevoir les programmes et services numériques. Il faudra pour cela, d'une part, que les radiodiffuseurs publics emploient une technique qui soit accessible et abordable pour le téléspectateur et, d'autre part, que le téléspectateur puisse acheter un récepteur équipé pour la télévision en clair et la TV payante ainsi que pour des services interactifs complémentaires sans devoir opérer un choix, avant l'achat, entre les services disponibles. Ainsi, lorsque la technologie peut être utilisée par un acteur du marché pour entraver ce processus, le problème du goulot d'étranglement technique se pose à chaque étape de l'acheminement et de la réception.

Pour n'importe quel radiodiffuseur, et pas seulement un opérateur de TV payante, souhaitant offrir au public un service de télévision amélioré ou interactif par le biais d'une plateforme existante, c'est au niveau du décodeur² que se situent les principales barrières d'accès. Pour le consommateur, cela signifie que c'est la technique et la configuration du décodeur qui décident s'il pourra choisir à son aise parmi la variété de services proposés, et y accéder facilement.

¹) Ce document n'est pas un texte officiel de l'UER ou de l'IRT ; il ne contient aucune position officielle de l'UER ou de l'IRT.
²) Le décodeur peut être intégré dans le téléviseur ou se présenter comme un boîtier séparé.

Voici un tableau qui illustre les éléments particulièrement critiques :



- le navigateur fournit le menu de base pour accéder à l'ensemble des services ; son rôle est crucial car c'est lui qui détermine si, où et comment des services tiers peuvent être repérés et sélectionnés, et annoncés ;
- le système d'accès conditionnel permet de recevoir les services cryptés ; son rôle est crucial car c'est lui qui détermine si un service tiers peut être décodé et si la même carte à puces peut être utilisée ;
- le système API permet diverses améliorations importantes (y compris les EPG spécifiques aux radiodiffuseurs) et interactions au niveau des services de radiodiffusion ; son rôle est crucial car il existe sur le marché plusieurs systèmes différents (et de grande complexité) et une multitude de détails doivent être parfaitement synchronisés pour pouvoir visualiser correctement les services sous-jacents ;
- d'autres éléments comme les disques durs sont également cruciaux car il n'existe pratiquement pas de normes quant aux gestionnaires de sauvegarde et à la capacité de conserver des contenus ou d'y accéder. Prendre le contrôle de ces importantes fonctions ne sera donc pas une tâche aisée pour les radiodiffuseurs.

Qui dit interopérabilité dit normes techniques communes et ouvertes, permettant aux fabricants d'être compétitifs au niveau des prix, de la qualité et des fonctionnalités et de donner à leur tour la possibilité aux fournisseurs de contenus de faire jouer la concurrence entre eux pour capter l'attention du public. Il y a interopérabilité lorsque tous les radiodiffuseurs peuvent librement accéder à chacun des éléments mentionnés ci-dessus qui composent le décodeur et dont ils ont besoin pour assurer leurs services.

2. Aspects concrets

Tout goulot d'étranglement au niveau de l'accès se traduira par une limitation ou un gel de la concurrence et diminuera la variété des programmes diffusés. La faible interopérabilité qui prévaut actuellement a un certain nombre de conséquences :

- baisse d'intérêt du consommateur pour la télévision numérique et, partant, peu de motivation dans la chaîne de distribution de détail ;
- disponibilité d'un choix plus limité de services en clair pour l'ensemble des consommateurs ;
- hausse des coûts de production du service, renforçant dès lors la position dominante ;
- ralentissement dans le passage de l'analogique au numérique (tous les téléspectateurs ne sont pas disposés à s'abonner à des services payants).

Pour illustrer cela, prenons l'exemple suivant :

Dans un pays donné, un radiodiffuseur a dû utiliser la plateforme de TV payante - intégrée verticalement - de son concurrent pour desservir les foyers TV recevant les services numériques par satellite. Lorsque ce radiodiffuseur a introduit de nouvelles chaînes d'information TV, l'opérateur de plate-forme a placé celles-ci défavorablement sur la liste de service du navigateur du décodeur, favorisant de ce fait ses propres chaînes. En conséquence, le premier problème spécifique relatif à l'accès était de trouver une place adéquate, c'est-à-dire équitable et non discriminatoire, dans un navigateur contrôlé par un radiodiffuseur concurrent. Dans un marché de détail ouvert il n'y aurait pas de liste de navigation biaisée et le consommateur pourrait adapter la liste à ses préférences. Pour remédier en l'espèce à ce problème et compenser le mauvais emplacement, le radiodiffuseur a décidé de diffuser une petite application de TV ouverte simultanément avec ses principaux programmes, afin d'informer le téléspectateur

des nouveaux services et de lui permettre d'y accéder directement en zapping. Mais l'opérateur de la plateforme n'a pas autorisé le radiodiffuseur à activer la fonction zapping, bien que cela fût techniquement possible. Là encore, le fait que le concurrent contrôle la plateforme a été à l'origine du problème d'accès. Un décodeur API distribué par un marché de détail ouvert aurait permis n'importe quelle forme de conditionnement et de présentation des programmes, y compris les fonctions zapping ; la méthode a, du reste, fait ses preuves dans certains marchés ouverts (c'est le cas par exemple du décodeur de la plateforme allemande "Free Universe Network" ou encore des décodeurs utilisés dans les pays nordiques). Ce genre de scénario à EPG multiples permettrait au consommateur d'opter librement pour ses EPG favoris.

3. Effets des stratégies réglementaires pour éviter les goulots d'étranglement

Les principales stratégies pour garantir l'interopérabilité et éviter les goulots d'étranglement, qui consistent :

- à imposer l'obligation d'accorder l'accès aux infrastructures existantes (de tous types),
- à encourager, si nécessaire exiger, l'emploi de normes européennes communes de type ouvert,
- à encourager, si nécessaire exiger, des marchés de détail ouverts pour les décodeurs,

ont concrètement des effets très divers et un degré d'efficacité variable, comme nous allons le voir plus loin.

Simple réglementation de l'accès

Une pure réglementation de l'accès peut suffire dans le cas de quelques opérations techniquement simples (par ex. placer le service dans une liste de navigation) mais elle ne fonctionnera pas pour des services plus complexes. Pour les radiodiffuseurs tiers, le marché vertical typique se présentera ainsi :

- dans des marchés verticaux, les équipements subventionnés mis à la disposition de l'utilisateur final sont conçus pour servir les modèles commerciaux des opérateurs de plateformes. Mais les fournisseurs de programmes tiers restent largement sur leur faim ;
- les systèmes utilisés jusqu'à présent dans les marchés verticaux sont des solutions propriétaires, ce qui signifie que le savoir-faire adéquat n'est pas communément disponible. Même une technologie aussi répandue que celle de l'"Open TV" est "faite sur mesure" pour chaque plateforme individuelle qui garde ainsi jalousement ses "petits secrets" ;
- du fait qu'il faille protéger les investissements, l'interopérabilité sera encore plus amoindrie (et les goulots d'étranglement encore plus nombreux) que la technique ne le requiert. Résultat : des informations incomplètes données aux fournisseurs de programmes tiers par les opérateurs de plateformes, ou des processus compliqués pour homologuer ou intégrer les services ;
- les systèmes utilisés dans les marchés verticaux varient généralement d'un type de plateforme à l'autre. Un goulot d'étranglement de plus pour les radiodiffuseurs qui souhaitent desservir toute la population, et qui devront de ce fait offrir leurs services dans de multiples formats techniques. Le "re-authoring" c'est-à-dire la conversion automatique du contenu d'une API à l'autre, est une solution que l'on évoque parfois, mais elle n'est pas appropriée car elle est trop compliquée et exige d'importants moyens financiers, sans offrir la garantie d'une qualité suffisante dans son application.

Réglementation par des normes professionnelles

L'emploi de normes communes ouvertes est d'un grand secours pour éviter les goulots d'étranglement.

Des normes communes signifient :

- une infrastructure qui répond, à la base, aux besoins de l'ensemble du marché ;
- un savoir-faire commun et la disponibilité de sources et d'outils technologiques autonomes ;
- des redevances équitables et modiques ;
- des composants techniques à prix réduits du fait de la concurrence et de la production en série.

Notons toutefois, car cela a son importance, que l'application en soi de normes ne conduit pas automatiquement à un accès ouvert car :

- les normes ne couvrent généralement pas l'ensemble de la chaîne technologique (pour l'application de navigateurs, par exemple, il n'existe pas de normes déterminantes, serait-ce uniquement pour trouver les services) ;

- les normes comportent des éléments ouverts à divers modèles de marchés, même fermés (c'est le cas, par exemple, du modèle sécurisé présent dans la MHP, qui permet de verrouiller d'importantes ressources sur un seul fournisseur. La MHP, en d'autres termes, pourrait être incorporée dans un boîtier décodeur de manière à ce que le consommateur ne puisse accéder aux services fournis par des tiers).

Marchés de détail ouverts pour la partie décodeur

Un marché de détail ouvert pour les décodeurs signifie :

- que les fabricants optimisent leurs appareils en fonction des besoins de l'utilisateur final, qui consistent en général à avoir accès, dans les meilleures conditions, à tous les services proposés ;
- que le marché s'oriente vers des normes communément et largement acceptées qui garantissent à l'utilisateur final, comme aux radiodiffuseurs, un bon retour sur investissement ;
- que le prix des décodeurs est au plus bas, grâce à la concurrence.

Quelles conséquences pour la stratégie réglementaire?

Arriver à l'interopérabilité sans goulots d'étranglement est un objectif clé pour les radiodiffuseurs : il ne s'agit pas d'édicter des normes et des règlements pour le plaisir de réglementer et aucune solution d'interopérabilité dictée par le gouvernement n'est *a priori* souhaitable. Mais comme on peut le constater aujourd'hui, de nombreux segments du marché sont encore verrouillés et il est à craindre que d'autres segments de marché, encore plus importants en taille, se fermeront à leur tour (par exemple les réseaux de câblodistribution en Allemagne). L'intérêt des principaux acteurs de ces marchés verticaux n'étant pas focalisé sur l'interopérabilité optimale, le seul moyen d'atteindre les objectifs politiques cruciaux est de réglementer, que ce soit par des mesures d'encouragement ou par des exigences.

Comme indiqué précédemment, de *pures obligations d'accès* ne paraissent pas suffisantes pour dégaier avec efficacité les goulots d'étranglement. Les verrous dans l'infrastructure propriétaire des marchés verticaux ne peuvent pas être assez bien levés par de pures obligations car ces marchés sont pour la plupart trop interdépendants.

Ce sont finalement les *normes* qui auront un rôle décisif pour éliminer le plus possible les goulots d'étranglement. Seules des normes communes et ouvertes pourront s'appliquer dans les divers segments du marché et seules des normes permettront un bon partage du savoir-faire pour pouvoir développer des services compétitifs. Dans le domaine de la radiodiffusion, nous avons à notre actif des décennies d'expériences très positives dans l'utilisation de normes. Et les normes DVB/ETSI ont apporté la preuve, également à l'ère du numérique, qu'un degré encore plus élevé d'interopérabilité en radiodiffusion sur l'ensemble des marchés européens est possible. Le DVB est une réussite, en particulier dans la perspective de la politique industrielle européenne. Par conséquent, nous ne voyons aucune alternative réaliste à employer, autant que faire se peut, les normes existantes pour réaliser l'interopérabilité appropriée. Il se peut néanmoins que les normes ne suffisent pas, dans certains cas, à réaliser l'ouverture. Il faut donc les considérer comme un outil complémentaire plutôt que comme une simple alternative.

Comme cela est souligné plus haut, des obligations d'accès manqueront leur cible dans le cas de services techniquement trop complexes. Et des normes ouvertes communes ne remontent pas tous les maillons de la chaîne technologique. Ainsi, dans des marchés à intégration verticale, il existe encore assez de raisons et de possibilités de créer des goulots d'étranglement, même en présence d'obligations d'accès basées sur des normes communes ouvertes. Par conséquent, une mesure complémentaire, qui consisterait à créer un marché ouvert en déverrouillant complètement le marché des décodeurs, paverait encore mieux la voie vers l'interopérabilité.

4. Quel peut être le rôle du droit de la concurrence à cet égard ?

Dans un "monde parfait" et sur des "marchés parfaits", les forces du marché conduiraient à l'accès aux systèmes d'accès conditionnel, à des API ouvertes et à l'interopérabilité. Sur des marchés très concentrés, tant horizontalement que verticalement, des correctifs sont nécessaires pour que le marché puisse évoluer vers cette "perfection".

Le droit de la concurrence peut offrir des solutions basées sur une supervision des accords horizontaux et verticaux, y compris des concentrations, et sur le contrôle des abus de position dominante, ce qui inclut la théorie de l'installation essentielle.

En particulier les décisions de la Commission dans des dossiers concernant la fusion de plateformes de TV payante ont un grand impact sur l'évolution des marchés de la télévision numérique. Dans certains cas, en l'absence d'une législation spécifique, elles apportent des règles garantissant l'accès aux

marchés. Les affaires *BSkyB/Murdoch* et *Newscorp/Teletipiù*, évoquées ci-dessous, en fournissent une illustration.

Dans le dossier *Newscorp/Teletipiù*, la Commission a imposé aux parties prenantes à la fusion l'obligation d'accès suivante :

"11.1 La plateforme combinée [Sky Italia] s'oblige à accorder aux opérateurs tiers l'accès à sa plateforme par satellite pour permettre à ces opérateurs d'offrir des chaînes qui puissent concurrencer l'offre de détail de la plateforme combinée. L'obligation de la plateforme combinée consistera à fournir les services techniques nécessaires à la mise à disposition des chaînes de télévision en Italie (chaînes de télévision en clair ou payantes, commerciales ou promotionnelles). Ces services seront offerts à des tiers à des conditions équitables, transparentes, non discriminatoires et rentables comme précisé au paragraphe 11.6 ci-après". (Le texte de cette décision n'existant qu'en anglais, ce paragraphe a été traduit par l'UER).

Cette obligation inclut l'accès à des services de gestion d'accès conditionnel pour la ou les technologies d'accès conditionnel et la possibilité d'accéder à tous les décodeurs (vendus ou loués) qu'utilisent les clients réguliers des parties prenantes à la fusion, ainsi que le droit de figurer dans le syntoniseur automatique juste après toutes les chaînes offertes par Sky Italia, et le droit d'être inclus dans le guide électronique de programmes de Sky Italia qui ne pourra être réorganisé sans de justes motifs. Elle comprend également l'accès à l'interface de programme d'application (API) dans la mesure où cela est nécessaire pour mettre au point des services interactifs compatibles avec les décodeurs utilisés par les clients de la plateforme combinée et ce, à des conditions équitables, transparentes, rentables et non discriminatoires³.

La Commission a justifié l'imposition de cette obligation par l'absence de toute réglementation statutaire en raison du quasi monopole de la plateforme combinée⁴.

Les effets du droit de la concurrence sont néanmoins limités pour les raisons suivantes :

- une procédure de fusion est limitée aux *parties qui fusionnent*. Les engagements qui leur sont imposés ne créent pas d'obligations pour les autres participants du marché ;
- la procédure de fusion est soumise à des délais très stricts en vertu de la réglementation en matière de concentrations. Toutefois, pour examiner les engagements et juger s'ils sont appropriés, il faut souvent davantage de temps et une discussion plus transparente avec les tierces parties qui en subissent les effets, car les engagements ont généralement un caractère réglementaire et déterminent le cadre juridique de l'ensemble du marché ;
- la réglementation européenne des concentrations permet d'imposer des engagements de *comportement* tels que des obligations d'accès. Toutefois, elle laisse aux concurrents présents sur le marché le soin de contrôler si ces engagements sont respectés. Et l'on aboutit finalement à un scénario semblable à celui de l'abus d'une position dominante sur le marché ;
- Les décisions concernant les fusions (et d'autres opérations relevant du droit de la concurrence) reposent sur des définitions du marché. Or ces marchés changent très rapidement dans le domaine des médias. Le règlement sur les concentrations ne donne pas une souplesse suffisante pour tenir compte de ces changements une fois la décision rendue.

La fusion *SkyB/KirchPayTV* illustre également ces limites. Dans cette affaire, la Commission a obligé les parties prenantes à la fusion d'accorder aux plateformes concurrentes l'accès à leur plateforme, la *Premiere*, en concluant un accord sur un système simulcrypt. Après qu'une plateforme concurrente eut requis l'accès aux programmes et demandé à conclure pour cela l'accord prévu, c'est à trois arbitres qu'il appartient, en l'absence de toute réaction de la part de *KirchPayTV*, de se prononcer sur la question de savoir, par exemple, comment définir une plateforme au sens de la décision de la Commission et quel niveau de sécurité devra être accepté par la plateforme requérante sur la base de la décision de la Commission. Au jour où la faillite de *KirchPayTV* était prononcée, la juridiction d'arbitrage n'avait toujours pas trouvé de solution.

3) On peut toutefois se demander si ces conditions sont suffisantes. Par exemple, l'engagement n'autorise pas expressément un GEP multiple donnant au consommateur le choix entre le EPG de la plateforme et le EPG fourni par des programmes tiers.

4) Elle en a ainsi décidé malgré le fait que la mise en oeuvre du paquet réglementaire des télécommunications en Italie ne soit prévue que plus tard en 2003. Mais elle a eu raison de ne pas tenir compte de ce détail puisque, à l'heure qu'il est, on ne sait toujours pas au juste quand ce paquet sera adopté (et quel en sera le teneur exacte). L'autorité italienne des télécoms devra examiner le moment venu s'il y a lieu d'imposer un surplus d'obligations à la lumière de ce paquet télécoms.

En ce qui concerne l'abus de position dominante sur le marché, il faut savoir que ce motif est retenu si un acteur du marché et/ou l'autorité de la concurrence est en mesure de prouver qu'il y a eu un tel abus. Cette notion *ex post* s'applique également à la doctrine de l'installation essentielle et ne peut donc pas être considérée comme une mesure correctrice équivalant à une réglementation d'accès (*ex ante*). De surcroît, la sphère d'applicabilité de la doctrine de l'installation essentielle est loin d'être clairement circonscrite à l'heure qu'il est.

L'approche *ex post* s'appliquera aussi aux accords horizontaux et verticaux puisque dès le mois de mai 2004 ceux-ci n'auront plus à être notifiés à la Commission mais feront l'objet d'un contrôle *ex post* sur plainte d'un concurrent, ou *ex officio* de la part de la Commission.

Enfin, il faut savoir que le droit de la concurrence ne tient pas compte d'aspects qui débordent le cadre de la puissance sur le marché, tels que le pluralisme des médias et la diversité culturelle.

5. Quel rôle la réglementation spécifique des médias peut-elle jouer dans ce contexte?

En droit de la concurrence, il est déjà difficile, bien que possible, de définir les marchés pertinents et d'évaluer la puissance sur le marché, particulièrement dans les cas d'une intégration verticale. Il est néanmoins établi qu'une réglementation du marché est nécessaire et cependant insuffisante pour garantir le pluralisme des médias à un degré susceptible d'être maintenu dans le temps. Par conséquent, il faut une réglementation spécifique des médias pour assurer un pluralisme des médias qui soit indépendant de la notion de "puissance significative sur le marché". L'Union européenne ayant des compétences limitées dans ce domaine, c'est donc aux Etats membres qu'il appartient de régler la question pour le moment.

Pour prendre un exemple, les EPG et les API sont directement liés aux programmes du service public et sont nécessaires pour assurer le pluralisme des médias, indépendamment de la question de la puissance sur le marché qu'a un opérateur de réseau. Il serait donc justifié que les Etats membres étendent les obligations d'accès aux applications interactives et notamment aux EPG pour permettre la réception des services de télévision en clair sur l'ensemble des plateformes.

En ce qui concerne la Commission, il y aurait lieu de se féliciter d'une démarche de sa part qui consisterait à appliquer par exemple l'article 18 de la directive "cadre" pour encourager la séparation structurelle de plateformes à intégration verticale en ce qui concerne les décodeurs. Selon toute probabilité, les normes et l'interopérabilité, que nous estimons très utiles, verraient leur utilité démultipliée sur le marché dans son ensemble. Ainsi dégagerait-on le maximum de goulots d'étranglement de la manière la plus "naturelle" qui soit ; autrement dit, on éviterait éventuellement de devoir régler dans le détail les normes à utiliser ou les points d'accès ou encore les modalités d'accès. C'est uniquement sur des marchés de détail ouverts que les avantages inhérents à des normes, et ils sont nombreux, peuvent déployer tous leurs effets dans l'intérêt de tout le marché existant et potentiel.

6. Conclusion

Les obligations d'accès, les normes ouvertes communes et la séparation structurelle du marché des décodeurs sont des mesures complémentaires nécessaires pour atteindre l'interopérabilité, garantir le pluralisme des médias et faire en sorte que les radiodiffuseurs du service public puissent s'acquitter de leur obligations vis-à-vis de tous les foyers équipés de la télévision.

La régulation verticale de la télévision numérique : l'approche italienne

Roberto Viola

Directeur du Service de la Réglementation

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM)¹

Italie

1. Les acteurs des services de télévision numérique

L'autorité italienne de régulation des services de télévision numérique (Délibération n° 435/01/Cons www.agcom.it) identifie trois types d'acteurs principaux dans la distribution de services de télévision (au regard de la chaîne de valeur des communications électroniques) :

- a) les fournisseurs de contenu,
- b) les fournisseurs de services,
- c) les fournisseurs d'infrastructure réseau.

L'agrément accordé aux fournisseurs de contenu est un agrément général soumis à certaines conditions telles que le respect de la législation nationale et européenne (Directive "Télévision sans frontières") relative à l'édition de programmes. L'agrément accordé aux fournisseurs de services (télévision à péage ou services interactifs) est également un agrément général, régi par le Code des communications électroniques (transposition en droit national des nouvelles directives européennes qui sont entrées en vigueur le 15 septembre 2003). L'agrément spécifique accordé aux fournisseurs d'infrastructure réseau leur donne le droit d'utiliser les fréquences de diffusion (dans le cas de la Télévision Numérique Terrestre, TNT). Le droit d'utilisation des fréquences est soumis à des limitations liées à l'intérêt général. Ainsi, les fournisseurs d'infrastructure réseau sont dans l'obligation d'autoriser, de manière équitable et non discriminatoire, les fournisseurs de contenu à utiliser les infrastructures de réseau.

Une entreprise intégrée verticalement est semblable à une "muraille de Chine" : en tant que fournisseur de services, de contenu et d'infrastructure réseau, elle doit obtenir trois agréments différents et remplir les conditions suivantes :

- a) Séparation comptable entre l'édition de programmes et la distribution de services,
- b) Séparation structurelle entre le diffuseur technique et l'éditeur de programmes (ne s'applique que dans le cas des fournisseurs d'infrastructures réseau nationales pour la TNT).

2. Régulation en matière d'interfaces de programmes d'application (API) et de guides électroniques des programmes (EPG)

La Directive européenne n° 95/47/CE² prévoit l'utilisation de systèmes de transmission de signaux de télévision agréés par un organisme de régulation européen reconnu. Cette directive dispose égale-

1) NdT : Autorité pour la Garantie des Communications – organisme italien de régulation.

2) NdT : Directive n° 95/47/CE relative à l'utilisation de normes pour la transmission de signaux de télévision

ment que tout service de transmission doit inclure les éléments suivants : formatage des programmes (encodage audio et vidéo et multiplexage de programmes incluant l'algorithme de cryptage commun) et encodage des canaux (incluant une dispersion d'énergie, si nécessaire). Cette définition exclut les éléments suivants :

- a) Systèmes de contrôle d'accès (CAS),
- b) Guide électronique des programmes (EPG),
- c) Interface de programme d'application (API).

Par conséquent, la plupart des opérateurs de télévision numérique européens ont choisi des normes propriétaires différentes pour les systèmes de contrôle d'accès (CAS) et les interfaces de programme d'application (API). Ce choix a souvent été lié aux problèmes auxquels étaient confrontées les entreprises verticalement intégrées, comprenant notamment, dans la même entité, le transport, le multiplexage et la fourniture de services. Cette intégration verticale a été principalement motivée par les dangers de l'externalisation (appel à des fournisseurs externes) et par une volonté de capture des clients au moyen de frais de transfert élevés dus au manque d'interopérabilité. De plus, les différentes autorités de régulation européennes hésitaient à intervenir pour ne pas décourager les investisseurs attirés par le marché émergent de la télévision numérique, en imposant un ensemble de règles trop restrictives concernant l'interopérabilité des plateformes.

Le nouveau cadre juridique européen, notamment la directive "accès"³, constitue la première étape vers une interopérabilité des services interactifs numériques. Les Etats membres se voient confier la tâche d'inciter les fournisseurs de services de télévision interactive numérique à utiliser une interface de programme d'application (API) ouverte. En outre, la directive européenne dispose que les Etats membres devront encourager les propriétaires d'interfaces de programme d'application (API) à rendre disponible, de manière équitable, raisonnable et non discriminatoire, toutes les informations nécessaires pour permettre aux distributeurs de services de télévision numérique interactifs de fournir tous les services supportés par ladite interface.

Concernant les nouvelles directives européennes de 2002, le Parlement italien a officiellement reconnu, dès 1999, l'importance de l'interopérabilité des services de télévision numérique en adoptant une loi (n° 78/99) relative à l'accès aux différentes plateformes.

En 2000, conformément au principe établi par la loi n° 78/99, l'AGCOM (*Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*) a rendu sa décision n° 216/00/CONS "Determinatione degli standard dei decodificatori e le norme per la ricezione dei programmi televisivi ad accesso condizionato" ("Détermination des normes des décodeurs et des règles générales relatives à la réception de programmes de télévision à accès conditionnel" disponible sur le site Web de l'AGCOM : www.agcom.it). Cette décision définit les règles relatives aux normes de transmission et aux récepteurs de télévision en vue de garantir une interopérabilité de la plateforme en matière de contrôle d'accès (CA), de guide électronique des programmes (EPG) et d'interface de programme d'application (API).

L'AGCOM a notamment imposé aux opérateurs de télévision à péage l'utilisation des technologies Simulcrypt ou Multicrypt afin de permettre aux téléspectateurs d'avoir accès à différentes plateformes à partir du même terminal. La décision n° 216/00/CONS traite également des guides électroniques des programmes (EPG) et des interfaces de programme d'application (API).

Les fournisseurs de services sont dans l'obligation de fournir un accès équitable, raisonnable et non discriminatoire à leurs guides électroniques des programmes (EPG). Deux catégories de guides ont été définies :

- a) un navigateur de base, qui consiste en une liste de programmes compilée par les fournisseurs de services. La liste de programmes doit pouvoir être éditée très simplement par l'utilisateur. De plus, ce navigateur doit permettre un affichage transparent des informations de base du Service DVB (liste des programmes en cours et à venir, identification du canal, identification du bouquet, contrôle parental). Le décodeur doit également être transparent en ce qui concerne le système de télétexte traditionnel,
- b) un guide électronique des programmes (EPG) placé sous la responsabilité éditoriale du fournisseur de services (qui dispose d'une entière liberté concernant le fond et la forme de ce guide) et

3) NdT : Directive relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, qui établit un cadre pour les accords relatifs à l'accès et à l'interconnexion dans l'ensemble de l'Union européenne (directive "accès")

devant être ouvert de manière équitable et non discriminatoire aux diffuseurs de programmes. Dans de très rares circonstances, le distributeur de services a la possibilité de refuser l'accès de son guide électronique des programmes (EPG) à un tiers (par exemple, lorsque le contenu du programme risque d'être contraire à son propre code d'éthique ou aux dispositions générales de la législation en vigueur).

S'agissant de l'interface de programme d'application (API), la décision n° 216/00/CONS ne prévoit pas de norme commune (telle que la norme MHP) qui permettrait aux fournisseurs de services d'utiliser la technologie API propriétaire mais, conformément aux directives européennes, exige de la part des fournisseurs de services utilisant des interfaces de programme d'application (API) non standard qu'ils en permettent l'accès, d'une manière équitable, raisonnable et non discriminatoire et contre une rémunération équitable par rapport au capital investi :

- a) aux informations et aux spécifications relatives auxdites interfaces,
- b) à l'assistance et aux outils de test et de développement nécessaires pour permettre aux fournisseurs d'applications de développer des interfaces de programme d'application spécifiques,
- c) aux décodeurs détenus par des fournisseurs de services et loués par des clients.

Afin de se conformer à la décision n° 216/00/CONS de 2000, les deux opérateurs de télévision à péage par satellite existants, Stream (Telecom Italia et Newscorp) et Tele+ (Canal+), sont parvenus à un accord complexe qui prévoyait l'utilisation de la technologie Simulcrypt pour offrir à leurs clients un accès interopérable. Les deux opérateurs ont mis en place des services de diffusion faisant appel à la technologie Simulcrypt basée sur une Smartcard unique (le client d'une plateforme pourra s'abonner, en qualité d'invité, aux services proposés par l'autre plateforme sans changer de Smartcard) et ont permis un accès mutuel à leurs navigateurs et à leurs guides électroniques des programmes (EPG) de base. Un certain nombre de problèmes techniques et un manque d'intérêt commercial ont empêché la mise en place d'une totale interopérabilité de l'interface de programme d'application (API). Ainsi, les clients ne pouvaient accéder qu'aux services de télévision à la carte et aux services interactifs existants.

Malgré un bon départ des services de télévision numérique proposés en Italie, les deux plateformes ont décidé de fusionner en 2002 sous la pression de frais fixes très élevés en matière de programmation ainsi que d'importantes opérations déficitaires. Cette nouvelle plateforme unique, contrôlée par Newscorp Corporation, porte le nom commercial de Sky Italia et a reçu l'agrément de la Commission européenne avec un certain nombre de conditions. La plateforme s'est notamment engagée à fournir, de manière équitable, non discriminatoire et proportionnelle aux coûts, un certain nombre de services techniques : guides électroniques des programmes, encodage et multiplexage des programmes et accès aux décodeurs loués par les clients. La plateforme a accepté que l'AGCOM statue sur tout litige portant sur les conditions d'accès, et toute décision de ce type prise par l'AGCOM sera appliquée rétroactivement. La plateforme s'est engagée à se doter d'un système de séparation comptable conformément aux recommandations de la Commission européenne. La séparation comptable sera contrôlée par un auditeur indépendant dont le rapport devra être approuvé par l'AGCOM. Actuellement, l'AGCOM traite un litige concernant le caractère équitable des conditions d'accès et de prix que la plateforme propose à un fournisseur de services.

L'accès à la télévision numérique payante en Espagne : une approche complexe

Carles Llorens Maluquer
Universidad Autónoma de Barcelona

Afin de comprendre les effets de la régulation de l'accès sur le marché espagnol, il est important d'appréhender d'abord la situation en matière de régulation des médias et, pour être plus précis, d'analyser la régulation de la propriété des médias.

La régulation de la propriété des médias en Espagne

En Espagne, les règles relatives à la concentration des médias, qui ont été récemment assouplies, portent principalement sur la concentration horizontale dans la radiodiffusion et, plus particulièrement, dans le secteur de la télévision hertzienne. Comme nous allons le voir, seuls les radiodiffuseurs hertziens (numériques et analogiques) sont assujettis à des restrictions concernant la concentration de la propriété des médias sur le marché espagnol de la télévision.

Les restrictions à la propriété constituent la pierre angulaire de la régulation de la radiodiffusion en Espagne. Elles sont établies par la loi sur la télévision privée, adoptée en 1988 et modifiée à plusieurs reprises par les gouvernements successifs. Ces modifications ont été régulièrement effectuées par le biais de lois spéciales sur la fiscalité, l'administration et les affaires sociales ("loi de mesures spéciales"). Des lois de ce type sont adoptées chaque année, en même temps que la loi de finances. La loi de mesures spéciales sert surtout à introduire des amendements à des dispositions existantes. Elle constitue ainsi une "valise" d'amendements. Cette méthode est critiquée par les juristes parce qu'elle prive presque chaque année les opérateurs de télévision de toute certitude juridique.

Par exemple, le Gouvernement espagnol a adopté en décembre 2002 des amendements aux dispositions de la loi sur la télévision privée¹ relatives à la propriété par le truchement de cette loi spéciale. Depuis lors, il n'est plus interdit de détenir plus de 49 % du capital d'une entreprise détentrice d'une licence de télévision. Cependant, l'entreprise qui détient des parts dans le capital d'un opérateur national de télévision hertzienne ne peut participer au capital d'un autre opérateur, quelle qu'en soit la couverture. Une entreprise de télévision ne peut donc plus concilier des activités à l'échelle nationale avec une présence au sein de la télévision régionale et locale. Cependant, des opérateurs de télévision locale et régionale peuvent contrôler d'autres opérateurs de télévision locale et régionale dans une même zone si la population couverte par leurs services n'excède pas une limite fixée au moyen d'un règlement. Ces modifications ont radicalement transformé la situation des opérateurs espagnols de télévision. Deux grands groupes de médias – PRISA et Correo, ce dernier s'appelant désormais Vocento – essaient de constituer un réseau national de télévision terrestre avec des stations locales alors qu'ils détiennent des parts dans le capital de deux radiodiffuseurs nationaux: Canal+ (Prisa) et Tele 5 (Vocento). Leurs prévisions d'expansion en sont devenues incertaines.

1) *Ley 10/1988, de 3 de mayo, de regulación de la Televisión privada* (loi sur la télévision privée 10/1988 du 3 mai 1988).

La position de Berlusconi quant au capital du radiodiffuseur espagnol Tele 5 a été renforcée par l'abrogation de la limite à 49 %. MediaSet détient aujourd'hui 52 % de Tele 5. Les nouvelles règles ont aussi contraint Telefonica à céder sa participation principale dans Antena 3 Televisión au groupe Planeta, le premier éditeur espagnol. Cette cession permet à Telefonica de rejoindre l'actionnariat de Sogecable et de faire fusionner sa filiale de télévision à péage Via Digital avec Canal Satélite Digital. Sogecable était le principal opérateur espagnol de télévision à péage avec la plateforme multichaine Canal Satélite Digital diffusée par satellite, et Canal+, la chaîne de télévision payante hertzienne.

Les nouvelles règles s'appliquent également aux opérateurs du numérique hertzien (Veo TV et Net TV).

Cette dernière réforme de la loi de 1988 sur la télévision privée signifie aussi que les opérateurs espagnols de télévision numérique par satellite ne sont plus assujettis à une quelconque limite en matière de concentration. Avant la réforme, la seule restriction qui s'appliquait à la télévision numérique par satellite exigeait des opérateurs qu'ils observent la limite établie à l'article 19.1 de la loi de 1988 dans sa version originale, qui interdisait à une entreprise de détenir plus de 49 % de parts dans le capital d'un détenteur de licence². Mais comme nous l'avons expliqué plus haut, le Parlement espagnol a levé cette contrainte en décembre 2002 en adoptant la "loi de mesures spéciales", promulguée par la loi de finances 2003.

En ce qui concerne la télévision câblée (numérique et analogique), la situation est plutôt confuse. En effet, la régulation du câble établit un équilibre complexe entre le contrôle de la propriété et la création d'opportunités pour les producteurs indépendants. Le principal outil de régulation de la propriété dans ce secteur est la règle qui empêche une entreprise de contrôler ou de détenir des parts dans le capital d'opérateurs du câble qui couvrent conjointement plus de 1,5 million d'abonnés sur toute l'Espagne. En ce qui concerne les opportunités destinées aux producteurs indépendants, les opérateurs du câble sont tenus de réserver 40 % de leurs capacités d'offre de services audiovisuels à des fournisseurs de contenu indépendants. La loi sur les télécommunications par câble de 1995³ faisait aussi peser d'importantes obligations en matière d'investissement sur les opérateurs du câble. Mais ces dispositions ont été récemment assouplies par le Gouvernement espagnol en raison de la crise des télécommunications et de l'échec du développement d'un marché compétitif du câble en Espagne (le marché du câble représentait 800 000 abonnés à la fin de l'année 2002 d'après les données de la CMT)⁴. Aujourd'hui, deux grands opérateurs, ONO et AUNA, dominent un marché du câble réduit mais en forte croissance.

ONO est détenu à hauteur de 20 % par la Santander Central Hispano Bank, et à hauteur de 50 % par un fonds d'investissement créé par General Electrical, Bank of America et l'entreprise canadienne Capital Communications. Ce groupe disposait de 286 000 abonnés à la fin de l'année 2002 mais affirmait à la mi-octobre 2003 avoir atteint le chiffre de 455 000 abonnés.

AUNA appartient aux producteurs espagnols d'électricité Endesa (35 %) et Unión Eléctrica Fenosa (19 %), ainsi qu'à la Santander Central Hispano Bank (24 %). Son parc d'abonnés s'élevait à 260.000 individus à la fin de l'année 2002.

Nous sommes loin des chiffres de Sogecable. A la fin de l'année 2002, avant la fusion avec Via Digital, Sogecable bénéficiait d'environ 2 millions d'abonnés (1,25 million provenant de Canal Satélite Digital et 755 000 de Canal+)⁵. Après la fusion, Sogecable devint la propriété de Prisa à 20 %, de Telefonica à 22 %, du groupe Canal+ France à 16 %, et de petits actionnaires à 12 %. Les 30 % résiduels ont été mis en vente à la bourse.

On rappellera à cet égard qu'en novembre 2002, le Gouvernement espagnol a imposé 34 conditions à la réalisation de la fusion. Elles étaient destinées, pour les principales, à empêcher la création d'un monopole en matière de droits sur les contenus. Elles ne contenaient aucune référence aux questions liées à la technologie d'accès. Cependant, l'Etat a imposé des conditions strictes pour assurer l'accès

2) *Disposición transitoria cuarta, Ley 17/1997, de 3 de mayo, por la que se incorpora al Derecho Español la Directiva 95/47/CE, de 24 de octubre, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el uso de normas para la transmisión de señales de televisión y se aprueban medidas adicionales para la liberalización del sector* (Quatrième disposition transitoire de la loi 17/1997 sur la mise en œuvre de la Directive 95/47CE sur les signaux de télévision, du 3 mai 1997, amendée par le décret-loi 16/1997 sur la modification de la loi 17/1997, le 13 septembre 1997) modifié par *Real Decreto-ley 16/1997, de 13 de septiembre, de modificación parcial de la Ley 17/1997, de 3 de mayo* (décret-loi 16/1997 du 13 septembre modifiant partiellement la loi 17/1997 du 3 mai).

3) *Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de las Telecomunicaciones por Cable.*

4) *Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones* (Commission du marché des télécommunications).

5) Données provenant de la *Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones* (2003). "Informe Anual 2002". Madrid: *Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*.

des fournisseurs de contenu à la nouvelle plateforme : Sogecable a dû ouvrir 20 % de ses chaînes à de nouveaux opérateurs, c'est-à-dire des opérateurs différents de ceux qui étaient présents sur l'ancienne plateforme. Ces nouveaux opérateurs ne devaient pas être contrôlés par Sogecable ou ses principaux actionnaires. En outre, Sogecable a dû ouvrir sa plateforme et d'autres services associés à des fournisseurs indépendants gérant des chaînes nouvelles qui n'étaient liées ni à lui, ni à ses principaux actionnaires.

L'accès des contenus à la plateforme de satellite devait être assuré à des conditions justes, transparentes et non-discriminatoires. Le prix demandé aux fournisseurs indépendants devait être déterminé par les coûts. Sogecable devait aussi se doter de deux systèmes comptables distincts : un pour l'aspect chaînes et distribution de son activité, et un autre pour la gestion des contenus.

Régulation de l'accès : le débat sur l'interface commune en Espagne

Les opérateurs de télévision numérique hertzienne et par satellite, qui fournissent des services à accès conditionnel, doivent obéir aux dispositions de la loi 17/1997 qui est, en fait, la transposition dans le droit espagnol de la Directive 95/47/CE sur les signaux de télévision.

En 1997, le Gouvernement espagnol essaya de profiter du lancement des nouveaux services de télévision numérique par satellite (Canal Satélite Digital et Vía Digital) pour imposer une interface unique basée sur le système multicrypt. Sachant que Vía Digital avait indiqué sa volonté de recourir à un système multicrypt, le gouvernement adopta le *Decreto Ley*⁶ 1/97 du 31 janvier 1997, le jour du lancement de Canal Satélite Digital (CSD). Ce décret qui imposait l'interface unique conformément à la Directive 95/47/CE fut ratifié par le parlement et devint la première version de la loi 17/97.

Les aspects économiques et politiques de cette décision étaient si étendus qu'elle fit la une des journaux et suscita un débat houleux au parlement. Commença alors ce qu'on appela la "guerre numérique".

La première version de la loi 17/97 avait une portée différente de celle de la Directive 95/47/CE. Alors que cette dernière était destinée à instaurer des normes pour les services avancés de télévision, la loi espagnole visait à protéger le droit du consommateur dans son accès à l'information et à garantir le pluralisme de l'offre de services. Multicrypt était synonyme de pluralisme ; il était plus ouvert que le système simulcrypt. La loi espagnole dispose en son article 7.a que les opérateurs ayant recours au décodeur simulcrypt devaient conclure un accord avec les autres opérateurs afin que l'ensemble des programmes puissent être reçus à travers un décodeur unique. Faute d'accord, une interface devait être ajoutée aux décodeurs simulcrypt dans un délai de six mois afin de les rendre totalement ouverts. Dans le cas contraire, ces décodeurs seraient considérés comme illégaux. Puisque Vía Digital, toujours dans sa phase pilote, avait opté pour le système multicrypt et avait décidé d'ignorer toute proposition d'accord émanant de CSD, les décodeurs simulcrypt de ce dernier se retrouvèrent dans une situation proche de l'illégalité.

Cependant, le Gouvernement espagnol souhaitait imposer une seule norme, multicrypt, en matière de systèmes d'accès conditionnel malgré le fait que la Directive 95/47/CE accepte également simulcrypt. A ce moment, les décodeurs dotés d'une interface commune n'existaient qu'au stade de prototype. Cette situation pouvant être source de confusion pour le consommateur et causer de lourdes pertes financières à CSD, ce dernier déposa une plainte devant la Commission européenne⁷ en même temps que le Parti socialiste.

Les quatre mois de bras de fer qui s'ensuivirent entre le Gouvernement Aznar et la Commission européenne se terminèrent en septembre 1997 lorsque le Gouvernement espagnol se rendit et décida de modifier la loi. Le *Real Decreto-Ley* du 13 Septembre introduisit deux changements principaux. D'abord, les décodeurs devaient être ouverts et basés soit sur multicrypt, soit sur simulcrypt lorsque les opérateurs avaient réussi à trouver un accord. Ensuite, sans fixer un délai, la loi donnait à la *Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones* (Commission du Marché des Télécommunications - CMT) le pouvoir de superviser les négociations devant permettre aux consommateurs de recevoir toutes les chaînes numériques à travers un seul Décodeur Récepteur Intégré (IRD)⁸. Ces modifications furent intégrées

6) Un *Decreto Ley* est un instrument statutaire provisoire auquel le gouvernement peut recourir en cas d'urgence et de situation exceptionnelle. Il doit être ratifié par le parlement dans un délai de 30 jours.

7) Le Gouvernement espagnol a été récemment condamné par la plus haute juridiction espagnole (*Tribunal Supremo*) à payer EUR 26,4 millions à Sogecable pour les dommages commerciaux subis par ce dernier en raison de l'application illégale pendant six mois de la loi 17/97.

8) Equivalent du set top box ou décodeur.

dans la loi 17/1997 et elles sont toujours en vigueur. Elles ont permis le développement de deux architectures technologiques sur le marché espagnol du satellite numérique : l'un basé sur simulcrypt (Canal Satélite Digital) et l'autre sur multicrypt (Vía Digital).

La fusion des deux plateformes, qui eut lieu six ans plus tard, démontra que ce n'était pas l'architecture des décodeurs qui avait constitué un obstacle à la réception des programmes respectifs des deux plateformes grâce à un seul décodeur. Ce sont plutôt des considérations commerciales et la recherche de la suprématie sur le marché qui avaient empêché une concurrence efficace. Chaque abonné de Vía Digital peut recevoir dans son décodeur le signal du nouveau service de télévision multichânes appelé Digital+, quelque soit l'architecture de son décodeur.

La régulation de l'accès conditionnel en Espagne

La loi 17/1997, qui transpose la Directive 95/47/CE sur les signaux de télévision dans la législation espagnole, dispose en son article 7 que les fournisseurs de services à accès conditionnel dans la télévision numérique hertzienne, câblée et par satellite doivent recourir à des décodeurs qui sont directement et automatiquement ouverts, soit parce qu'ils sont basés sur le système multicrypt, soit parce que leurs propriétaires ont conclu un accord avec les opérateurs de télévision numérique détenteurs de l'autre norme de décodage, simulcrypt. La CMT est compétente pour approuver les accords conclus par les opérateurs. Elle doit veiller à ce que les termes de ces accords soient justes, transparents et non-discriminatoires et qu'ils permettent aux consommateurs de recevoir tous les programmes des services de télévision numérique grâce à un seul décodeur. En l'absence d'accord, la CMT est habilitée à imposer les conditions juridiques, techniques ou économiques qui permettront de rendre les décodeurs directement et automatiquement ouverts.

Bien que la loi 17/1997 ne s'applique pas directement aux EPG (guides électroniques de programmes) et aux API (interfaces de programme d'application) la CMT étudia en 2001 l'impact de l'utilisation d'API diverses sur le marché de la télévision numérique hertzienne. Ses conclusions furent mitigées. Elle reconnut qu'un décodeur unique obligatoire serait avantageux pour les consommateurs et les acteurs nouveaux mais qu'il contribuerait à alourdir les coûts dans un contexte de saturation du marché. Les opérateurs et la CMT conclurent qu'il était préférable de laisser le marché décider de la rapidité de l'installation de la nouvelle génération de décodeurs et de ses spécificités. Cette politique fut de mise jusqu'à la faillite de Quiero, l'opérateur de télévision numérique hertzienne payante. Depuis lors, le gouvernement encourage la coordination entre les industriels fabriquant les décodeurs et appareils de télévision et les producteurs de contenu pour développer la télévision numérique hertzienne. Pour cela, les autorités espagnoles ont encouragé les fabricants à réduire le prix de leurs premiers adaptateurs de télévision analogique-numérique. Philips a ainsi pu annoncer dans une campagne publicitaire avant Noël la mise sur le marché d'un adaptateur simple au prix de EUR 200.

La question de l'accès dans le nouveau projet de loi⁹ sur les télécommunications

Le débat actuel devant le Parlement espagnol concernant une loi générale sur les télécommunications constitue l'actualité en matière d'accès.

La nouvelle *Ley General de Telecomunicaciones* (loi sur les télécommunications traite de tous les aspects des télécommunications à l'exception des contenus transmis par les radiodiffuseurs et les fournisseurs de services de la Société de l'Information. Ce texte vise à harmoniser la législation espagnole avec le nouveau cadre européen des communications. A terme, il transposera les six principales directives de ce Cadre européen dans la législation espagnole. Il adopte aussi les nouveaux principes inscrits dans ce Cadre: une concurrence libre mais contrôlée, la libéralisation, des pouvoirs accrus aux Autorités Nationales de Régulation, des garanties de service universel, etc.

Les systèmes d'accès conditionnel (CAS), les guides électroniques de programmes (EPG) et les interfaces de programmation (API) sont traités dans la 7^e disposition additionnelle du projet de loi sur les télécommunications. En ce qui concerne la régulation des systèmes d'accès conditionnel, il semble que le nouveau texte s'en tienne aux règles inscrites dans la loi 17/97. Il explique qu'un futur *reglamento* (règlement) imposera "certaines conditions à l'accès conditionnel aux services numériques de radio-

9) Note de l'éditeur: peu après la rédaction de cet article, la nouvelle *Ley General de Telecomunicaciones* (loi 32/2003 sur les télécommunications du 3 novembre 2003) a été finalement adoptée (voir IRIS 2004-1: 11).

diffusion et de télévision diffusés à l'attention des téléspectateurs et auditeurs ainsi qu'à tous les opérateurs de réseaux publics de communications électroniques".

Le projet de loi prévoit aussi dans la deuxième partie de la 7^e disposition additionnelle que la CMT pourra imposer des obligations aux fournisseurs d'interfaces de programmation et de guides électroniques de programmes afin de faciliter l'accès juste, non-discriminatoire et raisonnable à ces moyens à condition que cela soit nécessaire pour garantir l'accès des utilisateurs aux services de radiodiffusion numérique.

Enfin, la quatrième partie de la 7^e disposition additionnelle crée la possibilité d'imposer de futures obligations de service public aux opérateurs de services de radio et de télévision dont les réseaux sont dominants si "un nombre significatif d'utilisateurs finaux de ces réseaux" s'en servent comme moyen principal de recevoir des programmes de radio et de télévision. Ces obligations doivent poursuivre des objectifs d'intérêt public rigoureusement et clairement définis. Elles doivent aussi être proportionnées, transparentes et régulièrement évaluées.

Documentation et information sur l'atelier

Vue d'ensemble de la régulation des goulots d'étranglement liés au progrès technique dans le domaine de la télévision numérique dans le cadre de la nouvelle directive "accès"

Natali Helberger

Institute for Information Law (IViR), University of Amsterdam

Il existe plusieurs goulots d'étranglement liés au progrès technique susceptibles d'entraver la fourniture de services de télévision numérique et il est probable qu'à l'avenir d'autres ressources, jusqu'ici insoupçonnées, apparaîtront avec le progrès technologique et l'élaboration de modèles économiques pour la commercialisation de services d'information (voir Glossaire de la télévision numérique). Pour y répondre, la CE a adopté la directive "accès" qui prévoit des dispositions spécifiques relatives à la régulation des goulots d'étranglement dans le domaine de la télévision numérique. Les auteurs de la directive "accès" ont annoncé leur intention de créer une approche horizontale et homogène de la régulation des goulots d'étranglement techniques, dont les goulots d'étranglement liés au progrès technique dans le domaine de la télévision numérique. A y regarder de plus près toutefois, on constate que la directive est loin d'être une approche homogène indépendante de la technologie. Au contraire, elle mobilise différents concepts réglementaires pour différents types de goulots : l'article 6 traite plus particulièrement de l'accès des radiodiffuseurs à un système CA (accès conditionnel) en place, l'article 5(1)b porte sur les EPG (guide de programme électronique) et les API (interface de programme d'application) et les articles 8 à 13 se penchent plus globalement sur l'accès à des ressources techniques dans le secteur des communications. Le présent document donne une rapide vue d'ensemble de l'état du droit en matière de goulots d'étranglement techniques dans le domaine de la télévision numérique en vertu de la nouvelle directive.

Article 6

Obligation d'accès

L'article 6 et l'annexe I de la directive "accès" prescrivent une obligation d'accès absolue et inconditionnelle : "tous les opérateurs de services d'accès conditionnel (...) doivent : proposer à tous les diffuseurs à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires (...) des services techniques permettant que leurs services de télévision et de radio numériques soient reçus par les téléspectateurs ou auditeurs autorisés par l'intermédiaire de décodeurs gérés par les opérateurs de services (...)". En d'autres termes, les opérateurs de dispositifs CA ne sont pas habilités à choisir librement leurs cocontractants et les conditions d'accès. Le simple fait de contrôler une ressource CA entraîne une obligation d'accès inconditionnelle – inconditionnelle dans le sens où l'article 6 ne précise pas de raisons permettant de refuser légitimement l'octroi de l'accès. A la différence d'autres concepts existants d'accès aux ressources (notamment dans le droit de la concurrence dans le domaine des télécommunications et en général), l'obligation d'accès est ici absolue. D'emblée, l'accès n'est pas subordonné à l'existence d'une structure de marché particulière, que ce soit une "puissance significative sur le marché" (PSM) ou le niveau d'intégration verticale: tous les opérateurs de dispositifs CA sont tenus d'octroyer un accès, indépendamment des conditions réelles du marché ou de la force économique de l'opérateur des installations.

Champ d'application

Il convient tout d'abord de noter que les dispositions prévues à l'article 6 reposent sur la distinction entre services de radiodiffusion¹ et services ne relevant pas de la radiodiffusion, et que l'article se réfère exclusivement à l'accès conditionnel aux services de transmissions télévisées et radiophoniques² numériques (anticipant ainsi la disparition de la radiodiffusion analogique)³. En outre, l'article 6 et l'annexe I s'intéressent exclusivement aux fournisseurs de services de radiodiffusion à accès contrôlé, excluant par là même les fournisseurs de services de la société de l'information (SI) ainsi que les opérateurs de réseaux proposant leurs propres bouquets de services à accès contrôlé. Cette distinction peut avoir des conséquences pratiques importantes. En effet, les plateformes modernes de télévision numérique ne prennent pas seulement en charge des services de radiodiffusion mais aussi, et de plus en plus, des services autres que de radiodiffusion, tels que ceux offerts par des opérateurs de télécommunications et du câble et, surtout, des services SI. Les signaux des services SI sont transmis parallèlement au signal de radiodiffusion et sont reçus via le même équipement grand public. En conséquence, les fournisseurs de services de télécommerce ou de télévision avancée, par exemple, dépendent de l'accès au système CA au même titre que les opérateurs de télévision à péage pour fournir leurs services⁴. Toutefois, il ne peut être présenté de plainte au titre de l'article 6 de la directive "accès" car l'annexe 1 reste fondée sur la notion de "radiodiffusion".

Aux termes de l'article 6, un "système d'accès conditionnel" s'entend de "toute mesure et/ou disposition techniques subordonnant l'accès sous une forme intelligible à un service protégé de radio ou de télévision, à un abonnement ou à une autre forme d'autorisation individuelle préalable" (article 2(f) de la directive "cadre"). Ainsi la directive définit l'accès conditionnel en général comme une combinaison de ressources matérielles et logicielles destinée à contrôler l'accès aux services radiophoniques et radiodiffusés. Elle n'opère pas de distinction entre les différentes composantes du système CA. On peut supposer que l'accès aux éléments individuels du système CA s'inscrit dans l'obligation d'accès générale. La question est de savoir si l'article 6 peut également servir de fondement aux plaintes pour avoir accès de façon dégroupée aux composantes individuelles du système CA, en particulier celles qui sont aussi requises (pas nécessairement avec contrôle d'accès) par les prestataires de services numériques afin de fournir des services aux consommateurs. Il peut être cité comme exemple : accès au système d'exploitation, au navigateur ou à l'explorateur du récepteur numérique, accès à la carte à puce pour établir un système de paiement électronique, accès au SMS pour rechercher des données sur les consommateurs (sous réserve de compatibilité avec la loi sur la protection des données). Manifestement, la définition ne recouvre pas les fonctionnalités ne relevant pas de l'accès conditionnel comme l'EPG ou le multiplex, ou les fonctionnalités du récepteur numérique qui ne sont pas spécifiquement liées au processus de chiffrement/déchiffrement. Autrement dit, par exemple, l'accès requis par les opérateurs de radiodiffusion numérique non chiffrée au récepteur numérique pour l'utiliser comme convertisseur numérique ou à l'EPG ne relève pas de l'article 6 (cf. l'explication exposée à l'article 5(1)b de la directive "accès").

Interopérabilité

Outre la question de la liberté d'accès aux ressources CA de tiers se pose celle de l'interopérabilité des systèmes CA concurrents. Actuellement, quelques indices laissent présager que l'interopérabilité des systèmes CA concurrents pourrait bien revêtir une plus grande importance pratique que la question de l'accès au décodeur. La raison en est que la plupart des fournisseurs de services à accès contrôlé actuellement présents sur les marchés européens sont des fournisseurs commerciaux relativement

1) Directive du Conseil du 3 octobre 1989 visant la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle (89/552/CEE), JO L 298, 17 octobre 1989, p. 23, amendée par la Directive du Parlement européen et du Conseil 97/36/CE du 30 juin 1997, modifiant la Directive du Conseil 89/552/CEE visant la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, JO L 202, 30 juillet 1997, p. 60, article 1a : "on entend par 'radiodiffusion télévisuelle' l'émission primaire, avec ou sans fil, terrestre ou par satellite, codée ou non, de programmes télévisés destinés au public. Est visée la communication de programmes entre entreprises en vue d'une rediffusion à l'intention du public. Ne sont pas visés les services de communications fournissant, sur appel individuel, des éléments d'information ou d'autres prestations, tels que les services de télécopie, les banques de données électroniques et autres services similaires".

2) L'article 4c de la 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, JO L 281, 23 novembre 1995, 51, ne s'appliquait pas à la radiodiffusion sonore.

3) Article 6 et annexe I de la Directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive "accès"), JO L 108, 24 avril 2002, p. 7 (directive "accès") ; article 2(f) de la Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, JO L 108, 24 avril 2002, p. 33 (directive "cadre").

4) En vertu du nouveau cadre, l'élargissement du champ d'application de l'article 6 est limité par des dispositions procédurales strictes et suppose la participation de la CE, articles 6(2) et 14(3) de la directive "accès".

importants de services de contenu exploitant leurs propres systèmes CA propriétaires. En vertu de la directive, "les utilisateurs finaux doivent bénéficier de l'interopérabilité, laquelle est un objectif important du présent cadre réglementaire"⁵.

Ni la directive "cadre" ni la directive "accès" n'imposent légalement aux contrôleurs CA d'assurer l'interopérabilité de leurs systèmes. Il a été avancé que la prescription d'une méthode précise d'interopérabilité pourrait ralentir l'évolution technologique et l'essor du marché en imposant des normes communes trop tôt. Au lieu de cela, l'élaboration et la mise en œuvre de normes communes ont été laissées entièrement à l'initiative du secteur, comme le travail du DVD group. A ce jour toutefois, la croissance des solutions d'interopérabilité portées par le secteur est modeste. Seul un petit nombre de systèmes dispose d'une interface commune permettant d'assurer l'interopérabilité des systèmes (solution multicrypt). Quand des solutions d'interopérabilité existent, on a généralement affaire à des accords simulcrypt⁶.

Article 5 – Accès aux EPG et aux API

L'élargissement supplémentaire du champ d'application de l'article 6 est limité par des dispositions procédurales strictes et suppose la participation de la Commission européenne⁷. Dans certains cas toutefois, les ARN (autorités réglementaires nationales) peuvent décider d'instaurer des obligations d'accès pour les EPG et les API si cette mesure "est nécessaire pour assurer l'accès des utilisateurs finaux à des services de transmissions radiophoniques et télévisées numériques" (article 5(1) de la directive "accès")⁸.

Champ d'application

Il s'agit là encore d'une approche axée sur une ressource et spécifique à une technologie centrée sur quelques ressources précises associées à la plateforme de télévision numérique (tout en excluant, par exemple, les technologies d'accès similaires sur les plateformes 3G).

Ne rentrent absolument pas dans le champ d'application de l'article 5(1)b les aspects relatifs au contenu, comme le mode de classification ou de présentation des services d'information dans un EPG. Le fournisseur d'un service de télévision à péage numérique ne peut exiger que son service soit présenté en bonne position ou dans un bouquet thématique donné dans un EPG. Telle est la conclusion que l'on peut tirer de l'article 6(4), qui énonce que la disposition s'applique sans préjudice de la possibilité laissée aux Etats membres d'imposer des obligations en rapport avec la présentation des guides électroniques de programmes et des outils de présentation et de navigation similaires. Cela dit, il importe de noter que les aspects relatifs à la présentation d'un EPG sont cruciaux en termes d'accessibilité et, le cas échéant, de mode d'accessibilité pour les utilisateurs finaux. Dans la pratique, il s'avérera donc très difficile d'opérer la distinction entre l'accès à l'EPG et les modalités de présentation.

Obligation d'accès

Les autres indications sont floues. La directive laisse ouverte la question de savoir si les ARN sont tenues d'imposer une obligation d'accès inspirée de l'article 6 ou si l'article 5 ouvre la voie à l'application de la panoplie de mesures plus souples et plus variées établies aux articles 8 à 13 (ex. : imposition d'obligations de divulgation d'informations techniques et de spécifications ou de mise en œuvre d'une norme API commune, si ces mesures sont nécessaires pour garantir l'accessibilité). Ainsi que l'a judicieusement fait remarquer Oftel dans sa réponse à la décision de la Commission sur les marchés pertinents de produits, "il peut être plus approprié d'utiliser l'article 8 de la directive sur l'accès conditionnel plutôt que l'article 5 de ladite directive, compte tenu que cette voie permettrait l'imposition des obligations visées aux articles 8 à 13 de la directive sur l'accès conditionnel aux opérateurs PSM". La nécessité d'une approche plus large et plus souple en application des articles 8 à 13 se manifeste avec d'autant plus de netteté dans le cas de l'"accès à l'API" : ici, l'"accès" à l'intergiciel peut juste s'interpréter comme le fait que le récepteur numérique peut recevoir le signal mais pas le traiter en raison d'incompatibilités logicielles. Au lieu de cela, les concepteurs d'applications doivent avoir identifié, avant l'envoi de l'application au récepteur numérique, les spécifications de l'API, le langage uti-

5) Directive "accès", considérant 9.

6) Se référer au rapport de la Commission européenne sur le développement du marché de la télévision numérique dans l'Union européenne présenté dans le cadre de la 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, 9 novembre 1999, COM(1999)540, p. 18-20 et rapports pays.

7) Article 6 (2) et 14 (3) de la directive "accès" ; articles 5, 7 et 8 de la décision 1999/468/CE du 28 juin 1999 établissant les procédures d'exercice des compétences d'exécution conférées à la CE, JO L 184, 17 juillet 1999, p. 23.

8) Article 5(1)b de la directive "accès".

lisé, etc. Ou alors l'API doit reposer sur une norme commune ou ouverte. Pareilles obligations rentrent clairement dans le cadre de l'article 12, alors que l'article 6 se borne à l'"accès" au sens strict.

Interopérabilité

Dans son document de travail sur les obstacles à un accès généralisé aux nouveaux services et applications de la société de l'information par l'intermédiaire de plateformes ouvertes dans le domaine de la télévision numérique et des communications mobiles de troisième génération, l'UE a souligné que "le degré d'ouverture d'une plateforme de fourniture de services est déterminé par ses API, qui peuvent utiliser des normes ouvertes, des logiciels ouverts ou des technologies propriétaires"⁹. L'article 18(1) de la directive "cadre" doit s'interpréter dans ce contexte. Il dispose :

"Afin de promouvoir la libre circulation de l'information, le pluralisme des médias et la diversité culturelle, les Etats membres encouragent (...)

(a) les fournisseurs de services de télévision numérique interactive distribués au public de la Communauté sur des plateformes de télévision numérique interactive, quel que soit le mode de transmission, à utiliser une API ouverte ;

(b) les fournisseurs d'équipement de télévision numérique avancée mis en place pour recevoir des services de télévision numérique interactive sur des plateformes de télévision numérique interactive à se conformer à une API ouverte selon les exigences minimales des normes ou spécifications pertinentes."¹⁰

La Commission se réserve le droit d'intervenir et d'imposer la mise en œuvre de normes obligatoires relatives à l'API (uniquement), conformément à la procédure décrite aux articles 18 (3) et 17 (3) et (4) de la directive "cadre". Dans ce contexte, la Commission a inscrit les normes MHP dans la liste des normes établie à l'article 17 de la directive "cadre"¹¹. Ainsi, le nouveau cadre réglementaire régissant les communications électroniques exige un examen de la mesure dans laquelle l'interopérabilité et la liberté de choix sont respectées dans les Etats membres au plus tard en juillet 2004 (article 18(3) de la directive "accès"). Il convient toutefois de noter que la clause de révision porte exclusivement sur les API destinées aux services de télévision interactive numérique – nouvelle preuve que la directive "accès" est bien éloignée de son objectif affiché de suivre une approche indépendante de la technologie. Les API destinées aux dispositifs de communication mobile ne sont pas couvertes par exemple. Par ailleurs, la directive fait mention des services de télévision avancée, continuant ainsi de faire référence aux services de télévision et non plus généralement aux services d'informations électroniques, y compris les services SI. Par conséquent, il n'est pas possible d'établir clairement si les fournisseurs de services SI axés sur Internet (ex. : fourniture d'un accès Internet via des plateformes de télévision numérique) peuvent s'appuyer sur l'ouverture de l'API dans la même mesure que les fournisseurs de services de télévision interactive. Une autre question est de savoir si cette mesure arrivera en temps utile ou si l'évolution du marché rendra les initiatives suivantes obsolètes.

Articles 8 à 13 – accès aux goulots d'étranglement autres que ceux visés aux articles 5 et 6

Les goulots d'étranglement techniques restants peuvent tomber sous le coup des articles 8 à 13 de la directive. Cette catégorie est désignée sous l'appellation commune de "réseaux de communications électroniques et ressources associées" et englobe essentiellement l'ensemble des ressources au niveau de l'infrastructure de communications pouvant intervenir dans le processus de transmission de signaux. Le terme "réseaux de communications" s'entend de toutes les ressources au niveau du réseau qui permettent l'acheminement de signaux par câble, par voie hertzienne, par moyen optique ou par d'autres moyens électromagnétiques, comprenant les réseaux satellitaires, les réseaux terrestres fixes et

9) Commission européenne, communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité social et économique européen et au Comité des régions sur les obstacles à un accès généralisé aux nouveaux services et applications de la société de l'information par l'intermédiaire de plateformes ouvertes dans le domaine de la télévision numérique et des communications mobiles de troisième génération, Bruxelles, le 9 juillet 2003, COM(2003) 410 final, p. 11.

10) Se reporter également au considérant 31 de la directive "cadre". Article 24, annexe VI de la Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, JO L 108, 24 avril 2002, p. 51 (directive "service universel"), qui porte plus globalement sur la question de l'interopérabilité des équipements grand public et d'un algorithme européen commun d'embrouillage pour la réception en clair ainsi que les solutions d'interopérabilité des récepteurs de télévision analogiques et numériques.

11) UE, liste des normes et/ou spécifications relatives aux réseaux de communications électroniques, aux services de communications électroniques et de ressources et aux services associés conformément à l'article 17 de la Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, JO C 331, 31 janvier 2002, p. 32, chapitre VIII.

mobiles, la boucle locale, l'Internet, les réseaux utilisés pour la radiodiffusion sonore et télévisuelle et les réseaux câblés de télévision¹². Le terme "ressources associées" renvoie aux services avancés aux niveaux supérieurs de la chaîne de distribution technique qui soutiennent la fourniture de services de communications¹³ via des réseaux¹⁴. Il peut s'agir, par exemple, de systèmes de soutien opérationnel, de systèmes de conversion de numéros, de services d'itinérance et de commutation.

S'agissant de l'ouverture des plateformes de télévision numérique, les articles 8 à 13 peuvent s'appliquer à trois catégories de goulots d'étranglement :

- les goulots d'étranglement qui ne sont pas visés aux articles 5 et 6 de la directive, comme le réseau haut débit, le canal retour, l'accès aux systèmes CA qui contrôlent l'accès à des services interactifs avancés ne relevant plus de la définition classique de la radiodiffusion, les fonctions non liées à l'accès conditionnel du récepteur numérique ou les récepteurs numériques conçus exclusivement pour la réception des services sans accès conditionnel (convertisseur numérique, système d'exploitation, mémoire récepteur numérique), le codeur et le multiplex, etc. ;
- l'ensemble des services qui ne sont pas clairement visés à l'article 6 de la directive, ou pour lesquels les deux réglementations sont susceptibles de se recouper (ex. : systèmes CA contrôlant à la fois l'accès aux services SI et aux services de radiodiffusion numérique). Dans ce dernier cas, les différentes ARN peuvent décider d'interpréter l'article 6 au sens strict afin de ne couvrir que les dispositifs CA contrôlant exclusivement l'accès aux services de radiodiffusion et appliquer les articles 8 à 13 aux autres goulots d'étranglement ;
- l'accès des joueurs qui n'est pas visé aux articles 5 et 6, en particulier les fournisseurs de services SI et les fournisseurs de services autres que de radiodiffusion qui fournissent des contenus radiodiffusés ou similaires (ex. : opérateurs de réseaux de télécommunications ou de câble possédant leurs propres offres de services avancés).

Obligation d'accès

Les articles 8 à 13 mettent en œuvre un concept souple pour la régulation de l'accès aux goulots d'étranglement techniques. Plutôt que de fixer des goulots d'étranglement et des obligations prédéfinis, ce sont les ARN qui doivent identifier les goulots d'étranglement critiques à la lumière de la conjoncture réelle et choisir les remèdes efficaces et proportionnés. En outre, cette nouvelle approche souple stipule que les différentes ARN ne doivent imposer des obligations d'accès *ex ante* spécifiques que dans la mesure où celles-ci sont indispensables pour assurer le bon accès et l'interopérabilité dans une conjoncture donnée, par opposition à l'obligation d'accès absolue prévue à l'article 6. La nature de l'obligation dépendra là encore des exigences de la conjoncture réelle (approche souple ou "boîte à outils"). La panoplie d'initiatives facultatives dépasse clairement le champ d'application de l'article 6, car celle-ci ne se limite pas à l'accès à la ressource elle-même mais porte également sur l'accès aux interfaces techniques ou aux systèmes et initiatives de soutien opérationnel qui favorisent activement l'interopérabilité et la compatibilité de ressources et services concurrents. Certaines initiatives envisagées sont destinées à ouvrir l'accès au marché en amont des services aux consommateurs tandis que d'autres visent à stimuler la concurrence sur le marché des ressources lui-même (notamment les obligations exigeant l'accès aux spécifications techniques et aux technologies clés requises pour fournir ses propres services).

Tel qu'appliqué au secteur de la télévision numérique, il peut s'agir de l'obligation de fournir l'accès à des éléments de réseaux précis, au niveau quatre des réseaux câblés nationaux par exemple (accès aux foyers des consommateurs), à condition qu'il soit toujours entre les mains de l'opérateur de câble dominant (tel est le cas par exemple de Deutsche Telekom en Allemagne), ou à des installations de câble à haut débit. Pour autant que la CE définisse un marché pour les services auxiliaires et techniques de radiodiffusion en gros (y compris l'accès conditionnel pour les services ne relevant pas de la radiodiffusion), il peut s'agir de l'obligation de renseigner les développeurs d'applications de télévision avancée sur les capacités logicielles spécifiques d'un récepteur numérique nécessaire pour appliquer des formats de contenu spécifiques en dehors des formats de contenu de base (ex. : ShockWave ou HTML dynamique) pour qu'ils puissent développer des applications multimédias perfectionnées pour un environnement de récepteur numérique. L'obligation de fourniture d'accès aux systèmes de soutien opérationnel peut être applicable à l'accès au système d'exploitation d'un récepteur, à la carte à puce ou à la télécommande.

12) Directive "cadre", article 2(a).

13) La directive "cadre" définit le "service de communications" comme le service fourni normalement contre rémunération qui consiste entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques, y compris les services de télécommunications et les services de transmission sur les réseaux utilisés pour la radiodiffusion, mais qui exclut les services consistant à fournir des contenus à l'aide de réseaux et de services de communications électroniques ou à exercer une responsabilité éditoriale sur ces contenus. (article 2(c) de la directive "cadre").

14) Directive "cadre", article 2(e).

Champ d'application

A la différence de l'ancien principe de fourniture d'un réseau ouvert (ONP), la régulation de la liberté d'accès n'est plus restreinte à certains goulots d'étranglement spécifiques prédéfinis (à l'exception de l'accès conditionnel pour les services de radiodiffusion numérique). Les articles 8 à 13 de la directive "accès" instaurent une nouvelle approche souple: les ARN sont habilitées à déterminer les circonstances dans lesquelles certaines ressources sont considérées comme des goulots d'étranglement potentiels entravant l'entrée sur le marché ou la concurrence. Théoriquement, les articles 8 à 13 ne qualifient donc pas automatiquement certaines ressources de goulots d'étranglement comme c'était le cas dans le cadre de la précédente approche ONP et comme c'est toujours le cas en vertu de l'article 6. Au contraire, les articles 8 à 13 évaluent la question de la maîtrise des goulots d'étranglement à la lumière d'une conjoncture particulière et subordonne l'évaluation définitive aux répercussions qu'aurait un refus d'octroi de l'accès sur la concurrence et les intérêts des utilisateurs finaux. En d'autres termes, il revient en principe aux différentes ARN de repérer les situations de goulots d'étranglement critiques, y compris peut-être les conflits d'accès pour le secteur de la télévision numérique, notamment les situations ne tombant pas sous le coup des articles 5 et 6. Cela dit, afin de pouvoir appliquer les articles 8 à 13, la Commission doit avoir défini des marchés pour les installations auxiliaires de radiodiffusion numérique, car les définitions des marchés formulées par la Commission établissent les limites de l'activité réglementaire des ARN.

Le seul marché de services de radiodiffusion numérique que la Commission a jusqu'à présent inclus dans sa décision sur les marchés pertinents de produits est un "marché de gros pour les services de transmission radiodiffusée et les réseaux de distribution, pour fournir du contenu radiodiffusé aux utilisateurs finaux". Il est permis de croire que cette définition ouvre la voie au contrôle par les ARN de l'accès aux réseaux de transmission (câble haut débit, récepteur de satellite, etc.) et du multiplex comme partie intégrante de l'infrastructure de transmission générale pour la télévision numérique. Le canal retour ne rentre pas dans cette définition car il n'est pas utilisé pour la transmission de services de radiodiffusion. Tel qu'indiqué précédemment, ne figurent pas non plus dans la décision de la Commission les services et ressources associés nécessaires à la fourniture de services de radiodiffusion numérique sans accès conditionnel ou sur abonnement (services auxiliaires ou associés¹⁵). Manifestement, la Commission juge que les articles 5 et 6 suffisent pour remédier aux goulots d'étranglement dans le domaine de la télévision numérique¹⁶ avec pour conséquence un vide réglementaire considérable pour tous les services et ressources d'accès par passerelle existants et potentiels dans le domaine de la télévision numérique qui ne sont pas visés aux articles 5 et 6. Ce point concerne en particulier l'important secteur des services SI fournis via les plateformes de télévision numérique.

Interopérabilité

La possibilité d'imposer une obligation d'accès en ce qui concerne les technologies clés si lesdites technologies causent un goulot d'étranglement entravant la fourniture de services interopérables est un élément important de la nouvelle directive. Avec la nouvelle orientation logicielle de nombreux goulots d'étranglement dans le domaine de la télévision numérique (les anciens "goulots d'étranglement traditionnels" étaient principalement axés sur le matériel, comme les réseaux de transmission), les questions d'interopérabilité doivent s'étendre à l'harmonisation des différentes normes logicielles: lorsque la technologie clé est une affaire de logiciel plutôt que de matériel, l'obligation d'accès prescrira probablement l'octroi d'une licence technologique à un tiers. Ces technologies clés pour le secteur de la télévision numérique pourraient être par exemple des diffuseurs de médias et des modules d'extension nécessaires à la transmission en continu de contenu aux consommateurs (ex.: RealPlayer de RealNetworks), les droits de logiciels de personnalisation intelligents pour récepteurs numériques, un système de paiement électronique intégré dans la carte à puce, ou une conception EPG classique qui est la plus appréciée des consommateurs. L'importance des obligations de compatibilité s'accroît lorsque des effets de réseau entrent en jeu, car les consommateurs sont susceptibles de privilégier les services compatibles avec la plateforme la plus prisée.

15) L'article 2(e) de la directive "cadre" définit les ressources associées comme des ressources associées à un réseau de communications électroniques et/ou à un service de communications électroniques, qui permettent et/ou soutiennent la fourniture de services via ce réseau et/ou ce service ; elles comprennent les systèmes d'accès conditionnel et les guides électroniques de programmes.

16) Recommandation de la Commission du 11 février 2003 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* conformément à la Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, JO L 144, 8 mai 2003, p. 45 et exposé des motifs, p. 37.

Vue d'ensemble de la nouvelle directive "accès"

Article 6	Article 5.1 (b)	Articles 8 à 13
Accès conditionnel	API et EPG	Réseaux de communications et ressources associées
Compétence partagée par les législateurs nationaux, tribunaux, autorités réglementaires nationales et autorités de concurrence	Comme article 6?	Vaste champ de décision et d'intervention offert aux autorités réglementaires nationales
Contrôle <i>ex post</i>	Comme article 6?	Obligations <i>ex ante</i>
Goulots d'étranglement prédéfinis	Comme article 6?	Définition souple des goulots d'étranglement en fonction de la structure du marché et sous réserve de changements technologiques opportuns
Obligation d'accès absolue imposée à tous les fournisseurs d'accès conditionnel, en principe indépendamment de la puissance sur le marché et du niveau d'intégration verticale	Obligation imposée aux opérateurs d'assurer un accès dans des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires	Initiatives spécifiques en vue/conséquence des structures à concentration verticale
Le principe de l'accès autorisé prévaut	Comme article 6?	Le principe de l'accès négocié prévaut
L'obligation d'accès est prédéfinie. La définition des autres conditions est laissée à l'interprétation de la notion générale des termes "équitable, raisonnable et non discriminatoire"	Comme article 6?	Les obligations réelles dépendent de la nature du problème
Les mesures complémentaires se limitent à l'obligation de tenir des comptes financiers distincts sur les activités en tant que fournisseur d'accès conditionnel	Sans objet	La liste des obligations <i>ex ante</i> possibles va au-delà des dispositions relatives à l'accès et s'étend aux initiatives afin de préparer le terrain pour des négociations d'accès équitable dans un environnement concurrentiel (ex.: obligations de transparence et réglementation des prix)
Objectifs: <ul style="list-style-type: none"> • Concurrence au niveau du service • Continuité et stabilité par rapport aux systèmes existants au niveau de l'accès conditionnel • (déréglementation) 	Objectifs: <ul style="list-style-type: none"> Assurer l'accès des utilisateurs finaux à des services de transmissions radiophoniques et télévisées numériques 	Objectifs: <ul style="list-style-type: none"> • Concurrence au niveau du service • Concurrence au niveau des infrastructures • Innovation, investissement au niveau des infrastructures • Déréglementation
Les questions d'interopérabilité sont laissées exclusivement au secteur	La Commission se réserve le droit d'intervenir et d'imposer la mise en œuvre de normes relatives à l'API (uniquement), conformément à la procédure prévue aux articles 18 (3) et 17 (3) et (4) de la directive "cadre"	Possibilité donnée aux autorités réglementaires nationales d'imposer des obligations en matière d'interopérabilité et de compatibilité
Enjeu: liberté d'accès aux systèmes CA en place	Enjeu: accès des utilisateurs finaux à des services de transmissions radiophoniques et télévisées numériques	Enjeu: concurrence globale

Atelier : Limites verticales – Nouveaux défis pour la régulation des médias

samedi, 27 septembre 2003

Organisée par
L'Institut du droit de l'audiovisuel et l'Observatoire européen de l'audiovisuel
Avec le soutien de l'EMR

Présidence : Nico van Eijk (IViR)

Ordre du jour :

Bienvenue et introduction
Susanne Nikoltchev (Observatoire) et Nico van Eijk (IViR)

***Accès à la télévision numérique : les conditions techniques et leurs implications
pour les spectateurs, les consommateurs, les utilisateurs finaux et les citoyens***
Orateur : Alexander Scheuer, EMR

Discussion

***Les goulots d'étranglement techniques entre les mains des acteurs dominants intégrés verticalement
– Problème ou moteur de l'économie fondée sur la connaissance ?***
Oratrice : Natali Helberger, IViR

Discussion

Perspectives économiques
Orateur : Jules Theeuwes, ENCORE, WRR

Discussion

Solution possible I : l'extension de l'obligation d'accès aux EPG et plateformes de service
Orateur : Wolfgang Schulz, HBI

Discussion

***Solution possible II : le contrôle des goulots d'étranglement techniques –
des arguments en faveur de la loi sur la propriété des médias ?***
Orateur : Tom Gibbons, Université de Manchester

Discussion

Solutions possible III : l'exemple américain
Orateur : Jim Speta, Northwestern University School of Law

Discussion

Conclusions

Participants et organisateurs de l'atelier

Participants

- Francisco Cabrera** Observatoire européen de l'audiovisuel
76 Allée de la Robertsau
67000 Strasbourg
FRANCE
Francisco.Cabrera@obs.coe.int
- Nico van Eijk** Institut du droit de l'audiovisuel (IViR)
Université d'Amsterdam
Rokin 84
1012 KX Amsterdam
PAYS-BAS
vaneijk@jur.uva.nl
- Adrian Fikentscher** Union européenne de radio-télévision
Ancienne Route 17A
1218 Grand Saconnex (Genève)
SUISSE
daj@ebu.ch
- Sjoerd van Geffen** Institut du droit de l'audiovisuel (IViR)
Université d'Amsterdam
Rokin 84
1012 KX Amsterdam
PAYS-BAS
geffen@jur.uva.nl
- Eric Genot** Direction du Développement des Médias
Service du Premier Ministre
Hôtel de Clermont
69, rue de Varenne
75348 Paris 07 SP
FRANCE
e.genot@ddmedias.pm.gouv.fr
- Tom Gibbons** University of Manchester
School of Law
Manchester M13 9PL
ROYAUME-UNI
Tom.Gibbons@man.ac.uk
- Alison Harcourt** Centre for European Studies
University of Bradford
Bradford
BD7 1DP
ROYAUME-UNI
A.Harcourt@bradford.ac.uk
- Natali Helberger** Institut du droit de l'audiovisuel (IViR)
Université d'Amsterdam
Rokin 84
1012 KX Amsterdam
PAYS-BAS
helberger@jur.uva.nl

- Achilleas Kemos** Commission européenne
DG Société de l'Information
Développement politique et cadre de réglementation
Avenue de Beaulieu
BU33 07/13
1049 Bruxelles
BELGIQUE
Achilleas.KEMOS@cec.eu.int
- Carles Llorens Maluquer** Universidad Autónoma de Barcelona
Communication Science Faculty
08193-Bellaterra (Barcelone)
ESPAGNE
carles.llorens@uab.es
- Ad van Loon** Institut du droit de l'audiovisuel (IViR)
Université d'Amsterdam
Rokin 84
1012 KX Amsterdam
PAYS-BAS
loon@jur.uva.nl
- Tarlach McGonagle** Institut du droit de l'audiovisuel (IViR)
Université d'Amsterdam
Rokin 84
1012 KX Amsterdam
PAYS-BAS
mcgonagle@jur.uva.nl
- Klaus Merkel** Institut für Rundfunktechnik GmbH (IRT)
Informations- und Datendienste
Floriansmühlstraße 60
80939 Munich
ALLEMAGNE
merkel@irt.de
- Susanne Nikoltchev** Observatoire européen de l'audiovisuel
76 Allée de la Robertsau
67000 Strasbourg
FRANCE
Susanne.Nikoltchev@obs.coe.int
- Alexander Scheuer** Institut du droit européen des médias (EMR)
Nell-Breuning-Allee 6
66115 Sarrebruck
ALLEMAGNE
a.scheuer@emr-sb.de
- Wolfgang Schulz** Hans Bredow Institut
Heimhuder Straße 21
20148 Hambourg
ALLEMAGNE
ws@hans-bredow-institut.de
- Jim Speta** Northwestern University School of Law
357 East Chicago Avenue
Chicago, IL 60611
USA
j-speta@northwestern.edu

Jules Theeuwes

ENCORE
Faculté d'Economie
Université d'Amsterdam
Roetersstraat 11
1018 WB Amsterdam
PAYS-BAS
J.J.M.Theeuwes@uva.nl

Roberto Viola

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM)
Centro Direzionale
Isola B5
Torre Francesco
80143 Naples
ITALIE
r.viola@agcom.it

Organisateurs

Pour IViR :

Anja Dobbblesteen
Nico van Eijk
Natali Helberger
Tarlach McGonagle

Pour l'Observatoire :

Francisco Cabrera
Susanne Nikoltchev

Avec le soutien de l'EMR :

Alexander Scheuer

Déjà paru dans la série **IRIS Spécial** :

IRIS Spécial

La corégulation des médias en Europe

La corégulation comme alternative aux formes de gouvernance traditionnelles



- Qu'est-ce que la corégulation ?
- Quel peut être son rôle dans le secteur audiovisuel ?
- Existe-t-il un cadre juridique communautaire pour cet instrument ?
- Quels sont des exemples concrets de corégulation dans le secteur audiovisuel ?

Si la nécessité de réglementer certains médias et services est à l'ordre du jour depuis un certain temps, l'instrument de régulation adéquat a également été au cœur des débats. De ces questions a émergé l'idée de recourir à des formes de régulation "alternatives" en marge ou en remplacement des mesures traditionnelles (lois parlementaires, règlements, directives, etc.), actuellement à l'étude.

Au nombre de ces instruments, qui répondent à des notions qu'il n'est pas toujours aisé de cerner, on peut citer l'autocontrôle, l'autorégulation et la corégulation. Cette dernière fait justement l'objet de cet IRIS Spécial.

ISBN 92-871-5140-7, EUR 27 - Disponible en français, anglais et allemand.

IRIS Spécial

La compétence juridique en matière de radiodiffusion en Europe

Compte rendu de table ronde & sélection de documents de référence

- Droits à la liberté pertinents
- Emergence d'un cadre législatif en matière de radiodiffusion
- Soustraction à la législation et sujets connexes
- Innovations technologiques
- Résolutions des différends

Le compte rendu *La compétence juridique en matière de radiodiffusion en Europe* entrelace plusieurs fils thématiques qui sont trop souvent envisagés séparément. Il mesure le manque de définitions pertinentes à partir de problèmes actuels, ainsi que les sources possibles de divergence interprétative, susceptibles d'engendrer de futurs problèmes. Tout cela est complété par un panorama d'articles pertinents traitant des services de communication voisins et par des suggestions pour renforcer les structures et les systèmes pour la résolution des différends concernant la compétence juridique en matière de radiodiffusion.

ISBN 92-871-4853-8, EUR 27 - Disponible en français, anglais et allemand.



IRIS Spécial

La télévision et la concentration des médias

Modèles de réglementation aux niveaux national et européen



- Etude juridique comparative des restrictions à la concentration des médias
- Modèles de réglementation de cinq Etats européens
- Réglementation communautaire
- Comparaison avec les Etats-Unis et la Fédération de Russie

Cette publication de droit comparé étudie la question de *la télévision et la concentration des médias* sous un angle juridique. Elle englobe la télévision analogique et numérique dans l'ensemble des moyens de diffusion (terrestre, par satellite et par câble).

Elle a pour but de présenter des modèles alternatifs de réglementation en matière de concentration des médias, en exposant leurs particularités et la façon dont ils se sont développés dans cinq grands marchés européens de la télévision. Pour parfaire la compréhension de cette question, une réflexion sur la réglementation, ainsi que la mise en œuvre pratique de chacun de ces modèles sont également abordées.

ISBN 92-871-4594-6, EUR 27 - Disponible en français, anglais et allemand.

Vous trouverez de plus amples informations en consultant notre site Internet : www.obs.coe.int

ou contactez l'Observatoire européen de l'audiovisuel : tél. +33 (0) 3 88 14 44 00 - fax +33 (0) 3 88 14 44 19 - E-mail obs@obs.coe.int