IRIS plus
OBSERVATIONS JURIDIQUES
DE L'OBSERVATOIRE EUROPEEN DE L'AUDIOVISUEL

Des avancées dans le débat sur le « *must-offer* » ?

L'exclusivité dans les médias et la communication

par Alexander Scheuer et Sebastian Schweda

EDITORIAL

« Nous sommes bien positionnés ! » Cette phrase, qui connaît une popularité croissante, se veut une expression d'optimisme : l'espoir, pour une entreprise ou un secteur économique, de réussir à saisir les opportunités qui se présentent sur les nouveaux marchés, ou celui de rester sur la voie du succès malgré les bouleversements du marché. Les marchés concernés peuvent être limités par des critères géographiques, techniques ou de contenu. Actuellement, dans le secteur audiovisuel, les radiodiffuseurs s'affrontent ainsi pour prendre part aux multiples formes de distribution des services de médias et se placer sur les nouveaux marchés qui apparaissent.

Afin d'être bien positionnée, une entreprise souhaitant proposer des services de médias a besoin avant tout de contenus susceptibles d'intéresser les consommateurs. Pour s'assurer un départ prometteur, elle doit être en mesure d'offrir ces contenus en exclusivité, et donc de posséder un droit exclusif de les diffuser. Dans le même temps, elle doit aussi se placer sur le marché des *réseaux* de diffusion. Il lui faut en effet trouver un moyen de communication qui lui permettra d'accéder au client pour convertir en espèces sonnantes et trébuchantes ses droits exclusifs. C'est là le thème de cet IRIS *plus*, qui éclaire les différentes dimensions de l'exclusivité dans les médias et les communications.

La présente publication se saisit d'un débat actuel : celui de savoir si l'obligation de distribution de contenus précis (« *must-carry* ») doit être remplacée par une obligation d'offrir certains contenus (« *must-offer* »), ou tout du moins être complétée par un dispositif de ce type.

Il existe d'ores et déjà une approche législative allant dans ce sens. Cet article étudie notamment l'impact d'un tel changement de paradigme du point de vue du droit de la concurrence, mais s'intéresse aussi aux tensions qui existent entre droit de la concurrence et droit d'auteur. Cet important numéro d'IRIS *plus* est indissociable de l'IRIS *plus* 2008-4 consacré à l'évolution de la chronologie des médias audiovisuels, qui abordait une autre facette de la notion d'exclusivité.

Strasbourg, octobre 2008

Susanne Nikoltchev
Coordinatrice IRIS
Responsable du département Informations juridiques
Observatoire européen de l'audiovisuel

IRIS *plus* est un supplément à **IRIS,** *Observations juridiques de l'Observatoire européen de l'audiovisuel,* **Edition 2008-10**

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

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

IRIS plus
OBSERVATIONS JURIDIQUES
DE L'OBSERVATOIRE EUROPEEN DE L'AUDIOVISUEL

Des avancées dans le débat sur le « *must-offer* » ?
L'exclusivité dans les médias et la communication

Alexander Scheuer/Sebastian Schweda,
Institut du droit européen des médias (EMR), Sarrebruck/Bruxelles

I. Introduction

1. Manifestations et signification de la notion d'exclusivité dans les médias

Pour le secteur des médias et de la communication, l'exclusivité est un concept central, notamment d'un point de vue économique. Il suffit d'observer une seule catégorie de médias, par exemple la presse, pour percevoir en permanence ce désir particulier de se démarquer de la concurrence, chacun veillant à ce que tel article « exclusif » paraisse dans son journal, et seulement dans celui-là. Dans le domaine du journalisme d'investigation, en particulier, on s'efforce depuis toujours de prendre toutes les mesures nécessaires, du début de l'enquête à la publication, pour que la concurrence « n'ait pas vent de l'affaire ». La presse essaie en outre de s'assurer la couverture exclusive de certains événements spectaculaires en acquérant par exemple le droit d'« exploiter exclusivement » les récits des personnes qui en ont été témoins[1]. Dans une large mesure, il s'agit d'*exclure* les concurrents en les privant de contenus particulièrement attrayants et de l'avantage concurrentiel qui en résulte. Ces considérations valent bien sûr également pour les rapports entre la presse, les radiodiffuseurs et Internet, dès lors que ces médias d'information et de divertissement se trouvent en concurrence.

Comme dans le domaine de la presse, la course à l'exclusivité demeure – du moins jusqu'à présent – un phénomène déterminant dans le secteur audiovisuel. Un télédiffuseur peut ainsi souhaiter se lier à un studio au passé brillant et/ou à l'avenir prometteur, au moyen de contrats d'acquisition anticipée (« *output deals* »). Les producteurs de films, de leur côté, ont intérêt à collaborer de façon exclusive avec certains scénaristes, directeurs de la photo, acteurs ou metteurs en scène. En matière d'exploitation des œuvres audiovisuelles, un modèle d'exclusivité a également prévalu pendant longtemps – ce point a été étudié tout récemment dans la présente série de publications[2]. Pris dans la durée, ce modèle a adopté la forme d'une stratification des exploitations successives par plusieurs médias (« fenêtres médiatiques »). Les sociétés de distribution peuvent adopter des pratiques discriminatoires ou abusives dans leurs rapports commerciaux avec les différents exploitants de cinéma, et de cette façon faciliter ou compliquer l'accès aux droits de représentation pour chaque exploitant du marché[3].

Pour les contenus relevant des médias audiovisuels qui ont caractère d'œuvre, le droit d'auteur constitue la base juridique de l'exclusivité. En effet, il relève précisément du droit exclusif de l'auteur de l'œuvre, de pouvoir décider de l'exploitation de sa création, et de priver éventuellement d'autres acteurs de son utilisation. Ce droit est complété par des clauses visant à protéger d'autres prestations en rapport avec les œuvres – notamment les règles concernant les droits (d'exploitation) des radiodiffuseurs[4].

Mais considérons maintenant la question du point de vue du droit de la concurrence : il apparaît tout aussi clairement que sur le marché spécialisé de l'achat de programmes, l'un des facteurs clés de succès, à côté des droits des films d'appel (« *premium* »), réside dans le caractère exclusif des droits d'exploitation d'événements sportifs importants en télévision gratuite ou à péage. Ceci s'applique également, de façon croissante, aux nouveaux canaux de diffusion tels qu'Internet ou la téléphonie mobile.

Il est intéressant de noter que l'on assiste actuellement à une forme d'abandon de l'exclusivité au niveau de l'exploitation des films de cinéma dans les « nouveaux médias » ; le même phénomène se profile dans le secteur musical. Ainsi, pour l'exploitation sur le segment de la vidéo à la demande (VoD), les studios n'exigent généralement pas que leurs contenus soient visibles chez un seul fournisseur ; bien souvent, ils octroient des licences non exclusives. De plus, comme on l'a déjà signalé, l'exclusivité dans le temps tend actuellement à s'assouplir au profit d'une exploitation simultanée en DVD et VoD, selon le principe « *day and date*[5] ».

2. L'exclusivité dans le secteur des communications électroniques / Rapport avec la diffusion des médias audiovisuels

L'exclusivité a connu de longues années d'existence dans le secteur des communications, ne serait-ce que parce que certains services n'étaient souvent disponibles que sur un réseau précis. Par suite de la convergence des canaux de diffusion et des services, convergence qui s'est trouvée accélérée par le passage au numérique, ce modèle se trouve aujourd'hui largement remis en cause. Pourtant, on constate encore de nos jours les mêmes « tendances à l'exclusion » dans ce domaine. Le secteur de la téléphonie mobile en fournit un bon exemple : le prix très bas des téléphones s'accompagne d'un lien exclusif qui associe le client et utilisateur du service à l'un des « opérateurs de son réseau national » pour une période définie à l'avance (on parle de « verrouillage SIM »). Lors de la mise sur le marché de certains téléphones portables jugés particulièrement attractifs, on assiste par ailleurs à la conclusion d'accords n'autorisant qu'un seul opérateur du marché national à proposer le terminal convoité en liaison avec un contrat de services[6].

A l'origine – et pendant longtemps – le mode de distribution exclusif[7] des émissions radiodiffusées a été le mode terrestre. Les satellites et les réseaux câblés, plus récemment le réseau (ouvert) d'Internet, la télévision IP (*Internet Protocol Television*, avant tout par ADSL) et la téléphonie mobile sont venus compléter l'offre. D'une manière générale, les radiodiffuseurs ont manifesté la volonté de prendre en compte ces nouveaux modes de transmission disponibles. Chez les radiodiffuseurs publics, ceci résultait avant tout de leur mission première (technique) de service public : garantir aux téléspectateurs et aux auditeurs une possi-

© 2008, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg (France)

bilité d'accès, indépendamment du mode de réception qu'ils privilégient. Quant aux opérateurs privés, essentiellement financés par la publicité, leur intérêt pour les nouveaux modes de transmission résultait de l'ambition d'obtenir une couverture technique aussi vaste que possible. Cette dernière promettait un potentiel accru et un accès renforcé aux téléspectateurs/auditeurs en tant que cibles du secteur publicitaire (qui est « le » client des radiodiffuseurs).

De par son statut de propriétaire, l'opérateur d'un réseau de télécommunications peut choisir souverainement les services qu'il veut transporter auprès des fournisseurs de son choix – sous réserve toutefois du droit de la concurrence (général ou propre au secteur). Tant que la propriété des réseaux était le fait des radiodiffuseurs eux-mêmes (c'est le cas pour les installations de diffusion terrestres de bon nombre de radiodiffuseurs de service public) ou au contraire de l'Etat (les administrations des postes et télécommunications), il était relativement facile de tenir compte des intérêts de ces radiodiffuseurs en matière d'accès aux infrastructures, que ces intérêts relèvent du droit constitutionnel ou du droit des médias. Puisqu'il régnait une certaine pénurie et que la capacité était insuffisante pour accueillir tous les fournisseurs (potentiels), il fallait prendre des décisions, souvent dès le stade de l'agrément des opérateurs privés. Ceci pouvait s'accompagner d'une certaine dose d'exclusivité, par exemple lorsque certains programmes de télévision n'étaient pas proposés de la même façon sur toutes les plateformes de diffusion. Dans le domaine de la radiodiffusion, il peut même sembler souhaitable d'accepter l'exclusion (au moins temporaire) d'une partie des téléspectateurs, par exemple pour accompagner le développement d'un mode de diffusion dont l'offre de contenus attractifs ne peut se faire que par ce biais.

A l'inverse, de nombreux Etats européens possèdent depuis longtemps une réglementation prévoyant que certains événements majeurs pour la société doivent dans tous les cas être retransmis, ce qui induit une mise en réseau obligatoire de ces événements (obligations de diffuser, « *must-carry* »). La Directive « service universel[8] » de l'UE comprend des dispositions à cet effet (article 31) ; récemment, la Cour de justice des Communautés européennes a également eu l'occasion de prendre position sur une question connexe – la compatibilité de cette obligation avec la libre prestation de services.

Un débat relativement plus vif a vu le jour récemment au sujet de l'approche inverse : une possible obligation de « *must-offer* », qui contraindrait certains fournisseurs de contenus (radiodiffuseurs ou agrégateurs) à proposer leurs chaînes ou leurs bouquets de chaînes aux opérateurs de réseaux ou de plateformes, et aux agrégateurs qui en exprimeraient le souhait, à des fins de diffusion et/ou de commercialisation. Là encore, c'est du droit (européen) de la concurrence que viennent les impulsions en ce sens. Les fournisseurs d'infrastructures aspirent à accéder à des contenus qu'ils jugent susceptibles de plaire au plus grand nombre, et que leurs clients, selon eux, aimeraient trouver sur leur plateforme.

Il peut donc sembler cohérent, dans ce domaine, de ne plus se focaliser sur les contenus isolés – au sens d'*une* émission, par exemple la retransmission de la finale du tournoi de handball féminin des Jeux olympiques – mais sur des chaînes entières et des « bouquets ». A l'heure où la réglementation sur le droit à la réalisation de brefs reportages et sur la retransmission en télévision gratuite d'événements majeurs pour la société est en passe de rejoindre le « répertoire classique » de la réglementation des médias, la notion d'exclusivité devrait se trouver à nouveau battue en brèche avec l'approche « *must-offer* ». Et ce, sans limitation dans le temps, à en juger par la tendance actuelle.

3. Questions

Le présent article retrace le traitement de l'exclusivité en matière de médias et de communications, sur la base du débat sur l'obligation d'offre (*must-offer*).

Pour ce faire, nous aborderons brièvement, dans une première partie les réglementations concernant l'obligation de distribution (*must-carry*). Nous mettrons en évidence le contexte et les lignes de développement de ce type particulier de réglementation, à la croisée du droit des communications électroniques et du droit de l'audiovisuel, puis nous verrons s'il est possible d'en tirer des conclusions pour notre questionnement général (partie II, ci-après). Nous aborderons ensuite le pour et le contre de l'introduction d'une obligation d'offre, en nous appuyant sur les évolutions actuelles de la technologie et du marché (partie III). A cet effet, la législation sur la radiodiffusion de certains pays européens comporte déjà des réglementations de caractère général et abstrait. Par ailleurs, le droit de la concurrence est parfois utilisé, au cas par cas. Dans la pratique, les instances européennes et nationales en charge de la concurrence ont déjà abordé la question des obligations d'offre, et ont souvent approuvé leur imposition (partie IV), le plus souvent dans le contexte de fusions d'entreprises du secteur des télécommunications et des médias. Mais le fait d'imposer des obligations de type « *must-offer* », quelle que soit leur source, n'indique pas encore nécessairement leurs modalités d'application. Outre la question du mode de tarification, une interrogation fondamentale se dégage : au regard du droit d'auteur, quelles sont les possibilités, pour le fournisseur de contenus, d'ouvrir ses chaînes ou ses bouquets à la diffusion sur d'autres modes ou plateformes de diffusion (partie V) ? Notre étude ne saurait évaluer les conséquences des mesures de « *must-offer* » qui ont déjà été prises ; elle ne prétend pas non plus prodiguer sur cette question des recommandations en termes d'action politique. Elle entend bien plus, en s'appuyant sur l'exemple des obligations d'offre, montrer que le thème de l'exclusivité dans les médias et les communications a pris une importance croissante au cours des dernières années (partie VI).

II. Le concept de « *must-carry* », un point de départ ?

Aux débuts de la diffusion par câble en mode analogique, on ne pouvait pas encore parler (du moins en Allemagne) de congestion des réseaux. Le nombre des chaînes susceptibles d'être distribuées par le câble était à l'époque encore très réduit[9]. Ce n'est qu'avec l'apparition de la possibilité de diffuser d'autres chaînes, acheminées par satellite, dans le réseau de la télévision câblée, que l'offre à disposition s'est nettement élargie. Outre la retransmission de chaînes étrangères, qui devenait ainsi possible, les conditions de l'apparition d'autres chaînes privées (thématiques) se trouvaient désormais réunies. Ceci a conduit, dans les années

1990, à un grignotage constant des fréquences câblées encore disponibles. La capacité maximale étant limitée à 33 chaînes environ en raison de la technique d'amplification utilisée, elle allait être atteinte : ce n'était plus qu'une question de temps[10].

C'est dans cet état d'esprit, face à la pénurie croissante des ressources, que des réglementations nationales ont vu le jour dans de nombreux Etats membres de l'UE concernant l'occupation des fréquences du câble existantes[11]. Lors de l'élaboration de ces plans d'occupation, les chaînes d'intérêt général ou possédant une valeur publique étaient prioritaires. Ceci devait avant tout permettre que les contenus distribués, dans leur ensemble, répondent à l'objectif de diversité des chaînes poursuivi par la plupart des législateurs nationaux qui souhaitaient adopter des obligations de type « *must-carry* ».

C'est ainsi qu'en Allemagne, l'article 52, alinéa 1, points 3 et 4 du traité d'Etat sur la radiodiffusion (RStV) conclu entre les Länder, habilite le législateur régional à établir des règles d'occupation pour le réseau par câble analogique, dans le respect de l'intérêt général. Dans de nombreux Länder, cette occupation a été réglementée très tôt par l'imposition d'obligations concrètes de diffusion[12]. Depuis 1999, aux termes de l'article 52, alinéas 2 et 3 du RStV, les réseaux de diffusion par câble proposant parmi leurs services des chaînes de télévision et des services de médias électroniques en numérique, doivent eux aussi prévoir la capacité de diffusion nécessaire pour les chaînes de service public. Ceci vaut également en ce qui concerne la capacité nécessaire aux chaînes de télévision privées à décrochages régionaux. Ces réseaux doivent en outre prévoir la capacité adéquate pour diffuser les chaînes analogiques à programmation régionale ou locale, ainsi que les chaînes d'accès public.

Avec l'adoption de la Directive « service universel » en 2002, une norme communautaire relevant du droit de la concurrence propre au secteur a vu le jour. Dans son article 31, elle affirme son aspiration à une harmonisation des obligations de type « *must-carry* »[13]. A l'occasion de l'affaire United Pan-Europe Communications, la CJCE s'est récemment intéressée à la réglementation belge sur les obligations en matière d'occupation des fréquences du câble dans la région bilingue Bruxelles-capitale, et s'est prononcée sur sa compatibilité avec les dispositions du Traité CE sur la libre prestation de service[14]. Dans son jugement, rendu en décembre 2007, elle a estimé qu'une réglementation qui impose au total la diffusion de 20 chaînes de télévision (nommément citées) n'empiète pas sur le droit de libre prestation de services, dès lors que cette réglementation:

- « poursuit un but d'intérêt général, tel que le maintien, au titre de la politique culturelle de ce même État membre, du caractère pluraliste de l'offre des programmes de télévision dans ce territoire, et
- n'est pas disproportionnée par rapport à cet objectif, ce qui implique que ses modalités d'application doivent relever d'une procédure transparente fondée sur des critères objectifs, non discriminatoires et connus à l'avance. »

La CJCE n'a pas examiné ces obligations nationales à la lumière de l'article 31 de la Directive « service universel », mais sur la base de l'article 49 du Traité CE, car la directive n'était pas encore en vigueur lors de l'adoption de l'arrêté ministériel belge.

Toutefois, la juste application de cette directive a elle aussi donné lieu (et donne encore lieu) à des procédures d'infraction et des décisions à titre préjudiciel ; il s'est agi, pour la Commission ou les juridictions des Etats membres, de clarifier la compatibilité d'une réglementation nationale sur les obligations en matière d'occupation des fréquences du câble avec l'article 31 de la Directive « service universel »[15].

Avec la numérisation croissante des canaux de distribution, les réseaux de câblodistribution sont confrontés à la perspective d'une offre encore accrue de chaînes. En effet, la technologie de compression mise en œuvre pour la diffusion numérique du signal, qui répond à la famille de normes DVB – non seulement pour la transmission par câble (DVB-C) mais aussi pour la transmission terrestre (DVB-T) et par satellite (DVB-S, DVB-S2) –, permet en règle générale de diffuser sur un canal analogique quatre ou cinq chaînes numériques.

Face à cette évolution, l'argument de la pénurie de ressources, destiné à justifier une obligation de rediffusion, s'est trouvé relégué à l'arrière-plan. En outre, la libéralisation des réseaux instituée dans les années 1990 par le cadre juridique communautaire pour les télécommunications, doublé du phénomène de convergence, ont entraîné un fort développement des réseaux permettant de distribuer des contenus radiodiffusés : il est devenu possible, aux termes de la loi, de retransmettre des signaux télévisés via les réseaux de télécommunication autrefois réservés aux services de télécommunication stricto sensu (téléphonie, téléfax et « pure » circulation de données dans des réseaux fermés), et la technologie permet concrètement de le faire – notamment grâce à la technologie DSL fonctionnant à partir de l'IP[16]. Depuis quelques temps, un mode de diffusion supplémentaire existe sous la forme des fréquences consacrées à la télévision mobile.

Au vu des évolutions survenues sur les marchés, mais aussi en matière de droit et de technologie, une question fait débat depuis quelque temps : les obligations de type « *must-carry* » sont-elles encore d'actualité[17] ? Car si les fournisseurs de contenus cherchent eux aussi de nouveaux modes de distribution[18], c'est un plus grand défi encore qui s'impose actuellement aux opérateurs de réseaux et de plateformes : celui qui consiste à pouvoir mettre à la disposition de leurs clients finaux une quantité suffisante de contenus attractifs.

Les obligations de rediffusion servent donc de façon croissante à garantir aux radiodiffuseurs l'accès à une ressource rare. Par conséquent, elles peuvent également être considérées comme un « droit d'accès », spécifique au secteur, à des contenus intéressants. Pour les chaînes toutefois, la réelle motivation est ailleurs : elle réside dans la possibilité de toucher leurs téléspectateurs, selon le mode de réception qu'ils privilégient. Avec l'obligation de diffuser certaines chaînes, le législateur de l'UE veut lui aussi garantir avant tout la réalisation « des objectifs d'intérêt général clairement définis » (article 31, alinéa 1, phrase 2 de la Directive « service universel »). La nature de ces objectifs est définie par le droit des médias des Etats-membres ; là encore, l'argument de la diversité des chaînes offertes aux téléspectateurs joue généralement un rôle essentiel.

Si les obligations de « *must-offer* » sont souvent présentées comme le pendant du concept de « *must-carry* », cette image ne nous renseigne pas encore sur la compatibilité des objectifs de ces

© 2008, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg (France)

deux concepts. L'effet stimulant des obligations d'offre sur le développement de nouveaux modes de distribution semble incontestable. Mais l'introduction d'obligations d'offre peut-elle également contribuer à la concrétisation de la diversité souhaitée par le droit des médias ? Et si oui, dans quelle mesure ? C'est là une tout autre question.

III. Le « *must-offer* », une réponse aux évolutions actuelles ?

A l'échelon européen, le débat sur l'introduction d'une réglementation sur l'obligation d'offre a déjà conduit à une première réaction : une recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe, adoptée en 2007[19], invite les Etats-membres à envisager l'introduction d'obligations d'offre dans leurs législations respectives. Des limitations liées au droit d'auteur doivent toutefois être prises en compte à cet égard :

> « (...) Les Etats membres devraient examiner l'intérêt d'introduire en parallèle à l'obligation de reprise *[must-carry]*, une obligation pour les éditeurs des programmes concernés de ne pas s'opposer à leur reprise *[must-offer]* afin d'encourager les médias de service public et les principales sociétés commerciales de médias à mettre leurs chaînes à la disposition des opérateurs de réseau qui souhaiteraient les diffuser. Ces mesures et les modalités de leur mise en œuvre devraient respecter les règles relatives aux droits d'auteur. »

Cette recommandation rappelle également que lors d'une décision de principe sur l'introduction de ce type de réglementation (« si »), il est indispensable de préciser dans quelles conditions une obligation d'offre peut effectivement être mise en œuvre (« comment »). Dans ce domaine, les questions relatives au droit d'auteur ont leur importance. En outre, il peut être nécessaire de décider – comme dans le cas des obligations de « *must-carry* »[20] – si le dispositif doit donner lieu à rémunération, et le cas échéant, à quelle hauteur.

Mais les radiodiffuseurs voient justement d'un œil sceptique la diffusion via de nouveaux modes de distribution. Dans le cas de la plateforme de télévision en ligne Zattoo, les négociations avec certains radiodiffuseurs bien établis se sont avérées difficiles, ces derniers se refusant à proposer leurs contenus sur ces nouvelles plateformes. Cette attitude ne s'explique qu'en partie par les questions restées en suspens concernant la proportion des droits d'exploitation revenant à chacun : il fallait aussi fixer la rémunération du diffuseur pour la mise à disposition de ses contenus. Pour la plateforme concurrente Joost, les négociations avec des radiodiffuseurs européens ont, elles aussi, été en partie problématiques[21]. Joost envisage d'intégrer de la publicité dans les émissions en cours de diffusion[22] et d'en faire un élément essentiel de son modèle économique, ce qui devrait en outre constituer une pierre d'achoppement pour les établissements de service public financés par des redevances.

De la même façon, le lancement d'une plateforme allemande de télévision mobile répondant à la norme DVB-H s'est trouvé retardé dans un premier temps : le consortium soumissionnaire qui avait obtenu le marché, Mobile 3.0, n'a pas su se conformer à l'obligation de présenter, dans le délai qui lui était imparti, des accords avec les radiodiffuseurs sur la rediffusion des chaînes[23].

Dans quelques cas, des opérateurs de réseaux ou de plateformes ont même clairement « revendiqué » des obligations de rediffusion. Ils souhaitaient éviter que d'autres fournisseurs concluent des accords exclusifs avec les radiodiffuseurs et aient ainsi accès à des chaînes attrayantes[24].

IV. Les obligations de type « *must-offer* »

1. Exigences issues du droit des médias

Des dispositions réglementant l'obligation d'offre existent dans la législation de quelques pays, comme la France, la République tchèque et le Royaume-Uni ; elles obligent certains radiodiffuseurs à proposer leurs programmes aux plateformes de rediffusion à des conditions non discriminatoires[25].

a) France

L'article 34-1-1 de la loi n° 86-1067 relative à la liberté de communication, modifié par la loi n° 2004-669, comprend des dispositions empêchant les radiodiffuseurs terrestres de s'opposer à la reprise de leurs programmes sur les réseaux de câblodistribution. A moins de faire l'objet d'une prolongation, cette réglementation cessera d'être en vigueur cinq ans après la promulgation de la loi n° 2004-669, c'est-à-dire le 10 juillet 2009.

Par une décision du 8 juillet 2008, le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), autorité française compétente, a pour la première fois imposé à un radiodiffuseur une obligation d'offre vis-à-vis d'un opérateur de bouquet par satellite[26]. Le radiodiffuseur Métropole Télévision a dû remettre dans un délai de six semaines une offre commerciale prévoyant la rediffusion de sa chaîne de télévision M6 sur la plateforme *direct-to-home* (DTH) Bis Télévision. Malgré les plaintes d'AB Sat, Métropole avait d'abord refusé d'entrer en négociations avec l'opérateur de la plateforme pour conclure un accord. En revanche, le radiodiffuseur avait octroyé des droits de diffusion à toutes les autres plateformes. Le CSA a jugé que la société ne pouvait motiver son refus en arguant de sa liberté de contracter, et qu'elle devait également proposer M6 à AB Sat, à des conditions identiques et non discriminatoires. L'article 34-1-1 ne pouvait s'appliquer dans ce cas, Bis Télévision n'étant pas un réseau câblé. Le CSA a donc fondé sa décision sur l'article 3-1, aux termes duquel le CSA doit (notamment) concilier la liberté de communication audiovisuelle avec les objectifs d'une libre concurrence et l'établissement de relations juridiques non discriminatoires entre éditeurs de chaînes et distributeurs de services. L'article 17-1 autorise le CSA à prendre des décisions concrètes pour obtenir cet équilibre.

Certains radiodiffuseurs de service public (France 2, France 3, France 4, France 5, Arte) sont en outre soumis à des obligations d'offre, indépendamment du réseau de diffusion utilisé[27].

b) République tchèque

Selon l'article 54, alinéa 3, de la loi relative à la radiodiffusion[28], tous les radiodiffuseurs de service public doivent proposer

leurs chaînes gratuites aux opérateurs de réseaux câblés à titre gracieux. Dans le même temps, cette règle juridique oblige les opérateurs de réseaux à intégrer ces programmes dans leur offre minimale de programmes, et ce, également à titre gracieux.

Outre les radiodiffuseurs de service public, et préalablement à la modification législative survenue le 25 avril 2006, les chaînes privées à diffusion nationale, ainsi que les chaînes locales partageant une fréquence avec l'une de ces chaînes nationales, étaient elles aussi concernées par cette obligation d'offre. En outre, l'obligation ne se limitait pas seulement à l'offre proposée aux câblo-opérateurs, mais concernait tous les opérateurs de réseaux.

c) Royaume-Uni

Les dispositions relatives à l'obligation de « *must-offer* » sont issues des articles 272-276 du *Communications Act* de 2003 (loi sur les communications). Aux termes de cette loi, l'Ofcom (Office of Communications, autorité de régulation du secteur des communications) doit veiller, lorsqu'il fixe les conditions relatives aux licences pour les radiodiffuseurs de service public ainsi que pour les autres diffuseurs ayant le statut de « *must-carry* », à ce que l'offre de programmes numériques de ces derniers soit proposée sur tous les réseaux qui s'y prêtent et soit effectivement diffusée via ces réseaux. Selon l'article 272, alinéa 7, du *Communications Act* de 2003, il s'agit des réseaux de communications électroniques permettant la fourniture de services de communication publics électroniques, et qui sont utilisés par un nombre significatif d'utilisateurs finaux comme moyen principal de recevoir les chaînes de télévision. Dans la formulation des conditions de licence, l'Ofcom doit en outre faire en sorte que les contenus des programmes soient mis à disposition du plus grand nombre potentiel de téléspectateurs, et que les radiodiffuseurs n'exigent aucune rémunération pour la mise à disposition des contenus.

d) Pays dont la législation ne prévoit pas d'obligation d'offre

La plupart des Etats européens n'ont à ce jour pas codifié ce type d'obligations dans la loi. Toutefois, des obligations de « *must-offer* » existent de facto dans beaucoup de pays pour les radiodiffuseurs publics (et parfois privés), car elles découlent de leur mission de service public.

2. Aspects liés au droit de la concurrence

En droit communautaire, une obligation d'offre peut dans le principe s'appuyer sur l'une des bases suivantes : soit les dispositions du droit général de la concurrence, réglementé dans le Traité CE (articles 81 et suivants) et par le règlement CE sur les concentrations[29], soit une norme du droit de la concurrence spécifique au secteur, comme par exemple le cadre réglementaire en matière de communications électroniques.

a) Dispositions du droit de la concurrence propre au secteur

Le cadre réglementaire communautaire établi par l'article 31 de la Directive « service universel » prévoit la possibilité d'imposer aux opérateurs de réseaux des obligations de diffusion pour certains programmes, dans la mesure où ces obligations sont nécessaires « pour atteindre des objectifs d'intérêt général clairement définis » (article 31, alinéa 1, phrase 2 de la Directive « service universel ») ; a contrario, l'exigence inverse (c'est-à-dire une obligation incombant au radiodiffuseur de proposer ses contenus aux opérateurs de réseaux) n'est nullement envisagée à ce jour. Selon toute probabilité, cette situation ne devrait pas se trouver modifiée par l'adoption attendue prochainement du cadre législatif révisé pour les télécommunications[30]. Malgré tout, un Etat membre peut mettre en place ses propres obligations de type « *must-offer* » (voir ci-dessus IV. 1.) – que ce soit dans le cadre d'une politique nationale visant à préserver une concurrence ouverte et non altérée (en l'absence de norme communautaire s'y opposant), ou pour des raisons de garantie de la diversité (sur la base de la compétence législative propre au pays).

b) Droit communautaire général de la concurrence

A l'échelon communautaire, la seule possibilité pour la Commission consiste donc, dans le cadre de ses compétences de contrôle général de la concurrence, à imposer des obligations d'offre par une décision s'appuyant sur les articles 81 et suivants du Traité CE ou du règlement CE sur les concentrations. Une telle intervention de la Commission est envisageable, avant tout pour éviter l'apparition d'ententes illicites au sens de l'article 81 du Traité CE (législation sur les pratiques concertées) qui prendraient la forme, en l'occurrence, de structures de distribution sélectives et verticales, et pourraient voir le jour si des radiodiffuseurs concluaient des contrats exclusifs avec certains opérateurs de réseaux ou de plateformes. De telles ententes pourraient tomber sous le coup de l'interdiction des ententes illicites[31]. Notre article se concentrera toutefois sur l'étude des mesures engagées contre l'abus de position dominante aux termes de l'article 82 du Traité CE, et sur les conditions auxquelles sont soumis les rapprochements d'entreprises dans le règlement CE sur les concentrations.

Mais avant d'étudier ces cas de figure, signalons que lorsqu'une obligation d'offre est imposée dans le cadre d'une procédure pour abus de position dominante, le principe de proportionnalité consigné dans l'article 7 du règlement (CE) n° 1/2003[32] doit être pris en compte. Face à d'éventuels problèmes de concurrence, la Commission peut en outre recevoir un engagement volontaire pris par le fournisseur de contenus (cf. article 9 du règlement dans les cas d'abus de position dominante, ou l'article 6, alinéa 2 et article 8, alinéa 2, sous-alinéa 2 du règlement CE sur les concentrations, en ce qui concerne les concentrations d'entreprises). Ce dernier peut se présenter sous deux formes différentes : l'abandon de l'exclusivité du mode de diffusion, d'une part, et la garantie d'offrir sa propre chaîne à tous les opérateurs de réseaux et de plateformes à des conditions non discriminatoires.

aa) L'abus de position dominante, article 82 du Traité CE

L'article 82, alinéa 2 du Traité CE énumère les cas de figure dans lesquels une entreprise abuse de sa position dominante sur le marché et agit ainsi à l'encontre de la concurrence. Cette liste n'est pas limitative : l'abus est constaté « notamment » dans les cas cités. Le refus d'établir une relation commerciale avec un partenaire acteur du marché est reconnu comme un cas particulier de la discrimination de partenaire commercial évoquée par l'article 82, alinéa 2, lettre c du Traité CE. Dans le domaine qui nous intéresse ici, cette forme de « refus de vente » consiste pour l'essentiel à refuser l'attribution d'une licence pour les contenus de certaines chaînes : si un radiodiffuseur refuse de mettre à la dis-

© 2008, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg (France)

position d'un opérateur de réseau ou de plateforme le contenu de ses programmes, alors même qu'un des concurrents du premier octroie au second un droit similaire, on peut y voir un comportement abusif, auquel il peut être remédié au moyen d'une obligation d'offre (cf. l'affaire Magill et la jurisprudence postérieure de la CJCE, ci-après V.).

bb) Contrôle des fusions : Stream/Telepiù (SkyItalia)

Au sein de la jurisprudence de la Commission européenne, la décision portant sur la fusion de Stream (fournisseur de télévision à péage contrôlé par le groupe américain Newscorp.) avec Telepiù (autre service de télévision à péage italien) est un cas exemplaire de l'imposition d'obligations d'offre.

La Commission a constaté que cette fusion, en donnant naissance à l'entreprise commune SkyItalia, allait entraîner la formation d'un monopole sur le marché italien de la télévision à péage[33]. Dans le même temps, un monopole de la demande (monopsone) allait voir le jour sur le marché en matière de contenus « premium » à haute valeur ajoutée. Dans des conditions normales de marché, cette configuration n'aurait pas pu faire l'objet d'une autorisation. Néanmoins, les coûts particulièrement élevés de la télévision à péage sur les marchés européens, coûts notamment dus aux redevances de licence onéreuses pour l'obtention de droits d'exploitation des contenus à haute valeur ajoutée, constituaient une barrière difficile à franchir pour tout nouveau fournisseur souhaitant accéder au marché, et entraînaient des charges considérables pour les opérateurs déjà présents sur le marché[34]. Les entreprises Telepiù et Stream avaient en outre déjà subi de lourdes pertes entre 1991 et 2001. La Commission a tenu compte de la situation particulière du marché et a retenu l'argument avancé par Newscorp. qui estimait que, faute d'une fusion de sauvetage (*rescue merger*), Stream se verrait évincé du marché pour des raisons de rentabilité. Elle a jugé que l'octroi d'une autorisation assortie de conditions adaptées serait préférable, pour l'utilisateur, à la désorganisation du marché qui résulterait du retrait de Stream.

La Commission a autorisé la fusion en la soumettant à des conditions visant à préserver une concurrence ouverte sur les marchés concernés. Ces engagements, acceptés par Newscorp., concernaient d'une part la structure de l'entreprise, et d'autre part son comportement. Entre autres choses, Newscorp. a été contraint de rendre accessibles ses contenus « vedettes » pour la vente en gros à des tiers diffusant des programmes via d'autres modes de rediffusion que la communication satellite directe DTH. Ces offres doivent être non exclusives et non discriminatoires, et ne doivent pas se présenter sous forme groupée. Cette mesure doit faciliter le maintien ou l'entrée sur le marché pour les fournisseurs de télévision à péage ne relevant pas de la technologie satellitaire qui, dans d'autres circonstances, ne pourraient pas obtenir ces contenus en raison de redevances de licence trop élevées ou de contrats exclusifs trop longs liant les acteurs du marché et les fournisseurs de contenus. Ces fournisseurs ne doivent pas être privés des contenus nécessaires au succès de leur offre de télévision à péage (notamment les retransmissions de matchs de football et les films)[35].

Dans sa décision, la Commission ne se contente donc pas d'ordonner la mise à disposition de telles offres. En exigeant l'instauration d'une offre « de gros », elle prévoit en outre une obligation de rémunération et définit ses modalités, réglementant ainsi la mise en œuvre concrète de l'obligation d'offre. Le prix « de gros » est calculé à partir des prix « au détail » auxquels sont commercialisés les contenus sur la plateforme de Newscorp., déduction faite d'un rabais reflétant les coûts qu'aurait supportés Newscorp. dans le cas d'une commercialisation directe au détail[36]. Newscorps. est tenu de publier une liste de ses tarifs au moins une fois par an, publication qui doit être portée à la connaissance de la Commission[37].

Enfin, le point 10.8 de la deuxième partie de l'annexe de cette décision présente également un intérêt. Il contraint Newscorp., lors de l'acquisition de nouveaux contenus pour exploitation sur des chaînes « premium » via DTH, à faire tout ce qui est en son pouvoir pour obtenir auprès de leur détenteur tous les droits autorisant l'exploitation de ces contenus via d'autres plateformes de télévision à péage. Si cela s'avère impossible pour certains contenus, Newscorp. doit faire son possible, dans les limites du raisonnable, pour pouvoir offrir à un tiers un ensemble de programmes offrant des contenus de substitution adaptés pour ces contenus ne faisant pas l'objet d'une licence de distribution sur les plateformes non DTH.

A ce stade, on voit déjà poindre un dilemme pour les radiodiffuseurs/agrégateurs soumis à des obligations de « *must-offer* », dilemme qui sera étudié plus en détail dans ce qui suit : d'un côté, les dispositions relatives au droit de la concurrence et des médias peuvent les obliger à proposer leurs programmes à des opérateurs de réseaux et de plateformes ; de l'autre, la réglementation relative au droit d'auteur peut les en empêcher.

c) Application du droit de la concurrence au niveau national

aa) Espagne

En 2002, le *Consejo de Ministros* (Conseil des ministres espagnol) a autorisé la fusion de Sogecable S.A. et de DTS Distribuidora de Televisión por Satelite S.A. (Vía Digital), les opérateurs des deux plateformes espagnoles leader en matière de télévision à péage. Elle a toutefois soumis l'opération à une série de conditions[38] définissant des obligations d'offre[39]. Sogecable devait ainsi, pendant une durée de cinq ans, proposer à des tiers au moins une chaîne premium diffusant des films des grands studios, ainsi que toutes les chaînes thématiques produites directement par Sogecable ou pour son compte, à des conditions égales, transparentes et non discriminatoires[40].

De surcroît, dans le cas où Sogecable aurait possédé ou acquis les droits exclusifs de retransmission de matchs de la ligue espagnole de football ou de la coupe d'Espagne de football (« *Copa del Rey* ») ainsi que les résumés correspondants, la société aurait été tenue d'octroyer des sous-licences de ces droits en vue de leur diffusion sur des chaînes de télévision gratuites et à péage[41].

bb) France

(1) Canal+

Dans la décision adoptée en août 2006 par le ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie concernant la fusion des deux plateformes de télévision par satellite CanalSat et TPS,

le thème du « *must-offer* » a également joué un rôle important. La nouvelle entreprise devait selon toute probabilité compter plus de 10 millions d'abonnés[42]. Dans sa décision, le ministère s'est appuyé sur les avis du CSA et du Conseil de la concurrence. Il a avant tout tenu compte des garanties données par TPS et CanalSat : ces derniers s'étaient engagés à limiter les risques anti-concurrentiels susceptibles d'apparaître en raison de cette fusion qui touchait de nombreux marchés. Ils ont accepté en tout 59 conditions pour une durée allant de cinq à six ans ; parmi elles, certaines concernent le thème qui nous occupe. D'une part, Canal+ s'est engagé à limiter à trois ans la durée de ses contrats avec les producteurs de cinéma, et à renoncer à l'utilisation des droits exclusifs sur la VoD ; d'autre part, le groupe a garanti à ses concurrents un accès non discriminatoire à son catalogue. Il avait de surcroît accepté l'obligation de mettre à disposition les droits à la diffusion non cryptée de certaines séries télévisées et d'émissions de sport. De plus, sept chaînes devaient être proposées aux tiers fournisseurs d'offres de télévision à péage : TPS Star, CinéStar, CinéCulte, Cinétoile, Sport+, ainsi que les chaînes pour enfants Piwi et Télétoon. Ceci, afin de permettre aux fournisseurs de bouquets de créer de nouvelles offres de chaînes attractives.

(2) Neuf Cegetel ./. Eurosport

La 14e chambre de la Cour d'appel de Paris a eu à se prononcer en octobre 2007 sur un litige entre le fournisseur Internet Neuf Cegetel et la chaîne sportive Eurosport, litige dans lequel le fournisseur de télévision à péage Canal+ était également partie prenante (décision provisoire). Certes, les revendications de type « *must-offer* » n'étaient pas en l'occurrence le sujet direct du débat, et le contexte relevait plutôt du droit des contrats que de celui de la concurrence, mais ce cas illustre concrètement les intérêts croisés qui coexistent dans les médias et la communication en matière d'exclusivité.

Il existait entre Eurosport et Canal+ des accords contractuels aux termes desquels Canal+ s'était vu octroyer le droit exclusif de commercialiser la chaîne sportive par satellite et par télévision IP, ainsi que le droit non exclusif de la distribuer via une plateforme DVB-T. Neuf Cegetel y a vu l'opportunité de conclure lui aussi un contrat avec Eurosport portant sur la diffusion numérique terrestre. Dans le communiqué de presse publié à l'occasion de l'accord, Neuf Cegetel a toutefois annoncé sa volonté d'offrir sans attendre à ses clients ADSL un bouquet de divers services de contenus reçus au moyen d'un décodeur spécial, qui comprendraient entre autres la chaîne Eurosport.

Ce « moyen détourné », consistant à diffuser la chaîne par le réseau terrestre et à la retransmettre via le réseau Internet, représentait une façon de « passer outre » les droits accordés à Canal+ sur une base exclusive pour la diffusion d'Eurosport par télévision IP. Canal+ a été le premier à protester contre ce procédé. La chaîne Eurosport a ensuite annoncé qu'elle allait couper le signal de la diffusion terrestre et résilier son contrat avec Neuf Cegetel. Dans le cadre d'une procédure en référé, le fournisseur de services Internet a tenté à son tour de contraindre Eurosport à tenir ses obligations contractuelles.

De l'avis de la cour d'appel de Paris, on ne peut exclure que Neuf Cegetel ait conclu ce contrat avec Eurosport sans l'intention de proposer à son tour des services de télévision à péage. L'objectif, semble-t-il, était plutôt d'inclure une chaîne attractive dans un bouquet dont le fournisseur souhaitait faire bénéficier ses clients ADSL[43]. La décision prise en première instance, de rejeter les mesures de référé demandées, a été confirmée par la suite.

(3) AFORST ./. France Télécom et France Télévisions

L'affaire, tranchée par le Conseil de la concurrence en mai 2008[44] sur la base du droit de la concurrence, concerne précisément une exigence d'accès à des contenus pour la diffusion desquels des radiodiffuseurs, d'une part, et des fournisseurs d'accès à Internet, d'autre part, ont conclu des contrats exclusifs. Les sociétés France Télécom et France Télévisions avaient signé un accord contractuel prévoyant que certains contenus des chaînes publiques de France Télévisions seraient proposés de façon exclusive aux abonnés de France Telecom pour un visionnage ultérieur, sur une plateforme appelée « Rewind TV ». L'Association française des opérateurs de réseaux et de services de télécommunications (AFORST, qui rassemble les opérateurs de télécommunications sur réseaux fixes concurrents de France Télécom) a attaqué ce contrat devant le Conseil de la concurrence. Elle a critiqué le caractère nuisible, pour la concurrence, de cet accord d'exclusivité, et a fait valoir que si ce contrat était appliqué, ses membres se verraient empêchés de mettre en place leur propre offre attractive de programmes. En outre, l'opérateur historique détenait de cette façon un moyen de mettre sous pression le marché des clients « large bande ».

Le Conseil de la concurrence a rejeté la plainte de l'AFORST ainsi que sa demande de suspension de l'exécution du contrat[45]. Justification avancée : les contenus proposés de façon exclusive par « Rewind TV » se limitaient à des émissions dont l'heure de première diffusion se situait entre 18 heures et 0 heure, à l'exception des films de cinéma. En outre, l'accord était temporairement limité à deux ans. Enfin, les contenus exclusifs n'étaient pas indispensables au succès d'une offre concurrente, les opérateurs ADSL pouvant, d'une part, proposer d'autres services interactifs attractifs comme des catalogues de musique en ligne et, d'autre part, s'entendre avec d'autres fournisseurs, voire avec le groupe France Télévisions lui-même, pour obtenir d'autres émissions non concernées par le contrat d'exclusivité.

cc) Royaume-Uni

Nous allons évoquer ici deux décisions prises par l'*Office of Fair Trading* (OFT, autorité de la concurrence) fin décembre 2005 sur la base de l'*Enterprise Act 2002* (loi sur les entreprises de 2002) et concernant des concentrations[46].

(1) BSkyB Broadband/Easynet

La première affaire concernait l'acquisition d'Easynet Group par BSkyB Broadband Services. Avec ce rachat, Sky devait pour la première fois se trouver en mesure de proposer des produits dits « *triple play* » via les lignes d'abonnés numériques (ADSL) : une offre groupée de services de télévision à péage, d'accès Internet et de services classiques de télécommunication. Les acteurs tiers ont exprimé leur inquiétude, Sky étant désormais en mesure de bloquer la fourniture de contenus de télévision à péage à de futurs concurrents sur le marché ADSL – à la fois au niveau de la mise à disposition de contenus premium au vu de sa nouvelle

© 2008, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg (France)

puissance de marché, et en matière de contenus non premium au vu de son pouvoir d'achat important. L'OFT a toutefois jugé que Sky possédait déjà ce pouvoir antérieurement à la fusion, et que cette dernière ne créait pas un encouragement fondamentalement nouveau pour un tel comportement défavorable à la concurrence.

(2) NTL/Telewest

La seconde décision portait sur la fusion de NTL et de Telewest, les deux derniers opérateurs de réseau câblé subsistant au Royaume-Uni. Leurs réseaux locaux ne se chevauchaient pas géographiquement, si bien que l'on pouvait considérer qu'ils opéraient sur des marchés distincts. Par ailleurs, la concurrence qui règne sur les autres marchés qu'ils occupent (services de télécommunications pour les grands comptes et Internet à bande étroite) est plus forte. Les deux entreprises se sont présentées comme des acheteurs de contenus de télévision à péage, or Telewest détient un diffuseur de télévision payante, Flextech. L'OFT a donc dû répondre à deux craintes : d'une part, que l'entreprise résultant de la fusion cesse de fournir les contenus de Flextech à ses concurrents sur le segment ADSL ; d'autre part, qu'elle utilise son pouvoir d'approvisionnement afin d'acquérir des droits exclusifs sur des contenus de télévision à péage destinés à des tiers et de bloquer ainsi la fourniture de ces contenus.

Un premier élément a été décisif dans la décision d'autoriser la fusion : l'OFT a constaté que Flextech ne jouissait que d'une part d'audience relativement limitée (10-15 % du public des chaînes payantes de moindre audience) et que des contenus de substitution étaient disponibles. C'est pourquoi le fait que les « contenus Flextech » cessent éventuellement d'être proposés n'a pas empêché la fusion. Par ailleurs, d'autres acteurs du marché ont jugé que cette fusion ne renforçait pas la position des entreprises sur le marché du côté de la demande ; en outre, l'OFT avait déjà agréé un niveau comparable de puissance de marché lors de concentrations antérieures.

dd) Hongrie

En Hongrie, le Conseil de la concurrence (*Versenytanács*) a autorisé le rachat de Sport1 TV M sorszolgáltató Zrt. par Chellomedia Programming B. V. en le soumettant toutefois à une obligation d'offre[47]. Après la transaction menée à bien en 2006, l'autorité a émis des réserves, car Sport 1 TV se trouvait en mesure de refuser de mettre ses chaînes Sport1 et Sport2 à la disposition des concurrents d'UPC, société-sœur de Chellomedia et distributeur d'un service DTH par satellite. Sport1 TV détenait à l'époque environ 70 % du marché des chaînes thématiques sportives en langue hongroise. Au vu, notamment, du développement en cours du paysage de la télévision IP, le conseil a craint des effets négatifs sur la concurrence, dans le cas où des concurrents se verraient refuser l'accès aux chaînes sportives produites par Sport1 TV. Chellomedia s'est par la suite déclaré prêt à offrir des conditions de diffusion non discriminatoires jusqu'en 2010.

3. Synthèse intermédiaire

Si l'on compare les réglementations passées en revue, il ressort que les lois relatives aux médias, de même que les décisions issues du droit des médias et portant sur des obligations d'offre, se préoccupent de la relation entre les radiodiffuseurs et les opérateurs de l'infrastructure de diffusion (opérateurs de réseaux ou de plateformes). A l'inverse, c'est du point de vue du droit de la concurrence qu'on été jugées les relations entre diffuseurs de télévision à péage (SkyItalia ou Canal+ vis-à-vis de leurs concurrents respectifs), ainsi qu'entre ceux-ci et les diffuseurs de télévision gratuite ou les « tiers » (Canal+, Sogecable/Via Digital) ; à certains égards, seule l'affaire Chellomedia constitue ici une exception.

La pensée qui prévaut dans le droit des médias consiste visiblement à considérer que les obligations d'offre servent avant tout à procurer à un fournisseur d'infrastructure un accès à des contenus attractifs. Les cas s'appuyant sur le droit de la concurrence national et communautaire montrent à l'inverse que la question de savoir « qui peut proposer quels contenus, et à qui » dans le cadre d'une obligation d'offre, peut se poser dans d'autres configurations, très variées.

V. Aspects relatifs au droit d'auteur

La question d'une réglementation adaptée en matière de droit des médias et/ou de droit de la concurrence se trouve influencée par un autre facteur extérieur : le droit d'auteur. Une disposition (spécifique au secteur) relevant du droit de la concurrence ou du droit des médias, qui oblige par exemple les radiodiffuseurs à mettre leurs contenus à la disposition de tous les opérateurs selon certaines conditions non discriminatoires, ne peut pas faire fi des limitations qui découlent des droits d'exploitation et autres droits de protection détenus ou acquis par les radiodiffuseurs. En fonction des dispositions relatives au droit d'auteur dans chaque Etat membre et des accords contractuels passés[48], le droit d'une chaîne à diffuser certains contenus par d'autres canaux de distribution peut se trouver limité[49].

Nonobstant cette question de fond, il faut clarifier, d'une manière générale, dans quelle mesure le droit de la concurrence peut s'imposer au droit d'auteur – par exemple lorsque le droit de la concurrence est invoqué à la suite de la constatation d'un abus de position dominante[50], pour revendiquer une obligation d'assurer l'accès aux contenus à des opérateurs de réseaux ou de plateformes. Par le passé, la CJCE a déjà eu à traiter des possibles antagonismes qui peuvent survenir de l'application du droit de la concurrence dans des situations caractérisées par l'existence de droits de protection de la propriété intellectuelle. Dans ce domaine, elle a statué sur des affaires dans lesquelles un abus de position dominante devait être étudié au regard de l'article 82 du Traité CE.

Ainsi, c'est lors du jugement de l'affaire Magill que la CJCE a défini pour la première fois des conditions et des préalables abstraits à la reconnaissance d'un comportement abusif[51]. En cause, le refus, par trois sociétés de télédiffusion irlandaises et britanniques, de fournir à la société Magill les informations relatives à leur grille de programme, protégées par le droit d'auteur, que Magill souhaitait utiliser aux fins d'un magazine de programmes regroupant toutes les émissions diffusées dans la semaine. Alors que les informations présentes dans le guide des programmes propre à la chaîne ainsi que dans la presse quotidienne pouvaient être publiées librement, les radiodiffuseurs ont refusé d'accorder une licence à Magill. La Commission y a vu un abus de position

dominante au sens de l'article 82 du Traité CE. Les actions en annulation déposées par la suite ont été rejetées par le Tribunal de première instance des Communautés européennes (TPICE) dans les trois affaires[52]. Lors de la procédure d'appel, la CJCE a confirmé l'opinion exprimée par la Commission et le jugement du TPICE[53]. Certes, selon la CJCE, il ne faut pas voir, dans le simple refus d'accorder une licence, un comportement abusif, car le droit de reproduction exclusif revient à l'auteur ; en outre, faute d'harmonisation des législations, la protection des droits de la propriété intellectuelle est définie par les droits nationaux. Toutefois, la constatation d'un abus peut être envisageable dans certaines circonstances « exceptionnelles ».

En l'occurrence, la cour de justice a mentionné trois circonstances qui se trouvaient réunies dans l'affaire sur laquelle elle devait statuer : premièrement, le refus d'octroyer une licence a empêché l'apparition d'un nouveau produit (un guide de programmes hebdomadaire exhaustif), pour lequel il n'existait pas de substitut réel ou potentiel, mais qui faisait l'objet d'une demande potentielle. Deuxièmement, il n'y avait pas de justification évidente à ce refus. Troisièmement, ce refus entraînait une exclusion de la concurrence sur un marché dérivé, marché que l'auteur pouvait ainsi se « garder » pour lui-même.

Dans les décisions ultérieures[54], ces circonstances ont été en partie précisées, en partie élargies et en partie limitées. Dans l'affaire IMS Health[55], la CJCE a fini par préciser que l'ensemble de ces conditions doivent être remplies pour que soit reconnue l'existence d'un comportement abusif.

L'un des points essentiels pour la compréhension de cette jurisprudence est la distinction opérée entre le marché en amont et le marché dérivé, qui se trouve en aval. A cet effet, selon l'exposé de la CJCE, il est déterminant « que puissent être identifiés deux stades de production différents, liés en ce que le produit en amont est un élément indispensable pour la fourniture du produit en aval[56]. »

Transposons maintenant ces conditions aux affaires dans lesquelles un fournisseur de contenus (radiodiffuseur ou agrégateur) se refuse à fournir à un tiers des contenus dont il détient les droits d'exploitation pour retransmission – que ce soit parce qu'il en est l'auteur ou parce qu'il les a acquis auprès de l'auteur. On obtient la situation suivante : sur un marché de contenus « en amont », le tiers adresse au fournisseur de contenus une requête d'attribution de licence, tandis que sur le marché dérivé, il aspire à se positionner lui-même en tant que fournisseur de ces contenus.

Comme nous l'avons montré plus haut (cf. IV. 3.), diverses configurations sont envisageables : le « tiers » peut être, par exemple, un opérateur de réseau ou de plateforme qui compte sur l'accès à des contenus premium pour réussir son entrée sur le marché. Mais il peut s'agir également d'un autre fournisseur de contenus (par exemple un fournisseur concurrent de télévision à péage), puisqu'il est actif sur un autre marché (dérivé) que celui sur lequel a porté la transaction concernant les droits de distribution.

Dans le simple refus du fournisseur de contenus d'octroyer à un tiers les droits de distribution de ses programmes, on ne peut encore voir une exploitation abusive de son pouvoir de marché. Mais il peut y avoir abus si lesdits contenus sont indispensables au succès d'une activité sur le marché dérivé, et si le refus opposé par le titulaire des droits empêche, sans justification, l'apparition d'une offre télévisée bénéficiant d'une demande potentielle, excluant par là-même toute concurrence sur ce marché. Cette dernière condition, notamment, doit faire l'objet d'une vérification minutieuse. Si le fournisseur de contenus se trouve être une entreprise intégrée verticalement, elle-même représentée sur le marché où le « tiers » souhaite distribuer ses produits dérivés, ce critère ne pourrait pas être rempli. Cet exemple met en évidence une différence essentielle de conception, par comparaison avec les effets pouvant résulter d'une décision relative au contrôle des concentrations.

Il est à souhaiter que la sensibilité dont fait preuve la jurisprudence de la CJCE, qui cherche ici un équilibre entre droit de la concurrence et droit d'auteur, soit également appliquée lors de l'élaboration d'une règle de droit sur le « *must-offer* », afin de ne pas limiter de façon disproportionnée la capacité du détenteur des droits d'exploitation à disposer de sa propriété intellectuelle.

VI. Résumé

Il faut donc se demander, pour l'avenir du concept de « *must-offer* », si le droit de l'Union européenne ou des Etats membres requiert réellement une obligation d'offre générale, normée par le droit – qu'elle prenne la forme d'une règle du droit de la concurrence spécifique à un secteur, ou qu'elle vienne compléter les instruments existants en droit des médias. Au niveau communautaire, il faudrait en outre s'assurer en amont que l'UE en aurait le pouvoir, au regard du partage de compétences entre l'UE et ses Etats membres. L'un des avantages d'une réglementation par le droit serait qu'elle tiendrait compte de l'ensemble des aspects pertinents – y compris ceux qui ne jouent (et ceux qui pourrait ne jouer, voire ne devraient jouer) aucun rôle dans les décisions au cas par cas fondées sur le droit de la concurrence – et permettrait d'aboutir ainsi à une solution équilibrée.

Dans cette analyse des besoins, il faut aussi prendre en compte l'impact futur d'une règle de « *must-carry* » : sur des marchés libéralisés, numérisés et convergents, la pénurie de contenus restera-t-elle durablement la seule source de difficultés ? A moyen terme, ceci pourrait rendre superflue une obligation de distribution, telle que la prévoit l'article 31 de la Directive « service universel[57] ». Au contraire, les nouveaux formats de diffusion, comme la HDTV et les services récents de médias audiovisuels s'appuyant sur la technologie à large bande, pourraient-ils marquer un retour de la pénurie des ressources ? Dans ce cas, le maintien de cette disposition serait indispensable. Enfin : l'argument selon lequel une obligation de « *must-carry* » fausserait les négociations et offrirait aux radiodiffuseurs une position de force leur permettant d'exercer des pressions injustes sur les opérateurs de réseaux, cet argument ne vaut-il pas également pour le cas inverse, celui de l'obligation de « *must-offer* » ? D'une manière générale, l'une des conséquences que l'on peut tirer de ces réflexions (et qui reste à débattre) est que l'obligation d'offre ne doit pas être considérée comme un substitut aux obligations de diffusion devenues obsolètes sur un marché en mutation, mais plutôt comme un complément nécessaire pour réaliser l'égalité de traitement entre les parties[58].

© 2008, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg (France)

Globalement, l'aspect temporel de cette question a également son importance : la nécessité du maintien des règles de « *must-carry* » doit être examinée à intervalles réguliers aux termes de l'article 31, alinéa 1, phrase 3 de la Directive « service universel ». Une limite dans le temps devrait également être envisagée pour les obligations d'offre. Le droit de la concurrence impose après tout des restrictions dans la durée d'application des contrats portant sur les contenus « premium » ; avec l'introduction d'une limite comparable, l'atteinte à la liberté d'entreprendre ne durerait que le temps nécessaire pour que la concurrence ait accès librement aux marchés en amont. En effet, l'objectif d'une obligation d'offre est avant tout de briser ou de modérer la position d'un fournisseur dominant le marché, afin de permettre l'entrée de nouveaux fournisseurs proposant des contenus tout aussi attractifs (et dans une certaine mesure, identiques ou comparables). Les décisions concernant les contrôles de fusions reflètent d'ailleurs déjà ce point de vue.

Enfin, pour être concluant, un concept global ne devrait pas se limiter aux relations entre opérateurs de réseaux et radiodiffuseurs, mais englober tous les échelons de la diffusion. Ceci concerne aussi les fournisseurs de plateformes qui jouent un rôle important d'intermédiaire dans des réseaux de plus en plus ouverts[59].

En outre, il faut également inclure les fournisseurs de contenus dans la réflexion : l'imposition d'obligations d'offre dépend grandement des contenus susceptibles d'être fournis par les détenteurs de droits aux fins d'une exploitation sur les infrastructures adaptées. Il faut donc savoir si, oui ou non, l'obligation d'offre incombant aux radiodiffuseurs doit être prolongée au niveau du droit d'auteur. Si la réponse est oui, encore faudra-t-il débattre de la question qui en découle : une « obligation de diffusion », pendant de l'obligation d'offre, serait-elle alors nécessaire pour garantir l'égalité de traitement sur cette forme de « *must market* » ?

Notre article montre que, fondamentalement (et bien qu'elle puisse être à l'occasion assortie de restrictions), la notion d'exclusivité dans les médias et la communication reste une pierre angulaire essentielle pour le modèle économique qui les sous-tend, et peut encore subsister.

---

1) Cf. Cour fédérale de justice (BGH), jugement reproduit dans : GRUR, 1968, p. 209 et suivantes (*Grubenunglück von Lengede*, accident de la mine de Lengede). La BGH a jugé immoral (et par là même, nul et non avenu) le contrat d'exclusivité conclu entre un magazine allemand et des mineurs qui avaient survécu à un accident survenu dans une mine de houille. Le contenu du contrat visait à attribuer à cette seule publication le droit de reportage sur l'événement. Se trouvait ainsi bloquée la seule source d'information concernant un événement qui avait un intérêt considérable et légitime en termes d'information pour le grand public. La cour a reconnu un manquement à la liberté d'expression et d'opinion, ainsi qu'à la liberté d'information aux termes de l'article 5, alinéa 1 de la Loi fondamentale (GG), qui s'applique également aux relations de droit privées entre particuliers, via ce que l'on appelle la doctrine de la *Drittwirkung* (effet des libertés publiques non seulement envers l'Etat, mais aussi envers les particuliers).
2) Martin Kuhr, La chronologie des médias en pleine évolution - Enjeux et défis, Observatoire européen de l'audiovisuel (éd.), IRIS *plus* 2008-4.
3) A ce sujet, voir : Amélie Blocman, France : Rapport sur le cinéma et le droit de la concurrence, IRIS 2008-5 : 10, http://merlin.obs.coe.int/iris/2008/5/article15.fr.html
4) L'exclusivité peut également être posée d'un point de vue spatial, en référence à un ou plusieurs Etats membres : sur la base du principe de territorialité du droit d'auteur et, par suite, de l'octroi de certains droits d'utilisation (par exemple pour les retransmissions sportives), c'est une division territoriale des droits qui se produit généralement. Ceci est l'objet de critiques depuis longtemps, principalement en raison des restrictions qui en résultent sur le marché intérieur ; cf. *EU fordert Fernsehen ohne Grenzen*, *Handelsblatt* du 24 septembre 2008, http://www.handelsblatt.com/politik/international/eu-fordert-fernsehen-ohne-grenzen;2046813, ainsi que Lorna M. Woods, *Murphy v. Media Protection Services (Part II)*, dans MMR 9/2008, p. XXVI.
5) Voir Sebastian Schweda, La vidéo à la demande : les liens juridiques entre partenaires, concurrents et utilisateurs, dans : Observatoire européen de l'audiovisuel (éd.), Les aspects juridiques de la vidéo à la demande, IRIS *Spécial* 2007-2, p. 13 ; plus récemment, par exemple : *Tele2 signs Warner Brothers and Disney VOD deals*, Broadband TV News 5 septembre 2008, http://www.broadbandtvnews.com/?p=7816
6) Voir le débat sur la commercialisation exclusive de l'iPhone d'Apple en Allemagne (par T-Mobile, http://www.heise.de/newsticker/Zeitung-iPhone-in-Deutschland-bei-T-Mobile—/meldung/92157) et en France (par France Télécom, http://www.heise.de/newsticker/France-Telecom-verkauft-iPhone-in-Frankreich—/meldung/96390).
La recevabilité de ce mode de commercialisation en Allemagne du point de vue du droit de la concurrence a été confirmée par le tribunal régional (*Landgericht*) de Hambourg (cf. http://www.heise.de/newsticker/iPhone-in-Deutschland-weiter-exklusiv-bei-T-Mobile-Update—/meldung/100010).
7) En amont de l'infrastructure, l'exclusivité peut également être réalisée en instaurant des technologies particulières d'information et de communication, telles que des spécifications pour les set-top-box (récepteurs numériques) ; cet aspect, ainsi que les décisions qui s'y rapportent (notamment celles des autorités européennes en charge de la concurrence), sont décrits par le menu dans : Observatoire européen de l'audiovisuel (éd.), La régulation de l'accès à la télévision numérique, IRIS *Spécial* 2004. Plus récemment, les décisions de la Commission concernant Microsoft (Affaire n° COMP/C-3/37.792, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:l:2007:032:0023:0028:fr:pdf) et Newscorp./Premiere, (Affaire n° COMP/M.5121, http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m5121_20080625_20212_en.pdf) sont notamment pertinentes à cet effet.
8) 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, disponible sur http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002L0022:FR:HTML
9) Markus Nauheim, *Die Rechtmäßigkeit des Must-Carry-Prinzips im Bereich des digitalisierten Kabelfernsehens in der Bundesrepublik Deutschland*, p. 106.
10) Dans certains Länder allemands, les radiodiffuseurs régionaux devaient depuis 1995 opérer une sélection, car le nombre des chaînes télévisées candidates à la redistribution par câble dépassait celui des places disponibles sur le câble, cf. Klaus Beucher/Oliver Rosenberg, *Kapazitätsknappheit und Programmvielfalt*, ZUM 1996, p. 643 et suivantes.
11) Voir par exemple en Allemagne l'article 52 du traité d'Etat sur la radiodiffusion (RStV) dans la version du 9e RÄStV (traité portant modification du traité d'État sur la radiodiffusion). Depuis l'entrée en vigueur du 10e RÄStV le 1er septembre 2008, la réglementation contenue dans l'article 52 du RStV ne s'adresse plus aux seuls opérateurs de réseaux câblés, mais plus largement à tous les exploitants de plateformes (à l'exception de ceux qui sont mentionnés à l'article 52 alinéa 1 du RStV).
12) Voir par exemple § 36 alinéa 1 point 1 de la loi bavaroise sur les médias (BayMG) ; § 41 du traité d'Etat sur la collaboration entre Berlin et le Brandebourg dans le domaine de la radiodiffusion (MStV Bln.-Bbg.) ; § 38 alinéa 2 de la loi saxonne sur la radiodiffusion privée (SächsPRG).
13) La question de savoir si le législateur communautaire dispose d'une compétence adéquate pour la réglementation adoptée, ou si cette dernière empiète déjà trop fortement sur les compétences réglementaires revenant aux Etats-membres en matière culturelle, n'a pas lieu d'être traitée ici. Voir par exemple Markus Nauheim, op. cit. (note 9), p. 134 et suivantes, qui se montre plutôt réservé quant à une compétence communautaire trop intrusive.
14) CJCE, C-250/06 United Pan-Europe Communications Belgium SA et autres contre Etat Belge, rec. 2007, I-11135.

15) Cf. par exemple la décision de renvoi du tribunal administratif (VG) de Hanovre du 14 juin 2007, Kabel Deutschland contre NLM (Rs. C-336/07), reproduite dans ZUM-RD 2008, p. 43 et suivantes ; et Carmen Palzer, EuGH: *Vorabentscheidungsverfahren zu Must-Carry-Regeln*, MMR 12/2006, p. XXI, sur les procédures d'infraction contre l'Allemagne concernant les réglementations correspondantes dans certaines législations des Länder allemands.
16) L'*Internet Protocol* (IP) est un protocole de communication de réseau informatique très répandu, http://fr.wikipedia.org/wiki/Internet_Protocol
17) A cet égard, nous laisserons de côté la question de savoir si les chaînes qui sont incluses dans une obligation de distribution en raison de leur intérêt public, ne seraient pas de toute façon volontairement retransmises par les opérateurs de réseaux et de plateformes, pour des raisons économiques.
18) Cf. Peggy Valcke, L'avenir de la notion d'obligation de distribution, dans : Observatoire européen de l'audiovisuel (éd.), Avoir ou ne pas avoir – Les règles du *must-carry*, IRIS *Spécial* 2005, p. 37.
19) Recommandation Rec(2007)2 du Comité des ministres aux Etats membres sur le pluralisme des médias et la diversité du contenu des médias, n° II.3.3.
20) Cf. l'article 31, alinéa 2 et le considérant 43 de la Directive « service universel ».
21) Les articles affirmant que Joost voulait se retirer complètement du marché européen ont toutefois été démentis par l'entreprise, http://www.heise.de/newsticker/P2P-Videodienst-Joost-will-sich-angeblich-nur-noch-auf-die-USA-konzentrieren-Update—/meldung/106118
22) Cf. heise.de Newsticker, *ZDF-Inhalte bald bei P2P-Streamingdiensten?*, article du 1er novembre 2007, http://www.heise.de/newsticker/ZDF-Inhalte-bald-bei-P2P-Streamingdiensten—/meldung/98339
23) epd medien 1/2008, p. 11.
24) Cf. par exemple Peggy Valcke, op. cit. (note 18), p. 36, concernant les réflexions portant sur l'élargissement à la Flandre de l'obligation de distribution qui a assuré à Belgacom l'accès aux émissions à forte audience du radiodiffuseur flamand VMMa.
25) Cf. le recueil édité par Cullen International et al., *Study on the Regulation of Broadcasting Issues under the New Regulatory Framework, Annex: Database of regulatory information for the broadcasting sector – Data collection by topic*, tab. 17.
26) CSA, décision n° 2008-523 du 8 juillet 2008, AB Sat contre Métropole Télévision, http://www.csa.fr/upload/decision/reglement_differend_m6_absat.pdf
27) Cf. Cullen International et al., op. cit. (note 25), tab. 17, France. L'obligation d'offre découle ici de l'obligation de diffusion prévue par l'article 34-2 pour ce radiodiffuseur. L'argument est le suivant : l'obligation de « *must-carry* » a pour conséquence logique que le signal devrait également être fourni par les chaînes de télévision publiques (cf. par exemple l'avis du CSA du 15 janvier 2008 adressé au Conseil de la concurrence, dans l'affaire AFORST contre France Télécom/France Télévisions, p. 2, note 1, http://www.csa.fr/upload/dossier/avis_tvr_15_janvier_08_a.pdf). Cette obligation ne vaut toutefois que pour les chaînes télévisées linéaires, et seulement dans la mesure où il existe une obligation de « *must-carry* ». Les offres non linéaires, pour leur part, ont fait l'objet d'une décision récente du Conseil de la concurrence, cf. ci-après IV. 2. a) bb) (3).
28) Loi n° 231/2001 relative à la radiodiffusion radiophonique et télévisuelle, et à la modification d'autres lois ; dans la version modifiée du 25 avril 2006.
29) Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (le Règlement CE sur les concentrations), disponible sur : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:024:0001:0022:FR:PDF
30) Concernant l'avancée de la révision, cf. les résultats de la première lecture du Parlement européen le 24 septembre 2008, disponible (dans sa version provisoire) sur : http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+20080924+SIT+DOC+WORD+V0//FR&language=FR
31) Cf. les poursuites engagées par l'Office fédéral du contrôle des ententes illicites (BKartA) contre Kabel Deutschland GmbH (KDG) en raison de clauses exclusives contenues dans les contrats passés avec des fournisseurs de télévision à péage, http://www.digitalfernsehen.de/news/news_282666.html. Depuis, la procédure a été suspendue, car selon le BKartA, KDG ne jouissait pas d'une position dominante sur le marché lors de l'achat de programmes thématiques sur le marché allemand de la télévision à péage, http://www.digitalfernsehen.de/news/news_332998.html
32) Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, disponible sur : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003R0001:FR:HTML
33) Commission européenne, Newscorp/Telepiù (affaire n° COMP/M.2876, http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m2876_en.pdf), point 180.
34) Cf. généralement Alison Harcourt, L'effondrement des plateformes numériques dans les Etats membres de l'Union européenne, dans : Observatoire européen de l'audiovisuel (éd.), La régulation de l'accès à la télévision numérique, IRIS *Spécial* 2004, p. 91 et suivantes.
35) Op. cit. (note 33), point 246 et annexe, deuxième partie, point 10.
36) Op. cit. (note 33), annexe, deuxième partie, point 10.5.
37) Op. cit. (note 33), annexe, deuxième partie, point 10.10.
38) La décision du Conseil des ministres du 29 novembre 2002 est disponible (en espagnol) sur : http://www.la-moncloa.es/ConsejodeMinistros/Referencias/_2002/c2911020.htm ; cf. également http://merlin.obs.coe.int/iris/2003/3/article17.fr.html
39) Cf. Observatoire européen de l'audiovisuel (éd.), Le futur de la distribution des services audiovisuels, IRIS *Spécial* 2005, p. 8–10.
40) Op. cit. (note 38), conditions générales, n° 9 et 10.
41) Op. cit. (note 38), deuxième accord du conseil concernant le football, n° 5.
42) Amélie Blocman, France – Feu vert pour le rapprochement des bouquets satellitaires TPS et CanalSat, IRIS 2006-8 : 14, http://merlin.obs.coe.int/iris/2006/8/article22.fr.html
43) Cf. Amélie Blocman, France – Télévision par ADSL - conflit d'exclusivité entre opérateurs, IRIS 2007-10 : 12, http://merlin.obs.coe.int/iris/2007/10/article20.fr.html
44) Conseil de la concurrence, décision n° 08-D-10 du 7 mai 2008 concernant France Télécom/France Télévisions, http://www.conseil-concurrence.fr/pdf/avis/08d10.pdf
45) Tout comme le CSA, également saisi de l'affaire. Cf. avis, op. cit. (note 27).
46) Cf. Tony Prosser, Royaume Uni – Les autorités de la concurrence donnent le feu vert à des fusions d'entreprises du multimédia, IRIS 2006-2 : 13, http://merlin.obs.coe.int/iris/2006/2/article20.fr.html
47) Cf. Márk Lengyel, Hongrie – « Obligation d'offre » imposée par le Conseil de la concurrence, IRIS 2006-9 : 13, http://merlin.obs.coe.int/iris/2006/9/article19.fr.html
48) Cet aspect ne peut pas être plus amplement développé ici. Pour une étude détaillée, cf. Observatoire européen de l'audiovisuel (éd.), *Remuneration for Creative Contributions to Audiovisual Works – the Role of Collecting Societies*, IRIS *Spécial* 2008-2 (en préparation), ainsi que Lucie Guibault/Roy Melzer, La protection juridique des signaux de radiodiffusion, Observatoire européen de l'audiovisuel (éd.), IRIS *plus* 2004-10.
49) Concernant une situation analogue pour le développement du droit à la réalisation de courts reportages, cf. l'article 3k et le considérant 40 de la Directive 2007/65/CE sur les services de médias audiovisuels ; pour plus de précisions : Alexander Scheuer/Max Schoenthal, Comments on Art. 3k AVMSD, dans : Castendyk/Dommering/Scheuer, European Media Law, Alphen a/d Rhijn 2008, Rdn. 5.
50) Voir également Natali Helberger, *Controlling Access to Content,* 2006, p. 160 et suivantes, ainsi que Estelle Derclaye, *An economic approach to what the conditions of abuse of a dominant position of copyright should be*, 2003, http://www.serci.org/2003/derclaye.pdf
51) CJCE, affaires C-241/91 et 242/91 P, RTE et ITP contre Commission, rec. 1995, I-743.
52) TPICE, T-69/89, RTE contre la Commission, rec. 1991, II-485 ; TPICE T-70/89, BBC contre la Commission, rec. 1991, II-535 ; TPICE, T-76/89, ITP contre la Commission, rec. 1991, II-575.
53) Op. cit. (note 52).
54) Nous renvoyons notamment à TPICE, T-504/93, Tiercé Ladbroke contre la Commission, rec. 1997, II-923 ; et TPICE, C-7/97, Oscar Bronner, rec. 1998, I-7791 ; cf. pour le détail Martin Kuhr, op. cit. (note 2), p. 6 et suivantes.
55) CJCE, C-418/01, IMS Health, rec. 2004, I-310.
56) Op. cit. (note 55), point 45.
57) Par conséquent, quiconque revendiquerait une obligation de « *must-offer* » (et uniquement celle-ci), parce cela permettrait de créer une égalité de traitement (« *level-playing field* ») et compenserait l'obligation de « *must-carry* », se distancerait vraisemblablement de sa position si l'obligation de distribution venait à être supprimée.
58) La recommandation du Conseil de l'Europe va également dans ce sens (voir ci-dessus, note 19).
59) Les Länder allemands, par exemple, ont reconnu l'importance des opérateurs de plateformes, et leur ont octroyé un rôle décisif lors de la révision des obligations de distribution et d'accès du 10e RÄStV ; cf. à ce sujet Sebastian Schweda, Entrée en vigueur du dixième Traité portant modification du traité inter-Länder sur la radiodiffusion, IRIS 2008-9 : 7.

© 2008, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg (France)