

Contribution du Conseil supérieur de l'audiovisuel du 19 mars 2013 à la consultation des tiers intéressés par l'Autorité de la concurrence sur les offres de référence proposées par le groupe Canal Plus en exécution des injonctions imposées par l'Autorité dans le cadre de l'autorisation de la prise de contrôle exclusif des sociétés TPS et CanalSatellite

Les informations soumises au secret des affaires ont été remplacées par [...].

Le 23 juillet 2012, l'Autorité de la concurrence a autorisé l'acquisition des sociétés TPS et Canalsatellite, à l'issue de la seconde notification de l'opération par le groupe Canal Plus et le groupe Vivendi, sous réserve de la mise en œuvre de trente-trois injonctions de nature à rétablir une concurrence suffisante¹.

Après une première phase d'instruction, l'Autorité a décidé d'ouvrir une phase d'examen approfondi de l'opération le 27 mars 2012, puis a saisi le CSA. Dans son avis du 2 mai 2012, celui-ci a considéré que depuis 2006, les positions du groupe Canal Plus sur le marché de la télévision payante n'ont pas significativement évolué et qu'il était nécessaire de lui imposer un ensemble d'obligations afin de développer la concurrence pour l'achat de droits de diffusion de programmes, l'édition de chaînes de télévision payante et la distribution de chaînes et de bouquets².

Afin de garantir le développement d'une concurrence sur les marchés de l'édition de chaînes payantes, le Conseil a notamment proposé que le groupe Canal Plus soit soumis à une obligation de reprise d'une proportion minimale de chaînes indépendantes, dans des conditions de distribution transparentes, objectives et non discriminatoires. Afin de stimuler la concurrence entre les distributeurs de télévision payante sur le marché aval, il a considéré que le groupe Canal Plus devait mettre à disposition de ses concurrents un ensemble de chaînes thématiques qu'il édite. Le Conseil a proposé que le groupe Canal Plus soit également soumis à l'obligation de publier une offre de référence relative à la mise à disposition des chaînes thématiques qu'il édite auprès des distributeurs ainsi que des offres relatives aux conditions de distribution et de transport des chaînes indépendantes sur les plateformes du groupe Canal Plus. A cet égard, si de telles mesures de transparence sont couramment utilisées dans le secteur des communications électroniques, l'OFCOM, a, en 2010, imposé à la société Sky de publier une offre de référence concernant la mise à disposition de certaines chaînes *premium*³.

L'Autorité de la concurrence a également considéré dans sa décision du 23 juillet 2012 que ces mesures correctives étaient nécessaires et a souhaité garantir l'existence d'un haut niveau de transparence, en imposant notamment au groupe Canal Plus d'élaborer une offre de référence pour la reprise des chaînes indépendantes au sein des offres CanalSat, une offre pour les prestations de transport de ces chaînes ainsi qu'une offre relative à la mise à disposition des chaînes cinéma du groupe Canal Plus.

En 2006, le groupe Canal Plus s'était engagé, d'une part, à établir un catalogue des conditions de reprise portant sur les différents niveaux de contrats possibles et les modalités techniques et,

¹ Décision n° 12-DCC-100 du 23 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et CanalSatellite par Vivendi et Groupe Canal Plus.

² Avis n° 2012-10 du 2 mai 2012 à l'Autorité de la concurrence sur la nouvelle notification de l'acquisition des sociétés TPS et CanalSatellite par les sociétés Vivendi Universal et Groupe Canal Plus.

³ OFCOM, Pay TV Statement, 31 march 2010.

d'autre part, à communiquer des conditions générales relatives à la distribution commerciale et au transport des chaînes indépendantes. Dans sa décision du 20 septembre 2011 sur la mise en œuvre des engagements, l'Autorité de la concurrence a considéré que ces engagements n'avaient pas été respectés. Elle a notamment constaté que « *les éditeurs de chaînes indépendantes ont été maintenus en situation de dépendance vis-à-vis de GCP. Or les engagements avaient justement pour objet de contrebalancer la puissance d'achat de GCP et de donner plus de latitude aux éditeurs indépendants pour négocier et éventuellement choisir un autre distributeur* »⁴.

Dans ce contexte, la consultation publique qui a été lancée le 4 mars 2013 par l'Autorité de la concurrence sur les offres de référence proposées par le groupe Canal Plus marque une étape importante, susceptible d'améliorer les conditions de concurrence dans le secteur de la télévision payante. Le Conseil se félicite de l'élaboration de ces offres, qu'il avait à plusieurs reprises appelées de ses vœux. Elles permettront d'améliorer la transparence et le dynamisme du marché de la télévision payante.

Le Conseil estime que ces offres de référence doivent pouvoir évoluer de manière régulière, par exemple chaque année, afin de tenir compte d'éventuelles difficultés dans leur mise en œuvre et des évolutions du marché. Dans cette hypothèse, le Conseil souhaite être associé préalablement afin de pouvoir formuler des propositions d'adaptation.

Les présentes observations portent successivement sur les offres de référence relatives à la mise à disposition des chaînes cinéma qui sont éditées par le groupe Canal Plus, sur les offres de référence relatives à la reprise des chaînes indépendantes et sur celles relatives au transport des chaînes indépendantes.

1. Les offres de référence relatives à la mise à disposition des chaînes cinéma éditées par le groupe Canal Plus

1.1. Sur les définitions

L'article 1 de l'offre de référence sur la « *mise à disposition des chaînes cinéma* » contient une série de définitions qui tend à améliorer la sécurité juridique des relations entre le groupe Canal Plus et les distributeurs de services.

Le Conseil souhaite néanmoins formuler des observations sur certaines des définitions qui figurent dans l'offre de référence.

D'une part, dans la définition de l'Offre, le terme d'« *abonnement Internet Haut Débit* » devrait être élargi au « *Très Haut Débit* », qui est mentionné dans la définition du Réseau Filaire.

D'autre part, dans la définition du « *Terminal de Réception* », le terme « *console de jeu XBOX connectée à Internet et à un écran TV* » devrait être neutre sur le plan commercial et ne pas faire référence à une marque en particulier.

Le Conseil s'interroge sur l'absence de définition des réseaux mobiles, dans la mesure où, de manière générale, les négociations entre les chaînes de télévision payante et les distributeurs de services portent à la fois sur les réseaux fixes et sur les réseaux mobiles. D'ailleurs, l'article 5 de l'offre de référence permet aux distributeurs de conclure avec le groupe Canal Plus des contrats de mise à disposition des chaînes sur d'autres réseaux que les réseaux filaires et satellitaires.

1.2. Sur les modalités de mise à disposition des chaînes cinéma

L'article 3 de l'offre de référence stipule que, à compter « *de la date de publication de la présente offre de référence, les chaînes cinéma éditées par Groupe Canal+ visées à l'article 1, sont disponibles, au choix du Distributeur, selon 3 lots constitués des chaînes suivantes* :

⁴ Décision n° 11-D-12 du 20 septembre 2011 relative au respect des engagements figurant dans la décision autorisant l'acquisition de TPS et CanalSatellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus.

- *Premier lot : Ciné+ Classic, Ciné+ Club, Ciné+ Star ;*
- *Deuxième lot : Ciné+ Famiz ;*
- *Troisième lot : Ciné+ Classic, Ciné+ Club, Ciné+ Star, Ciné+ Famiz, Ciné+ Premier, Ciné+ Emotion, Ciné+ Frisson ».*

L'injonction 6.b) prononcée par l'Autorité de la concurrence dispose qu'il est « *enjoint aux Parties de mettre à disposition les chaînes visées par l'injonction 6 (a) à l'unité, ou par lots (tels que certains lots proposés actuellement aux distributeurs), dans des conditions tarifaires qui seront transparentes, objectives, et non discriminatoires* ».

Le Conseil attache une grande importance à ce que la constitution des lots aboutisse à une exposition de l'ensemble des chaînes Ciné+ qui soit la plus large possible, y compris les chaînes qui n'appartiennent pas à la catégorie réglementaire des chaînes de premières diffusions.

Si le lot 3 garantit la reprise de l'ensemble des chaînes, les lots 1 et 2 présentent un intérêt limité pour les distributeurs dans la mesure où ils distribuent les chaînes du lot 1 depuis plusieurs années⁵, à un tarif similaire à celui de l'offre de référence, ainsi que celle proposée dans le lot 2, à l'exception d'Orange, qui ne distribue pas actuellement Ciné+ Famiz.

Le lot 3 est susceptible d'intéresser tous les distributeurs, à l'exception de Numéricable qui distribue déjà l'ensemble des chaînes proposées. En effet, ils pourraient vouloir compléter leur offre actuelle avec les trois chaînes Ciné+ Premier, Ciné+ Emotion, Ciné+ Frisson, qui sont des chaînes de premières diffusions, avec une programmation plus attractive et une plus grande notoriété que celles qu'ils distribuent actuellement. Pour avoir accès à ces trois nouvelles chaînes cinéma, les distributeurs devront résilier le contrat en vigueur avec les chaînes qu'ils distribuent déjà et accepter de commercialiser l'intégralité du bouquet Ciné+ en application de l'article 3 de l'offre de référence⁶.

Le Conseil estime que le choix de proposer deux lots de bouquets de chaînes et une chaîne à l'unité est de nature à limiter la concurrence par une différenciation des offres et la liberté commerciale des distributeurs dans la composition de leurs bouquets. Il s'interroge sur l'opportunité d'intégrer d'autres lots dans l'offre de référence qui permettraient la constitution de bouquets de trois ou quatre chaînes, composés par exemple de chaînes de cinéma « basiques »⁷, de chaînes de cinéma de patrimoine et de chaînes de cinéma de premières diffusions.

1.3. Sur la conclusion d'un contrat de distribution

L'article 5.1 de l'offre de référence stipule que « *la mise à disposition des Chaînes Cinéma éditées par Groupe Canal+ intervient sous réserve de la signature préalable d'un contrat de distribution de ces chaînes, entre la société Multithématiques et le Distributeur souhaitant reprendre ces chaînes.*

Ce contrat de distribution pourra concerner, soit la distribution sur les réseaux filaires, soit sur les réseaux satellitaires.

⁵ Voir la note de bas de page n°17 sur la description des offres de chaînes cinéma des distributeurs actifs sur le marché français.

⁶ L'article 3 de l'offre de référence stipule que « les Distributeurs ayant déjà, à la publication de la présente offre de référence, signé un ou des contrat(s) de distribution, soit pour les trois chaînes Ciné+ Classic, Ciné+ Club et Ciné+ Star, soit pour la chaîne Ciné+ Famiz, soit pour les quatre chaînes ensemble, auront le choix :

– soit de maintenir le ou les contrat(s) en vigueur et d'en étendre la durée jusqu'au 23 juillet 2017 au plus tard sous réserve de l'application de nouvelles conditions financières à définir avec le distributeur au plus tard 6 mois avant l'échéance de leur contrat, et ce dans le respect de la présente offre de référence ;

– soit de résilier, par anticipation et sans pénalité, le ou les contrat(s) en vigueur et de signer un nouveau contrat relatif à la distribution de l'ensemble des Chaînes Cinéma éditées par Groupe Canal+, jusqu'au 23 juillet 2017 au plus tard. »

⁷ Il s'agit des chaînes de cinéma qui ne sont ni de patrimoine, ni de premières diffusions, ni de premières exclusivités.

Les Distributeurs qui souhaiteraient distribuer les Chaînes Cinéma de Groupe Canal+ selon les modalités visées à l'article 2 ci-dessus sur d'autres réseaux que filaires et/ou satellitaires pour lesquels la ou les chaînes auraient acquis les droits, se rapprocheront de Groupe Canal+ qui adaptera les projets de contrat type en fonction des modalités techniques et sécuritaires de distribution envisagées par les Distributeurs considérés ».

D'une part, le Conseil constate que l'offre de référence contraint les distributeurs à engager des négociations séparées pour la mise à disposition des chaînes sur les réseaux filaires et leur mise à disposition sur d'autres réseaux, comme sur les réseaux mobiles. Il s'interroge sur la justification de cette contrainte, dans la mesure où l'offre de référence pour la reprise des chaînes indépendantes par Canal Plus Distribution semble permettre la conclusion de contrats dont le champ d'application peut concerner à la fois les réseaux filaires et les réseaux mobiles.

D'autre part, le Conseil rappelle que certains distributeurs commercialisent des offres hybrides qui sont fournies à la fois sur des réseaux filaires et sur des réseaux satellitaires⁸. Il n'est pas exclu, selon les termes de l'offre de référence, que ces distributeurs soient dans l'obligation de conclure deux contrats de distribution.

L'article 5.2 de l'offre de référence dispose que le contrat de distribution précise notamment les chaînes concernées, les supports concernés, les réseaux de transmission concernés, le mode de commercialisation (individuel, collectivités, etc.), le niveau de services, la prise d'effet et la durée du contrat de distribution, les modalités de mise à disposition des services de télévision de rattrapage, le contrôle d'accès retenu par le distributeur, les caractéristiques du signal, les spécificités liées aux plages en clair, la gestion des films de catégorie 5, les modalités techniques de transport du signal, le détail des conditions financières, les obligations respectives des Distributeurs tiers et du groupe Canal Plus en matière de promotion et de communication, les exigences sécuritaires, les exigences techniques et le service après-vente (SAV).

Le Conseil estime que cette liste devra être précisée par des clauses types, créatrices de droits pour les distributeurs, afin d'améliorer le niveau de transparence et de sécurité juridique.

A cet égard, le Conseil estime, ainsi qu'il l'avait exprimé dans son avis du 2 mai 2012 que les clauses suivantes pourraient être ajoutées dans l'offre de référence :

- la possibilité de diffuser temporairement à l'ensemble des abonnés ou aux nouveaux abonnés de l'opérateur un ou plusieurs services Ciné+ afin de susciter des abonnements ;
- la possibilité laissée au distributeur de faire régulièrement des offres promotionnelles ;
- la contribution marketing des chaînes Ciné+ ;
- l'engagement sur un volume minimal de programmes mis à disposition en télévision de rattrapage ;
- la fourniture par l'éditeur à titre gracieux des informations, logos et visuels nécessaires aux supports de communication du distributeur en contrepartie de l'engagement du distributeur de respecter l'identité visuelle et graphique de la chaîne ;
- l'engagement de l'éditeur à utiliser et à faire apparaître dans ses communications commerciales de manière visible, dans des conditions équitables et non discriminatoires et dans le respect de la réglementation en vigueur, les logos des distributeurs si ces derniers y consentent ;
- l'engagement du distributeur à assurer un traitement équitable du lot de chaînes retenu dans le cadre de la promotion générale de ses offres vis-à-vis de toute autre chaîne payante appartenant à la même thématique ;
- les modalités de communication du nombre d'abonnés par le distributeur à l'éditeur et de vérification de ce nombre.

⁸ Orange commercialise par exemple le service la TV d'Orange par satellite, qui permet de regarder des services de télévision à la fois par satellite et par des réseaux filaires. (<http://assistance.orange.fr/tv-d-orange-par-satellite-presentation-de-l-offre-2016.php>).

1.4. Sur les conditions financières

L'injonction 6.b) qui a été prononcée par l'Autorité de la concurrence prévoit que le groupe Canal Plus doit mettre à disposition les chaînes dans des « conditions tarifaires qui seront transparentes, objectives, et non discriminatoires », qui « ne généreront aucun effet de ciseau tarifaire » et « qui se référeront aux conditions tarifaires consenties, antérieurement à la renotification de l'opération, par le pôle distribution de GCP au pôle édition du groupe pour la distribution des chaînes éditées par GCP au sein de l'offre CanalSat ainsi qu'aux conditions constatées sur le marché. Les écarts entre les prix proposés par GCP aux distributeurs et ces références devront être justifiées par des différences de coûts ».

L'article 7.1 de l'offre de référence énumère, pour les trois lots, les tarifs des chaînes Ciné+ pour la mise à disposition des signaux linéaires⁹.

Pour le premier lot (Ciné+ Classic, Ciné+ Club, Ciné+ Star), le tarif de mise à disposition est de 1,74 euro par mois et par abonné. Pour le deuxième lot (Ciné+ Famiz), le tarif est de 1,57 euro par mois et par abonné au service incluant cette chaîne. Enfin, pour le troisième lot, constitué de l'ensemble des chaînes, le groupe Canal Plus a choisi de mettre en place une grille tarifaire dégressive¹⁰.

Sur la base des informations dont le Conseil dispose, il souhaite formuler plusieurs observations.

D'une part, s'il appartient à l'Autorité de la concurrence et au Mandataire de déterminer si les tarifs ne génèrent aucun effet de ciseau tarifaire, il serait souhaitable que les méthodes utilisées pour déterminer l'absence de ciseau tarifaire soient soumises à consultation, afin que les acteurs du secteur puissent formuler des observations. A cet égard, le Conseil souhaite rappeler, s'agissant de la mise à disposition de la chaîne TPS Star, qu'il avait émis des réserves sur le caractère objectif de la méthode et du niveau tarifaire qui avait été choisi par le groupe Canal Plus comme tarif de référence de TPS Star¹¹.

D'autre part, le Conseil s'interroge sur les raisons de la présence d'une tarification dégressive pour le troisième lot alors que ce mode de rémunération n'a jamais été retenu, jusqu'à présent, pour les chaînes cinéma du groupe Canal Plus. Les prix de gros qui avaient été retenus par le groupe Canal Plus pour la mise à disposition de la chaîne TPS Star et de trois chaînes Ciné+, en application de ses engagements de 2006, étaient des tarifs fixes par mois et par abonné. La tarification dégressive n'a d'ailleurs pas été retenue par le groupe Canal Plus pour le premier lot et le deuxième lot de chaînes cinéma.

Le Conseil remarque que la mise en œuvre de la grille tarifaire du troisième lot pourrait permettre au groupe Canal Plus de bénéficier d'un tarif moyen sensiblement moins élevé que

⁹ L'article 7 de l'offre de référence stipule que « conformément à l'injonction 6 (b), les Chaînes Cinéma éditées par Groupe Canal+ sont mises à la disposition des Distributeurs dans des conditions tarifaires transparentes, objectives et non discriminatoires. Les conditions financières visées ci-après sont valables jusqu'au 31 décembre 2013. Ces conditions seront susceptibles d'évoluer annuellement, dans le respect de l'injonction n°6 (b) prononcée par la décision n°12-DCC-100 de l'Autorité de la concurrence, en fonction de l'évolution des coûts d'acquisition des programmes sur la base d'un rapport justificatif communiqué au Mandataire. Dans ce cas, elles seront communiquées à tous les Distributeurs concernés six (6) mois au moins avant leur application au 1er janvier de chaque année. A compter de la communication des nouvelles conditions tarifaires, et en cas de désaccord du Distributeur avec celles-ci, le Distributeur disposera d'un délai de deux mois pour résilier le contrat de distribution. »

¹⁰ La tarification dégressive, prévue à l'article 7, est la suivante :

- 4,95 euros par mois et par abonné au service incluant les sept chaînes, jusqu'à 150 000 abonnés ;
- 4,65 euros par mois et par abonné du 150 001ème au 250 000ème abonné ;
- 4,30 euros par mois et par abonné du 250 001ème au 350 000ème abonné ;
- 4,00 euros par mois et par abonné du 350 001ème au 500 000ème abonné ;
- 3,75 euros par mois et par abonné du 500 001ème au 750 000ème abonné ;
- 2,90 euros par mois et par abonné du 750 001ème au 1 250 000ème abonné ;
- 1,10 euro par mois et par abonné au-delà de 1 250 000 abonnés.

¹¹ Avis n° 2010-13 du 27 mai 2010 à l'Autorité de la concurrence sur l'exécution des engagements pris en application de la décision du ministre chargé de l'économie du 30 août 2006 autorisant l'acquisition des sociétés TPS et Canal Satellite par les sociétés Vivendi Universal et Groupe Canal+.

ceux des autres distributeurs¹². D'après les estimations du Conseil, le tarif moyen payé par Canal + Distribution serait de [...] euros par mois et par abonné, alors que ses concurrents, dont aucun, à l'exception de Numéricable¹³, ne dispose de plus de 150 000 abonnés¹⁴, devront s'acquitter du tarif de 4,95 euros, prévu pour la première tranche de la grille tarifaire.

En outre, le Conseil s'interroge sur le caractère objectif du tarif de 1,10 euro par mois et par abonné applicable à la tranche au-delà de 1 250 000 abonnés, qui est près de trois fois inférieur au tarif de la tranche précédente¹⁵. Actuellement, le groupement de services Ciné+ est soumis, au titre de ses accords interprofessionnels, à un investissement dans la production cinématographique européenne ou d'expression originale française (EOF) d'un montant de 1 euro par mois et par abonné.

Enfin, les tarifs retenus pour les lots 2 et 3 ne sont pas les plus favorables parmi ceux qui sont actuellement facturés aux distributeurs concurrents du groupe Canal Plus.

S'agissant du lot 2, d'après les informations recueillies par le Conseil auprès des distributeurs, le groupe Canal Plus a jusqu'à maintenant proposé la chaîne Ciné+ Famiz à [...] euro par mois et par abonné ou à [...] euro par mois et par abonné si cette chaîne est incluse dans un bouquet spécifique Ciné+, construit autour des chaînes Ciné+ Star, Ciné+ Club et Ciné+ Classic. De fait, Ciné+ Famiz, lorsqu'elle était reprise par les distributeurs, a toujours été commercialisée avec les trois chaînes Ciné+ qui étaient dégroupées¹⁶. Le tarif de gros de cet ensemble était donc de 2,31 euros par mois et par abonné, là où dans la nouvelle offre il est de 3,31 euros (lot 1 et lot 2).

S'agissant du lot 3, le tarif retenu de 4,95 euros par mois et par abonné est celui actuellement appliqué à Numéricable, seul concurrent du groupe Canal Plus à proposer les sept chaînes Ciné+, alors que, selon les calculs du Conseil, Canal + Distribution rémunère actuellement les chaînes Ciné+ à [...] euros par mois et par abonné en moyenne.

Le Conseil appelle l'attention de l'Autorité de la concurrence sur les conséquences de la structuration des lots sur les tarifs des offres de détail des concurrents du groupe Canal Plus et sur le niveau de contribution à la production cinématographique européenne et EOF.

Dans l'hypothèse où ces distributeurs choisiraient de distribuer les trois chaînes les plus attractives (Ciné+ Premier, Ciné+ Frisson et Ciné+ Star), ils seraient obligés de commercialiser l'ensemble des sept chaînes, ce qui impliquerait la résiliation des contrats existants, en application de l'article 3 de l'offre de référence, et la conclusion d'un nouveau contrat pour la distribution des chaînes du lot 3.

Un tel élargissement du périmètre des bouquets cinéma des distributeurs concurrents entraînerait une augmentation du niveau des redevances qu'ils versent aux chaînes Ciné+ d'environ 120 %. Il pourrait alors être difficile pour les distributeurs concurrents de maintenir leurs prix de détail actuels¹⁷. Dans l'hypothèse où ils choisiraient d'augmenter leurs prix, les

¹² Le nombre d'abonnements à l'offre Ciné+ des abonnés Canalsat est estimé par le Conseil à environ [...] millions en 2011.

¹³ D'après les estimations du Conseil, le nombre d'abonnés aux chaînes Ciné+ sur Numéricable est d'environ [...] en 2011.

¹⁴ Estimations du Conseil pour l'année 2011.

¹⁵ Ce tarif sera appliqué à environ 1,3 millions du parc d'abonnés de Canalsat.

¹⁶ A l'exception de Free.

¹⁷ Les offres de chaînes cinéma non premium proposées par les fournisseurs d'accès à Internet sont généralement composées des 3 ou 4 chaînes dégroupées de Ciné+, des chaînes Action, Ciné Polar, Ciné Passion, qui sont éditées par le groupe AB, et de la chaîne TCM. Ces chaînes cinéma sont proposées soit en option séparée, soit en sus d'un bouquet de chaînes généralistes et étrangères. Au 15 janvier 2013, cet ensemble de chaînes cinéma est, par exemple, proposé en option séparée à 11 euros par mois par Bouygues Télécom (8 chaînes) et à 10 euros par mois par Orange (7 chaînes). Seul Free propose un bouquet uniquement composé des 3 chaînes Ciné+ Premier, Ciné+ Star et Ciné+ Frisson à 5,99 euros par mois et par abonné d'une part, et la chaîne Ciné+ Famiz, proposée seule, à 2,49 euros par mois.

Canal + Distribution propose une offre de premier niveau à 24,90 euros par mois, intitulée « Série Cinéma », qui permet d'avoir accès, en sus des chaînes gratuites de la TNT, de chaînes étrangères, et de quelques chaînes payantes françaises (Equidia, Euronews, KTO...), à un Pass Série (intégrales de séries à visionner à la demande) et à 18 chaînes

distributeurs pourraient subir une diminution de leur base d'abonnés, ce qui est susceptible d'entraîner également une diminution de l'obligation de production d'œuvres cinématographiques du groupement de services Ciné+.

En effet, les chaînes cinéma de premières diffusions sont soumises à des obligations de contribution à la production cinématographique européenne et EOF qui ne peuvent être inférieures au montant le plus élevé entre 26 % du chiffre d'affaire annuel (dont 22 % pour les œuvres EOF) et un minimum garanti par mois et par abonné¹⁸. Pour les chaînes Ciné+, ce minimum garanti est de 1 euro par mois et par abonné pour les œuvres cinématographiques européennes (dont 0,85 euro par mois et par abonné pour les œuvres EOF).

L'obligation de production d'œuvres cinématographiques européennes ou EOF des chaînes Ciné+ était en 2011 de 35,3 millions d'euros¹⁹ dans la mesure où elles ont réalisé un chiffre d'affaires de [...] millions euros pour [...] abonnés au 30 juin 2011.

Toute diminution du chiffre d'affaires de Ciné+ ou de son nombre d'abonnés aurait pour effet d'entraîner une diminution de la contribution à la production européenne et EOF.

D'après les estimations du Conseil, dans l'hypothèse où tous les distributeurs décideraient de reprendre les chaînes du lot 3, à partir d'un nombre d'abonnés constant, le chiffre d'affaires de Ciné+ diminuerait d'environ 5 millions d'euros. En effet, si Canal + Distribution s'appliquait le barème dégressif qu'il propose dans l'offre de référence, il verserait une redevance totale aux chaînes Ciné+ de [...] millions d'euros, alors qu'elle est actuellement de [...] millions d'euros²⁰. La rémunération totale des distributeurs tiers pour la distribution des 7 chaînes composant le lot 3 serait, d'après les estimations du Conseil, de 23 millions d'euros contre 17 millions d'euros versés aux quatre chaînes Ciné+ en 2011.

Dans l'hypothèse d'un maintien du niveau actuel du minimum garanti par abonné et d'une stabilité du nombre d'abonnés, cette baisse du chiffre d'affaires du groupement de services Ciné+ n'aurait pas d'incidence sur les investissements dans la production cinématographique européenne et EOF au titre des obligations règlementaires.

2. Les offres de référence relatives à la reprise des chaînes indépendantes

2.1. Sur les définitions

L'article 1 de l'offre de référence pour la « *reprise des chaînes indépendantes* » stipule que les termes employés sont « *à interpréter conformément aux définitions figurant dans la décision n°12-DCC-100 de l'Autorité de la concurrence du 23 juillet 2012, étant précisé que les Chaînes Indépendantes concernées sont les chaînes cryptées payantes auxquelles Canal+ Distribution paye une rémunération pour les distribuer dans son offre CanalSat* ».

Le Conseil formule plusieurs observations.

D'une part, contrairement aux offres de référence pour la « *mise à disposition des chaînes cinéma* », l'offre de référence ne contient pas de liste de définitions des termes et se contente de procéder à un renvoi à la décision de l'Autorité de la concurrence. Cette méthode est susceptible de créer une incertitude juridique importante. Le Conseil souhaite que les termes des offres de référence soient expressément définis dans l'offre. Il rappelle que la rédaction des engagements

cinéma : 7 chaînes de Ciné+, 3 chaînes cinéma d'AB, TCM mais aussi aux 5 chaînes OCS et aux 2 chaînes cinéma éditées par Disney. Ces dernières sont distribuées en exclusivité sur CanalSat, et les chaînes OCS sont également présentes dans les offres d'Orange et de SFR.

¹⁸ Ce minimum garanti a été négocié dans des accords professionnels et transposé ensuite dans la convention conclue entre Ciné+ et le Conseil.

¹⁹ Ce montant a été calculé à partir du minimum garanti par abonné.

²⁰ Cette baisse de la rémunération de CanalSat peut se justifier par la perte d'exclusivités de distribution de certaines chaînes Ciné+.

pris en 2006 par le groupe Canal Plus a entraîné des divergences d'interprétation importantes, du fait notamment de l'absence de définition de certains termes.

A cet égard, certains termes qui sont mentionnés dans l'offre figurent également dans la décision de l'Autorité de la concurrence, mais ne sont pas nécessairement définis. C'est le cas par exemple :

- du terme « *plateforme* » qui semble être polysémique²¹, dans la mesure où la décision utilise les termes « *plateformes techniques de diffusion* », « *plateformes commerciales* », « *plateformes de distribution* », « *plateformes internet* », « *plateformes propriétaires* », « *plateforme CanalPlay Infinity* », « *plateforme TPS Canalsat* »... L'offre de référence du groupe Canal Plus semble quant à elle distinguer les « *réseaux de transmission* » et les « *plateformes (ADSL/FTTx, Satellite...)* » ;
- de la notion de distribution, qu'elle soit exclusive ou non exclusive, dans la mesure où les exclusivités qui peuvent être négociées par un distributeur peuvent concerner des réseaux d'accès et de transmission, des « *plateformes de distribution* » ou des terminaux.

D'autre part, l'offre de référence précise que « *les Chaînes Indépendantes concernées sont les chaînes cryptées payantes auxquelles Canal+ Distribution paye une rémunération pour les distribuer dans son offre CanalSat* ». Le Conseil rappelle que certaines chaînes, notamment étrangères, qui sont reprises dans les bouquets des opérateurs de télévision payante ne sont pas ou peu rémunérées, et que certaines chaînes gratuites de la TNT peuvent être rémunérées par les distributeurs pour la mise à disposition de leur service de télévision de rattrapage. Le Conseil estime que cet ajout n'est pas nécessaire et que l'offre de référence devrait reprendre la définition qui figure dans la décision de l'Autorité, c'est-à-dire les « *chaînes non contrôlées, directement ou indirectement, par une société appartenant aux Parties ou à un actionnaire détenant directement ou indirectement plus de 5 % du capital de GCP ou d'une de ses filiales* »²².

2.2. Sur les clauses du contrat de commercialisation

L'article 2 de l'offre de référence prévoit que les contrats de commercialisation qui sont conclus avec les chaînes indépendantes comportent un certain nombre de stipulations²³ portant sur la chaîne reprise et les services associés, le contenu et les programmes de la chaîne, la durée de reprise de la chaîne, la clientèle visée, les réseaux de transmission sur lesquels sont concédés les droits de commercialisation, les plateformes et terminaux de réception, le caractère exclusif ou non exclusif de la distribution, les conditions de reprise du service de télévision de rattrapage, le niveau de service dans l'offre CanalSat, les conditions financières et les modalités de facturation, les engagements réciproques en matière d'effort marketing, les modalités de passage temporaire en clair des chaînes au profit des abonnés dans le cadre des opérations marketing de Canal+ Distribution, les modalités de suivi et de communication entre Canal+ Distribution et l'éditeur pendant la durée du contrat et les conditions de renouvellement et de résiliation du contrat.

Le Conseil estime que certains termes (services associés, contenus et programmes, plateforme, service catch up, effort marketing), qui pour certains d'entre eux sont définis dans l'offre de référence sur la « *mise à disposition des chaînes cinéma* », nécessitent d'être définis dans l'offre de référence sur la « *reprise des chaînes indépendantes* ». Cette exigence est d'autant plus importante que l'article 2 de l'offre de référence précise qu'en « *cas de divergence d'interprétation entre le contrat de commercialisation et la présente offre de référence, les termes de la présente offre de référence prévaudront* ».

²¹ Dans sa décision « *Pay TV* », l'OFCOM a évoqué les difficultés et les enjeux liés à la définition du terme de plateforme (voir pt 10.293 et suivants de la décision de l'OFCOM).

²² Pt 705 de la décision n° 12-DCC-100 du 23 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et CanalSatellite par Vivendi et Groupe Canal Plus.

²³ Voir point 2 de l'offre de référence « *reprise des chaînes indépendantes* ».

En outre, comme pour la mise à disposition des chaînes Ciné +, l'offre de référence de reprise des chaînes indépendantes devrait prévoir des clauses supplémentaires que le Conseil avait identifiées dans son avis du 2 mai 2012 et rappelées à la section 1.3. de la présente contribution.

2.3. Sur la procédure de référencement

La procédure de référencement, qui est décrite à l'article 3, prévoit en premier lieu qu'il « appartient aux Chaînes Indépendantes qui souhaitent être distribuées dans l'offre CanalSat, ou voir renouveler leur contrat de distribution, d'en faire la demande écrite à Canal+ Distribution, accompagnée d'une proposition de rémunération ».

Le Conseil s'interroge sur l'obligation qui est faite aux chaînes de proposer une rémunération dans la mesure où elle vient limiter la liberté commerciale des éditeurs et est susceptible de garantir au groupe Canal Plus un avantage concurrentiel dans les négociations.

L'article 3.3. de la procédure de référencement prévoit également que le groupe Canal Plus « formule, dans un délai maximal de 3 mois suivant les demandes écrites visées à l'article 3.1. ci-dessus, une offre qui l'engage pendant un délai de 2 mois :

- *En cas de refus de Canal+ Distribution de reprendre une Chaîne Indépendante, Canal+ Distribution motive sa décision à l'éditeur.*
- *En cas d'accord de Canal+ Distribution, Canal+ Distribution adresse à l'éditeur une offre conforme aux principes de la présente Offre de Référence. Canal+ Distribution et l'éditeur feront leurs meilleurs efforts pour conclure le contrat de commercialisation correspondant dans un délai n'excédant pas 6 mois. Dans le cas d'un renouvellement, Canal+ Distribution s'engage, à compter de la réception de la demande de renouvellement et jusqu'à la signature du nouveau contrat, à ne pas implémenter des conditions de distribution, de promotion des ventes et de rémunération autres que celles prévues par le contrat en cours ou en vigueur à la date de réception de la demande de renouvellement ».*

Le Conseil relève que les délais de négociation de 3 mois et de 6 mois, qui sont mentionnés à l'article 3.3 de l'offre de référence, sont plus longs que ceux qui étaient prévus dans les engagements pris en 2006, qui prévoyaient deux délais de 3 mois²⁴. Le délai de 6 mois paraît injustifié et pourrait être ramené à 3 mois.

2.4. Sur les modalités de rémunération des chaînes indépendantes

2.4.1. Sur les modalités communes de rémunération des chaînes pour une distribution exclusive ou non exclusive

L'article 4.1.2 de l'offre de référence énumère les « critères transparents, objectifs et non discriminatoires sur lesquels Canal+ Distribution établit une proposition de rémunération ». Les critères retenus par le groupe Canal Plus sont : (i) l'exclusivité ou la non exclusivité ; (ii) l'étendue des droits concédés (supports, réseaux de transmission, services associés, modes de commercialisation, territoires) ; (iii) la durée (la durée moyenne étant de 3 ans selon les formats des chaînes) ; (iv) la thématique et l'environnement concurrentiel des chaînes relevant de cette thématique ; (v) la notoriété de la chaîne et le poids de sa marque ; (vi) la nature et l'attractivité des engagements en matière de programmes de la chaîne (genres, présence de titres puissants, volumes d'inédits, de productions, etc.) ; (vii) le niveau de service dans l'offre CanalSat dans lequel est distribuée la chaîne et le nombre d'abonnés qui la recevront ; (viii) la contribution de

²⁴ « Les Parties s'engagent à :

40. Lorsqu'elles recevront une demande raisonnable de reprise d'une Chaîne Indépendante dans leur offre satellite :

a. répondre sous 3 mois ;

b. en cas d'acceptation des conditions de reprise dans leur Offre Commerciale, conclure au plus tard dans les trois mois, soit un contrat de distribution dans son Offre de Base dans des conditions équitables de marché et non discriminatoires, soit un contrat de distribution en option, le prix au consommateur final étant dans ce dernier cas défini conjointement. »

la chaîne au recrutement des prospects ; (ix) la contribution de la chaîne à la fidélisation des abonnés ; (x) l'audience de la chaîne en référence au public visé ; (xi) la contribution de la chaîne à la politique éditoriale et commerciale de l'offre CanalSat, à son soutien marketing ainsi qu'à son développement stratégique à moyen et long terme, la portée du présent critère étant limitée à + ou - 20 % de la valeur obtenue sur la base des critères précédents.

Si la liste qui figure dans l'offre de référence est susceptible d'améliorer le niveau de transparence entre le groupe Canal Plus et les éditeurs, le Conseil relève que l'offre de référence ne contient aucune indication sur la hiérarchisation ou la pondération des critères. En outre, il n'est pas exclu que certains critères se recoupent. C'est le cas par exemple des critères relatifs à la « *notoriété de la chaîne et poids de sa marque* » et à la « *contribution de la chaîne au recrutement des prospects* ».

Compte tenu de leur importance, le Conseil estime que ces critères devraient faire l'objet de définitions détaillées, adaptées aux spécificités de l'ensemble des chaînes indépendantes, et identifiant les droits et les obligations des parties.

Par ailleurs, les critères mesurant notamment la fidélisation et le pouvoir de recrutement des chaînes s'appuient sur des études réalisées pour le compte de Canal Plus Distribution. Il serait donc souhaitable de mettre en place un audit indépendant de ces études afin d'en garantir l'objectivité et de fixer les conditions de communication des résultats aux chaînes concernées.

Le Conseil relève également que ces critères sont relativisés par l'article 4.1.3 qui prévoit que « *dans le cas d'un renouvellement de contrat de distribution, il sera tenu compte en outre de la rémunération annuelle sur la durée du contrat versée à la Chaîne dans le cadre du contrat précédent* ». Le Conseil s'interroge sur la portée et les conséquences de cette stipulation, qui introduit un aléa important dans la mise en œuvre des critères. En effet, dans l'hypothèse où une chaîne serait rémunérée à un prix inférieur au prix du marché, cette stipulation n'est pas de nature à garantir une amélioration de ses conditions de rémunération.

En outre, l'article 4.1.5 prévoit que « *tous les services qui contribuent, pour Canal+ Distribution, à la valeur des Chaînes Indépendantes et à la fixation de leur rémunération font l'objet d'une valorisation distincte dans le contrat de commercialisation. Les services connus à ce jour sont les suivants* :

- *les services de télévision de rattrapage (ou catch-up TV) étant précisé que les droits portant sur la télévision de rattrapage ne peuvent être dissociés des droits linéaires dans la mesure où la télévision de rattrapage est un complément indissociable de la diffusion en linéaire de la chaîne;*
- *tout service non linéaire associé tel que la SVOD ;*
- *la version HD de la chaîne, étant précisé que les droits portant sur la version SD et la version HD de la chaîne ne peuvent être dissociés ;*
- *les services interactifs ;*
- *les multiplex des chaînes linéaires ».*

Le Conseil estime que l'existence du principe de valorisation distincte des services annexes au service de télévision, qui ne figurait pas dans les engagements pris par le groupe Canal Plus en 2006, est de nature à contribuer à une amélioration de la rémunération des chaînes indépendantes. Il s'interroge néanmoins sur la contribution des services de vidéo à la demande par abonnement (VàDA ou SVOD), qui ne sont pas liés à l'édition de chaîne, à la valeur d'une chaîne indépendante.

2.4.2. Sur les modalités spécifiques de rémunération des chaînes pour une distribution exclusive

L'article 4.2.1 de l'offre de référence stipule que « *lorsque Canal+ Distribution fait une proposition de reprise de la Chaîne Indépendante en exclusivité, cette proposition de contrat de commercialisation identifie de manière distincte la valeur accordée par Canal+ Distribution pour la*

distribution de celle-ci sur chaque Plateforme Propriétaire desservant plus de 500 000 abonnés triple play. Cette valeur sera déterminée en prenant en compte l'importance des bases d'abonnés de télévision payante que permet effectivement de desservir chaque Plateforme Propriétaire et la contribution de chaque plateforme au recrutement des abonnés. Les abonnés de télévision payante susvisés correspondent aux abonnés à des offres de chaînes de télévision reçues en contrepartie du paiement d'un abonnement spécifique ».

Le Conseil s'interroge sur la nécessité et la pertinence de restreindre la notion d'abonnés à une plateforme propriétaire à celle d'« abonnés triple play », dans la mesure où l'injonction 5.a) ne mentionne que la notion d'opérateurs tiers. En effet, le groupe Canal Plus est également en concurrence avec des opérateurs satellitaires, des câblo-opérateurs, dont les abonnés ne sont pas nécessairement des souscripteurs à une offre multiservice, et des opérateurs « quadruple play ».

Enfin, le Conseil constate que les documents soumis à consultation par l'Autorité ne contiennent pas de formule de calcul de la valeur de la distribution en exclusivité reposant sur des critères économiques objectifs et vérifiables, précisant le montant de la décote maximale appliquée en cas de sortie de l'exclusivité, telle que prévue à l'injonction 3 c). Il appelle l'attention de l'Autorité sur la nécessité de s'assurer que la décote liée au passage à une distribution non exclusive n'entraîne pas une diminution trop importante de la rémunération, y compris lorsque la chaîne serait incluse dans les offres basiques des FAI.

3. Les offres de référence relatives au transport des chaînes indépendantes

3.1. Sur les définitions

Comme l'offre de référence relative à la reprise des chaînes indépendantes, l'offre concernant le transport des chaînes ne contient aucune définition des termes employés.

Par ailleurs, elle se contente d'indiquer, dans son article 2, la nature des clauses qui figureront dans les contrats de transport sans fournir davantage d'indication sur les droits qui sont créés au profit des chaînes indépendantes. L'offre de référence ne contient par exemple aucune indication sur la durée du contrat, les conditions de renouvellement ou la grille tarifaire que le groupe Canal Plus mettra en œuvre. Il serait également nécessaire d'introduire des clauses types dans cette offre de référence.

3.2. Sur l'égalité de traitement dans la qualité de l'image

L'article 3.2.1 stipule que « *Canal+ Distribution assure une égalité de traitement dans la qualité d'image, à périmètre de spécifications techniques comparable, en ce compris le besoin en bande passante, entre toutes les chaînes dont elle assure les prestations de transport, en ce compris les chaînes éditées par Groupe Canal+.* »

Le Conseil s'interroge sur l'opportunité d'étendre cette obligation au son ainsi qu'au sous-titrage. Faute de description technique du traitement de signal opéré par le groupe Canal Plus dans le but d'assurer le transport des chaînes composant ses offres, la pertinence d'une telle extension demeure incertaine.

En outre, le Conseil estime que l'offre de référence doit définir le « *périmètre de spécifications techniques comparable* », qui pourrait inclure les prestations de compression sonore et d'insertion de flux de sous-titrage, afin de réduire l'insécurité juridique des parties.

3.3. Sur la fourniture des prestations de transport par un tiers

En l'absence du cahier des charges techniques associé aux prestations de transport des chaînes, il est difficile de vérifier la portée de l'article 4.2 de l'offre de référence qui ne décrit pas les

prestations fournies par le groupe Canal Plus et les exigences minimales de ce dernier pour qu'elles puissent être réalisées par un tiers.

Ce cahier des charges techniques pourrait être remis à chaque éditeur entrant en négociation pour la reprise d'une ou plusieurs de ses chaînes, sans que l'éditeur n'ait à exprimer son souhait de confier les prestations de transport à un tiers.