

DÉCISION DE LA COMMISSION**du 2 avril 2003****déclarant une concentration compatible avec le marché commun et l'accord EEE****(Affaire COMP/M.2876 — Newscorp/Telepiù)***[notifiée sous le numéro C(2003) 1082]***(Le texte en langue anglaise est le seul faisant foi.)****(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)**

(2004/311/CE)

LA COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES,

vu le traité instituant la Communauté européenne,

vu l'accord sur l'Espace économique européen, et notamment son article 57, paragraphe 2, point a),

vu le règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises ⁽¹⁾, modifié en dernier lieu par le règlement (CE) n° 1310/97 ⁽²⁾, et notamment son article 8, paragraphe 2,

vu la décision de la Commission du 29 décembre 2002 d'ouvrir la procédure dans la présente affaire,

après avoir invité les intéressés à présenter leurs observations sur les griefs de la Commission,

après consultation du comité consultatif en matière de concentrations entre entreprises ⁽³⁾,après avoir pris connaissance du rapport final du conseiller-auditeur ⁽⁴⁾ dans la présente affaire,

Considérant ce qui suit:

n° 4064/89 (ci-après le «règlement sur les concentrations»), d'un projet de concentration par lequel l'entreprise australienne The News Corporation Limited (ci-après dénommée «Newscorp») entend acquérir, au sens de l'article 3, paragraphe 1, point b), du règlement sur les concentrations (par l'intermédiaire d'une structure *ad hoc*) le contrôle de l'ensemble des sociétés italiennes de télévision payante Telepiù Spa et Stream Spa (ci-après dénommées respectivement «Telepiù» et «Stream») par achat d'actions. Telepiù et Stream fusionneront leurs activités dans le cadre d'une plate-forme commune de télévision payante par satellite DTH (diffusion directe à domicile). Telecom Italia SpA (l'opérateur de télécommunications historique italien, ci-après dénommé «Telecom Italia») détiendra une participation minoritaire (19,9 %) dans la nouvelle plate-forme commune de télévision payante.

(2) Après examen de la notification et de la série d'engagements proposés par Newscorp le 31 octobre 2002, la Commission a conclu, le 29 novembre 2002, que l'opération notifiée entrerait dans le champ d'application du règlement sur les concentrations et qu'il faisait naître des doutes sérieux quant à sa compatibilité avec le marché commun et l'accord EEE. C'est pourquoi la Commission a décidé d'ouvrir la procédure prévue à l'article 6, paragraphe 1, point c), du règlement sur les concentrations.

(3) Le 14 janvier 2003, Newscorp a proposé une nouvelle série d'engagements.

(4) Une audition a eu lieu les 5 et 6 mars 2003.

(1) Le 16 octobre 2002, la Commission a reçu la notification, conformément à l'article 4 du règlement (CEE)

(5) Le 13 mars 2003, Newscorp a proposé une série définitive d'engagements.

⁽¹⁾ JO L 395 du 30.12.1989, p. 1. Rectificatif (JO L 257 du 21.9.1990, p. 13).

⁽²⁾ JO L 180 du 9.7.1997, p. 1.

⁽³⁾ JO C 92 du 16.4.2004.

⁽⁴⁾ JO C 92 du 16.4.2004.

(6) Le 20 mars 2003, le comité consultatif en matière de concentrations a examiné le projet de la présente décision.

I. LES PARTIES

- (7) Newscorp est une société de médias présente aux États-Unis d'Amérique, au Canada, en Europe, en Australie, en Amérique latine et en Asie-Pacifique. Ses activités englobent la production et la distribution de films et d'émissions de télévision, la télédiffusion par satellite et par câble, la publication de journaux, de magazines et de livres, la production et la distribution d'articles et services promotionnels et publicitaires, le développement de la radiodiffusion numérique, le développement de systèmes d'accès conditionnel et de gestion des abonnés et la création et la distribution d'outils de programmation en ligne.
- (8) Telepiù exerce depuis 1991 l'activité de plate-forme de télévision payante analogique. Depuis 1996, elle opère également sur le marché de la radiodiffusion payante par satellite numérique (DTH) et, dans une moindre mesure, par câble. Telepiù diffuse également, à titre expérimental, par voie hertzienne numérique (DTT) en quelques points du territoire italien. Depuis 1997, elle est contrôlée exclusivement par Vivendi Universal SA. Telepiù opère essentiellement à travers ses filiales. C'est ainsi qu'Europa TV SpA et Prima TV SpA sont chargées des activités éditoriales des chaînes Telepiù et de l'achat de droits de télédiffusion de manifestations sportives et de films. Elles détiennent respectivement une concession de radiodiffusion par voie hertzienne numérique et une autorisation de radiodiffusion par satellite numérique. Omega TV SpA est chargée de la production d'émissions en interne et de la gestion de l'offre de Telepiù en matière de télévision payante par satellite numérique. Atena Servizi SpA assure les services technico-administratifs pour la plate-forme numérique et achète des droits de radiodiffusion pour les chaînes produites par des tiers et devant être proposées sur cette plate-forme. Enfin, TeleCare SpA, une société contrôlée par Atena Servizi, est responsable du centre d'appel.
- (9) Constituée en 1993, la société Stream a commencé son activité de plate-forme de télévision payante en Italie en 1998, en diffusant par DTH. De 1993 à 1997, elle n'a exercé qu'une activité de prestataire de services, distribuant des émissions de télévision payante pour le compte d'autres opérateurs. Actuellement, Stream n'opère que dans le créneau de la technologie numérique, transmettant ses signaux par satellite et, dans une moindre mesure, par câble. Avant le milieu de l'année 2000, la composition du capital de Stream était la suivante: Telecom Italia (35 %), Newscorp (35 %), Cecchi Gori Group Finmavi SpA (CGG) (18 %) et SDS — Società Diritti Sportivi Srl (SDS) (12 %). Depuis lors, à la suite de l'autorisation délivrée par la Commission ⁽⁵⁾, Stream est contrôlée conjointement par Newscorp et par

Telecom Italia, chacune de ces deux sociétés détenant 50 % du capital en vertu d'un pacte d'actionnaires.

II. L'OPÉRATION DE CONCENTRATION

- (10) L'opération de concentration envisagée consiste en l'acquisition par Newscorp du contrôle exclusif de Telepiù et de Stream, l'objectif étant de conjuguer leurs activités. À cet effet, le 1^{er} octobre 2002, Newscorp et Telecom Italia ont conclu avec Vivendi Universal SA, Group Canal + SA et Canal + Europe BV (collectivement dénommées «le groupe Vivendi») un «contrat d'achat d'actions» prévoyant le rachat de 100 % des actions de Telepiù par Newscorp, par l'intermédiaire d'une structure *ad hoc* entièrement détenue par Stream.
- (11) Simultanément, Newscorp et Telecom Italia ont conclu un «accord-cadre» aux termes duquel elles entendent: i) apporter des fonds à Stream; ii) redéfinir leurs intérêts et leurs rôles respectifs dans la société Stream et, à travers celle-ci, constituer et capitaliser une filiale à 100 % de Stream ayant pour objet spécifique la réalisation du rachat de Telepiù, et iii) fixer les modalités de leurs rapports futurs en qualité d'actionnaires de Stream et la participation connexe dans la structure *ad hoc*. Ces opérations seront suivies de la mise en place d'une plate-forme commune de télévision payante DTH fusionnant les activités de Stream et de Telepiù.
- (12) Enfin, le «pacte d'actionnaires» joint à l'accord-cadre fixe les modalités des relations entre Newscorp et Telecom Italia en leur qualité d'actionnaires de Stream.
- (13) Telecom Italia détiendra une participation de 19,9 % dans la plate-forme commune et Newscorp une participation de 80,1 %. Il n'est pas exclu que d'autres investisseurs entrent dans la structure du capital, mais avec une participation qui sera simplement d'ordre financier. En effet, le contrat d'achat d'actions stipule que ces autres investisseurs éventuels ne peuvent exercer, à titre individuel ou conjointement avec d'autres, un pouvoir de contrôle sur la plate-forme commune; autrement dit, ils ne peuvent aucunement influencer sur la définition de la politique de gestion de la plate-forme, pas plus qu'ils ne peuvent participer à la désignation de ses dirigeants.
- (14) Bien qu'elle repose sur différents contrats, la prise du contrôle exclusif de Stream et de Telepiù par Newscorp doit être considérée comme une seule et même opération de concentration réalisée exclusivement en vue de la prise par Newscorp du contrôle exclusif de la plate-forme commune. Dès lors, l'opération envisagée est une concentration au sens de l'article 3, paragraphe 1, point b), du règlement sur les concentrations.
- (15) L'opération envisagée est une version remaniée d'un projet examiné par l'autorité antitrust italienne

⁽⁵⁾ Décision du 29 juin 2000 dans l'affaire COMP/M.1978 — Telecom Italia/News Television/Stream, publiée sur le site Internet de la Commission: <http://europa.eu.int/comm/competition/concentrations/cases/>

en 2002 ⁽⁶⁾. Dans le cadre de ce projet, à l'inverse de la présente opération, le groupe Vivendi aurait pris le contrôle exclusif de la plate-forme italienne de télévision payante DTH issue du regroupement des activités de Stream et Telepiù. Dans ce scénario, Telecom Italia et Newscorp étaient les vendeurs, alors que dans la présente opération, Telecom Italia conserve un lien avec la plate-forme commune. L'autorité antitrust italienne avait autorisé cette opération par décision du 13 mai 2002, en imposant un ensemble de conditions à peu près analogues aux engagements présentés par les parties durant la phase initiale de l'examen entrepris par la Commission. Par la suite, le groupe Vivendi a renoncé à ce projet.

III. LA DIMENSION COMMUNAUTAIRE

- (16) Les entreprises concernées réalisent un chiffre d'affaires mondial supérieur à 5 milliards d'euros [Newscorp [...] (*) euros en juin 2002, Stream [...] (*) euros en 2001, Telepiù [...] (*) euros en 2001]. Au moins deux des entreprises concernées réalisent chacune un chiffre d'affaires communautaire supérieur à 250 millions d'euros (Newscorp [...] (*) euros en juin 2002 et Telepiù [...] (*) euros en 2001, tandis que Stream affichait [...] (*) euros en 2001). Les parties n'ont pas réalisé plus des deux tiers de leur chiffre d'affaires communautaire dans un seul et même État membre (Newscorp a réalisé les deux tiers de son chiffre d'affaires communautaire au Royaume-Uni, Stream et Telepiù en Italie). Par conséquent, l'opération de concentration notifiée est de dimension communautaire au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 2, du règlement sur les concentrations.

IV. APPRÉCIATION AU REGARD DE L'ARTICLE 2 DU RÈGLEMENT SUR LES CONCENTRATIONS

A. LE MARCHÉ DE PRODUITS ET LE MARCHÉ GÉOGRAPHIQUE EN CAUSE

- (17) La concentration touche un certain nombre de marchés du territoire italien.

1. MARCHÉ DE LA TÉLÉVISION PAYANTE

Marché de produits

- (18) Newscorp estime que l'opération envisagée doit être appréciée dans le contexte du marché italien global de la

télédiffusion comprenant les services de télévision payants et les services à accès libre. Les parties affirment que la Commission a reconnu l'interaction entre ces deux segments dans des décisions antérieures ⁽⁷⁾. Newscorp déclare que, en ce qui concerne le marché italien, la Commission a peut-être des raisons de conclure que le marché de produits en cause doit comporter les services de télévision payants et les services à accès libre et il ajoute que la force des opérateurs de télévision à accès libre dans le cas particulier de l'Italie constitue une réelle contrainte pour les opérateurs de télévision payante.

- (19) L'étude de marché approfondie réalisée dans la présente affaire montre qu'il existe en Italie une distinction évidente, du point de vue des clients comme de celui des fournisseurs, entre la télévision à accès libre et la télévision payante. Cette étude a porté sur les opérateurs de télévision à accès libre, les fournisseurs de chaînes, les clubs de football et les associations de consommateurs. On trouvera un résumé des principales questions soulevées par le test de marché dans les considérants qui suivent.

Opérateurs de télévision à accès libre

- (20) Le constat que la télévision à accès libre et la télévision payante constituent des marchés distincts est admis par les grands diffuseurs de télévision à accès libre (opérateurs nationaux) et par l'immense majorité des petits diffuseurs de cette télévision (opérateurs régionaux ou locaux). La quasi-totalité des diffuseurs consultés déclarent que les types de contenus et les programmations proposés par la télévision payante ne sont pas les mêmes que ceux que proposent les télévisions à accès libre, ce qui fait que les deux services présentent un intérêt manifestement différent aux yeux de l'utilisateur final. De plus, en ce qui concerne la substituabilité du côté de l'offre, étant donné que les modèles économiques des deux types de diffuseurs sont distincts, les opérateurs de télévision payante ne seraient pas en mesure de réorienter à court terme leur activité vers la télévision à accès libre et inversement, sans engager des dépenses ou encourir des risques supplémentaires substantiels ⁽⁸⁾. En effet, les télévisions à accès libre sont financées dans une

⁽⁶⁾ Décision de l'autorité antitrust italienne du 13 mai 2002 (affaire C/5109).

^(*) Des parties de ce texte ont été omises afin de garantir qu'aucune information confidentielle ne soit communiquée. Ces parties sont indiquées par des points de suspension entre crochets, suivis d'un astérisque.

⁽⁷⁾ Décision de la Commission du 10 septembre 1991 dans l'affaire IV/M.110 — ABC/Générale des Eaux/Canal +/W.H. Smith TV, considérant 11; décision du 20 septembre 1995 dans l'affaire M.553 — RTL/Veronica/Endemol, considérant 20. Ces décisions sont publiées sur le site Internet de la Commission: <http://europa.eu.int/comm/competition/concentrations/cases/>

⁽⁸⁾ Voir communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (JO C 372 du 9.12.1997, p. 5), point 20. Le court terme s'entend comme «la période pour laquelle un ajustement significatif des actifs tangibles et intangibles n'est pas nécessaire».

large mesure par les recettes publicitaires ou des fonds publics (concours de l'État), alors que les télévisions à péage se financent par les abonnements et, dans une mesure nettement moindre, par la publicité (environ 5 % en Italie).

(21) Alors que l'«audience» (ou «part» de téléspectateurs) est le paramètre qui sert à mesurer le succès de la télévision à accès libre (dans l'optique de la couverture publicitaire potentielle), le nombre d'abonnés est le paramètre essentiel pour la télévision payante. Des personnes interrogées déclarent que, pour certains types particuliers de contenus, comme les sports, et notamment le football, les télévisions payantes sont en mesure de proposer une panoplie d'événements, même simultanément. Cette offre à chaînes multiples est incommensurablement supérieure à celle dont disposent les téléspectateurs des chaînes à accès libre qui peuvent tout au plus regarder un seul événement (match de football, par exemple) à la fois. C'est pourquoi, à l'heure actuelle, les services de télévision à péage et les services de télévision à accès libre ne sont pas totalement interchangeables du point de vue du consommateur. Du reste, certains diffuseurs de télévision à accès libre soulignent que les abonnés des télévisions payantes sont souvent intéressés par un certain type de programmation, par exemple sport et cinéma, que la télévision payante est seule à proposer.

(22) Par ailleurs, certains grands opérateurs de télévision à accès libre déclarent que, même s'il peut y avoir un certain degré d'interaction entre la télévision à péage et la télévision à accès libre, les fournisseurs de contenus multiplient généralement leurs sources de recettes en établissant une distinction très nette entre les «créneaux de vente» de la télévision à péage et ceux de la télévision à accès libre. De toute évidence, cela contribue à définir des marchés distincts.

Fournisseurs de chaînes

(23) Un nombre substantiel de fournisseurs de chaînes expriment un point de vue semblable en déclarant que la télévision à péage et la télévision à accès libre appartiennent à des marchés distincts.

(24) Les différences qui existent entre les deux types de diffuseurs en termes de modèles de recettes types contribuent à les situer dans des champs concurrentiels différents du point de vue de l'offre. On observe également qu'il existe un rapport économique direct entre le diffuseur et les téléspectateurs dans le cas la télévision payante (par l'«abonnement»), mais qu'il n'en va pas de même pour la télévision à accès libre, où le rapport économique se situe entre le diffuseur et les annonceurs. En outre, si l'on songe à leurs programmations respectives, on pourrait dire, du point de vue du consommateur, que les deux types de télévisions se situent dans un rapport de «complémentarité» plus que de «substituabilité».

(25) En se plaçant du côté de l'offre des producteurs de chaînes thématiques, certains répondants déclarent que seu-

les les télévisions payantes sont considérées comme d'éventuels acheteurs de contenus, les opérateurs de télévisions à accès libre ne représentant pas vraiment une solution de remplacement adéquate.

(26) Tout de même, certains répondants estiment que tous les diffuseurs se livrent concurrence sur un marché mondial de détail en ce qui concerne les téléspectateurs et sur un marché mondial de gros en ce qui concerne l'achat de matériel de programmation. Sur ce point, un répondant déclare que «en ce qui concerne l'achat de films dits de «filmothèque» (films diffusés par des chaînes de télévision payante de moindre audience), il y a concurrence entre la télévision payante et la télévision à accès libre». En revanche, lorsque l'on recense certains éléments spécifiques de contenu, un tiers reconnaît que «en général, il n'y a pas de concurrence entre les opérateurs de télévision à péage et les opérateurs de télévision à accès libre pour l'achat et la vente de chaînes et de programmes». Un autre répondant déclare que, de toute façon, même si la télévision payante et les télévisions à accès libre constituent des marchés distincts, «elles s'adressent toutes les deux aux mêmes sources de programmes», ce qui secteur «signifie que les prix et les conditions négociés dans un secteur ont des effets sur l'autre secteur».

(27) Des tiers soulignent que les deux marchés sont très différents, essentiellement en raison de quatre éléments: a) le modèle économique qui fait que les deux produits sont différents dans l'optique de l'offre; b) la dimension; c) les contenus, et d) les programmations. Si on laisse de côté les trois premiers éléments, puisqu'ils ont déjà été abordés, et que l'on considère les programmations, il est important de souligner que les télévisions à accès libre ont une «programmation» fixe tout au long de la journée et de la semaine, alors que les télévisions payantes (surtout les chaînes thématiques proposées au travers de plates-formes de télévision à péage) ont une programmation qui permet différentes «rediffusions» du même contenu ou de la même émission à différents moments de la journée et de la semaine. Par conséquent, les abonnés d'une télévision à péage peuvent regarder l'émission de leur choix (sur une chaîne à péage) à différentes reprises durant une journée et une semaine données.

(28) Certains répondants reconnaissent cependant que l'existence en Italie d'un grand nombre de télévisions hertziennes à accès libre influe sur le degré de pénétration des services de télévision payante et, dans une certaine mesure, sur la capacité des fournisseurs de contenus de distribuer leurs produits au travers de plates-formes de télévision payante.

Équipes de football

(29) Les clubs de football sont liés de manière particulièrement étroite à l'univers de la télévision payante, car leurs

recettes sont fortement tributaires de la vente de leurs droits de retransmission aux opérateurs de télévision payante, une situation qui existe tout particulièrement en Italie. En fait, la grande majorité des clubs de football italiens (équipes de séries A et B) déclarent que les marchés de la télévision à péage et de la télévision à accès libre se distinguent nettement et que cette dernière n'est pas en concurrence directe sur le même marché que la première. La différence s'explique par quatre éléments principaux: a) les différences technologiques; b) le régime de licence ou d'agrément nécessaire pour opérer dans ce secteur; c) le rapport avec les consommateurs, et d) le mode de financement différent de ces deux types de télévision. Il convient ensuite d'ajouter ces différences à la principale différence sur le plan de l'«offre produit» qui caractérise les deux marchés.

(30) Du point de vue de l'offre, il a été déclaré que, en ce qui concerne les retransmissions de matchs en direct tout au long de l'année (par exemple, les matchs de la ligue italienne, série A ou série B), les télévisions à accès libre ne sont pas en concurrence avec les télévisions à péage pour l'achat des droits d'exclusivité, alors qu'il existe un certain degré de concurrence pour les matchs amicaux, les temps forts ou d'autres produits. La majorité des équipes ont tendance à considérer le «football» comme un produit original essentiellement destiné à être exploité dans la formule payante. S'il peut y avoir des exceptions à cette règle (par exemple, les temps forts ou les matchs retransmis en différé) montrant qu'il y a éventuellement de la place pour l'exploitation de produits liés au football par des télévisions à accès libre, ces cas sont cependant de nature sporadique et d'importance marginale.

(31) À cet égard, certains répondants déclarent que puisque les titulaires des droits (les équipes de football), le produit (le match de football) et la cible (les consommateurs) sont en définitive les mêmes, quel que soit le mode de diffusion (crypté ou en clair), on pourrait dire que les télévisions payantes et les télévisions à accès libre sont présentes sur le même marché. En revanche, compte tenu: a) du fait que les plates-formes de télévision payante ont la possibilité de retransmettre plusieurs matchs en même temps, et b) du fait que les équipes de football, surtout moyennes et petites, préfèrent vendre leurs droits aux télévisions payantes afin de protéger la fréquentation des stades, ainsi que c) des caractéristiques et du comportement de marché de la plupart des fournisseurs de droits en ce qui concerne les matchs de football, on peut conclure qu'il existe une différence très nette entre les produits pour lesquels il est possible et pratique de faire une offre et les autres.

Associations de consommateurs

(32) Des questions ont également été adressées aux associations de consommateurs italiennes pertinentes (Adusbef, Aduc, Altroconsumo, Codacons, Confconsumatori,

Federconsumatori). Les répondants déclarent que, même s'il existe des pressions concurrentielles en Italie entre les télévisions à accès libre et les télévisions payantes en raison de l'existence d'un vaste réseau de télévisions à accès libre disposant d'un ensemble important de programmes, il est tout de même peu probable qu'une augmentation de 5 à 10 % du montant de l'abonnement à une plate-forme de télévision payante incite les consommateurs à «changer» et à résilier un abonnement en cours ou à ne pas s'abonner ⁽⁹⁾.

(33) Cette situation s'explique essentiellement par le fait que l'abonné de chaînes payantes est différent du téléspectateur des télévisions à accès libre. En fait, les consommateurs désireux de s'abonner sont animés par un intérêt tellement vif pour des domaines précis (sport, cinéma, musique, etc.) que, à leurs yeux, les chaînes généralistes classiques à accès libre ne sont pas capables de satisfaire cet intérêt. Sur ce point, certains répondants déclarent que la décision de s'abonner est souvent de nature affective et animée par l'attrait du contenu proposé par la télévision payante, par exemple les matchs de l'équipe de football nationale favorite. Il apparaît que cette caractéristique brouille les frontières entre le consommateur de services de télévision payante et le «supporter» ou l'inconditionnel d'une équipe, d'un sport ou d'un contenu spécifique.

Éléments complémentaires

(34) L'étude du marché a mis en évidence un certain nombre d'autres éléments qui militent en faveur d'une distinction entre le marché de la télévision payante et le marché de la télévision à accès libre.

(35) Le premier de ces éléments concerne le matériel différent dont les consommateurs ont besoin pour regarder la télévision payante par rapport à la télévision à accès libre. En effet, le consommateur de télévision payante doit disposer d'un décodeur pour pouvoir décrypter le signal émis. Ce décodeur doit être acheté ou loué, en plus du poste de télévision normal. Il s'agit d'un équipement dont le consommateur de télévision à accès libre n'a pas besoin pour la diffusion analogique par voie hertzienne. La différence de matériel nécessaire prend un relief particulier en Italie, car, pour l'heure, il n'existe aucune chaîne hertzienne numérique (DTT) dans le commerce. Il n'est pas exclu que cette différence perde de son importance à l'avenir, car, une fois la DTT introduite, les postes de télévision «hertziens» auront également besoin d'un décodeur pour recevoir les signaux

⁽⁹⁾ À cet égard, le «taux de rotation» est la mesure de la désaffection des clients envers les télévisions payantes. Les réponses montrent qu'une hausse de 15 à 20 % a plus de chances d'inciter les abonnés à «changer».

numériques. Toutefois, les projets du gouvernement italien pour le lancement de la DTT visent la fin de 2006 [contrairement à d'autres pays, comme l'Espagne ou le Royaume-Uni ⁽¹⁰⁾, où la télévision numérique hertzienne est déjà opérationnelle]. En outre, les plus récentes prévisions du marché indiquent que l'arrêt de la télévision analogique en Italie prendra encore plus de temps.

(36) Par ailleurs, les fonctionnalités distinctes de la technologie numérique, dont seuls les abonnés à la télévision payante bénéficient aujourd'hui, sont importantes elles aussi. En Italie, hormis la possibilité de présenter des événements différents au même moment grâce à une multiplicité de chaînes, la télévision payante propose toute une série de formules supplémentaires que seule la technologie numérique autorise. Les guides électroniques et l'interactivité en sont des exemples précis, entre autres. L'amateur de sport peut s'organiser son spectacle en naviguant, par exemple, entre les différentes caméras qui filment un grand prix de Formule 1 (depuis l'habitacle d'une voiture à une autre, ou aux stands), en repassant un but pendant un match de football ou en changeant de caméra pour voir tirer un penalty depuis la caméra installée dans les buts.

(37) Tous les éléments décrits montrent que, à l'heure actuelle, en Italie, la télévision à péage et la télévision à accès libre constituent toujours des marchés parfaitement distincts, malgré une indéniable interaction entre les deux. Une chose est sûre: plus l'offre d'un opérateur de télévision à accès libre est intéressante, moins le téléspectateur est tenté d'opter pour un abonnement à une télévision payante. Et c'est d'autant plus le cas dans des pays comme l'Italie où la télévision à accès libre offre un vaste choix de chaînes, dont certaines proposent ce que l'on pourrait considérer comme des contenus intéressants. À cet égard, la télévision à accès libre représente indubitablement une certaine contrainte pour la télévision payante.

(38) Toutefois, la question cruciale est de savoir si cette contrainte est suffisamment forte pour que la télévision à accès libre devienne un substitut de la télévision payante. À cet égard, l'intérêt de l'offre d'un opérateur de télévision à accès libre dépend, par définition, des contenus qu'il propose aux téléspectateurs. Actuellement, comme le montre l'étude du marché, les diffuseurs de télévision payante sont les seuls à pouvoir se procurer et à proposer les types de contenus qui sont considérés en Italie comme étant des contenus «d'appel» (notamment les films à succès récents et les sports, dont le football surtout). D'un côté, les clubs de football montrent une forte propension à vendre leurs droits de

retransmission aux seuls opérateurs de télévision payante. De l'autre, la plupart des grands producteurs de cinéma vendent leurs droits de télédiffusion pour un certain film dans le cadre d'une formule de «fenêtres d'exploitation» qui prévoit une «fenêtre» de télévision payante précédant la «fenêtre» de télévision gratuite. Pour le moment, les fournisseurs de contenus ne sont pas disposés à renoncer à la formule des fenêtres de la télévision payante, car cela reviendrait à se priver d'une source supplémentaire de recettes. Tant que ce modèle commercial sera en place, la télévision gratuite ne sera pas en mesure de rivaliser avec la télévision payante pour la diffusion de films à succès récents juste après les «fenêtres» vidéo. C'est pourquoi il existe actuellement en Italie une différence sur le plan des contenus «d'appel» que les télévisions gratuites et les télévisions payantes peuvent proposer, mais aussi et surtout sur le plan des horaires de diffusion de ces contenus.

(39) Toutefois, la situation actuelle n'exclut pas que la distinction entre les deux marchés ne s'estompe pas davantage à l'avenir, pour des raisons liées notamment à l'évolution de la technologie en général et aux progrès de la numérisation en Italie en particulier. Le futur lancement de la DTT en Italie va sans nul doute modifier le paysage télévisuel. Par ailleurs, la tendance générale à la convergence entre différents médias audiovisuels, d'une part, et la convergence entre les médias et les télécommunications, d'autre part, sont susceptibles d'induire une proximité croissante entre les différents moyens par lesquels les variétés et les informations sont apportées aux consommateurs et les moyens par lesquels ces consommateurs en bénéficient.

Décisions antérieures de la Commission

(40) Les résultats de l'étude du marché réalisée dans la présente affaire sont semblables aux définitions des marchés en cause établies par la Commission dans des affaires antérieures et par les autorités de la concurrence d'autres États membres ⁽¹¹⁾. En effet, la Commission avait précédemment considéré qu'il existait un marché distinct pour la télévision payante, sans distinguer entre la diffusion par voie hertzienne, par satellite, par câble ou par d'autres techniques. Ce marché, qui est financé par les abonnements et, dans une moindre mesure, par la publicité, est distinct du marché de la télévision à accès libre

⁽¹⁰⁾ Sur ce point, on peut souligner que, en Espagne, Quiero TV a émis en qualité d'opérateur de télévision payante DTT jusqu'au milieu de l'année 2002 et que, au Royaume-Uni, ITV émet en DTT.

⁽¹¹⁾ Pour le Royaume-Uni, voir par exemple, la décision dans l'affaire NTL/CWC, <http://www.competition-commission.org.uk/fulltext/437c2.pdf>; pour l'Italie, la décision de l'autorité antitrust italienne du 13 mai 2002, mentionnée dans la note 6 de bas de page ci-dessus, dans l'affaire de la concentration Groupe Canal+/Stream et, pour l'Espagne, la décision du gouvernement espagnol du 29 novembre 2002 dans l'affaire Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital.

qui est financé par la publicité et/ou par des fonds publics ⁽¹²⁾.

montre que, pour l'heure, on pourrait les considérer comme des segments du marché de la télévision payante ⁽¹⁵⁾.

(41) Si, dans le cas de la télévision à accès libre, il n'existe de relation commerciale qu'entre le fournisseur de programmes et le secteur de la publicité, dans celui de la télévision payante, il existe en plus une relation commerciale directe entre le fournisseur de programmes et le téléspectateur en sa qualité d'abonné. Ainsi, la télévision payante est commercialisée par un réseau de distributeurs ou par des équipes de vente. Un système de gestion des abonnés est indispensable et l'opérateur de télévision payante a besoin d'un système d'accès conditionnel pour limiter l'accès à ses services aux seuls abonnés payants.

(42) Les conditions de concurrence sont donc différentes pour la télévision à péage et la télévision à accès libre. Alors que dans le cas de cette dernière, c'est le rapport entre la part d'audience et les taux de publicité qui est le paramètre essentiel, dans le cas de la première le facteur essentiel est le rapport entre la configuration des programmes et le nombre d'abonnements. Le fait que les abonnés soient disposés à payer des montants considérables pour la télévision à péage indique sans conteste que celle-ci est un produit différent dont la cible est parfaitement définie.

(43) En ce qui concerne les autres services liés à la télévision payante, la Commission a précédemment recensé deux autres marchés possibles: les services à la carte ⁽¹³⁾ et les services de télévision interactive numérique ⁽¹⁴⁾, ces derniers ayant été considérés comme liés à la télévision payante et complémentaires de celle-ci. En ce qui concerne notamment des services comme la télévision «à la carte» (chaînes «à la carte»), la «vidéo presque à la demande» et la «vidéo à la demande», l'étude du marché

Chaînes de télévision, et surtout chaînes payantes DTH

(44) Il existe un certain degré de similitude entre les chaînes de télévision payante spécialisées [commercialisées séparément dans certains États membres ⁽¹⁶⁾] et les plates-formes de télévision payante. On ne saurait assimiler les chaînes individuelles à des télévisions payantes à chaînes multiples comme Stream et Telepiù, où les abonnés ont la possibilité d'acheter un lot de chaînes à contenu «de base» et à contenu «d'appel» (bouquet). Toutefois, d'après les renseignements recueillis durant l'étude du marché, il existe aussi dans les deux cas (chaînes DTH et télévision payante à chaînes multiples) une relation commerciale directe entre le fournisseur de programmes et le téléspectateur abonné. Les deux formules sont commercialisées par un réseau de distributeurs ou par des équipes de vente. Un système de gestion des abonnés est indispensable et les deux ont besoin d'un système d'accès conditionnel pour limiter l'accès à leurs services aux seuls abonnés payants.

(45) Aux fins de la présente affaire, la Commission parvient à la conclusion qu'à l'avenir les chaînes DTH indépendantes pourraient exercer une pression concurrentielle sur le marché italien par rapport aux plates-formes de télévision payante à chaînes multiples, comme Stream et Telepiù, surtout si elles ont un contenu d'appel (films récents, sport et matchs de football).

(46) En tout état de cause, point n'est besoin de déterminer si les chaînes de télévision payantes constituent un éventuel marché de produits distinct au sein du marché global des services de télévision payante, puisque la concentration entraînera le renforcement d'une position dominante, quelle que puisse être la définition du marché de produits.

Conclusion

(47) À la lumière de ce qui précède, la Commission conclut que l'étude du marché montre que, en Italie, bien qu'il existe une interaction dynamique entre la télévision à

⁽¹²⁾ Affaires COMP/JV.37 — BskyB/Kirch Pay TV, IV/M.993 — Bertelsmann/Kirch/Première, COMP/M.2211 Universal Studio Networks/De Facto 829 (NTL) Studio Channel Ltd, COMP/JV 57-TPS et COMP/M.2845 — Sogecable/Canalsatélite Digital/Via Digital. Dans certaines de ces décisions, il est indiqué qu'une autre caractéristique de la télévision payante tient à la nécessité pour les téléspectateurs de disposer d'un décodeur. Dans ce contexte, il convient de souligner que, au stade actuel, l'utilisation de décodeurs est également nécessaire pour la télévision numérique à accès libre hertzienne et par satellite. Ces décisions sont publiées sur le site de la Commission:

<http://europa.eu.int/comm/competition/concentrations/cases/>

⁽¹³⁾ Affaire COMP/M.2211 Universal Studio Networks/De Facto 829 (NTL) Studio Channel Ltd. Décision de la Commission du 20 décembre 2000, publiée sur son site Internet:

<http://europa.eu.int/comm/competition/concentrations/cases/>

⁽¹⁴⁾ Affaire COMP/JV.37 BskyB/Kirch Pay TV, décision de la Commission du 2 mars 2000, publiée sur son site Internet:

<http://europa.eu.int/comm/competition/concentrations/cases/>

⁽¹⁵⁾ La télévision à la carte est un autre service avec lequel, en plus de l'abonnement de télévision, le client doit payer cas par cas pour voir le contenu (par exemple, un film ou une manifestation sportive). La vidéo à la demande et la vidéo presque à la demande sont des formules permettant aux clients d'une télévision payante d'avoir un accès personnalisé aux contenus vidéo.

⁽¹⁶⁾ Il semble que ce soit le cas, par exemple, au Royaume-Uni en ce qui concerne «Channel 4».

accès libre et la télévision payante, ce qui influe sur la pénétration et le succès de cette dernière, il s'agit pour l'heure de deux marchés distincts, à l'instar de ce que la Commission a pu constater dans des enquêtes réalisées précédemment dans le même secteur.

Marché géographique

- (48) Même si, sur certains marchés de niche, les chaînes sont diffusées un peu partout en Europe, la télédiffusion reste généralement organisée sur un plan national. Comme la Commission l'a déjà déclaré dans plusieurs décisions ⁽¹⁷⁾, les marchés de l'organisation de la télévision sont de nature nationale ou concernent des zones présentant une homogénéité linguistique, ce qui s'explique essentiellement par des différences de réglementation, des barrières linguistiques, des facteurs culturels et autres conditions de concurrence différentes d'un État membre à l'autre. Cette définition du marché géographique a été corroborée en l'espèce, et notamment pour le marché de la télévision payante. Dès lors, le marché de produits en cause dans la présente opération est géographiquement circonscrit au territoire italien.

2. MARCHÉS EN AMONT (EN CE QUI CONCERNE LA TÉLÉVISION PAYANTE)

Acquisition de contenus audiovisuels (considérations générales)

- (49) L'opération a une incidence sur le secteur des contenus audiovisuels. À l'intérieur de ce marché, Stream et Telepiù opèrent principalement en Italie en tant qu'acheteurs de droits de radiodiffusion ⁽¹⁸⁾. Les contenus audiovisuels couvrent un certain nombre de produits de divertissement hétérogènes, comme des films, des émissions de télévision diverses et variées (téléfilms, dramatiques, comédies, documentaires, émissions de jeux, informations, etc.), des manifestations sportives et des chaînes de base et thématiques («contenus audiovisuels»).

⁽¹⁷⁾ Affaire COMP JV.37 — BskyB/Kirch Pay TV; décision de la Commission du 27 mai 1998 dans l'affaire IV/M.993 — Bertelsmann/Kirch/Première (JO L 53 du 27.2.1999, p. 1). Décision de la Commission du 14 août 2002 dans l'affaire COMP/M.2845 — Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital, publiée sur le site Internet de la Commission:

<http://europa.eu.int/comm/competition/concentrations/cases/>

⁽¹⁸⁾ Fox (société du groupe Newscorp) a pour activités principales la création, la production et la distribution à l'échelle mondiale de longs métrages et de chaînes de télévision. Elle fournit certains de ces produits en Italie, en particulier des variétés filmées.

- (50) Lorsque les diffuseurs établissent leur programmation — et plus généralement leurs «offres» —, ils doivent prendre en compte différentes formes de contenu audiovisuel. Au dire de Newscorp, puisqu'il est indispensable d'avoir un contenu audiovisuel varié pour bâtir une plate-forme de télévision payante réussie, il y aurait lieu de considérer l'achat de contenus audiovisuels dans son ensemble comme un marché distinct.

- (51) À cet égard, les constatations de la Commission montrent que, même s'il est vrai que les diffuseurs, et surtout les plates-formes de télévision payante, ont besoin d'acheter des contenus audiovisuels variés, du côté de la demande, c'est-à-dire du point de vue de l'opérateur de télévision, ces contenus ne sont pas substituables (un long métrage de cinéma et un téléfilm n'ont pas la même valeur en termes d'attrait pour le consommateur).

- (52) Du côté de l'offre, les droits sur les contenus audiovisuels sont négociés dans le cadre de structures tarifaires différentes et n'ont pas la même valeur économique. De plus, les fournisseurs de contenus spécifiques ne sont pas en mesure de réorienter leur production vers d'autres types de contenus. Dans des décisions antérieures, la Commission a considéré qu'il existait au moins les marchés de contenus audiovisuels suivants ⁽¹⁹⁾: a) films d'appel; b) compétitions de football qui ont lieu régulièrement (chaque année) et auxquelles participent des équipes nationales; c) épreuves de football qui n'ont pas lieu régulièrement et auxquelles participent des équipes nationales; d) autres sports; e) chaînes thématiques et généralistes; f) programmes de télévision. Dans le passé, les droits mentionnés en a), b), c) et d) ont été considérés du point de vue de l'offre (vente par les titulaires de droits) et du point de vue de la demande (achat de droits d'exclusivité).

- (53) Par ailleurs, même si la télévision à accès libre et la télévision payantes sont théoriquement en concurrence pour l'achat des contenus audiovisuels susmentionnés, certaines catégories de contenus ne sont achetées que par les télévisions payantes, en raison, notamment, de leur prix et des conditions contractuelles connexes (par exemple, les films récents sont vendus uniquement aux télévisions payantes afin de retirer des recettes supplémentaires de leur vente ultérieure aux télévisions à accès libre), mais aussi, dans le cas particulier des matchs de football, de la capacité de retransmettre plusieurs matchs en même temps et du fait que la plupart des clubs de football (surtout les clubs petits et moyens) ne sont pas désireux de vendre leurs droits aux télévisions à accès libre (aisément accessibles à tous les téléspectateurs) au même prix qu'aux télévisions payantes, car une telle politique commerciale diminuerait la fréquentation des stades.

⁽¹⁹⁾ Voir notamment COMP/M.553 — RTL/Veronica/Endemol; COMP/M.2050 — Vivendi/Canal+/Seagram; affaire 37.576 — Règlement de diffusion de l'UEFA; COMP/M.2211 — Universal Studio Networks/De facto (NTL) Studio Channel Ltd; COMP JV.57 — TPS; COMP/M.2845 — Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital. Voir site Internet de la Commission: <http://europa.eu.int/comm/competition/concentrations/cases/>

- (54) Par conséquent, ce type de contenus onéreux ne peut généralement pas être regardé à la télévision à accès libre. En particulier, les droits sur les films d'appel récents et la plupart des compétitions de football régulières auxquelles participent des équipes nationales (à savoir la ligue italienne) sont généralement achetés à titre d'exclusivité par les opérateurs de télévision payante et constituent le facteur essentiel (le «moteur») qui incite le consommateur à s'abonner à une chaîne ou plateforme de télévision payante donnée. Même si d'autres types de contenus sont également importants pour compléter le bouquet d'une télévision payante, il ne s'agit pas nécessairement de contenus du type «moteur».

Marchés de produits

- (55) Les marchés affectés par la présente opération et sur lesquels la concentration crée ou renforce une position dominante du côté de la demande (c'est-à-dire pour l'achat des droits) sont les suivants: a) droits exclusifs des films d'appel; b) droits exclusifs des compétitions de football qui ont lieu régulièrement et auxquelles participent des équipes nationales (principalement le championnat national, la coupe nationale, la Coupe de l'UEFA et la Ligue des champions de l'UEFA); c) droits exclusifs d'autres manifestations sportives; d) achat de chaînes de télévision.

a) Droits des films d'appel

- (56) La Commission a précédemment segmenté l'activité d'achat des droits de télédiffusion en marchés distincts, selon la nature du contenu ⁽²⁰⁾. Elle a notamment constaté, dans l'affaire de concentration Vivendi/Canal+/Seagram ⁽²¹⁾, que l'achat de droits de diffusion de longs métrages de cinéma constitue un marché distinct de celui des émissions réalisées pour la télévision.
- (57) En ce qui concerne plus particulièrement les opérateurs de chaînes à péage, la décision Vivendi/Canal+/Seagram indique que, du côté de la demande, ces droits ne sont pas interchangeables du point de vue d'un opérateur de

télévision payante, du fait que les films de cinéma et les téléfilms n'ont pas la même valeur en termes d'attrait pour le consommateur. Du côté de l'offre, ces droits sont négociés dans le cadre de structures tarifaires différentes et n'ont pas la même valeur économique. Elle ajoute que, sur ce marché, les grands studios de Hollywood ont une position très forte tant sur le plan quantitatif que qualitatif, car ils sont la principale source de films à succès.

- (58) Plus récemment ⁽²²⁾, la Commission a indiqué que le marché de films en cause était principalement composé de «films à succès», ce qui correspond généralement à des films produits par les grands studios américains. Les films vendus aux télévisions à péage comprennent les droits relatifs à la présentation en «périodes de paiement» («à la carte», «vidéo presque à la demande», «vidéo à la demande»), «première fenêtre» et «deuxième fenêtre» ⁽²³⁾.
- (59) La première fenêtre est la première période de disponibilité des films d'appel à la télévision payante après les périodes de paiement. L'opérateur de télévision payante qui n'a pas de droits en première fenêtre sur des films peut seulement proposer des films d'appel «plus anciens» qui ont déjà été diffusés à la télévision payante; c'est ce que l'on appelle la deuxième fenêtre. D'après des enquêtes précédentes de la Commission ⁽²⁴⁾, les consommateurs considèrent que, sur le plan de la nouveauté, les films de deuxième fenêtre ne sont pas interchangeables avec les films de première fenêtre. Par ailleurs, du côté de l'offre, il n'est pas possible de remplacer un film de première fenêtre par un film de deuxième fenêtre. En fait, en France, où ces droits sont commercialisés séparément, le prix des droits de deuxième fenêtre est de l'ordre de 5 à 25 % ⁽²⁵⁾ du prix des droits en première fenêtre. En général, le système d'exploitation commer-

⁽²⁰⁾ Le problème général a été introduit sans être réglé par la décision TPS précitée du 3 mars 1999 (considérant 34), puis il a été tranché dans la décision précitée du 13 octobre 2000 dans l'affaire de concentration COMP/M.2050 Vivendi/Canal+/Seagram. Voir aussi, au sujet de l'existence d'un marché distinct de l'achat de droits télévisuels concernant les compétitions de football qui ont lieu régulièrement tout au long de l'année, la communication des griefs dans l'affaire COMP/C.2/37.398 — Vente centralisée à titre exclusif des droits pour les médias relatifs à la Ligue des champions de l'UEFA [communiqué de presse IP/01/1043 du 20 juillet 2001], «La Commission ouvre la procédure à l'encontre de la vente par l'UEFA des droits pour les médias relatifs à la Ligue des champions de l'UEFA» et note [MEMO/01/271 du 20 juillet 2001] et affaire COMP/M.2845 — Sogecable/Canalsatélite Digital/Via Digital.

⁽²¹⁾ Voir décision précitée du 13 octobre 2000 dans l'affaire COMP/M.2050 — Vivendi/Canal+/Seagram.

⁽²²⁾ Affaire COMP/M.2845 — Sogecable/Canalsatélite Digital/Via Digital.

⁽²³⁾ D'une manière générale, les films destinés à la télévision payante sont présentés à des dates et dans des fenêtres différentes. Après une période de passage en salle (six à huit mois) et de location et/ou vente en vidéo (quatre à six mois), les films parviennent aux abonnés des télévisions à péage pendant une durée à la carte (généralement trois mois). Ensuite, ils peuvent être diffusés en première fenêtre (généralement, pendant six mois) et en deuxième fenêtre (généralement, pendant six mois). En dernier lieu, ils entrent dans la filmothèque des grands studios et sont alors à la disposition du marché de la télévision à accès libre.

⁽²⁴⁾ Décision du 13 octobre 2000 dans l'affaire COMP/M.2050 — Vivendi/Canal+/Seagram; décision du 14 août 2002 dans l'affaire COMP/M.2845 — Sogecable/Canalsatélite Digital/Via Digital, publiée sur le site Internet de la Commission: <http://europa.eu.int/comm/competition/concentrations/cases/>

⁽²⁵⁾ Voir affaire COMP/M.2050 — Vivendi/Canal+/Seagram, considérant 19.

ciale par les opérateurs de télévision payante varie également: si les films de première fenêtre se trouvent normalement sur les chaînes *premium*, les films de deuxième fenêtre sont généralement diffusés sur des chaînes de cinéma.

- (60) Dans le cas particulier de l'Italie, la différence entre la première et la deuxième fenêtre n'est, à ce jour, ni importante ni pertinente dans les usages commerciaux actuels. Au dire de Newscorp, aucune des plates-formes de télévision payante qui existaient ne s'est montrée particulièrement désireuse d'acheter des droits pour la deuxième fenêtre de diffusion en télévision payante. Plus précisément, dans le cadre des «contrats d'exclusivité de droits de diffusion» ⁽²⁶⁾ conclus par les opérateurs de télévision payante italiens avec les grands studios américains et les principaux producteurs de cinéma nationaux, il n'a pas été procédé à l'achat ou à la vente de droits de deuxième diffusion en télévision payante. Néanmoins, Telepiù possède des droits de préemption pour la diffusion en deuxième fenêtre d'un certain nombre de films; dans d'autres cas, les droits de diffusion en deuxième fenêtre ne peuvent être vendus à des tiers avant la diffusion sur les chaînes de télévision à accès libre, en raison de droits de rétention. Par ailleurs, il se peut que des droits concernant la deuxième fenêtre de diffusion soient commercialisés en Italie à l'avenir.
- (61) L'étude du marché confirme largement que les films d'appel constituent un contenu «moteur» autonome pour les opérateurs de télévision payante. De plus, la structure de l'offre, les caractéristiques de ce type de contenu et les conditions de prix permettent de considérer l'achat de droits exclusifs de diffusion de films d'appel comme un marché de produits distinct des autres marchés d'achat de contenus.

Portée géographique

- (62) Dans plusieurs décisions, la Commission a considéré que le marché géographique était de dimension nationale ou, dans certains cas, régionale ⁽²⁷⁾. Même si la plupart des droits sont achetés aux États-Unis (auprès des grands studios américains) et si rien n'empêche les opérateurs

d'acquérir des droits pour plusieurs territoires à la fois, il n'en demeure pas moins que les droits de diffusion sont divisés et vendus sur un plan principalement national ou tout au plus par zone linguistique, et le prix est étudié de manière à ce que la valeur économique des contrats dépende du territoire spécifique pour lequel les droits sont acquis. En conséquence, compte tenu des contraintes imposées par la division des droits, la portée géographique du marché est nationale ou limitée à une zone linguistique.

- (63) En Italie, les licences concernant les droits de diffusion sont limitées au territoire national. Par conséquent, dans la présente affaire, la portée géographique du marché est nationale.

b) Droits concernant le football

- (64) Dans des affaires antérieures ⁽²⁸⁾, la Commission a déclaré qu'il y avait un marché distinct pour l'achat des droits d'exclusivité de retransmission des compétitions de football qui ont lieu chaque année et auxquelles participent des équipes nationales (championnat national, essentiellement première division et coupes, Ligue des champions de l'UEFA et Coupe de l'UEFA). Les télévisions à accès libre participent à l'opération d'adjudication des droits concernant la Ligue des champions et la Coupe de l'UEFA.
- (65) Ce marché se distingue de celui de l'achat des droits de retransmission des épreuves de football qui n'ont pas lieu régulièrement et auxquelles participent des équipes nationales, comme la Coupe du monde ou le championnat d'Europe, qui sont vendus par des organisations différentes. Les télévisions à accès libre participent, dans une certaine mesure, à l'opération d'adjudication de ces droits. Ce constat est corroboré par l'étude de marché réalisée en l'espèce.
- (66) Le marché affecté par la présente opération est celui de l'achat de l'exclusivité de retransmission des compétitions de football qui ont lieu chaque année et auxquelles participent des équipes nationales (championnat national, essentiellement première division et coupes, Ligue des champions de l'UEFA et Coupe de l'UEFA). L'étude du marché confirme très nettement que ce type de contenu de football constitue un contenu «moteur» autonome pour les opérateurs de télévision payante. Par ailleurs, compte tenu des caractéristiques de ce type de contenu et des conditions tarifaires (qui sont nettement plus élevées que pour d'autres épreuves sportives régu-

⁽²⁶⁾ Les droits de présentation à la télévision payante (surtout ceux qui sont fournis par de grands producteurs) sont souvent acquis au moyen de contrats d'exclusivité de droits de diffusion («output deals»). Il s'agit de contrats aux termes desquels un producteur de cinéma vend la totalité ou la majeure partie de la production de son studio à un opérateur donné. En ce qui concerne les contrats d'exclusivité de droits de diffusion pour la télévision payante, les opérateurs achètent la fenêtre pour la diffusion après la période vidéo et, le cas échéant, la formule «à la carte» et «vidéo à la demande». En ce cas, le même film peut également faire l'objet d'autres fenêtres de diffusion. Les prix fixés dans ces contrats tiennent compte du nombre d'entrées enregistré par les films lors de leur passage en salle. En règle générale, les opérateurs de télévision à accès libre achètent des fenêtres de diffusion ultérieures, communément appelées «fenêtres de télévision gratuite».

⁽²⁷⁾ Affaire COMP/M.2050 — Vivendi/Canal+/Seagram; affaire COMP/M.2845 — Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital.

⁽²⁸⁾ Affaire 37.576 — Règles de radiodiffusion de l'UEFA; affaire COMP/M.2483 — Canal+/RTL/GJCD/JV, affaire COMP/M.2845 — Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital.

lières auxquelles participent des équipes nationales), l'achat de l'exclusivité de retransmission de ces compétitions de football qui ont lieu régulièrement et auxquelles participent des équipes nationales peut être considéré comme un marché de produits séparé, que l'on peut parfaitement distinguer d'autres marchés d'achat de contenus.

Portée géographique

- (67) Le règlement de l'UEFA concernant les retransmissions montre que le marché des droits de retransmission des compétitions de football est national, puisque ces droits sont généralement vendus sur un plan national, même pour des événements paneuropéens comme la Coupe de l'UEFA et la Ligue des champions de l'UEFA. En ce qui concerne les droits de retransmission des matchs du championnat national et de la coupe nationale, la spécificité de ce produit due à des facteurs culturels liés à la demande et aux préférences nationales implique que la portée géographique correspond au pays où les matchs sont disputés. En Italie, l'exclusivité de la retransmission de ces compétitions de football qui ont lieu chaque année et auxquelles participent des équipes italiennes a été acquise par des diffuseurs italiens. En outre, les droits concernant le championnat d'Italie et la Coupe d'Italie sont exploités en Italie.
- (68) C'est pourquoi, en l'espèce comme dans de précédentes décisions, la portée géographique du marché est nationale, c'est-à-dire limitée à l'Italie.

c) Droits concernant d'autres manifestations sportives

- (69) À ce jour, la Commission n'a pas pris position sur la segmentation éventuelle du marché de l'achat de droits d'exclusivité pour d'autres sports que le football dans ses deux formes de marché mentionnées aux considérants 64 et 65 ci-dessus en différents marchés.
- (70) L'étude du marché indique cependant que, même si ces contenus ne sont pas un moteur essentiel de l'abonnement à la télévision payante, ils sont tout de même très importants pour les opérateurs de télévision payante, pour autant qu'ils concernent des manifestations susceptibles d'intéresser de nombreux consommateurs (par exemple, les grands tournois de tennis, matchs de boxe, tournois de golf et compétitions de motos). Par ailleurs, les caractéristiques de ce type de contenus et les conditions tarifaires montrent que l'acquisition de l'exclusivité de retransmission de ces manifestations sportives peut être considérée comme un marché de produits séparé pouvant être distingué d'autres marchés d'achat de contenus.

- (71) Néanmoins, il n'est pas nécessaire en l'espèce de trancher la question de savoir si les marchés en cause doivent être divisés en marchés différents pour chacun des sports en ce qui concerne l'achat des droits de retransmission par des diffuseurs, puisque la concentration entraînera la création ou le renforcement d'une position dominante, quelles que puissent être les autres définitions du marché de produits en cause.

Portée géographique

- (72) En ce qui concerne certaines manifestations sportives, les droits sont acquis à titre exclusif pour l'ensemble du territoire européen, puis ils sont revendus pays par pays, quels que soient les moyens techniques de retransmission. Dans l'optique des téléspectateurs, de grandes manifestations sportives comme les Jeux olympiques présentent un intérêt paneuropéen. On trouve un autre exemple de droits sportifs vendus sur un plan paneuropéen dans les droits qu'achète la chaîne Eurosport qui diffuse dans toute l'Europe.
- (73) Mais puisque les droits sportifs achetés par des diffuseurs sont limités, dans leur grande majorité, à un pays donné ou à un territoire linguistique donné, on peut en conclure que le marché de l'achat des droits de retransmission de manifestations sportives reste national ou limité à des zones linguistiques.

d) Chaînes de télévision

- (74) L'étude de marché réalisée dans la présente affaire confirme que l'exploitation des chaînes de télévision payante commercialisées à titre indépendant, notamment sur des plates-formes DTH, est susceptible d'exercer une pression concurrentielle vis-à-vis des plates-formes de télévision payante. Ces dernières peuvent également acquérir des chaînes de télévision pour les intégrer dans leur bouquet. En outre, comme la Commission l'a indiqué dans des affaires antérieures ⁽²⁹⁾, les chaînes sont indispensables à la mise sur pied de services de télévision payante et constituent un marché de produits distinct ⁽³⁰⁾. En principe, les chaînes *premium* sont fabriquées par les télévisions payantes ayant un contenu d'appel (sport et cinéma) préalablement acquis auprès des titulaires initiaux des droits. L'étude du marché montre également que, même si les seules chaînes *premium* sont le moteur essentiel d'abonnement à la télévision payante, d'autres chaînes sont néanmoins très importantes pour les opérateurs de télévision payante, dans la mesure où ces différents types de chaînes (généralistes et thématiques) contribuent à rendre le bouquet de télévision payante attrayant aux yeux du consommateur.

⁽²⁹⁾ Affaire IV/36.237 — TPS (JO L 90 du 2.4.1999, p. 6).

⁽³⁰⁾ Affaire COMP/M.2845 — Sogecable/Canalsatellite Digital/Via Digital.

(75) En ce qui concerne les chaînes de télévision, le côté de l'offre est représenté par des fournisseurs qui achètent des événements ou des contenus isolés (généralement à titre non exclusif) et les assemblent en bouquets en vue de leur revente à des diffuseurs. En raison de cette particularité de l'offre, des caractéristiques du type de contenu offert ainsi que des conditions tarifaires (prix par heure moins élevé que pour les contenus exclusifs), les chaînes de télévision peuvent être considérées comme un marché de produits séparé, pouvant être distingué d'autres marchés d'achat de contenus.

(76) Néanmoins, il n'est pas nécessaire en l'espèce de trancher la question de savoir si les marchés en cause doivent être divisés en marchés différents pour chacun des types de chaînes (généralistes ou thématiques; comme les chaînes sportives, les chaînes pour la jeunesse ou les chaînes d'information), puisque la concentration entraînera la création ou le renforcement d'une position dominante, quelles que puissent être les autres définitions du marché de produits en cause.

Portée géographique

(77) En termes de portée géographique, l'acquisition de ces chaînes est majoritairement déterminée par les particularités culturelles et sociologiques du pays dans lequel la plate-forme de télévision payante est exploitée et, en tout état de cause, paraît être influencée et limitée par chaque territoire national. Dès lors, tout autre marché

de produits possible aurait nécessairement une dimension nationale. Cette dernière est confirmée dans le cas de l'Italie, puisque des fournisseurs ont créé des chaînes thématiques spécifiques en italien, adaptées aux préférences italiennes, et que la distribution se fait à l'échelle nationale.

B. EFFETS DE LA CONCENTRATION

(78) La concentration débouchera sur des chevauchements horizontaux substantiels sur plusieurs marchés verticalement liés.

1. LE MARCHÉ ITALIEN DE LA TÉLÉVISION PAYANTE

1.1. Considérations générales

(79) Le marché italien de la télévision payante est caractérisé par la présence de deux opérateurs, Telepiù et Stream. Il a enregistré une forte croissance, tant en valeur qu'en volume (nombre d'abonnés), surtout depuis le lancement des services DTH en 1996. Les tableaux qui suivent donnent une estimation de la taille du marché fournie par les parties pour le marché affecté horizontalement de 1999 à 2001, où cette croissance s'observe aisément (durant les trois années de référence, + 80,8 % en valeur et + 36,1 % en nombre d'abonnés).

TABLEAU 1

Taille du marché

Valeur

(en milliers d'euros)

	1999	2000	2001
Publicité	[...]*	[...]*	[...]*
Abonnements	[...]*	[...]*	[...]*
Total	[...]*	[...]*	[...]*

Source: Formulaire CO.

TABLEAU 2

Volume (nombre d'abonnés)

1999	2000	2001
[...]*	[...]*	[...]*

Source: Formulaire CO.

- (80) Il y a lieu de rappeler que, avant la fusion, Telepiù (la société cible) occupait déjà une position dominante sur le marché italien de la télévision payante.
- (81) En 2001, Telepiù détenait une part de marché de [60 à 70]* % en nombre d'abonnés et de [65 à 75]* % en valeur, tandis que Stream détenait une part de marché de [30 à 40]* % en nombre d'abonnés et de [25 à 35]* % en valeur. De plus, en novembre 2002, Telepiù avait une part de marché de [65 à 75]* % en nombre d'abonnés (Stream ayant [25 à 35]* %) et d'environ [70-80]* % en recettes. Les tableaux qui suivent récapitulent les positions respectives de Stream et de Telepiù avant la fusion, durant les trois années de référence, en valeur, en nombre d'abonnés (volume) et en parts de marché correspondantes.

TABLEAU 3

Position sur le marché de Telepiù et de Stream avant la concentration*Valeur**(en milliers d'euros)*

	1999	2000	2001
Telepiù	[...]*	[...]*	[...]*
Stream	[...]*	[...]*	[...]*
Total	[...]*	[...]*	[...]*

Source: Formulaire CO.

TABLEAU 4

Volume (en nombre d'abonnés)

	1999	2000	2001
Telepiù	[...]*	[...]*	[...]*
Stream	[...]*	[...]*	[...]*
Total	[...]*	[...]*	[...]*

Source: Formulaire CO.

TABLEAU 5

*Part de marché (valeur/volume)**(en %)*

	1999		2000		2001	
	Valeur	Volume	Valeur	Volume	Valeur	Volume
Telepiù	[85-95]*	[70-80]*	[75-85]*	[65-75]*	[65-75]*	[60-70]*
Stream	[5-15]*	[20-30]*	[15-25]*	[25-35]*	[25-35]*	[30-40]*
Total	100	100	100	100	100	100

Source: Formulaire CO.

1.2. *Considérations relatives aux coûts du marché italien de la télévision payante*

- (82) Le marché de la télévision payante est caractérisé, en Italie et dans l'EEE, par les très hauts niveaux de coûts supportés par les plates-formes. La structure de coûts d'un opérateur de télévision payante est très largement déterminée par la charge que représentent les droits de programmation et par le niveau du coût d'acquisition des abonnés (dépenses commerciales et promotionnelles). La majeure partie de la base des coûts d'exploitation est représentée par les coûts de programmation, lesquels ont atteint des niveaux très élevés en termes absolus et relatifs dans les comptes des plates-formes italiennes de télévision payante, surtout ces dernières années.
- (83) Ces coûts de diffusion ou de programmation sont principalement dus à la nécessité d'acheter des contenus «d'appel» (surtout des matchs de football et des films, mais aussi, par exemple, d'autres sports) qui ont le potentiel d'attirer des téléspectateurs et de les fidéliser comme abonnés du service de télévision à péage (ou de télévision à la carte). D'après les documents communiqués par les parties, ces coûts «sont prévisibles à moyen terme en raison de l'échéance des contrats avec les fournisseurs de contenus» et pourraient donc être considérés dans une certaine mesure comme des coûts fixes ou inévitables pour les plates-formes. «Ces droits sont généralement négociés avec les fournisseurs de contenus sur une base par abonné et intègrent souvent un paiement minimal ou des garanties sur le nombre d'abonnés. Une fois que le nombre minimal d'abonnés est atteint, ces coûts deviennent totalement variables.»
- (84) Que ces coûts soient considérés comme fixes ou variables, selon le système de comptabilité analytique de l'entreprise, il apparaît qu'ils représentent invariablement une charge assez lourde pour les plates-formes, surtout en Italie où le taux de pénétration de la télévision à péage est plus faible que dans d'autres pays de l'EEE, ce qui fait que la clientèle et les recettes sur lesquelles ces coûts peuvent être amortis sont plus limitées.
- (85) Ces coûts sont notamment déterminés par les contrats d'exclusivité de longue durée conclus avec les fournisseurs de contenus d'appel, contrats qui prévoient souvent l'achat de droits d'exclusivité de radiodiffusion non seulement dans la formule de télévision payante et à la carte, mais aussi dans les formules «vidéo presque à la demande» et «vidéo à la demande», et comprennent différentes protections (droits de rétention, droits d'exclusivité négative et autres droits similaires) contre la possibilité pour des tiers d'acheter et de diffuser les mêmes contenus par d'autres moyens de transmission actuels et futurs [câble, Internet, UMTS ⁽³¹⁾, etc.]. De plus, ces contrats sont généralement articulés de telle sorte qu'une part substantielle de la redevance que l'opérateur de télévision payante doit verser au fournisseur de contenu revêt la forme d'un «minimum garanti», directement ou indirectement lié à un nombre minimal hypothétique d'abonnés de la plate-forme de télévision payante. Si le nombre d'abonnés dépasse ce nombre hypothétique, la redevance augmente en conséquence.
- (86) Depuis le début de l'activité de télévision payante en Italie en 1991 et après le lancement de Stream en 1998, ces coûts de diffusion ont grimpé en flèche et, comme le montrent les chiffres fournis par Newscorp, ils obèrent largement la rentabilité des plates-formes compétitives.
- (87) Du reste, la partie notifiante a indiqué (dans les documents communiqués en cours de procédure) que, durant la période 1991-2001, Telepiù et Stream ont accusé de lourdes pertes. Le tableau suivant indique leurs pertes financières de 1998 à 2001.

(31) Universal Mobile Telecommunications System.

TABLEAU 6

Pertes nettes*(millions d'euros)*

	Telepiù	Stream	Total
1998	[...]*	—	[...]*
1999	[...]*	[...]*	[...]*
2000	[...]*	[...]*	[...]*
2001	[...]*	[...]*	[...]*
Total 1998 à 2001	[...]*	[...]*	[...]*

Source: Élaboration à partir de données du formulaire CO.

- (88) Dans son examen de la fusion précédente (qui a ensuite échoué) par laquelle le groupe Vivendi aurait pris le contrôle de Stream, l'autorité antitrust italienne a constaté que les coûts de programmation représentaient environ [55 à 65]* % des coûts totaux des opérateurs de télévision payante DTH ⁽³²⁾.

1.3. Coût d'achat des droits cinématographiques

- (89) Stream et Telepiù ont acheté un nombre tout à fait substantiel de droits de films «d'appel» aux grands studios américains, mais aussi, dans une moindre mesure, aux producteurs italiens de cinéma. Le tableau suivant donne la valeur totale de l'achat (par plate-forme) pour les quatre dernières années.

TABLEAU 7

Films d'appel*Valeur**(en milliers d'euros)*

	1999	2000	2001	2002
Telepiù	[...]*	[...]*	[...]*	[...]*
Stream	[...]*	[...]*	[...]*	[...]*
Total	[...]*	[...]*	[...]*	[...]*

Source: Élaboration à partir de chiffres fournis par les parties.

- (90) De 1999 à 2002, les coûts indiqués ci-dessus ont représenté, en moyenne, un peu moins de [5 à 15]* % des coûts totaux de Telepiù et environ [0 à 10]* % de ceux de Stream.

1.4. Coût des droits de football

- (91) Stream et Telepiù ont acheté un nombre très important de droits sportifs à des clubs de football italiens en vue de la retransmission de compétitions auxquelles participent des équipes italiennes et

⁽³²⁾ Décision de l'autorité antitrust italienne du 13 mai 2002, point 33 (affaire C/5109).

concernant les séries A et B italiennes, la Coppa Italia, la Ligue des champions et la Coupe de l'UEFA. Le tableau suivant donne la valeur totale de l'achat de ces droits, en termes de coût pour les plates-formes sur les quatre dernières années.

TABLEAU 8

Compétitions de football*Valeur**(en milliers d'euros)*

	1999	2000	2001	2002
Telepiù	[...]*	[...]*	[...]*	[...]*
Stream	[...]*	[...]*	[...]*	[...]*
Total	[...]*	[...]*	[...]*	[...]*

Source: Élaboration à partir de chiffres fournis par les parties.

- (92) De 2000 à 2002, les coûts indiqués ci-dessus ont représenté, en moyenne, [40 à 50]* % des coûts totaux de Stream et [20 à 30]* % de ceux de Telepiù.

1.5. Coûts des droits pour d'autres sports

- (93) Stream et Telepiù ont acheté un nombre très important de droits concernant d'autres manifestations sportives, comme les courses de Formule 1, des tournois de tennis importants (Grand Chelem) ou des manifestations auxquelles participent des équipes italiennes ou des sportifs italiens. Le tableau suivant donne la valeur totale de l'achat de ces droits (en termes de coût pour les plates-formes) sur les trois dernières années.

TABLEAU 9

Autres manifestations sportives*Valeur**(en milliers d'euros)*

	1999	2000	2001
Telepiù	[...]*	[...]*	[...]*
Stream	[...]*	[...]*	[...]*
Total	[...]*	[...]*	[...]*

Source: Élaboration à partir de chiffres fournis par les parties.

- (94) De 1999 à 2001, les coûts indiqués ci-dessus ont représenté, en moyenne, un peu plus de [0 à 10]* % de coûts totaux de Telepiù et environ [0 à 10]* % de ceux de Stream.

1.6. Coût d'acquisition de chaînes

- (95) Stream et Telepiù ont acquis un très grand nombre de droits sur des chaînes à inclure dans leurs bouquets ou dans leur programmation. Le tableau suivant donne la valeur totale de ces achats de

droits, en termes de coût pour les plates-formes, sur les quatre dernières années. Le coût d'achat de ces droits est lui aussi très substantiel par rapport au reste des droits de programmation, même si l'on ne peut considérer qu'il s'agit de programmes «d'appel». En revanche, si l'on compare le nombre d'heures de diffusion acheté par le biais de ces chaînes et le nombre d'heures de diffusion acheté par le biais de droits sur les films et les sports, on constate que le coût par heure des chaînes est nettement inférieur au coût des autres droits de programmation. Les chaînes contribuent néanmoins à accroître l'attrait global d'une plate-forme de télévision payante aux yeux des consommateurs.

TABLEAU 10

Chaînes*Valeur**(en milliers d'euros)*

	1999	2000	2001	2002
Telepiù	[...]*	[...]*	[...]*	[...]*
Stream	[...]*	[...]*	[...]*	[...]*
Total	[...]*	[...]*	[...]*	[...]*

Source: Élaboration à partir de chiffres fournis par les parties.

- (96) Les coûts indiqués ci-dessus représentent, en moyenne, [10 à 20]* % de coûts totaux pour Telepiù et [10 à 20]* % pour Stream en 2001-2002.

1.7. Coût de l'ensemble des droits de programmation

- (97) Globalement, l'achat de droits de programmation érode substantiellement les marges de chacune des deux plates-formes. Toutefois, des données récentes semblent indiquer une amélioration des ratios correspondants. Le ratio «coûts totaux de programmation»/«recettes totales des abonnements» a diminué, passant de [85-95]* % (en 2001) à [75-85]* % (en 2002) pour Telepiù et de [135-145]* % (en 2001) à [135-145]* % (en 2002) pour Stream.
- (98) D'après les éléments qui précèdent, il apparaît que le rapport entre les coûts et les recettes des plates-formes est désormais maîtrisé. De plus, les difficultés économiques et financières que les deux DTH plates-formes ont connues sur le marché italien de la télévision payante sont atténuées, dans une certaine mesure, grâce à la lutte incessante contre le piratage, ce qui a apporté à Telepiù quelque 150 000 abonnés de plus durant les derniers mois de 2002.

2. CRÉATION OU RENFORCEMENT D'UNE POSITION DOMINANTE SUR LE MARCHÉ ITALIEN DE LA TÉLÉVISION PAYANTE

2.1. Effets horizontaux (prestation de services de télévision payante)

- (99) Le marché de la télévision payante est le marché global des services de télévision à péage qui comprennent, pour l'heure, des services comme la télévision payante proprement dite (au sens strict du terme) ainsi que les formules à la carte, vidéo à la demande et vidéo presque à la demande. Les services de télévision payante peuvent être fournis par des modes de diffusion différents, à avoir la voie hertzienne (également appelée DTT), le câble ou le satellite (également appelé DTH). Sur le plan technologique, la diffusion par voie hertzienne numérique est infiniment moins adaptée à la transmission simultanée d'un grand nombre de chaînes, de programmes et de manifestations sportives qui sont typiques d'un bouquet de télévision payante.

- (100) À ce jour, le marché italien de la télévision payante est essentiellement limité à la transmission par satellite, où Stream et Telepiù sont présentes. Telepiù conserve encore un nombre résiduel d'abonnés à son service analogique initial (héritage des débuts de la télévision à péage par voie hertzienne analogique), tandis que le câble n'est que peu développé (l'opérateur est e.Biscom) et que la télévision par voie hertzienne numérique se trouve dans sa phase expérimentale.

2.1.a) Scénario concurrentiel: câble et DTH

- (101) Avec une part de marché de [65 à 75]* % en nombre d'abonnés ([...]* en novembre 2002) et fort probablement [70 à 80]* % en chiffre d'affaires, Telepiù est l'acteur principal de ce marché où Stream est actuellement son seul concurrent avec [...]* abonnés (en novembre 2002). Les parties affirment qu'en Italie le cadre concurrentiel laisse une marge de croissance aux câblo-opérateurs comme e.Biscom; lequel possède un réseau pour la fourniture de services de télévision qui est capable de toucher près d'1 million de foyers.
- (102) En ce qui concerne les câblo-opérateurs, e.Biscom ne fournit actuellement que les services vidéo à la demande et télévision interactive à [10 000 à 20 000] abonnés. De plus, d'après le plan stratégique d'e.Biscom, la société implante actuellement son réseau de câble à fibre optique qui touchera les clients dans un nombre limité de grandes villes d'Italie. De plus, e.Biscom transmet par son réseau câblé les offres de télévision payante de Telepiù et de Stream, mais ces dernières conservent la propriété du fichier clients, les conditions de vente et les services aux clients.
- (103) Comme la Commission l'a indiqué dans sa communication des griefs adressée à Newscorp, il n'y aura quasiment plus de concurrence sur le marché de la télévision payante en Italie à l'issue de l'opération de concentration. La pression concurrentielle des câblo-opérateurs à laquelle la plate-forme commune va faire face en Italie peut être considérée comme minime. Même Newscorp a déclaré, lors de conférences et de présentations publiques au monde des affaires, que l'entité issue de la concentration ne se heurtera à «aucune concurrence du câble» en Italie ⁽³³⁾. De plus, des tiers ont affirmé que le coût de raccordement au câble est plus élevé, en termes relatifs, en Italie que sur d'autres marchés.
- (104) En ce qui concerne la diffusion DTH, la réglementation italienne impose l'accès aux systèmes d'accès condition-

nel à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires pour les tiers et prévoit des obligations en matière de simulcrypt ⁽³⁴⁾. Toutefois, pour les raisons exposées ci-après (la nécessité pour un concurrent DTH éventuel de se procurer le système d'accès conditionnel chez Newscorp ou de passer un contrat simulcrypt avec Newscorp et la propriété de la plate-forme DTH par Newscorp), aucune concurrence effective ne peut raisonnablement être attendue de la DTH après la concentration, sauf si des garanties supplémentaires sont mises en place.

2.1.b) Perspectives de développement de la DTT

- (105) En ce qui concerne la diffusion DTT, les conditions d'entrée potentielle dans un délai raisonnable sont floues. L'État italien a fixé la date butoir du 31 décembre 2006 pour le passage de la télévision analogique à la télévision numérique. Toutefois, d'après l'étude de marché réalisée par la Commission, il est probable que ce passage sera plus tardif. Dans son livre blanc sur la transmission hertzienne numérique du 8 novembre 2000, l'AGCOM (autorité italienne de régulation du secteur des communications) souligne les difficultés rencontrées avec les fréquences pour les diffuseurs et pour les décodeurs et recommande que l'État italien paie un décodeur numérique à chaque foyer.
- (106) D'après une étude publiée par la Commission ⁽³⁵⁾ — et citée par des tiers —, pour obtenir les avantages escomptés de la diffusion DTT, il faudrait surmonter les obstacles suivants: il faudrait i) que les opérateurs investissent dans la modernisation des réseaux de transmission; ii) que les consommateurs équipent tous les récepteurs analogiques actuels (postes de télévision principaux, postes secondaires et magnétoscopes) de convertisseurs/décodeurs et/ou les remplacent progressivement par des récepteurs numériques intégrés, pour recevoir la DTT; iii) que les autorités de réglementation modifient les fréquences nationales afin que des diffusions simultanées puissent être organisées.
- (107) Des tiers indiquent également que les opérateurs DTT rencontrent des difficultés techniques. Ils ajoutent que, souvent, la technologie DTT n'est pas assez prévisible et que sa puissance d'émission relativement limitée ne four-

⁽³³⁾ Voir, par exemple, la conférence The News Corporation Goldman Sachs Media du 1^{er} octobre 2000: <http://www.newscorp.com/investor/presentations.html>

⁽³⁴⁾ Decreti legislativi approvati dal Consiglio dei Ministri del 30 aprile 1999, per l'attuazione della direttiva comunitaria 95/47/CE concernente dei segnali televisivi. Decreto legislativo 17 maggio 1999. Attuazione della direttiva 95/47/CE in materia di emissione di segnali televisivi ref: GURI n° 145, 23/6/1999. Legge 78 29.3.1999, Delibera AGCOM 216/00.

⁽³⁵⁾ Digital Switchover in Broadcasting — Rapport final du 12 avril 2002 rédigé par le cabinet de conseils BIPE pour la Commission européenne. Publié par la DG Société de l'information.

nit pas la certitude absolue qu'un décodeur situé dans une zone donnée va effectivement recevoir le signal ⁽³⁶⁾. Des tiers soulignent qu'il n'y a pas, en Europe, d'exemple de télévision payante DTT prospère. Des tiers affirment que, hormis le contenu d'appel, l'un des éléments principaux qui incitent les clients à payer pour la télévision reste le vaste choix de chaînes qui est offert. Si tel est le cas, l'opérateur de télévision payante DTT disposant d'une largeur de bande limitée ne sera pas en mesure de rivaliser avec le nombre de chaînes que Telepiù et Stream proposent actuellement

(108) Du point de vue d'un opérateur de télévision payante, la viabilité du mécanisme de diffusion DTT par rapport à d'autres mécanismes de diffusion dépend de deux facteurs: d'une part, l'infrastructure de réception existante, c'est-à-dire le nombre de foyers et de récepteurs utilisant la voie hertzienne; d'autre part, le coût de transmission par la voie DTT par rapport à la télévision numérique transmise par le câble et par satellite. Le coût fixe de transmission d'une émission par DTT à l'échelle nationale est beaucoup plus élevé que par satellite. D'après l'étude précitée, le coût d'une année de transmission numérique par satellite s'élève à environ 0,5 million d'euros, alors que le coût d'une transmission par DTT à l'échelle nationale s'élève à 5 millions d'euros. Des tiers indiquent en outre que la compétitivité, l'attractivité et l'utilité de la technologie DTT pour les acteurs commerciaux n'ont pas été démontrées et que, tant que la diversité de l'offre de chaînes restera un élément déterminant pour la promotion de la télévision payante, la technologie DTH possèdera un avantage intrinsèque par rapport à la DTT et continuera à détenir la part du lion du marché de la télévision payante en Italie.

(109) Sur ce point, il faut cependant rappeler que l'intérêt principal de l'abonnement à la télévision payante n'est pas tant la diversité des chaînes proposées (surtout dans le cas de l'Italie où il y a un nombre substantiel de chaînes à accès gratuit) que les contenus d'appel (films d'appel et sports, et notamment football national). Il y a lieu de rappeler qu'un bouquet DTT compte au maximum 30 chaînes en face des 300 chaînes dont on peut disposer grâce à une plate-forme utilisant la technologie du satellite. À cet égard, selon la thèse d'un tiers, des essais ont été réalisés avec la DTT sur le terrain en Sicile et dans la province de La Spezia. Le pourcentage enregistré d'intentions déclarées de prendre un abonnement à la fin de la période d'essai a été extrêmement faible, au point d'être jugé dissuasif pour un candidat envisageant de se lancer dans cette activité.

(110) Compte tenu de ce qui précède, il n'est pas possible d'apprécier avec un degré suffisant de certitude si et

quand la ou les plates-formes DTT exerceront, dans un avenir prévisible, une pression concurrentielle vis-à-vis de l'entité issue de la concentration.

2.1.c) Pressions concurrentielles prétendument exercées par la télévision à accès libre

(111) Newscorp prétend que la force des opérateurs de télévision à accès libre en Italie constitue une réelle contrainte pour les opérateurs de télévision payante. Newscorp estime que la programmation italienne à accès libre présente une offre dont la diversité et l'attrait sont uniques, tant sur le plan national que local. Au dire de Newscorp, cette pression concurrentielle constitue, pour les opérateurs de télévision payante en Italie, une contrainte majeure qui va au-delà de la simple «interaction» ou d'un «certain rapport» reconnu autrefois par la Commission. À cet égard, la partie notifiante déclare que, en ce qui concerne l'offre de chaînes à accès gratuit, il existe en Italie douze diffuseurs nationaux, cinquante chaînes par DTH et *grosso modo* 700 opérateurs locaux.

(112) En tout état de cause, quand bien même il y aurait un certain degré de pression concurrentielle de la part de la télévision à accès libre (ce qui est également le cas dans d'autres pays, comme l'Allemagne), les preuves recueillies par la Commission en l'espèce confirment le constat selon lequel la télévision payante est un produit véritablement distinct et d'un usage complémentaire spécifique. Cette conclusion est étayée par le fait que seuls les utilisateurs de la télévision à péage peuvent regarder des films d'appel de première fenêtre et la plupart des matchs de football auxquels participent des équipes nationales et que les abonnés sont disposés à payer des sommes considérables pour les services de télévision payante.

(113) À titre d'exemple, en 2001, le chiffre d'affaires moyen par abonné a été de [...] euros pour Telepiù et de [...] euros pour Stream, tandis que la redevance annuelle (un prélèvement obligatoire) pour les chaînes publiques à accès libre (RAI) pour l'année 2003 est de 97,10 euros. Par ailleurs, l'accès aux trois chaînes de télévision nationales Mediaset est gratuit. En ce qui concerne les chaînes à accès gratuit locales, comme l'a indiqué lors de l'audition des 5 et 6 mars le représentant d'une association de télévisions à accès libre, le chiffre d'affaires total des 608 chaînes régionales et locales italiennes appartenant à cette association ne représente que [40 à 50]*% du chiffre d'affaires de Telepiù. Cette situation montre notamment que la pression concurrentielle exercée par des opérateurs de télévision à accès libre vis-à-vis de la plate-forme de télévision payante est, à l'heure actuelle, plutôt limitée.

2.1.d) Conclusion

(114) Compte tenu de ce qui précède, la concentration entraînera la création d'un quasi-monopole sur le marché de la télévision payante en Italie.

⁽³⁶⁾ Il semble toutefois que ce soit seulement le cas pour les déploiements antérieurs de la technologie DTT qui reposaient sur des hypothèses de couverture irréalistes.

2.2. Effets verticaux (services techniques pour la télévision à péage: système d'accès conditionnel et plate-forme technique)

- (115) L'exploitation de chaînes de télévision à péage nécessite une infrastructure technique particulière pour crypter les signaux et les décrypter pour le téléspectateur autorisé. Cette infrastructure est constituée par un système d'accès conditionnel et par un décodeur.
- (116) Dans des décisions antérieures, la Commission a examiné l'existence éventuelle d'un marché de produits pour la livraison en gros des services techniques nécessaires à la télévision à péage ⁽³⁷⁾. «Ces services comprennent essentiellement la mise à disposition de terminaux ainsi que la fourniture de services d'accès conditionnel, y compris sous forme de cartes à puce, et de services de gestion des abonnements; ils peuvent aussi englober des services liés à l'accès au guide électronique des programmes et la création d'applications compatibles avec l'interface de programmation d'applications (API) incorporée dans le terminal. La fourniture de services de télévision interactive numérique nécessite en outre un système permettant de réaliser des transactions financières en toute sécurité» ⁽³⁸⁾.

2.2.a) Système d'accès conditionnel

- (117) Le système d'accès conditionnel est une technologie qui permet aux opérateurs de réseaux et aux diffuseurs de crypter et brouiller le signal numérique ⁽³⁹⁾, lequel est ensuite transmis par satellite, câble ou voie hertzienne jusqu'au décodeur. Lorsque le signal numérique parvient au décodeur, une carte à puce ⁽⁴⁰⁾, qui fait partie du système d'accès conditionnel, génère le mot de commande nécessaire pour décrypter et décoder le signal émis, permettant ainsi aux abonnés titulaires du droit d'accès requis de regarder les programmes.
- (118) Newscorp est présent du côté de l'offre du secteur des systèmes d'accès conditionnel par la détention d'une participation de contrôle d'environ 80 % dans NDS, un fournisseur de licences de systèmes d'accès conditionnel.

NDS fournit plus particulièrement des systèmes d'accès conditionnel et des produits et services connexes pour la gestion, le contrôle et la distribution d'émissions de variétés et d'informations à la télévision. L'entité issue de la concentration sera donc verticalement intégrée avec NDS, avec la possession en interne d'une technologie de système d'accès conditionnel (Videoguard) qui lui est propre.

- (119) À cet égard, il ne faut pas oublier que le secteur de la télévision à péage a été caractérisé jusqu'ici par une forte intégration verticale. Certains des services techniques (et notamment la fourniture de système d'accès conditionnel) sont jusqu'à présent assurés en interne ⁽⁴¹⁾. En Italie, en 2001, deux opérateurs (Canal+ Technologies et NDS) verticalement intégrés l'un dans le groupe Vivendi, l'autre dans le groupe Newscorp, ont représenté respectivement plus de [80 à 90]* % de la fourniture totale de systèmes d'accès conditionnel aux opérateurs de télévision payante (le solde étant représenté par la société Irdeto).
- (120) Dans la communication des griefs envoyée à Newscorp, la Commission déclare qu'il est fort probable que, dans un proche avenir, la plate-forme commune n'adoptera qu'un seul système d'accès conditionnel, à savoir le Videoguard de NDS. Du reste, la plate-forme commune a d'excellentes raisons d'adopter cette stratégie: d'une part, la participation majoritaire détenue par Newscorp dans NDS, qui est le cédant de la licence du Videoguard; d'autre part, la stratégie poursuivie par Newscorp ainsi que par d'autres opérateurs de télévision payante verticalement intégrés et consistant à utiliser le système d'accès conditionnel produit en interne. En fait, Stream et Teletipiù ont commencé leur exploitation avec la technologie produite par Irdeto, mais ont ensuite adopté le système d'accès conditionnel produit en interne (respectivement le Videoguard de NDS et le Mediaguard de Canal+ Technologies).
- (121) Dans ce contexte, indépendamment de la question de savoir si un marché de produits distinct peut être envisagé pour les systèmes d'accès conditionnel, les décodeurs et les autres services techniques pour la télévision à péage ⁽⁴²⁾, l'étude de marché réalisée par la Commission met en évidence des craintes particulières au sujet des services techniques pour la télévision à péage, et notamment des systèmes d'accès conditionnel. Exprimées par certains fournisseurs de ces systèmes et par

⁽³⁷⁾ Voir affaire IV/M.993 — Bertelsmann/Kirch/Premiere, et affaire IV/36.539 — British Interactive Broadcasting/Open, considérant 30 (JO L 312 du 6.12.1999, p. 1).

⁽³⁸⁾ Voir affaire IV/36.539 — British Interactive Broadcasting/Open.

⁽³⁹⁾ Les données cryptées transmises comprennent les signaux de télévision ainsi que d'autres données, comme les informations sur les programmes ou les bouquets de programmes des abonnements et sur le droit des abonnés de la télévision à péage de recevoir les programmes.

⁽⁴⁰⁾ La carte à puce est un ordinateur miniature doté d'un microprocesseur, d'une mémoire et d'un système d'exploitation interne, qui fait office de barrière de sécurité en donnant ou refusant l'accès à un service donné.

⁽⁴¹⁾ Les deux plus grands fournisseurs de systèmes d'accès conditionnel au niveau de l'EEE sont NDS (qui fait partie du groupe Newscorp) et Canal+ Technologies (qui faisait partie du groupe Vivendi, mais a été cédé au groupe Thomson Multimedia en septembre 2002).

⁽⁴²⁾ Comme indiqué, la Commission a examiné dans des affaires antérieures le système d'accès conditionnel dans le contexte d'un plus vaste marché des services techniques pour la télévision à péage. Dans l'affaire IV/36.539 — British Interactive Broadcasting/Open, considérant 32, la Commission a déjà considéré qu'il pouvait y avoir des marchés de produits plus restreints, compte tenu des compétences et technologies différentes de chacun des services techniques pour la télévision à péage.

certaines nouveaux entrants éventuels sur les marchés de la télévision payante (par satellite), ces craintes peuvent être résumées comme suit: d'abord, la probabilité que la nouvelle entité accorde aux nouveaux entrants éventuels l'accès à la technologie NSD pour le système d'accès conditionnel à des clauses et conditions inéquitables, ensuite, la probabilité que la nouvelle entité fasse obstacle à l'entrée d'autres plates-formes de télévision payante dotées d'un système d'accès conditionnel différent de celui de NDS et se forge ainsi un quasi-monopole, compte tenu du fait que le système NDS deviendrait le seul utilisé en Italie.

- (122) En ce qui concerne la première de ces craintes, d'aucuns affirment que, à la suite de la concentration, Newscorp sera en mesure d'empêcher d'éventuels nouveaux entrants sur le marché de la télévision payante en Italie d'acquiescer la licence Videoguard ou, en tout cas, d'imposer des conditions inéquitables pour son acquisition. Or l'existence des règles d'accès énoncées dans la directive 95/47/CE ⁽⁴³⁾ pourrait atténuer les craintes à cet égard, puisque ladite directive prévoit que l'accès au système d'accès conditionnel doit être accordé à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires. Cette disposition a été transférée dans la nouvelle directive 2002/19/CE ⁽⁴⁴⁾ qui doit être transposée le 24 juillet 2003 au plus tard.
- (123) En ce qui concerne la seconde crainte, il a été affirmé que de nouveaux entrants pourraient décider d'utiliser un système d'accès conditionnel différent de celui qui est concédé sous licence par NDS et utilisé par l'entité issue de la concentration. En ce cas, Newscorp serait tenue de collaborer à la mise en place d'un système simulcrypt permettant d'assurer la comptabilité entre le système d'accès conditionnel utilisé par NDS et le système utilisé par le nouvel entrant, car la réglementation italienne ⁽⁴⁵⁾ prévoit l'obligation de mise en œuvre, en matière de simulcrypt, de l'interopérabilité entre différents systèmes d'accès conditionnel.
- (124) L'étude du marché permet cependant de penser que, selon toute probabilité, l'obligation réglementaire italienne ne suffit pas pour créer les conditions permettant aux opérateurs de télévision à péage utilisant un système d'accès conditionnel différent du système NDS d'entrer sur le marché. Les obligations simulcrypt sont apparemment difficiles à exécuter à bref délai ⁽⁴⁶⁾ et une solution infiniment plus réaliste pour un nouvel entrant consiste-

rait à obtenir une licence pour la technologie NSD. Dans l'étude du marché, plusieurs répondants sont allés jusqu'à considérer la technologie NSD comme une sorte d'«installation essentielle» pour le marché italien de la télévision à péage.

- (125) À la lumière des résultats de l'étude de marché susmentionnée, compte tenu de l'intégration verticale de NDS dans la structure de la nouvelle entité et de la possession d'une technologie privative de système d'accès conditionnel, la Commission conclut qu'il est fort probable que, à l'issue de l'opération, la concentration entraînera l'adoption d'un seul système d'accès conditionnel par la nouvelle entité. Étant donné que l'arrivée d'une nouvelle plate-forme de télévision payante DTH n'est pas attendue juste après la fusion, si la plate-forme commune décide d'utiliser uniquement la technologie de NDS (ce qui est rationnellement prévisible), il n'existera en Italie qu'un seul système d'accès conditionnel dont l'accès dépendra de Newscorp. Qui plus est, le déploiement d'un autre système d'accès conditionnel sera entièrement tributaire de la collaboration de Newscorp à la mise en place d'un simulcrypt.
- (126) Il s'agit là d'éléments qui ne vont pas manquer d'accroître les obstacles, déjà élevés, à l'entrée sur le marché italien de la télévision payante et donc contribuer au renforcement d'une position dominante de la nouvelle entité sur le marché de la télévision payante.
- (127) Dans sa réponse à la communication des griefs, Newscorp affirme que la Commission n'a pas conclu que l'utilisation probable d'un seul et même système d'accès conditionnel par la plate-forme commune était anticoncurrentielle en soi, et que «le fait que l'opération «risque» d'accroître les obstacles à l'entrée ne suffit pas pour justifier une décision d'interdiction» ⁽⁴⁷⁾.

- (128) Par ailleurs, Newscorp affirme qu'il n'aurait pas la capacité d'évincer de nouveaux entrants et cite à cet égard la décision de la Commission dans l'affaire Telia/Sonera ⁽⁴⁸⁾ selon laquelle, en examinant si un problème d'éviction verticale est substantiel, il convient d'établir non seulement que l'entité issue de la fusion aura un intérêt à pratiquer l'éviction, mais aussi à savoir si elle aura la capa-

⁽⁴³⁾ Directive 95/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à l'utilisation de normes pour la transmission de signaux de télévision (JO L 281 du 23.11.1995, p. 51).

⁽⁴⁴⁾ Directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive «accès») (JO L 108 du 24.4.2002, p. 7).

⁽⁴⁵⁾ AGCOM (autorité italienne de régulation du secteur des communications), décision N. 216/00/CONS.

⁽⁴⁶⁾ La mise en œuvre effective de simulcrypt entre Telepiù et Stream a pris deux ans et les deux opérateurs se sont vu infliger des amendes à deux reprises par l'autorité italienne de régulation du secteur des communications (AGCOM) pour non-respect de leurs obligations.

⁽⁴⁷⁾ Paragraphe 5.1.3 de la réponse de Newscorp à la communication des griefs.

⁽⁴⁸⁾ Paragraphe 5.1.5 de la réponse de Newscorp à la communication des griefs.

cité de le faire et si cela entravera de manière significative la concurrence sur le marché en cause ⁽⁴⁹⁾.

(129) D'après l'analyse de la Commission, l'opération ne se borne pas à accroître les obstacles à l'entrée, mais crée un monopole de la télévision payante DTH en Italie. Compte tenu de cette situation monopolistique sur le marché en «aval» de la télévision à péage et de la possession d'un système d'accès conditionnel qui lui est propre — et qui est susceptible de devenir la «norme» —, Newscorp va non seulement avoir un intérêt à poursuivre des stratégies d'éviction ou à accroître les coûts de ses rivaux (pour écarter ces derniers du marché et conserver son monopole dans le domaine de la diffusion DTH), mais elle va aussi avoir la capacité de le faire.

(130) Tout concurrent éventuel désireux de pénétrer sur le marché italien de la télévision payante dans la formule satellite (DTH) doit obtenir une licence de l'une des filiales de Newscorp (NDS) pour avoir accès au système d'accès conditionnel Videoguard ou alors rechercher la collaboration de Newscorp pour pouvoir appliquer l'accord simulcrypt. L'expérience montre que cette situation risque notamment de donner lieu à des litiges «lourds» et que la conclusion de tels accords est un processus très long qui prend du temps et qui est difficile, même entre deux concurrents bien établis, comme l'étaient Stream et Telepiù dans le passé.

(131) En tout état de cause, en l'absence de mesures correctives, Newscorp sera à même d'évincer d'éventuels entrants sur le marché DTH ou d'augmenter pour ses rivaux le coût du système d'accès conditionnel. La Commission ne considère pas ces points isolément, mais dans la perspective des effets anticoncurrentiels généraux produits par l'opération. Dans ce contexte, le fait que l'opération entraînera un accroissement des obstacles à l'entrée en ce qui concerne la diffusion DTH — notamment en raison de l'utilisation fort probable d'un seul et même système privatif d'accès conditionnel par la nouvelle entité — dans une situation de monopole (en DTH), est un élément aggravant qui ne fait que renforcer la position dominante de la plate-forme commune sur le marché italien de la télévision payante.

(132) Par ailleurs, Newscorp affirme qu'il n'y a aucun lien de causalité entre l'opération et le préjudice concurrentiel allégué. Il estime que, comme il détient déjà 50 % d'un opérateur italien de télévision à péage, l'éventuel intérêt à accroître les obstacles à l'entrée sur le marché italien de la télévision à péage existe déjà et ne sera donc pas causé par l'opération.

(133) La Commission n'adhère pas à cette thèse. En effet, la possession d'un système privatif d'accès conditionnel par un opérateur de DTH en situation de monopole est un élément qui, en soi, accroît les obstacles à l'entrée sur le marché en aval de la télévision payante. L'intérêt de Newscorp à accroître les obstacles à l'entrée est la conséquence directe de l'opération qui crée cette situation de monopole en ce qui concerne la télévision payante DTH. De plus, à partir des résultats de l'étude du marché, on peut raisonnablement s'attendre à ce que la situation décrite n'évolue pas dans un avenir prévisible.

2.2.b) Plate-forme technique

(134) Stream et Telepiù vont créer une plate-forme technique commune au moyen de laquelle elles vont distribuer leurs programmes par satellite. Une plate-forme technique est le système qui commande l'accès conditionnel et la fourniture des services techniques connexes. La plate-forme technique décrypte les signaux diffusés par le fournisseur de programmes et les transmet aux abonnés par le décodeur.

(135) Des tiers affirment que, en raison de l'investissement important que nécessite la mise en place d'une plate-forme DTH, les chaînes DTH à accès libre et à péage appartenant à des tiers devront se faire distribuer par la plate-forme commune de la nouvelle entité. Les services techniques que Newscorp peut fournir au moyen de la plate-forme comprennent la gestion de l'accès conditionnel, le passage par les décodeurs et l'intégration dans la liste prédéfinie de services (syntonisation automatique), la numérisation et le cryptage, la liaison satellite, et notamment l'accès au guide électronique de programmes.

(136) Le guide électronique est un guide des programmes de télévision qui, en raison du choix accru qu'offre la télévision numérique, constitue un outil indispensable. Les renseignements le concernant sont envoyés par les diffuseurs et affichés par le logiciel de guide électronique. Le système de menus permet à l'utilisateur de chercher un type de programme donné (films, émissions comiques, émissions pour la jeunesse, etc.) ou simplement de regarder par numéro de programme ou par l'heure. Sans le guide électronique, il serait extrêmement difficile pour les téléspectateurs de trouver systématiquement et facilement la chaîne qu'ils cherchent.

(137) L'accès à la plate-forme constitue un élément indispensable pour faciliter l'entrée sur le marché de la télévision payante et permettre aux chaînes à péage et à accès libre d'être diffusées par DTH. Par suite de la fusion, les chaînes DTH n'auront plus la possibilité de choisir entre deux plates-formes.

⁽⁴⁹⁾ Décision du 10 juillet 2002 dans l'affaire COMP/M.2803 — Telia/Sonera, considérant 91, voir site Internet de la Commission: <http://europa.eu.int/comm/competition/concentrations/cases/>

(138) En contrôlant la plate-forme, Newscorp aura l'intérêt et la capacité de refuser l'accès ou d'accroître les obstacles au rapprochement de chaînes (par exemple, en changeant systématiquement leur emplacement dans le guide électronique) ou d'imposer aux chaînes numériques relayées par satellite (chaînes DTH à accès libre et à péage) des conditions inéquitables ou discriminatoires. Pour l'heure, il n'existe pas de cadre réglementaire adapté qui permette de résoudre ces problèmes de manière efficace et rapide. En conséquence, le comportement éventuel décrit ci-dessus contribuerait à affermir la situation de monopole de la nouvelle entité sur le marché de la télévision payante.

(139) Dans sa réponse à la communication des griefs de la Commission ⁽⁵⁰⁾, Newscorp déclare qu'il n'a aucun intérêt à manipuler le guide électronique. En fait, affirme-t-il, l'intérêt du groupe issu de la fusion est de fournir à ses abonnés un service de grande qualité et le groupe se comporterait de manière inepte envers ses abonnés s'il bouleversait régulièrement l'ordre des chaînes dans le guide électronique de programmes. Or, sur ce point, la Commission estime que, comme l'a montré le comportement de Stream dans le passé ⁽⁵¹⁾, l'intérêt du groupe à fidéliser les téléspectateurs à ses propres chaînes l'emportera sur son intérêt à assurer aux chaînes des autres une position immuable dans le guide électronique.

2.3. Conclusion

(140) Au vu de ce qui précède, la Commission conclut que la concentration renforce durablement une position dominante sur le marché italien de la télévision payante. La nouvelle entité détiendra le monopole du mode de transmission DTH et aura toutes les possibilités et l'intérêt économique pour écarter les concurrents actuels et potentiels désireux de pénétrer sur le marché avec le même mode de transmission ou d'autres, en augmentant les coûts engagés par ses rivaux et en multipliant les obstacles à l'entrée. À cet égard, même si la réglementation en vigueur atténue dans une certaine mesure les problèmes de concurrence, l'utilisation d'une norme (NDS) pour les services d'accès conditionnel dans l'intégralité de la plate-forme de télévision par satellite — indépendamment des éventuels contrats simulcrypt de longue durée devant être conclus — est susceptible de rendre les éventuels nouveaux entrants en DTH totalement tributaires de la nouvelle entité sur le plan technique. De plus, le contrôle de la plate-forme technique donnera à Newscorp la possibilité et l'intérêt à définir la

norme concernant le niveau de concurrence «intraplate-forme» admis. La nature de ces éléments fait que, malgré la réglementation en vigueur, le monopole de Newscorp concernant le mode de transmission DTH contribuera substantiellement au renforcement de la situation de quasi-monopole que Newscorp détiendra pendant un certain temps sur l'ensemble du marché de la télévision à péage par suite de l'opération de concentration.

(141) Dans sa réponse à la communication des griefs ⁽⁵²⁾, Newscorp indique que la Commission n'a pas satisfait à son obligation d'établir qu'il est plus probable qu'improbable que Newscorp adoptera ce comportement. Newscorp rappelle que, dans l'affaire Tetra Laval BV/Commission ⁽⁵³⁾, le Tribunal de première instance avait estimé que la règle de la preuve résidait dans l'équilibre des probabilités et avait rejeté la thèse de la Commission (à savoir que l'éventualité d'une atteinte à la concurrence suffisait à justifier une décision d'interdiction).

(142) À cet égard, la Commission déclare que dans ledit arrêt, l'équilibre des probabilités contre la thèse de la Commission repose sur i) l'absence de présomption d'effet de conglomerat ⁽⁵⁴⁾ et ii) la nécessité du recours à une analyse prospective d'un comportement rationnel futur comme base de constatation de l'existence d'un conglomerat. Aucune de ces deux conditions n'est remplie en l'espèce. En ce qui concerne la première condition (absence de présomption d'effet de conglomerat), on ne saurait sérieusement contester que la fusion va, en fait, entraîner la création d'une situation de quasi-monopole sur le marché de la télévision à péage. En ce qui concerne la seconde condition (nécessité du recours à l'analyse prospective d'un comportement rationnel futur), l'analyse effectuée dans la présente affaire repose sur la situation qui se produira dès la réalisation de la concentration (création d'un quasi-monopole).

(143) C'est pourquoi, au vu des preuves réunies tout au long de la procédure et compte tenu de la nature des chevauchements horizontaux induits par la concentration, la Commission considère qu'il y a suffisamment de preuves pour conclure que la plate-forme commune aura, dans un avenir prévisible, l'intérêt nécessaire et la réelle capacité d'adopter le comportement indiqué ci-dessus. En définitive, cela l'amènera à entraver de manière significative la concurrence sur le marché en cause.

⁽⁵⁰⁾ Voir paragraphe 5.1.15 de la réponse de Newscorp à la communication des griefs.

⁽⁵¹⁾ À titre d'exemple, l'emplacement de Digitaly dans le GEP de Stream a changé quatre fois ces dernières années.

⁽⁵²⁾ Paragraphe 5.1.11 de la réponse de Newscorp à la communication des griefs.

⁽⁵³⁾ Arrêt du 25 octobre 2002 dans l'affaire T-5/02.

⁽⁵⁴⁾ Point 142 de l'arrêt Tetra Laval.

3. CRÉATION OU RENFORCEMENT D'UNE POSITION DOMINANTE SUR LES MARCHÉS D'ACHAT

3.1. Effets horizontaux sur les marchés en amont concernés (achat de contenus)

3.1.a) Acquisition de l'exclusivité de diffusion de films d'appel

- (144) Telepiù (la société cible) occupe déjà une position dominante sur le marché de l'achat des droits d'exclusivité de films d'appel (les films acquis par Telepiù en 2001 représentent environ [85 à 95]* % du total des entrées en salle enregistrées par les films qui ont été vendus avec des droits d'exclusivité à toutes les télévisions, [85 à 95]* % en valeur ⁽⁵⁵⁾ et [50 à 60]* % ⁽⁵⁶⁾ en nombre de films). En 2001, les droits restants ont été acquis par Stream, exception faite de quatre films italiens dont les droits en première fenêtre ont été acquis par La 7 (la télévision à accès libre contrôlée par Telecom Italia).
- (145) Les droits de Telepiù et de Stream sont indiqués dans les tableaux qui suivants.

TABLEAU 11

Telepiù

Grands studios américains

Nom	1 ^{re} fenêtre	2 ^e fenêtre	TV à la carte	Vidéo à la demande	Vidéo presque à la demande	Expiration
Buena Vista (Walt Disney)						
Columbia						
Dreamworks						
Paramount						
MGM						
T.C. Fox						
Warner Bros						

Source: Formulaire CO.

TABELLE 12

Producteurs de cinéma italiens

Nom	TV à péage	TV à la carte	Vidéo à la demande	Vidéo presque à la demande	Expiration
Medusa					
Eagle Picture					
Fandango					
Lucky Red					
Mediatrade					

Source: Formulaire CO.

⁽⁵⁵⁾ Du montant total payé en Italie pour les droits de films d'appel.

⁽⁵⁶⁾ Ce recul de la part de marché en volume s'explique par le fait que Telepiù a la plupart des films produits par les grands studios américains, qui sont les plus coûteux et font plus d'entrées dans les salles de cinéma.

- (146) En 2002, Telepiù a également signé des contrats avec Eyescreen, Nexo et d'autres fournisseurs.

STREAM

Grands studios américains

- (147) D'après les renseignements fournis par les parties dans le formulaire CO, Stream détient les droits d'exclusivité Universal pour la télévision à la carte et la vidéo presque à la demande jusqu'au 31 août 2002. Universal a levé une option en vue de la reconduction automatique pour une durée supplémentaire de cinq ans.

TABLEAU 13

Producteurs de cinéma italiens

Nom	TV à péage	TV à la carte	Vidéo à la demande	Vidéo presque à la demande	Expiration/ type de contrat
Cecchi Gori					
Clemi					(⁵⁷)
Istituto Luce					
Lady Film					
Mikado					
Raitrade					
Tangram					
Palomar					
Eyescreen					
Lantia					
CDE					
Veradia					
Cattleya					

Source: Formulaire CO.

- (148) De plus, Stream a souscrit plusieurs contrats avec Filmauro, Videofilm VCKappa et Key Films (sociétés de distribution) pour un certain nombre de films italiens et étrangers. En 2002, Stream avait aussi un certain nombre de contrats assez «petits» avec d'autres fournisseurs (Minerva, Pasodoble, Romagnosi et Teodora).

- (149) Tous les contrats conclus par Stream et Telepiù avec leurs partenaires comprennent des droits d'exclusivité pour tous les modes de transmission (voie hertzienne, satellite, câble, etc.). Ensemble, ils correspondent à [75 à 85]* % du total des entrées en salle en 2001 (⁵⁸) et à près de [90 à 100]* % des droits d'exclusivité acquis par les télévisions à péage. Comme on l'a vu plus haut, Telepiù détient une part de marché de [85 à 95]* % et Stream une part d'environ [5 à 15]* % (sur la base du nombre d'entrées en salle) des films achetés et vendus avec des droits d'exclusivité. La télévision à accès libre «La 7» (qui appartient à Telecom Italia) a acquis des droits en première fenêtre pour quatre films italiens en 2001. Toutefois, La 7 n'a pas signé de contrats d'exclusivité pour la première fenêtre avec un grand studio américain.

(⁵⁷) [...]*.

(⁵⁸) En 2001, à l'exception de quatre films italiens dont les droits de première fenêtre ont été achetés par La 7, près de 19 % des entrées ont été enregistrées avec des films dont les droits d'exclusivité n'ont pas été achetés ou commercialisés.

- (150) Après l'acquisition de Telepiù par Stream et l'apport de clients en Italie, la fusion débouchera sur une situation de quasi-monopole pour l'achat des droits d'exclusivité de films (monopsonie). La 7 a acheté un nombre négligeable de droits en première fenêtre pour des films italiens. À cet égard, il convient de rappeler qu'il y a peu de chances que les détenteurs de droits, notamment les grands studios américains, soient disposés à vendre des droits de première et deuxième fenêtres de diffusion aux télévisions à accès libre à l'avenir. Comme on l'a vu plus haut, les droits sont vendus au moins cinq ou six fois (diffusion en salle, vidéo, télévision à la carte et vidéo à la demande, première fenêtre, deuxième fenêtre et films de catalogue). Seule la dernière catégorie est achetée par les télévisions à accès libre. Si les détenteurs des droits vendaient des films de première fenêtre aux télévisions à accès libre (accessibles à 100 % des téléspectateurs) six mois après leur sortie en salle, le chiffre d'affaires des producteurs de cinéma s'en trouverait fortement compromis.
- (151) En l'absence de mesures correctives, cette situation de monopsonie interdit aux tiers l'accès aux contenus (également en ce qui concerne les modes de transmission autres que DTH) et elle est susceptible de restreindre la disponibilité de contenus pour les consommateurs, réduisant ainsi leur possibilité de choix.
- (152) De plus, les parties seront en mesure de réduire davantage encore l'accessibilité des contenus en exerçant des droits de rétention et de préemption sur les films de deuxième fenêtre, comme l'envisagent les contrats actuels de Telepiù avec la plupart des grands studios (voir tableau 11). En l'absence de mesures correctives, cela empêchera effectivement d'éventuels nouveaux entrants de tenter de pénétrer sur le marché en tant que concurrent «à la marge» ou de second ordre. Par ailleurs, ces droits de protection que les parties peuvent exercer retireront effectivement du marché des droits de deuxième fenêtre de diffusion, portant ainsi atteinte au bien-être des consommateurs et à leur liberté de choix du prix et de l'heure de «consommation» des produits de télévision à péage.
- (153) Au vu de ce qui précède et compte tenu de la durée des contrats en cours, la concentration aura pour effet d'empêcher d'éventuels concurrents du secteur de la télévision payante d'avoir accès à ce contenu, et donc de pouvoir le diffuser à la télévision payante pendant un certain nombre d'années.
- (154) Dans sa réponse à la communication des griefs ⁽⁵⁹⁾, Newscorp affirme que l'opération ne changera rien à la situation actuelle, car «les contrats conclus par Stream et par Telepiù pour l'achat de droits sont déjà en place et ne sont pas affectés par la fusion. Pour autant que le réseau de contrats puisse affecter la probabilité d'entrée, ce problème n'est pas imputable à la fusion». D'après les parties, cela revient à dire qu'il n'y a pas de lien de causalité entre la fusion et l'atteinte éventuelle à la concurrence. À cet égard, Newscorp renvoie au point 10 du projet de communication sur l'appréciation des concentrations horizontales ⁽⁶⁰⁾, qui indique que «la Commission compare les conditions de concurrence postérieures à l'opération avec la situation de concurrence que connaîtrait le marché si la concentration n'avait pas lieu».
- (155) En fait, avant la concentration, deux opérateurs de télévision payante étaient en mesure de rivaliser pour l'achat de contenus. Après la concentration, le «réseau de contrats» sera détenu par un seul et même opérateur qui, en l'absence de mesures correctives, sera à même de définir les clauses et conditions des marchés vis-à-vis des détenteurs de droits avec une latitude beaucoup plus grande que lorsque deux acheteurs sont en concurrence. Mais aussi et surtout, grâce à son pouvoir de négociation manifestement plus grand, le détenteur d'un quasi-monopsonie sera fort probablement en mesure de façonner les relations contractuelles avec les fournisseurs de contenus en fonction de son besoin et de son objectif d'empêcher la concurrence éventuelle de nouveaux entrants. À la lumière de ces considérations, l'argument des parties selon lequel, après la concentration, «il y aura plus, et non moins de droits disponibles pour d'autres acheteurs» car les parties pourraient réduire leur demande, apparaît dénué de fondement.
- (156) Newscorp déclare en outre ⁽⁶¹⁾ qu'un nouvel entrant pourrait acheter des droits analogues à ceux détenus par Stream s'il passait contrat avec MGM avec effet à compter de 2004 et que la Commission suppose à tort que le contrat MGM va être étendu. Sur ce point, la Commission considère d'abord qu'il n'est pas certain qu'après la fusion un nouveau concurrent pénétrera sur le marché italien en 2004 et ensuite qu'il y a de fortes chances, si l'on considère toutes les preuves et autres éléments pertinents, que MGM et TC Fox exerceront leur droit unilatéral de reconduction. Sur ce point, il est significatif que, dans le passé, les grands studios américains ont toujours exercé ce droit, malgré l'existence de deux autres plateformes. Columbia et Paramount ont exercé le droit de reconduction de leur contrat avec Telepiù en 2002 et Universal vient de l'exercer avec Stream. Pris dans sa perspective historique, le contexte économique enlève donc toute probabilité à la thèse de Newscorp.

⁽⁵⁹⁾ Point 6.1.3 de la réponse de Newscorp à la communication des griefs.

⁽⁶⁰⁾ http://europa.eu.int/comm/competition/concentrations/review/final_draft_en.pdf

⁽⁶¹⁾ Point 6.1.4 de la réponse de Newscorp à la communication des griefs.

3.1.b) Achat de contenus sportifs en général

Cadre juridique

- (157) L'article 3 bis de la directive «Télévision sans frontières», dans sa version modifiée ⁽⁶²⁾, prévoit que chaque État membre peut prendre des mesures pour assurer que les organismes de radiodiffusion télévisuelle relevant de sa compétence ne retransmettent pas d'une manière exclusive ou sous une forme codée des événements qu'il juge d'une importance majeure pour la société. La mesure d'application italienne de mars 1999 contient des dispositions à cet effet ⁽⁶³⁾ qui sont destinées à permettre à une forte proportion (plus de 90 %) du public italien de suivre sur une télévision à accès libre les événements répertoriés, sans avoir à engager la dépense supplémentaire liée à l'achat de matériel technique.
- (158) Les événements répertoriés pour l'Italie sont: a) les Jeux olympiques d'hiver et d'été; b) la Coupe du monde de football et tous les matchs auxquels participe l'équipe nationale italienne (intégralement retransmis en direct); c) la finale du championnat d'Europe de football et tous les matchs auxquels participe l'équipe nationale italienne (intégralement retransmis en direct); d) tous les matchs auxquels participe l'équipe nationale italienne de football, à domicile et à l'extérieur, dans des compétitions officielles; e) la finale et les demi-finales de la Ligue des champions et de la Coupe de l'UEFA auxquelles participe une équipe italienne; f) la compétition cycliste du Tour d'Italie (Giro d'Italia), et g) le Grand Prix d'Italie de formule 1. De plus, l'AGCOM se réserve le droit de modifier cette liste en temps opportun, notamment en y ajoutant les événements suivants: a) finales des championnats du monde de basket, de water-polo et de volley-ball auxquelles participe l'équipe nationale italienne; b) finale et demi-finales de la Coupe Davis auxquelles participe l'équipe nationale italienne, et c) championnat du monde de cyclisme sur route. Par ailleurs, l'autorité italienne de l'audiovisuel se réserve le droit de réviser cette liste deux ans après l'entrée en vigueur de sa décision. L'obligation de diffuser les «événements répertoriés» sur une base «à accès libre» se traduit généralement par une baisse du prix d'achat des droits de radiodiffusion de ces événements sur le marché italien.

3.1.c) Acquisition de l'exclusivité de retransmission des compétitions de football qui ont lieu régulièrement (chaque année) et auxquelles participent des équipes nationales

- (159) Ensemble, les parts de marché des parties représentent [80 à 90]* % en valeur (Stream [35 à 45]* %, Telepiù [35 à 45]* %) et [90 à 100]* % en nombre de matchs (Stream [35 à 45]* %, Telepiù [50 à 60]* %). D'après le droit italien (loi n°78/99), aucune plate-forme DTH ne peut détenir plus de 60 % du total des droits de football. En revanche, cette règle ne s'appliquerait pas en cas de plate-forme DTH unique (c'est-à-dire après la fusion), à condition que la durée des contrats stipulant l'achat de droits d'exclusivité ne soit pas supérieure à trois ans.
- (160) Les clubs de football italiens des séries A et B dont Stream détient les droits d'exclusivité sont les suivants: Bologne, Lecce, SDS srl ⁽⁶⁴⁾ et Naples (jusqu'en [...]*), Brescia, Chievo Vérone, Empoli, Modène et Sienne (jusqu'en [...]*). Ces droits représentent [45 à 55]* % de matchs de série A. De plus, Stream détient les droits d'exclusivité pour la Ligue des champions de l'UEFA pour la saison 2002/2003.
- (161) Les clubs de football italiens des séries A et B dont Telepiù détient les droits d'exclusivité sont les suivants: Atalanta, Côme, Messine, Pérouse, Plaisance, Reggina et Turin (jusqu'en [...]*), Inter, Bari, Juventus, Milan et Cagliari, (jusqu'en [...]*). Ces droits représentent [45 à 55]* % de matchs de série A.
- (162) La concentration va mettre la nouvelle entité dans une situation de quasi-monopsonne ⁽⁶⁵⁾ pour l'achat des droits d'exclusivité concernant des compétitions régulières de football auxquelles participent des équipes nationales. Les droits d'exclusivité comprennent toujours la retransmission d'événements en direct et en différé pour la télévision à péage et la télévision à la carte, la protection des événements en direct sur une télévision à accès libre et, dans certains cas, la formule vidéo à la demande, l'UMTS et Internet. Mais aussi et surtout, comme dans le cas des droits sur des films et en raison de son plus grand pouvoir de négociation, le quasi-monopsonne sera en mesure de façonner les relations contractuelles avec les fournisseurs de contenus en fonction de son besoin et de son objectif d'empêcher l'arrivée de nouveaux concurrents.

⁽⁶²⁾ Directive 89/552/CEE du Conseil du 3 octobre 1989 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle (JO L 298 du 17.10.1989, p. 23), modifiée par la directive 97/36/CE du Parlement européen et du Conseil (JO L 202 du 30.7.1997, p. 60).

⁽⁶³⁾ Coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle (JO C 277 du 30.9.1999) http://europa.eu.int/eur-lex/en/consleg/pdf/1989/en_1989L0552_do_001.pdf

⁽⁶⁴⁾ Rome, Latium, Parme.

⁽⁶⁵⁾ Comme on l'a vu plus haut, les clubs de football, et surtout les clubs moyens et petits, hésitent à vendre leurs droits aux télévisions à accès libre, car les plates-formes de télévision payante ont la possibilité de retransmettre plusieurs matchs à la fois, mais aussi pour maintenir la fréquentation des stades. Les télévisions à accès libre ne sont en concurrence que pour l'achat des droits de la Coupe de l'UEFA, de la Ligue des champions de l'UEFA et de la Coppa Italia.

3.1.d) Acquisition de l'exclusivité de retransmission d'autres manifestations sportives

- (163) Stream et Telepiù détiennent des droits d'exclusivité pour un grand nombre de manifestations sportives, en sus des courses automobiles de Formule 1 très prisées en Italie. En ce qui concerne la Formule 1, les droits détenus par les opérateurs de télévision payante (qui sont les seuls à diffuser ces courses par satellite) ne sont pas exclusifs, puisque la RAI (télévision à accès libre) diffuse les courses de Formule 1 en mode analogique par voie hertzienne sur le territoire italien.
- (164) D'après les renseignements fournis par les parties sur le formulaire CO remis au mois d'octobre 2002, Telepiù a l'exclusivité des manifestations sportives suivantes: golf [PGA Tour 2002, Ryder Cup, Open d'Italie ⁽⁶⁶⁾ et Augusta national jusqu'en [...]*, British Open, US Golf Association et US PGA jusqu'en [...]*], tennis [Roland-Garros ⁽⁶⁷⁾ et US Open ⁽⁶⁸⁾ jusqu'en [...]*, Open d'Australie, jusqu'en [...]*], basket (NCAA, NBA et Euroleague ULEB jusqu'en [...]*, plusieurs FIBA jusqu'en [...]*], motonautisme (courses de F1 UIM jusqu'en [...]*), volley-ball (Lega pallavolo serie A féminine pour [...]*), rugby (Lega Italiana pour [...]*, Trinitation 2002 [...]*), boxe [Tyson contre Lewis pour [...]* ⁽⁶⁹⁾], football (saisons de la ligue nationale jusqu'en [...]*), courses automobiles (Le Mans 2002, 24 heures de Spa jusqu'au [...]*), etc.
- (165) Stream a l'exclusivité des événements suivants: plusieurs sports, en vertu d'un contrat signé avec Espn Inc. jusqu'en [...]*, golf (PGA Tour [...]* PGA European Tour 2002/2003 jusqu'en février 2004) et tennis (Masters, WTA Rome et Wimbledon jusqu'en [...]*).
- (166) En tout état de cause, si les sports en général, à l'exception du football national, devaient être considérés comme un marché distinct, l'opération entraînerait la création d'une position dominante dans l'achat des droits d'exclusivité pour les manifestations sportives. Si certains sports en particulier devaient être considérés comme des marchés distincts, l'opération entraînerait le renforcement d'une position dominante dans le golf et le tennis. D'après la partie notificante, la part de marché de Stream pour les droits de retransmission des manifestations sportives autres que le football national est actuellement de [35 à 45]* % et celle de Telepiù est de [30 à 40]* %. Selon elle, les autres opérateurs de télévision considérés comme des concurrents de Stream et de Telepiù dans l'achat de ces droits détiennent une part de marché de [20 à 30]* %.

⁽⁶⁶⁾ Droits de retransmission en direct uniquement.

⁽⁶⁷⁾ Les droits d'exclusivité pour Roland Garros ne s'appliquent pas à Eurosport, à condition que cette chaîne transmette les matchs à partir des quarts de finale en d'autres langues que l'italien.

⁽⁶⁸⁾ Les droits d'exclusivité pour l'US Open ne s'appliquent pas à Eurosport, à condition que cette chaîne transmette les matchs à partir des quarts de finale en d'autres langues que l'italien.

⁽⁶⁹⁾ Droits de retransmission en direct uniquement.

(167) À cet égard, en 2001, les grandes manifestations sportives suivantes ont été retransmises par la télévision à accès libre en exclusivité: cyclisme (Tour d'Italie et autres compétitions internationales), athlétisme (la plupart des grands meetings internationaux), boxe (matchs pour le titre italien et le titre européen), rugby (matchs disputés par l'équipe nationale italienne et tournoi des Six Nations), moto (intégralité du championnat du monde de moto), voile (coupe Louis Vuitton, coupe de l'America) et Jeux olympiques d'été et d'hiver.

(168) L'opération envisagée augmentera le pouvoir d'achat de la nouvelle entité et renforcera sa position par rapport à la situation antérieure à la concentration. Les éventuels opérateurs de télévision concurrents n'auront pas la possibilité d'acheter des droits d'exclusivité pour la plupart des grandes manifestations sportives qui auront lieu en [...]*. Mais aussi et surtout, grâce à son plus grand pouvoir d'achat, le quasi-monopsonne sera en mesure de façonner les relations contractuelles avec les fournisseurs de contenus en fonction de son besoin et de son objectif d'empêcher l'arrivée de nouveaux concurrents, par exemple en imposant des contrats de longue durée ou en achetant des droits d'exclusivité ou des droits de protection pour d'autres modes de transmission que le mode DTH.

3.1.e) Chaînes de télévision

- (169) Contrairement aux films d'appel et aux compétitions de football, de nombreuses chaînes ne sont pas acquises à titre exclusif. En d'autres termes, des concurrents du secteur de la télévision à péage peuvent acquérir et diffuser la même chaîne.
- (170) Stream détient les droits exclusifs des chaînes suivantes: Duel TV, Comedy Life, National Geographic, MT Channel, Roma Channel, Fox Kids, CFN-CNBC et Music Choice. De plus, elle a huit chaînes de production pour le cinéma, les voyages, les informations, les langues, les «reality shows», la musique et les sports.
- (171) Telepiù détient les droits exclusifs de Marco Polo, Disney Channel, Canal Jimmy, Raisat Ragazzi, Raisat show, Raisat fiction, Raisat Gambero Rosso, Raisat Art, Raisat Cinema, Happy Channel, Raisat Album, Planète, Cinecinema I et II, Cineclassics, INN, Bloomberg, ESPN Classic Sport, Eurosport News, TV5, Multimusica, Matchmusic, Rock TV, Classica, Milan Channel et Inter Channel et elle a aussi un certain nombre de chaînes de production pour le cinéma (chaînes «premium» et chaînes «à la carte») et les sports (chaînes «à la carte»).

(172) La plupart des chaînes acquises à titre exclusif (à l'exclusion des chaînes «premium» de sport et de cinéma normalement produites par les parties) sont caractérisées par une programmation à contenu non exclusif. En conséquence, d'éventuels concurrents peuvent acquérir et produire des chaînes, à l'exception de chaînes «premium».

(173) Dans le cas des chaînes de télévision, le problème de concurrence naît du fait que la concentration débouchera sur une situation de monopsonne (100 %) pour l'acquisition de chaînes en Italie, à moins qu'un autre concurrent ne pénètre sur le marché (et ce ne sera pas le cas si l'accès au contenu d'appel n'est pas garanti). Dès lors, le pouvoir de négociation des fournisseurs indépendants de chaînes, et surtout des plus petits, sera affaibli après la concentration en raison de l'absence de plates-formes autres que la nouvelle entité. Cette situation pourrait affecter indirectement le bien-être des consommateurs, si la nouvelle entité décidait d'arrêter d'acheter des droits sur des chaînes de télévision ou si elle exerçait son pouvoir de monopsonne à un point tel que certains fournisseurs de chaînes se retireraient du marché pour cause de conditions économiques intenable. Si tel devait être le cas, les consommateurs verraient la diversité des produits et leur liberté de choix fortement obérées. Ces effets négatifs sur les consommateurs ne peuvent être compensés que par la création de conditions autorisant ces chaînes à être diffusées (en libre accès ou avec péage) par DTH, même sans être acquises par la plate-forme issue de la concentration.

3.2. Conclusion relative aux effets horizontaux sur les marchés en amont concernés (achat de contenus)

(174) En ce qui concerne l'achat de droits sur les contenus en général, Newscorp affirme ceci dans sa réponse à la communication des griefs: «Il n'y a pas de monopsonne: il y a concurrence entre les opérateurs de télévision payante et de télévision à accès libre pour l'achat des droits et l'on peut tabler sur l'accroissement de la concurrence d'autres opérateurs de télévision payante». Au dire de Newscorp, le marché de contenus est un «marché d'enchères».

(175) La Commission n'est pas d'accord. Même si l'achat de contenus de programmation en général peut, dans une certaine mesure, être considéré comme un marché d'enchères en raison de la nature même et des caractéristi-

ques des différents sous-marchés, les «enchères» sont accessibles *de facto* à un nombre limité d'opérateurs présentant certaines caractéristiques.

(176) En ce qui concerne l'acquisition de premières (et, du moins théoriquement, de deuxième) fenêtres pour les droits de films d'appel, les «enchères» sont limitées aux opérateurs de télévision à péage, en raison du modèle économique des studios ⁽⁷⁰⁾, c'est-à-dire la segmentation par fenêtres. Les opérateurs de télévision à accès libre sont *de facto* empêchés d'acquérir ces droits en concurrence avec les télévisions à péage.

(177) Des conditions analogues d'«enchères restreintes» se produisent *de facto* en ce qui concerne l'achat de la plupart des droits sur des compétitions de football qui ont lieu régulièrement (chaque année) et auxquelles participent des équipes nationales, à savoir le championnat des séries A et B. Comme on l'a vu plus haut, il ressort clairement des tests de marché que les propriétaires de droits (équipes de football) préfèrent vendre ceux-ci aux opérateurs de télévision payante plutôt qu'aux télévisions à accès libre, afin d'éviter une incidence négative sur la fréquentation des stades (l'autre grande source de recettes). Là encore, il semble que *de facto* les opérateurs de télévision à accès libre ne sont pas en concurrence effective avec les télévisions à péage pour l'achat de ces droits.

(178) Enfin, en ce qui concerne les droits sur d'autres manifestations sportives (tennis et golf, par exemple), même si les conditions des enchères apparaissent vraiment plus ouvertes, *de facto* les deux opérateurs de télévision payante existants occupent déjà (et la plate-forme commune va occuper) une position dominante en ce qui concerne l'achat de droits d'exclusivité pour ces manifestations sportives. Cela montre encore que la plupart des droits d'exclusivité de toute sorte sont généralement achetés par les télévisions à péage, même lorsque les propriétaires des droits n'ont aucune raison, du fait de leur modèle économique, de préférer les télévisions à péage aux télévisions à accès libre. En outre, cela compromet la valeur probante des arguments avancés par les parties à la concentration à propos des futures conditions de marché et du comportement possible de l'entité issue de la concentration et de ses concurrents éventuels.

4. CONCLUSIONS GÉNÉRALES RELATIVES AUX EFFETS HORIZONTAUX ET VERTICAUX DE LA CONCENTRATION SUR LES MARCHÉS CONCERNÉS

(179) À partir de ce qui précède, la Commission conclut que:

⁽⁷⁰⁾ Tout au long de ce document, le terme «studios» désigne à la fois les grands studios américains et les producteurs de cinéma italiens.

4.1. *Newscorp aura un monopole en tant que fournisseur de télévision payante en Italie*

- (180) Stream et Telepiù sont actuellement les seuls fournisseurs de télévision payante en Italie et, quand bien même e.Biscom, les diffuseurs DTT et les chaînes DTH ou une autre plate-forme DTH pourraient constituer des pressions concurrentielles à l'avenir, il n'y a pas de garanties suffisantes pour assurer que d'éventuels concurrents auront accès aux contenus d'appel (surtout les films d'appel des grands studios américains et les matchs des équipes nationales de football). Or ces contenus spécifiques, qui sont indispensables à la survie de tout opérateur de télévision à péage, ne seront pas disponibles sur le marché.

4.2. *Newscorp aura accès aux contenus les plus attrayants et les plus complets*

- (181) L'accès aux contenus d'appel — principalement des films récents et des épreuves de football, mais aussi d'autres manifestations sportives — est indispensable à l'exploitation réussie d'une télévision payante. En effet, il s'agit des contenus qui incitent les consommateurs à s'abonner. L'accès aux films de deuxième fenêtre et aux manifestations sportives en différé est, lui aussi, important pour les concurrents éventuels qui seraient désireux de créer une autre plate-forme.
- (182) Comme on l'a vu plus haut, l'enquête de la Commission montre que la plate-forme commune aura accès à un réservoir de programmes inégalé en Italie. De plus, une partie du contenu indispensable, à savoir le contenu «moteur de la télévision payante» — films des grands studios —, ne sera pas disponible sur le marché dans un délai normal (pas avant la fin de [...]*), si MGM et TC Fox exercent leur droit unilatéral de reconduction.

4.3. *Aucune autre entreprise ne disposera du contenu indispensable pour créer une autre télévision payante*

- (183) L'accès aux droits est encore plus important pour la télévision à péage que pour la télévision à accès libre. Pour inciter le consommateur à s'abonner ou à prendre certaines productions dans la formule «à la carte», certains types particuliers de contenu sont indispensables. En effet, pour être suffisamment attrayant, un bouquet de télévision à péage doit comporter un assortiment de

droits d'appel pour première fenêtre, ou au moins des films de deuxième fenêtre, et pour les manifestations sportives très prisées. Cela est particulièrement vrai en Italie où, comme l'indique Newscorp, chaque foyer équipé de la télévision peut recevoir un grand nombre de chaînes à accès libre.

4.3.1. *Effets d'éviction*

- (184) Les réserves de programmes d'appel (droits de films récents et de football) sont maigres. Par ailleurs, en règle générale, les droits de diffusion des contenus d'appel (notamment les films d'appel des grands studios américains) sont accordés dans le cadre de contrats d'exclusivité de longue durée. Pendant la durée des contrats en cours, aucun autre fournisseur n'aura accès aux ressources en programmes de la plate-forme commune. De plus, les droits de football sont extrêmement coûteux et leur achat comporte un risque financier important. C'est pourquoi d'éventuels concurrents ne seront pas en mesure de créer avec succès une autre plate-forme de télévision payante. En ce qui concerne les autres modes de transmission, le seul câble-opérateur qui existe (e.Biscom) ne pourra toucher qu'un nombre de foyers très limité et les concurrents DTT éventuels ne seront opérationnels qu'à moyen et long termes.
- (185) Il est en outre peu probable que la situation change le moins du monde après l'expiration des contrats relatifs aux droits pour la télévision payante. Théoriquement, les services de télévision payante pourraient être fournis en Italie par d'autres opérateurs DTH, des câble-opérateurs comme e.Biscom et des opérateurs DTT. Comme on l'a vu plus haut, les contrats d'exclusivité de droits de diffusion («output deals») conclus avec les grands studios américains vont commencer à expirer à la fin de [...]* (si MGM et TC Fox exercent leur droit de reconduction). Même si les contrats conclus avec des fournisseurs de droits sportifs expirent plus tôt, il faudrait que les concurrents éventuels aient pour ces droits une offre égale à celles de la plate-forme commune. Or, à ce stade, les chances que des concurrents éventuels puissent offrir une télévision à péage attrayante apparaissent fort minces.

- (186) À ce moment-là, compte tenu de sa position sur le marché, la plate-forme commune sera parfaitement implantée et les perspectives des concurrents d'obtenir un volume tant soit peu important de droits intéressants pour la télévision payante de radiodiffusion seront ténues. Pour avoir un quelconque espoir d'acheter des droits de diffusion, il est indispensable d'avoir accès aux téléspectateurs, c'est-à-dire de disposer d'une clientèle d'abonnés bien établie. En général, le prix des droits pour la télévision payante est déterminé par rapport au nombre d'abonnés, sous réserve d'un minimum forfaitaire, et cela est certainement le cas avec les contrats d'exclusivité de droits de diffusion conclus avec les grands studios américains. Comme la clientèle d'abonnés de la plate-forme commune sera sans doute la plus nombreuse dans les années à venir, il s'ensuit que la

vente de droits à Newscorp se fera sans doute à un prix nettement plus élevé que la vente à un nouvel entrant. De surcroît, le nouvel entrant prendra un risque financier considérable en signant des contrats d'exclusivité de droits de diffusion, tout au moins pour les films de première fenêtre. Il lui faudrait garantir un nombre minimal d'abonnés équivalent au nombre garanti par Newscorp, mais sans être en mesure de l'atteindre. Dans la négociation de contrats pour des contenus d'appel, Newscorp aura un avantage concurrentiel sur des concurrents éventuels, même si ces derniers ont les moyens d'acheter des droits à un ou deux grands studios.

- (187) Dès lors, la Commission conclut que les contrats passés avec de grands studios et conférant des droits d'exclusivité à l'entité issue de la concentration évinceront d'éventuels nouveaux entrants sur le marché.
- (188) Par ailleurs, comme on l'a vu plus haut, les droits des films d'appel pour la télévision payante s'achètent en différents formats («fenêtres»), selon les dates de la diffusion autorisée. Plus ces dates sont proches des dates de passage en salles, plus la fenêtre, et donc plus le contenu d'appel, a du prix. Le prix des droits en deuxième fenêtre s'élève ordinairement à une fraction des droits en première fenêtre pour la télévision payante. On peut donc raisonnablement affirmer que, en raison de leur différence de prix et de leurs horaires de diffusion différents, les droits des films d'appel en première fenêtre de diffusion et les droits en deuxième fenêtre sont *de facto* des produits dissemblables.
- (189) En vertu de contrats d'exclusivité de droits de diffusion conclus avec des grands studios, Telepiù détient un certain nombre de droits d'exclusivité sur des films de première fenêtre. En vertu des mêmes contrats d'exclusivité conclus avec la plupart des grands studios américains, Telepiù détient également des droits de protection (droits de rétention, etc.) concernant des droits en deuxième fenêtre de diffusion qui, en créant une sorte de période de «black-out», ôtent bel et bien au produit «films de deuxième fenêtre» toute chance de jamais parvenir sur le marché.
- (190) Ces droits de «protection» ou black-out ont non seulement pour objectif d'interdire à d'éventuels entrants l'accès à des contenus d'appel moins onéreux, mais ils ont aussi pour effet de priver les consommateurs de leur droit de choisir le moment et le prix auxquels ils préfèrent regarder des produits de la télévision payante.
- (191) En ce qui concerne l'éviction du marché, si les droits de deuxième fenêtre de diffusion étaient disponibles pour être négociés avec les studios (et notamment les grands studios américains), un nouvel opérateur de télévision payante aurait la possibilité d'entrer sur le marché avec un investissement financier moindre et des risques moins importants et il serait en mesure de proposer des contenus d'appel moins chers quelque temps après l'en-

tité issue de la concentration. Sur d'autres marchés nationaux de la Communauté, des exemples montrent que des opérateurs de moindre envergure et moins prestigieux peuvent susciter (du moins au début) une concurrence sur le marché de la télévision payante ⁽⁷¹⁾. L'effet d'éviction des droits de protection détenus par un opérateur historique de télévision payante (quasi-monopole/monopsonne) à l'égard de nouveaux entrants éventuels est indéniable. En fait, l'éviction du marché constitue l'objectif fondamental de ces droits de protection.

- (192) En ce qui concerne la restriction du choix des consommateurs, l'opérateur de télévision payante qui exerce ces droits de protection prive les consommateurs de leur droit fondamental de choisir. Les préférences, la sensibilité aux prix et les besoins des consommateurs varient fortement d'un marché à l'autre et par rapport à tous les produits. Si les films de deuxième fenêtre devaient ne jamais être accessibles, les consommateurs désireux d'avoir accès à des produits de la télévision à péage seraient contraints de se plier à un scénario «la même formule pour tous», au moment (première fenêtre) et au prix fixés par l'opérateur de télévision à péage.
- (193) En revanche, en l'absence de droits de protection retirant concrètement les films de deuxième fenêtre du marché, les consommateurs auraient la possibilité de choisir entre des opérateurs de télévision payante de «premier rang» proposant des films d'appel à des dates plus proches du passage en salle et à un prix (abonnement) élevé et un opérateur de «second rang» proposant les mêmes contenus à un prix inférieur, bien qu'à des dates plus tardives par rapport à celles du passage en salle. Dans ce scénario, le consommateur serait seul maître du choix de sa forme préférée de consommation de services de télévision payante.
- (194) Si la nouvelle entité décidait d'acheter elle-même des droits de deuxième fenêtre pour diffusion sur la plate-forme commune au lieu d'en bloquer simplement l'accès à d'éventuels concurrents, ces droits ne seraient toujours pas disponibles pour un nouvel entrant éventuel, mais il s'agirait alors du résultat d'opérations commerciales entre la plate-forme commune et un ou plusieurs studios et non de l'effet de clauses de *black-out*. En tout état de cause, les contenus de deuxième fenêtre finiraient pas arriver sur le marché, encore que par l'offre du détenteur du quasi-monopole.
- (195) Dès lors, la Commission conclut que les droits de protection ou de *black-out* ont pour objet et pour effet d'empêcher toute entrée éventuelle sur le marché et ont pour effet de porter préjudice aux consommateurs en inter-

⁽⁷¹⁾ En France, les droits de deuxième fenêtre sont exploités par TPS — qui s'affirme comme un concurrent important de Canal+ — et en Belgique par Cinenova.

disant aux concurrents éventuels comme aux consommateurs éventuels de télévision payante l'accès à des contenus d'appel.

(196) Enfin, dans le cas des compétitions de football qui ont lieu régulièrement et auxquelles participent des équipes nationales, tout concurrent éventuel devra, pour acquies ces droits, aligner son offre sur celles de la plate-forme commune. Le prix de ces droits dans le coût global revêt une importance extrêmement grande par rapport à d'autres droits. Le risque financier de la conclusion de contrats avec des clubs de football serait beaucoup plus élevé pour un nouvel entrant que pour la plate-forme commune.

(197) En conséquence, en l'absence de mesures correctives, il est peu probable que e.Biscom ou un autre concurrent éventuel (en DTH ou en DTT) soit en mesure de créer une autre plate-forme de programmes à part entière, de portée équivalente, pour les raisons suivantes:

- a) ils n'ont pas de droits d'exclusivité pour des contenus d'appel;
- b) la plupart des droits (et notamment les droits des films des grands studios américains) ne seront pas disponibles sur le marché pendant un certain nombre d'années;
- c) de nombreux droits de football et droits concernant des événements sportifs importants ne seront pas disponibles dans les années qui viennent;
- d) le risque financier encouru par un nouvel entrant lorsqu'il achète les droits exclusifs d'épreuves de football constitue un obstacle supplémentaire à l'entrée.

4.4. Newscorp sera le «gardien» d'un outil (système d'accès conditionnel Videoguard) susceptible de faciliter à un autre opérateur de télévision DTH à péage l'entrée sur le marché et d'une infrastructure (la plate-forme) susceptible d'assouplir les conditions de diffusion des chaînes de télévision à accès libre et à péage relayées par satellite

(198) En principe, les opérateurs de télévision payante DTH ont le choix entre créer leur propre infrastructure et offrir leurs programmes par l'intermédiaire d'une plate-forme existante. Mais à ce stade, la création d'une nouvelle infrastructure se présente au mieux comme une option théorique, que ne peuvent certainement pas s'offrir les opérateurs ne disposant pas de ressources de programmes suffisantes pour pouvoir faire une offre de premier choix. Normalement, un *outsider* aurait plus aisément

accès à une plate-forme existante s'il avait le choix entre plusieurs plates-formes concurrentes. Ce choix existait en Italie avant l'opération envisagée. Mais, faute d'autre plate-forme dans ce pays, les concurrents DTH présents sur le marché italien ou les chaînes gratuites désireuses de proposer leurs programmes aux abonnés de la plate-forme commune seront désormais tributaires de l'accès à la plate-forme de Newscorp.

(199) Autrement dit, l'opérateur de télévision payante DTH qui n'est pas en mesure de mettre en place une autre infrastructure ainsi que la chaîne à accès libre relayée par satellite numérique qui est désireuse de toucher les abonnés de la plate-forme commune seront obligés de faire diffuser leurs chaînes respectives par la plate-forme de Newscorp. Par conséquent, en l'absence de mesures correctives, Newscorp aurait la haute main, ou presque, sur les activités de ces concurrents et serait à même de définir, dans une certaine mesure, les conditions auxquelles d'autres opérateurs de télévision payante DTH rivaliseraient avec lui ou les conditions auxquelles ses abonnés auraient accès aux chaînes gratuites relayées par satellite numérique.

(200) Newscorp sera en mesure de refuser l'accès à sa plate-forme ou d'imposer des conditions inéquitables et discriminatoires.

(201) Par ailleurs, toute autre plate-forme de télévision payante désireuse de pénétrer sur le marché italien aura besoin d'un système d'accès conditionnel pour pouvoir diffuser ses émissions cryptées. Comme on l'a vu plus haut, Newscorp est propriétaire du système d'accès conditionnel NDS (Videoguard). Bien que les règles d'accès énoncées dans les directives 95/47/CE ⁽⁷²⁾ et 2002/19/CE ⁽⁷³⁾ doivent permettre d'apaiser les craintes sur ce point, des tiers pensent que l'accès à la technologie NDS peut être entravé, à moins que Newscorp ne s'engage à respecter lesdites règles et qu'un dispositif approprié et efficace de règlement des litiges ne soit mis en place. Si tel n'est pas le cas, on assistera à des litiges prolongés sur les prix qui, entre-temps, compromettront la possibilité de se livrer concurrence. D'un autre côté, il est fort probable que l'adoption par un nouvel entrant d'un système d'accès conditionnel différent constituera, en dépit des obligations en matière de simulcrypt imposées par la loi italienne transposant la directive 95/47/CE, un obstacle supplémentaire à l'entrée, sachant que, dans le passé, l'application concrète de ces obligations de simulcrypt a pris jusqu'à deux années et peut se révéler extrêmement onéreuse.

⁽⁷²⁾ Directive 95/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à l'utilisation de normes pour la transmission de signaux de télévision (JO L 281 du 23.11.1995, p. 51).

⁽⁷³⁾ Directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive «accès») (JO L 108 du 24.4.2002, p. 7).

- (202) Par conséquent, en l'absence de mesures correctives, la plate-forme issue de la concentration sera en mesure d'accroître les coûts de ses concurrents en contrôlant l'accès des tiers aux services de la plate-forme DTH et au système d'accès conditionnel.
- (203) Pour le nouvel opérateur DTH qui n'est pas en mesure de créer une autre infrastructure, la possibilité de devenir opérationnel dépendra donc du bon vouloir de Newscorp de ne pas accroître les obstacles en donnant accès à ses services de plate-forme. De plus, la possibilité pour un nouvel opérateur DTH de rivaliser efficacement avec Newscorp dépendra de l'octroi par ce dernier d'une licence d'utilisation de son système NDS d'accès conditionnel ou de son respect des obligations en matière de simulcrypt en temps voulu et à des clauses et conditions transparentes et non discriminatoires.

4.5. *Durée de la domination*

- (204) Toutes les preuves montrent qu'il est hautement improbable qu'un autre concurrent soit en mesure de rivaliser efficacement avec les parties dans un avenir prévisible, quel que soit le mode de transmission. En effet, e.Biscom, qui est actuellement le seul concurrent possible sur le marché dans le secteur du câble ne pourra pas toucher plus d'1 million de foyers dans un proche avenir (5 % des foyers italiens), alors que le satellite peut toucher la quasi-totalité des foyers italiens. D'un autre côté, d'après les projets du gouvernement, la télévision DTT ne commencera à être opérationnelle en Italie qu'au début de 2007, mais l'enquête de la Commission montre que ce ne sera probablement pas le cas et qu'il faut envisager un délai plus long. Enfin, aucune autre plate-forme DTH ne sera en mesure de pénétrer sur le marché si l'accès aux contenus et aux installations techniques n'est pas garanti. En conséquence, la Commission a des raisons solides et convaincantes de conclure que, en raison de l'opération, Newscorp restera encore très longtemps le seul opérateur de télévision payante en Italie dans un avenir prévisible et que cela entravera fort probablement de manière significative toute concurrence effective.

V. APPLICATION DE LA NOTION DE «CONCENTRATION D'ASSAINISSEMENT»

- (205) Jusqu'à présent, la Commission n'a fondé que deux décisions en matière de concentration sur la notion de «concentration d'assainissement» (couramment appelée «argument de la société défaillante»), à savoir dans l'affaire Kali & Salz/MKD/Treuhand⁽⁷⁴⁾ (ci-après «Kali &

Salz») et dans l'affaire BASF/Eurodiol/Pantochim⁽⁷⁵⁾. Dans la décision Kali & Salz, la Commission a fixé les critères suivants pour l'application du moyen de concentration d'assainissement: a) l'entreprise acquise disparaîtrait rapidement du marché si elle n'était pas reprise par une autre entreprise; b) il n'y a pas d'autre alternative d'achat moins dommageable pour la concurrence; c) l'entreprise acquérante reprendrait la part du marché de l'entreprise acquise si celle-ci venait à disparaître du marché.

- (206) Dans son arrêt dans l'affaire Kali & Salz⁽⁷⁶⁾, la Cour de justice a jugé qu'une concentration pouvait être considérée comme une concentration d'assainissement si la détérioration de la structure concurrentielle en résultant se produit pareillement, même si la concentration n'aboutissait pas. D'après la Cour⁽⁷⁷⁾, «l'introduction de ce critère (l'entreprise acquérante reprendrait la part du marché de l'entreprise acquise) vise à assurer que l'existence d'un lien de causalité entre la concentration et la détérioration de la structure concurrentielle du marché ne peut être exclue qu'au cas où la détérioration de la structure concurrentielle, faisant suite à l'opération de concentration, se produirait pareillement même en l'absence de cette opération. Dès lors, le critère de l'absorption des parts de marché, bien qu'il ne soit pas considéré par la Commission elle-même comme suffisant à lui seul pour exclure le caractère préjudiciable de l'opération de concentration pour le jeu de la concurrence, concourt à assurer la neutralité de cette opération par rapport à la dégradation de la structure concurrentielle du marché, ce qui est conforme à la notion de causalité figurant à l'article 2, paragraphe 2, du règlement».

- (207) Dans sa décision BASF/Eurodiol/Pantochim, la Commission indique que l'approche adoptée par la Cour de justice va au-delà des critères fixés dans la décision Kali & Salz de la Commission. Selon la Cour, une concentration peut être considérée comme une concentration d'assainissement si la détérioration de la structure concurrentielle, faisant suite à l'opération de concentration, se produirait pareillement même en l'absence de cette opération, c'est-à-dire même si la concentration était interdite. D'une manière générale, d'après la décision BASF/Eurodiol/Pantochim, la notion de «concentration d'assainissement» exige que les entreprises à racheter puissent être

⁽⁷⁴⁾ Décision de la Commission du 14 décembre 1993 relative à une procédure d'application du règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil (affaire IV/M.308 — Kali & Salz/MdK/Treuhand) (JO L 186 du 21.7.1994, p. 38).

⁽⁷⁵⁾ Décision de la Commission du 11 juillet 2001 (affaire COMP/M.2314, BASF/Eurodiol/Pantochim) (JO L 132 du 17.2.2002, p. 45), et site Internet de la Commission:

<http://europa.eu.int/comm/competition/concentrations/cases/>

⁽⁷⁶⁾ Arrêt du 31 mars 1998 dans les affaires jointes C-68/94 et C-30/95, France/Commission.

⁽⁷⁷⁾ Arrêt précité note 76 de bas de page, points 115 et suivants.

considérées comme des «entreprises défaillantes» et que la concentration ne soit pas la cause de la détérioration de la structure concurrentielle. Par conséquent, deux conditions doivent être réunies pour l'application de la notion de concentration d'assainissement:

- a) l'entreprise acquise disparaîtrait rapidement du marché si elle n'était pas reprise par une autre entreprise;
- b) il n'y a pas d'autre alternative d'achat moins dommageable pour la concurrence.

(208) Toutefois, l'application de ces deux critères n'exclut pas totalement la possibilité d'un rachat par des tiers des actifs des entreprises en cause au cas où elles feraient faillite. Si ces actifs étaient rachetés par des concurrents au cours de la procédure de faillite, les effets économiques seraient analogues à ceux d'une reprise des entreprises défaillantes elles-mêmes par un autre acheteur. Par conséquent, la Commission a décidé dans cette affaire particulière qu'il convenait d'établir, outre les deux premiers critères, que:

- c) les actifs à racheter disparaîtraient inévitablement du marché en l'absence de la concentration.

(209) En tout état de cause, l'application de la notion de «concentration d'assainissement» exige que la détérioration de la structure concurrentielle faisant suite à l'opération de concentration ne soit au moins pas plus grave que celle qui aurait eu lieu en l'absence de cette opération.

(210) Dans sa réponse à la communication des griefs, Newscorp affirme que les conditions de l'«argument de la société défaillante» sont réunies en l'espèce, à savoir que, en l'absence de l'opération de concentration, Telepiù obtiendrait une position comparable à celle de la plateforme commune après la concentration et que, de toute façon, les actifs de Stream disparaîtraient inévitablement du marché.

(211) Avant de passer à l'examen de cet argument, il convient de noter que Newscorp affirme que Stream, qui se trouve actuellement sous le contrôle conjoint de Newscorp et de Telecom Italia, est la «société défaillante» qui disparaîtrait du marché en l'absence de la concentration. En fait, la présente opération est la conjonction du passage du contrôle conjoint au contrôle exclusif de Stream par l'une de ses sociétés mères, Newscorp, et de sa fusion avec une autre entreprise (Telepiù). Étant donné que Stream est une «division» distincte d'une «entreprise», Newscorp, cette concentration soulève la question de savoir si l'argument de la société défaillante s'applique lorsque l'entreprise acquérante est financièrement saine, mais que l'une de ses divisions, qui est défaillante, fusionne avec une autre entité.

(212) Comme indiqué par la Commission dans sa décision dans l'affaire Rewe/Meinl ⁽⁷⁸⁾, dans le cas d'un «argument de la division défaillante» et non d'un «argument de la société défaillante», la charge de la preuve de l'absence de lien de causalité entre la concentration et la création ou le renforcement d'une position dominante incombe aux entreprises qui affirment cette absence. Sinon, toute opération de concentration concernant une division prétendument non rentable pourrait se justifier au regard du droit du contrôle des concentrations par la déclaration que, faute de la concentration, la division cesserait ses activités. L'affaire Rewe/Meinl concernait une division du groupe Meinl qui a été rachetée par Rewe. La fourniture de la preuve de l'absence de causalité revêt une importance encore plus grande dans le cas d'une «division défaillante» qui, en fait, est l'entreprise acquérante. Enfin, on peut raisonnablement affirmer qu'il est possible que le groupe acquéreur ait des raisons stratégiques de garder sa division défaillante en vie, même si la fusion devait être interdite.

*a) L'ENTREPRISE ACQUISE DISPARAÎTRAIT RAPIDEMENT
DU MARCHÉ SI ELLE N'ÉTAIT PAS REPRIS PAR UNE
AUTRE ENTREPRISE*

(213) Newscorp affirme que Stream est actuellement une «société défaillante» qui disparaîtra du marché en l'absence de la concentration, car la logique économique commerciale impose que la décision de l'assemblée générale indiquant si Stream doit déposer son bilan repose sur la comparaison de la valeur actualisée nette (négative) des marges brutes d'autofinancement (avant le service de la dette) dégagées du maintien en activité avec la valeur actualisée nette (éventuellement négative) résultant de la faillite. Si la valeur actualisée nette associée à la faillite est supérieure à celle du «maintien en activité», la décision rationnelle consiste alors à déposer le bilan, puisqu'il n'y a pas de perspectives réalistes que Stream devienne rentable en étant une entreprise autonome. D'après Newscorp, les coûts inhérents à la cessation d'activité auxquels Newscorp et surtout Telecom Italia font face aujourd'hui sont nettement inférieurs à ceux du maintien en activité et si Stream n'a pas encore disparu du marché, c'est uniquement parce que les perspectives de la cessation d'activité sont actuellement à l'étude. Toutefois, certains tiers affirment qu'avec une meilleure gestion et des efforts redoublés pour lutter efficacement contre le piratage, le nombre d'abonnés et le chiffre d'affaires correspondant augmenteraient substantiellement.

(214) Dans la présente opération, l'acquéreur du contrôle exclusif de la société défaillante est l'une de ses sociétés

⁽⁷⁸⁾ Décision de la Commission du 3 février 1999 dans une procédure engagée en vertu du règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil (affaire IV/M.1221 — Rewe/Meinl) (JO L 274 du 23.10.1999, p. 1).

mères, qui prend également le contrôle exclusif d'une autre société (Telepiù). Bien que Stream soit une personne morale distincte, il n'est apparemment pas question que toute une entreprise (Newscorp) disparaisse du marché. Newscorp agit en qualité de société *holding* et Stream ne représente qu'une partie des activités économiques et des filiales du groupe Newscorp. Dès lors, le retrait de Stream du marché italien de la télévision payante revêtirait la forme d'une décision de gestion consistant à abandonner une activité économique dont l'évolution n'a pas répondu aux attentes du conseil d'administration de l'entreprise.

- (215) En outre, il est important de noter que les parties ont soulevé cet argument à un stade très avancé de la procédure et, du reste, on n'en trouve aucune mention dans la notification. Cela ne fait que renforcer les doutes quant à la valeur probante de leur assertion, car rien n'a fondamentalement changé depuis la notification.

b) IL N'Y A PAS D'AUTRE ALTERNATIVE D'ACHAT MOINS DOMMAGEABLE POUR LA CONCURRENCE

- (216) Newscorp affirme que, en l'absence de synergies substantielles, tout repreneur potentiel se trouverait face à une situation semblable à celle de Newscorp et de Telecom Italia. Il est même probable qu'un autre repreneur se heurterait à une plus grande incertitude quant à la rentabilité future, car enfin Newscorp et Telecom Italia, en leur qualité d'actionnaires actuels, disposent d'informations plus pointues sur l'entreprise. Il n'y a aucune perspective réaliste de voir arriver un acheteur moins dommageable pour la concurrence, car il est très difficile d'imaginer quelqu'un ayant des synergies suffisamment fortes pour modifier substantiellement les perspectives financières de Stream d'après les projections de JPMorgan ⁽⁷⁹⁾ et il n'y a pas eu d'autres repreneurs ayant tenté de racheter Telepiù au groupe Vivendi en mai-juin 2002 lors de la concrétisation de la cession à Newscorp. À cet égard, JPMorgan note que, à sa connaissance, aucun autre repreneur potentiel n'a déposé une offre officielle pour Telepiù ou bien pour Stream. Cela est exact, bien que les discussions relatives à l'opération aient été rendues publiques en 2001 et en 2002 et que le prix ait, dit-on, été revu à la baisse par Newscorp au fil de longues négociations, et aucun autre acquéreur potentiel n'a tenté de racheter Stream à Newscorp lorsque la cession au groupe Vivendi a été concrétisée.

⁽⁷⁹⁾ Document joint à la réponse de Newscorp à la communication des griefs. Rapport d'expert sur la viabilité financière de Stream SpA. Ce document montre prétendument que Stream n'est pas viable financièrement sous forme d'entreprise autonome dans un avenir prévisible et que, faute de financement constant par ses deux actionnaires, elle serait contrainte de déposer son bilan au cours du premier semestre de 2003.

- (217) La Commission estime qu'il ressort clairement du raisonnement qu'elle a développé dans la décision Kali & Salz, que la charge de la preuve démontrant qu'il n'y a pas d'autre repreneur potentiel hormis l'entreprise qui s'est portée acquéreuse incombe à la partie qui l'affirme. L'argumentation de Newscorp ne supprime pas cette charge de la preuve. Hormis quelques tentatives de recherche de simples investisseurs financiers pour Stream, Newscorp n'a indiqué ni les repreneurs potentiels (hormis le groupe Vivendi pour Stream et Newscorp pour Telepiù) avec lesquels lui-même et le groupe Vivendi ont entamé des négociations pour vendre leurs entreprises respectives en Italie ni les raisons de l'échec de ces négociations. Seul Telecom Italia a fait une tentative de cession de sa participation de contrôle dans Stream ⁽⁸⁰⁾, mais ni Stream ni le groupe Vivendi n'ont sérieusement cherché à trouver une solution moins dommageable pour la concurrence que la fusion des deux sociétés. D'après les informations dont dispose la Commission, ni Newscorp ni Telecom Italia n'ont jamais annoncé d'offre publique pour Stream.

c) LES ACTIFS À RACHETER DISPARAÎTRAIENT INÉVITABLEMENT DU MARCHÉ EN L'ABSENCE DE LA CONCENTRATION OU L'ENTREPRISE ACQUÉRANTE REPRENDRAIT LA PART DU MARCHÉ DE L'ENTREPRISE ACQUISE

- (218) D'après Newscorp, les actifs à racheter disparaîtraient inévitablement du marché. Il y a deux actifs principaux qui sont actuellement détenus par Stream et dont l'affectation future est cruciale pour les conditions de concurrence, à savoir sa clientèle d'abonnés et les droits sur les contenus que Stream détient actuellement. Il est fort probable que les abonnés DTH de Stream passeront chez Telepiù, parce qu'il n'existe pas d'autre plate-forme à satellite et que le câble n'existe que dans des zones restreintes. En ce qui concerne les droits d'appel de Stream, Newscorp déclare qu'ils seront fort probablement repris par Telepiù. Après la faillite de Stream, les droits seraient restitués à leurs titulaires qui pourraient alors les remettre en vente.
- (219) D'après Newscorp, Telepiù a plus de chances d'obtenir ces droits (par rapport, par exemple, à e.Biscom ou aux concurrents exploitant des chaînes à accès libre). Il n'est toutefois pas extravagant de penser qu'au moins un certain contenu (par exemple, les droits de la Ligue des champions ou les droits de tennis) ne serait pas nécessairement racheté par Telepiù. Comme on l'a vu plus haut, les télévisions à accès libre et les télévisions payantes peuvent, du moins dans une certaine mesure, rivaliser pour l'achat de ces droits et elles seraient mieux placées pour se porter acquéreuses de ces droits si la situation financière de Telepiù devait être plus faible que celle de la plate-forme commune issue de l'opération de concentration. Newscorp n'a pas fourni la moindre indication

⁽⁸⁰⁾ D'après la déclaration de Telecom Italia lors de l'audition des 5 et 6 mars 2003, en 2001 Telecom Italia a chargé un établissement financier de vendre sa participation dans Stream.

en ce qui concerne le rachat éventuel par Telepiù ou d'autres entreprises d'autres actifs de Stream, comme les marques déposées et les réseaux de distribution.

- (220) Toutefois, comme aucune des deux premières conditions n'est remplie en l'espèce, il est inutile que la Commission se prononce définitivement sur la satisfaction ou non de la troisième condition (disparition inévitable du marché des actifs à racheter).

d) CONCLUSION

- (221) La Commission considère donc que Newscorp n'a pas été en mesure de démontrer l'absence de lien de causalité entre la concentration et l'effet sur la concurrence, parce que l'on peut s'attendre à une détérioration des conditions de concurrence dans une mesure similaire ou identique, même sans la concentration en cause. Le risque de voir Stream disparaître du marché, s'il devait se concrétiser, serait toutefois un élément à prendre en compte lors de l'appréciation de la présente concentration. La Commission considère en outre que l'approbation de la concentration, sous réserve de conditions appropriées, serait plus avantageuse pour le consommateur que la perturbation provoquée par l'arrêt éventuel de Stream.

VI. ENGAGEMENTS

- (222) Le 13 mars 2003, Newscorp a proposé une série révisée d'engagements (ci-après «les engagements») conformément à l'article 8, paragraphe 2, du règlement sur les concentrations, dans le but d'obtenir l'autorisation de l'opération. Ces engagements sont énoncés dans l'annexe de la présente décision et font partie intégrante de cette dernière.
- (223) Les engagements proposés par Newscorp s'ajoutent aux mesures correctrices présentées à la Commission les 31 octobre 2002 et 14 janvier 2003. À la suite de son enquête et à partir du test de marché sur les deux séries d'engagements précitées, la Commission a conclu que les engagements proposés étaient insuffisants pour résoudre les problèmes de concurrence soulevés par l'opération. De ce fait, la Commission a délivré une communication conformément à l'article 18 du règlement sur les concentrations.
- (224) La Commission estime que les engagements proposés le 13 mars 2003 abordent et résolvent de manière satisfaisante les problèmes de concurrence soulevés par l'opération de concentration.

1. RÉSUMÉ DES ENGAGEMENTS PROPOSÉS PAR
NEWSCORP LE 13 MARS 2003

- (225) Les engagements proposés par Newscorp le 13 mars 2003 prévoient ce qui suit:

Contrats exclusifs en cours

- a) Droit pour les studios de cinéma et les clubs de football de résilier unilatéralement les contrats conclus avec Stream et Telepiù sans encourir de pénalités.
- b) Newscorp renonce aux droits exclusifs en ce qui concerne les plates-formes télévisuelles autres que DTH (transmission hertzienne, câble, UMTS, Internet, etc.). En outre, les parties renonceraient à tous droits de protection en ce qui concerne les modes de transmission autres que la diffusion DTH.
- c) Newscorp renonce aux droits exclusifs pour les formules de télévision à la carte, vidéo à la demande et vidéo presque à la demande sur toutes les plates-formes.

Contrats exclusifs futurs

- d) Newscorp ne conclut pas de contrats d'une durée supérieure à deux ans avec des clubs de football ni d'une durée supérieure à trois ans avec des studios. L'exclusivité liée à ces contrats ne concernerait que la transmission DTH et ne serait pas applicable aux autres moyens de transmission (hertzienne, câble, UMTS, Internet, etc.). En outre, les parties renoncent à tous droits de protection en ce qui concerne les moyens de transmission autres que la diffusion DTH. Pour ce qui est des droits de football et des droits d'événements sportifs mondiaux, les autres parties au contrat auront le droit unilatéral de résilier les contrats chaque année.
- e) Newscorp n'acquiert pas de droits de protection pour la diffusion DTH et renonce aux droits d'exclusivité pour les formules de télévision à la carte, vidéo à la demande et vidéo presque à la demande sur toutes les plates-formes.
- f) Newscorp n'acquiert pas, que ce soit dans le cadre de contrats futurs ou dans celui de la renégociation des conditions des contrats existants, de droits de protection ou de *black out* en ce qui concerne la diffusion DTH.

Relations avec les concurrents et les tiers: offre de gros et accès à la plate-forme et aux services techniques

- g) Newscorp offre aux tiers, sur une base dégroupée et non exclusive, le droit de distribuer sur des plates-formes autres que DTH tous contenus d'appel dans

la mesure où et aussi longtemps que la plate-forme commune proposera de tels contenus à ses clients au détail. Cette offre se ferait sur la base du principe du prix de détail minoré.

- h) Newscorp accorde aux tiers et aux nouveaux venus éventuels sur le marché DTH l'accès à sa plate-forme et à l'interface du programme d'application (API), selon une formule non discriminatoire axée sur les coûts qui tiendra compte des éléments suivants: les coûts directement imputables aux services, une part des coûts techniques entrant en ligne de compte (coûts fixes et communs) et un rendement raisonnable sur une période adéquate. Dans la fourniture des services d'accès, la plate-forme commune n'applique pas de conditions différentes à des transactions équivalentes.
- i) Newscorp fait en sorte que NDS accorde aux tiers, moyennant des prix équitables et non discriminatoires, des licences d'exploitation de son système d'accès conditionnel.
- j) Newscorp s'efforce de conclure des accords de simulcrypt en Italie dès que cela est raisonnablement possible et, en tout état de cause, dans un délai de neuf mois à compter de la demande écrite d'un tiers intéressé.

Cession de l'activité de transmission hertzienne numérique (DTT) et engagement de ne pas se lancer dans des activités DTT

- k) Cession des activités de radiodiffusion hertzienne numérique et analogique de Telepiù et engagement de ne pas mener de nouvelles activités DTT, ni en tant que réseau ni en tant qu'opérateur au détail. Les fréquences devront être rachetées par une société désireuse d'inclure la diffusion à péage d'une ou plusieurs chaînes dans son plan stratégique pour l'exploitation de l'activité cédée après le passage de la radiodiffusion télévisuelle hertzienne analogique à la radiodiffusion hertzienne numérique en Italie.

Arbitrage

- l) Newscorp propose une procédure d'arbitrage pour garantir l'efficacité des engagements. Ce système d'arbitrage prévoit, entre autres, la compétence de l'AG-COM pour les questions relevant de sa compétence en vertu du droit italien, y compris l'offre de gros.

Durée des engagements

- m) Les engagements arriveront à expiration au plus tard le 31 décembre 2011, à moins que la Commission ne décide, sur demande de Newscorp ou de la plate-

forme commune, d'en raccourcir la durée au motif que les conditions de concurrence ne justifient plus le maintien de tels engagements.

2. APPRÉCIATION DES ENGAGEMENTS

- (226) À la lumière de l'étude du marché et de deux tests de marchés sur les séries d'engagements proposés consécutivement par Newscorp, la Commission considère que les derniers engagements sont suffisants pour résoudre les problèmes de concurrence soulevés par l'opération notifiée.

2.1. OBSERVATIONS GÉNÉRALES

- (227) La nouvelle entité sera en situation de monopole sur le marché de la télévision payante et en situation de quasi-monopole sur les marchés de l'acquisition de chaînes de télévision, des films d'appel, des droits pour les clubs de football nationaux et pour les chaînes de télévision, et en position dominante pour l'acquisition d'autres sports non visés dans la législation italienne transposant la directive «Télévision sans frontières», considérés comme des manifestations sportives «mondiales».

- (228) Tout ensemble de mesures correctives doit avoir pour dynamique principale et pour but ultime sous-jacent la création des conditions permettant le maintien de la concurrence existante et/ou l'émergence d'une concurrence potentielle. Dans un cas comme la présente affaire, ce but doit être atteint par la réduction des obstacles à l'entrée sur les marchés concernés et par la création de pressions concurrentielles jouant efficacement le rôle d'élément de discipline et de modération à l'égard de l'acteur dominant. C'est en tenant compte de ce but ultime que Newscorp a conçu et élaboré la série de mesures correctives proposée.

2.2. ACCÈS AUX CONTENUS (POINTS 1 À 7 DU TEXTE DES ENGAGEMENTS)

- (229) En ce qui concerne l'accès aux contenus, la portée et la durée des droits d'exclusivité détenus par la plate-forme commune seront largement réduites afin de permettre que ces droits soient disponibles de manière fréquente (dans le cas des droits DTH) ou permanente (dans le cas des droits autres que DTH). De plus, les contenus d'ap-

pel que la plate-forme commune diffuse par DTH seront mis en totalité à la disposition des plates-formes autres que DTH au prix de gros dans le cadre de l'offre de gros. Enfin, Newscorp n'achètera pas, que ce soit dans le cadre de contrats futurs ou dans celui de la renégociation des conditions des contrats existants, de droits de protection ou de *black out* en ce qui concerne la diffusion DTH.

2.2.1. Contrats exclusifs en cours

- (230) En ce qui concerne les droits de football, l'engagement proposé par Newscorp prévoit que la plate-forme commune accorde aux titulaires des droits un droit unilatéral de résiliation à partir de la saison 2003/2004. Cette disposition va accroître la disponibilité des contenus d'appel de football dès la saison qui vient et va donc accroître les chances pour un concurrent éventuel de pénétrer sur le marché de la télévision payante.
- (231) Newscorp a également pris l'engagement de renoncer aux droits d'exclusivité et autres droits de protection pour la retransmission autrement qu'en DTH de matchs de football et d'autres manifestations sportives, ce qui va permettre aux opérateurs en concurrence sur d'autres modes de transmission (câble, Internet, UMTS, etc.) d'avoir un accès direct et immédiat aux contenus sportifs d'appel.
- (232) En ce qui concerne les droits cinématographiques, Newscorp a pris l'engagement de renoncer aux droits d'exclusivité et autres droits de protection pour la retransmission autrement qu'en DTH, ce qui va permettre aux opérateurs en concurrence sur d'autres modes de transmission (câble, Internet, UMTS, etc.) d'avoir un accès direct et immédiat aux contenus cinématographiques d'appel. Par ailleurs, les autres parties aux contrats conclus avec la plate-forme commune se verront accorder le droit unilatéral de résilier leurs contrats. Compte tenu de la très longue durée des contrats d'exclusivité de droits de diffusion actuels conclus avec les studios (grands studios américains et producteurs de cinéma italiens), le droit unilatéral de résiliation va accroître la disponibilité des droits de films d'appel au profit d'éventuels nouveaux entrants sur le marché de la télévision payante, même en ce qui concerne la diffusion DTH. L'obligation de prévoir une offre de gros (voir ci-dessous) associée au droit unilatéral de résiliation détenue par les producteurs de cinéma (les studios) va accroître la disponibilité de contenus d'appel dans toute la mesure du possible, sans compromettre totalement les engagements contractuels en cours entre les parties qui fusionnent et les producteurs de cinéma. Dès lors, l'engagement paraît à la fois suffisant et proportionné.

2.2.2. Contrats exclusifs futurs

- (233) En ce qui concerne les droits de football, la limitation à deux ans de la durée des futurs contrats d'exclusivité

signés avec des équipes de football pour la diffusion DTH et le droit unilatéral de résiliation accordé aux titulaires de droits de football constituent des engagements efficaces, en ce sens qu'ils vont rendre les contenus d'appel de football disponibles sur le marché à intervalles réguliers.

- (234) En ce qui concerne les droits cinématographiques, la limitation de la durée des contrats exclusifs futurs pour la diffusion DTH sera appliquée aux contrats d'exclusivité de droits de diffusion conclus entre la plate-forme commune et les studios (grands studios américains et producteurs de cinéma italiens). La durée des futurs contrats d'exclusivité de droits de diffusion conclus avec des grands studios sera égale ou inférieure à trois ans.
- (235) Compte tenu des résultats des tests de marché, la limitation à deux ans de la durée maximale des contrats conclus avec les titulaires de droits de football contre trois ans pour les contrats conclus avec les studios est appropriée. Alors que parmi les studios, tous les grands studios américains étaient unanimement favorables à l'absence de restriction, ou en tout cas à la plus longue durée possible de leurs contrats avec la plate-forme commune, les clubs de football ont exprimé des avis fort divergents: d'aucuns étaient partisans d'une durée maximale d'un an, alors que quelques autres étaient partisans d'une durée plus longue. Au vu de ces préférences et avis divergents qui soulignent la spécificité du modèle économique des équipes de football par rapport à celui des studios, la Commission considère qu'une durée maximale de deux ans est adaptée, en adéquation avec la condition imposée l'année dernière par l'autorité italienne de la concurrence. Par ailleurs, contrairement aux studios, les clubs de football vont eux aussi bénéficier du droit unilatéral de résiliation également pour les contrats futurs. Ce droit de résiliation constitue un engagement adapté, en ce sens qu'il permettra de dûment tenir compte de la valeur réelle (qui peut changer radicalement à chaque saison de football, selon les résultats obtenus) des droits de chaque club lors des négociations avec la plate-forme commune.
- (236) En ce qui concerne les droits cinématographiques, Newscorp a pris l'engagement de ne pas acquérir de droits d'exclusivité et autres droits pour les modes de transmission autres que DTH, ce qui va permettre aux opérateurs en concurrence sur ces autres modes (câble, Internet, UMTS, etc.) d'avoir accès directement et immédiatement aux contenus cinématographiques d'appel.
- (237) Newscorp a aussi pris l'engagement de ne pas acquérir, en ce qui concerne les contrats futurs avec les studios, des droits d'exclusivité et autres droits de protection pour les formules de télévision à la carte, vidéo à la demande et vidéo presque à la demande.

- (238) Par ailleurs, Newscorp a pris l'engagement de ne pas chercher à obtenir des droits de protection DTH pour la télévision à péage en cas de renégociation des contrats actuels.

2.2.2.1. Proportionnalité de l'engagement sur la durée des contrats futurs avec les studios

- (239) Comme on l'a vu plus haut, en ce qui concerne les droits cinématographiques, la durée des futurs contrats d'exclusivité DTH avec les studios sera limitée à un maximum de trois ans. Une durée réduite des contrats d'exclusivité conclus avec les producteurs de cinéma diminuera nettement les obstacles à l'entrée sur le marché des droits cinématographiques au profit d'éventuels nouveaux entrants sur le marché de la télévision payante. En effet, alors que les films d'appel revêtent une importance cruciale comme «moteur» des abonnements à la télévision payante, le nouvel entrant éventuel peut très bien être empêché de pénétrer sur ce marché, car les films d'appel sont hors de sa portée. Cet effet d'éviction résulte inévitablement de l'effet cumulatif des contrats de longue durée conclus par l'acteur dominant du marché avec tous les grands producteurs de cinéma et couvrant le gros de la production de ces derniers, que l'initiative en revienne à celui-là ou à ceux-ci, ou encore aux deux parties. L'existence d'un contrat d'exclusivité d'achat exclut tout simplement l'éventualité qu'un autre acheteur fasse une offre. Par l'effet cumulatif de plusieurs contrats, cet effet d'éviction couvre et bloque une part extrêmement élevée d'un marché de l'offre d'une importance cruciale. Dans ces conditions, il va de soi que la durée des contrats est un paramètre très important. Si, à l'avenir, la plate-forme commune était autorisée à continuer à conclure des contrats de longue durée avec ces producteurs de cinéma (par exemple, en étant autorisée à renouveler la durée décennale des contrats en cours), les perspectives d'entrée sur le marché de la télévision payante seraient tout simplement anéanties et, dès lors, la concurrence potentielle serait éliminée. De plus, la durée de trois ans est jugée proportionnée, car elle est en adéquation avec les normes de la profession relatives aux contrats conclus auparavant avec des producteurs de cinéma italiens.
- (240) En revanche, si la durée maximale des contrats d'exclusivité susmentionnés est raisonnable, l'acheteur potentiel aura la possibilité de présenter plus régulièrement et plus fréquemment une offre à chaque studio, ce qui ne manquera pas d'améliorer la concurrence du côté de la demande de droits de films d'appel. Compte tenu des caractéristiques du marché d'achat en cause, une durée maximale de trois ans assurera un niveau suffisant de souplesse pour permettre la concurrence sans ôter aux fournisseurs de contenus la possibilité de vendre leurs droits durant un certain laps de temps. Même si elle est plus courte que les durées actuelles, la durée de trois ans reste suffisamment longue pour permettre de résoudre les éventuels problèmes techniques ou commerciaux légitimes du côté de l'offre.
- (241) Comme autre solution que la réduction de la durée des contrats d'exclusivité de droits de diffusion, des tiers intéressés déclarent qu'il faudrait accorder aux studios, pour les contrats futurs, un droit unilatéral de résiliation. Après avoir soigneusement examiné la question, la Commission a conclu que cette solution ne renforcerait pas la disponibilité des droits de films d'appel aussi efficacement que la réduction de la durée des contrats d'exclusivité et qu'en outre elle pourrait avoir certains effets indésirables dus au déplacement disproportionné du pouvoir de négociation au profit des studios et, en définitive, au détriment d'éventuels nouveaux entrants.
- (242) Les arguments avancés au sujet du pouvoir de monopsonie qui sera exercé par la plate-forme commune sur le marché de l'achat de droits doivent être soigneusement contrebalancés — en ce qui concerne les droits cinématographiques — par le fait que ce pouvoir de monopsonie ne subsistera que si les studios (notamment les grands studios américains) maintiennent leur modèle commercial actuel fondé sur la segmentation en «fenêtres», en vertu duquel les télévisions à accès libre ne peuvent soumettre une offre pour les droits d'un film donné qu'une fois que la «fenêtre de télévision payante» a été dûment exploitée par les opérateurs de chaînes à péage. Dès lors que les titulaires des droits décideront d'autoriser les télévisions à accès libre à soumissionner pour des droits cinématographiques en même temps que les télévisions à péage — c'est-à-dire lorsqu'ils supprimeront la distinction entre «fenêtre de télévision à accès libre» et «fenêtre de télévision à péage» —, le pouvoir de monopsonie de la plate-forme commune disparaîtra *ipso facto*. Cela est particulièrement vrai dans des pays comme l'Italie où la télévision à accès libre, même si elle correspond toujours à un marché en cause distinct, présente indéniablement une certaine interaction avec la télévision payante (comme cela a été confirmé précédemment), et où les grands groupes de radiodiffusion ont une surface financière notoirement importante. Par conséquent, les studios disposent d'ores et déjà d'un instrument puissant dont ils peuvent user à leur entière discrétion pour contrebalancer l'éventuel futur pouvoir de monopsonie de la plate-forme commune.
- (243) En second lieu, il serait irréaliste de compter exclusivement sur un simple droit unilatéral de résiliation par les studios pour dissiper les craintes concernant un effet d'éviction. En effet, ce droit unilatéral ne permet pas une véritable renégociation complète entre le fournisseur et les acheteurs potentiels. Au contraire, il donne au fournisseur la possibilité de prolonger automatiquement toutes les conditions contractuelles initiales avec l'acheteur actuel, ce qui serait particulièrement inquiétant dans le cas des contrats d'exclusivité de droits cinématographiques pour la télévision à péage, car il existe un certain nombre d'éléments susceptibles d'inciter les studios à privilégier le *statu quo*. En effet, ces contrats prévoient de nombreuses conditions commerciales. Ainsi, le calcul des redevances peut dépendre de plusieurs paramètres techniques, comme le classement des films en fonction

de leur succès, des prix forfaitaires et/ou variables comme le «Cent Per Subscriber» (CPS, ou centime par abonné), le nombre d'abonnés (qui peut faire l'objet d'un mode de calcul précis), des garanties minimales ou des prix plafonnés. Parmi les autres conditions essentielles, on peut citer la durée, les films couverts par le contrat, le volume et les caractéristiques des produits que le titulaire de la licence doit acheter chaque année ou pendant toute la durée de la licence, le nombre de diffusions, les dates de disponibilité, les mesures de sécurité, les conditions de paiement et les garanties. Si les conditions de marché évoluent — et l'expérience montre qu'elles sont susceptibles de le faire au fil du temps —, l'une ou l'autre de ces nombreuses conditions essentielles risque d'inciter les studios à maintenir le *statu quo* aussi longtemps que possible. Et plus cette inertie est forte, plus l'effet d'éviction est grand, malgré l'existence théorique d'un droit unilatéral de résiliation.

(244) En troisième lieu, par rapport à une date d'expiration fixe, le flou total quant à la date à laquelle un studio décidera de résilier unilatéralement son contrat avec la plate-forme commune ne permettrait pas à un nouvel entrant potentiel de planifier convenablement son entrée sur le marché, notamment du point de vue financier. En effet, pour pénétrer sur le marché, il a besoin d'une masse critique de films d'appel, mais son pouvoir de négociation pour l'obtenir serait particulièrement faible dans l'éventualité d'un simple droit de résiliation unilatérale. Il lui faudrait négocier avec chaque studio individuellement et convaincre un interlocuteur qui sait très bien que tous les autres studios ont des contrats de longue durée en cours et qu'aucun droit n'est donc disponible dans l'immédiat. Il s'agit là d'une raison supplémentaire qui fait qu'un ensemble de dates fixes d'expiration amenant plusieurs grands studios à rechercher des acheteurs régulièrement et plus ou moins simultanément est infiniment plus efficace et satisfaisant. En outre, il n'y a pas plus de trois mois d'écart entre les dates d'expiration des contrats actuels de la moitié des grands studios américains fournisseurs des parties qui fusionnent. Autrement dit, si la plate-forme commune négocie des dates d'expiration simultanées, il est probable que les nouveaux contrats qui seront conclus avec elle expirent, sinon en même temps, au moins à des dates rapprochées.

(245) En quatrième lieu, enfin, il est un fait que la plupart, sinon la totalité des opérateurs de télévision à péage en position de monopole ou de monopsonne ont conclu dans le passé des contrats d'exclusivité de très longue durée. Ce fut notamment le cas de Telepiù en 1996. Cela montre à l'évidence que le fait de considérer la durée comme un problème de conflit vertical clair et net, où l'acheteur cherche obligatoirement à raccourcir la durée du contrat contre l'intérêt du fournisseur, est simpliste à l'excès et ne reflète pas très bien la réalité du marché.

2.3. OFFRE DE GROS DE CONTENUS D'APPEL (POINT 10 DU TEXTE DES ENGAGEMENTS)

(246) L'offre de gros est destinée à permettre aux concurrents de la nouvelle entité présents sur d'autres plates-formes que la diffusion DTH de rester ou de pénétrer sur le marché italien de la télévision payante. L'intention sous-jacente est que cette offre de gros devrait réduire les obstacles à l'entrée sur le marché de la télévision payante en permettant aux opérateurs de télévisions payantes autres que DTH d'avoir accès à des contenus d'appel qui, sinon, seraient trop chers pour qu'ils puissent les acheter directement ou qui sont bloqués par des contrats d'exclusivité de longue durée conclus par les acteurs historiques avec les fournisseurs de ces contenus. Certains types de contenus (principalement, mais pas exclusivement, le football et les films) sont considérés comme des «moteurs d'abonnement» et sont donc indispensables à la réussite d'une chaîne de télévision payante.

(247) Les remarques faites par des tiers lors des tests de marché réalisés par la Commission ont montré clairement que cet engagement particulier, dans sa formulation initiale, a soulevé cinq questions: a) la portée de la notion de «contenus d'appel»; b) la disponibilité contractuelle des droits nécessaires pour faire une offre de gros aux plates-formes autres que DTH; c) le groupage éventuel de produits; d) la détermination du prix de gros de l'offre selon le principe du «prix de détail minoré»; e) la disponibilité de l'offre de gros pour tous les tiers intéressés.

(248) En ce qui concerne la portée de la notion de «contenus d'appel», l'engagement prévoit désormais une offre de gros couvrant tous les contenus d'appel diffusés par la plate-forme commune, même lorsqu'ils sont diffusés par un bouquet ou une chaîne de base. De plus, toutes les formules de la télévision à péage figureront dans l'offre de gros; autrement dit, des tiers opérateurs seront également en mesure de proposer la formule à la carte et/ou vidéo à la demande pour le contenu d'appel transmis par la plate-forme commune dans le cadre de ces formules.

(249) En ce qui concerne la disponibilité contractuelle des droits nécessaires pour faire une offre de gros, Newscorp a proposé un engagement comportant une clause «d'efforts maximaux» concernant l'achat des droits autres que DTH nécessaires au bon fonctionnement de l'offre de gros. Si, après avoir fait le maximum d'efforts, la plate-forme commune est incapable d'acheter les droits de diffusion à la télévision payante autre que DTH certains contenus qu'elle a le droit de diffuser en DTH, elle doit faire tout son possible pour fournir un bouquet complet dans le cadre de l'offre de gros de contenus d'appel, y compris la fourniture de contenus de remplacement appropriés.

(250) En ce qui concerne le groupage éventuel de produits, l'engagement prévoit désormais explicitement que l'offre de gros sera dégroupée, c'est-à-dire qu'un titulaire de licence pourra bénéficier d'une offre de gros seulement pour le contenu d'appel, sans être obligé de payer le contenu de base ou d'en supporter le coût d'une façon ou d'une autre.

(251) En ce qui concerne la détermination du prix de gros de l'offre selon le principe du prix de détail minoré, l'engagement énonce les principes fondamentaux de manière satisfaisante, sans restreindre à l'excès la marge discrétionnaire de l'autorité de contrôle quant à l'utilisation d'un critère donné, qu'il s'agisse d'évaluer la possibilité d'écrasement des marges ou de tout autre exercice anti-concurrentiel du pouvoir de marché. Il y aura également, entre les opérations de gros et de détail de la plate-forme commune, une séparation comptable associée à l'imputation des coûts conformément au principe de causalité, ce qui permettra notamment de recenser les coûts évitables dans le calcul du prix de gros.

(252) En ce qui concerne la structure des remises («tarif») à appliquer à l'avenir, Newscorp s'engage à ne pas faire de discrimination entre sa propre activité de détail et les tiers détaillants ni entre les différents tiers détaillants. En particulier, la plate-forme commune s'interdit de concevoir une structure de remises qui ne permettra qu'à ses propres activités de détail de bénéficier du plus fort taux de remise proposé par son activité de gros, au détriment des détaillants tiers.

(253) À la lumière de ce qui précède, la Commission conclut que le mécanisme de l'offre de gros ainsi que le «principe du prix de détail minoré» qu'il contient peuvent être considérés comme des instruments permettant de résoudre les problèmes de concurrence soulevés à propos de l'accès des opérateurs autres que DTH au marché de la télévision payante, et plus précisément de leur accès aux contenus d'appel, et à propos de l'exercice illicite du pouvoir de marché.

2.4. CESSION DES ACTIVITÉS DTT ET DE FRÉQUENCES (POINT 9, PARTIE I, ET INTÉGRALITÉ DE LA PARTIE III DU TEXTE DES ENGAGEMENTS)

(254) La cession par Newscorp de ses activités de transmission hertzienne devrait l'empêcher d'étendre sa mainmise sur la diffusion DTH à d'autres plates-formes techniques et, dans la mesure du possible, permettre à un concurrent en télévision payante d'émerger. Telle est la base de l'engagement proposé par Newscorp. La cession libérera des

fréquences analogiques, mais aussi numériques, que d'autres opérateurs pourront exploiter, les fréquences numériques revêtant à cet égard une importance particulière en raison des fonctionnalités que permet la technologie numérique.

(255) En complément logique de l'engagement de cession, Newscorp s'engage à ne pas se lancer dans l'activité DTT, que ce soit comme exploitant de réseau ou comme fournisseur au détail, permettant ainsi à d'autres opérateurs d'émerger.

(256) Dans ce contexte, l'engagement de céder des fréquences hertziennes et de ne pas se lancer dans l'activité DTT paraît suffisant pour définir des conditions favorables à l'entrée éventuelle d'autres opérateurs. De plus, le fait que l'acheteur qui convient pour les fréquences hertziennes et l'activité cédée doive être une société désireuse d'inclure la télévision en mode payant d'une ou plusieurs chaînes dans son plan stratégique après le passage de la télédiffusion hertzienne analogique à la télédiffusion hertzienne numérique en Italie, assure que le mode de transmission DTT produira lui aussi des pressions concurrentielles à l'égard de la plate-forme commune.

2.5. ACCÈS À LA PLATE-FORME (POINT 11 DU TEXTE DES ENGAGEMENTS)

(257) L'accès à la plate-forme et aux services techniques nécessaires à l'exploitation est déterminant pour assurer que la concurrence intra-plate-forme est bel et bien possible. Les engagements proposés par Newscorp vont tout à fait dans le sens de l'accessibilité de la plate-forme commune en vue de permettre une concurrence effective.

(258) À la lumière de ce qui précède, l'entrée sur le marché de la télévision payante sera facilitée et les chaînes à accès libre auront la possibilité d'être diffusées par DTH. Par ailleurs, l'engagement proposé par Newscorp résoudra les problèmes de concurrences nés de l'impossibilité pour les tiers d'avoir accès à deux autres plates-formes concurrentes qui étaient disponibles avant la concentration (plates-formes de Stream et de Telepiù).

2.6. RÈGLEMENT DES LITIGES — ARBITRAGE (POINT 15 DU TEXTE DES ENGAGEMENTS)

(259) Étant donné que les engagements proposés sont largement d'ordre comportemental, il est indispensable d'avoir un système efficace de suivi — ce que les engagements proposés prévoient. En effet, ils prévoient

notamment un mécanisme de règlement des litiges qui comporte, d'un côté, une procédure d'arbitrage privée et, de l'autre, la compétence de l'autorité italienne de l'audiovisuel sur des questions essentielles comme l'accès à la plate-forme et l'offre de gros.

2.7. LA DURÉE DES ENGAGEMENTS EXPIRERAIT AU PLUS TARD LE 31 DÉCEMBRE 2011

- (260) La Commission considère que la durée des engagements proposée fournit suffisamment de garanties pour permettre le rétablissement d'une concurrence effective.

3. CONCLUSION SUR LES ENGAGEMENTS PROPOSÉS PAR NEWSCORP

- (261) À la lumière de ce qui précède, la Commission considère que les engagements proposés par Newscorp sont suffisants pour remédier aux effets anticoncurrentiels recensés sur les marchés en cause, compte tenu des spécificités de la présente opération de concentration.

VII. LIEN AVEC TELECOM ITALIA

1. CONSIDÉRATIONS PRÉLIMINAIRES

- (262) Conformément au «pacte d'actionnaires» (voir considérant 12) conclu avec Newscorp, Telecom Italia détient une participation minoritaire dans l'entité issue de la concentration (19,9 %), nomme un membre du conseil d'administration (tant qu'elle détient au moins [0 à 10]* % du capital émis avec droits de vote de la nouvelle entité) et détient un certain nombre de droits concernant la protection de son investissement dans la plate-forme (modification des statuts, modification de l'objet social, augmentation et réduction de capital, émission de titres, politique de dividendes, droits de liquidation et droits spécifiques concernant la possibilité d'introduction en bourse ou la cession de la nouvelle entité par Newscorp).
- (263) Bien que Telecom Italia soit un actionnaire minoritaire, il semblerait irréaliste de considérer que l'investissement de l'opérateur de télécommunications historique italien

est «simplement» financier, ne serait-ce que parce que Telecom Italia est déjà directement présent dans les activités de transmission hertzienne (par l'intermédiaire de deux télévisions à accès libre: La 7 et MTV).

- (264) Par ailleurs, conformément à l'«accord-cadre» (voir considérant 11), Telecom Italia participe, avec Newscorp, au financement provisoire (avant la fusion) de Stream (avant la signature de l'opération de concentration), au moyen de prêts d'actionnaire proportionnels à la participation détenue, d'un montant maximal (pour les deux parties) de [...] * au total. Il peut être demandé à Telecom Italia de participer, dans la même proportion, à la résorption des pertes accusées par Stream entre-temps, également par l'apport de capitaux supplémentaires. Après l'achèvement de l'acquisition, Telecom Italia participera, avec Newscorp, au financement de la plate-forme commune au moyen d'apports en capital social au prorata de sa participation, pour un montant maximal (pour les deux parties) de [...] * au total. Par conséquent, l'importance et la pertinence de l'investissement de Telecom Italia dans la présente opération, et donc dans la plate-forme commune, sont évidentes ⁽⁸¹⁾.

- (265) La participation et le soutien financier de Telecom Italia ont été considérés comme un élément essentiel pour Newscorp dans sa décision de prendre le contrôle de la plate-forme commune. Bien que contesté par Telecom Italia dans ses observations écrites relatives à la communication des griefs ⁽⁸²⁾, cet élément a été clairement confirmé par les déclarations de la partie notifiante durant l'audition.

- (266) On constate en outre, de prime abord, une adéquation industrielle, commerciale et stratégique manifeste qui peut être mise en œuvre par suite de l'accord entre la nouvelle plate-forme par satellite et Telecom Italia. À cet égard, il est important de noter qu'une convergence rapide est en train de s'opérer entre le marché des télécommunications et celui des médias qui, auparavant, étaient parfaitement distincts. Cette distinction est de plus en plus brouillée par l'évolution technologique qui, à son tour, favorise de nouveaux modèles et stratégies d'entreprise visant à exploiter commercialement les nouvelles possibilités qu'offre cette convergence.

- (267) L'étude du marché montre qu'il existe des problèmes spécifiques concernant l'intérêt éventuel de la plate-forme commune à choisir Telecom Italia comme partenaire privilégié pour les marchés de télécommunications.

⁽⁸¹⁾ Voir article II, paragraphe 2.2 (financement) et article IV, paragraphe 4.1 (financement de la plate-forme commune) de l'accord-cadre.

⁽⁸²⁾ Voir point 4 des observations de Telecom Italia en réponse à la version non confidentielle de la communication des griefs de la Commission, conformément au règlement (CE) n° 447/98 du Conseil relatif aux notifications, aux délais et aux auditions prévus par le règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises.

Des tiers ont également déclaré que cela contribuerait à neutraliser d'emblée la pression concurrentielle actuelle et potentielle en résultant, et risquerait donc d'inciter les deux parties à élaborer, pour les marchés où cette convergence est en train de s'opérer, des stratégies et des comportements de renforcement mutuel.

- (268) De plus, des craintes ont été exprimées quant au fait que le lien entre Telecom Italia et la plate-forme commune finirait pas déboucher sur la consolidation ou le renforcement d'une position dominante occupée par Telecom Italia sur les marchés suivants: accès à Internet, surtout large bande, et téléphonie fixe. L'appréciation globale de l'opération ne doit pas ignorer les effets probables que le lien entre Telecom Italia et la plate-forme commune pourra avoir dans un avenir prévisible, après la concentration, sur les marchés de télécommunications susmentionnés.

2. COMPÉTENCE DE LA COMMISSION POUR APPRÉCIER LES EFFETS DE LA PARTICIPATION MINORITAIRE DE TELECOM ITALIA SUR LES MARCHÉS EN CAUSE AU REGARD DU RÈGLEMENT SUR LES CONCENTRATIONS

- (269) Dans sa réponse à la communication des griefs, Newscorp ne conteste pas le droit de la Commission de procéder à l'appréciation, dans le cadre du règlement sur les concentrations, de la situation de l'actionnaire minoritaire Telecom Italia comme concurrent éventuel de la plate-forme commune sur le marché de la télévision payante. En revanche, il déclare que le règlement sur les concentrations ne confère pas à la Commission le pouvoir d'interdire une opération au motif qu'elle crée ou renforce une position dominante occupée par un tiers, c'est-à-dire une entité qui n'est pas elle-même une entreprise concernée par l'opération (Telecom Italia) ⁽⁸³⁾, tout en rappelant plusieurs décisions de la Commission dans lesquelles celle-ci a procédé à l'appréciation, au regard du règlement sur les concentrations, d'une position dominante occupée par des tiers par rapport à la concentration en cause. Enfin, Newscorp ajoute que, théoriquement, «la Commission a parfaitement raison lorsqu'elle déclare qu'une telle opération est susceptible de créer ou de renforcer une position dominante occupée par un tiers et, par conséquent, de porter atteinte au bien-être du consommateur» ⁽⁸⁴⁾.

- (270) En particulier, reconnaît Newscorp, «dans la décision Exxon/Mobil ⁽⁸⁵⁾, la Commission a conclu qu'une opération peut être interdite en application du règlement sur les concentrations si elle crée ou renforce une position

dominante occupée par un ou des tiers (c'est-à-dire une entité qui n'est pas détenue par les entreprises concernées par la concentration) pour les raisons suivantes: "On peut noter que l'article 2, paragraphe 3, du règlement sur les concentrations dispose que les opérations de concentration qui créent ou renforcent une position dominante doivent être déclarées incompatibles avec le marché commun. Par conséquent, dans les termes, l'article 2, paragraphe 3, n'est pas limité à l'interdiction d'une opération qui donnera lieu à la création ou au renforcement d'une position dominante de la part d'une ou plusieurs parties à l'opération de concentration — voir aussi considérants 1, 5 et 7 du règlement [...]. La Commission considère que la création ou le renforcement d'une position dominante par un tiers ne sont pas exclus du champ d'application de l'article 2, paragraphe 3, du règlement sur les concentrations".

- (271) Dans la décision Exxon/Mobil, la Commission a appliqué les principes ci-dessus à partir, notamment du raisonnement développé dans deux arrêts, à savoir celui de la Cour de justice dans l'affaire Kali & Salz ⁽⁸⁶⁾ et celui du Tribunal de première instance dans l'affaire Gencor/Commission ⁽⁸⁷⁾.

- (272) Dans l'affaire Grupo Villar Mir/EnBW/Hidroeléctrica del Cantábrico ⁽⁸⁸⁾, la Commission a constaté que la fusion renforçait une position dominante collective occupée par deux entreprises d'électricité qui n'étaient pas des

⁽⁸³⁾ Point 7.1.1 de la réponse de Newscorp à la communication des griefs.

⁽⁸⁴⁾ Point 7.3.5 de la réponse de Newscorp à la communication des griefs.

⁽⁸⁵⁾ Affaire IV/M.1383, considérants 225 à 229.

⁽⁸⁶⁾ Arrêt du 31 mars 1998 dans les affaires C-68/94 et C-30/95, France e.a./Commission, Rec. 1998, p. I-1375. Au point 171, la Cour déclare: «[...] une opération de concentration qui crée ou renforce une position dominante des parties concernées avec une entité tierce à l'opération est susceptible de se révéler incompatible avec le régime de concurrence non faussé voulu par le traité. Dès lors, s'il était admis que seules les opérations de concentration qui créent ou renforcent une position dominante des parties à la concentration sont visées par le règlement, la finalité de celui-ci [...] serait partiellement mise en échec. Ce règlement serait ainsi privé d'une partie non négligeable de son effet utile, sans que cela s'impose au regard de l'économie générale du régime communautaire de contrôle des opérations de concentration».

⁽⁸⁷⁾ Arrêt du 12 novembre 1998 dans l'affaire T-102/96, Gencor/Commission, Rec. 1999, p. II-753.

⁽⁸⁸⁾ Affaire COMP/M.2434.

entreprises concernées par l'opération. De même, dans la décision EnBW/EDP/Cajastur/Hidrocantábrico ⁽⁸⁹⁾, la Commission a constaté que la prise par EnBW, EDP et Cajastur du contrôle commun de la société espagnole de services collectifs Hidrocantábrico renforcerait la position dominante occupée collectivement par Endesa et Iberdrola (qui n'étaient ni l'une ni l'autre concernées par l'opération de concentration notifiée). Dans cette décision, la Commission a constaté que, par suite de l'opération, EDF, qui participait au contrôle commun d'EnBW, n'aurait plus l'intérêt qui existait auparavant à accroître la capacité d'interconnexion électrique entre la France et l'Espagne, ce qui éliminerait le principal concurrent indépendant potentiel des producteurs espagnols d'électricité existants (EDF elle-même) et maintiendrait l'isolement du marché espagnol de l'électricité par rapport aux autres réseaux électriques européens en dehors de la péninsule Ibérique ⁽⁹⁰⁾.

serait tenue de recourir à l'article 81 ou à l'article 82 du traité CE pour apprécier les problèmes de concurrence éventuels en résultant. Par conséquent, avec la démarche adoptée par la Commission en l'espèce, des opérations économiquement équivalentes sont traitées différemment ⁽⁹²⁾.

(273) Dans ses observations, Telecom Italia prétend que, puisque la Commission a reconnu que Telecom Italia ne détiendrait pas une participation de contrôle dans la plate-forme commune et n'est pas une «entreprise concernée» au sens du règlement sur les concentrations, la Commission outrepasserait ses pouvoirs si elle évaluait au regard dudit règlement les répercussions négatives éventuelles de la participation minoritaire significative de Telecom Italia dans la plate-forme commune sur les différents marchés en cause (le marché italien de la télévision payante et le marché italien des services de télécommunications), en raison de l'opération telle qu'elle a été analysée ⁽⁹¹⁾.

(275) Dans ses observations, Telecom Italia prétend que «le renforcement de la position dominante de Telecom Italia, si tant est que cela se produise un jour, sera alors la résultante de sa participation minoritaire dans la plate-forme commune et non de l'opération de concentration proprement dite» ⁽⁹³⁾. L'opérateur historique reconnaît donc implicitement l'existence d'un lien de causalité au moins entre sa participation minoritaire et les effets négatifs éventuels de celle-ci sur les différents marchés, effets induits par ce «lien» minoritaire. En revanche, il semble qu'elle considère toujours sa participation dans la plate-forme commune comme une opération indépendante de l'opération de concentration.

(276) La Commission estime que le raisonnement juridique développé par Telecom Italia est erroné. En effet, dans les contrats notifiés par Newscorp, Telecom Italia participe à la concentration avec une part de 19,9 % et c'est cette réalité de fait qui est juridiquement pertinente aux fins de l'appréciation de l'opération de concentration notifiée, et non les arguments purement hypothétiques avancés par Telecom Italia. Par ailleurs, il est clairement ressorti de l'audition que la participation minoritaire de l'opérateur historique peut être considérée comme une «partie structurelle» de l'opération notifiée et n'est manifestement pas interchangeable avec une participation minoritaire éventuellement acquise par Telecom Italia dans la plate-forme commune à un stade ultérieur, c'est-à-dire après la réalisation de l'opération de concentration. De plus, comme Newscorp l'a déclaré lors de l'audition, sans cette participation minoritaire, la fusion n'aurait pas eu lieu sous la forme notifiée à la Commission.

(274) En particulier, Telecom Italia affirme que «si la présente opération était organisée en deux étapes différentes et que Telecom Italia acquit à un stade ultérieur sa participation sans contrôle dans la plate-forme commune, cette acquisition n'entrerait pas dans le champ d'application du règlement sur les concentrations et la Commission

(277) Il est parfaitement artificiel de déclarer qu'il aurait été possible d'«extraire» une partie essentielle de l'opération de concentration. De surcroît, les preuves disponibles permettent de penser que la présentation de l'acquisition de la participation minoritaire comme une opération autonome que Telecom Italia aurait eu la possibilité de réaliser après la concentration n'est que pure supposition.

(278) D'après la jurisprudence de la Cour de justice dans l'arrêt Kali & Salz, la Commission considère qu'une décision adoptée en application du règlement sur les concentra-

⁽⁸⁹⁾ Affaire COMP/M.2684, considérants 33 et 37.

⁽⁹⁰⁾ Voir considérant 33 de la décision dans l'affaire COMP/M.2684. L'opération a été définitivement approuvée après que EDF et l'opérateur du réseau européen, EDF/RTE, eurent proposé des engagements consistant à prendre toutes les mesures nécessaires pour augmenter la capacité sur l'interconnecteur reliant la France et l'Espagne, en la faisant passer des 1 100 MW existants à environ 4 000 MW.

⁽⁹¹⁾ Voir point 5 et plus particulièrement points 9 à 13 des observations de Telecom Italia précitées.

⁽⁹²⁾ Point 14 des observations de Telecom Italia.

⁽⁹³⁾ Point 16 des observations de Telecom Italia.

tions doit porter sur une opération réalisant une concentration dans son intégralité, participations minoritaires incluses. Telecom Italia omet de reconnaître que l'opération a été organisée de manière à garder l'opérateur historique comme actionnaire minoritaire dans la plate-forme commune, mais ni la partie notifiante ni Telecom Italia n'ont pu démontrer que l'opération aurait été proposée et menée à bien sans la participation de ce dernier à l'entreprise. Au contraire, il est encore ressorti clairement de l'audition que la présence de Telecom Italia est indispensable à la réalisation de l'opération.

(279) La situation de fait et de droit qui se dégage de l'opération notifiée permet à la Commission d'examiner et d'évaluer les effets de cette opération (participations minoritaires incluses) sur tous les marchés en cause où elle est susceptible d'induire des effets négatifs du genre décrit à l'article 2 du règlement sur les concentrations. Il appert que Telecom Italia ne conteste pas l'existence d'un «lien de causalité» entre sa participation minoritaire et le renforcement éventuel de sa position dominante sur les marchés de télécommunications. Pour les motifs exposés ci-dessus, la Commission considère que la participation minoritaire de Telecom Italia fait partie intégrante de l'opération de concentration.

(280) Par ailleurs, dans la récente affaire Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital ⁽⁹⁴⁾ renvoyée à l'autorité espagnole de la concurrence en application de l'article 9 du règlement sur les concentrations, la Commission a examiné la fusion entre les deux plates-formes espagnoles de télévision par satellite ⁽⁹⁵⁾ (Sogecable, contrôlée par les sociétés Promotora de Informaciones SA («Prisa») et Group Canal+ SA («Group Canal+») et Vía Digital, contrôlée par Telefónica SA (Telefónica), pour former une plate-forme commune qui serait contrôlée conjointement par Prisa et Group Canal+. La Commission a constaté que l'opération de concentration soulèverait des problèmes de concurrence par rapport à la position, sur certains marchés (télécommunications) qui n'étaient pas directement affectés par la concentration, d'une société (Telefónica) ne disposant pas d'une participation de contrôle dans l'entreprise ⁽⁹⁶⁾.

⁽⁹⁴⁾ M.COMP/2845 — Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital, décision de la Commission du 14 août 2002. Voir site Internet de la Commission:

<http://europa.eu.int/comm/competition/concentrations/cases/>

⁽⁹⁵⁾ COMP/M.2845. L'affaire concerne l'acquisition par Promotora de Informaciones SA (Prisa) et le groupe Canal+ du contrôle conjoint de la plate-forme commune par satellite (issue de l'intégration de Sogecable avec Vía Digital). Dans cette entreprise, Telefónica aurait occupé la position d'actionnaire minoritaire important, mais n'aurait pas détenu le contrôle commun de l'entité issue de la concentration.

⁽⁹⁶⁾ Voir décision Sogecable précitée, respectivement aux considérants 96, 100 et 102 concernant le marché espagnol de l'accès à Internet, et 106 à 109 concernant le marché espagnol de la téléphonie fixe.

(281) Dans la mesure où l'opération de concentration (dans son intégralité) est susceptible de produire les effets négatifs décrits à l'article 2 du règlement sur les concentrations, la Commission conclut qu'elle est compétente pour procéder à l'appréciation au regard du droit de la concurrence et pour réagir aux affirmations et aux arguments développés par les tiers intéressés dans le cadre de l'étude du marché et de l'audition.

3. APPRÉCIATION AU REGARD DE L'ARTICLE 2 DU RÈGLEMENT SUR LES CONCENTRATIONS

A. Effets horizontaux concernant le marché italien de la télévision payante

1. ÉLIMINATION DES PRESSIONS CONCURRENTIELLES POUR LA PLATE-FORME COMMUNE

1.1. Considérations générales

(282) L'opération et le lien entre Telecom Italia et la plate-forme monopolistique de télévision payante doivent être appréciés sous l'angle des effets horizontaux éventuels qu'ils sont susceptibles de produire sur le marché de la télévision payante (notamment, les services à la carte et la vidéo à la demande), ce qui aurait à son tour un effet négatif pour la concurrence sur certains marchés de télécommunications.

(283) Pour commencer, il est important de rappeler que, en ce qui concerne les services de télévision payante, l'étude de marché réalisée en l'espèce révèle que des services spécifiques, comme la télévision «à la carte» (chaînes «à la carte»), la «vidéo presque à la demande» et la «vidéo à la demande», pourraient être considérés comme des segments du marché global de la télévision payante ⁽⁹⁷⁾.

(284) La situation antérieure à la concentration et l'étude de marché réalisée dans la présente affaire montrent l'intérêt de Telecom Italia pour les services de télévision payante et/ou qu'elle est désireuse d'utiliser certains

⁽⁹⁷⁾ La télévision à la carte est un service où, en sus du paiement d'un abonnement, le client paie coup par coup pour voir le contenu (un film ou une manifestation sportive, par exemple). Les formules «vidéo à la demande» et «vidéo presque à la demande» permettent aux clients d'une télévision payante d'avoir accès à des contenus vidéo dans le cadre d'une formule personnalisée.

contenus d'appel par ses propres modes de transmission, même dans l'hypothèse où elle devrait se concentrer sur un seul segment ou sur une poignée de segments du secteur de la télévision payante (vidéo à la demande et télévision à la carte).

(285) À cet égard, certains tiers ont posé comme principe que sa participation (et sa présence au conseil d'administration de la plate-forme commune) inciterait fortement Telecom Italia à contribuer au renforcement de la plate-forme plutôt que de rivaliser avec elle sur le marché de la télévision payante, soit par son réseau câblé «arrêté», soit par sa propre infrastructure à large bande xDSL. Ce choix stratégique aurait semblé crédible à la lumière de l'objectif de Telecom Italia de résorber les pertes accumulées dans le passé dans l'entreprise commune Stream détenue avec Newscorp. En même temps, Newscorp aurait intérêt à garder Telecom Italia dans la nouvelle entité afin d'obtenir son soutien financier significatif.

(286) Parmi les principaux arguments avancés au cours de la procédure, on a souligné le fait que le «lien» créerait une convergence d'intérêts entre les deux sociétés et qu'il inciterait les deux parties à élaborer des stratégies et à avoir des comportements de renforcement mutuel, en ce qui concerne le «marché affecté» (la télévision payante) et les marchés où se produit la convergence des télécommunications et des médias (accès à Internet large bande et téléphone fixe).

1.2. Arguments de Newscorp

(287) Dans sa réponse à la communication des griefs⁽⁹⁸⁾, Newscorp déclare que la présence de Telecom Italia dans la plate-forme commune avec une participation significative (de toute façon par une «implication sans contrôle») ne diminue pas son intérêt éventuel à être présent sur le marché de la télévision payante (en décidant de ne pas revenir et/ou en collaborant avec la plate-forme commune) par rapport à la situation antérieure à la concentration, où Telecom Italia détenait 50 % du capital de Stream. De plus, Newscorp déclare qu'il est erroné de considérer Telecom Italia comme un nouveau venu crédible sur le marché de la télévision payante dans un proche avenir, si l'on tient compte des limites techniques bien réelles des technologies xDSL et UMTS quant à leur capacité de constituer des solutions de remplacement adéquates aux technologies DTH, câble et DTT pour un diffuseur de services de télévision payante.

(288) Newscorp affirme en outre que, d'une manière générale (et plus précisément au sujet de l'intérêt qu'aurait la

plate-forme commune à adopter une stratégie de collaboration avec Telecom Italia), la charge de la preuve à appliquer doit répondre aux conditions énoncées par le Tribunal de première instance dans son arrêt Tetra Laval⁽⁹⁹⁾. C'est pourquoi Newscorp déclare que la Commission doit démontrer qu'il y a de fortes chances que le groupe issu de la concentration adopte ce type de stratégie⁽¹⁰⁰⁾.

1.3. Appréciation générale

(289) Cela étant, la Commission a soigneusement analysé toutes les preuves disponibles et l'incidence éventuelle de l'opération par rapport aux craintes exprimées durant l'étude du marché au sujet du marché italien de la télévision payante. Elle est parvenue à la conclusion que les preuves recueillies sur ce point ne permettent pas d'établir que l'opération de concentration (avec la participation minoritaire de Telecom Italia) aurait des effets négatifs éventuels sur la concurrence⁽¹⁰¹⁾. Les éléments sur lesquels s'appuie cette conclusion sont exposés en détail ci-après.

1.3.a) Intérêt pour la plate-forme commune à exploiter le lien en renforçant sa domination dans la télévision payante par une discrimination positive envers Telecom Italia

(290) Il est vrai qu'en principe le lien entre la nouvelle entité et Telecom Italia aurait le potentiel de renforcer un peu plus la position dominante de la nouvelle entité sur le marché de la télévision payante. Telecom Italia est l'acteur dominant dans l'accès large bande xDSL et est susceptible de devenir également un acteur majeur de l'UMTS. Les services de télévision payante, et notamment les contenus vidéo, peuvent être apportés au consommateur par différents mode de transmission, à

⁽⁹⁹⁾ Arrêt du 25 octobre 2002 dans l'affaire T-5/02, Tetra Laval SA/Commission, points 153 et 251.

⁽¹⁰⁰⁾ Point 7.2.12 de la réponse de Newscorp à la communication des griefs.

⁽¹⁰¹⁾ En ce qui concerne la charge et la règle de la preuve applicables, voir arrêt dans les affaires C-68/94 et C-30/95, France e.a./Commission, notamment points 110, 120, 128 et 246, Rec. 1998, p. I-1375.

⁽⁹⁸⁾ Points 7.1.1 à 7.2.12 de la réponse de Newscorp à la communication des griefs.

savoir le DTH, le câble et, dans une certaine mesure, la technologie large bande xDSL dès maintenant ⁽¹⁰²⁾, tandis que la technologie DTT sera opérationnelle dans un avenir prévisible. Comme on l'a vu plus haut, la nouvelle plate-forme DTH aura le quasi-monopole du marché de la télévision payante. La concurrence devrait être très limitée, en raison de la portée limitée du réseau câblé du seul autre opérateur de télévision payante déjà présent sur le marché.

1.3.a)1. Étude du marché

- (291) À cet égard, il a été souligné durant l'étude du marché que Telecom Italia aurait d'ores et déjà la capacité d'exercer l'une des principales pressions concurrentielles sur la nouvelle entité au moyen de son réseau câblé ou de ses services large bande xDSL. Des tiers ont observé que, en raison du lien, Telecom Italia pourrait ne pas rivaliser ni avoir l'intérêt à rivaliser avec la plate-forme et/ou à revenir sur le marché de la télévision payante, même par son réseau câblé ⁽¹⁰³⁾ et par l'ADSL.
- (292) Sachant cela, des tiers ont exprimé des craintes, durant l'étude du marché et en répondant aux tests de marché, à propos du souhait ou de l'intérêt de la nouvelle entité à exploiter son lien avec Telecom Italia pour, en quelque sorte, «neutraliser» la menace de concurrence de la part de l'acteur dominant dans l'un des autres modes existants de transmission de services de télévision payante (accès Internet large bande) et qui est susceptible de devenir également un acteur majeur de l'un des futurs modes de transmission (UMTS).
- (293) Il a été suggéré que la plate-forme pouvait également atteindre cet objectif de neutralisation en favorisant Telecom Italia par rapport à ses concurrents du marché de l'Internet large bande, par exemple en mettant ses contenus à la disposition de Telecom Italia à des conditions plus avantageuses (en termes de prix, de qualité et d'ho-

raires). En contrepartie de ce traitement privilégié et en vertu du lien les unissant, Telecom Italia pourrait être moins désireux de concurrencer la plate-forme à grande échelle, au moyen de ses activités existantes.

1.3.a)2. Appréciation de la Commission

- (294) Pour procéder à son appréciation, la Commission a notamment étudié l'état de développement, dans le cas particulier de l'Italie, des technologies xDSL ayant le potentiel d'offrir des services de télévision payante dans un avenir prévisible, en concurrence avec le satellite. La Commission a également analysé l'intérêt éventuel qu'aurait la plate-forme commune à réserver un traitement privilégié à Telecom Italia par rapport à ses concurrents.
- (295) D'une manière générale, les déclarations des tiers ne peuvent rien contre les preuves factuelles que, en ce qui concerne les services de télévision payante, Telecom Italia est en train d'abandonner ses activités sur une grande échelle et, de toute façon, n'a pas actuellement un intérêt commercial significatif à réactiver son réseau câblé en vue de proposer des services complets de télévision payante.
- (296) En ce qui concerne les technologies d'accès large bande xDSL (notamment l'ADSL), il est vrai que cette technologie pourrait théoriquement être considérée comme un mode de transmission valable pour des services de télévision payante, comme solution de remplacement du DTH dans un avenir prévisible. Toutefois, en son état de développement actuel, la technologie ADSL en Italie nécessite encore d'énormes investissements et une modernisation du réseau ⁽¹⁰⁴⁾ avant de pouvoir transporter des faisceaux de canaux de télévision «télédiffusés», c'est-à-dire la transmission permettant le visionnage simultané par tous les utilisateurs finals (événements retransmis en direct, matchs de football ou films).
- (297) L'enquête de la Commission révèle qu'à ce jour Telecom Italia n'a pas consacré de fonds à cet objectif, ce qui ne veut pas dire qu'elle ne décidera pas de faire ces investissements ultérieurement. En tout état de cause, la Com-

⁽¹⁰²⁾ Dans le contexte de l'accès à Internet, le terme «largeur de bande» désigne la vitesse à laquelle les informations peuvent être transmises. Plus la largeur de bande est grande, plus le débit de la ligne est élevé et plus la quantité d'informations qu'un système de télécommunications peut transmettre est grande. Les applications modernes dans Internet, et notamment la vidéo à la demande, nécessitent la transmission de grandes quantités d'informations et donc des interconnexions large bande haut débit si elles doivent être utilisables par l'abonné final. La technologie «xDSL» (Digital Subscriber Line) représente un type de bande haut débit. Il existe plusieurs variantes de la technologie DSL, comme l'ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line), l'HDSL (High data rate Digital Subscriber Line) et le VDSL (Very high rate data Digital Subscriber Line). On les appelle collectivement les technologies «xDSL». Les services large bande peuvent être proposés sur la ligne en cuivre existante si celle-ci est raccordée aux technologies «dynamisantes» comme l'une des technologies «xDSL» (Digital Subscriber Line). Les technologies xDSL sont capables de transformer efficacement une paire en cuivre en ligne numérique haut débit et, ce faisant, de surmonter les contraintes techniques de la boucle locale classique en cuivre. À cet égard, l'infrastructure du réseau câblé pour l'accès Internet large bande présente des performances similaires pour le consommateur et pourrait être considérée comme substituable, du point de vue de la demande, aux technologies xDSL.

⁽¹⁰³⁾ Théoriquement, Telecom Italia pourrait réactiver son projet de réseau câblé qui a été interrompu en 1998. Cette possibilité concerne l'achèvement de son réseau câblé existant en Italie («projet Socrates») initialement destiné à raccorder [...] millions de foyers à un réseau HFC (Hybrid Fiber Coaxial).

⁽¹⁰⁴⁾ Par exemple, pour augmenter la largeur des fonctionnalités de réseau actuelles, à long terme et au niveau local.

mission n'a pu recueillir suffisamment de preuves durant l'étude du marché pour pouvoir conclure que Telecom Italia envisage d'ores et déjà de revenir sur le marché de la télévision payante et que son «retour potentiel» est, dans une large mesure, neutralisé par le «lien» avec la plate-forme commune.

(298) En ce qui concerne l'intérêt direct et indirect que la plate-forme commune pourrait avoir à jeter son dévolu sur Telecom Italia pour en faire son partenaire privilégié en sa qualité de codétenteur de la plate-forme DTH (intérêt issu du «lien») et en raison de son cofinancement de la plate-forme (au prorata de sa participation), les dispositions contractuelles arrêtées entre la plate-forme et Telecom Italia aux fins de la présente opération ne permettent pas de tirer la conclusion qu'un traitement favorable réservé par la plate-forme commune à l'opérateur historique de télécommunications serait la conséquence directe de l'opération de concentration (participation minoritaire incluse).

(299) Compte tenu de ce qui précède, la Commission ne peut conclure que la présence de Telecom Italia comme actionnaire minoritaire donnerait à la plate-forme commune un intérêt suffisamment grand à choisir l'opérateur historique de télécommunications comme partenaire privilégié, neutralisant ainsi la menace concurrentielle potentielle de celui-ci et renforçant sa position dominante sur le marché de la télévision payante en Italie.

1.3.b) Intérêt pour la plate-forme commune et Telecom Italia à élaborer des stratégies ou adopter des comportements parallèles ou communs limitant un peu plus la marge restant pour la pression concurrentielle entre elles

(300) Il est exact que l'opération et le lien entre la plate-forme monopolistique de télévision payante et Telecom Italia peuvent créer des incitations importantes entre les deux parties en ce qui concerne le marché de la télévision payante (notamment, les services à la carte et la vidéo à la demande), ce qui peut, à son tour, avoir un effet négatif pour la concurrence sur les marchés de télécommunications. En particulier, Telecom Italia et l'entité issue de la concentration peuvent coordonner leurs activités en ce qui concerne l'intégralité des services de télévision payante et la vidéo à la demande, d'une part, et les services interactifs multimédias découlant de la convergence des médias, d'autre part.

1.3.b)1. Étude du marché

(301) Durant l'étude du marché, des tiers ont déclaré à la Commission qu'il n'était pas extravagant d'imaginer que

la plate-forme commune tenterait d'exploiter le lien avec Telecom Italia pour obtenir l'accès à la très nombreuse clientèle de celui-ci et, ce faisant, chercherait à élargir sa propre clientèle d'abonnés, en tirant le meilleur parti du lien avec l'opérateur historique de télécommunications, y compris, au besoin, par des opérations commerciales communes. Dès lors, on peut normalement s'attendre à ce que l'opérateur historique de télécommunications et la plate-forme commune adoptent des formes de coopération tacite ou explicite.

(302) Des tiers affirment que, en raison du lien et de l'éventuelle neutralisation de la menace de concurrence, les deux parties pourraient avoir intérêt à conclure des contrats permettant l'offre et l'achat communs de produits ou de services aux clients, de manière à affermir leur position respective sur le marché par l'exploitation réciproque de leurs actifs et de leurs infrastructures.

(303) Des tiers soulignent les risques que peut faire naître la capacité des deux parties de conclure des contrats préférentiels pour la distribution des contenus de la plate-forme commune ou pour le groupage des contenus multimédias et/ou audiovisuels avec les services de télécommunications. Par ailleurs, le test de marché montre que, en raison de leur lien (participation minoritaire et présence au conseil d'administration), la nouvelle entité et Telecom Italia pourraient avoir un intérêt et disposer d'une marge de manœuvre suffisante pour conclure des alliances et des contrats plus stratégiques susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur d'éventuels concurrents de la nouvelle entité.

(304) D'après la quasi-totalité des tiers, cela contribuerait en outre à donner à la plate-forme commune et à Telecom Italia, sur leurs marchés respectifs, une situation concurrentielle incomparable par rapport à leurs concurrents et leur faciliterait l'adoption de stratégies et comportements parallèles de «cloisonnement du marché» dans les segments du marché de la télévision payante qui les intéressent, ce qui ne ferait que restreindre un peu plus leur latitude de pression concurrentielle que Telecom Italia, en l'absence du lien, serait encore en mesure d'exercer à la marge du marché italien de la télévision payante.

1.3.b)2. Arguments de Newscorp

(305) Newscorp déclare que l'intérêt de la plate-forme commune à coopérer avec Telecom Italia après la réalisation

de la concentration n'est guère touché par la fusion, puisque la nouvelle plate-forme et Telecom Italia se sont engagés par contrat à sa participation au projet et «dès lors, il n'est pas question que la plate-forme commune cherche à maintenir le fonds commercial de Telecom Italia. De plus, Telecom Italia ne contrôle pas la plate-forme commune et, par conséquent, la stratégie rationnelle de cette dernière consiste à conclure des accords de coopération uniquement s'il s'agit de la stratégie la plus rentable pour elle» ⁽¹⁰⁵⁾.

1.3.b)3. Appréciation de la Commission

(306) Cela étant, la Commission a soigneusement étudié les arguments et les scénarios exposés ci-dessus, dans le respect de la condition juridique selon laquelle l'effet négatif sur la concurrence doit être provoqué par l'opération aboutissant à la concentration. À la lumière de cet examen, les preuves factuelles recueillies par la Commission tout au long de la procédure ne montrent pas que, en l'absence de possibilité pour Telecom Italia d'exercer *de facto* une «influence décisive» sur le comportement commercial stratégique de la plate-forme commune, cette dernière et Telecom Italia auraient un intérêt à élaborer des stratégies et adopter des comportements parallèles ou communs et que, de ce fait, l'opération notifiée entraînerait la concrétisation de risques d'entrave significative à la concurrence.

(307) C'est pourquoi la Commission conclut que l'étude du marché ne fournit pas de preuves suffisantes pour établir que les risques pour la concurrence mis en avant par des tiers durant la procédure se concrétiseraient dans un avenir prévisible par suite de l'opération de concentration (avec la participation minoritaire de Telecom Italia dans la plate-forme commune).

2. CONCLUSION

(308) Même si, à la lumière des éléments historiques et du contexte dans lequel la concentration notifiée a lieu, il n'est pas extravagant de considérer que le lien entre Telecom Italia et la plate-forme commune (participation

minoritaire significative et nomination d'un membre du conseil d'administration) risque d'éliminer une source possible de concurrence éventuelle, il n'est pas possible d'établir de manière concluante que ce lien contribuerait en outre à renforcer la position dominante de la plate-forme commune sur le marché italien de la télévision payante.

B. Marchés des services de télécommunications où la concentration risque de renforcer la position dominante de l'opérateur historique Telecom Italia

(309) En Italie, Telecom Italia opère notamment comme fournisseur de services de téléphonie fixe et de services de téléphonie mobile et satellitale ainsi que comme fournisseur d'accès Internet en gros et au détail. De plus, Telecom Italia est présente dans les services de création de sites Internet, dans la vente d'espace publicitaire en ligne et dans la prestation de services multimédias. Les domaines d'activité de Telecom Italia qui sont particulièrement pertinents dans le contexte de la présente opération de concentration sont l'accès à Internet et les services de téléphonie fixe, les deux étant liés à la prestation éventuelle de services multimédias.

(310) Telecom Italia occupe une position dominante en Italie, tant sur le marché de l'accès Internet large bande que sur le marché de la téléphonie fixe.

1. ANALYSE DES EFFETS NÉGATIFS ÉVENTUELS DE LA CONCENTRATION POUR LA CONCURRENCE SUR LES MARCHÉS DE TÉLÉCOMMUNICATIONS RECENSÉS

1.1. Considérations générales

(311) La plate-forme commune aurait les droits d'exploitation exclusive de contenus sportifs importants (entre autres, le football) et de films. Alors que, jusqu'ici, ces droits ont principalement été exploités par satellite sur le marché italien, l'existence de droits d'exclusivité négative et de dispositions de rétention dans les contrats correspondants permet à l'entité issue de la concentration d'empêcher l'utilisation de tout ou partie des mêmes contenus sur des plates-formes de transmission différentes (Internet, etc.). À ce stade, il y a lieu de noter que, dans la procédure devant l'autorité antitrust italienne au sujet du contrat «inverse» évoqué au considérant 15, la plate-forme commune avait déjà proposé, entre autres, l'engagement de renoncer à ces droits d'exclusivité négative et droits de rétention sur d'autres plates-formes que DTH.

1.2. Étude du marché

(312) L'étude du marché confirme que des droits multimédias comme ceux que détient la plate-forme commune (sur-

⁽¹⁰⁵⁾ Point 7.2.12 de la réponse de Newscorp à la communication des griefs.

tout des contenus de football et autres sports) conviennent à l'exploitation par des modes de transmission autres que DTH, quelle que soit l'infrastructure de réseau (Internet, câble, satellite ou autre). En particulier, certains de ces contenus (compétitions de football, etc.) conviennent également à la transmission dans les formules de «lecture en direct» utilisant la technologie xDSL, par exemple des temps forts d'un match de football. À ce propos, des tiers ont prétendu au cours de la procédure que, en raison de sa position solide dans la plate-forme commune, Telecom Italia serait manifestement très bien placé pour obtenir la sous-licence privilégiée de droits d'exclusivité concernant certains contenus de la plate-forme commune, en vue de l'exploitation par l'un de ses modes de transmission, et notamment l'accès Internet large bande. Ainsi, d'aucuns ont mis en avant le risque que, si le portail de Telecom Italia obtient ces contenus à de meilleures conditions (en temps quasi réel, par exemple) que d'autres portails, d'autres fournisseurs d'accès subiraient un désavantage concurrentiel manifestement déloyal.

(313) Dans le contexte décrit ci-dessus, il est exact que si un traitement plus favorable devait se concrétiser, le pouvoir de marché actuel de Telecom Italia — qui résulte, entre autres, directement de sa très nombreuse clientèle — pourrait en définitive se trouver affermi par la capacité de l'opérateur historique d'accroître encore sa clientèle et de fidéliser les clients anciens et nouveaux par l'offre de bouquets de services comportant l'accès Internet large bande, la téléphonie fixe et des services à contenu multimédia (offres dites «triple jeu»). L'énorme clientèle de l'opérateur historique constitue un élément attrayant et pertinent pour les annonceurs comme pour les fournisseurs de contenus, face à la clientèle beaucoup plus réduite des concurrents de Telecom Italia.

(314) Dans ce scénario, il peut y avoir le risque que les concurrents de l'opérateur historique ne soient pas en mesure de faire des offres équivalentes aux offres «triple jeu» que peut faire Telecom Italia. De ce fait, il est fort probable que d'autres opérateurs de télécommunications licenciés («OLO») deviendraient de moins en moins intéressants aux yeux des annonceurs (et des fournisseurs de contenus) ⁽¹⁰⁶⁾.

1.3. Arguments de Newscorp

(315) Newscorp conteste vivement le fait que l'opération pourrait renforcer les positions dominantes de Telecom Italia dans l'accès Internet large bande et la téléphonie fixe, grâce à l'accès préférentiel aux contenus de la plate-forme commune qui lui permettrait de lancer des offres «triple jeu» inégalées. Au contraire, Newscorp déclare

⁽¹⁰⁶⁾ Les concurrents de Telecom Italia pour les services d'accès à l'Internet large bande sont Fastweb (e.Biscom), Wind, Tiscali, Albacom, Gruppo I.net, MCI Worldcom (surtout pour les clients professionnels). Certaines de ces entreprises sont également des concurrents de l'opérateur historique des services de téléphonie fixe (Wind-Infostrada, Albacom, Fastweb, Tiscali).

que «on ne voit absolument pas pourquoi les autres actionnaires de la plate-forme commune seraient désireux de favoriser Telecom Italia [...]». La plate-forme commune n'a pas d'intérêt à consentir à Telecom Italia un accès privilégié à quelque contenu que ce soit. La plate-forme commune n'étant pas contrôlée par Telecom Italia, elle décide elle-même de sa stratégie commerciale. Elle n'a pas besoin de chercher à garder le fonds commercial de Telecom Italia, car l'opérateur s'est engagé par contrat sur son investissement. Par conséquent, la stratégie rationnelle de la plate-forme commune consiste à donner à tous les tiers, dont Telecom Italia, l'accès à ses contenus en pleine concurrence à des conditions commerciales normales» ⁽¹⁰⁷⁾.

1.4. Arguments de Telecom Italia

(316) Telecom Italia déclare que sa participation dans la plate-forme commune est simplement un investissement financier. Selon l'opérateur, il ne cherche pas à obtenir, grâce à sa participation minoritaire, une adéquation industrielle, commerciale ou stratégique. Depuis 2000, il a décidé de se retirer du marché de la télévision payante et si le «contrat inverse» (prise du contrôle exclusif de la plate-forme commune par le groupe Vivendi) avait abouti, il aurait vendu l'intégralité de sa participation. Les raisons pour lesquelles il demeure actionnaire minoritaire de la plate-forme commune [...] sont liées à la possibilité de récupérer certains des investissements effectués: il s'agit d'une simple décision financière ⁽¹⁰⁸⁾.

1.5. Appréciation de la Commission

(317) Au vu de ces déclarations, la Commission a soigneusement étudié l'incidence de l'opération sur le plan des problèmes de concurrence éventuels, à savoir le renforcement éventuel de la position dominante de Telecom Italia sur les marchés italiens des télécommunications en cause (accès Internet large bande et téléphonie fixe).

(318) Comme on l'a vu plus haut, la Commission n'a pu établir que l'opération de concentration (avec la participation minoritaire de l'opérateur historique de télécommunications) amènerait la plate-forme commune à accorder un traitement plus favorable à Telecom Italia qu'aux autres fournisseurs d'accès et opérateurs de télécommunications licenciés.

⁽¹⁰⁷⁾ Point 1.2.7 de la réponse de Newscorp à la communication des griefs.

⁽¹⁰⁸⁾ Point 24 des observations de Telecom Italia.

1.6. Conclusion

- (319) Compte tenu de ce qui précède, la Commission conclut que les preuves recueillies durant la procédure ne suffisent pas à établir que l'opération de concentration (avec la participation minoritaire de Telecom Italia) se traduirait par d'éventuels effets négatifs pour la concurrence sur les marchés italiens des télécommunications.

2. CONCLUSION SUR LE LIEN DE TELECOM ITALIA

- (320) L'opération de concentration n'entraînera pas le renforcement de la position dominante de Telecom Italia de manière durable, en ce qui concerne les marchés de télécommunications (accès Internet large bande et téléphonie fixe) qui sont introduits dans l'appréciation en raison du lien de Telecom Italia avec l'entité issue de la concentration.

4. ENGAGEMENTS CONCERNANT TELECOM ITALIA

- (321) Comme indiqué au considérant 222, en date du 13 mars 2003, Newscorp a proposé une série révisée d'engagements (ci-après les «engagements») conformément à l'article 8, paragraphe 2, du règlement sur les concentrations, en vue d'obtenir l'autorisation de l'opération de concentration. Comme on l'a vu plus haut, ces engagements s'ajoutent aux mesures correctives présentées à la Commission les 31 octobre 2002 et 14 janvier 2003.
- (322) Les engagements proposés par Newscorp contiennent une partie qui concerne les relations entre la plate-forme commune et Telecom Italia.

1. RÉSUMÉ DES ENGAGEMENTS PROPOSÉS PAR NEWSCORP LE 13 MARS 2003 À PROPOS DE TELECOM ITALIA (POINT 13 DU TEXTE DES ENGAGEMENTS)

- (323) Les engagements proposés par Newscorp à propos de ses relations avec Telecom Italia prévoient ce qui suit:

- a) Newscorp s'abstient de faire des offres communes avec Telecom Italia qui associent des services de télévision payante et l'accès Internet large bande, de pratiquer une discrimination positive à l'égard de Tele-

com Italia en ce qui concerne l'octroi de sous-licences de contenus audiovisuels, d'inciter ses clients à faire passer le chemin de retour de leurs services interactifs par Telecom Italia, et de conclure des contrats stratégiques avec Telecom Italia sans l'autorisation préalable de la Commission.

- b) Les engagements concernant Telecom Italia resteront en vigueur aussi longtemps que Telecom Italia détiendra une participation égale ou supérieure à cinq pour cent et aura un représentant au conseil d'administration de la plate-forme commune.

2. APPRÉCIATION DES ENGAGEMENTS CONCERNANT TELECOM ITALIA

- (324) À la lumière des constatations et conclusions qui précèdent, la Commission prend acte des engagements proposés par Newscorp au sujet de ses relations avec Telecom Italia. Toutefois, ces engagements ne constituent ni des conditions ni des obligations de la présente décision.

VIII. CONCLUSION

- (325) Pour les motifs exposés ci-dessus, la Commission conclut que, sous réserve du respect des engagements pris par Newscorp, l'opération de concentration envisagée ne créera ou ne renforcera pas, sur le marché de la fourniture des services de télévision payante et sur les marchés de l'achat de droits d'exclusivité de films d'appel, de compétitions de football qui ont lieu chaque année et auxquelles participent des équipes nationales et d'autres manifestations sportives ainsi que sur le marché des chaînes de télévision, une position dominante qui entraverait de manière significative une concurrence efficace dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci. La concentration doit donc être déclarée compatible avec le marché commun conformément à l'article 8, paragraphe 2, du règlement sur les concentrations et avec l'accord EEE conformément à son article 57, sous réserve du respect des engagements énoncés dans l'annexe,

A ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DÉCISION:

Article premier

Le projet notifié, par lequel The News Corporation Limited («Newscorp») prend le contrôle de l'intégralité des entreprises Telepiù Spa et Stream Spa, est déclaré compatible avec le marché commun et avec l'accord EEE.

Article 2

The News Corporation Limited
1211 Avenue des Americas
New York, NY 10036
USA.

L'article 1^{er} est subordonné au respect intégral par Newscorp des engagements énoncés en annexe, exception faite du point 13 de la partie II.

est destinataire de la présente décision.

Fait à Bruxelles, le 2 avril 2003.

Article 3

Par la Commission

Mario MONTI

Membre de la Commission

La société

ANNEXE

Le texte original intégral des conditions et obligations visées aux articles 2 et 3 est publié sur le site Internet de la Commission:

http://europa.eu.int/comm/competition/index_en.html
