

C2007-181 / Lettre du ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi du 15 avril 2008, aux conseils de la société française du Radiotéléphone SA (ci-après « SFR »), relative à une concentration dans le secteur des télécommunications.

NOR : ECEC0810976S

Maîtres,

Par dépôt d'un dossier déclaré complet le 20 février 2008, vous avez notifié la prise de contrôle exclusif de la société Neuf Cegetel par la Société Française du Radiotéléphone S.A. (ci-après « SFR »). Cette opération a été formalisée par un contrat d'achat et de vente d'actions signé le 29 février 2008 qui s'est substitué à une lettre d'intention datée du 20 décembre 2007, initialement communiquée dans le dossier de notification, qui constituait un projet suffisamment abouti au sens du droit des concentrations.

* * *

I. LES ENTREPRISES CONCERNÉES ET L'OPÉRATION NOTIFIÉE

A. LES ENTREPRISES CONCERNÉES

1. L'acquéreur

SFR est une société anonyme, principalement active dans le secteur de la téléphonie mobile en France. Depuis le mois d'avril 2007, elle exerce également une activité dans le secteur de l'Internet en lançant sa propre offre commerciale. En outre, en juillet 2007, SFR a acquis le contrôle de la société Télé2 France, active dans les secteurs de la téléphonie fixe, de l'Internet et de la télévision payante¹. SFR est contrôlée conjointement par les groupes Vivendi (56%) et Vodafone (44%).

Le groupe Vivendi est principalement présent dans les secteurs de la télévision payante et du cinéma, via Groupe Canal+, de la musique (Universal Music Group), des jeux interactifs (Vivendi Games) et des communications électroniques (SFR, Maroc Télécom).

Le groupe Vodafone est actif dans le secteur de la téléphonie mobile et des télécommunications dans plusieurs pays, hors de France. SFR détient notamment une participation, non contrôlante, d'environ 40% dans Neuf Cegetel, société active dans le secteur des télécommunications fixes (voix, transmission de données et accès Internet haut débit). Cette absence d'influence déterminante de SFR sur Neuf Cegetel a été rappelée à de nombreuses reprises par le ministre chargé de l'économie et la Commission européenne à l'occasion de leur analyse de concentrations dans lesquelles SFR ou Neuf Cegetel étaient entreprises concernées.

¹ Décision de la Commission européenne n°COMP/M.4504 SFR/Télé2 France en date du 18 juillet 2007. L'activité de téléphonie mobile de la société Télé2 France n'était pas concernée par l'opération examinée par les services de la Commission.

Concernant la détermination du chiffre d'affaires à attribuer à l'acquéreur au titre d'entreprise concernée, l'article 5 du Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises précise que « [...] le chiffre d'affaires total d'une entreprise concernée au sens du présent règlement résulte de la somme des chiffres d'affaires [...] des entreprises qui disposent, dans une entreprise concernée, des droits ou pouvoirs énumérés au point b) [parmi lesquels le droit de gérer les affaires de l'entreprise] ». Le droit de gérer les affaires implique nécessairement celui de disposer de ce droit pour l'ensemble des activités économiques d'une entreprise. Or la Commission européenne a considéré que Vodafone disposait depuis l'acquisition de Télé2 France qui a étendu les activités de SFR à la téléphonie fixe et à l'accès à Internet uniquement d'un droit limité à la gestion des activités de téléphonie mobile de SFR. Dans la mesure où Vodafone ne dispose pas du droit de gérer toutes les affaires de SFR, son chiffre d'affaires ne doit pas être pris en compte dans le calcul du chiffre d'affaires des entreprises concernées par l'opération examinée.

Ainsi, du côté de l'acquéreur, seul le chiffre d'affaires de Vivendi doit être pris en compte pour déterminer si les seuils de contrôle prévus par le Code de commerce sont atteints.

En 2006, le chiffre d'affaires total mondial de Vivendi s'est élevé à 21 657 millions d'euros hors taxes, dont [...] millions d'euros réalisés au sein de l'Union européenne et 13 403 millions d'euros en France².

2. La cible

Neuf Cegetel est une société anonyme dont les deux principaux actionnaires sont SFR (39,95%) et le groupe Louis Dreyfus (28,64%)³. A ce jour, elle n'est pas contrôlée au sens du droit des concentrations⁴. Neuf Cegetel est active dans le secteur des communications électroniques et de la télévision payante. Elle fournit à une clientèle résidentielle des services de détail de téléphonie fixe et mobile, d'accès à Internet bas et haut débit (notamment les offres « *multiple play* » combinant l'accès à Internet haut débit, l'abonnement téléphonique, la téléphonie fixe, la télévision sur ADSL et d'autres services à la carte). Neuf Cegetel fournit également à une clientèle d'entreprises et de personnes publiques des services de détail de téléphonie fixe et mobile, d'accès à Internet haut débit, de réseau privé virtuel IP (Internet Protocol), de liaisons louées et de services d'hébergement. Enfin, Neuf Cegetel fournit des services de gros à des opérateurs de communications électroniques parmi lesquels des offres « data » (collecte et livraison de liens d'accès), des offres de voix commutées (services de téléphonie en présélection et numéros spéciaux en libre appel à coûts ou à revenus partagés) et des offres de vente et de location d'infrastructures de réseau et d'hébergement.

En 2006, le chiffre d'affaires total mondial de Neuf Cegetel s'est élevé à environ 3 348 millions d'euros hors taxes, réalisé quasi-intégralement au sein de l'Union européenne, dont [>50] millions d'euros en France⁵.

² Ces chiffres d'affaires tiennent compte des acquisitions effectuées par Vivendi depuis la clôture de ses comptes pour l'année 2006.

³ Les pourcentages de détention du capital social sont issus de données calculées au 30 novembre 2007.

⁴ C2007-68 Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'emploi du 25 juin 2007, aux conseils de la société Neuf Cegetel, relative à une concentration dans le secteur du marché de la fourniture d'accès à Internet, publiée au BOCCRF n°7 bis du 14 septembre 2007.

⁵ Ces données, issues du Rapport annuel 2006, ont été affinées au regard des règles de calcul applicable en matière de contrôle des concentrations, en intégrant notamment les acquisitions réalisées au cours de l'année 2007 (Ozone, Tradingcom, T-Online France, Erenis, Akéo, Mediafibre).

B. L'OPÉRATION NOTIFIÉE

L'opération envisagée consiste en l'acquisition par SFR de la participation détenue par le groupe Louis Dreyfus au capital de Neuf Cegetel. A l'issue de l'opération, SFR possédera donc environ 69% du capital social de Neuf Cegetel, ce qui lui confèrera un contrôle exclusif sur cette dernière. L'opération envisagée constitue donc une concentration au sens de l'article L.430-1 du Code de commerce.

Vivendi/SFR et Neuf Cegetel réalisant chacun plus des deux tiers de leur chiffre d'affaires communautaire dans un seul et même État membre, en l'espèce la France, l'opération n'est pas de dimension communautaire. Compte tenu de ces chiffres d'affaires, l'opération relève du contrôle national des concentrations, en application de l'article L.430-2 du Code de commerce, et est donc soumise à la procédure prévue aux articles L.430-3 et suivants dudit Code.

II. LES MARCHÉS CONCERNÉS

La concentration a des effets sur les marchés des communications électroniques (A-B), de la télévision payante (C), de la musique en ligne (D) et des jeux vidéo (E), où les parties sont actuellement, ou potentiellement à court terme, présentes simultanément.

Nombre de ces marchés ont été définis par les autorités de concurrence, tant communautaire que nationales. Il n'est donc pas nécessaire de revenir en détail sur leurs délimitations, d'autant que les retours du test de marché n'ont pas fait état de désaccords notables sur les définitions qu'il convenait de retenir aux fins de la présente analyse concurrentielle. Eu égard aux évolutions récentes des marchés en cause, une analyse plus fine a toutefois été menée afin d'identifier des marchés pertinents qui n'auraient pas été totalement appréhendés lors des précédentes concentrations.

A. LES MARCHÉS DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES (HORS TÉLÉPHONIE MOBILE)

Sur les marchés des communications électroniques, hors téléphonie mobile, les parties sont simultanément actives en matière de téléphonie fixe et de fourniture d'accès à Internet (bas et haut débit). Elles entretiennent par ailleurs des relations verticales, SFR et Télé2 étant clientes de Neuf Cegetel sur les marchés de gros de téléphonie fixe et d'Internet.

La Commission européenne a publié en février 2003 une recommandation concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des télécommunications (ci-après « la Recommandation »). Elle a toutefois laissé la possibilité aux autorités de régulation nationales d'adapter la recommandation aux spécificités de chaque État membre. Ce texte, dépourvu de valeur normative, recense les marchés de produits et de services dans le secteur des communications électroniques dont les caractéristiques peuvent justifier l'imposition de certaines obligations réglementaires par les autorités nationales de régulation, notamment à l'encontre d'opérateurs qui y détiennent une « puissance significative ».

La Commission précise toutefois que la définition des marchés retenue dans la recommandation « ne porte pas préjudice à la définition des marchés dans le cadre d'affaires spécifiques en droit de la concurrence ». Au niveau national, l'Autorité de Régulation des Communications Électroniques et de la Poste (ARCEP) et le Conseil de la concurrence ont analysé plusieurs marchés du secteur des télécommunications sur le fondement de cette Recommandation.

Pour les besoins de l'analyse de la présente opération, il convient de distinguer les marchés de gros (1.) et les marchés de détail (2.).

1. Les marchés de gros

Les parties considèrent que la dimension géographique de ces marchés est nationale, conformément à la pratique décisionnelle constante des autorités de concurrence⁶. En premier lieu, la nature des services proposés est suffisamment homogène quelle que soit la partie du territoire national où l'offre rencontre la demande. En second lieu, les clients et les concurrents sont les mêmes dans toutes les régions et ne se distinguent qu'en fonction des services offerts. En troisième lieu, les politiques tarifaires et de commercialisation des services de communications électroniques sont généralement fixées au niveau national.

Concernant la segmentation selon le type de clientèle, le ministre chargé de l'économie a déjà eu l'occasion d'indiquer que la distinction entre entreprises et particuliers n'a pas lieu d'être au niveau des marchés de gros⁷.

a. Les marchés de la fourniture de service de gros de téléphonie fixe

Il s'agit principalement de l'acheminement de trafic commuté⁸ pour le compte de prestataires commercialisant des services de communications électroniques, qui choisissent ensuite de les commercialiser sous forme de minutes voix ou d'accès Internet bas débit.

Dans sa Recommandation précitée, la Commission européenne opère une distinction, reprise par l'ARCEP⁹ et par le ministre chargé de l'économie, entre trois types de prestations susceptibles de former autant de marchés de services pertinents : le départ d'appel (i), la terminaison d'appel (ii) et les services de transit (iii).

(i) Le marché du départ d'appel

Le départ d'appel correspond à un service d'acheminement de trafic entre un abonné et un point d'interconnexion. Ce marché concerne les prestations d'acheminement d'appel fournies par un opérateur de boucle locale (OBL) à d'autres opérateurs afin de permettre à ces derniers d'offrir des services aux abonnés raccordés par ledit OBL.

(ii) Le marché de la terminaison d'appel

La terminaison d'appel correspond à un service d'acheminement entre un point d'interconnexion et un abonné. Le marché de la terminaison d'appel est constitué par l'ensemble des utilisateurs raccordés sur la boucle locale d'un opérateur pour lesquels il n'existe pas de liaison de raccordement alternatif.

⁶ C2005-44 Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie du 12 août 2005, aux conseils de la société Neuf Telecom, relative à une concentration dans le secteur des communications électroniques, publiée au BOCCRF n°1 du 27 février 2006 et décision n°38-233 de la Commission européenne Wanadoo Interactive en date du 16 juillet 2003.

⁷ Décision C2005-44 du ministre chargé de l'économie Neuf Telecom / Cegetel en date du 12 août 2005 précitée.

⁸ Le terme commuté signifie que les communications sont rendues possibles grâce à des commutateurs automatiques, dispositifs assurant une liaison temporaire entre deux personnes.

⁹ Autorité de Régulation des Communications Électroniques et de la Poste.

(iii) Le marché des services de transit

Les services de transit consistent en l'acheminement de minutes de communication entre deux points d'interconnexion pour le compte d'opérateurs de détail des marchés de la téléphonie fixe, d'accès Internet bas débit et de téléphonie mobile. Sur ce marché, la demande est constituée des opérateurs désireux d'acheminer du trafic commuté entre deux abonnés mais ne disposant pas d'un réseau suffisamment capillaire pour s'interconnecter directement avec chaque opérateur.

b. Les marchés de la fourniture en gros d'accès à large bande

Ces marchés comprennent essentiellement des services de collecte des flux de type DSL¹⁰ au départ de la boucle de cuivre à laquelle est raccordé l'utilisateur final, livrés à un point ou à plusieurs points de livraison. Plusieurs protocoles de livraison coexistent sur le marché, qui correspondent historiquement à différents niveaux de qualité de service, notamment IP (Internet Protocol) et ATM¹¹.

Le secteur s'articule essentiellement autour des différentes prestations fournies par l'opérateur historique, France Télécom, à partir de l'architecture technique de son réseau. Ces services proposent une interconnexion au niveau régional ou au niveau national. Ces prestations sont placées sous le contrôle de l'ARCEP et permettent aux opérateurs, dont les fournisseurs d'accès Internet (FAI), de proposer des offres sur le marché de gros et sur le marché de détail. Comme le relève le Conseil de la concurrence, le cœur de métier des FAI est de proposer des services Internet : ils doivent donc pouvoir acheter en gros des prestations d'accès et de transport des flux de trafic¹².

Aux fins de garantir un accès au réseau de France Télécom, l'ARCEP distingue trois types de services de collecte : les services de dégroupage (i), les services de collecte DSL livrés en un point de livraison national (ii) et les services de collecte DSL livrés en un point de livraison régional (iii).

(i) Le marché des services de dégroupage

Les services de dégroupage s'adressent exclusivement aux opérateurs de télécommunications. C'est l'offre techniquement la plus proche du consommateur final puisqu'elle consiste à déconnecter la paire de cuivre qui historiquement relie l'utilisateur à un équipement actif de France Télécom afin de la connecter à un équipement actif d'un autre opérateur. Cette opération permet une plus grande indépendance technique vis-à-vis de l'opérateur historique, et donc une meilleure capacité de différenciation. Les services de télévision sur DSL proposés au consommateur final sur le marché de détail sont rendus possibles par cette solution technique.

Compte tenu de sa position sur ce marché, France Télécom est contrainte à une obligation de dégroupage qui se traduit par une offre de référence dont les tarifs sont orientés vers les coûts. Tout opérateur présent sur un site de dégroupage de France Télécom peut ainsi obtenir le dégroupage des lignes concentrées sur ce site. Le dégroupage permet aux opérateurs qui l'utilisent d'offrir des services sur les deux marchés de gros suivants (ii et iii) et sur les marchés de détail (cf. 2. *infra*).

¹⁰ DSL (*Digital Subscriber Line*) est une technologie permettant de transmettre des données à hauts débits sur la boucle locale en cuivre du réseau téléphonique traditionnel. La transmission jusqu'à l'abonné s'effectue dans des bandes de fréquences élevées, inutilisées par les services téléphoniques.

¹¹ ATM (*Asynchronous Transfer Mode* ou mode de transfert asynchrone) est une technologie de réseau récente qui permet de transférer simultanément sur une même ligne des données et de la voix.

¹² Décision n°07-D-33 du Conseil de la concurrence en date du 15 octobre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'accès à Internet à haut débit.

- (ii) Le marché des services de collecte DSL livrés en un point de livraison national

Ces services s'adressent à des opérateurs qui ne disposent pas d'un réseau de télécommunications ou disposent seulement d'un réseau très peu capillaire : il s'agit notamment des FAI. Ces services leur permettent de proposer au consommateur final un accès à des services de contenu (portail Internet, liens vers des sites...) en sous-traitant la collecte de trafic DSL à l'offreur du service de gros.

- (iii) Le marché des services de collecte DSL livrés en un point de livraison régional

Ces services s'adressent à des opérateurs qui ont déployé un réseau régional et qui disposent de l'infrastructure nécessaire pour distribuer ce trafic vers le point de collecte national d'un FAI ou vers tout autre point de leur réseau.

c. Les marchés de la fourniture d'infrastructures passives

L'infrastructure des réseaux de communications électroniques est assise sur l'architecture du réseau de France Télécom. En effet, l'interconnexion et le raccordement aux points de concentration de ce réseau sont une contrainte technique nécessaire et préalable à une offre de services sur les marchés de détail des communications électroniques. D'un point de vue technique, trois niveaux de « nœuds » doivent être distingués : les nœuds de commutation et/ou routage régionaux (PRO), les nœuds de commutation et/ou routage locaux (CAA) et les nœuds de raccordements d'abonnés (NRA).

Les PRO correspondent au premier niveau de collecte du trafic dans les réseaux. Localisés dans 18 zones de transit, ils concentrent le trafic en provenance des nœuds locaux et sont reliés entre eux par des capacités de transmission louées (infrastructures actives) ou des fibres optiques (infrastructures passives) activées par l'opérateur.

Les CAA correspondent au second niveau de collecte. Il existe 479 nœuds locaux, répartis sur le territoire français métropolitain.

Les NRA correspondent au plus petit niveau de collecte. Ils permettent de raccorder entre quelques centaines et quelques dizaines de milliers de clients finaux. C'est dans les NRA que sont placés les équipements spécifiques des opérateurs ADSL (DSLAM), utilisés pour transformer une ligne téléphonique classique en ligne ADSL permettant la transmission de données, et en particulier l'accès à Internet haut débit.

Selon l'étendue de leur réseau, les opérateurs de fourniture au détail de services de communications électroniques au consommateur final, notamment de services d'accès Internet haut débit, sont demandeurs d'infrastructures passives sur les marchés de gros à ces différents niveaux de concentration de raccordements. L'étendue même de leur réseau dépend, dans un premier temps du moins, de la mise à disposition contractuelle de fibres optiques par un opérateur propriétaire d'un réseau plus capillaire que le leur.

Un opérateur de fourniture au détail de services de communications électroniques désireux de déployer une infrastructure de réseau dispose de l'alternative suivante :

- déployer son réseau en propre. Il doit, dans ce cas, supporter l'intégralité des coûts de génie civil, gérer les demandes de droits de passage sur le domaine public (routier et non routier) et de servitudes sur les propriétés privées, assumer la maintenance de ses installations sans pouvoir

bénéficiaire des économies que permettrait une mutualisation des infrastructures et des coûts de la maintenance associée. Cette solution est jugée onéreuse et difficile à mettre en œuvre.

- louer de la fibre optique passive, dite fibre optique noire (« FON »). Les fibres optiques sont louées auprès d'un opérateur de réseau, actif ou non dans le secteur des communications électroniques au détail. La FON est mise à disposition dans le cadre d'un contrat de location « classique » ou dans le cadre d'un contrat dit IRU (Infeasible Right of Usage).

Les baux consentis pour les locations « classiques » sont en général de courte durée. Le coût de la location constitue comptablement une charge. En outre, cette option peut poser, sur le long terme et sur de longues distances, des problèmes de continuité : la location de parties de fourreaux ne permet pas toujours la mise en place d'un réseau de fourreaux de bout en bout.

Le contrat d'IRU prévoit les conditions de la mise à disposition de la FON et la durée du droit d'usage ainsi consenti. Il s'agit d'un contrat ferme dont le prix est fixé pour toute la durée du contrat et peut être payé soit en une fois à la signature du contrat d'IRU soit à échéances régulières. Il s'agit d'un contrat de longue durée (15 à 25 ans en général) qui assure à l'opérateur client le bénéfice d'une grande stabilité dans les droits qu'il détient sur la FON qui lui est concédée. L'IRU est un droit quasi-réel sur la FON, le bénéficiaire du droit d'usage assurant l'intégralité des obligations incombant à un acheteur. Il peut dès lors être comptablement traité comme une immobilisation.

Pour ces raisons, il peut être considéré que, pour un opérateur de communications électroniques au détail, la mise à disposition d'infrastructures par le biais d'un contrat d'IRU n'est pas substituable aux autres options que sont la location « classique » ou l'installation d'infrastructures en propre.

Compte tenu des différents niveaux de « nœuds », deux niveaux d'infrastructure doivent être distingués : le réseau longue distance et le réseau de desserte locale. Schématiquement, la fourniture d'infrastructures passives longue distance permet de relier les nœuds locaux aux nœuds régionaux (PRO et CCA), tandis que la fourniture d'infrastructures passives de desserte locale permet de relier les nœuds de raccordement d'abonnés aux nœuds locaux (NRA).

S'agissant plus particulièrement des infrastructures passives de desserte locale, la question de savoir si le raccordement à un NRA donné constitue un marché en soi a toujours été laissée ouverte¹³. Au cas d'espèce, il n'apparaît pas nécessaire de trancher cette question dans la mesure où les conclusions de l'analyse concurrentielle demeurent inchangées, quelle que soit la délimitation de marché proposée.

2. Les marchés de détail

A titre liminaire, concernant la dimension géographique de ces marchés, il convient de retenir des marchés nationaux, conformément à la pratique décisionnelle des autorités de concurrence¹⁴. En effet, les opérateurs de communications électroniques, qui opèrent sur une base nationale, proposent des offres circonscrites à un territoire national et sont soumis à une réglementation propre à chaque pays.

¹³ Décision C2007-68 du ministre chargé de l'économie Neuf Cegetel / T-Online en date du 25 juin 2007 précitée.

¹⁴ Décision n°38.233 de la Commission européenne Wanadoo Interactive en date du 16 juillet 2003 et décision C2005-44 du ministre chargé de l'économie Neuf Telecom / Cegetel en date du 12 août 2005 précitée.

a. Les marchés de fourniture de détail de téléphonie fixe

Ces marchés regroupent l'ensemble des services d'accès au réseau et de transmission de voix. Une distinction peut être opérée entre le marché de l'accès au réseau téléphonique public (i) et le marché des communications sur réseau téléphonique commuté (RTC)¹⁵ (ii).

Dans sa décision n°05-0571 du 27 septembre 2005 portant sur la définition des marchés pertinents de la téléphonie fixe, l'ARCEP segmente les marchés de la fourniture de détail de téléphonie fixe en fonction du type de clientèle, en distinguant les services fournis à des particuliers de ceux fournis à des entreprises. Au cas d'espèce, les parties ne sont pas simultanément actives sur les marchés de fourniture de détail de téléphonie fixe à destination des entreprises, seul Neuf Cegetel y exerçant une activité¹⁶. Seuls les marchés « résidentiels » feront donc l'objet d'une définition aux fins de l'analyse concurrentielle.

(i) Le marché résidentiel de l'accès au réseau téléphonique commuté (RTC)

Le marché résidentiel de l'accès au RTC se caractérise par trois types de prestations d'accès, susceptibles de former des sous-marchés distincts¹⁷ :

- les accès utilisés exclusivement pour la téléphonie, tels que l'abonnement de base pour une ligne téléphonique fixe ;

- les accès utilisés principalement pour la téléphonie, tels que l'abonnement de base d'une ligne téléphonique fixe en dégroupage partiel permettant l'accès à Internet haut débit ;

- les accès dont l'usage principal ne se limite pas à la téléphonie, tels qu'une offre en dégroupage total permettant l'accès à Internet haut débit, l'accès au service téléphonique et/ou à la télévision ;

Dans sa décision précitée, l'ARCEP considère toutefois que les deux premiers types de services font partie du même marché. Les autres types de services ne sont en revanche pas substituables, ainsi que le ministre a pu le constater dans sa pratique décisionnelle¹⁸.

(ii) Le marché résidentiel des communications sur RTC

Les marchés des communications se sont ouverts à la concurrence par le mécanisme de « sélection du transporteur ». Celui-ci s'est mis en place en deux temps : initialement au travers d'un préfixe de numérotation reconnaissable par l'utilisateur dit « sélection appel par appel », ensuite complété par le dispositif de « présélection » qui permet au travers d'une prestation figurant dans le catalogue d'interconnexion de France Télécom de programmer les commutateurs de l'opérateur

¹⁵ Le RTC assure la connexion momentanée, de deux installations terminales afin de mettre en relation deux usagers.

¹⁶ SFR, à travers l'activité de Télé2 France, dispose certes d'une clientèle de [...] entreprises. Mais s'agissant d'artisans et de très petites entreprises, dont la consommation est équivalente en volume et en valeur à celle de clients résidentiels, il doit être considéré que SFR n'est pas active sur les marchés de fourniture de services de détail de téléphonie fixe à destination des entreprises. Si toutefois une analyse concurrentielle devait être menée sur ce marché, il s'ensuivrait une absence d'atteinte à la concurrence du fait de la part de marché marginale détenue par SFR.

¹⁷ Les accès de données tels qu'un réseau privé virtuel ou une liaison louée forment un marché destiné aux professionnels.

¹⁸ Décision C2005-44 du ministre chargé de l'économie Neuf Telecom / Cegetel en date du 12 août 2005 précitée.

historique afin d'envoyer automatiquement les appels téléphoniques vers le réseau de l'opérateur présélectionné par l'utilisateur.

Dans ses décisions Neuf Telecom/Cegetel précitée et Neuf Cegetel/AOL¹⁹, le ministre chargé de l'économie a laissé ouverte la question de savoir si la distinction entre un marché des communications locales et/ou nationales et un marché des communications internationales est pertinente.

Le Conseil de la concurrence a eu l'occasion de distinguer un marché des communications à destination des réseaux mobiles²⁰.

En tout état de cause, la question de la délimitation exacte des marchés résidentiels des communications sur RTC peut être laissée ouverte dans la mesure où les conclusions de l'analyse concurrentielle demeurent inchangées, quelle que soit la définition retenue.

b. Les marchés de la fourniture d'accès à Internet

Selon la pratique décisionnelle des autorités de concurrence, il convient de distinguer le marché de la fourniture d'accès à Internet bas débit (via le réseau téléphonique commuté) et le marché de la fourniture d'accès à Internet haut débit (via les technologies du câble, de l'ADSL et de la fibre).

Même s'il doit être tenu compte des perspectives de développement de la technologie FTTH²¹ et de la très forte croissance de la technologie DSL, qui expliquent l'essor de la fourniture d'accès Internet haut débit aussi bien que le déclin avancé du bas débit, il existe encore, à ce jour, suffisamment d'indices justifiant l'existence de deux marchés de services distincts. On peut ainsi relever « *l'existence d'applications propres au haut débit (téléchargement de fichiers très volumineux de type jeux interactifs en réseau) ; les spécifications propres au haut débit (nécessité de recourir à un modem spécifique pour l'accès Internet haut débit qui ne peut être utilisé pour l'accès à Internet bas débit) et la persistance d'écarts de prix importants entre les deux services* »²².

Le marché de la fourniture d'accès à Internet haut débit comprend l'ensemble des services haut débit, à savoir, outre l'accès à Internet, les services de voix sur IP, la télévision et la téléphonie fixe. Ces services sont généralement proposés dans le cadre d'une offre « triple-play ». Ces offres devraient évoluer rapidement vers des offres dites « quadruple-play » intégrant une offre supplémentaire de téléphonie mobile. Ce point sera abordé en détail ci-après, dans la section III. C. de la présente décision. Les termes « offres multiservices » ou « offres multiple play » peuvent également être utilisés pour désigner ce marché.

Une segmentation plus fine de ce marché en fonction de chaque type de service ne se justifie pas. En effet, dans son Avis n° 05-A-03 sur l'analyse de l'ARCEP des marchés du haut débit, le Conseil de la concurrence observe que « *la diversification rapide des services offerts par la technologie ADSL (accès à Internet, voix sur IP, télévision, visiophonie) et le développement d'offres « multiplay » plaident en faveur d'une délimitation large des marchés au niveau du détail, englobant au moins tous les types de service haut débit ADSL* ». Le ministre chargé de l'économie a ainsi déjà considéré qu'il devait être retenu un marché de détail de l'accès à Internet haut débit, comprenant en réalité tout ou partie de ces offres « multiple play » sans distinction entre les différents modes de

¹⁹ C2006-108 Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie du 26 octobre 2006, au conseil de la société Neuf Cegetel SA, relative à une concentration dans le secteur des services d'accès à internet, publiée au BOCCRF n°10bis du 18 décembre 2006.

²⁰ Décision n° 01-D-46 du Conseil de la concurrence en date du 23 juillet 2001 relatives à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom à l'occasion d'une offre sur mesure conclue en 1999.

²¹ *Fiber To The Home* (fibre jusqu'au foyer) : il s'agit d'une technologie visant à concurrencer les technologies xDSL en installant de la fibre optique jusqu'au domicile de l'abonné.

²² Décision C2007-68 du ministre chargé de l'économie Neuf Cegetel / T-Online en date du 25 juin 2007 précitée.

fourniture de ces services²³. Par la suite, le terme « Internet haut débit » sera également utilisé en référence aux offres multiservices.

A l'instar des marchés de fourniture de services de détail de téléphonie fixe, les marchés de la fourniture d'accès à Internet peuvent enfin être segmentés selon le type de client (clientèle résidentielle / clientèle professionnelle)²⁴.

En conclusion de cette section, pour les marchés des communications électroniques hors mobiles, l'analyse concurrentielle de l'espèce sera menée sur les marchés pertinents suivants et leurs éventuels segments :

A L'AMONT :

- le marché du départ d'appel
- le marché de la terminaison d'appel
- le marché des services de transit
- le marché des services de dégroupage
- le marché des services de collecte DSL livrés en un point de livraison national
- le marché des services de collecte DSL livrés en un point de livraison régional
- le marché de la fourniture d'infrastructures passives de desserte longue distance
- le marché de la fourniture d'infrastructures passives de desserte locale

A L'AVAL :

- le marché résidentiel des accès utilisés exclusivement ou principalement pour la téléphonie
- le marché résidentiel des accès dont l'usage principal ne se limite pas à la téléphonie
- le marché résidentiel des communications sur RTC
 - le segment résidentiel des communications locales
 - le segment résidentiel des communications nationales
 - le segment résidentiel des communications internationales
 - le segment résidentiel des communications à destination des mobiles
- le marché résidentiel de la fourniture d'accès à Internet bas débit
- le marché résidentiel de la fourniture d'accès à Internet haut débit
- le marché professionnel de la fourniture d'accès à Internet haut débit

²³ Décision C2005-44 du ministre chargé de l'économie Neuf Telecom / Cegetel en date du 24 juin 2005 précitée.

²⁴ Décision COMP/M.4417 de la Commission européenne Telecom Italia / AOL German Access Business en date du 28 novembre 2006.

B. LES MARCHÉS DE LA TÉLÉPHONIE MOBILE

A titre liminaire, il convient de rappeler que les marchés de la téléphonie mobile ont déjà fait l'objet de définitions par les autorités de concurrence, ainsi que par l'ARCEP, dans leur pratique décisionnelle respective. Aucune évolution notable des conditions de marché n'est intervenue depuis les plus récentes décisions. De plus, les retours du test de marché mené dans le cadre de la présente instruction n'ont pas fait état de délimitations alternatives susceptibles de modifier la définition des marchés pertinents. Dès lors, les définitions exposées ci-dessous sont identiques à celles qui ont été utilisées lors de l'examen concurrentiel des précédentes concentrations intervenues dans la téléphonie mobile.

La dimension géographique des marchés de la téléphonie mobile, tant en ce qui concerne le marché de gros que le marché de détail, doit être circonscrite au niveau national métropolitain. En premier lieu, il apparaît que la nature des services de téléphonie mobile est homogène sur l'ensemble du territoire. En second lieu, les concurrents sont les mêmes et les préférences des consommateurs identiques dans toutes les régions françaises métropolitaines²⁵ ; ils ne diffèrent que marginalement en fonction des services offerts. En troisième lieu, les politiques tarifaires et de commercialisation sont généralement fixées au niveau national.

1. Le marché de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux téléphoniques mobiles

Au sens de la Recommandation précitée de la Commission européenne, le marché de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux mobiles regroupe « *les prestations qui sont fournies par un opérateur de réseau mobile à un acteur ne disposant pas d'une autorisation d'utilisation de fréquences pour la zone considérée, en vue de permettre à ce dernier de fournir au détail un ensemble de services d'accès et de départ d'appel mobile pertinents* ».

Ainsi, sur ce marché, se rencontrent une offre proposée par les opérateurs de réseaux mobiles hôtes disposant d'une licence d'exploitation et d'un réseau mobile *ad hoc* (« MNO²⁶ »), et une demande émanant des opérateurs virtuels (ou « MVNO²⁷ ») s'approvisionnant en temps de communication. Il s'agit d'un marché caractérisé par des contrats de gré à gré.

Du côté de l'offre, trois MNO, Orange, SFR et Bouygues sont actuellement actifs sur ce marché de gros.

Du côté de la demande, les différents MVNO sont en relations commerciales exclusives avec un seul MNO auquel ils achètent du temps de communication en gros afin de proposer sur le marché aval des services de communications mobiles à leurs propres abonnés.

Conformément à la pratique décisionnelle des autorités de concurrence et de l'ARCEP, il convient de retenir l'existence d'un marché global de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux téléphoniques mobiles.

²⁵ Comme le souligne le Conseil de la concurrence à propos du marché de détail de la téléphonie mobile, « *les DOM, Mayotte et Saint-Pierre-et-Miquelon (collectivités territoriales) possèdent de nombreuses particularités faisant d'eux des marchés distincts de la métropole* ». (Avis du Conseil de la concurrence n°04-A-17 du 14 octobre 2004 relatif à une demande d'avis présentée par l'Autorité de Régulation des Télécommunications en application de l'article L.37-1 du Code des postes et communications électroniques).

²⁶ *Mobile Network Operator*.

²⁷ *Mobile Virtual Network Operator*.

2. Le marché de détail de la téléphonie mobile

Le Conseil de la concurrence a eu l'occasion de distinguer le marché de la téléphonie mobile du marché de la téléphonie fixe. Ainsi, « *du point de vue de la demande, les services de téléphonie mobile GSM offrent la faculté, à partir d'un terminal dédié, de recevoir et de donner des appels téléphoniques ainsi que des messages textuels courts (SMS) [...]. Ces services se caractérisent par leur souplesse d'utilisation par rapport à ceux de la téléphonie fixe, tant en émission qu'en réception, et ne leur apparaissent donc pas substituables. La pratique consistant à résilier un abonnement au réseau de téléphonie fixe au profit de l'abonnement pour la téléphonie mobile est d'ailleurs restée jusqu'à présent marginale* »²⁸. Cette segmentation a systématiquement été reprise par les autorités de concurrence, tant communautaire que nationales²⁹.

Sur ce marché, les MNO et les MVNO sont en concurrence pour la fourniture de services de téléphonie mobile au consommateur final. Ces deux types d'opérateurs constituent l'offre de services de téléphonie mobile à destination d'une demande finale constituée par les consommateurs (particuliers ou professionnels). Qu'ils soient MNO ou MVNO, les opérateurs de téléphonie mobile maîtrisent la conception et le lancement de leurs offres commerciales, et sont entièrement responsables de la fourniture des services et des communications mobiles à leurs clients.

Le ministre chargé de l'économie a déjà évoqué la possibilité de segmenter le marché par type de consommateurs (entreprises / particuliers) ou par type d'offres (abonnement prépayé ou postpayé). Toutefois, la pertinence de telles segmentations a été écartée pour des motifs tenant à la substituabilité du côté de l'offre :

« - d'une part, il existe une forte substituabilité du côté de l'offre pour ces différents services, chaque opérateur étant en mesure de proposer indifféremment une offre destinée aux entreprises ou aux particuliers, et de concevoir des forfaits prépayés ou sous forme d'abonnements mensuels ;

*- d'autre part, les offreurs ne sont pas spécialisés selon un certain type d'acheteurs. Aucun élément ne permet donc de supposer que des discriminations tarifaires significatives puissent être effectuées entre les différentes catégories d'acheteurs même s'il existe des offres spécifiques pour chacun d'entre eux »*³⁰. La Commission européenne précise à cet égard que « *concernant la distinction selon les différents groupes de clients, clients privés ou professionnels, clients contractuels et prépayés, l'offre peut être substituée par les exploitants du réseau, lesquels ne sont pas en mesure de distinguer clairement les clients professionnels et les clients privés* ».³¹

L'analyse concurrentielle sera donc menée sur un marché global de la vente au détail de téléphonie mobile, conformément à la pratique des autorités de concurrence pour lesquelles une distinction par type de consommateurs, tels que les particuliers et les entreprises, ou par type d'offres (abonnement prépayé ou abonnement postpayé) ne semble pas pertinente³².

²⁸ Décision du Conseil de la concurrence n°02-D-69 du 26 novembre 2002 relatives aux saisines et aux demandes de mesures conservatoires présentées par l'Union fédérale des consommateurs Que Choisir et la Confédération de la consommation, du logement et du cadre de vie.

²⁹ Voir, par exemple, la décision n°M.4809 de la Commission européenne France Telecom / MID Europa Partners / One en date du 21 septembre 2007.

³⁰ C2007-150 Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'emploi du 23 novembre 2007, aux conseils des sociétés SFR et Somart, relative à une concentration dans le secteur des produits et services de téléphonie mobile, publiée au BOCCRF n°1 bis du 25 janvier 2008.

³¹ Décision n°COMP/M.3916 de la Commission européenne T-Mobile Austria / Tele.ring en date du 26 avril 2006.

³² Décision n°COMP/M.4034 de la Commission européenne Telenor / Vodafone / Sverige en date du 22 décembre 2005 ou décision n°COMP/M.3920 de la Commission européenne France Télécom / Amena en date du 24 octobre 2004.

En conclusion de cette section, pour les marchés de la téléphonie mobile, les conséquences de l'opération seront étudiées au cas d'espèce sur les marchés suivants :

- Le marché de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux téléphoniques mobiles
- Le marché de détail de la téléphonie mobile

C. LES MARCHÉS DE LA TÉLÉVISION PAYANTE

A titre liminaire, il convient de rappeler que les marchés de la télévision payante ont fait l'objet de nombreuses décisions récentes des autorités de concurrence, en particulier à l'occasion de l'examen des opérations de concentration Vivendi Universal / CanalSat / TPS³³, au niveau national, et SFR / Télé2³⁴, au niveau communautaire. Les définitions de marché reprises pour les besoins de la présente décision se fondent sur la pratique décisionnelle constante des autorités de concurrence, dans la mesure où les retours du test de marché n'ont pas fait apparaître de divergences significatives avec l'approche retenue par celles-ci.

Les marchés de la télévision payante s'organisent selon une architecture à trois niveaux.

En amont, l'offre est constituée par les détenteurs de droits de diffusion de programmes audiovisuels. La demande émane des éditeurs de chaînes, voire de certains distributeurs, mais également d'offres de services de télévision non linéaire (notamment Video on Demand « VoD », Pay Per View « PPV »). Les marchés amont de la télévision payante seront définis dans le point 1. ci-après.

Au stade intermédiaire, du côté de l'offre, les éditeurs de chaînes définissent une thématique (premium, information, jeunesse, etc.) et une ligne éditoriale. L'acquisition de contenus (les programmes) se fait soit en interne (autoproduction), soit auprès de tiers auxquels sont achetés des droits de diffusion audiovisuels. Le droit de distribuer les chaînes, en exclusivité ou non, est ensuite vendu à des distributeurs de télévision payante qui formulent donc leur demande sur ces marchés intermédiaires. Ces marchés seront définis dans le point 2. ci-après.

En aval, l'offre de télévision payante émane des distributeurs (câblo-opérateurs, opérateurs ADSL, distributeurs de télévision numérique terrestre (TNT) payante, distributeurs satellite, voire, sous certaines réserves explicitées ci-après, opérateurs de téléphonie mobile). Sur ce marché, la demande émane des souscripteurs d'abonnements à une offre de télévision payante³⁵. Les marchés aval de la télévision payante seront étudiés dans le point 3. ci-après.

La dimension géographique des marchés de la télévision payante doit être circonscrite au niveau national. En effet, s'agissant des marchés amont (acquisition de droits) ou intermédiaires (acquisition de chaînes), les négociations entre offreurs et demandeurs sont organisées sur une base nationale, qu'il s'agisse de droits portant sur des contenus nationaux ou étrangers. Concernant les marchés aval de la télévision payante, il convient de remarquer que les différents modes de diffusion couvrent l'ensemble du territoire national (satellite) ou sont amenés à couvrir progressivement l'ensemble ou une grande

³³ C2006-02 Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie du 30 août 2006, aux conseils de la société Vivendi Universal, relative à une concentration dans le secteur de la télévision payante, publiée au BOCCRF n°7 bis du 15 septembre 2006.

³⁴ Décision n°COMP/M.4504 de la Commission européenne SFR/Télé2 en date du 18 juillet 2007 précitée.

³⁵ Au cas d'espèce, les professionnels (bars, hôtels, cliniques, hôpitaux, prisons...) ne sont pas concernés par l'opération, Neuf Cegetel n'étant pas actif sur le marché aval de la télévision payante pour professionnels, tel qu'il a été défini dans la décision *Vivendi Universal / CanalSat / TPS* précitée.

partie de ce territoire (TNT³⁶, DSL³⁷, câble³⁸ et fibre). En outre, les distributeurs de télévision payante ont une politique tarifaire uniforme sur l'ensemble du territoire.

1. Les marchés amont

En amont, les droits de diffusion de programmes audiovisuels sont acquis par des éditeurs de chaînes de télévision et, dans une moindre mesure, des distributeurs de services de télévision.

La question d'une segmentation par type de plateforme n'a pas été jugée pertinente par les autorités de concurrence. En effet, les droits de diffusion de programmes portent, le plus souvent, sur l'ensemble des principales plateformes de distribution : satellite, hertzien (analogique et numérique), câble, DSL, et fibre, à l'exception des droits relatifs à la diffusion de contenus audiovisuels sur mobiles. Ainsi, les contenus destinés à la télévision payante forment un seul et même marché, sauf en ce qui concerne les contenus destinés à la télévision sur mobile, qui constituent à eux seuls un marché pertinent.

Au sein du marché de l'acquisition de droits de diffusion de programmes audiovisuels, une distinction peut être opérée entre les droits destinés à une exploitation sur des chaînes de télévision classiques, dites « linéaires » et les droits destinés à des services de télévision « non linéaires », notamment la *Video on Demand* (« VoD ») et le *Pay Per View* (« PPV »). En effet, comme le souligne la Commission européenne, « *les services non linéaires présentent de fortes différences en termes de demande, de réglementation applicable ou encore de prix par rapport aux chaînes de télévision classiques* »³⁹. Ainsi, il peut être rappelé que la chronologie des droits VoD et PPV est différente de celle des contenus linéaires. Ceci résulte de fait d'un accord interprofessionnel signé le 20 décembre 2005, et des pratiques contractuelles de Canal+ s'agissant de l'exclusivité d'exploitation pendant la fenêtre de première diffusion télévisée. Aujourd'hui, l'exploitation VoD débute 33 semaines après l'exploitation de l'œuvre en salle, l'exploitation PPV 9 mois et la première fenêtre de télévision payante 12 mois après.

Enfin, il peut être indiqué à l'appui d'une telle segmentation que les droits VoD sont généralement acquis sur une base non exclusive, contrairement au modèle économique des droits linéaires.

a. L'achat de droits audiovisuels pour l'exploitation d'une chaîne linéaire de télévision payante

Sur ce marché l'offre est constituée des détenteurs des droits de diffusion de programmes audiovisuels et la demande de différents opérateurs, principalement des éditeurs de chaînes de télévision et, dans une moindre mesure des distributeurs de services de télévision.

³⁶ Le taux de couverture de la population française par la TNT est d'environ de 85%. Le CSA estime que ce taux pourrait être de 95% en 2011.

³⁷ Le taux de couverture de la population française par la DSL est d'environ de 70%.

³⁸ Le taux de couverture de la population française par le câble a été estimé par les parties à environ de 40%.

³⁹ Décision n°COMP/M.4504 de la Commission européenne SFR/Télé2 en date du 18 juillet 2007 précitée.

b. L'achat de droits audiovisuels pour l'exploitation de services non linéaires de télévision payante

(i) L'achat de droits audiovisuels pour l'exploitation de VoD

La VoD est un service de paiement à l'acte qui consiste à donner pendant une durée déterminée (généralement 24 heures) un programme en location à un téléspectateur. Celui-ci peut le visionner au moment de son choix jusqu'à l'expiration du délai de visionnage.

Il s'agit d'un marché récent puisque les premières offres de VoD ont été conçues en octobre 2005 en France⁴⁰.

Ce marché peut être segmenté en distinguant l'acquisition des droits VoD cinématographiques et l'acquisition des autres droits VoD. Les autres droits VoD concernent des contenus tels que les séries, les dessins animés, les documentaires, ou encore, mais à un degré moindre, certaines compétitions sportives. Pour ces droits VoD autres que les œuvres cinématographiques, la Commission européenne n'a pas conclu « avec certitude à la pertinence d'une segmentation en fonction du type de diffusion »⁴¹.

Il existe toutefois des différences notables en termes de nature et surtout de prix entre ces types de contenus VoD et les contenus cinématographiques.

Il apparaît que l'essentiel des programmes vendus en VoD concerne des œuvres cinématographiques, les ventes en VoD des autres catégories de programmes restant à ce jour encore peu significatives. Ainsi, selon le CNC, la consommation de films a représenté plus de 77% de la totalité des programmes téléchargés en VoD en France. Il apparaît par conséquent que ce type de contenus est indispensable pour constituer une offre attractive de VoD.

Au sein du marché de l'acquisition des droits VoD cinématographiques, deux segmentations plus fines ont déjà été étudiées par les autorités de concurrence, selon la nationalité des films et leur caractère récent ou non (catalogue).

La première vise à segmenter le marché des droits VoD cinématographiques selon la nationalité des films concernés, en distinguant les films français et les films américains. En effet, il existe des différences notables en termes de prix, d'attractivité, d'identité et de capacité de négociation commerciale entre ces différents contenus. De plus, il existe une réglementation spécifique qui s'applique aux demandeurs, en matière d'investissements dans le cinéma français⁴². Toutefois, que l'on retienne un marché unique des droits VoD cinématographiques ou que l'on segmente ces droits en fonction de la nationalité du film, les conclusions de l'analyse concurrentielle demeurent inchangées. Comme l'a constaté le ministre chargé de l'économie, dans sa décision Vivendi Universal / CanalSat / TPS, « les termes de l'analyse concurrentielle sont très proches pour ce qui concerne les droits VoD relatifs aux œuvres américaines et ceux portant sur les œuvres françaises ». Cette observation est toujours valable aujourd'hui.

La seconde segmentation distingue entre les droits de diffusion en VoD des œuvres cinématographiques récentes et ceux relatifs aux œuvres cinématographiques de catalogue. La valeur des droits de diffusion pour un distributeur est directement liée au caractère récent, ou non, des films. Il n'est toutefois pas nécessaire de se prononcer de manière définitive sur la pertinence de cette segmentation qui n'a pas d'incidence sur l'analyse concurrentielle du cas d'espèce.

⁴⁰ La VoD s'est d'abord développée aux Etats-Unis à partir du début des années 2000.

⁴¹ Décision n°COMP/M.4504 de la Commission européenne SFR/Télé2 en date du 18 juillet 2007 précitée.

⁴² Voir sur ce point la décision C2006-2 du ministre chargé de l'économie Vivendi Universal / CanalSat / TPS en date du 30 août 2006 précitée.

En conclusion, l'analyse concurrentielle portera sur le marché global de l'acquisition de droits cinématographiques destinés à la VoD.

(ii) L'achat de droits audiovisuels pour l'exploitation en PPV

Le PPV est un service de paiement à l'acte qui consiste à diffuser un programme à une heure donnée contre paiement d'une somme déterminée à l'avance.

Il existe des droits spécifiques pour l'exploitation de programmes en PPV, distincts de ceux pour la VoD. Une telle segmentation a été retenue par le ministre chargé de l'économie, à l'occasion de son examen de l'opération *Vivendi Universal / CanalSat / TPS*. Ainsi « *malgré le caractère relativement émergent de l'achat de droits VoD, l'instruction a fait apparaître de fortes différences entre l'achat de droits pour ce mode de diffusion et l'achat de droits PPV* »⁴³.

Ces différences résident dans les prix, les conditions commerciales, la réglementation applicable, la demande et les barrières à l'entrée. Comme le souligne le ministre chargé de l'économie, « *l'entrée sur le marché relatif au PPV implique en effet et notamment, l'entrée sur le marché de l'édition de chaînes. Ainsi, [...] ce marché est caractérisé par l'existence de barrières à l'entrée plus importantes* »⁴⁴.

(iii) L'achat de droits audiovisuels pour l'exploitation d'autres services non linéaires

Une des évolutions récentes des services de télévision payante non linéaire est le développement de formes de VoD, parmi lesquelles la « *SvoD*⁴⁵ » et la télévision de rattrapage (ou « *catch-up TV* »).

La *SvoD* se distingue de la VoD et du PPV en ce qu'elle permet un accès illimité à des offres de VoD contre le paiement d'un forfait généralement mensuel. En ce sens, elle tend à se rapprocher d'une chaîne linéaire « classique ». Toutefois, les droits acquis portent sur des contenus de VoD. Dès lors, il apparaît peu opportun de distinguer entre les droits portant sur la VoD et ceux portant sur la *SvoD*.

La télévision de rattrapage est une offre de service permettant au téléspectateur de regarder le programme déjà diffusé sur une chaîne linéaire, gratuitement ou contre paiement à l'acte. S'agissant d'une offre très récente, le modèle économique de la « *catch-up TV* » n'est pas encore figé. Plusieurs modèles ont été adoptés par les acteurs du marché qui vont de la mise à disposition d'exclusivités à un tiers (France Télévisions avec Orange) à un financement par la publicité (M6 Replay), mais aussi à une intégration dans l'abonnement à un bouquet de chaînes (Canal+). Il ne peut donc être exclu que les chaînes linéaires souhaitent à l'avenir garder la relation directe avec le consommateur final plutôt que de vendre leurs droits à un distributeur tiers. Les parties considèrent en outre qu'il existe autant de marchés de l'acquisition de droits de la « *catch-up TV* » qu'il existe de chaînes de télévision (gratuite et payante).

c. L'achat de droits audiovisuels destinés à la téléphonie mobile

Conséquence de la convergence des secteurs de l'audiovisuel et des communications électroniques, le marché relatif à l'acquisition de droits de diffusion de contenus audiovisuels pour une diffusion sur terminaux mobiles est récemment apparu. Ce marché présente des différences

⁴³ C2006-2 décision du ministre chargé de l'économie *Vivendi Universal / CanalSat / TPS* en date du 30 août 2006 précitée.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Subscriber VoD ou VoD par abonnement.

importantes vis-à-vis des contenus audiovisuels acquis pour une diffusion télévisuelle classique, différences qui portent notamment sur les caractéristiques spécifiques de la demande et de l'offre, des services acquis, des conditions commerciales et du niveau des prix constatés.

Il convient donc, comme l'a fait le ministre à l'occasion de l'instruction de l'opération *Vivendi Universal / CanalSat / TPS*, de considérer qu'il existe un marché distinct de l'acquisition de droits de diffusion de contenus audiovisuels destinés aux terminaux mobiles.

Il n'est toutefois pas nécessaire de se prononcer de manière définitive sur la délimitation exacte de ces marchés dans la mesure où les conclusions de l'analyse concurrentielle demeureront inchangées, quelle que soit la délimitation retenue.

2. Les marchés intermédiaires

Ces marchés intermédiaires mettent les éditeurs de chaînes de télévision en relation avec les distributeurs de services de télévision payante.

Il doit être notamment rappelé ici qu'une distinction entre les chaînes gratuites et les chaînes payantes a toujours été retenue par les autorités de concurrence communautaire et nationales⁴⁶. Cette approche est principalement justifiée par les différences dans les modèles économiques respectifs de ces chaînes. En effet, les chaînes gratuites sont très largement financées par les ressources publicitaires, complétées dans le cas des chaînes publiques par des ressources publiques, alors que les chaînes payantes sont principalement financées par les redevances payées par les distributeurs.

La différence de rémunération entre les chaînes payantes et les chaînes gratuites concerne principalement les distributeurs de télévision. En effet, pour ces derniers, seule la distribution des chaînes payantes représente un coût (la redevance qu'ils versent à l'éditeur ou, s'agissant des chaînes proposées en option, un partage de la rémunération versée par le client entre l'éditeur de la chaîne et le distributeur), la distribution des chaînes gratuites ne leur coûtant rien. Ainsi, du côté de la demande (i.e. un distributeur de télévision), ces deux catégories de chaînes ne sont pas substituables entre elles, mais complémentaires.

Du point de vue de l'offre, les éditeurs ne peuvent pas aisément changer à court terme et à moindre coût le modèle économique de leurs chaînes. En effet, le passage de l'édition d'une chaîne payante à celle d'une chaîne gratuite nécessite de disposer d'une notoriété suffisante afin d'attirer les annonceurs et d'un accès à un nombre beaucoup plus important de téléspectateurs. Il convient d'indiquer que le marché publicitaire est peu extensible et ne peut donc pas financer un nombre infini de chaînes. *A contrario*, il est également difficile, pour une chaîne gratuite, de devenir une chaîne payante (ou plus généralement d'en lancer une) dans la mesure où il est préalablement nécessaire d'assurer une bonne distribution afin de recueillir les redevances suffisantes. Il faut également tenir compte du nombre déjà important de chaînes éditées et de la baisse substantielle du niveau de redevance acquittée par les distributeurs.

Compte tenu de ces éléments tirés de la pratique décisionnelle de la Commission européenne⁴⁷ et des autorités nationales de concurrence, l'édition de chaînes gratuites et l'édition de chaînes payantes doivent être appréhendées comme deux marchés de services distincts.

Au sein de l'édition de chaînes payantes, plusieurs marchés peuvent être délimités, en fonction de la thématique concernée (premium, sport, cinéma, information, jeunesse, autres thématiques).

Un bouquet est un ensemble de plusieurs chaînes. Les autorités de concurrence considèrent qu'un bouquet « attractif » est un bouquet composé de l'ensemble des thématiques principales

⁴⁶ Décision n°COMP/M.4204 de la Commission européenne Cinven/UPC France en date du 13 juillet 2006.

⁴⁷ Décision n°COMP/M.4504 de la Commission européenne SFR/Télé2 en date du 18 juillet 2007 précitée.

(premium, sport, cinéma, information, jeunesse), complété par d'autres thématiques plus ou moins substituables les unes aux autres. Comme le souligne la Commission européenne, « *la notion de diversité, et la disponibilité de chaînes sur l'ensemble des thématiques principales, demeure en effet une motivation d'abonnement majeure* »⁴⁸.

Enfin, une distinction peut être effectuée entre les chaînes classiques ou dites linéaires et les services non linéaires (principalement VoD, PPV), de même qu'au sein des services non linéaires. Comme pour les marchés amont, une segmentation peut être fondée sur les caractéristiques de la demande finale sur le marché aval qui structure toute la chaîne de valeur de la télévision payante.

Ainsi, de fortes différences ont été identifiées entre les chaînes de VoD et de PPV et les chaînes linéaires, notamment techniques et économiques. En premier lieu, les services de VoD ne peuvent pas être distribués sur tous les modes de diffusion, les opérateurs satellitaires ne pouvant pas proposer, à ce jour, de telles chaînes en raison de l'absence de voie de retour. Ensuite, le modèle économique actuel des services de PPV est différent de celui des services de VoD, ces derniers étant de plus en plus souvent proposés par des opérateurs n'appartenant pas traditionnellement au secteur de la télévision payante.

En outre, la question de la distinction des chaînes de PPV et de VoD en fonction de leur contenu (notamment les chaînes de sport et les chaînes cinéma) doit également être posée, conformément à la pratique décisionnelle du ministre en la matière. En effet, ces deux thématiques ne sont pas substituables. A l'image des définitions adoptées en ce qui concerne les « chaînes traditionnelles », les services de VoD et de PPV pourraient donc être segmentés en fonction de leur contenu cinématographique (et assimilé) ou sportif. La question de la segmentation en fonction du contenu peut cependant être laissée ouverte en raison du caractère émergent des programmes à contenu sportif. En tout état de cause, quelle que soit la définition adoptée, les conclusions de l'analyse demeureront inchangées.

En revanche, la distinction doit être réalisée s'agissant des services de PPV.

Il n'est toutefois pas nécessaire de se prononcer définitivement sur cette segmentation dans la mesure où les conclusions de l'analyse concurrentielle demeurent inchangées, quelles que soient les définitions retenues.

3. Les marchés aval

Concernant les marchés aval de la télévision payante, qui mettent en relation des distributeurs de services de télévision payante et une demande émanant des souscripteurs de ces mêmes offres, plusieurs segmentations ont également été étudiées par les autorités de concurrence.

Certaines ont été considérées pertinentes, telles que la segmentation du marché en fonction de son caractère gratuit ou payant ou de son type de clientèle (particuliers / professionnels).

D'autres ont été écartées, telles que la segmentation selon les modes de diffusion (câble, satellite, ADSL, TNT) à l'exception toutefois des terminaux mobiles, ou selon le format proposé (chaînes en bouquets ou à la carte). En effet, l'offre de télévision payante en France est accessible au téléspectateur par l'intermédiaire de plusieurs modes de diffusion : le DSL, le câble, le satellite, le hertzien. Cette offre est protéiforme, composée de bouquets de chaînes (type CanalSat), de chaînes vendues séparément et de mini-bouquets (type Orange TV). Les autorités de concurrence considèrent qu'il n'y a pas lieu de segmenter le marché de la distribution de télévision payante en fonction de ses modes de diffusion ou de la composition de ces offres.

Toutefois, dans le cadre de l'opération Vivendi Universal / CanalSat / TPS, le ministre chargé de l'économie a identifié un marché aval de la distribution de télévision payante sur téléphone mobile, distinct des autres modes de diffusion. Lors de l'instruction de cette précédente affaire, ce marché a été

⁴⁸ Décision n°COMP/M.4204 de la Commission européenne Cinven/UPC France en date du 13 juillet 2006.

considéré comme émergent, rendant difficile l'évaluation des positions des acteurs et les caractéristiques de la concurrence. Il n'y a pas lieu de remettre en cause ce constat aujourd'hui.

a. la distribution de services de télévision payante linéaire

De même que la pratique décisionnelle des autorités de concurrence a distingué l'édition de chaînes gratuites et l'édition de chaînes payantes, il doit être considéré qu'à l'aval, la distribution de télévision payante et la distribution de télévision gratuite sont deux services distincts. En effet, la télévision payante établit une relation commerciale entre le distributeur de télévision et le téléspectateur alors que la télévision gratuite n'établit une telle relation qu'entre le distributeur de télévision et les annonceurs publicitaires. Dans le même sens, une distinction peut être opérée du point de vue du téléspectateur selon que l'offre télévisuelle est reçue sans contrepartie spécifique ou bien qu'elle résulte d'une démarche active en termes de souscription permettant l'accès à certains programmes non disponibles par ailleurs. Dès lors, les offres de télévision payante et de télévision gratuite sont peu substituables du point de vue de la demande. Sur cette question de la pertinence d'une segmentation entre le marché aval de la télévision payante et le marché aval de la télévision gratuite, il peut être renvoyé aux développements de la décision C2006-02 du ministre chargé de l'économie Vivendi Universal / CanalSat / TPS (section III-I-A.).

b. la distribution de services de télévision payante non linéaire

Plusieurs modèles économiques ont récemment émergé, illustrant le dynamisme des offres non-linéaires.

(i) la vidéo à la demande (VoD) en paiement à l'acte

Le service de VoD a fait l'objet d'une description plus détaillée à l'occasion de la définition du marché amont de l'acquisition de droits VoD. Il peut être précisé, que concernant spécifiquement le marché aval, la distribution de VoD se distingue des chaînes « linéaires » car elle laisse au téléspectateur une liberté plus grande dans sa consommation. Avec l'offre de VoD d'un distributeur, un téléspectateur peut sélectionner le programme de son choix, qu'il s'agisse de films, de séries, de documentaires ou de contenus sportifs, à partir d'une liste proposée, afin de le visionner à l'heure voulue.

Au sein du marché de la distribution de VoD, la question d'une segmentation plus fine, selon le support de réception (ordinateur ou télévision), peut être étudiée. En effet, « *une distinction doit être faite entre, d'une part, les services accessibles directement sur une télévision et par l'intermédiaire d'un distributeur de télévision payante et ceux, d'autre part, qui sont accessibles via Internet et sont diffusés sur ordinateurs. Ces derniers sont proposés par l'éditeur de chaînes ou le détenteur de droits* »⁴⁹.

Toutefois, Neuf Cegetel n'étant pas active sur la distribution de VoD sur ordinateur, la question de la délimitation exacte de ce marché peut être laissée ouverte, les conclusions de l'analyse concurrentielle demeurant inchangées.

⁴⁹ Décision C2006-02 du ministre chargé de l'économie Vivendi Universal / CanalSat / TPS en date du 30 août 2006 précitée.

- (ii) la vidéo à la demande en paiement forfaitaire sur abonnement (sVoD)

Une des évolutions récentes de la VoD est l'apparition de la sVoD qui est un service de VoD par abonnement, tendant à rapprocher ce service d'une offre de télévision payante linéaire. Toutefois son contenu reste constitué de VoD, qui peuvent être visionnées de manière illimitée le temps couvert par l'abonnement (mensuel).

- (iii) le service de télévision de rattrapage (« catch-up TV »)

Le service de « catch-up TV » permet de regarder en différé et à la demande, durant un laps de temps limité, tout ou partie d'un programme d'une chaîne linéaire. Tout comme les services de vidéo à la demande (VoD), les services de rattrapage sont distribués sur de multiples supports (écran de télévision, écrans d'ordinateur ou de téléphones portables).

Les services de VoD et les services de rattrapage ne peuvent pas être considérés comme des substituts proches. En effet, si les services de VoD sont constitués de films, pour certains récents et à succès, ainsi que d'autres contenus variés (documentaires, spectacles etc.), les services de rattrapage ne font que reprendre la programmation télévisuelle d'une ou plusieurs chaînes dans la même fenêtre de droits que celle de la ou des chaîne(s) en question. En outre, la quasi-totalité des services de rattrapage sont aujourd'hui gratuits⁵⁰, contrairement aux services de VoD qui, pour une grande majorité des programmes proposés, sont payés à l'acte.

La question de savoir si ces différentes offres de télévision payante non-linéaires forment autant de marchés distincts peut être laissée ouverte, les conclusions de l'analyse concurrentielle demeurant inchangées quelles que soient les délimitations retenues.

c. La distribution de télévision sur mobile

Dans le cadre de l'opération *Vivendi Universal / CanalSat / TPS*, le ministre chargé de l'économie a identifié un marché aval de la distribution de télévision payante sur terminaux mobile, distinct des autres modes de diffusion.

Sur ce marché, l'offre des distributeurs de télévision payante sur terminaux mobile rencontre la demande des consommateurs. Le Conseil de la concurrence avait considéré dans son Avis relatif à la même opération que six distributeurs étaient présents sur ce marché en 2006 : les trois opérateurs mobiles, NRJ Mobile, CanalSat et TPS.

Aujourd'hui, la télévision payante est diffusée grâce aux réseaux 3G. Cette technologie présente des limites, notamment liées à la saturation rapide du réseau. Ce marché pourrait rapidement connaître une évolution majeure avec l'apparition des premières offres de télévision mobile personnelle (TMP) qui combineront des offres gratuite et payante.

Au cas d'espèce, il n'est pas nécessaire de se prononcer sur la pertinence ou la délimitation exacte de ce marché qui reste émergent, les conclusions de l'analyse concurrentielle demeurant inchangées.

⁵⁰ D'après les informations disponibles au moment de l'instruction, l'offre d'Orange de services de rattrapage (« Rewind TV ») serait toutefois payante.

En conclusion de cette section, pour les marchés de la télévision payante, les conséquences de l'opération seront étudiées au cas d'espèce sur les marchés suivants :

A l'amont :

- le marché de l'achat de droits audiovisuels de télévision linéaire segmenté selon leur thématique, leur nationalité et leur caractère récent ou non
- le marché de l'achat de droits VoD
- le marché de l'achat de droits PPV
- le marché de l'achat des autres droits de télévision payante non linéaire
- le marché de l'acquisition de droits audiovisuels destinés à la téléphonie

Au stade intermédiaire :

- les marchés intermédiaires de l'édition et de la commercialisation de chaînes payantes linéaires (segmentées selon leur thématique : premium, cinéma, sport, information générale, jeunesse, autres), de chaînes VoD, de chaînes PPV sport et de chaînes PPV cinéma

A l'aval :

- le marché de la distribution de télévision payante tous modes de diffusion confondus
- le marché de la distribution de télévision payante sur terminaux mobiles
- le marché des services de VoD
- le marché des services de PPV sport
- le marché des services de PPV cinéma
- le marché des autres services non linéaires

D. LES MARCHÉS DES JEUX VIDÉOS

Plusieurs segmentations peuvent être envisagées, selon le support utilisé par le consommateur final (ordinateur / mobile⁵¹) et selon la nécessité, ou non, d'être connecté à Internet pour avoir accès à ces jeux vidéos.

Au cas d'espèce, seuls les marchés de jeux vidéos en ligne et les marchés des jeux vidéos pour mobiles sont concernés par la présente opération.

⁵¹ Le terme « mobile » utilisé dans la présente décision désigne en réalité le « terminal » utilisé. Il peut s'agir non seulement d'un téléphone portable, mais aussi d'un assistant numérique personnel (« PDA »), d'un smartphone, d'un tablet PC ou d'un Ultra Portable.

1. Les marchés de l'édition et de la distribution de jeux vidéos en ligne

Il convient de distinguer ce marché des marchés des jeux vidéos pour ordinateur ou consoles⁵². Il se définit par rapport au mode de jeu qui nécessite d'être connecté à Internet pour jouer.

Il existe en effet une grande variété de jeux en ligne : jeux de cartes, de puzzle, d'arcade ou de lettres, jeux familiaux, jeux de casino, de tir et jeux de rôle (ou jeux en ligne massivement multi-joueurs).

Ces jeux peuvent être payants (nécessité d'un paiement supplémentaire au prix d'achat du jeu) ou « gratuits » (le prix d'achat du jeu comprend l'accès à la plateforme permettant de jouer en ligne). Concernant les jeux dits « payants », le paiement peut prendre la forme d'un achat ponctuel (session de jeu courte, jeux « occasionnels ») ou d'un abonnement (pour les jeux en ligne massivement multi-joueurs qui nécessitent un investissement en temps plus important).

La question de la délimitation précise du marché des jeux vidéos en ligne peut être laissée ouverte, les conclusions de l'analyse concurrentielle demeurant inchangées quelle que soit la définition retenue.

Concernant la définition géographique du marché des jeux vidéo en ligne, les parties proposent de retenir un marché mondial. Selon elles, les utilisateurs des jeux vidéos en ligne se situent dans le monde entier et jouent ensemble et simultanément aux mêmes jeux. Elles précisent que chaque pays possède une édition nationale du jeu, les coûts liés à la traduction des jeux ne constituent pas une barrière à l'entrée importante. Les offreurs sont dans leur grande majorité des multinationales : Vivendi Games, Konami, Nintendo, Microsoft, EA. Les retours du test de marché n'ont pas fourni d'indices permettant de remettre en cause la délimitation proposée par les parties qui sera donc reprise pour les besoins de l'analyse concurrentielle du cas d'espèce.

2. Les marchés de l'édition et de la distribution de jeux vidéos pour mobiles

Il n'y a pas de substituabilité du côté de la demande entre les jeux vidéos pour mobiles et ceux pour ordinateurs du fait de caractéristiques différentes de leur support (taille de l'écran, capacités techniques, autonomie). Ainsi, du point de vue du consommateur, on ne joue pas de la même manière sur console, sur ordinateur et sur téléphone portable.

Du côté de l'offre, les jeux vidéos pour téléphone portable sont spécifiques à ce type de support même s'il s'agit le plus souvent de déclinaisons de jeux disponibles pour l'ordinateur ou pour console.

Les jeux vidéos pour téléphone portable peuvent être téléchargés à partir du portail de l'opérateur de téléphonie mobile ou directement sur le site WAP⁵³ de l'éditeur du jeu.

Les parties estiment que la dimension géographique du marché des jeux vidéos pour mobiles est européenne. En effet, il apparaît que les éditeurs de jeux vidéos pour téléphone portable distribuent leurs jeux dans l'ensemble des pays européens, sur la base de licences de distribution négociées avec les studios au niveau mondial ou européen. Les parties relèvent également que les barrières linguistiques sont faibles sur ce marché, ces jeux ne nécessitant pas de textes sophistiqués. Enfin, la faiblesse des coûts induits pour des adaptations nationales doit être relativisée au regard de coûts plus importants que sont l'adaptation du jeu à chaque modèle de téléphone et aux spécificités techniques de chaque opérateur de téléphonie mobile.

⁵² Competition Commission, Game Group PLC and Games Station Limited Merger Inquiry, 16 janvier 2008.

⁵³ La technologie WAP (*Wireless Application Protocol*) est un protocole universel qui permet à des terminaux mobiles d'accéder à des documents circulant par des réseaux sans fil. Il s'agit donc de permettre le formatage de documents à partir de n'importe quel terminal mobile.

E. LES MARCHÉS DE LA MUSIQUE EN LIGNE

La musique en ligne doit être distinguée de la musique enregistrée sur support physique. Une enquête de marché réalisée par la Commission européenne, pour les besoins l'analyse de la concentration Sony/BMG, « a confirmé que la musique en ligne ne fait pas partie du marché global de la musique enregistrée, car il existe des différences importantes entre la distribution de musique enregistrée sur support physique et sa vente en ligne »⁵⁴. Au cas d'espèce, seuls les services de musique en ligne sont concernés par la présente opération, Neuf Cegetel n'étant pas active sur les marchés de la musique enregistrée sur support physique.

Au sein des services de musique en ligne, deux marchés distincts doivent être envisagés, conformément à la pratique récente de la Commission européenne : en amont, le marché de gros des licences de musique en ligne (1.) et, à l'aval, le marché de détail de la distribution de musique en ligne (2.).

1. Le marché de gros des licences de musique en ligne

Une segmentation plus fine du marché de gros des licences de musique en ligne peut être envisagée. En effet, dans sa décision précitée, la Commission distingue le téléchargement et le streaming en ligne de fichiers audio ou vidéo sur ordinateur, le téléchargement et le streaming en ligne de fichiers audio ou vidéo sur mobile, les sonneries musicales et les « ringbacktones »⁵⁵.

Le streaming consiste en l'écoute temporaire d'un titre qui n'est pas enregistré sur l'ordinateur ou le mobile et se distingue donc du téléchargement qui permet le stockage d'un contenu numérique. La question de savoir si les licences de téléchargement et de streaming se trouvent sur un même marché peut toutefois être laissée ouverte au cas d'espèce, les conclusions de l'analyse concurrentielle demeurant inchangées. Pour la même raison, il n'est pas nécessaire de se prononcer sur la pertinence des autres segmentations, selon que les licences (musique, sonneries, ringbacktones) sont destinées à être utilisées pour une diffusion sur ordinateur ou sur mobile.

La délimitation géographique de ces marchés doit être circonscrite au périmètre national. En effet, les licences de musique en ligne sont, à ce jour, accordées au niveau de chaque pays. Comme l'indique la Commission européenne, « les contrats de licence entre les maisons de disques et les fournisseurs de musique en ligne sont territorialement limités à un seul pays »⁵⁶. L'instruction du cas d'espèce n'a pas relevé d'éléments permettant de remettre en cause la dimension nationale de ces marchés.

2. Le marché de détail de la distribution de musique en ligne

Des segmentations identiques à celles retenues pour les marchés de gros peuvent être retenues pour les marchés de détail. En effet, les opérateurs de services de musique en ligne proposent trois types d'offres au consommateur final :

⁵⁴ Décision n°COMP/3333 de la Commission européenne Sony/BMG en date du 3 octobre 2007.

⁵⁵ Les « ringbacktones » sont des sonneries musicales qui remplacent la tonalité jusqu'à ce que le correspondant décroche.

⁵⁶ Décision n°COMP/3333 de la Commission européenne Sony/BMG en date du 3 octobre 2007 précitée (traduction libre).

- le téléchargement, qui permet de stocker à titre permanent et définitif la musique téléchargée sur l'ordinateur ou le mobile du consommateur final. Le contenu peut être ensuite transféré vers d'autres appareils et gravé sur d'autres supports (CD, DVD) ;

- le téléchargement temporaire qui s'apparente à de la « location » de contenus de musique numérique, ceux-ci n'étant à disposition de l'utilisateur final que le temps de son abonnement ;

- le streaming, qui n'entraîne qu'un transfert temporaire des fichiers audio sur l'ordinateur ou le mobile de l'utilisateur sans que ces fichiers puissent être stockés de manière permanente ;

De même, la question d'une segmentation plus fine selon que le consommateur final accède à ces offres par le biais d'un ordinateur ou d'un mobile peut être posée.

Toutefois, les parties considèrent qu'il ne serait pas pertinent de distinguer ces marchés de détail selon le support d'accès aux offres de services de musique en ligne. Selon elles, il existe une pression concurrentielle exercée par les plateformes de téléchargement accessible par ordinateur qui oblige les offreurs de musique en ligne sur mobile à pratiquer des prix similaires. En outre, dans le cas des offres proposées par les opérateurs de téléphonie mobile, un même abonnement permet généralement au consommateur final de télécharger des fichiers conjointement sur ordinateur et sur mobile, même si parfois le téléchargement initial doit être effectué sur mobile. Enfin, les parties avancent que la Commission européenne elle-même considère une telle segmentation comme artificielle. Selon la Commission, il serait en effet de plus en plus difficile de distinguer les applications en ligne et celles destinées aux mobiles compte tenu de la convergence des technologies employées⁵⁷.

Toutefois, si l'hypothèse d'une convergence entre la téléphonie mobile et l'Internet et, par conséquent, de leurs services (comme la musique en ligne), est crédible à moyen terme, il doit être tenu compte de la réalité du fonctionnement actuel de ces marchés. Or, pour l'heure, il existe encore suffisamment d'indices pour montrer que, du point de vue du consommateur final, utiliser son mobile et son ordinateur pour obtenir un fichier musical numérique ne relève pas du même acte d'achat. En outre, l'instruction n'a pas permis de croiser les données relatives au taux d'équipement des ménages disposant d'une connexion à Internet et celui des ménages possédant un mobile permettant l'accès à une offre de musique en ligne.

Enfin doivent être distingués les marchés des sonneries musicales et des « ringbacktones ».

En tout état de cause, la question de la délimitation exacte des marchés de détail de la musique en ligne peut être laissée ouverte, l'analyse concurrentielle demeurant inchangée.

Enfin, la délimitation géographique de ces marchés doit être circonscrite au périmètre national. En effet, les « *contrats de licence obligent [...] les fournisseurs de musique en ligne à veiller à ce que leurs clients résident dans un pays déterminé. Le fournisseur de services de musique en ligne doit demander à son client de s'enregistrer et doit vérifier que le paiement est effectué à partir d'un compte bancaire national. En outre, le contrat interdit au fournisseur de promouvoir sa plateforme à l'étranger ou dans des langues étrangères. Les fournisseurs de services en ligne proposent donc différentes versions linguistiques* »⁵⁸.

* * *

⁵⁷ Décision n°COMP/4404 de la Commission européenne Universal Music Group/BMG Music Publishing en date du 22 mai 2007 précitée.

⁵⁸ Décision n°COMP/3333 de la Commission européenne Sony/BMG en date du 3 octobre 2007 précitée.

III. L'ANALYSE CONCURRENTIELLE

Compte tenu des positions respectives de SFR, et des sociétés contrôlées par le groupe Vivendi, et de Neuf Cegetel, l'opération emporte des effets sur l'ensemble des marchés définis. Ces effets sur la concurrence peuvent être horizontaux (A.), verticaux (B.) et congloméraux (C.).

A. LES EFFETS HORIZONTAUX DE L'OPÉRATION

Ces effets résultent des chevauchements d'activité, actuels ou potentiels, entre les parties. En fonction des caractéristiques des marchés en cause et des acteurs qui y opèrent, ainsi que des positions occupées par la nouvelle entité et ses concurrents, l'opération est susceptible d'emporter des risques anticoncurrentiels qu'il convient de préciser.

Les marchés concernés par l'analyse des effets horizontaux de la concentration sont ceux des communications électroniques (hors téléphonie mobile) (1.), de la téléphonie mobile (2.), de la télévision payante (3.), des jeux vidéos (4.) et de la musique en ligne (5.).

1. Les effets horizontaux sur les marchés des communications électroniques (hors téléphonie mobile)

Sur ces marchés, les chevauchements d'activité entre les parties doivent être étudiés, tant sur les marchés de gros (a.) que sur les marchés de détail (b.).

a. Les marchés de gros

Parmi les marchés de gros précédemment définis, l'opération est susceptible de produire des effets sur le seul marché des services de transit où Neuf Cegetel et SFR sont simultanément actives.

En 2006, le marché national de gros des services de minutes commutées a représenté un volume d'environ 98,5 milliards de minutes.

Sur ce marché, les principaux opérateurs sont France Télécom ([40-50]%) et Neuf Cegetel ([30-40] %) qui ont des positions beaucoup plus importantes que leurs concurrents (Completel, Colt, Verizon, TI, B3G, SFR/Télé2). La présence de SFR, via Télé2, est particulièrement faible puisque sa part de marché a été estimée à environ [0-5] %.

Compte tenu de ces parts de marché, l'opération n'est pas de nature à créer ou à renforcer une position dominante de la nouvelle entité qui détiendra une part de marché de [30-40] %, sur un marché où le premier opérateur reste France Télécom ([40-50]%).

Les risques liés à la disparition de SFR/Télé2, en tant qu'opérateur indépendant, consisteraient plutôt en une restriction de concurrence liée à la disparition d'un *maverick*⁵⁹, ce qui créerait ou renforcerait une position dominante collective des deux principaux opérateurs qui, ensemble, détiennent environ [75-85] % du marché.

Ces risques, théoriques, peuvent toutefois être écartés, notamment au regard de la position et des caractéristiques de SFR/Télé2 sur le marché des services de transit.

⁵⁹ Un *maverick* est un acteur ayant la capacité d'animer la concurrence indépendamment de sa seule part de marché qui peut être minime.

Dans une analyse récente, l'ARCEP précise que plusieurs opérateurs alternatifs, entrés récemment sur le marché, sont en mesure de proposer des solutions alternatives à France Télécom ou à Neuf Cegetel en matière de services de transit. Ainsi, s'agissant du transit vers les opérateurs tiers de boucle locale fixe, l'ARCEP relève que plusieurs opérateurs alternatifs devraient avoir raccordé avant la fin de l'année 2008 les boucles locales tierces, représentant 90% à 95% des volumes entrants chez les opérateurs alternatifs.

SFR/Télé2 ne peut toutefois être considérée comme l'un de ces opérateurs alternatifs dans la mesure où son positionnement était limité sur ce marché à une activité de transit international, résultant des liens antérieurs entre Télé2 France et les autres filiales du groupe suédois Télé2. En outre, son activité est en diminution notable (-[10-20] %) sur la dernière année, passant de [...] millions de minutes en 2006 à [...] millions en 2007.

SFR/Télé2 ne peut donc être appréhendée comme un *maverick*, dans la mesure où elle n'exerce pas de pression concurrentielle particulière sur ce marché. Ainsi, l'opération ne modifie pas la structure concurrentielle du marché de gros des services de transit dont les caractéristiques restent, par conséquent, inchangées à l'issue de l'opération.

L'opération n'est donc pas de nature à créer ou à renforcer une position dominante collective sur ce marché, ni à restreindre de manière significative la concurrence.

En conséquence, il apparaît que l'opération n'a pas d'effets horizontaux sensibles sur les marchés de gros des communications électroniques (hors téléphonie mobile).

b. Les marchés de détail

Sur les marchés de détail des communications électroniques, les parties sont simultanément actives en matière de téléphonie fixe (i) et de fourniture d'accès à Internet (bas et haut débit) (ii).

(i) Le marché de l'accès au réseau téléphonique

Les conditions relatives à la revente d'abonnement par les opérateurs alternatifs à France Télécom sont définies depuis mai 2006. Le marché de l'accès au réseau téléphonique est donc un marché émergent, sur lequel les positions des différents acteurs peuvent rapidement évoluer.

Les positions des principaux acteurs sur le marché de l'accès au réseau téléphonique fixe sont les suivantes :

Nombre d'abonnements revendus (%)	1er semestre 2007	2e semestre 2007
Neuf Cegetel	[...] ([0-5] %)	[...] ([0-5] %)
SFR/Télé2	[...] ([0-5] %)	[...] ([0-5] %)
Autres	[...] ([0-5]%)	[...] ([0-5]%)
Nombre de lignes de détail France Telecom	[...] ([90-100]%)	[...] ([90-100]%)
Nombre total de lignes fixes	30 422 000 (100%)	29 608 000 (100%)

D'un point de vue statique, l'opération renforce la position de SFR/Télé2 qui reste toutefois très limitée (environ [0-10] %) sur ce marché, caractérisé par la position quasi-monopolistique de France Télécom ([90-100]%).

D'un point de vue dynamique, 716 000 abonnements ont été revendus à la fin du second semestre 2007, contre 449 000 à la fin du premier semestre 2007. Sur ces 716 000 abonnements revendus, [...] l'ont été par Neuf Cegetel et [...] par SFR/Télé2, ce qui représente, pour les parties, environ [80-90] % des migrations des clients de France Télécom vers tous les opérateurs alternatifs. Toutefois, la disparition d'un acteur indépendant sur ce marché n'est pas susceptible de porter atteinte à la concurrence. En effet, l'incitation de la nouvelle entité à concurrencer France Télécom ne sera pas réduite compte tenu de leur très fort écart de parts de marché.

(ii) Le marché résidentiel des communications sur RTC

Sur ce marché pris dans sa globalité, environ 29,6 millions de lignes fixes sont actives en 2007. Il s'agit d'un marché en déclin, en baisse de 6%, en volume, par rapport à l'année précédente.

Que l'on agrège ou non les communications locales, les communications nationales, les communications internationales et les communications fixes vers mobiles, les parts de marché de la nouvelle entité resteront inférieures à 15% en nombre de lignes et à 25% en volume de minutes facturées. Compte tenu des caractéristiques semblables de chacun de ces marchés, l'analyse menée sur le marché global des communications sur RTC à destination des particuliers peut être déclinée à l'identique pour chacun de ses segments.

Sur ce marché global, les parties ont des parts de marché limitées, en nombre de lignes, estimées respectivement à [0-10] % pour SFR/Télé2 et à [0-10] % pour Neuf Cegetel.

A l'issue de l'opération, la nouvelle entité ([10-20] %) restera confrontée la concurrence de France Télécom qui détient une part de marché évaluée à environ [80-90] %.

Il doit être souligné que la position des parties est plus importante en l'estimant à partir du volume de minutes facturées. En effet, sur la base d'un marché total évalué à 48 milliards de minutes à la fin décembre 2007, les clients de SFR/Télé2 ont consommé [...] milliards de minutes ([10-20] %) et ceux de Neuf Cegetel [...] milliards de minutes ([0-10] %). Les clients de France Télécom ont quant à eux consommé sur la même période environ [...] milliards de minutes, soit [70-80]% du trafic total. Ces parts de marché doivent être considérées comme de meilleurs indicateurs de la puissance économique des acteurs sur ce marché, à défaut de connaître précisément leurs parts de marché en valeur (i.e. chiffres d'affaires réalisés).

L'opération a pour effet de faire disparaître un acteur indépendant sur un marché oligopolistique. Toutefois, la nouvelle entité ne sera pas en position dominante simple, France Télécom restant, de loin, le premier acteur. Comme le ministre chargé de l'économie l'a indiqué dans sa décision Neuf Cegetel/AOL France précitée, « *l'ARCEP a d'ailleurs jugé dans sa décision du 27 septembre 2005 que l'opérateur historique conserverait une position prééminente à l'horizon 2008, tant sur le segment de la clientèle résidentielle que sur celui de la clientèle professionnelle* »⁶⁰. Actuellement, France Télécom reste dans cette position prééminente sur le marché résidentiel des communications sur RTC.

Le risque d'atteinte à la concurrence pourrait toutefois consister en des effets unilatéraux et/ou une création ou un renforcement de position dominante collective.

Le risque d'effets unilatéraux peut être écarté au motif que, sur un marché en déclin (entre 6% et 20% selon qu'il s'agit du nombre de lignes utilisées ou de minutes facturées), la demande est, par

⁶⁰ Décision n°2006-108 du ministre chargé de l'économie Neuf Cegetel/AOL France en date du 26 octobre 2006.

définition, volatile⁶¹. Les parties expliquent en effet ce déclin par la migration des abonnés aux offres de téléphonie classique (et d'Internet bas débit) vers des offres ADSL incluant la téléphonie sur IP, en général, illimitée, ainsi que la substitution de la téléphonie fixe par la téléphonie mobile. Mais ce dernier argument n'emporte pas la conviction dans la mesure où il a été retenu des marchés distincts de la téléphonie fixe et mobile au motif justement que « *du point de vue de la demande, [...] la pratique consistant à résilier un abonnement au réseau de téléphonie fixe au profit de l'abonnement pour la téléphonie mobile est d'ailleurs restée jusqu'à présent marginale* »⁶².

En conséquence, une augmentation des prix de la nouvelle entité profiterait à France Télécom ou accélérerait la fuite de la demande vers les offres de téléphonie alternatives, vraisemblablement l'ADSL, marché sur lequel elle n'est pas en position dominante (voir *infra*). Dans ces deux hypothèses, le report de clientèle ne lui serait pas profitable.

Enfin, il peut être tenu compte de la baisse constante du nombre d'abonnés de Neuf Cegetel et de SFR/Télé2 sur ce marché, lui-même en déclin :

Taux de croissance du trafic des parties (en milliards de minutes)	2006	2007
NEUF CEGETEL	- [25-35] %	- [15-25] %
SFR/TELE2	- [15-25] %	- [25-35] %

Concernant le risque de création ou de renforcement de position dominante collective sur ce marché, il convient de souligner que la très forte asymétrie des parts de marché des parties rend incertaine la pérennité d'une collusion tacite⁶³. Comme le ministre l'a relevé, « *des entreprises peuvent plus difficilement parvenir à une conception commune des modalités de coordination si elles ne sont pas relativement symétriques, en particulier en termes de parts de marché* »⁶⁴. En outre, les caractéristiques des marchés résidentiels des communications sur RTC rendent improbable le risque de position dominante collective. En effet, il convient de relever que France Télécom et la nouvelle entité ont des structures de coût asymétriques, rendant difficile une stabilité de l'oligopole collusif. L'opérateur historique, propriétaire du réseau (i.e. la boucle locale en cuivre et des infrastructures associées), supporte des coûts fixes. Neuf Cegetel et SFR/Télé2 doivent payer le droit d'utiliser ce réseau, même s'ils détiennent par ailleurs leur propre réseau (de dimension modeste), en rémunérant cette utilisation à leur concurrent principal⁶⁵. De fait, les coûts variables supportés par Neuf Cegetel et SFR/Télé2 représentent des revenus additionnels pour France Télécom. Cette divergence d'intérêts rend incompatible tout intérêt collusif.

Ainsi, le risque de création ou de renforcement de position dominante collective, entre la nouvelle entité et France Télécom, peut être écarté sur les marchés résidentiels des communications sur RTC, quelles que soient les segmentations retenues.

⁶¹ La volatilité de la demande ne signifie pas que tous les consommateurs sont en mesure d'arbitrer entre plusieurs offreurs, certains d'entre eux restant captifs de l'offre de l'opérateur historique pour des raisons techniques.

⁶² Décision du Conseil de la concurrence n°02-D-69 du 26 novembre 2002 précitée.

⁶³ C2007-168 Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'emploi du 23 janvier 2008, aux conseils de la société Veolia Propreté SA, relative à une concentration dans le secteur de la gestion et traitement des déchets, publiée au BOCCRF n°2 bis du 28 février 2008.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ Les parties ont indiqué que Neuf Cegetel reversait ainsi [30-35] % de son chiffre d'affaires sur le marché résidentiel des communications sur RTC à France Télécom.

(iii) Les marchés de la fourniture d'accès à Internet

Parmi ces marchés, seuls les marchés résidentiels de l'accès Internet bas débit et de l'accès haut débit aux offres multiservices sont concernés par une analyse des effets horizontaux de la concentration.

- *Le marché résidentiel de l'accès à Internet bas débit*

A l'instar du marché résidentiel des communications sur RTC, le marché résidentiel de l'accès Internet bas débit est en fort déclin. En effet, le nombre d'abonnements bas débit est passé de 3,746 millions à la fin de l'année 2005 à 1,7 million à la fin du mois de septembre 2007, soit une baisse de 54,6%, qui a vocation à poursuivre.

Concernant les positions détenues par les parties, le nombre d'abonnés à leur offre Internet bas débit a fortement décliné en 2007, Neuf Cegetel et SFR/Télé2 perdant respectivement [20-30] % et [45-55] % de leurs clients.

A l'issue de l'opération, la nouvelle entité détiendra environ [10-20] % de parts de marché (Neuf Cegetel : [10-20] % ; SFR/Télé2 : [0-10] %), en volume, derrière France Télécom (environ [40-50]%). Alice et Free sont également des opérateurs actifs sur ce marché, mais leurs positions sont difficiles à appréhender en l'absence de données publiques concernant leurs offres d'Internet bas débit.

Compte tenu de ces éléments, l'opération n'est pas susceptible de porter atteinte à la concurrence sur le marché résidentiel de l'accès Internet bas débit.

- *Le marché résidentiel de l'accès haut débit aux offres multiservices*

Sur ce marché, les positions des parties et des principaux fournisseurs d'accès haut débit aux offres multiservices en 2006 et en 2007 sont les suivantes :

	2006	2007 (3^e trimestre)
France Télécom/Orange	[40-50]%	[40-50]%
Nouvelle entité	[10-20] %	[20-30] %
Neuf Cegetel	[10-20] %	[20-30] %
Free	[10-20]%	[10-20]%
Numéricable	[0-10]%	[0-10]%
SFR/Télé2⁶⁶	[0-10] %	[0-10] %

⁶⁶ En 2006, SFR n'était pas active sur le marché.

A l'issue de l'opération, SFR renforce la position de Neuf Cegetel avec [20-30]% de parts de marché en volume, derrière Orange ([40-50]% du marché). La nouvelle entité devance notamment Free ([10-20]%) et Numéricâble ([0-10]%).

Contrairement au marché résidentiel de l'accès Internet bas débit, le marché résidentiel de l'accès haut débit aux offres multiservices est particulièrement dynamique. En 2006, il avait connu une croissance soutenue de 34% en nombre d'abonnements et de 30% en termes de chiffres d'affaires. Le nombre de clients a augmenté de 26% à la fin du troisième trimestre 2007 (comparé au troisième trimestre 2006) et de 22% à fin 2007. Le chiffre d'affaires haut-débit publié par l'ARCEP pour le troisième trimestre ou pour l'année 2007 n'étant pas à ce jour disponible, les parties n'ont pu communiquer que les chiffres du deuxième trimestre 2007. Selon ces derniers chiffres publiés, la croissance du chiffre d'affaires est de 34% entre le 30 juin 2006 et le 30 juin 2007 et celle du nombre d'abonnés de 28 % sur la même période.

Ce dynamisme est illustré par l'apparition de nouveaux acteurs proposant une offre Internet haut débit ADSL, comme Darty depuis le 31 octobre 2006 et SFR, au début de l'année 2007. Le ministre chargé de l'économie avait d'ailleurs relevé que ces arrivées étaient « *de nature à renforcer la pression concurrentielle existant sur le marché de l'accès haut débit aux offres multiservices* »⁶⁷.

La question peut se poser au cas d'espèce des effets de la disparition de SFR/Télé2, en tant qu'opérateur indépendant sur le marché résidentiel de l'accès haut débit aux offres multiservices. En effet, dans la pratique des autorités de concurrence, il est admis que la disparition d'un opérateur peut constituer une atteinte à la concurrence lorsqu'il s'agit d'un animateur de la concurrence à même de perturber l'équilibre prévalant entre les membres d'un oligopole. Celle-ci peut se vérifier même si le chevauchement d'activités entre les parties est minime, dès lors que la structure du marché s'y prête et que les comportements passés des acteurs de ce marché laissent présager qu'ils profiteront de cet appauvrissement de la concurrence.

D'abord, il convient de relever que SFR est entré très récemment sur le marché et n'a pas acquis une position aussi significative qu'il aurait pu escompter. Le rachat de Télé2 n'a pas eu d'effet multiplicateur sur sa part de marché, qui est restée stable ([0-10]%), alors que ses principaux concurrents (Orange, Neuf Cegetel, Free) ont vu leur position respective croître.

Il peut être noté que SFR/Télé2 n'avait pas une politique commerciale agressive, que cela soit en termes de prix ou de richesse de ses offres. Par conséquent, l'opération n'est pas de nature à emporter de risque de hausse unilatérale des prix sur ce marché.

Ensuite, SFR/Télé2 n'était pas le seul acteur dont l'entrée sur le marché était de nature à renforcer la pression concurrentielle sur les opérateurs historiquement présents. Ainsi, il convient de noter l'entrée de Darty sur ce marché en octobre 2006 et l'arrivée annoncée à court terme de Bouygues Télécom.

Surtout, il s'agit d'un marché structurellement en croissance, et par conséquent instable, la disparition d'un opérateur a un effet relativement limité, d'autant qu'il n'y a pas de barrières dirimantes à l'entrée d'un concurrent potentiel. Comme le soulignent les parties, les capacités de réseau peuvent être louées (Darty, Bouygues Télécom) ou achetées (Bouygues Télécom).

En conclusion, compte tenu de ces éléments, l'opération n'est pas de nature à porter atteinte à la concurrence par un effet horizontal sur les marchés des communications électroniques (hors téléphonie mobile).

⁶⁷ C2007-68 Décision du ministre chargé de l'économie Neuf Cegetel / T-Online en date du 25 juin 2007 précitée.

2. Analyse des effets horizontaux sur les marchés de la téléphonie mobile

Sur ces marchés, le chevauchement d'activité entre les parties s'observe uniquement sur le marché de détail.

A titre liminaire, il peut être indiqué que le marché de la téléphonie mobile est dans une phase de maturité : le taux de pénétration de la téléphonie mobile est d'environ 87,6% en France fin décembre 2007, avec environ 53,3 millions d'abonnés. Bien qu'il existe encore des perspectives de croissance, avec plusieurs millions de primo-accédants à conquérir⁶⁸, le marché de détail de la téléphonie mobile devrait essentiellement à l'avenir être un marché de renouvellement.

Sur ce marché, les positions des opérateurs actifs en France sont les suivantes :

Opérateurs (date d'entrée sur le marché)	Nombre de clients ⁶⁹ 31 décembre 2007	Part de marché en volume
Orange (03/1992)	[...]	[40-50] %
SFR (12/1992)	[...]	[30-40] %
Débitel (07/2004)	[...]	[0-5] %
Mobisud (12/2006)	[...]	[0-5] %
Neuf Mobile (04/2006)	[...]	[0-5] %
Nouvelle entité	[...]	[30-40]%
Bouygues Telecom (05/1996)	[...]	[10-20] %
Virgin (04/2006)	[...]	[0-10] %
Télé 2 (05/2005)	[...]	[0-5] %
NRJ Mobile (11/2005)	[...]	[0-5] %
Auchan Telecom (10/2006)	[...]	[0-5] %
Carrefour Mobile (11/2006)	[...]	[0-5] %
Breizh (07/2004)	[...]	[0-5] %
Coriolis (05/2006)	[...]	[0-5] %
Ten (06/2006)	[...]	>0%
Autres (dont Transatel)	[...]	[0-10] %
Total	55 358 000	100%

L'opération se traduit par l'acquisition de Neuf Mobile ([0-5] %) par SFR ([30-40] %) qui portera ainsi sa part de marché totale à environ [30-40] %⁷⁰. A l'issue de la concentration, SFR restera toutefois le deuxième opérateur du marché, derrière Orange ([40-50] %). Ainsi, l'opération n'est pas susceptible de créer une position dominante simple au profit de SFR.

Dans la mesure où, préalablement à l'opération, SFR n'était pas en position dominante simple, la question du renforcement d'une telle position est sans pertinence au cas d'espèce. Le point 330 des Lignes directrices de la DGCCRF⁷¹ précise en effet que « *si une des parties à la concentration est déjà en position dominante, l'acquisition d'un opérateur, même de taille minime, est constitutive d'un renforcement de position dominante* ». *A contrario*, un opérateur qui n'est pas dominant ne peut, par définition, renforcer cette dominance.

⁶⁸ Le taux de pénétration du mobile dans plusieurs pays européens est effet de l'ordre de 100%.

⁶⁹ Sources : publication ARCEP et données des opérateurs pour le total marché et les MNO. Les données relatives aux MVNO et Bouygues Telecom sont des estimations SFR.

⁷⁰ Cette part de marché inclut les parts de marché de l'ensemble des entreprises détenues par les parties.

⁷¹ Lignes directrices de la DGCCRF relatives au contrôle des concentrations, version du 30 avril 2007.

Le même point des Lignes directrices précise qu'en outre « *une augmentation minime de parts de marché peut également engendrer des risques d'atteinte à la concurrence, en particulier si la capacité du détenteur de cette faible part de marché à animer la concurrence était importante avant l'opération (élimination d'un « maverick»), qui a conduit à son absorption* ». Il convient donc de vérifier si Neuf Mobile possède les caractéristiques d'un animateur de la concurrence.

Une analyse identique a été menée par le ministre chargé de l'économie à l'occasion du rachat de la société Débitel par les sociétés SFR et Somart⁷².

D'une manière générale, la pression concurrentielle que les MVNO exercent aujourd'hui à l'encontre des MNO doit être relativisée. Les MVNO représentent actuellement entre 6% et 6,5% du parc total de clients mobiles, soit environ 3,48 millions, même si cette proportion est en augmentation constante depuis 2004⁷³. Les MVNO représentaient, en volume, 14% des ventes brutes prépayées et 10 % des ventes brutes abonnés pour les 6 derniers mois de l'année 2007, selon une estimation fournie par SFR. Toutefois le potentiel de concurrence par les MVNO est limité par les conditions posées par les MNO sur le marché amont de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux téléphoniques mobiles.

Neuf mobile est un MVNO depuis avril 2006. Sa part de marché est passée de [0-5] % en 2006 à [0-5] % fin 2007. Pour cette même année, il a représenté [0-10] % des recrutements nets⁷⁴ tout opérateur confondu. Les recrutements nets de Neuf Mobile bien qu'en progression depuis la fin de l'année 2006, ont été comparables à ceux d'autres MVNO tels que NRJ Mobile, Mobisud⁷⁵, et nettement inférieurs à ceux de Virgin Mobile ([10-20]%). Neuf Mobile ne peut donc être considéré comme un acteur particulièrement dynamique au regard de la progression de sa part de marché.

Néanmoins, dans le cadre du test de marché, certains tiers ont indiqué que « *Neuf Cegetel aurait très certainement eu les moyens de devenir rapidement un acteur encore plus important du secteur [...]* » notamment car il disposerait « *d'une capacité de négociation plus importante que celle des autres MVNO dans ses relations avec les fournisseurs de gros* ». D'autres tiers ont par ailleurs insisté sur le caractère innovant de l'offre commerciale vedette de Neuf Mobile, Twin, qui sera présentée *infra*.

Ces appréciations, qu'il convient de relativiser, ne permettent pas d'identifier l'existence d'un problème de concurrence lié à la disparition de Neuf Mobile en tant que MVNO indépendant des trois MNO sauf à considérer que Neuf Mobile présente des caractéristiques permettant de le considérer comme un *maverick*.

Or Neuf Mobile ne présente pas ces caractéristiques dès lors qu'elle ne bénéficie pas d'un accès privilégié à certaines infrastructures (i), ne dispose pas de capacités techniques propres (ii), ne propose pas de produits ou de services prometteurs (iii), et n'est pas un opérateur particulièrement agressif sur le marché (iv).

(i) L'accès aux infrastructures

Aucun MVNO ne disposant, par définition, de son propre réseau à l'amont, c'est sur le marché aval de la distribution de téléphonie mobile que la question d'un avantage conféré par un accès à des infrastructures peut se poser.

⁷² C2007-150 Décision du ministre chargé de l'économie SFR - Somart / Débitel en date du 23 novembre 2007 précitée.

⁷³ En décembre 2005, les MVNO détenaient 0,6% du parc de clients mobiles en France. Cette part de marché est passée à 2,8% en décembre 2006 et à 4,7% en décembre 2007.

⁷⁴ Les recrutements nets (ou ventes nettes) représentent la différence entre les ventes brutes réalisées et les résiliations enregistrées. Les ventes brutes sont définies comme les clients d'un opérateur dont l'enregistrement a eu lieu au cours de l'année, incluant les ventes de cartes SIM correspondant à un service prépayé. Elles excluent cependant les migrations entre offres prépayées et post-payées.

⁷⁵ Mobisud est une filiale de Vivendi.

Neuf Mobile ne dispose pas d'un réseau de distribution physique pour ses services, ce qui apparaît être un désavantage concurrentiel dans le domaine de la téléphonie mobile, les consommateurs recherchant un conseil de proximité et de qualité pour des services de plus en plus sophistiqués. D'autres MVNO, tels que les opérateurs actifs dans la grande distribution, disposent d'un maillage territorial dense et d'une expérience significative en matière de distribution, notamment Auchan Telecom et Carrefour Mobile.

(ii) Les capacités techniques

Les parties ont indiqué qu'en matière de téléphonie mobile, Neuf Cegetel ne disposait pas de capacités techniques particulières par rapport à ses concurrents. Ce MVNO bénéficie en effet de conditions contractuelles analogues à celles de ses concurrents pour l'accès au réseau de téléphonie mobile de SFR. Comme mentionné supra, un tiers a émis l'hypothèse que Neuf Mobile en tant que fournisseur d'accès Internet, pouvait espérer négocier des conditions contractuelles plus avantageuses que les autres MVNO. Deux hypothèses ont été envisagées dans le cadre de l'analyse concurrentielle :

- Neuf Mobile s'appuie sur son rôle de fournisseur de SFR sur le marché de gros d'accès à large bande livré en un point national, pour obtenir de ce dernier des tarifs et/ou des conditions commerciales plus favorable que ses concurrents ;
- Neuf Mobile s'appuie sur la base d'abonnés qu'il détient en tant que FAI pour obtenir de meilleures conditions de SFR.

L'étude des contrats communiqués par les parties n'a pas permis de confirmer la pertinence des deux hypothèses étudiées.

En préalable, il convient de remarquer que les contrats conclus entre MNO et MVNO sont des contrats de longue durée, rendant assez improbable toute renégociation avant leur terme.

Neuf Mobile ne bénéficie pas de conditions plus avantageuses que les autres MVNO présent sur le réseau de SFR. Aucun élément ne permet de douter de la pérennité de cette situation (les contrats signés entre les MNO et leur(s) MVNO ont une durée longue et prévoient des clauses de sortie dissuasives).

Dès lors, les conséquences de l'opération sont neutres sur ces points.

(iii) L'offre de produits ou de services prometteurs

Neuf Mobile a développé une offre mobile, dite Twin, permettant de se connecter avec le même terminal, au réseau WIFI et GSM. Il ne s'agit pas à proprement parler d'une offre innovante mais plutôt de la distribution d'un terminal bi-mode (WIFI et GSM) dans le cadre d'une offre de téléphonie mobile classique. La limite de cette offre est l'impossibilité de passer automatiquement lors d'une communication téléphonique débutée sur le réseau GSM vers un réseau fixe (via la NeufBox). A ce titre, l'offre Unik d'Orange apparaît beaucoup plus prometteuse et innovante puisque cette dernière permet une conversation continue. La comparaison entre le nombre d'abonnés conquis d'une part par l'offre Twin de Neuf Mobile ([0-20 000] abonnés fin décembre 2007) et d'autre part, par l'offre Unik d'Orange (environ [500 000 – 1 000 000] abonnés⁷⁶), semblent confirmer, toutes choses égales par ailleurs, l'attractivité relative de la première.

De surcroît, il apparaît qu'au regard de son faible succès commercial, cette offre, même considérée comme prometteuse ou innovante, ne saurait en elle-même conférer à Neuf Mobile le

⁷⁶ Plus exactement, le nombre d'abonnés d'Orange à une offre Unik était de 573 000 en octobre 2007.

caractère d'animateur de la concurrence. Il convient de rappeler à cet égard que le recrutement net des abonnés de Neuf Mobile reste inférieur à celui d'autres MVNO.

Enfin, Neuf Cegetel dispose d'un « réservoir » d'abonnés potentiels à son offre de téléphonie mobile, constitué par les abonnés à son offre « triple-play ». Il n'y a pas d'indication à ce stade que la base d'abonnés en téléphonie fixe de Neuf Cegetel serait facilement convertible en une base d'abonnés de téléphonie mobile. A cet égard, depuis le lancement de l'offre MVNO de Neuf Cegetel, il n'a pas été observé une migration massive de ses clients abonnés à son offre multiservices vers ses offres de téléphonie mobile.

(iv) Le caractère particulièrement agressif de la politique commerciale

Bien que l'hétérogénéité des offres de téléphonie mobile rende parfois hasardeuses les comparaisons, il semble exister des opérateurs plus agressifs en prix que Neuf Mobile.

Les parties ont fourni les données comparatives reproduites ci-après :

Forfaits standards							
	Orange Classique	SFR Essentiel	Bouygues Exprima	Neuf Mobile	Télé 2	Virgin Mobile Excess	Breizh Mobile
Forfait 40 min						21,00€	
Forfait 1h	26,00€	26,00€	22,90€	17,50€	17,50€		15,90€
Forfait 1h15						26,00€	
Forfait 2 h	33,00€	32,00€	29,90€	24,90€			22,90€
Forfait 3 h	40,00€	39,00€	37,90€	29,90€			
Forfait 4 h	48,00€	47,00€	44,90€	34,90€	34,00€		

Forfaits bloqués (heures pleines)							
	Orange Zap	SFR Forfait bloqué	Bouygues	Neuf Mobile	Télé 2	Virgin Mobile Bloqué	Breizh Mobile Bloqué
Forfait 30 min				19,90€			
Forfait 40mn						15€	
Forfait 45mn				24,90€	16€		13,90€
Forfait 1h	17,00€	19,00€	19,90€				
Forfait 1h15				29,90€			
Forfait 1h30	22,00€		24,90€		22,90€		

Au regard de ces données, Neuf Mobile n'a pas une politique tarifaire particulièrement agressive par rapport aux autres opérateurs, parmi lesquels Virgin Mobile ou Breizh Mobile, ce qui a été pointé par les retours du test de marché.

A la question « *parmi les MVNOs, quels sont ceux qui ont l'offre commerciale la plus agressive en termes de positionnement prix ?* », la très grande majorité des tiers ayant répondu n'a pas cité Neuf Mobile.

Au demeurant, les parties ont indiqué que les dépenses publicitaires de Neuf Mobile étaient relativement limitées par rapport à celles supposées d'autres opérateurs (NRJ Mobile, Virgin Mobile).

Selon les informations communiquées par les parties, Neuf Mobile aurait dépensé en publicité en 2007 moins de [...] millions d'euros pour son offre mobile. A titre de comparaison, Virgin Mobile aurait investi environ 20 millions d'euros la première année de son lancement⁷⁷.

En conséquence, aucun faisceau d'indices concordants n'indique que Neuf Cegetel exerçait, avant l'opération, une pression concurrentielle supérieure à ce que reflète sa part de marché de [0-1]%. Il apparaît donc que Neuf Mobile n'a pas les caractéristiques d'un *maverick*. Dès lors, la présente opération n'est pas de nature à produire d'effets structurels sur le marché de la téléphonie mobile et l'analyse concurrentielle n'a pas à être davantage approfondie sur ce marché. En particulier, il n'apparaît pas nécessaire de se prononcer plus avant sur une analyse des effets coordonnés, Neuf Mobile n'ayant en aucun cas la capacité à remettre en cause un éventuel oligopole collusif. La présente opération est donc neutre d'un point de vue concurrentiel sur ce marché.

En conclusion, la présente concentration ne saurait être de nature à renforcer une quelconque position dominante, y compris collective, sur le marché de la téléphonie mobile.

Dans le cadre des effets horizontaux de l'opération, la question d'éventuels effets unilatéraux peut toutefois se poser en l'absence de création ou de renforcement de position dominante de SFR. Ceux-ci pourraient notamment consister en une augmentation unilatérale des prix des offres de téléphonie mobile de Neuf Mobile à l'issue de l'opération, au détriment de ses abonnés⁷⁸.

Interrogées sur ce point de l'analyse, les parties ont indiqué que dans l'hypothèse où Neuf Mobile augmenterait ses tarifs à la suite de son rachat par SFR, ses abonnés auraient non seulement la liberté de résilier leur abonnement mais également la possibilité de souscrire un nouvel abonnement auprès d'autres opérateurs, proposant un tarif comparable ou inférieur pour des offres analogues.

Il peut être relevé que l'existence sur le marché d'offres concurrentes proches rend économiquement inefficace une telle augmentation unilatérale des prix, la nouvelle entité ne recueillant qu'une partie peu substantielle des reports, et donc des bénéfices escomptés. En effet, des concurrents tels que Breizh Mobile et Télé2 Mobile proposent des services pouvant être considérés comme les plus proches substituts des offres de Neuf Mobile d'un point de vue tarifaire.

Concernant l'absence de contraintes dans le choix du consommateur à changer d'opérateur⁷⁹, le site internet de Neuf Mobile précise que : « *En cas de hausse des tarifs, vous en serez informé au moins un mois avant l'entrée en vigueur de la hausse tarifaire. Si vous refusez cette hausse tarifaire, vous avez la possibilité de résilier votre contrat, dans un délai de quatre mois, suivant l'entrée en vigueur de la hausse tarifaire. (Article Evolution)* »⁸⁰. En outre, depuis le 21 mai 2007, le système de la portabilité du numéro mobile⁸¹ permet à tout abonné de demander la conservation de son numéro dans un délai de dix jours en s'adressant au nouvel opérateur de son choix⁸².

⁷⁷ Source : www.silicon.fr, article paru le 12 janvier 2007 sous le titre « Virgin Mobile franchit le cap des 300 000 abonnés ».

⁷⁸ La question des risques d'une dégradation de la qualité du service rendu ne se pose pas au cas d'espèce dans la mesure où il n'est pas techniquement possible pour un MNO de discriminer la qualité du réseau en fonction de l'opérateur qui l'utilise.

⁷⁹ La loi du 3 janvier 2008 a institué des dispositions facilitant les possibilités de sortie des contrats de communications électroniques.

⁸⁰ http://mkg.neuf.fr/docs/conditions/cgi_res_mob.doc

⁸¹ La « portabilité », ou « conservation » du numéro, permet à tout client de changer d'opérateur tout en conservant son numéro de téléphone. Cette fonctionnalité est un élément décisif pour que le consommateur puisse bénéficier des effets d'une concurrence entre les opérateurs de téléphonie mobile.

⁸² Le décret n°2006-82 du 27 janvier 2006 relatif à la conservation du numéro a modifié le Code des postes et des communications électroniques en précisant les modalités selon lesquelles un abonné peut conserver son numéro lorsqu'il change d'opérateur. Les modalités d'application de la portabilité des numéros mobiles en métropole sont précisées dans la décision n°06-0381 de l'ARCEP du 30 mars 2006.

Ces éléments sont de nature à accroître la volatilité de la demande au détriment de tout MVNO qui déciderait d'augmenter unilatéralement ses prix.

Enfin, il peut être souligné que les offres de téléphonie mobile de Neuf Mobile n'étaient pas intégrées dans le cadre d'une offre multiservices groupée comprenant à la fois une offre « triple-play » classique et son offre de téléphonie mobile. Il n'existe donc pas de difficultés supérieures pour un abonné à une offre mobile de Neuf de porter son numéro vers un autre opérateur, la résiliation de son contrat mobile avec Neuf n'impliquant pas la résiliation concomitante de son contrat « triple-play » (Neuf Box).

En conclusion, compte tenu de ces éléments, l'opération ne saurait engendrer d'effets unilatéraux de nature à porter atteinte à la concurrence sur le marché de la vente au détail de la téléphonie mobile.

3. Analyse des effets horizontaux sur les marchés de la télévision payante

Sur ces marchés, Neuf Cegetel est active sur le marché aval de la distribution de services linéaires et non linéaires de télévision payante et sur les marchés amont et intermédiaires de la VoD.

La question de savoir si Neuf Cegetel doit être considérée comme un entrant potentiel sur les autres marchés amont et intermédiaires de la télévision payante fera l'objet d'une analyse spécifique, en distinguant les marchés de services linéaires et non linéaires.

a. Les marchés amont et intermédiaires de la télévision payante linéaire

(i) Les marchés amont et intermédiaires de la télévision payante linéaire tous supports confondus

Plusieurs tiers ont indiqué que le rachat de Neuf Cegetel par SFR pouvait être considéré comme la disparition d'un entrant potentiel sur les marchés amont et intermédiaires de l'acquisition de droits audiovisuels de la télévision payante linéaire, ainsi que sur les marchés de l'édition et de la commercialisation de chaînes linéaires. La présente concentration emporterait ainsi un risque de réduction de la concurrence potentielle, de nature à renforcer la position du groupe Canal+ sur ces marchés.

Au jour de la notification, et en l'état des documents disponibles ou publics et des informations communiquées par les parties, aucun élément ne permet de considérer que Neuf Cegetel s'apprêtait à pénétrer les marchés amont et intermédiaires de la télévision payante linéaire.

Ainsi, les parties ont déclaré que Neuf Cegetel a systématiquement décliné toutes les offres de droits de contenus audiovisuels destinés à l'exploitation d'une chaîne de télévision payante linéaire, concluant qu'il n'était économiquement pas en mesure d'entrer sur ces marchés de manière rentable.

Il convient d'indiquer que les barrières à l'entrée sur les marchés amont de l'acquisition de droits VoD, que Neuf Cegetel a très récemment pénétrés, sont plus faibles que celles des autres marchés de la télévision payante linéaire. En effet, contrairement aux contenus linéaires, les droits VoD sont non exclusifs⁸³ et ne nécessitent ni l'édition d'une chaîne ni une entrée massive sur le marché de l'acquisition de droits. Par ailleurs, à la différence de l'acquisition des contenus linéaires, qui constitue un coût fixe, l'acquisition des contenus VoD entraîne des coûts variables dans la mesure

⁸³ Traditionnellement, les droits VoD, contrairement à ceux PPV, ont toujours été majoritairement commercialisés sur une base non exclusive. Cette particularité a été renforcée par les engagements pris par les parties dans les décisions *Vivendi Universal / CanalSat / TPS* et *SFR/Télé2*.

où la rémunération des ayants-droits est pour l'essentiel fonction du nombre de téléchargements de vidéos, c'est-à-dire assise sur le chiffre d'affaires effectivement dégagé de l'activité. Les droits VoD sont acquis par un nombre important de nouveaux acteurs, issus non seulement du secteur de la télévision payante, mais aussi des communications électroniques, d'Internet et de la distribution. Les distributeurs de télévision, Virgin et MK2, de même que de « nouveaux entrants purs », tel que Glowria, cité par les parties, sont autant d'exemples d'acteurs actifs sur ces marchés.

Concernant le marché intermédiaire de l'édition et de la commercialisation de VoD, que Neuf Cegetel a également pénétré, les mêmes conclusions s'imposent. Alors que l'édition d'une chaîne de télévision payante linéaire nécessite l'acquisition d'un volume important de contenus pour remplir une grille de programmes complète, l'édition d'une offre VoD peut être au départ peu étoffée puis enrichie progressivement.

A contrario, les autres marchés amont et intermédiaires sont très difficilement pénétrables en raison de l'importance des investissements requis. Seul un distributeur disposant de « cash-flow » substantiels est aujourd'hui capable d'entrer sur ces marchés. A ce jour, seule Orange a souhaité et réussi à remonter la chaîne de valeur de la télévision payante. La stratégie commerciale de Neuf Cegetel est comparable à celle mise en œuvre par Free. Ces deux opérateurs, bien que cherchant à distribuer l'offre télévisuelle la plus diversifiée possible (en termes de contenus comme de services) ne semblent pour l'heure pas en mesure d'investir significativement les marchés amont et intermédiaires, qui ne constituent pas leur cœur de métier, et pour lesquels ils ne disposent pas des ressources nécessaires.

En conclusion, compte tenu de ces éléments, on ne peut pas considérer Neuf Cegetel comme un entrant potentiel sur ces marchés, du moins à court et moyen termes.

(ii) Les marchés amont et intermédiaires de la télévision payante linéaire pour mobiles

Le groupe Canal+ est entré en 2005 sur le marché amont de l'acquisition de droits audiovisuels pour mobiles, en lançant son activité d'éditeur de services à destination des terminaux mobiles, notamment les services « Canal + Foot » sur SFR et « Canal + Orange Video » sur Orange. Le groupe Canal+ a conclu pour cela des accords avec différents types de fournisseurs.

Avant l'opération, SFR en raison de ses liens structurels avec le groupe Vivendi était déjà un opérateur de téléphonie mobile bénéficiant, en toute hypothèse, d'un accès privilégié aux contenus et aux chaînes détenues par sa société-mère. En l'espèce, il convient de s'assurer que l'acquisition de Neuf Mobile ne crée pas un éventuel risque d'atteinte à la concurrence.

En raison du caractère toujours émergent de ce marché, une définition globale de l'édition et de la commercialisation des chaînes thématiques a été retenue aux fins de la présente analyse. Il est très difficile d'y évaluer les parts de marché des différents opérateurs. Il serait cependant possible d'estimer ces parts de marché des éditeurs de chaînes à destination de la télévision mobile en prenant pour référence leurs positions relatives à l'activité globale d'édition et de commercialisation de chaînes à destination des distributeurs de télévision payante « traditionnelle ».

Dans la mesure où Neuf Cegetel n'était pas éditeur de services à destination des terminaux mobiles et où l'opération laisse subsister un nombre important de concurrents sur ce marché, l'opération n'est pas de nature à avoir d'effets horizontaux restrictifs de concurrence sur ce marché.

Même s'il ne peut être exclu que Neuf Cegetel aurait pu pénétrer ces marchés à court terme, il n'aurait pas été en mesure de jouer un rôle de *maverick* compte tenu des caractéristiques concurrentielles des marchés de la téléphonie mobile, décrits *supra*⁸⁴.

⁸⁴ Cf. partie de la présente décision relative aux marchés de la téléphonie mobile.

Concernant le marché intermédiaire de l'édition et de commercialisation de chaînes thématiques à destination de terminaux mobiles, la présente instruction, qui rejoint les conclusions de l'analyse du ministre chargé de l'économie dans l'affaire *Vivendi Universal / CanalSat / TPS*, n'a pas permis d'isoler des thématiques qui seraient incontournables pour la composition d'un « bouquet » attractif.

Au regard des informations disponibles, les activités des parties ne se chevauchent pas. Au demeurant, les distributeurs de télévision sur terminaux mobiles disposeront toujours, à l'issue de l'opération, des nombreuses chaînes d'éditeurs tiers dont le groupe Lagardère, le groupe TF1 et le groupe AB.

En conséquence, l'opération n'emporte pas de risque d'atteinte à la concurrence de nature horizontale sur les marchés amont et intermédiaires de la télévision payante linéaire, y compris en ce qui concerne les droits et les chaînes spécifiquement destinées à la télévision mobile.

b. Les marchés amont de l'acquisition de droits audiovisuels et les marchés intermédiaires de l'édition et de la commercialisation de services de télévision payante non linéaires

(i) Les marchés amont de l'acquisition de droits VoD et les marchés intermédiaires de l'édition et de la commercialisation de services de VoD

Sur le marché amont de l'acquisition de droits VoD, les positions des principaux opérateurs, en France, n'ont pu être appréhendées précisément. Les parties ont toutefois fourni un état de la répartition des catalogues de droits VoD détenus par les principaux distributeurs, reproduit dans le tableau ci-après.

	Cinéma	Jeunesse	Séries Téléfilms	Documentaires Reportages	Adulte Charme	Musique	Spectacle Humour	Total
Canalplay	1 826	1 203	127	50	717		1	3 924
24/24 Orange	692	806	173	195	NC	216	71	2 153
TF1 Vision	748	440	390	220	329	17	70	2 214
Virgin Media	1 607	1 055	230	426	507	114	35	3 974
Glowria	1 764	166	53	346	NC	35	34	2 398
France TVOD	24	98	347	120				589
Arte VOD	137			193		32		362
M6 Video	112	227	191	202			881	1 613
MK2	784				83			867

Ces données, exprimées en nombre de programmes, reflètent l'état du catalogue des droits VoD détenus par les éditeurs et les distributeurs de services VoD. Elles ne rendent pas compte de la qualité ou de l'attractivité des contenus proposés.

Toutefois, les films américains et français récents représentent, en valeur, l'essentiel des locations de VoD. A ce titre, les parties indiquent que les nouveautés de moins de douze mois, qui représentent [0-10] % du catalogue de CanalPlay, sont à l'origine de [50-60] % de la consommation.

Ces données correspondent à des relevés effectués par les parties en décembre 2007. A cette date, Neuf Cegetel n'était pas active sur le marché de l'acquisition de droits VoD et se limitait à la distribution des offres de trois partenaires : Glowria, M6 Vidéo et TF1 Vision.

Depuis mars 2008, Neuf Cegetel édite sa propre offre VoD qu'il distribue aux abonnés de son service Neuf TV. Ainsi, Neuf Cegetel « *a fait le choix d'acquérir des droits d'exploitation en direct et devenir éditeur de son propre service de vidéo à la demande* »⁸⁵.

Neuf Cegetel a signé des contrats avec les principaux studios de cinéma français (Studio Canal, Pathé, EuropaCorp, TF1 International, UniversCiné...), et entend proposer les grands succès de l'année tels que Bienvenue chez les Ch'tis, Paris, Persepolis, ou encore Astérix aux Jeux Olympiques. Le groupe a également passé des partenariats avec des producteurs de dessins animés, de documentaires, de concerts, de spectacles et de séries. Les tarifs oscillent entre 0,99 et 4,99 euros par contenu, les films pouvant être visionnés sur une période de 48 heures.

Neuf Cegetel a par ailleurs annoncé poursuivre son partenariat avec Glowria pour la distribution de films américains : Neuf VoD proposera ainsi 3 500 programmes, qui seront complétés par les services TF1 Vision et M6 Vidéo, pour une offre sur le marché aval de 5 000 programmes au total.

Quelles que soient les segmentations retenues, il peut être remarqué qu'il n'existe pas, à l'heure actuelle, de barrières à l'entrée importantes sur les marchés de l'acquisition de droits audiovisuels destinés à une exploitation VoD. La même conclusion s'impose pour les marchés intermédiaires de l'édition et la commercialisation des services VoD.

Sur les marchés amont, l'opération pourrait se traduire par une augmentation du pouvoir de négociation de la nouvelle entité. Néanmoins, comme précisé *supra*, les droits VoD sont acquis sur une base non exclusive, ce qui ne lui permet pas de bénéficier de cet accroissement de pouvoir de négociation. Néanmoins, la nouvelle entité pourrait être en mesure d'acquérir un volume plus important de droits par rapport à ses concurrents. Il peut être répondu qu'un tel accroissement du catalogue, en volume, ne confère pas un avantage concurrentiel sur ces marchés dans la mesure où la demande est surtout sensible à la qualité du programme. En effet, selon les données des parties, il est rappelé que 58% de la consommation est réalisé sur les seules locations de films français et américains récents. Dès lors, en toute hypothèse, les concurrents de la nouvelle entité, en ne disposant que des droits relatifs aux films français et américains récents, seraient en mesure de concurrencer efficacement la nouvelle entité⁸⁶.

Les mêmes conclusions s'imposent sur les marchés de l'édition et de la commercialisation de chaînes VoD. De surcroît, la nouvelle entité restera confrontée à la concurrence d'acteurs nombreux sur ces marchés intermédiaires, distributeurs de télévision payante, éditeurs de chaînes et agrégateurs. En outre, selon une étude récente, les grands studios et les producteurs de cinéma en Europe pourraient entrer rapidement sur ces marchés, à l'instar de MK2 qui a lancé une offre de VoD au printemps 2007.

Cette analyse concurrentielle se fonde sur le caractère non exclusif de l'acquisition de droits VoD qui résulte notamment des engagements pris devant la Commission européenne à l'occasion de l'opération SFR/Télé2. Ainsi, les parties s'étaient engagées « *pour les contrats futurs, nouveaux ou*

⁸⁵ Communiqué de presse de Neuf Cegetel en date du 11 mars 2008.

⁸⁶ A ce titre, il peut être rappelé ici que les parties se sont engagées dans le cadre de l'opération *Vivendi Universal / CanalSat / TPS* à céder les droits d'exploitation VoD des films du catalogue de Studio Canal à tout opérateur qui en ferait la demande, sur une base non exclusive.

reconduits, [...] à ne pas acquérir ou exploiter de droits cinématographiques sur les films américains et français récents en VoD (ou SvoD) en exclusivité sur l'xDSL ».

Cette garantie a été renforcée par la reprise devant le ministre de ces engagements détaillés dans la section D de la présente décision.

En conséquence, l'opération n'emporte pas de risque d'atteinte à la concurrence de nature horizontale sur les marchés amont et intermédiaires de la VoD.

(ii) Les autres marchés amont et intermédiaires de la télévision payante non linéaire (hors VoD)

Ces marchés se caractérisent également par de faibles barrières à l'entrée, caractéristiques qui les rapprochent des marchés de la VoD. Or même si Neuf Cegetel n'avait pas affiché l'intention de pénétrer les marchés amont et intermédiaires de la sVoD et de la télévision de rattrapage, l'absence de barrières importantes sur ces marchés rend crédible toute velléité d'entrée à court terme, et établit donc une concurrence potentielle.

De plus, il apparaît économiquement rationnel pour un acteur d'enrichir son offre de télévision payante sur le marché aval dès lors qu'il en a la possibilité, notamment du fait que les coûts irrécupérables sont limités. Ainsi, face à la banalisation des offres triple-play et à la diminution du revenu généré sur les activités de fourniture d'accès Internet, chaque acteur cherche à enrichir son offre de télévision payante.

Toutefois, concernant les marchés amont et intermédiaires de la PPV, les barrières à l'entrée semblent plus élevées. En effet, les offres PPV nécessitent en pratique l'acquisition de droits spécifiques sur une base exclusive. En conséquence, le coût d'acquisition de programmes en PPV en raison de cette exclusivité est donc supérieur à celui des programmes en VoD.

Concernant l'acquisition de droits audiovisuels destinés au PPV, ainsi que l'édition et la commercialisation de services de PPV, les parties ont souligné que Neuf Cegetel ne disposerait pas, d'un point de vue économique, de la possibilité d'entrer sur ces marchés de manière rentable. []. En effet, la relative faiblesse du nombre d'abonnés de Neuf Cegetel à son offre de télévision payante et les montants réclamés semblent avoir dissuadé, jusqu'à présent, Neuf Cegetel de procéder à de tels achats.

N'éditant pas de chaînes linéaires, Neuf Cegetel ne pourrait intervenir sur les marchés de la télévision de rattrapage qu'en acquérant des droits auprès des chaînes actives en amont de la télévision de rattrapage. A ce jour, seule Orange a conclu un contrat avec France Télévisions, d'une durée de trois ans, pour l'exploitation en télévision de rattrapage des chaînes éditées par ce groupe. Les autres chaînes linéaires, parmi lesquelles TF1 et M6, n'ont pas encore déterminé leur modèle économique de distribution en télévision de rattrapage. Il n'est pas exclu qu'elles souhaitent garder un lien direct avec leurs téléspectateurs en ne leur proposant cet accès que comme un service additionnel.

En tout état de cause, il ne peut être conclu que la disparition de la concurrence potentielle que Neuf Cegetel aurait pu exercer sur ces marchés constituerait une atteinte à la concurrence sur un marché émergent, dont le modèle économique reste encore à déterminer. L'adossement de Neuf Cegetel au groupe Canal + n'a pas pour effet de priver d'autres distributeurs de l'accès à ces droits ou à la possibilité d'éditer et de commercialiser une chaîne de télévision de rattrapage.

En conséquence, l'opération n'emporte pas de risque d'atteinte à la concurrence de nature horizontale sur les marchés amont et intermédiaires de la télévision payante non linéaire (hors VoD).

c. La distribution de services de télévision payante linéaire

A titre liminaire, le contexte dans lequel s'inscrit la présente opération doit être rappelé.

Le groupe Vivendi est directement actif dans la distribution de télévision payante en France par satellite, par voie hertzienne et, depuis le rachat de Télé2 par SFR, par DSL⁸⁷. Les bouquets de chaînes commercialisés par satellite (Canal Satellite et TPS), ainsi que certaines chaînes commercialisées seules, en mini-bouquets ou de manière couplée avec certains bouquets, sont également proposés indirectement en second niveau⁸⁸ via DSL. Il doit néanmoins être souligné que Vivendi permet certes aux opérateurs DSL de transporter ses bouquets mais conserve une relation commerciale directe avec les abonnés.

Depuis 2003, plusieurs opérateurs DSL sont entrés sur le marché de la distribution de télévision payante : Free, Orange, Neuf Cegetel et Alice. Darty est le dernier opérateur à avoir pénétré ce marché, en lançant son offre Dartybox le 31 octobre 2006. Les parties ont également indiqué que Bouygues Telecom devrait lancer prochainement une offre ADSL. Initialement prévue en janvier 2008, l'offre ADSL de Bouygues Telecom sera vraisemblablement proposée aux consommateurs au début de l'année 2009⁸⁹. En effet, en septembre 2007, cet opérateur a conclu un accord avec Neuf Cegetel lui permettant d'utiliser le réseau de téléphonie fixe de ce dernier pour proposer une offre ADSL. Avec cet accord, Bouygues Télécom accèdera à un millier de nœuds de raccordement abonnés (NRA), couvrant plus de 60% de la population française. En outre, Bouygues Télécom a acquis une partie du réseau ADSL de Club Internet que lui a revendu Neuf Cegetel.

En tout état de cause, les engagements pris par les parties et développés dans la section D de la présente décision sont de nature à garantir l'accès des tiers, tel que Bouygues Telecom, aux offres de gros de Neuf Cegetel en matière de communications électroniques⁹⁰.

Comme le souligne la Commission européenne, « *les opérateurs DSL [...] n'interviennent en tant que distributeurs sur le marché de la télévision payante que pour leurs bouquets "propriétaires", c'est-à-dire les bouquets composés des chaînes et services de télévision dont ils acquièrent eux-mêmes les droits de diffusion auprès des éditeurs et qu'ils proposent ensuite directement aux consommateurs finals. Ces bouquets propriétaires sont commercialisés dans le cadre d'offre dites "multiple play", comprenant également des services de télécommunications (téléphonie et/ou accès Internet haut débit)* ». Il convient de préciser que les opérateurs DSL interviennent également en tant que distributeurs sur le marché de la télévision payante par le biais des chaînes qui figurent dans le bouquet de base de leur offre « multiple play ». On parle alors de « premier niveau » de distribution, contrairement aux bouquets et mini-bouquets proposés via DSL en deuxième niveau par certains distributeurs, tels que Vivendi (i.e. après que le téléspectateur a souscrit une offre « multiple play » auprès d'un opérateur DSL). Même si elles peuvent être perçues par le consommateur final comme gratuites, puisque faisant partie d'une offre globale, ces chaînes de premier niveau sont cependant vendues dans le cadre d'un abonnement qui inclut de la télévision payante, au même titre que les offres de second niveau plus chères⁹¹.

L'opération consiste donc dans le rachat d'un de ces opérateurs DSL (Neuf Cegetel) par SFR qui appartient au groupe Vivendi, acteur prééminent de la télévision payante.

⁸⁷ Décision n°COMP/M.4504 de la Commission européenne SFR/Télé2 en date du 18 juillet 2007 précitée.

⁸⁸ Voir *infra* sur la distinction entre le premier niveau et le second niveau de distribution de télévision payante.

⁸⁹ Déclaration de Philippe Montagner, Président de Bouygues Télécom, à l'AFP en date du 27 février 2008.

⁹⁰ Plus précisément, il s'agit des marchés des infrastructures passives et de la fourniture en gros d'accès à large bande en un point national.

⁹¹ C2006-2 Décision du ministre chargé de l'économie *Vivendi Universal / CanalSat / TPS* en date du 30 août 2006 précitée.

(i) La position des parties et des principaux opérateurs

Les parts de marché des distributeurs de télévision payante fournies par les parties ont été estimées en volume, à partir du nombre d'abonnés à leurs offres, qu'elles soient de base (opérateurs DSL) ou de second niveau (certains bouquets détenus par des opérateurs DSL, bouquets et mini-bouquets, chaînes payantes optionnelles).

	2006		2007 (3 ^e trimestre)	
	Abonnements	Parts de marché	Abonnements	Parts de marché
Canal +	[...]	[30-40] %	[...]	[25-35] %
CanalSat	[...]	[20-30] %	[...]	[20-30] %
TPS	[...]	[10-20] %	[...]	[0-10] %
SFR/Télé2	[...]	[0-5] %	[...]	[0-5] %
Total Vivendi	[...]	[60-70] %	[...]	[50-60] %
Neuf Cegetel⁹²	[...]	[0-10] %	[...]	[0-10] %
Nouvelle entité	[...]	[60-70] %	[...]	[60-70] %
Free	[...]	[10-20] %	[...]	[10-20] %
Numéricâble	[...]	[10-20] %	[...]	[10-20] %
Orange	[...]	[0-10] %	[...]	[0-10] %
Alice	[...]	[0-5] %	[...]	[0-5] %
Darty	[...]	[0-5] %	[...]	[0-5] %
AB Sat	[...]	[0-5] %	[...]	[0-5] %
Total	12 969 838	100%	14 712 438	100%

Il convient toutefois d'être prudent sur l'estimation de ces parts de marché.

En premier lieu, comme le souligne la Commission européenne, la part de marché de Vivendi en chiffre d'affaires est très largement supérieure à sa part de marché calculée sur la base du nombre d'abonnés. En effet, les prix moyens des offres de télévision pratiqués par Vivendi sont largement supérieurs à ceux de ses concurrents. Vivendi considère à cet égard qu'il est le seul à proposer actuellement une offre premium de télévision payante.

Les parties font toutefois remarquer que s'il devait être retenu des parts de marché calculées en valeur, Neuf Cegetel aurait une position beaucoup moins forte que sa part de marché de [0-10] % exprimée en volume, ce qui aurait pour effet de réduire considérablement l'incrément observé pour la part de marché de Vivendi résultant de l'opération.

En second lieu, il convient de relativiser les données relatives de certains opérateurs DSL dans la mesure où l'ensemble des souscripteurs à une offre « multiple play » peut être comptabilisé. Ainsi, des abonnés qui disposent d'un terminal permettant la réception de services audiovisuels peuvent ne pas être éligibles à ces services ou ne pas utiliser ces services inclus par défaut dans certaines offres haut-débit. Cette surévaluation des parts de marché de certains opérateurs DSL concerne en particulier Free dont le terminal ADSL fait également office de décodeur audiovisuel. Des opérateurs tels que Orange

⁹² Y compris Club-Internet.

ou Neuf Cegetel sont toutefois en mesure de comptabiliser précisément leurs clients de télévision payante dans la mesure où les consommateurs non éligibles ou non-utilisateurs sont exclus de leur offre.

(ii) Caractéristiques des concurrents actuels

Sur le marché de la distribution de télévision payante linéaire, Vivendi, via Canal + et SFR/Télé2, fait face à plusieurs types de concurrents. Les opérateurs non-DSL et les opérateurs DSL, qui exercent la pression concurrentielle la plus importante, doivent être distingués dans l'analyse.

- Les opérateurs non-DSL

Numéricâble dispose à ce jour, notamment pour des raisons historiques, du parc le plus important de foyers distribués en fibre optique avec environ 2 millions de foyers raccordables. En outre, Numéricâble prévoit de raccorder 5 millions de foyers en fibre optique en 2008 et 7,5 millions en 2009.

Cependant, un des répondants au test de marché relève que le nombre d'abonnés sur le câble stagne. La stratégie de Numéricâble semble pour le moment davantage tournée vers une harmonisation de ses différentes offres issues des entités fusionnées que vers l'expansion de sa base d'abonnés. Si la consolidation rendue nécessaire par une politique de croissance externe est une réalité pour Numéricâble, il convient toutefois de relever qu'elle a récemment enrichi son offre de télévision payante, en lançant une chaîne de sport exclusive (Ma Chaîne Sport) qui diffuse notamment les matchs de la Ligue 2 de football. La pression concurrentielle qu'elle exerce en matière de télévision payante est donc bien réelle, quoique moins importante que celle émanant des FAI qui connaissent des taux de croissance beaucoup plus élevés que celui du câble aujourd'hui.

La concurrence de l'offre de télévision payante exercée à ce jour par le seul opérateur satellite concurrent doit en revanche être relativisée. Certes, le groupe AB a lancé une offre attractive, en terme de prix (4,90 euros par mois), ABSatBis proposant 24 chaînes dans l'offre de base : la plupart de la TNT (TF1 y compris) mais aussi RTL9, une chaîne généraliste reconnue. Ce bouquet pourra par ailleurs être étendu à d'autres chaînes : l'accès optionnel à Action, Fx + Polar + Cinéfirst + Cinépop coûtera 4,90 de plus par mois.

Toutefois cette offre agressive au plan tarifaire souffre de son lancement tardif sur un mode de diffusion dominé aujourd'hui par le groupe Vivendi.

En tout état de cause, il ne peut être conclu à la capacité du groupe AB à concurrencer efficacement le groupe Vivendi en l'état actuel du marché. Dès lors, cette offre ne paraît pas en mesure de compenser à elle seule la disparition de Neuf Cegetel en tant qu'opérateur indépendant.

- Les opérateurs DSL

Comme les autorités de concurrence l'ont déjà relevé, les plateformes DSL et de télévision numérique terrestre (TNT) constituent les modes de distribution les plus dynamiques et les principaux vecteurs de croissance du marché de la télévision payante, contrairement au satellite et au câble en ralentissement. Ainsi, le nombre d'abonnements à un service de télévision par ADSL a progressé de 97,5% entre le 30 septembre 2006 et le 30 septembre 2007, pour atteindre environ 4,1 millions d'abonnés à cette date. Sur la même période, le câble et le satellite stagnaient en termes d'abonnés.

Compte tenu de la croissance prévisible de la part de la population française disposant d'une connexion DSL au cours des prochaines années, le nombre d'abonnés aux offres "multiple play" des opérateurs DSL devrait mécaniquement continuer à croître fortement.

En outre, le dynamisme des opérateurs DSL s'explique également par le fait qu'ils bénéficient des avantages suivants :

« - avantages commerciaux du "multiple play" (Internet haut débit, téléphonie sur IP [Internet Protocol], télévision et, progressivement, téléphonie mobile), non répliquable par le satellite et la TNT;

- avantages techniques: service fourni par la ligne téléphonique classique (paire de cuivre), possibilité de services innovants, tels que la VoD, en plus des services classiques de PPV »⁹³.

Bénéficiant d'une voie de retour, les FAI ont la possibilité d'offrir des services interactifs, tels que la VoD, qui ne peuvent pas être proposés à ce jour par les opérateurs satellite alors que ces services sont appelés à fortement se développer. D'après GFK et NPA Conseil, le marché de la vidéo à la demande a augmenté de 25,4% en France au troisième trimestre 2007.

Par ailleurs, les FAI ont pu pénétrer le marché de la distribution de télévision payante en s'appuyant sur la commercialisation simultanée des deux autres services (Internet, téléphonie fixe) qu'ils proposent. Leur activité de télévision payante bénéficie directement de la forte dynamique d'équipement en Internet haut débit en France, qui est la plus forte d'Europe.

En outre, du fait de leur maîtrise du premier niveau de la distribution, les opérateurs DSL disposent d'un avantage vis-à-vis des distributeurs de second niveau hébergés sur leur plateforme⁹⁴. En effet, lorsqu'un client s'abonne à une offre de télévision sur DSL, il doit d'abord s'abonner à l'offre "multiple play" d'un opérateur DSL, puis, ensuite seulement et s'il le souhaite, à un des bouquets de chaînes payantes transportés par cet opérateur. Au demeurant, il existe une relative facilité à souscrire une offre de télévision par DSL dès lors qu'un client dispose déjà d'un accès Internet haut débit.

Pour l'ensemble de ces raisons, reconnues par les autorités de concurrence, la télévision par DSL est aujourd'hui le principal vecteur de croissance de la télévision payante.

(iii) La disparition de Neuf Cegetel en tant que concurrent indépendant

Neuf Cegetel détient une part de marché estimée à [0-10] % en volume.

A l'issue de l'opération, Vivendi renforce donc sa position sur le marché de la distribution de télévision payante ([50-60] %) avec une part de marché cumulée de [60-70] % en volume.

Selon les parties, en plus d'un incrément très faible de parts de marché, l'opération n'est susceptible d'emporter que des effets limités sur les marchés de la télévision payante car les offres du groupe Canal + et de Neuf Cegetel sont des substituts éloignés. Ainsi qu'il a été exposé, l'ARPU moyen des abonnés du groupe Canal+ est de [...] euros par abonné et par mois alors que l'ARPU moyen des abonnés à un FAI est de l'ordre de 30 euros, partagés entre les trois services qu'ils proposent. Ainsi, la valeur des bouquets de base de Télé2 ou de Neuf Cegetel est comprise entre [0-10] euros seulement. Les parties rappellent que la Commission européenne elle-même a constaté que « compte tenu des exclusivités de distribution [de Vivendi] les bouquets propriétaires des opérateurs DSL se trouvent cantonnés sur l'entrée de gamme et n'exercent pour l'instant pas ou peu de pression concurrentielle sur les offres de télévision payante de Vivendi, qui se positionnent sur le haut du marché »⁹⁵.

⁹³ Décision n°COMP/M.4504 de la Commission européenne SFR/Télé2 en date du 18 juillet 2007 précitée.

⁹⁴ Par le terme « plateforme », il faut entendre la possibilité d'être distribué par un FAI en matière de télévision payante (bouquet ou chaîne optionnels) et non l'accès « technique » à son support.

⁹⁵ Décision n°COMP/M.4504 de la Commission européenne SFR/Télé2 en date du 18 juillet 2007 précitée.

Elles considèrent que l'opération doit être analysée au regard du seul chevauchement d'activité entre les offres comparables de SFR/Télé2 et de Neuf Cegetel et que l'opération se traduirait en conséquence par une augmentation minimale de la position de la nouvelle entité, inférieure à l'incrément apparent.

La position défendue par les parties méconnaît la pratique décisionnelle des autorités de concurrence.

D'un point de vue statique, il peut effectivement être observé que l'incrément est faible (+ [0-10] points). En outre, les parties font remarquer que la part de marché acquise à l'issue de l'opération resterait en valeur absolue inférieure à la part de marché attribuée au groupe Vivendi à l'issue du rachat de TPS par CanalSat ([60-70] %). Il apparaît en effet que la progression des abonnés aux offres des FAI a mécaniquement dilué la position des opérateurs satellite et du câble.

Toutefois, l'offre de Neuf Cegetel est relativement riche. Son bouquet basique comprend plus de 76 chaînes et peut être complété par des programmes et des packs optionnels (plus de 150 chaînes, à l'unité ou en bouquets, sont proposées). Des services audiovisuels interactifs sont également accessibles pour le consommateur, tels que la VoD portant sur plus de 5 000 programmes.

D'un point de vue dynamique, il apparaît que Neuf Cegetel, en tant que FAI, était susceptible de jouer un rôle spécifique sur le marché de la distribution de télévision payante. Ce rôle a été reconnu par les autorités de concurrence, tant communautaire que nationales.

Il s'agit du troisième opérateur DSL en termes d'abonnés d'une offre de télévision payante⁹⁶, dont la base d'abonnés croît plus rapidement que la moyenne du marché. En effet, alors que le nombre total d'abonnés à une offre de télévision payante a cru d'environ 12% entre janvier 2006 et septembre 2007, la croissance des abonnés de Neuf Cegetel est estimée à [40-50] %, même si une partie de cette croissance provient du rachat de Club Internet.

La croissance de Neuf Cegetel sur le marché de la télévision payante est également assurée par une base d'abonnés en téléphonie fixe ([...] millions au 31 décembre 2007) sur laquelle elle peut s'appuyer en partie pour développer à moindre coût une base d'abonnés à la télévision sur DSL significative.

En outre, en renforçant sa présence sur l'ADSL, le groupe Canal+ pourra profiter de la croissance de ce canal de distribution, supérieure à celle des autres modes de distribution et par-là même limiter la contestation observée de son pouvoir de marché par les opérateurs ADSL. De façon plus prosaïque, le groupe Canal+ en investissant sur l'ADSL suivra mécaniquement la courbe de progression de ce vecteur de distribution.

En définitive, d'un point de vue dynamique, la disparition de Neuf Cegetel s'assimile à la disparition d'un concurrent apte à se développer sur le marché de la distribution de télévision payante (compte tenu de ses atouts) et y animer durablement la concurrence. Il convient dès lors de s'assurer que cette disparition peut être sans délai compensée par les perspectives de croissance des autres FAI.

(iv) Analyse des perspectives de croissance des FAI concurrents

- Orange

De l'avis même des parties et des tiers interrogés, Orange est le principal concurrent du groupe Canal+ sur le marché de la distribution de télévision payante.

⁹⁶ Il n'est pas exclu que Neuf Cegetel soit en fait le second opérateur DSL en considérant que la base d'abonnés à une offre de télévision payante de Free est surestimée, comme cela été relevé supra.

Orange dispose d'une base importante d'abonnés, estimée à [500 000 – 1 000 000] clients, en forte progression depuis janvier 2006 ([40-50]%).

Orange détient un réservoir de clients potentiels de télévision payante issus de ses autres activités dans le secteur des télécommunications bien plus important que celui de Neuf Cegetel. En effet, actuellement, sur les [5-10] millions d'abonnés à une offre ADSL d'Orange, seuls [10-20]% le sont également à son offre de télévision payante.

A ce jour, Orange est le seul distributeur DSL à avoir pénétré les marchés amont et intermédiaires de la télévision payante linéaire.

En effet, Orange édite deux chaînes (Orange Sports TV et O'TV). Cet acteur a également obtenu, pour 203 millions d'euros, lors de l'appel à candidatures de la Ligue de Football Professionnel (LFP) trois lots pour les droits de diffusion de la Ligue 1 pour les saisons 2008 à 2011, parmi lesquels l'un des trois lots premium (matches du samedi soir).

En outre, Orange bénéficie d'un réseau dense de points de vente pour ses produits et services, constitué de plus de [500 – 1 000] magasins⁹⁷. Ce réseau est parmi les plus denses, tant vis-à-vis des autres FAI que des opérateurs de téléphonie mobile.

De plus, Orange est adossée au groupe France Télécom. Il dispose ainsi de capacités financières supérieures à celles des opérateurs du secteur. En 2007, France Télécom a réalisé un chiffre d'affaires de 53 milliards d'euros, pour un résultat net de 6,3 milliards d'euros. Ces chiffres doivent être mis en perspective avec ceux du groupe Vivendi qui a réalisé en 2007 un chiffre d'affaires de 21,6 milliards d'euros pour un résultat net de 2,8 milliards d'euros. Les capacités financières dont dispose le groupe France Télécom peuvent lui permettre d'investir massivement sur les marchés en cause, en particulier à l'amont de la chaîne de valeur de la télévision payante, ce qu'il a d'ailleurs entrepris de faire en 2008 (voir *infra*).

Toutefois, sa puissance financière ne saurait suffire à faire de cet opérateur un concurrent susceptible de remettre en cause, à court terme, et à lui seul, la position prépondérante de Canal + sur les marchés de la télévision. En effet, il existe des barrières non financières au développement d'une offre de qualité sur le marché aval et l'intensité de la concurrence sur le marché de la distribution est directement corrélée à la capacité d'accéder à des contenus attractifs, facteur déterminant de l'offre de télévision payante du point de vue du consommateur.

Or il existe une asymétrie entre Orange et Canal + en termes de base d'abonnés, qui résulte de ce que l'amortissement des droits audiovisuels acquis sur les marchés amont est délicat sans une visibilité suffisante sur leur exploitation auprès des abonnés. Ainsi, la négociation d'accords d'exclusivité de distribution de chaînes thématiques est très risquée pour un opérateur ne disposant que d'une base d'abonnés réduite. En effet, ces chaînes étant rémunérées à la fois par la publicité et les redevances versées par le distributeur, les offres les plus généreuses sont faites par les opérateurs en mesure de les amortir sur un grand nombre d'abonnés.

En outre, il convient de rappeler que le métier d'éditeur de chaînes est complexe (barrières relatives au savoir-faire). Orange ne le maîtrise pas pour l'heure : l'édition d'un nombre important de chaînes par Orange à court terme paraît donc être peu vraisemblable, même s'il convient de remarquer que cet opérateur est en train d'acquérir ce savoir-faire par le développement de ses propres chaînes.

Enfin il doit être rappelé que Canal + est un acteur difficilement contournable pour le financement et la diffusion exclusive de films français, dans la mesure où le préachat des droits de télévision payante linéaire conditionne généralement la diffusion exclusive des films en première et seconde fenêtres. En effet, Canal + cofinance à ce jour plus de 90% des films français en contrepartie des droits de diffusion en première et seconde fenêtre de télévision payante.

⁹⁷ Le nombre de points de vente d'Orange a augmenté récemment suite à l'acquisition de la société CET (Cf. C2007-144 / Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'emploi du 4 janvier 2008, aux conseils de la société France Telecom SA, relative à une concentration dans le secteur des produits et services photographiques et de téléphonie mobile, publiée au BOCCRF n°1bis du 25 janvier 2008).

Orange a su néanmoins s'affranchir de ces barrières à l'entrée pour développer une offre *premium* de télévision payante. Ainsi, le 8 avril 2008, cet opérateur a annoncé le lancement d'Orange Cinéma Série, une offre de films et de séries télévisées en exclusivité, grâce à la signature d'un contrat pluriannuel avec le studio Warner Bros et une des chaînes du groupe HBO. D'après les informations publiquement disponibles, les abonnés aux offres multiservices d'Orange auront ainsi accès dès la fin de l'année 2008 à plus de 1 000 films et 500 heures de séries télévisées.

En outre, Orange a également annoncé la signature d'un accord avec l'opérateur de satellite Eutelsat afin de diffuser son offre de télévision payante dans les zones non desservies par l'ADSL.

Ces annonces publiques, qui sont intervenues au cours de l'instruction, confirment qu'Orange est, à l'heure actuelle et à court terme, le FAI le plus susceptible d'exercer une pression concurrentielle substantielle sur le groupe Canal +.

- Free

Free est le premier opérateur ADSL à avoir proposé une offre de télévision payante incluse dans son offre « multiple play ». Elle comprend plus de 200 chaînes et services ainsi que de nombreuses chaînes à option, vendues soit par bouquet soit à l'unité sans durée d'engagement. Depuis l'été 2007, Free a lancé son service inédit de TV Perso qui permet à chaque abonné de diffuser son propre flux TV.

Au regard du grand nombre de chaînes proposées, Free est sans doute l'opérateur dont l'offre de télévision payante est la plus attractive d'un point de vue tarifaire.

Free dispose à ce jour d'une base potentielle estimée à [0-5] millions de clients, en croissance de [40-50]% entre janvier 2006 et septembre 2007.

Néanmoins, certains tiers interrogés ont souligné que cet opérateur n'avait pas vocation à devenir un acteur intégré de la télévision payante, ce qui réduit sa capacité à concurrencer efficacement le groupe Canal + sur le marché aval de la télévision payante à l'avenir. En effet, il est important de proposer une offre de qualité en termes de contenus pour espérer se développer sur ce marché. Or compte tenu de la position prééminente du groupe Canal + sur les marchés amont et intermédiaires, le moyen le plus efficace d'accéder à des contenus attractifs est de devenir un acteur intégré de télévision payante en pénétrant ces marchés amont et intermédiaires. A ce jour, Free reste un pur distributeur de télévision payante.

- Alice, Dartybox

Ces deux acteurs sont les derniers arrivés sur ce marché. A ce jour, ils disposent d'un nombre limité d'abonnés (< 150 000), bien qu'en très forte croissance (> 50%).

S'agissant d'Alice, malgré une offre de télévision payante comparable à celles de ses concurrents, elle se démarque par une campagne publicitaire dynamique. Si sa croissance est la plus forte parmi les opérateurs DSL, sa base totale d'abonnés reste encore réduite.

S'agissant de Darty, cet opérateur DSL dispose d'un avantage certain grâce à sa maîtrise de la distribution au détail par l'intermédiaire de ses 200 magasins. Il propose une offre « classique » de triple-play et s'appuie également sur la notoriété de son service après-vente. Cependant, son offre lancée en octobre 2006, n'a recruté que [0 – 200 000] abonnés au 31 janvier 2008. Sa base d'abonnés est encore trop limitée pour constituer un réel contre-pouvoir sur ce marché.

En définitive, la pression concurrentielle exercée par ces deux opérateurs reste relativement limitée et ne saurait, toutes choses égales par ailleurs, compenser la disparition de Neuf Cegetel en tant qu'opérateur indépendant.

- Bouygues Telecom

A ce jour, Bouygues Telecom n'est pas encore active sur ce marché mais a annoncé le lancement d'une offre ADSL, comprenant une offre de télévision payante, pour le début de l'année 2009.

Compte tenu de ses caractéristiques (opérateur mobile, marque connue, réseau de distribution, liens avec le groupe TF1, soutien financier du groupe Bouygues), il s'agit d'un entrant crédible sur ce marché malgré son arrivée tardive. A court terme toutefois, cette entrée ne saurait compenser à elle seule la disparition de Neuf Cegetel. D'un point de vue dynamique, à plus long terme, l'analyse ne saurait trancher à ce stade si Bouygues Telecom est en mesure d'exercer sur ce marché une pression concurrentielle réelle sur le groupe Canal+.

En conclusion, l'ensemble des FAI exerçait une pression concurrentielle effective sur le groupe Canal+, notamment Orange. La disparition de Neuf Cegetel en tant que concurrent est ainsi de nature à atténuer la pression concurrentielle exercée par l'ensemble des FAI sur le groupe Canal+ sans que l'on puisse assurer que le développement d'Orange la compense toutes choses égales par ailleurs. Il convient donc de préserver la capacité de ces opérateurs à concurrencer efficacement la nouvelle entité en leur permettant d'améliorer leur offre de télévision payante et/ou d'offrir à d'autres opérateurs l'opportunité d'entrer sur le marché afin d'y créer de nouvelles sources d'émulation concurrentielle.

(v) Les barrières à l'expansion des FAI

La majorité des tiers a souligné que les éditeurs de chaînes en France rencontraient un « problème » d'accès à des contenus attractifs. En outre, pour composer son bouquet, un distributeur se heurte aux exclusivités conclues par le groupe Canal+ pour la distribution de chaînes sur l'ensemble des supports, y compris l'ADSL. S'il souhaite remonter la chaîne de valeur et éditer lui-même des chaînes, il est confronté aux exclusivités sur les contenus eux-mêmes.

Comme le souligne un tiers, « *il est évident que la capacité qu'a le groupe Vivendi d'amortir des acquisitions de droits de première exclusivité cinéma, sport ou fiction sur une très large base d'abonnés [...] est un avantage concurrentiel considérable par rapport à de nouveaux entrants* ».

Un tiers relève à cet égard qu'« *en matière de distribution, aucun acteur du marché actuel, ou dans un avenir à moyen terme, n'a ou n'aura, la capacité du groupe Vivendi à proposer aux détenteurs de droits une exploitation sur plusieurs plateformes de distribution qu'il contrôle totalement : télévision hertzienne, satellite, distribution TNT, téléphonie mobile et maintenant potentiellement réseaux xDSL* ». Cette remarque doit être nuancée par le fait que le groupe Vivendi détenait déjà une plateforme de distribution xDSL depuis le rachat de Télé2 par SFR.

En outre, pour être attractif, un distributeur doit pouvoir proposer une offre substantielle et diversifiée. Hors d'une chaîne premium généraliste, une telle offre passe par la faculté de disposer d'un éventail de chaînes thématiques.

D'une manière générale, la Commission européenne a relevé que l'ensemble des FAI, actuellement ou potentiellement actifs sur le marché de la distribution de télévision payante linéaire, n'ont pas la possibilité d'accéder à des contenus télévisuels attractifs et restent cantonnés, pour l'heure, à des offres d'entrée de gamme (bouquets de base comprenant les chaînes diffusées sur le réseau hertzien, la TNT gratuite et bouquets propriétaires peu fournis). Or ces contenus sont nécessaires à la compétitivité. Cette contrainte résulte directement des exclusivités conclues par Vivendi avec la quasi-totalité des éditeurs des chaînes les plus attractives et les plus connues, qu'ils soient des éditeurs tiers ou appartenant à son groupe.

En d'autres termes, se pose la question des conditions d'accès des opérateurs DSL avant et après l'opération. A l'heure actuelle leur croissance sur ces marchés est assurée dans une large mesure par leurs avantages comparatifs décrits ci-dessus, en termes techniques (VoD) et d'attractivité de leur offre multiple play. Il faut toutefois noter que leur offre de télévision payante s'est substantiellement enrichie au cours des deux dernières années. Cette évolution a notamment été permise par les 59 engagements consentis par le groupe Vivendi à l'occasion de l'opération *Vivendi Universal / CanalSat / TPS*, parmi lesquels :

- la non-discrimination entre plateformes pour l'auto-distribution de la chaîne Canal + ou de Canal+ Le Bouquet et l'interdiction d'imposer une distribution couplée avec les offres multi-chaînes ;
- la formalisation d'une offre d'accès dégroupé à sept chaînes éditées par Canal+ France, Vivendi apportant un certain nombre de garanties au maintien de la qualité de ces chaînes et garantissant l'absence de discrimination entre plateformes pour ces chaînes ;
- la non-imposition d'un système de contrôle d'accès conditionnel spécifique pour les distributeurs/diffuseurs tiers ;
- le maintien des conventions/contrats avec les câblo-opérateurs et leur renégociation de bonne foi à leurs termes, dans des conditions comparables ;
- le renoncement aux contrats de distribution exclusive de chaînes éditées par des tiers d'une durée supérieure à quatre ans ;
- l'engagement de ne faire obstacle ni au renouvellement des accords de distribution entre les chaînes des actionnaires minoritaires de Canal+ France et les distributeurs tiers, ni à la reprise des chaînes TF1 et M6 par ces distributeurs ;
- l'engagement de ne pas exiger d'exclusivité de distribution des chaînes actuelles et futures des actionnaires minoritaires de Canal + France.

Ces engagements visaient principalement à soutenir l'émergence de concurrents de la nouvelle entité, et à titre principal des opérateurs ADSL distributeurs de télévision payante.

Néanmoins, le groupe Vivendi n'était pas alors présent en tant que fournisseur d'accès Internet. Il convient donc d'analyser si l'acquisition de Neuf Cegetel ne crée pas de risques horizontaux d'atteinte à la concurrence non appréhendés dans le cadre de la décision *Vivendi Universal / CanalSat / TPS*.

Selon les parties, une analyse des éventuels effets unilatéraux de la concentration conduit à relativiser le risque d'augmentation des prix des offres de télévision payante de la nouvelle entité.

Neuf Cegetel a une politique tarifaire contenue sur ce marché, comme tous les opérateurs DSL. Son propre bouquet de chaînes payantes enrichit son offre de base et est vendu à un prix variant de 10,90 euros par mois (Neuf TV Sélection) à 19,90 euros par mois (Neuf TV Grand Spectacle).

Canal + a un positionnement différent puisque ses offres sont considérées comme premium : à des contenus plus attractifs est attaché un prix supérieur. Ainsi l'abonnement à Canal + est vendu 30,90 euros par mois, Canal + Le Bouquet 33 euros par mois et CanalSat à partir de 20,90 euros par mois (CanalSat Librement) jusqu'à 57,90 euros par mois (CanalSat Intensément).

Dans l'hypothèse d'une dégradation de l'offre de télévision payante de Neuf Cegetel, soit par réduction de la qualité des contenus, soit par augmentation des prix, les parties indiquent que la demande se reporterait plutôt sur les offres plus proches de Neuf Cegetel, à savoir celles des opérateurs DSL, que sur les offres de Canal +.

En outre, dans le cadre de l'opération SFR/Télé2⁹⁸, la Commission européenne n'avait pas formulé d'opposition de principe à l'arrivée du groupe Vivendi sur le segment de l'ADSL ni identifié de risques horizontaux liés à l'opération en raison de la très faible part de marché de Télé2. En l'espèce, le simple fait que Neuf Cegetel soit un opérateur plus important que Télé2 ne suffit pas à caractériser un risque d'atteinte à la concurrence. En effet, d'un point de vue statique, l'acquisition de Neuf Cegetel dont le nombre d'abonnés est relativement modeste au regard de celui déjà détenu par le groupe Canal +, n'augmente pas la capacité de négociation de ce groupe. De surcroît, les engagements pris dans le cadre de SFR-Télé2 imposent aux parties de mettre à disposition de l'ensemble des FAI, les chaînes qu'il distribuerait via ses propres filiales, ce qui réduit fortement ses incitations à conclure des exclusivités pour la diffusion sur ADSL. Sur ce point, certains tiers ont indiqué que ces engagements n'empêchent pas le groupe Vivendi de s'appuyer sur de telles exclusivités afin de limiter l'émergence de concurrents. En effet, le groupe Vivendi acquerrait des droits audiovisuels exclusifs pour une distribution sur DSL et ne les utiliserait pas pour ses propres filiales FAI, privant ses concurrents FAI de ces chaînes ou de ces contenus, qui sont indispensables à l'attractivité de leur offre de télévision payante. En conséquence, ces FAI seraient dans l'impossibilité de concurrencer efficacement le groupe Canal+ sur le marché de la distribution de télévision payante. Si cette assertion venait à être vérifiée, elle démontrerait finalement que ce risque n'est pas directement lié à la présente opération mais y préexiste et relèverait d'une autre analyse.

Si les risques d'atteinte à la concurrence semblent limités d'un point de vue statique, l'opération se traduit cependant par la disparition d'un concurrent du groupe Canal+ qui, en tant que FAI, dispose d'avantages comparatifs par rapport aux autres distributeurs de télévision payante, dont le satellite.

Dès lors, malgré l'émergence d'Orange comme concurrent crédible de la nouvelle entité, il apparaît nécessaire de renforcer l'attractivité des offres de télévision payante des FAI concurrents de la nouvelle entité.

C'est pourquoi les parties se sont engagées à mettre deux nouvelles chaînes à disposition de leurs concurrents : les chaînes Jimmy et Ciné Cinéma Famiz, ainsi que de ne pas s'opposer à la mise à disposition de six chaînes éditées par le groupe M6, dont Paris Première et Téva.

De surcroît, il est apparu nécessaire de permettre l'émergence d'un autre distributeur de télévision payante susceptible d'exercer à terme une pression concurrentielle sur la nouvelle entité. Pour se faire, les parties se sont engagées à mettre la plateforme de Neuf Cegetel à disposition d'un distributeur tiers. Il pourra ainsi proposer sa propre offre de télévision payante tout en bénéficiant d'une exposition équivalente à celle de Neuf Cegetel en nombre d'abonnés.

Afin de réduire un éventuel renforcement de l'attractivité de Neuf Cegetel sur ses offres multiservices du fait de l'adjonction d'un bouquet tiers, cet engagement est déposé sur une base non exclusive. L'ensemble des autres FAI aura donc la possibilité de le transporter et compléter leur offre de « deuxième niveau ». Ce distributeur tiers sera ainsi d'autant plus susceptible d'exercer une pression concurrentielle significative sur les offres de télévision payante de la nouvelle entité.

Certains tiers se sont inquiétés de la disparition de Neuf Cegetel en tant que débouché alternatif des offres des éditeurs et/ou distributeurs. En tout état de cause, les parties s'étant engagées à offrir à un distributeur tiers la possibilité de commercialiser son propre bouquet de chaînes, le risque de perte de débouchés pour les éditeurs tiers sera compensé.

Ces engagements, décrits dans la partie D de la présente décision, remédient à la disparition de Neuf Cegetel en tant que distributeur de télévision payante.

⁹⁸ Décision n°COMP/M.4504 de la Commission européenne SFR/Télé2 en date du 18 juillet 2007 précitée.

d. Le marché de la distribution de services non linéaires de télévision payante

(i) Le marché de la distribution de VoD

Il s'agit d'un marché émergent et dynamique, comme l'a souligné la Commission européenne : « même si pour l'heure le chiffre d'affaires réalisé par les différents services de VoD existant en France est relativement mineur [...] les acteurs du marché s'attendent à une augmentation très sensible du chiffre d'affaires généré par cette activité dans les années à venir, notamment en raison de sa flexibilité par rapport aux offres de télévision linéaire »⁹⁹.

De fait, le chiffre d'affaires en matière de distribution de VoD est passé de 5,7 millions d'euros au premier trimestre 2007 à 10,6 millions d'euros au quatrième trimestre 2007, soit une croissance de 86% en neuf mois.

L'offre de Neuf Cegetel en matière de VoD (Neuf VoD) est importante. Elle comporte 5 000 titres disponibles, couvrant une gamme élargie de contenus : films américains récents, films français récents, dessins animés, documentaires, concerts, spectacles, séries.

Canal+ dispose également d'une offre de VoD qu'elle distribue par le biais de sa plateforme CanalPlay, accessible en second niveau sur les plateformes de Free et de Numéricâble.

Il existe une concurrence actuelle et une concurrence potentielle significative sur ce marché. On dénombre, parmi les opérateurs actuels : Arte Video, Free, Orange, Alice etc. Ce marché est émergent, avec des volumes d'activité faibles, mais une croissance particulièrement forte. Les parties ont indiqué que le nombre d'actes de téléchargement de VoD chez Orange a été multiplié par 5 en un an.

L'acquisition par SFR, et indirectement par le groupe Vivendi, d'un opérateur dynamique en matière de distribution de VoD et disposant d'une base d'abonnés relativement importante, serait donc susceptible d'emporter des effets sur ce marché. Toutefois, les effets anticoncurrentiels de la présente concentration sont annulés par les engagements déjà pris dans le cadre des opérations *Vivendi Universal / CanalSat / TPS* et *SFR / Télé2*.

Dans le cadre de la concentration *Vivendi Universal / CanalSat / TPS*, Vivendi a pris plusieurs engagements relatifs aux marchés de la VoD pour une durée de cinq ans, notamment pour :

- la fin des exclusivités en VoD pour les contrats futurs et dans la mesure du possible en cours, portant sur les films français et américains récents, ainsi que l'absence de négociation conjointe de ces contrats avec les droits de diffusion en télévision payante ;
- la cession aux autres distributeurs des droits d'exploitation en VoD des films de catalogue (i.e. les films de plus de 36 mois) ;

Dans le cadre de l'opération de concentration *SFR/Télé2*, Vivendi et SFR ont également pris, pour une durée de cinq ans, l'engagement de ne pas acquérir ou exploiter en exclusivité de droits cinématographiques sur DSL. Cet engagement porte sur les contrats nouveaux ou reconduits pour les films américains et français récents en VoD (ou en SvoD).

Du fait de ces engagements, la faculté d'accéder à des contenus VoD attractifs est maintenue à deux niveaux. D'une part, les distributeurs de télévision payante souhaitant développer leur propre offre sont en mesure d'acquérir des droits VoD nonobstant la puissance d'achat du groupe Vivendi. D'autre part, quand bien même le groupe Vivendi disposerait d'une offre plus attractive via Canal+, il ne pourrait favoriser les plateformes DSL qu'il contrôle indirectement, notamment Neuf Cegetel.

Il résulte de ces engagements que les barrières à l'entrée sur les marchés de la VoD ont été considérablement abaissées puisqu'un nouvel entrant peut proposer une offre attractive en VoD sans rencontrer de difficulté dans l'accès aux contenus, les droits étant commercialisés sur une base non

⁹⁹ Décision n°COMP/M.4504 de la Commission européenne SFR/Télé2 en date du 18 juillet 2007 précitée.

exclusive. En outre, comme le soulignent les parties, un nouvel entrant n'est pas tenu de négocier en direct les acquisitions de droits d'exploitation et peut recourir à des services VoD de tiers, comme ceux de Glowria ou de TF1 Vision. Enfin, la VoD permet un démarrage à petite échelle (pas de grille de programme à remplir) et sans risque financier, les ayants-droits étant rémunérés à l'acte (coûts variables).

En conclusion, l'opération n'est pas susceptible de porter atteinte à la concurrence sur le marché de la distribution de VoD en raison des engagements pris par les parties dans le cadre de la présente décision ainsi que dans la décision du ministre chargé de l'économie *Vivendi Universal / CanalSat / TPS*.

(ii) La distribution des autres services de télévision payante non linéaire (hors VoD)

Il peut être souligné que le marché de la distribution des autres services de télévision payante non linéaire (télévision de rattrapage, services de *Pay per View*, SVoD) n'est pas figé. Ce marché se caractérise par de nombreuses innovations techniques et commerciales. Il n'est pas possible, dans le cadre de la présente opération, de dresser un tableau exhaustif des positions des différents opérateurs sur chacun de ces services. A ce jour, l'offre de télévision de rattrapage du groupe Orange semble être la plus avancée au regard du lancement prévu en avril 2008 d'un service de rattrapage des chaînes du groupe France Télévision.

Neuf Cegetel n'a pour l'instant pas conclu de partenariats lui permettant d'offrir une offre de télévision de rattrapage.

Concernant le PPV, si GCP distribue notamment certains événements sportifs par ce biais, il ne semble pas au vu des éléments disponibles que Neuf Cegetel propose ou ait l'intention de proposer de tels services.

En conclusion, sur les marchés émergents et/ou innovants de la distribution des autres services de télévision payante non linéaire (hors VoD), l'opération n'est pas de nature à porter atteinte à la concurrence.

e. Le marché de la distribution de télévision payante sur réseau mobile

Depuis 2005, des services audiovisuels linéaires et non linéaires sont accessibles sur les terminaux mobiles compatibles UMTS¹⁰⁰ ou EDGE¹⁰¹. Selon le baromètre NPA Conseil sur la numérisation des foyers audiovisuels, environ un million d'abonnés accédait à une offre de télévision sur réseaux mobiles de troisième génération à la fin de l'année 2007.

Si aujourd'hui la télévision sur mobile est diffusée grâce aux réseaux 3G, avec un risque de saturation du réseau lorsqu'un nombre trop important d'utilisateurs visionnent simultanément des programmes, l'arrivée de la télévision mobile personnelle (TMP) est de nature à modifier substantiellement une analyse concurrentielle qui serait fondée sur l'état actuel de ce marché émergent. Ainsi, en novembre 2007, le CSA a lancé un appel à candidatures pour la TMP portant sur

¹⁰⁰ L'Universal Mobile Telecommunications System (UMTS) est l'une des technologies de téléphonie mobile de troisième génération (3G) européenne.

¹⁰¹ Le standard EDGE (Enhanced Data Rates for GSM Evolution) est une évolution de la norme GSM, modifiant le type de modulation. Ce standard est utilisé comme transition vers la troisième génération de téléphonie mobile (3G).

16 canaux de façon à permettre la réception de la télévision sur téléphone portable en mode « broadcast ».

Dans son Avis n°06-A-13, le Conseil de la concurrence a relevé « *que le marché semble pour l'heure se partager principalement entre SFR et Orange* ». En effet, selon des données communiquées par les parties, Orange serait de loin le premier acteur de ce marché avec 637 000 utilisateurs actifs avec un bouquet de 61 chaînes facturé de 6 à 12 euros. SFR, quant à elle, compterait 140 000* abonnés pour un bouquet d'environ 80 chaînes facturé de 6 à 10 euros par mois.

Dans la mesure où Neuf Cegetel ne propose pas, en tant que MVNO, de services de télévision payante sur son réseau¹⁰², l'opération n'a qu'un impact très limité sur ce marché. Certes Neuf Cegetel peut être considéré comme un entrant potentiel sur ce marché mais son rachat par SFR ne se traduit pas par la disparition d'un *maverick*. Dès lors, compte tenu que la part de marché de Neuf Mobile est limitée et que le pouvoir de marché susceptible d'être exercé par un opérateur mobile sur le marché de la distribution de télévision payante sur mobile dépend dans une large mesure du pouvoir de marché détenu en tant qu'opérateur mobile, Neuf Mobile ne peut être considéré comme un acteur d'avenir sur ce marché.

En conséquence, l'opération n'est pas susceptible de porter atteinte à la concurrence de manière significative sur ce marché émergent.

4. Analyse des effets horizontaux sur les marchés des jeux vidéos

a. Le marché de l'édition et de la distribution de jeux vidéos pour mobiles

En valeur, la taille de ce marché est estimée à 56,7 millions d'euros en 2007, en croissance annuelle significative.

Les parties estiment la part de marché de SFR à environ [35-45] %. SFR propose sur ce marché un catalogue d'environ 500 jeux, vendus généralement à un prix unitaire de 5 euros.

Neuf Cegetel n'est pas active sur ce marché et aucun document tant public qu'interne n'indique qu'elle l'aurait été de manière certaine à court terme. L'opération n'a donc aucun effet direct sur ce marché sur lequel les distributeurs sont de plus en plus concurrencés par les éditeurs mêmes des jeux vidéo, tels que Gameloft. En tout état de cause, une entrée de Neuf Cegetel sur ce marché n'aurait pas été de nature à remettre en cause les positions actuelles des acteurs du marché de la distribution de jeux vidéos pour mobiles.

b. Le marché de l'édition et de la distribution de jeux vidéos en ligne

Vivendi Games est active sur ce marché à travers Blizzard Entertainment et Sierra Online. Le principal produit de Vivendi Games en matière de jeux vidéos en ligne est le jeu massivement multi-joueurs World of Warcraft, qui comptabilise plus de 10 millions d'abonnés à la fin de l'année 2007, dont [...] million de joueurs « intensifs » en Europe. Rapportée au nombre total d'abonnés à des jeux vidéos en ligne, la part de marché de Vivendi Games est estimée à environ [5-15] % en Europe.

* Erreur matérielle : lire 350 000 abonnés au lieu de 140 000.

¹⁰² L'offre Twin de Neuf Mobile peut permettre de recevoir des programmes télévisés diffusés sur DSL. Néanmoins, il ne s'agit pas *stricto sensu* d'une offre de télévision payante sur mobile dans la mesure l'offre de Neuf Mobile est basée sur une connexion wifi qui ne permet pas d'utiliser cette option en situation de mobilité totale.

Selon une enquête d'opinion, qui appréhende de manière qualitative le marché des jeux vidéos, Vivendi Games détiendrait une position proche de [15-25] %.

Entrant potentiel au moment de la notification de l'opération, Neuf Cegetel est devenu l'un des acteurs de ce marché le 19 mars 2008 en tant que premier FAI à se lancer sur ce marché de service. A cette date, Neuf Cegetel, par le biais de sa filiale Neuf Entertainment, a proposé un jeu de courses massivement multi-joueurs en ligne dénommé Exalight, disponible sur Internet.

Les parties mettent en avant le fait que si Neuf Cegetel est bien l'éditeur du jeu vidéo Exalight, ce dernier a été en réalité développé par la société F4. Elles indiquent à cet égard que ce créateur de jeux vidéos en ligne pourra, en toute indépendance, continuer à développer des jeux à la suite de l'opération.

Si cet argument peut être utilisé à des fins de l'évaluation de la faiblesse des barrières à l'entrée sur ce marché, il ne saurait emporter la conviction sur l'absence de chevauchement d'activité sur ce marché. La société Neuf Entertainment est bien active sur le marché de l'édition de jeux vidéos en ligne.

Ce marché se caractérise par une forte croissance. Selon une étude¹⁰³, le nombre total de joueurs en ligne dans le monde devrait croître de 51% entre 2006 et 2012. Le chiffre d'affaires des jeux en ligne devrait passer de 4,5 milliards de dollars à 13,1 milliards de dollars sur la même période.

Sur ce marché, Vivendi Games reste concurrencée aujourd'hui par des acteurs beaucoup plus importants que Neuf Cegetel qui éditent des jeux mondialement connus, tels que Sony Online Entertainment (EverQuest, Star Wars Galaxies), Ncsoft (Lineage, Guild War), Electronic Arts, Ubisoft (Gods and Heroes) et Codemasters (Dungeons & Dragons, The Lord of the Rings). D'une manière générale, les parties ont indiqué qu'il existait une offre pléthorique de jeux en ligne (environ 400 MMOGs seraient actuellement joués en France).

Enfin, à un niveau national, il convient de noter que GoA, la division « Jeu » d'Orange éditera et distribuera en exclusivité le jeu Warhammer online notamment en France et en Europe. Développé par Electronic Arts, Warhammer online est un jeu de rôle « massivement » multijoueur qui a déjà séduit 600 000 joueurs via DVD et qui, selon la presse, « ambitionne de suivre les pas de titres à succès comme *Dark Age of Camelot* ou *World of Warcraft* ».

En conséquence, l'opération n'est pas susceptible de restreindre la concurrence de manière significative sur ce marché en pleine expansion où il existera encore une importante offre diversifiée après la disparition de l'acteur émergent qu'est aujourd'hui Neuf Cegetel.

5. Analyse des effets horizontaux sur les marchés de la musique en ligne

a. Le marché de gros des licences de musique en ligne

Il s'agit d'un marché émergent et en très forte croissance. Ainsi, une étude prévoit que les revenus générés par la musique en ligne, qui représentaient en 2006 environ 2% du marché global de la musique enregistrée, représenteront en 2010 près de 20,4% de ce marché.

Les parties estiment que le chiffre d'affaires généré sur le marché de gros de la musique en ligne en France était de 23 millions d'euros environ en 2006.

Universal Music France détient environ [35-45] % de ce marché, devant Sony/BMG (25-30%), EMI (15-20%) et Warner (10-15%).

¹⁰³ « Online Game Market Forecasts 2007 », DFC Intelligence, May 2007, in Le Journal du Net, « Le marché du jeu en ligne » du 1^{er} juin 2007.

Concernant les marchés de la musique en ligne, les autorités de concurrence distinguent entre le marché de gros de licences de musique en ligne et le marché de détail de la distribution de musique en ligne. Neuf Cegetel comme il a été confirmé par les retours du test de marché, n'est pas active sur le marché de gros de la musique en ligne. Il convient de préciser qu'il a été considéré dans le cadre de la présente opération que les offres « Neuf Music Initial et Optimal », offres de téléchargement en location longue durée, étaient substituables dans une large mesure aux offres de téléchargement définitif¹⁰⁴. Pour autant, l'offre de Neuf Cegetel dont l'accès est limité à ses seuls clients, n'est pas susceptible d'exercer une pression concurrentielle réelle sur les principaux acteurs du marché.

b. Le marché de détail de la distribution de musique en ligne

Sur ce marché, l'offre est constituée de tous les opérateurs distribuant de la musique en ligne en téléchargement ou par écoute en streaming. En outre, la musique peut être distribuée à travers deux canaux principaux : l'Internet et les réseaux téléphoniques mobiles.

(i) *le marché global de la distribution au détail de musique en ligne*

Ce marché est caractérisé par une innovation constante, tant d'un point de vue technique (streaming, téléchargement définitif ou temporaire, nouveaux terminaux etc.) que commercial (paiement à la carte, gratuité, paiement forfaitaire). De nombreux opérateurs sont actifs sur le marché de la distribution de musique en ligne. D'après les informations communiquées par les parties, Apple via sa plate-forme i-tunes détient une part de marché de [35-45] %, suivie de Virgin Mega ([20-30] %) et la FNAC ([10-20] %). Les parties (SFR via SFR Music) auraient une part de marché de l'ordre de [10-20]%, Neuf Cegetel via Neuf Music de l'ordre [0-5] % et Universal Music France, via Universal Music On Line, environ [0-10] %. Il peut être souligné que lors du MIDEM 2008, SFR a annoncé détenir une part de marché de 29% sur le marché de la distribution de musique en ligne toutes plates-formes confondues.

Néanmoins, la nouvelle entité, que sa part de marché soit de [10-20] % ou de l'ordre de [25-35] %, resterait à l'issue de l'opération concurrencée par de nombreux et puissants acteurs. En outre, sa présence sur deux canaux de distribution ne lui permet pas d'exercer un pouvoir de marché particulier par rapport à ses principaux concurrents (Apple, Virgin et potentiellement Orange via ses offres de streaming et mobile) qui développent également une stratégie de diffusion multicanaux.

(ii) *le marché de la distribution en ligne par téléchargement*

Sur un marché de la distribution en ligne limitée au téléchargement, les parties resteront concurrencées à titre principal par Apple et Virgin. Les positions des différents acteurs sur le marché de la distribution en ligne par téléchargement sont comparables à celles qu'ils détiennent sur le marché de la distribution au détail de musique en ligne via Internet en raison du chiffre d'affaires relativement faibles généré par la distribution en streaming¹⁰⁵.

- via Internet

Le marché de la distribution en ligne de musique par Internet n'est pas affecté. Sur ce segment de marché, les parties ont une part de marché cumulée inférieure à 5%, (SFR [0-10] %, Neuf Cegetel

¹⁰⁴ L'offre de téléchargement temporaire de Neuf Cegetel se décline en deux formules, « Neuf Music Initial » et « Neuf Music Optimal » et permet aux utilisateurs de télécharger temporairement des fichiers de musique pendant la durée de validité de leur abonnement à l'offre multi-play de Neuf Cegetel.

¹⁰⁵ 42% du chiffre d'affaires du marché de la distribution en ligne provient du téléchargement sur Internet, 54% provient de la téléphonie mobile et 4% du streaming et des abonnements.

moins de [0-10] % et Universal¹⁰⁶ moins de [0-10] %). La nouvelle entité restera concurrencée par de nombreux acteurs dont Apple, Virgin et la Fnac.

- via mobile

Le marché du téléchargement via mobile représente en volume 13,3 millions de titres et un chiffre d'affaires total de 9,9 millions d'euros¹⁰⁷.

Les principaux opérateurs de la téléphonie mobile sont présents sur le marché de la distribution en ligne par téléchargement sur mobile. D'après les informations disponibles, SFR leader du marché, détiendrait une part de marché de l'ordre de 40%¹⁰⁸. Néanmoins, Neuf Mobile n'étant pas présent sur ce marché, l'opération n'aboutit à aucun chevauchement et n'a pas de conséquences notables sur la structure de ce marché.

Il peut être observé que Neuf Cegetel pouvait être, en tant qu'opérateur de téléphonie mobile « virtuel », considéré comme un entrant potentiel sur le marché de la distribution de musique via mobile. Toutes choses égales par ailleurs, la capacité de Neuf Mobile à exercer une réelle pression concurrentielle sur SFR sur le marché de la distribution en ligne via mobile correspondrait à celle qu'il exerçait en tant qu'opérateur mobile. Or comme indiqué dans la partie de la présente décision relative à l'analyse horizontale sur le marché de la téléphonie mobile, Neuf Mobile ne dispose pas de caractéristiques et notamment d'une base d'abonnés suffisante lui permettant de concurrencer efficacement SFR avant l'opération. Certains tiers ont soulevé l'hypothèse d'un transfert des abonnés de Neuf Cegetel vers son activité mobile. Cette hypothèse n'a pu être confirmée dans le cadre de l'instruction car l'offre de téléphonie mobile de Neuf Mobile, notamment en raison des conditions octroyées par son opérateur de réseau, ne lui permet pas de proposer une offre réellement attractive.

(iii) *le marché de la distribution en ligne via streaming*

L'opération est sans conséquence sur ce marché et ce quelles que soient les segmentations de marché envisagées, Internet ou mobile, dans la mesure où seule SFR y est active. Il s'agit en effet d'un marché émergent qui se caractérise par l'entrée de nombreux acteurs innovants (Deezer par exemple)

(iv) *le marché des sonneries musicales pour mobiles en lignes*

Sur ce marché éventuellement segmenté entre d'une part les sonneries musicales (« ringstone ») et d'autre part les « ringbacktones », seule SFR est présente via le portail WAP Vodafone Live, sur son site Internet et de façon non exclusive sur Gallery. Dans la mesure où Neuf Cegetel n'est pas présent sur ce marché, l'opération est neutre d'un point de vue concurrentiel.

¹⁰⁶ Il a été pris en compte dans le cadre de l'instruction, le lancement, début avril 2008, par Universal de « Zaoza » son portail Internet de téléchargement. A ce jour, ce portail avait recruté [...] abonnés.

¹⁰⁷ Source : GFK

¹⁰⁸ A l'occasion du Midem de Cannes, Jean-Marc Tassetto, directeur général grand public et marketing de SFR fait le point sur les performances de l'opérateur en matière de téléchargement de musique mobile et a confirmé cette part de marché.

B. LES EFFETS VERTICAUX DE L'OPÉRATION

1. Analyse des effets verticaux sur les marchés des communications électroniques (hors téléphonie mobile)

Sur ces marchés, les parties entretiennent des relations verticales en matière de services de gros, SFR et Télé2 étant clientes de Neuf Cegetel qui est un offreur de services de gros.

Les risques résultant d'une intégration verticale des activités des parties pourraient consister en des stratégies de forclusion et d'éviction sur les marchés des communications électroniques (hors téléphonie mobile).

Il convient d'étudier à partir de quels marchés la nouvelle entité pourrait user d'un effet de levier et les marchés sur lesquels les effets se produiraient.

En préalable à l'analyse, il convient de rappeler qu'en dehors des obligations faites à France Télécom sur certains marchés de gros dans le cadre de la régulation *ex ante* opérée par l'ARCEP, aucune disposition n'impose à un opérateur disposant d'un réseau d'en offrir l'accès sur les marchés de gros. Ce choix relève d'une décision stratégique d'acteurs dont la plupart sont également actifs sur les marchés de détail. Dès lors, il peut exister un risque théorique que la nouvelle entité se retire des marchés de gros à l'issue de l'opération. L'analyse doit ainsi vérifier si la présente concentration renforce les incitations pour adopter une telle stratégie.

a. Le marché du départ d'appel

Sur le marché du départ d'appel, une régulation sectorielle est organisée par l'ARCEP compte tenu de la position quasi-monopolistique de l'opérateur historique. Elle se traduit notamment par la publication d'un catalogue d'interconnexions dont les tarifs sont orientés vers les coûts efficaces de France Télécom. En conséquence, ce marché n'est pas directement concerné par les effets de l'opération et ne saurait servir de levier à une stratégie d'éviction des concurrents à l'aval.

b. Le marché de la terminaison d'appel (service d'acheminement entre un point d'interconnexion et un abonné)

La Recommandation précitée de la Commission européenne définit des marchés de la terminaison d'appel sur le réseau individuel de chaque opérateur, de sorte que chaque opérateur de boucle locale peut être considéré comme le fournisseur unique sur le marché de terminaison délimité par son réseau. Les opérateurs de boucle locale sont donc soumis à des obligations sectorielles dont l'objet est précisément de compenser un éventuel déséquilibre du marché. L'ARCEP est intervenue pour garantir le caractère non excessif des tarifs de terminaison d'appels géographiques sur les réseaux alternatifs fixes. Neuf Cegetel est ainsi soumis à une décision de l'ARCEP qui a défini le caractère non-excessif du tarif d'accès à son réseau, et ce jusqu'au 1er septembre 2008.

La présente opération n'est donc pas susceptible par elle-même d'affecter la concurrence sur le marché de la terminaison d'appels qui ne peut donc être le marché sur lequel la nouvelle entité pourrait s'appuyer pour évincer des concurrents actifs à l'aval.

c. Le marché des services de transit (prestations d'acheminement entre deux points d'interconnexion)

Sur le marché des services de transit, Neuf Cegetel détient une part de marché de [30-40] % en 2006, derrière France Télécom ([40-50]%), le reste du marché étant atomisé.

SFR/Télé2 satisfait auprès de Neuf Cegetel la totalité de ses besoins en services de transit inter-opérateurs vers les mobiles, et [90-100] % de ses besoins de transit vers les téléphones fixes.

L'opération ne saurait donc se traduire par une réduction de la capacité libre sur le réseau de Neuf Cegetel et ne modifiera donc pas les incitations de Neuf Cegetel sur le marché de gros des services de transit. La Commission européenne précise à cet égard « *qu'une réduction considérable de la capacité libre implique également un recul des motifs incitant un exploitant de réseau à conquérir de nouveaux clients grâce à des offres plus avantageuses et ce dans le but d'utiliser pleinement cette importante capacité libre* ».

Une intégration verticale du reste des activités de SFR/Télé2 ([0-10] %) et de Neuf Cegetel n'est donc pas susceptible de porter une atteinte significative à la concurrence sur les marchés des services de transit.

d. Les marchés de la fourniture en gros d'accès à large bande

Ces marchés ont été segmentés en trois marchés distincts (les services du dégroupage de la boucle locale, les offres de gros livrées au niveau régional, les offres de gros livrées au niveau national).

Neuf Cegetel est actif sur ces trois marchés. Toutefois, comme le ministre l'a déjà souligné, Neuf Cegetel dispose d'une position significative pour les seules offres de gros d'accès à large bande en un point national. Par ailleurs, s'agissant des deux autres marchés, France Télécom est le seul opérateur actif au niveau des services de dégroupage et est en situation de position prééminente en ce qui concerne les offres en gros d'accès à large bande en un point régional. Dès lors, l'opération n'a d'effet sur la concurrence que sur le marché des offres de gros livrées au niveau national.

Sur ce marché, Neuf Cegetel a une position estimée à [60-70] %. Elle dispose d'un accès dégroupé à [...] répartiteurs qui desservent [...] abonnés.

Sur ce marché, Neuf Cegetel est concurrencée par France Télécom (environ [30-40] %) et Completel (<1%).

Ses principaux clients sont SFR/Télé2 et Alice.

Préalablement à l'opération, la totalité du trafic de SFR/Télé2 transitait déjà sur le réseau de Neuf Cegetel, excluant donc tout risque que l'intégration au sein du même groupe entraîne un report du trafic effectué par des concurrents vers Neuf Cegetel à son avantage. Le risque d'éviction des concurrents, en particulier Completel, peut ainsi être écarté.

En outre, comme l'analyse a permis de le conclure sur le marché des services de transit, les incitations de Neuf Cegetel à être active sur les marchés de la fourniture en gros de l'accès à large bande ne sont pas amoindries dans la mesure où ses capacités libres ne diminuent pas de manière très significative. Il convient de relativiser ce point dans la mesure où l'incitation de Neuf Cegetel à proposer sur une base non discriminatoire une offre de gros résulte, au moins en partie, des engagements pris dans le cadre de la concentration Neuf Telecom / Cegetel¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Décision C2005-44 du ministre chargé de l'économie précitée Neuf Telecom / Cegetel en date du 15 août 2005 précitée.

Neuf Cegetel, malgré sa part de marché importante, est soumise à la concurrence des offreurs de gros que sont France Télécom et, dans une moindre mesure, Completel. Cette concurrence est d'autant plus importante que les réseaux de collecte des FAI se sont multipliés et densifiés. L'ARCEP a ainsi constaté que de nombreux opérateurs ont déployé un réseau jusqu'aux nœuds régionaux de livraison de trafic, tels que Free, Alice, Completel. Ces réseaux leur permettent de souscrire aux offres d'accès large bande livrées au niveau régional dans les zones où ils ne sont pas présents au titre du dégroupage. En outre, L'ARCEP estime enfin que la concurrence se développe sur le marché des offres de gros d'accès large bande livrées au niveau national et qu'elle devrait s'intensifier dans les prochains mois.

Il convient de relever que les engagements précédemment souscrits prennent fin en août 2008 et qu'ils incitaient clairement les parties à ouvrir leur réseau. En tout état de cause, les parties s'étant engagées dans le cadre de la présente opération à accorder un accès à leurs offres de gros sur une base non discriminatoire à tout opérateur de télécommunications tiers qui lui en ferait la demande, ces incitations subsisteront à l'avenir, et les éventuels risques verticaux d'atteinte à la concurrence peuvent être écartés.

e. Les marchés de la fourniture en gros d'infrastructures passives

(i) *Le marché de la fourniture d'infrastructures passives de desserte longue distance*

Les parties n'ont pas été en mesure de fournir des données chiffrées pour estimer leur position ou celle de leurs concurrents. Sur ce marché, il apparaît que Neuf Cegetel est soumise à la pression concurrentielle de plusieurs acteurs crédibles, tels que Interoute, Global Crossing, Viatel et Completel. Ce dernier opérateur connaît une croissance substantielle comme en témoignent les accords signés avec Darty pour ses offres multiservices de haut débit. En outre, selon les parties, ce concurrent dispose d'un réseau de fibre optique de 10 000 kilomètres, desservant 110 agglomérations, et une couverture de réseau DSL de plus de 600 NRA.

En définitive, compte tenu de l'existence de concurrents sur ce marché, l'analyse n'a pas permis d'identifier de risques verticaux à partir de ce marché.

Toutefois, il ne peut être exclu que la nouvelle entité et France Télécom aient un intérêt commun à restreindre l'accès à leurs offres de gros sur les marchés des communications électroniques à l'issue de l'opération. Ce point sera traité dans la partie C. de la présente décision relatif aux effets congloméraux.

(ii) *Le marché de la fourniture d'infrastructures passives de desserte locale*

Sur ce marché, Neuf Cegetel dispose de 1 707 NRA au 31 décembre 2007. Elle est donc en mesure de fournir une offre de gros sur un nombre important de NRA.

Ses principaux clients sont Télé2, SFR, Free et Alice.

Ses principaux concurrents sont Completel et, depuis mars 2006, France Télécom via son offre LFO qui permet le raccordement des NRA éloignés des réseaux de collecte. Il existe également de nombreux réseaux d'initiative publique et de délégations de service public (Axione, LDCollectivité). Enfin, il doit être tenu compte d'une concurrence potentielle, constituée par des opérateurs disposant d'un réseau en propre, tels que Colt, Telecom Italia ou Free ou Numéricâble.

Télé2 et SFR sont acheteurs sur ce marché, auprès de Neuf Cegetel. Sur un chiffre d'affaires généré de [...] millions d'euros en 2007, [...] million provenait de Télé2 et [...] million de SFR.

Les risques de forclusion au détriment des demandeurs actuels, en particulier Free et Alice, peuvent être écartés sur ce marché de la fourniture d'infrastructures passives de desserte locale pour plusieurs raisons.

En premier lieu, comme le ministre chargé de l'économie l'a déjà relevé, Completel semble s'imposer comme un opérateur alternatif crédible, même si son réseau est limité par sa moindre capillarité par rapport à celui de Neuf Cegetel. Il dispose en effet d'un réseau de fibre optique de 10 000 kilomètres, desservant 110 agglomérations, et une couverture de réseau DSL de plus de 600 NRA. Les parties ont d'ailleurs souligné que la position de Completel est en très forte croissance, Darty ayant choisi Completel plutôt que Neuf Cegetel pour sa fourniture d'infrastructures passives de desserte locale. Les parties estiment qu'il est possible d'obtenir de ce concurrent une prestation complète qui va de la collecte longue distance à l'accès à des DSLAM dans des conditions proches du dégroupage.

En second lieu, il existe une concurrence potentielle, comme en témoigne le dégroupage par Free, de plusieurs sites en 2006.

En troisième lieu, la nouvelle entité devra faire face au développement de l'offre LFO de France Télécom qui a pénétré le marché en mars 2006. En mai 2005, l'ARCEP avait en effet estimé nécessaire que France Télécom propose aux opérateurs alternatifs une offre de raccordement des répartiteurs distants qui permettrait à ses concurrents d'accéder aux points de distribution difficilement accessibles sans investissements excessivement importants. L'offre de LFO de France Télécom, destinée aux opérateurs alternatifs, a donc pour objectif de permettre le déploiement du dégroupage et de la fibre optique par la mise à disposition de son réseau. Cette offre de gros n'est pas régulée par l'ARCEP.

En conséquence, compte tenu de la concurrence existante ou potentielle d'un certain nombre d'opérateurs, parfois complémentaires, les marchés de la fourniture en gros d'infrastructures passives ne sauraient servir de levier pour une stratégie d'éviction ou de forclusion sur les marchés aval.

En conclusion de cette partie, les risques liés à une intégration verticale des activités des parties en matière de communications électroniques hors téléphonie mobile peuvent être écartés. Il apparaît en effet que la position de SFR/Télé2 sur les marchés aval, ainsi que la forte position de France Télécom à l'amont, rendent improbables des stratégies d'éviction ou de forclusion par la nouvelle entité.

Toutefois, il ne peut être exclu que la nouvelle entité et France Télécom aient un intérêt commun à restreindre l'accès à leurs offres de gros sur les marchés des communications électroniques à l'issue de l'opération. Ce point sera traité dans la partie C. de la présente décision relative aux effets congloméraux.

2. Analyse des effets verticaux sur les marchés de la téléphonie mobile

Dans la mesure où les parties entretiennent des relations de fournisseur à client sur ces marchés, l'analyse des effets verticaux de la concentration doit vérifier si cette dernière emporte ou non des risques d'éviction des concurrents de la nouvelle entité, tant sur le marché de gros que sur le marché de détail de la téléphonie mobile.

Les parts de marché des MNO, sur la base du nombre d'abonnés des MVNO présents sur leur réseau, sont les suivantes¹¹⁰ :

Opérateur	Part de marché des fournisseurs de temps de communication aux MVNO
Orange	[50-60] %
SFR	[40-50] %
Bouygues Télécom	[0-5] %

L'opération n'a pas d'impact sur les pouvoirs de négociation respectifs de SFR et de ses clients, compte tenu du fait que les contrats les liant sont conclus pour une période relativement longue (9 ans) et que les MVNO n'ont pas la possibilité de faire jouer la concurrence entre les offreurs en cours de contrat. La disparition du MVNO Neuf Mobile n'a donc pas de conséquence sur le fonctionnement des marchés de la téléphonie mobile.

Compte tenu de ces éléments, l'intégration de Neuf Mobile par SFR n'est pas de nature à porter atteinte à la concurrence sur les marchés de la téléphonie mobile.

3. Analyse des effets verticaux sur les marchés de la télévision payante

Au-delà de sa dimension horizontale, analysée au point II.C. de la décision, il convient d'analyser si l'opération notifiée est susceptible d'entraîner des effets verticaux portant atteinte à la concurrence sur les marchés de la télévision payante.

a. Les risques verticaux sur les marchés de la télévision payante linéaire

Le groupe Vivendi dispose via Canal+ d'une position très forte sur l'ensemble des marchés de la chaîne de valeur de la télévision payante. Neuf Cegetel, comme indiqué précédemment, détient à ce jour une part de marché inférieure à [0-10] % sur le marché aval de la distribution de télévision payante et n'est active que de manière marginale sur les marchés amont et intermédiaires.

Il convient donc d'analyser les risques d'atteinte à la concurrence liés au renforcement de l'intégration verticale renforcée de la nouvelle entité. Ces risques sont d'autant plus plausibles que le groupe Canal+ a la capacité de discriminer, voire de forclure, au détriment des concurrents FAI de ses filiales. Les incitations de la nouvelle entité à discriminer les concurrents FAI de ses filiales (Télé2 et Neuf Cegetel) sont fortes, une telle stratégie lui permettant de rendre plus attractive l'offre de télévision payante de Neuf Cegetel au détriment de celle des autres opérateurs DSL. Comme l'a relevé la Commission européenne dans sa décision SFR/Télé2 précitée, « *dès lors que Vivendi devient un opérateur DSL de plein exercice, ses incitations à ne pas opérer de discrimination entre les opérateurs DSL disparaissent. Il aura en effet intérêt à favoriser SFR/Télé2 afin de capter à son profit la plus grande part possible de la croissance du segment DSL du marché aval de la distribution de télévision payante* ».

¹¹⁰ Estimations 2007 de SFR et de l'ARCEP sur la base du nombre total d'abonnés MVNO.

Au cas d'espèce, Vivendi est déjà un opérateur DSL suite à l'acquisition de Télé2 par SFR. Dès lors, les différentes stratégies envisageables de discrimination par les parties des concurrents de Neuf Cegetel sont identiques à celles envisagées par la Commission européenne dans le cadre de la prise de contrôle de Télé2 par SFR¹¹¹ :

- Le groupe Canal+ pourrait mettre à la seule disposition de Neuf Cegetel certaines de ses chaînes thématiques. Neuf Cegetel pourrait ainsi les intégrer à ces propres bouquets et ainsi renforcer leur attractivité. Une telle stratégie pourrait également être menée pour les chaînes éditées par les tiers dont Vivendi détient les droits exclusifs.
- L'adossement de Neuf Cegetel au groupe Canal+, offre à cette dernière un pouvoir de négociation vis-à-vis de ses fournisseurs de contenus largement supérieur à ses concurrents, à l'exception notable d'Orange d'un strict point de vue financier. SFR / Neuf Cegetel serait donc, après l'opération, mieux à même de conclure des droits de distribution exclusifs sur des chaînes éditées par les tiers.
- Le groupe Canal+ pourrait distribuer ses offres de bouquets payants dans des conditions plus favorables à Neuf Cegetel en termes de prix ou de contenus et ainsi renforcer son attractivité par rapport aux offres des autres FAI.

Il peut être précisé que les effets anticoncurrentiels qui résulteraient de telles pratiques seraient significatifs compte tenu des barrières à l'entrée sur les marchés amont et intermédiaires décrites supra lors de l'analyse des effets horizontaux de l'opération.

Comme le résume la Commission européenne, « *en ce qui concerne l'acquisition de droits de diffusion de programmes, l'entrée sur ces marchés (en tant qu'acheteur) implique l'entrée, préalable ou simultanée, sur le marché intermédiaire de l'édition de chaînes. Or de fortes barrières à l'entrée existent également sur ce marché [...]. En outre, l'acquisition de contenus attractifs et diversifiés se heurte à la nécessité d'amortir les sommes importantes investies sur un nombre d'abonnés suffisant. Enfin, l'entrée sur ces marchés amont de l'acquisition de droits de diffusion de programmes est freinée par la position très forte de Vivendi sur l'essentiel d'entre eux, du fait, notamment, de sa position prééminente sur le marché aval de la distribution de la télévision payante. En effet, Vivendi dispose d'un très grand nombre d'exclusivités avec les principaux fournisseurs de droits [...]. Ses concurrents se heurtent donc à l'indisponibilité des droits en raison de la durée des exclusivités conclues et des clauses de renouvellement automatiques* »¹¹².

Certes, la position de Neuf Cegetel sur le marché aval de la distribution de télévision payante est plus significative que celle détenue par Télé2. Les incitations et la capacité du groupe Canal+ à discriminer les concurrents de la nouvelle entité sont donc plus prégnantes mais restent toutefois contraintes par les engagements pris devant la Commission européenne.

Ainsi, d'un strict point de vue vertical, cette opération de concentration ne crée pas de nouveaux problèmes verticaux de concurrence sur les marchés de la télévision payante, les mécanismes de forclusion ou d'éviction sur le marché aval de la télévision payante étant identiques à ceux analysés par la Commission européenne.

La reprise des engagements souscrits par les parties dans le cadre de l'opération de dimension communautaire SFR/Télé2, pour une durée de quatre ans, et qui n'a pas fait l'objet d'un recours par des tiers, est donc proportionnée aux problèmes de concurrence verticaux identifiés en l'espèce.

En tout état de cause, les parties s'étant engagées à offrir à un distributeur tiers la possibilité de commercialiser son propre bouquet de chaînes, le risque de perte de débouchés pour les éditeurs tiers sera compensé. Ce nouveau distributeur DSL bénéficiera du même potentiel de développement en nombre d'abonnés que Neuf Cegetel ainsi que d'avantages comparatifs équivalents par rapport aux autres modes de distribution de télévision payante.

¹¹¹ Décision n°COMP/M.4504 de la Commission européenne SFR/Télé2 en date du 18 juillet 2007.

¹¹² Décision n°COMP/M.4504 de la Commission européenne SFR/Télé2 en date du 18 juillet 2007 précitée.

Ces engagements sont analysés dans la section D de la présente décision.

En conclusion, compte tenu de ces engagements, les risques verticaux sur ces marchés peuvent être écartés.

b) Les risques verticaux sur les marchés de la VoD

Un autre risque d'atteinte à la concurrence pourrait être un assèchement des droits VoD en raison notamment de la forte position du groupe Canal+ sur les marchés « amont » de l'acquisition des droits de diffusion de contenus cinématographiques (américains et français) pour la télévision payante. La nouvelle entité pourrait par un effet de levier, acquérir les droits VoD en exclusivité pour l'ensemble des supports de diffusion et/ou coupler l'acquisition des droits pour la télévision payante avec celle des droits VoD.

La Commission a déjà identifié de tels risques dans le cadre de l'opération SFR/Télé 2. La reprise de ces engagements interdit au groupe Vivendi et à SFR / Neuf Cegetel d'acquérir ou d'exploiter des droits VoD en exclusivité sur DSL pour les films américains et français récents. La portée de ces engagements est développée dans la section D de la présente décision.

Compte tenu de ces engagements, l'opération n'est pas susceptible de porter atteinte à la concurrence sur les marchés de la VoD.

c) Les risques verticaux sur les autres marchés de la télévision payante

Les mêmes remarques peuvent être ici formulées s'agissant des risques verticaux liés à l'accès des concurrents à d'éventuels bouquets de chaînes de Neuf Cegetel et à la Pay per View,.

Le groupe Canal+ aurait ainsi pu offrir à des conditions plus favorables les bouquets de chaînes qu'il édite ou ses services de PPV. L'opération renforce les incitations et la capacité du groupe Vivendi à mettre en œuvre une telle stratégie.

Les engagements pris dans le cadre de la décision SFR/Télé2, couvrant les mêmes problèmes de concurrence que ceux identifiés dans le cadre de la présente opération, leur reprise permet toutefois d'écarter tout risque vertical d'atteinte à la concurrence sur ces marchés. Ces engagements sont décrits dans la section D de la présente décision.

Compte tenu de ces engagements, l'opération n'est pas susceptible de porter atteinte à la concurrence sur ces marchés.

Certains tiers ont observé que la disparition de Neuf Cegetel réduisait mécaniquement le nombre de débouchés indépendants du groupe Vivendi sur les marchés intermédiaires, pour les distributeurs concurrents.

Comme il l'a été observé plus avant, la capacité à court terme de Neuf Cegetel à devenir un réel opérateur de la télévision payante peut être relativisée. Aucun élément ne permet d'affirmer que Neuf Cegetel aurait l'intention de pénétrer l'ensemble des marchés de la chaîne de valeur de la télévision payante.

A ce titre la présente opération ne modifie pas radicalement le pouvoir de marché exercé par le groupe Vivendi.

d) Les risques verticaux liés à l'accès des opérateurs mobiles tiers aux contenus audiovisuels.

Un premier risque résultant de l'intégration verticale pourrait consister à priver les concurrents de Vivendi d'un débouché.

En premier lieu, il peut être souligné que Neuf Mobile n'est pas active aujourd'hui sur le marché aval de la distribution de télévision payante sur mobile. En outre, compte tenu de sa base d'abonnés de taille limitée, sa disparition en tant que client potentiel d'une offre de télévision sur mobile ne serait pas susceptible d'engendrer un risque d'éviction des concurrents de Vivendi présents sur les marchés amont et intermédiaires.

Un second risque vertical lié à l'accès des opérateurs mobiles tiers aux contenus audiovisuels pourrait consister en la mise en œuvre d'une stratégie d'éviction ou pour le moins de discrimination des ces opérateurs par la nouvelle entité.

Il convient de rappeler ici que les parties sont déjà intégrées sur ces marchés (Vivendi, à l'amont et SFR, à l'aval). L'acquisition de Neuf Mobile ne renforce que de manière limitée l'intégration verticale préexistante et l'opération ne saurait donc augmenter significativement les incitations et la capacité de la nouvelle entité à mettre en œuvre une stratégie de forclusion, stratégie d'autant moins probable qu'elle doit faire face à l'intégration progressive d'Orange.

Compte tenu de ces engagements, l'opération n'est pas susceptible de porter atteinte à la concurrence sur ces marchés.

4. Analyse des effets verticaux sur les marchés des jeux vidéos

Certains tiers ont fait part de leur crainte d'une éventuelle discrimination des concurrents de Neuf Cegetel quant à leur accès au catalogue de jeux vidéos détenu par le groupe Vivendi via Vivendi Games.

D'une manière générale, que ce soit sur les marchés de l'édition et de la commercialisation de jeux vidéos en ligne et sur mobile, il convient de relever que les risques liés à une intégration verticale des activités des parties peuvent être écartés.

En premier lieu, sur les marchés des jeux vidéos sur mobile, en raison de sa très faible part de marché à l'amont ([0-10] %), Vivendi n'est pas en mesure d'évincer les concurrents de la nouvelle entité à l'aval. Ces derniers gardent la possibilité de faire appel à de nombreux autres éditeurs plus importants que Vivendi.

En outre, à l'amont, le risque d'éviction des concurrents éditeurs de Vivendi peut également être écarté dans la mesure où la position limitée de Neuf Mobile ne saurait modifier significativement la situation préexistante.

En second lieu, Vivendi détient une part de marché importante sur les marchés des jeux vidéo en ligne (cf. supra). Néanmoins, comme observé précédemment, la position de Vivendi peut être contestée par des acteurs nombreux et crédibles tel qu'Electronic Arts. A l'issue de l'opération, les concurrents de Neuf Cegetel pourront donc continuer à s'approvisionner auprès de fournisseurs alternatifs. En outre, il apparaît peu vraisemblable que le groupe Vivendi ait la capacité de forclure l'accès des concurrents de Neuf Cegetel à son catalogue de jeux en ligne. Une telle stratégie de forclusion ne serait vraisemblable que dans la mesure où les pertes seraient au moins compensées par les bénéfices attendus à court ou moyen terme par les parties. Or la part de marché à l'aval détenue par Neuf Cegetel sur le marché de la distribution d'offres multiservices, ne permettrait pas à la nouvelle entité de tirer profit d'une telle politique commerciale au regard des pertes certaines liées à sa mise en œuvre.

En conséquence, la présente opération est neutre du point de vue de ses effets verticaux sur les marchés des jeux vidéos en ligne.

5. Analyse des effets verticaux sur les marchés de la musique en ligne

Il s'agit de marchés émergents et en très forte croissance. Ainsi, une étude prévoit que les revenus générés par la musique en ligne, qui représentaient en 2006 environ 2% du marché global de la musique enregistrée, représenteront en 2010 près de 20,4% de ce marché.

Les parties estiment que le chiffre d'affaires généré sur le marché de gros de la musique en ligne en France est de 23 millions d'euros environ.

Sur le marché français, Universal Music France détient une part de marché estimée à [35-45] % environ, devant Sony/BMG (25-30%), EMI (15-20%) et Warner (10-15%).

SFR et Neuf Cegetel interviennent sur ce marché en tant qu'acheteurs de licences de musique en ligne. Tant SFR que Neuf Cegetel ont conclu des accords avec Universal Music France leur permettant d'accéder à son catalogue.

Il convient de noter que Neuf Cegetel a également conclu un contrat d'une durée limitée avec Universal Music On Line (UOL) lui permettant d'inclure en exclusivité une offre de musique dans son offre d'accès Internet haut débit. L'utilisateur final peut ainsi télécharger en illimité les titres issus d'un catalogue d'Universal Music France (250 000 titres), sans supplément de prix par rapport à son forfait initial. L'utilisateur peut ainsi télécharger et écouter des morceaux de musique uniquement pendant la durée de validité de son abonnement.

L'opération n'est toutefois pas susceptible de porter atteinte à la concurrence sur les marchés de la musique en ligne, quel que soit le segment étudié.

En premier lieu, concernant plus précisément les marchés de la musique sur mobile, l'opération ne modifie pas les incitations et la capacité des parties. En effet, Neuf Mobile ne peut être considéré comme un acteur susceptible d'exercer un réel pouvoir de marché en raison de sa base d'abonnés mobiles relativement modeste. De surcroît, comme il l'a été relevé précédemment le potentiel de Neuf Mobile en tant qu'opérateur de téléphonie mobile est très limité.

En second lieu, sur les marchés de la musique en ligne les parties soulignent que les licences de reproduction et de diffusion de musique en ligne sont généralement acquises sur une base non-exclusive auprès des maisons de disques : chaque distributeur conclut donc des contrats de partenariat avec plusieurs maisons de disques¹¹³. L'offre exclusive proposée par Neuf Cegetel est donc une exception ; elle est d'ailleurs limitée dans le temps. A cet égard, il peut être relevé que SFR, qui appartient au groupe Vivendi, n'a pas obtenu l'exclusivité de la distribution des titres d'Universal Music.

En outre, rien n'empêche d'autres FAI de s'associer à une maison de disques pour proposer une offre de musique en ligne dans leur offre « multiple play ». Les parties citent notamment l'exemple récent d'Alice et de EMI Music France qui ont conclu un partenariat en décembre 2007. Il peut être observé qu'une stratégie de forclusion a peu de chance d'être profitable pour la nouvelle entité puisqu'elle se priverait de débouchés tiers bénéficiant d'une exposition plus importante que celle de Neuf Cegetel.

En conclusion, les risques d'une forclusion par la nouvelle entité de ses concurrents peuvent être écartés, tant sur les marchés amont que sur les marchés aval de la chaîne de valeur.

¹¹³ Comme le soulignent les parties, « l'input principal pour les distributeurs de musique en ligne sont les « droits en ligne », qui sont généralement non exclusifs. Tout fournisseur peut donc en principe se créer une base d'environ 500 000 à 1 million de titres ».

C. LES EFFETS CONGLOMÉRAUX DE L'OPÉRATION

Au-delà de l'analyse des effets horizontaux et verticaux de l'opération, la concentration produit des effets congloméraux du fait de la connexité des marchés concernés.

Les marchés des communications électroniques et de la télévision payante se caractérisent par un phénomène de convergence, illustrée par la montée en puissance des offres « quadruple-play » (1.), mais également par l'intégration de nombreux services annexes dans les offres de base des fournisseurs d'accès Internet (musique, jeux vidéo) (2.).

Les parties ont indiqué que, compte tenu de la complémentarité de leurs activités sur ces marchés, l'opération emportait un effet pro concurrentiel en permettant à SFR de constituer une alternative à une possible préemption du marché par France Telecom/Orange.

1. Les offres « quadruple-play »

A ce jour, les FAI proposent quasi-systématiquement les trois services suivants (« triple-play ») :

- l'accès à Internet haut débit ;
- la téléphonie en voix sur large bande, permettant au client, le cas échéant, de ne pas souscrire à l'abonnement téléphonique de l'opérateur historique ;
- l'accès à des services audiovisuels (chaînes de télévision et vidéo à la demande), sous réserve des conditions d'éligibilité.

L'offre de quadruple-play correspond à cette offre « classique » à laquelle s'ajoute un service de téléphonie mobile. Cette adjonction d'un nouveau service, en matière de télécommunication, revêt une importance particulière puisqu'elle permet de discriminer positivement l'offre d'un FAI. Comme l'a par exemple souligné un tiers, « *dans la mesure où le secteur est structuré sur un prix unique (ou presque), 29,90 euros, la concurrence se fait par la disponibilité de nouveaux services. Les offres combinant lignes fixe et mobile (pour la voIP mais aussi le transfert de données [...]) paraissent être l'argument de demain pour se différencier des concurrents* ».

S'agissant du phénomène de convergence, il peut être appréhendé d'un point de vue « technique » ou d'un point de vue « commercial », la première correspondant à la fourniture de services de téléphonie fixe et mobile sans coupure sur un même terminal (mobile), la seconde étant la fourniture groupée de ces services sans pour autant assurer nécessairement une convergence technique.

a. La convergence dite « technique »

Pour les opérateurs souhaitant proposer des offres « quadruple-play » ad hoc, la convergence technique entre les réseaux fixes et mobiles implique de maîtriser et de pouvoir intégrer les infrastructures de réseau fixe et les infrastructures de réseau mobile.

Cette convergence technique et le type d'offres qui en découle, ne sont possibles qu'en assurant la compatibilité entre les deux réseaux équipés de matériels hétérogènes en mettant en œuvre un protocole qui permet de gérer le passage de l'un des réseaux à un autre sans interruption et d'évoluer vers une unicité technique des réseaux. Pour ce faire, les opérateurs doivent disposer d'un accès équivalent et complet aux deux réseaux pour s'assurer de leur interopérabilité.

Sans un accès direct aux réseaux mobiles et fixes, de telles offres ne semblent pas pouvoir être proposées aujourd'hui par un opérateur de réseau, qu'il soit mobile ou fixe, dans les mêmes conditions de coûts et de qualité de service pour le client final que par un opérateur qui aurait la maîtrise

simultanée d'un réseau fixe et mobile. La convergence technique présente l'avantage d'optimiser l'allocation des ressources réseau et doit permettre in fine de proposer au consommateur des tarifs plus avantageux et de nouveaux services de meilleure qualité.

Depuis 2006 sont apparues des offres combinant grâce à des téléphones hybrides la téléphonie mobile via GSM/UMTS et la téléphonie fixe via le réseau IP en Wifi. A ce jour, seul le groupe France Telecom/Orange propose une offre quadruple-play basée sur la convergence technique des réseaux fixes et mobile.

Comme le soulignent les parties, France Telecom/Orange est l'opérateur historique des marchés nationaux des télécommunications et reste de très loin le premier opérateur des marchés de la téléphonie mobile et de l'accès à Internet haut débit avec une part de marché de près de 50% sur ces marchés. En outre, il dispose d'une position quasi-monopolistique sur les marchés de gros de la téléphonie fixe.

Cette capacité s'est matérialisée par le lancement de son offre « Unik » le 5 octobre 2006 qui compte 600 000 abonnés. En raison de sa maîtrise technique, de son savoir-faire et de la précocité du lancement de son offre, France Telecom/Orange détient un avantage comparatif indéniable par rapport à l'ensemble de ses concurrents hypothétiques.

Avant l'opération, il n'existe à ce jour aucun entrant potentiel clairement identifiable sur ce marché. En effet, aucun autre FAI ne dispose de la maîtrise d'un réseau mobile et inversement aucun opérateur de réseau mobile ne détient un réseau fixe comparable à celui du groupe France Télécom. Les autres opérateurs du secteur des communications électroniques sont donc essentiellement mono-marché, soit actifs sur le mobile (SFR, Bouygues), soit sur l'Internet haut débit (Neuf Cegetel, Free).

De surcroît, ces opérateurs devraient déployer leur offre convergente *ex nihilo*, ce qui représente un désavantage concurrentiel difficilement rattrapable, pour le moins à court terme. Dans un secteur où l'innovation est susceptible d'accélérer le transfert de clientèle d'un opérateur à l'autre, mais est également de nature à capter les primo accédants, la capacité à offrir une offre quadruple-play technique pourrait constituer un avantage comparatif décisif.

En conséquence, avant l'opération, il apparaissait improbable que Neuf Cegetel ou SFR puissent développer par eux même une offre technique convergente. Après l'opération, la nouvelle entité aura la maîtrise du réseau fixe de Neuf Cegetel et du réseau mobile de SFR. Le déploiement par les parties d'une offre concurrente à celle de France Telecom dépendra essentiellement de leur capacité à acquérir rapidement la maîtrise technique nécessaire. Quoi qu'il en soit, l'opération est pro-concurrentielle en permettant la constitution d'une offre concurrente à celle de France Télécom, unique opérateur présent à ce stade en matière de quadruple-play technique.

Le caractère avancé de l'offre de France Telecom ne signifie pas pour autant que ce dernier a définitivement préempté ce créneau. Les [500 000 – 1 000 000] abonnés à l'offre Unik annoncés par le groupe France Telecom sont, dans leur quasi-totalité, déjà client mobile et fixe chez cet opérateur. Le recrutement net d'un abonné à une offre convergente semble aujourd'hui difficile car il nécessite la résiliation par le consommateur final de son abonnement mobile et/ou son abonnement fixe chez un opérateur concurrent et un changement des usages qui ne peut intervenir que dans la durée.

C'est pourquoi, au-delà des conséquences de l'opération sur un marché convergent « techniquement », les implications de cette opération sur un marché commercial des offres quadruple-play doivent être également analysées.

b. La convergence dite « commerciale »

La quasi-totalité des tiers, de même que les parties, ont insisté sur la demande du consommateur final pour des offres multiservices dites « quadruple-play » (télévision, Internet, téléphone fixe, téléphone mobile). Selon un tiers, « *il y a très certainement un intérêt pour le consommateur à bénéficier d'un « guichet unique » pour l'ensemble de ses services de communications électroniques*

ainsi que de nouvelles fonctionnalités liées à la convergence ». La fourniture de services via une offre multiservices peut également permettre comme c'est le cas pour les offres « triple-play », d'amortir les coûts d'infrastructures sur plusieurs services et de limiter les coûts de commercialisation de chacun des services.

La capacité à proposer des offres quadruple-play n'est pas exclusive de la seule convergence technique telle que décrite précédemment. Les offres quadruple-play dites commerciales sont des offres regroupant un service de téléphonie mobile en plus d'une offre classique « triple-play » sans pour autant que les opérateurs détiennent en propre leur réseau mobile et/ou leur réseau fixe. De façon plus prosaïque, ce type d'offre permet au consommateur final de s'adresser à un guichet unique lui donnant accès à l'ensemble de ces services.

Avant l'opération, plusieurs acteurs proposaient ou faisaient figure d'entrants potentiels sur ce marché, avec des offres d'étendue variable :

- Orange (France Télécom) à travers son offre Unik¹¹⁴ ;
- SFR, opérateur mobile via ses offres ADSL développées essentiellement depuis l'acquisition de Télé2 ;
- Neuf Cegetel, fournisseur d'accès Internet et opérateur virtuel mobile sur le réseau de SFR ;
- Bouygues, opérateur mobile qui a annoncé son intention de proposer une offre triple-play aux particuliers début 2009 ;
- Alice, en proposant des heures de communications vers les mobiles intégrées dans son offre multiple play ;
- Free, opérateur Internet ayant cherché à obtenir la quatrième licence de téléphonie mobile.

L'opération peut donc s'analyser comme la disparition de Neuf Cegetel en tant qu'offreur d'une offre commerciale quadruple-play. Il convient toutefois de relativiser la pression concurrentielle que Neuf Cegetel pouvait exercer sur Orange avant l'opération. En effet, Orange bénéficie d'un réservoir de clients pouvant être convertis à ce type d'offre sans commune mesure avec celui détenu par Neuf Cegetel. En ce sens, comme pour l'analyse menée sur la convergence technique, l'opération en réunissant les portefeuilles clients de SFR et Neuf est pro-concurrentielle puisqu'elle permet l'émergence d'un opérateur de dimension comparable à celle d'Orange.

Il peut être rappelé que SFR est principalement active sur les marchés de la téléphonie mobile et n'a qu'une activité marginale sur le marché de l'Internet à haut débit où il ne détient pas d'infrastructure de réseau. Neuf Cegetel est dans la situation inverse puisqu'il possède une infrastructure de réseau fixe et accède en dégroupage à la boucle locale. En revanche, elle n'a qu'une activité marginale sur les marchés de la téléphonie mobile où en tant que MVNO ne possède pas de réseau en propre.

Comme souligné précédemment, la question de la capacité des autres opérateurs à recruter des clients spécifiquement sur ce type d'offres peut être posée. En réalité, le développement de ce type d'offres, pour le moins à court terme, doit être essentiellement entendu d'un point de vue « défensif », en permettant à un opérateur qu'il soit fournisseur d'accès Internet ou opérateur mobile de ne pas perdre un client souhaitant bénéficier d'un guichet unique. A ce jour, les opérateurs de téléphonie mobile qui bénéficient, toutes choses égales par ailleurs, d'une clientèle plus captive que celle des fournisseurs d'accès Internet, semblent les plus aptes à capter la clientèle des FAI souhaitant bénéficier d'une offre quadruple-play.

C'est pourquoi, il convient de s'assurer de la capacité des opérateurs, hors Orange et la nouvelle entité, à proposer ce type d'offres.

¹¹⁴ Les parties ont souligné que France Telecom a recommencé à gagner des parts de marché depuis le début de l'année 2007 sur l'ensemble des marchés de la téléphonie fixe, de l'Internet haut débit et de la téléphonie mobile (ainsi que de la télévision payante). La convergence est l'élément central de la stratégie commerciale de France Telecom/Orange, reflétée dans sa communication auprès du grand public.

Avant l'opération, les barrières à l'entrée sur le marché des offres commerciales quadruple-play sont relativement faibles. Un fournisseur d'accès Internet peut conclure un contrat de type MVNO avec un des trois opérateurs mobiles de réseau, même si les conditions des contrats des MVNO existants peuvent limiter la compétitivité de ce type d'offre. Inversement, un opérateur mobile, MVNO ou MNO, peut constituer une offre triple-play via les offres de gros ADSL de Neuf Cegetel ou du groupe France Télécom / Orange.

A l'issue de l'opération, si la concentration de SFR et de Neuf Cegetel permet de créer une concurrence crédible à Orange, elle réunit également au sein de la même entité le réseau mobile de SFR et le réseau fixe de Neuf Cegetel.

Dès lors si les parties, qu'il s'agisse de SFR ou de Neuf Cegetel, n'étaient pas incitées avant l'opération à forclure l'accès ou à dégrader leurs offres en fonction des tiers intéressés, il apparaît plausible qu'elles refusent après l'opération, à des conditions normales de marché, l'accès au réseau mobile de SFR à un concurrent FAI et l'accès à l'offre de gros ADSL de Neuf Cegetel à un opérateur mobile. Cette hypothèse est d'autant plus vraisemblable que les possibilités de report vers des offres alternatives semblent limitées :

- l'offre de gros ADSL de Neuf Cegetel est certes comparable d'un point de vue qualitatif à celle de France Télécom mais plus avantageuse d'un point de vue tarifaire, et les offres alternatives restent nettement inférieures en terme de capacité et de couverture du territoire ;
- en matière de téléphonie mobile, les concurrents FAI de la nouvelle entité pourraient demander l'accès en tant que MVNO aux réseaux de France Télécom ou de Bouygues. Dans la mesure où Orange est à ce jour le principal opérateur proposant des offres quadruple-play et que Bouygues Télécom ne commercialise pas aujourd'hui ce type d'offres, leur incitation à accueillir des concurrents FAI est tout aussi limitée que celle des parties.

En définitive, il existe donc un risque de forclusion et/ou de discrimination par la nouvelle entité de ses concurrents FAI ou opérateurs mobiles pour ce qui concerne l'accès à ses réseaux fixe et mobile.

Afin de résoudre ce problème de concurrence, les parties se sont engagées à permettre l'accès à leur réseau fixe et mobile à des conditions au moins aussi avantageuses qu'avant l'opération. Concernant la partie mobile, les parties s'engagent à accorder à un fournisseur d'accès Internet qui en ferait la demande un contrat type MVNO à des conditions au moins aussi favorables que celles de Neuf Cegetel. Certains tiers se sont émus des conditions des contrats entre les MVNO et leur MNO, qui ne leur permettent pas de proposer des offres mobiles et *a fortiori* quadruple-play concurrentielles.

Dans le cadre de la présente opération, le ministre chargé de l'économie ne valide pas la teneur des clauses contenues dans ces contrats, et ne peut que constater que la situation décrite préexistait à l'opération. Il rappelle enfin que la mission de régulation de ces marchés relève de l'ARCEP.

Concernant l'accès aux offres de gros ADSL de Neuf Cegetel, les parties reprennent pour une nouvelle durée de trois années les engagements pris dans le cadre de l'opération Neuf Telecom / Cegetel¹¹⁵. Cet engagement prend en compte les évolutions techniques attendues dans le secteur en prévoyant l'accès au réseau, actuel et futur, de fibres optiques noires de Neuf Cegetel.

Par ailleurs, certains tiers se sont inquiétés d'une utilisation par SFR-Neuf Cegetel des informations détenues par le groupe Canal + sur les abonnés des autres FAI. En effet, comme indiqué précédemment, Canal + auto-distribue son offre de télévision payante sur les plateformes DSL des FAI. A ce titre, elle conserve la relation directe avec l'abonné final et est donc susceptible de détenir

¹¹⁵ Décision n°C2005-44 du ministre chargé de l'économie Neuf Telecom / Cegetel en date du 12 août 2005 précitée.

des informations exploitables par SFR-Neuf Cegetel dont la nature et la durée du contrat multiservices conclu par cet abonné « Canal+ » avec son FAI.¹¹⁶

Néanmoins, un tel risque peut être écarté dans la mesure où les parties se sont engagées à ne donner aucun accès privilégié à SFR-Neuf Cegetel par rapport aux autres FAI à la base d'abonnés de clients de Canal+ ou CanalSat sur DSL.

Les modalités de ces engagements sont décrites dans la section D ci-après.

2. Les offres multiservices enrichies

Compte tenu de l'évolution du secteur des télécommunications électroniques et de la télévision payante, les contenus sont un moteur essentiel de croissance pour les opérateurs proposant des offres multiservices. Au-delà des offres triple-play ou quadruple-play *stricto sensu*, des offres multiservices enrichies par d'autres services annexes se développent. Ainsi, les services de musique ou de jeux vidéos apparaissent comme des leviers de croissance supplémentaires par le biais desquels les opérateurs gagnent de nouveaux clients, fidélisent la base d'abonnés actuels et améliorent leurs marges.

Le risque d'effet congloméral consisterait, au cas d'espèce, en la détention d'un avantage concurrentiel non reproductible, renforçant ainsi la position de la nouvelle entité sur un ou plusieurs marchés de services qui composent les offres multiservices enrichies.

Il peut être souligné ici que les effets congloméraux peuvent, en règle générale, s'avérer positifs dès lors que les synergies réalisées par les parties peuvent profiter au consommateur (offres enrichies et/ou à moindre prix). Néanmoins, il convient de s'assurer que la nouvelle entité ne sera pas en mesure à plus long terme d'évincer ses concurrents.

En l'espèce, un tel risque ne pourrait avoir sens que dans l'hypothèse où Vivendi mettrait ses catalogues de musique en ligne et de jeux vidéos en ligne à la disposition exclusive de Neuf Cegetel.

Comme développé précédemment, Vivendi ne peut être considéré comme un acteur incontournable sur les marchés des jeux vidéos en ligne ou sur mobile mais également sur les marchés de la musique en ligne sur ordinateur ou sur mobile. Dès lors, les concurrents FAI de la nouvelle entité pourront s'approvisionner en services optionnels tant musicaux que vidéo-ludiques auprès des concurrents actuels du groupe Vivendi.

En conclusion, les risques d'effets congloméraux de cette opération peuvent être écartés.

D. LES ENGAGEMENTS PROPOSÉS

Au terme de son analyse concurrentielle, le ministre chargé de l'économie a identifié plusieurs risques d'atteinte à la concurrence consécutifs à l'opération notifiée :

En premier lieu, la prise de contrôle de Neuf Mobile par SFR se traduit par la disparition d'un acteur de la téléphonie mobile, qui, disposant d'une infrastructure télécoms fixe performante, aurait été en mesure de proposer une offre quadruple-play. Or il s'agit d'une évolution majeure que l'ensemble des opérateurs du secteur des communications électroniques anticipe. A l'issue de l'opération, seule Orange serait en mesure de concurrencer le nouvel ensemble. Bien que la concentration favorise la constitution d'un duopole face à la prééminence actuelle de France Télécom/Orange sur ces marchés d'offres multiservices, elle emporte néanmoins un risque d'éviction des opérateurs « mono-marchés »,

¹¹⁶ Canal + détient également un certain nombre d'informations personnelles sur ces abonnés à la fois aux offres multiservices d'un FAI et à ses propres offres de télévision payante.

et d'affaiblir par ce biais la concurrence et l'innovation sur ce marché émergent. Les effets anticoncurrentiels de l'opération sont susceptibles d'atteindre tant les acteurs de la téléphonie mobile que ceux actifs dans fourniture d'offres triple-play.

En second lieu, la prise de contrôle de Neuf Cegetel par SFR est susceptible de conférer à l'opérateur DSL un avantage concurrentiel important par l'accès à la base d'abonnés des chaînes du groupe Canal+ distribuées sur les plateformes de ses concurrents DSL.

En troisième lieu, la prise de contrôle de Neuf Cegetel par SFR se traduit par la disparition d'un des principaux concurrents du groupe Canal+ sur le marché de la distribution de télévision payante. En outre, en augmentant sensiblement sa base d'abonnés actuels, la nouvelle entité se renforce également sur les marchés intermédiaires et amont de la télévision payante où elle occupait, avant l'opération, une position prééminente.

Afin de répondre aux problèmes de concurrence ci-avant identifiés, Vivendi et SFR ont pris quatre groupes d'engagements, le 26 mars 2008, qui ont été substantiellement renforcés les 11 et 14 avril 2008. C'est cette dernière version des engagements qui est annexée à la présente décision.

1. Les engagements pris pour remédier aux risques d'effets congloméraux

Ces risques résident dans la disparition d'un acteur susceptible de développer ses propres offres quadruple-play et qui pouvait fournir des services de télécommunications complémentaires permettant à un opérateur aujourd'hui mono-marché d'être présent sur les offres quadruple-play.

Afin d'écartier ce risque, deux groupes d'engagements ont été pris (groupe d'engagements 1 et groupe d'engagements 2) afin de permettre à un opérateur d'être en mesure de proposer une offre quadruple-play.

Le groupe d'engagements 1 vise à permettre à un fournisseur d'accès Internet de compléter son service par une offre de téléphonie mobile afin de compenser la disparition de Neuf Cegetel. En effet, SFR s'est engagé à lancer une offre publique permettant l'accueil d'un nouveau MVNO sur son réseau dans des conditions commerciales qui ne pourront pas être moins favorables que celles actuellement consenties à ses clients (engagement 1).

Le groupe d'engagements 2 vise à permettre à tout opérateur de télécommunications d'avoir accès au réseau de fibres optiques noires de Neuf Cegetel afin de proposer une offre d'accès Internet haut débit. Ainsi, SFR s'est engagée à offrir aux opérateurs de télécommunications tiers qui lui en feraient la demande la mise à disposition de fibres « noires », sous forme d'une location ou d'un IRU (engagement 2). En outre, SFR s'est également engagée à mettre à disposition ses services de collecte DSL nationale, dans des conditions comparables en termes de structure, de durée et de niveau tarifaire aux transactions conclues par Neuf Cegetel antérieurement au 20 février 2008 (engagement 3). Les engagements pris dans le cadre de ce groupe d'engagements 2 ont été souscrits pour une durée de trois ans à compter de la date de la présente autorisation.

2. Les engagements pris pour remédier aux effets anticoncurrentiels liés à la détention d'un avantage spécifique

Dans la mesure où Neuf Cegetel est un fournisseur d'accès Internet, qui concurrence donc les distributeurs DSL de télévision payante, son acquisition par SFR, et donc indirectement par Canal+, est susceptible de lui fournir un avantage concurrentiel par rapport à ses concurrents en disposant, notamment d'informations relatives à leurs bases d'abonnés. En effet, il doit être ici rappelé que l'auto distribution de Canal+ sur les plateformes des opérateurs DSL lui permet d'accéder à des données clientèles.

Vivendi s'est engagée à ce que SFR –et donc Neuf Cegetel, n'ait aucun accès privilégié, par rapport aux autres FAI, à la base d'abonnés de clients de Canal+ ou CanalSat sur l'xDSL ou la fibre. Ainsi, dans l'hypothèse où le groupe Canal+ mettrait ses fichiers de clients sur l'xDSL ou le FTTx à disposition de SFR, Vivendi s'engage à mettre lesdits fichiers à disposition de tout FAI qui en feraient la demande. Enfin, Vivendi s'est engagée à ce que les fichiers mis à disposition ne contiennent pas l'identité du FAI auquel l'abonné à Canal+ ou CanalSat est par ailleurs abonné (engagement 9). Ces engagements ont été souscrits pour une durée de quatre ans à compter de la date de la présente autorisation.

3. Les engagements pris pour remédier aux risques d'effets verticaux et horizontaux sur les marchés de la télévision payante

Ces risques résident notamment dans la création ou le renforcement d'une position dominante du groupe Canal+ sur le marché de la distribution de télévision payante et d'une éventuelle discrimination des concurrents de la nouvelle entité quant à l'accès aux marchés amont et intermédiaire sur lesquels elle occupe une forte position.

En acquérant l'un des opérateurs DSL parmi les plus dynamiques, Canal+, via SFR, élimine un concurrent en développement et se renforce dans un mode de distribution en croissance importante.

Afin de compenser cet amoindrissement de concurrence, potentiellement plus importante que ce qu'il représente au moment de l'opération, Vivendi a proposé des engagements de nature différente.

En premier lieu, des engagements ont été pris afin d'améliorer les contenus de l'offre de télévision payante des concurrents de la nouvelle entité (i).

En second lieu, des engagements ont été pris afin de recréer un distributeur indépendant de télévision payante (ii).

(i) [...] *des contrats de distribution des chaînes du groupe M6*

Vivendi s'est engagée à ne pas s'opposer à toute demande d'un FAI auprès de M6, qui souhaiterait distribuer une ou plusieurs des six chaînes suivantes :

- Paris Première ;
- Téva ;
- M6 Music Hits ;
- M6 Music Rock ;
- M6 Music Black ;
- Fun TV.

En outre, Vivendi s'est également engagée à mettre à disposition effective de toute distributeur sur l'xDSL ou le FTTx qui en ferait la demande les chaînes suivantes :

- Jimmy ;
- Ciné Cinéma Famiz.

(ii) *La constitution d'un distributeur indépendant*

SFR s'est engagée à offrir à un opérateur indépendant, ne commercialisant pas d'offres multiple-play en France métropolitaine et demandant à exercer une activité de distribution de télévision payante sur sa plateforme (y compris celle de Neuf Cegetel), la possibilité de distribuer son offre en auto-distribution.

En conclusion de cette section, il apparaît que les engagements proposés répondent à l'ensemble des problèmes de concurrence identifiés *supra*.

IV. REMARQUES CONCLUSIVES

A. LE RETOUR DES TESTS DE MARCHÉ

Dans le cadre du test de marché, plusieurs tiers ont souhaité que les clauses des contrats conclus entre les MNO et les MVNO fassent l'objet d'un examen approfondi en ce qui concerne leurs conséquences économiques sur des marchés oligopolistiques. Ces observations sont identiques à celles qu'ils avaient fait valoir à l'occasion de l'examen de la prise de contrôle conjoint de Débitel par SFR et Somart, autorisée le 23 novembre 2007 par le ministre chargé de l'économie¹¹⁷.

Or il a été rappelé à cette occasion que l'analyse concurrentielle menée au titre du contrôle des concentrations n'est pas l'outil prévu par le législateur pour examiner les contrats ou les pratiques qui ne sont pas rattachables à l'opération en cause. D'une manière générale, si une attention toute particulière doit être accordée à ces marchés, considérés de l'avis de l'ensemble des tiers interrogés comme insuffisamment concurrentiels, le ministre ne peut prendre prétexte d'une opération pour remodeler la structure de marchés sur lesquels elle n'aurait pas d'impact. L'examen mené procède d'une analyse au cas d'espèce, qui tient compte des circonstances de droit et de fait et des caractéristiques propres à l'opération notifiée.

A l'occasion de leur consultation, notamment lors du test des engagements déposés, plusieurs tiers ont estimé que les engagements devaient être beaucoup plus substantiels, et aller jusqu'au dégroupage de la totalité de ses chaînes par Canal+ ou alors la fin de l'auto distribution de Canal + et de CanalSat.

Le ministre chargé de l'économie rappelle que l'objectif des engagements est de réduire le pouvoir de marché des parties à la concentration et de rétablir les conditions d'une concurrence suffisante, dans l'hypothèse où le bilan concurrentiel de l'opération serait négatif.

Ainsi, les principes de neutralité et de proportionnalité régissent les mesures correctives.

Concernant le principe de neutralité, le ministre chargé de l'économie tient à préciser que c'est la protection de la concurrence, et non la protection des concurrents, qui est recherchée par les remèdes envisagés. Comme l'expliquent les Lignes directrices de la DGCCRF, « *l'autorité de contrôle doit assurer le maintien d'une concurrence effective, mais n'a pas pour rôle de corriger les conséquences préjudiciables pour les autres entreprises présentes sur le marché* »¹¹⁸.

Ainsi, il apparaît que des concurrents de la nouvelle entité sur les marchés de la télévision payante pourraient ne pas « bénéficier » directement des effets de certains des engagements pris par

¹¹⁷ C2007-150 Décision du ministre chargé de l'économie SFR-Somart / Débitel en date du 23 novembre 2007 précitée.

¹¹⁸ Point 494, Lignes Directrices de la DGCCRF relatives au contrôle des concentrations, version du 30 avril 2007.

les parties, soit parce qu'ils ne sont pas opérateurs ADSL, soit parce qu'ils distribuaient déjà, avant l'opération, certaines (ou la totalité) des chaînes mises à disposition. Le ministre chargé de l'économie reconnaît que les effets des remèdes pris varient selon les opérateurs mais il n'en demeure pas moins qu'ils doivent être jugés à l'aune de leurs effets sur la concurrence pris globalement et non sur chacun des concurrents pris isolément.

Concernant le principe de proportionnalité, il doit être rappelé que « *l'autorité de contrôle doit, dans l'exercice du pouvoir [...] d'acceptation d'engagement, limiter les charges imposées aux entreprises à ce qui est strictement nécessaire pour maintenir ou rétablir une concurrence suffisante* »¹¹⁹. Les engagements pris ne sauraient remédier qu'aux effets sur la concurrence de l'opération en cause.

Le ministre chargé de l'économie rappelle ainsi qu'il doit être tenu compte de l'évolution réelle des marchés, en particulier celui de la distribution de télévision payante, depuis la décision du ministre chargé de l'économie *Vivendi Universal / CanalSat / TPS* du 30 août 2006. En moins de deux ans, alors qu'Orange comptait à cette date 200 000 abonnés et aucun contenu exclusif ou premium, il comptabilise à ce jour plus d'un million d'abonnés¹²⁰ et détient des contenus exclusifs et premium que les parties qualifient d'« équivalents à ceux que possédaient TPS ». Il doit être tenu compte de ces éléments pour ajuster les engagements aux conséquences concurrentielles résultant de la disparition de Neuf Cegetel sur les marchés en cause. A ce titre, les engagements pris par Vivendi et par SFR dans le cadre de la présente opération répondent à ce principe de proportionnalité.

B. LE BILAN ÉCONOMIQUE DE L'OPÉRATION

A titre surabondant, il convient d'exposer les objectifs économiques de cette opération qui, selon les parties, expliquent également son caractère « pro-concurrentiel ».

Au-delà du phénomène de convergence entre le fixe et le mobile, les marchés des télécommunications se caractérisent par la mutation des technologies d'accès fixe de la paire de cuivre à la technologie FTTH.

Selon les parties, la fibre va progressivement remplacer la paire de cuivre en permettant des débits de 100 mb/s, soit un débit 5 fois plus rapides que ceux autorisés aujourd'hui par l'ADSL. La fibre doit notamment permettre le développement de nouveaux services et usages. Ainsi l'ARCEP a constaté qu'« avec le développement d'usages sans cesse plus gourmands en débit et symétriques, les réseaux métalliques actuels, en cuivre ou en câble coaxial, seront bientôt insuffisants. Le déploiement de réseaux en fibre optique, dont les capacités sont quasi-illimitées, est donc inéluctable à moyen terme ». En effet, la fibre optique promet pour sa part un débit symétrique et constant, en « montée » comme « en descente », qui est peu sensible aux variations de vitesse et aux perturbations atmosphériques, contrairement au réseau cuivre.

Face à cet enjeu, les parties ont indiqué que seule Orange disposait des atouts pour « négocier à son avantage » ce tournant technologique.

En effet, l'opérateur historique détient la boucle locale, ce qui confère un avantage déterminant dans le déploiement de la boucle locale fibre. En effet, il apparaît que le fait de posséder une boucle locale, au sein des immeubles, constitue un atout majeur, l'accès aux immeubles, qui nécessite l'accord des syndicats, constituant une barrière à l'entrée significative, avec une prime au premier arrivé. Il convient de relever que Numéricable est également propriétaire d'une boucle locale, ce qui lui permet de déployer le très haut débit par une mise à niveau de son réseau, beaucoup moins coûteuse qu'un déploiement *ab initio*.

¹¹⁹ Point 496, Lignes directrices de la DGCCRF relatives au contrôle des concentrations, version du 30 avril 2007.

¹²⁰ Estimation des parties tenant compte de la croissance des abonnés d'Orange sur le dernier trimestre 2007.

De plus, France Telecom/Orange possède des ressources financières importantes comparativement à celles de ses concurrents sur ces marchés.

Les parties ont ainsi indiqué que SFR et Neuf Cegetel n'ont séparément pas les moyens de s'adapter à ces évolutions de marché et, ipso facto, de s'opposer à l'avance de France Telecom/Orange qui devrait s'accroître compte tenu des avantages décrits ci-dessus. L'opération pourrait permettre à Neuf Cegetel, en profitant des capacités financières de Vivendi et de synergies techniques avec SFR, d'accélérer le déploiement de son réseau de fibres optiques.

Ainsi, selon les parties, « *la convergence fixe/mobile et le déploiement de la fibre vont bénéficier aux consommateurs, à condition qu'ils ne s'accompagnent pas d'un renforcement de la position de l'opérateur historique et ainsi d'une réduction de concurrence* ».

Le ministre entend cette argumentation mais il n'y a pas lieu de s'interroger sur le bilan économique de l'opération dans la mesure où les engagements pris par les parties lèvent les risques d'atteinte à la concurrence identifiés.

En conclusion, il ressort de l'instruction du dossier et des engagements pris par les parties, qui font partie intégrante de la présente décision, que l'opération notifiée n'est pas de nature à porter atteinte à la concurrence. Je vous informe donc que je l'autorise.

Je vous prie d'agréer, Maîtres, l'expression de ma considération distinguée.

Le Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi
CHRISTINE LAGARDE

NOTA : Des informations relatives au secret des affaires ont été occultées à la demande des parties notifiantes. Ces informations relèvent du « secret des affaires », en application de l'article R. 430-7 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence.

Engagements souscrits auprès du Ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi dans le cadre de l'opération SFR/Neuf Cegetel

Conformément à l'article L. 430-5-II du code de commerce, et comme suite aux discussions menées avec les services du ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi (le « **Ministre** ») ces derniers jours, portant tant sur les problèmes de concurrence qui résulteraient de l'opération de concentration entre SFR et Neuf Cegetel (C2007-181), notifiée le 20 février 2007 (« **l'Opération** »), que sur les remèdes appropriés permettant d'y répondre, Vivendi et SFR (les « **Parties** ») soumettent par la présente les engagements suivants (les « **Engagements** ») en vue de permettre au Ministre d'autoriser l'Opération par une décision fondée sur l'article L. 430-5-III, 3^{ème} alinéa, du code de commerce (la « **Décision** »).

Les Engagements sont présentés sous condition d'adoption de la Décision. Les Engagements ne valent pas renonciation par Vivendi et SFR aux voies de recours qui leur sont ouvertes.

Les Engagements complètent et s'ajoutent aux engagements souscrits dans le cadre des opérations Neuf Télécom / Cegetel, Vivendi / CanalSat / TPS et SFR / Télé2. Les Engagements, et notamment les Groupes d'Engagements 3 et 4 ci-dessous, sont souscrits en raison des liens structurels existants entre Groupe Canal Plus et SFR, toutes deux contrôlées par Vivendi. Ces Engagements seraient caducs dans l'hypothèse où Vivendi cesserait de contrôler l'une de ces deux entités.

Les Engagements s'imposeront aux Parties à compter de la date d'adoption de la Décision (la « **Date d'Effet** ») et seront applicables en France métropolitaine. Ils ne s'appliquent pas à la télévision mobile.

DÉFINITIONS

Pour les besoins des présents Engagements, les termes suivants auront le sens qui leur est attribué ci-dessous :

Vivendi : *La société Vivendi et ses filiales et sous-filiales actuelles et futures contrôlées exclusivement, à l'exclusion de SFR*

SFR : *La société SFR et ses filiales et sous-filiales actuelles et futures, contrôlées exclusivement, y compris Neuf Cegetel, ainsi que toute société de Vivendi successeur ou ayant-droit de SFR dans l'activité xDSL ou FTTx.*

xDSL : *Technologie de télécommunications permettant la transmission à haut débit, sur l'infrastructure filaire d'accès utilisé par le réseau téléphonique commuté, de données de toute nature (sons, images fixes ou animées), incluant les normes ADSL, ADSL2+ et les normes futures de transmission haut débit sur paire de cuivre.*

FTTx *Technologie de télécommunications permettant la transmission à très haut débit, sur une infrastructure en fibre optique, de données de toute nature (sons, images fixes ou animées), incluant notamment le FTTH (Fiber to the Home), le FTTB (Fiber to the Building) et les normes actuelles et futures de transmission très haut débit sur la fibre.*

Chaînes de catégorie 1 : *Les chaînes thématiques linéaires (c'est-à-dire ne comprenant pas les services de VoD et de sVoD), ainsi que les services de pay-per-view («PPV») édités par Vivendi, à l'exception, pour une durée limitée à celle des engagements souscrits le 24 août 2006 par Vivendi et Groupe*

Canal Plus (« **GCP** ») devant le ministre chargé de l'économie, des chaînes visées au point 21 des dits engagements.

- Chaînes de catégorie 2 :** Les chaînes thématiques linéaires éditées par des tiers (y compris les actionnaires minoritaires de Canal+ France), dont Vivendi détiendrait les droits de distribution exclusifs sur l'xDSL ou le FTTx.
- Chaînes de catégorie 3 :** Les chaînes thématiques linéaires éditées par des tiers (y compris les actionnaires minoritaires de Canal+ France) et dont Vivendi ne détiendrait pas de droits de distribution exclusifs sur l'xDSL ou le FTTx.
- Films américains récents ou films français récents :** Les films disponibles pour un premier cycle d'exploitation à compter de l'ouverture de la fenêtre d'exploitation concernée (VoD, PPV, 1^{ère} fenêtre et 2^{ème} fenêtre pour les droits de diffusion télévisuelle) et jusqu'à leur qualification en films de catalogue (deuxième cycle d'exploitation), en vertu des accords négociés entre les diffuseurs et les ayants droit.
- Distributeur Tiers :** Opérateur non contrôlé par Vivendi ou SFR, et qui ne commercialise pas d'offres multiple-play en France métropolitaine, demandant à exercer une activité de distribution de télévision payante sur la plateforme xDSL ou FTTx exploitée par SFR.
- Service Audiovisuel :** Offre de chaînes et de bouquets de chaînes linéaires, et le cas échéant de services interactifs, que le Distributeur Tiers pourra proposer en option aux Abonnés Eligibles de SFR uniquement sur l'xDSL ou le FTTx. Le Service Audiovisuel ne comprend pas les services de vidéo à la demande (VoD) mais pourra comprendre un service de télévision de rattrapage ("catch-up TV").
- Abonnés Eligibles :** Consommateurs individuels en métropole abonnés à une offre commercialisée par SFR comprenant au moins l'accès à Internet à haut débit par la technologie xDSL ou à très haut débit par la technologie FTTx et l'accès à un bouquet de chaînes de télévision inclus dans l'offre d'accès à Internet à haut débit sur l'xDSL ou le FTTx.
- Chaîne Commune :** Chaîne présente à la fois dans le Service Audiovisuel et dans le service de CANALSATDSL ou le service audiovisuel commercialisé par SFR.
- Chaîne Exclusive :** Chaîne présente dans le Service Audiovisuel qui n'est pas une Chaîne Commune.
- Auto-Distribution :** Mode de distribution par lequel le distributeur a la maîtrise complète de la relation avec l'abonné et de la gestion de la facturation, de la composition du bouquet et des différents niveaux d'offres, du prix, ainsi que des relations avec les tiers, y compris les ayants droit.

I. GROUPE D'ENGAGEMENTS 1 : SUR LE MARCHÉ DE LA TÉLÉPHONIE MOBILE

1. SFR s'engage à proposer une offre publique permettant l'accueil effectif d'un nouveau MVNO sur son réseau (ci-après « l'offre publique d'accueil ») dans le mois suivant la Date d'Effet.

Les conditions commerciales et techniques offertes par SFR à ce nouveau MVNO dans le cadre de l'offre publique d'accueil ne pourront pas être moins favorables que celles déjà consenties par SFR au(x) MVNO qu'il contrôle. A l'avenir, en cas de modifications des conditions commerciales consenties par SFR à ce(s) dernier(s), SFR s'engage à offrir les mêmes conditions au nouveau MVNO sélectionné.

L'offre publique d'accueil sera ouverte uniquement à tout opérateur qui souhaiterait proposer une offre quadruple-play.

[...]

En cas de candidatures multiples, les candidats seront départagés selon des règles objectives, transparentes et non discriminatoires. Dans le cas où SFR ne recevrait qu'une seule candidature, SFR s'engage à ce que celle-ci soit retenue, sous réserve de respecter les conditions posées dans l'offre publique d'accueil.

L'offre publique d'accueil restera valable jusqu'à ce qu'une suite favorable ait été donnée par SFR à au moins une candidature.

II. GROUPE D'ENGAGEMENTS 2 : SUR LES MARCHÉS DES INFRASTRUCTURES PASSIVES ET DE LA FOURNITURE EN GROS D'ACCÈS À LARGE BANDE EN UN POINT NATIONAL

Mise à disposition de fibres optiques noires (« FON »)

2. SFR s'engage postérieurement à l'Opération à continuer à offrir aux opérateurs de télécommunications tiers qui lui en feraient la demande la mise à disposition de fibres optiques « noires » (*i.e.*, non activées), sous forme d'une location ou d'un IRU, permettant notamment le raccordement des Nœuds de Raccordement à l'Abonné (« NRA ») et des Centres d'Autonomie d'Acheminement (« CAA ») et complétée, le cas échéant, par une prestation d'hébergement d'équipements de tiers dans les sites de régénération de SFR sur son réseau afin de leur permettre de réamplifier le signal si besoin et sous réserve que les emplacements « baies » demandés pour l'installation d'équipements de tiers soient excédentaires par rapport aux besoins prévisibles de SFR et des tiers ayant déjà souscrit à une offre de « baies » en sites de régénération, à une échéance de 5 ans, tels qu'envisagés par les business-plans de SFR, qui seront en tant que de besoin transmis au Mandataire.

Cet Engagement couvre les NRA et CAA que Neuf Cegetel a raccordés, sous réserve que la ou les fibres demandées soient excédentaires par rapport aux besoins prévisibles de SFR et des tiers ayant déjà souscrit à une offre de location de FON, à une échéance de 5 ans, tels qu'envisagés par les business-plans de SFR.

Cet Engagement vaut tant pour le parc existant de NRA et CAA que Neuf Cegetel a, à la date des présentes, déjà raccordé, que pour les NRA et CAA qui pourraient être raccordés par l'entité opérationnelle résultant de l'Opération, durant toute la durée de l'Engagement.

La mise à disposition de fibres optiques noires fera l'objet d'un tarif, au mètre linéaire ou selon une rémunération forfaitaire par NRA/CAA.

SFR s'engage à ce que cette mise à disposition soit effectuée dans des conditions comparables en termes de structure, de durée et de niveau tarifaire aux transactions conclues par Neuf Cegetel avec d'autres opérateurs antérieurement à la notification de l'Opération. Dans cette optique, SFR transmettra au Mandataire les contrats en cours à la Date d'Effet (« Contrats FON de Référence »), ainsi que tous les nouveaux contrats conclus en application du présent Engagement, afin de permettre la comparaison entre les Contrats FON de Référence et les nouveaux contrats.

Mise à disposition de services de collecte DSL nationale

3. SFR s'engage postérieurement à l'Opération à continuer à offrir aux opérateurs de télécommunications tiers qui lui en feraient la demande la mise à disposition de services de collecte DSL nationale, dans des conditions comparables en termes de structure, de durée et de niveau tarifaire aux transactions conclues par Neuf Cegetel antérieurement à la notification de l'Opération. Dans cette optique, SFR transmettra au Mandataire les contrats en cours à la Date d'Effet (« Contrats DSL de Référence »), ainsi que tous les nouveaux contrats conclus en application du présent Engagement, afin de permettre la comparaison entre les Contrats DSL de Référence et les nouveaux contrats.

Durée du Groupe d'Engagements 2

Les Engagements 2 et 3 sont souscrits pour une durée de 3 (trois) ans à compter de la Date d'Effet.

III GROUPE D'ENGAGEMENTS 3 : SUR LES RELATIONS ENTRE GROUPE CANAL PLUS ET SFR

4. Si SFR distribue une des chaînes de catégorie 1 ou 2, Vivendi s'engage à offrir cette chaîne à tous les Fournisseurs d'accès à Internet (« FAI ») utilisant la technologie xDSL ou FTTx à des conditions normales de marché, qui ne pourront être moins avantageuses que celles consenties à SFR. En vue d'assurer le contrôle du respect de cet engagement, Vivendi s'engage à tenir une comptabilité séparée pour chaque chaîne qui viendrait ainsi à être distribuée en *wholesale*.
5. SFR s'engage à ne pas acquérir ou exploiter de droits exclusifs de distribution sur l'xDSL ou le FTTx de chaînes de catégorie 3. La clause de rendez-vous suivante sera mise en oeuvre pour cet engagement. Les Parties pourront demander au Ministre la levée de cet engagement dès lors que l'évolution des pratiques du marché permettrait d'observer qu'un ou plusieurs FAI procèdent à des acquisitions ou des exploitations de ces droits en exclusivité. En cas de refus total ou partiel du Ministre, les Parties pourront renouveler leur demande à tout moment, si l'évolution du marché le justifie.
6. Pour celles des plates-formes sur lesquelles Vivendi distribuerait ses bouquets de chaînes thématiques sur l'xDSL (à ce jour CanalSatDSL et TPSL) ou le FTTx, le service audiovisuel Canal+ en numérique (à ce jour Canal+, Canal+ Cinéma, Canal+ Sport, Canal+ Décaté, Canal+ Family) ou des services de PPV en auto distribution sur l'xDSL ou le FTTx, Vivendi s'engage à effectuer cette distribution dans des conditions telles que les conditions consenties aux abonnés sur les plates-formes de SFR ne soient pas plus favorables que celles qui seraient consenties aux abonnés sur d'autres plates-formes xDSL ou FTTx, en termes de conditions commerciales (y compris relatives à d'éventuelles offres couplées), de contenu du bouquet, de qualité de diffusion (haute définition, notamment) - à conditions techniques comparables et compatibles - de prestations techniques et de sécurité. Vivendi s'engage à communiquer au mandataire, trimestriellement, le contenu des offres sur les différentes plates-formes xDSL ou FTTx.

7. Pour les contrats futurs, nouveaux ou reconduits, Groupe Vivendi et SFR s'engagent à ne pas acquérir ou exploiter de droits cinématographiques sur les films américains et français récents en VoD (ou sVoD) en exclusivité sur l'xDSL ou le FTTx. Une clause de rendez-vous sera mise en oeuvre dans les conditions prévues par la décision du Ministre C2006-02, Vivendi/CanalSat/TPS, du 30 août 2006 et la décision de la Commission COMP/M. 4504, SFR/Télé2, du 18 juillet 2007.
8. La procédure rapide de résolution des litiges prévue par les engagements annexés à la décision de la Commission COMP/M. 4504 précitée s'appliquera *mutatis mutandis* au présent groupe d'engagements.
9. Vivendi s'engage à ce que SFR n'ait aucun accès privilégié, par rapport aux autres FAI sur l'xDSL ou le FTTx, à la base d'abonnés de clients de Canal+ ou CanalSat sur l'xDSL ou le FTTx.

Dans l'hypothèse où Vivendi mettrait ses fichiers d'abonnés à un service de télévision payante sur l'xDSL ou le FTTx à disposition de SFR, dans le respect de la législation relative à la protection des données personnelles, Vivendi s'engage à ce que les conditions de cette mise à disposition, consenties à SFR, ne soient pas plus favorables que celles consenties aux autres FAI. Dans l'hypothèse où des FAI concurrents de SFR souhaiteraient disposer également de ces fichiers, Vivendi s'engage à mettre ces fichiers à disposition, dans des conditions non discriminatoires pas rapport à celles consenties à SFR.

Vivendi s'engage à ce qu'en tout état de cause, les fichiers qui seraient ainsi mis à disposition ne contiennent pas l'identité du FAI auquel l'abonné à un service de télévision payante de Vivendi est par ailleurs abonné sur l'xDSL ou le FTTx.

Durée du Groupe d'Engagements 3

Les Engagements 4, 5, 6, 7 8 et 9 sont souscrits pour une durée de 4 (quatre) ans à compter de la Date d'Effet.

IV. GROUPE D'ENGAGEMENTS 4 : SUR LE MARCHÉ DE LA DISTRIBUTION DE TÉLÉVISION PAYANTE

10. Vivendi s'engage à ne pas s'opposer à toute demande d'un FAI, auprès de l'éditeur concerné, qui souhaiterait distribuer, sur l'xDSL ou le FTTx, une ou plusieurs des six chaînes suivantes :
 - i. Une chaîne mini-généraliste haut de gamme : Paris Première ;
 - ii. Une chaîne séries/fiction : Téva ;
 - iii. Quatre chaînes musicales : M6 Music Hits, M6 Music Rock, M6 Music Black et Fun TV.
11. Pour la mise en œuvre de cet Engagement, Vivendi s'engage à ne pas modifier les accords de distribution des six chaînes en question, conclus entre Canal+ France et l'éditeur concerné, tels qu'ils ont été communiqués au Ministre, dans un sens qui pourrait diminuer les incitations de l'éditeur concerné à répondre favorablement à une demande raisonnable d'un FAI qui souhaiterait distribuer une ou plusieurs des chaînes visées à l'Engagement 10 sur l'xDSL ou le FTTx.
12. Vivendi s'engage, dans un délai de trois (3) mois à compter de la Date d'Effet, à mettre à disposition effective de tout distributeur sur l'xDSL ou le FTTx qui en ferait la demande :
 - i. Une chaîne de série/fiction : Jimmy ;
 - ii. Une chaîne familiale de cinéma : Ciné Cinéma Famiz.

13. Vivendi s'engage à mettre à disposition les chaînes visées à l'Engagement 12, chaîne à chaîne, dans des conditions transparentes, objectives et non discriminatoires, notamment en ce qui concerne le prix demandé ou de futures versions en haute définition de ces chaînes. Ces conditions seront portées à la connaissance des distributeurs concernés.

Vivendi s'engage à mettre à disposition les chaînes visées à l'Engagement 12 auprès de tout distributeur déclaré auprès du CSA qui en ferait la demande et disposant d'une infrastructure de distribution et de transport offrant des garanties suffisantes sur le niveau de qualité des prestations techniques et de service après-vente apporté à l'abonné.

Dans cette logique, Vivendi s'engage à formaliser les modalités de mise à disposition des chaînes (au travers par exemple de la mise en place d'un catalogue des conditions d'accès aux chaînes par des distributeurs indépendants) et à communiquer à tout distributeur qui en ferait la demande les grilles de programmes des dites chaînes en assurant au mieux les conditions de mise à jour de ces grilles de programmes.

D'une manière générale, Vivendi garantit le maintien de la qualité, du positionnement éditorial et du volume horaire journalier des chaînes visées à l'Engagement 12, sur la base de critères objectifs, facilement identifiables et vérifiables.

14. SFR s'engage à offrir à un Distributeur Tiers qui en ferait la demande, la possibilité de commercialiser, en Auto-Distribution, un Service Audiovisuel accessible via le réseau xDSL ou FTTx de SFR aux Abonnés Eligibles. Les conditions relatives à la mise en œuvre d'une telle commercialisation, et notamment les accords techniques (prestation de diffusion de chaînes de télévision sur xDSL ou le FTTx), et les accords commerciaux nécessaires, ne pourront, toutes choses égales par ailleurs, être moins favorables que les conditions consenties actuellement à CANALSATDSL par Neuf Cegetel.
15. Afin de permettre à SFR d'optimiser les ressources (bande passante) nécessaires au transport des chaînes et de permettre ainsi au Service Audiovisuel d'être distribué sur le réseau xDSL ou FTTx de SFR par le Distributeur Tiers, SFR s'engage à mettre en place les moyens techniques, y compris les prestations de cryptage, permettant de transporter une seule fois le flux d'une Chaîne Commune, étant entendu que le Distributeur Tiers ne pourra refuser cette mutualisation des flux.
16. Dans l'éventualité où surviendraient des contraintes de capacité de réseau, SFR pourra limiter le nombre de Chaînes Exclusives présentes dans le Service Audiovisuel à un nombre maximal de chaînes qui serait alors déterminé par un expert indépendant, sous l'autorité du mandataire.
17. SFR s'engage à permettre la création d'un environnement dédié au Service Audiovisuel au sein de son service de télévision, notamment au niveau de son plan de service, des services de navigation, etc, dans des conditions équitables par rapport aux offres des concurrents du Distributeur Tiers présents sur la plate-forme xDSL ou FTTx de SFR à la date de réalisation de l'Opération et sous réserve que ces concurrents bénéficient ou continuent de bénéficier eux-mêmes d'un environnement dédié.
18. SFR s'engage à promouvoir le Service Audiovisuel, en tant que service payant associé à sa propre offre audiovisuelle, auprès du public par les moyens adéquats déterminés en concertation avec le Distributeur Tiers, et ce dans des conditions équitables par rapport aux offres des concurrents du Distributeur Tiers présents sur la plate-forme xDSL ou FTTx de SFR à la date de réalisation de l'Opération.
19. SFR s'engage, sous réserve que le Distributeur Tiers lui concède à titre gratuit les droits de propriété intellectuelle nécessaires, ainsi que le cas échéant, des visuels, extraits de programme ou bandes-annonces d'auto-promotion du Service Audiovisuel, à présenter sur son ou ses sites Internet le Service Audiovisuel dans des conditions équitables par rapport aux offres des

concurrents du Distributeur Tiers présents sur la plate-forme xDSL ou FTTx de SFR à la date de réalisation de l'Opération.

20. Sans préjudice de la législation relative à la protection des données personnelles, SFR s'engage à conclure avec le Distributeur Tiers des accords commerciaux lui permettant de promouvoir le Service Audiovisuel dans des conditions équitables par rapport aux offres des concurrents du Distributeur Tiers présents sur la plate-forme xDSL ou FTTx de SFR à la date de réalisation de l'Opération.
21. SFR recevra du Distributeur Tiers, en contrepartie des prestations techniques et commerciales nécessaires à la distribution du Service Audiovisuel, une rémunération tenant compte des usages du marché et des caractéristiques du Service Audiovisuel, telles que le nombre de chaînes disponibles et les prix des abonnements au Service Audiovisuel. Vivendi transmettra au Mandataire tous les éléments d'informations utiles à l'appréciation de la proportionnalité de la rémunération, et notamment les contrats échus ou en vigueur conclus entre Canal+, CanalSat ou TPS et les FAI sur l'xDSL ou le FTTx.
22. SFR reconnaît que ses relations avec le Distributeur Tiers seront non exclusives et que celui-ci conservera sa pleine liberté contractuelle avec les tiers, notamment les concurrents de SFR sur l'xDSL, le FTTx ou la téléphonie mobile.
23. Vivendi reconnaît que le Distributeur Tiers aura la qualité de "*distributeur tiers déclaré auprès du CSA (...) disposant d'une infrastructure de distribution et de transport offrant des garanties suffisantes sur le niveau de qualité des prestations techniques et de service après-vente apporté à l'abonné*" au sens de l'engagement 24 annexé à la décision C2006-02, Vivendi/CanalSat/TPS, du 30 août 2006 et pourra à ce titre bénéficier des dispositions des engagements 21 à 26 annexés à cette même décision, relatifs à la mise à disposition de sept chaînes éditées par Groupe Canal Plus.

Durée du Groupe d'Engagements 4

Les Engagements du présent Groupe d'Engagements sont souscrits pour une durée de 5 (cinq) ans à compter de la Date d'Effet.

Sans préjudice du point VI, "clause de rendez-vous", ci-dessous, les Engagements 10 à 13 pourront être révisés au bout de 18 mois à compter de la Date d'Effet, en application. Pour la mise en œuvre de cette clause de rendez-vous, il sera notamment tenu compte de l'évolution du marché de la distribution et des acquisitions de contenus, et notamment des contenus exclusifs, par les concurrents de Vivendi sur les marchés de la télévision payante.

V. MANDATAIRES

Nomination du Mandataire :

24. Le suivi des engagements sera pris en charge par un Mandataire indépendant nommé par les Parties et agréé par le Ministre. Vivendi et SFR pourront désigner deux Mandataires, l'un en charge du suivi du Groupe d'Engagements 4 et l'autre en charge du suivi des autres engagements.
25. La nomination du Mandataire sera effective dans un délai de trois (3) mois à compter de la notification de la décision du Ministre autorisant la concentration. La période d'instruction par les services du Ministre de la demande d'agrément du Mandataire suspendra le délai de trois mois précité ; si le ministre refuse d'agréer le Mandataire proposé, les Parties proposeront au Ministre un nouveau Mandataire étant entendu que la nomination du Mandataire devra être effective, à

compter de la notification de la décision de refus d'agrément, dans un délai égal à la durée restant à courir au jour de la demande d'agrément.

26. L'élaboration du contrat de mandat sera soumise aux mêmes conditions.
27. Les Parties proposeront au Ministre une personne qu'elles envisagent de désigner en qualité de Mandataire chargé de s'assurer de la bonne exécution des Engagements. La proposition contiendra les informations permettant au Ministre de s'assurer que le Mandataire proposé remplit les conditions prévues dans les présents Engagements :
 - (a) Un projet de mandat comprenant toutes les stipulations nécessaires pour permettre au Mandataire d'accomplir sa mission dans le cadre des Engagements ;
 - (b) Les grandes lignes d'un programme de travail décrivant la manière dont le Mandataire entend accomplir les missions qui lui sont assignées.
28. Le Ministre pourra à sa discrétion approuver ou rejeter le Mandataire proposé et approuver le mandat proposé sous réserve de toutes modifications qu'il jugera nécessaires pour que le Mandataire puisse remplir ses obligations.

Statut du Mandataire :

29. Le Mandataire sera indépendant des Parties et non exposé à un conflit d'intérêt, il possèdera les qualifications nécessaires à la bonne exécution de sa mission.
30. Le Mandataire sera rémunéré d'une manière qui ne remet pas en cause l'accomplissement de manière indépendante et effective de son mandat. Les Parties assureront cette rémunération, de même que celle du personnel dont il pourrait s'adjoindre les services pour le bon accomplissement de ses missions. Il sera agréé par le Ministre de l'économie.
31. Le Mandataire devra disposer de locaux indépendants des locaux de Vivendi et SFR, qui pourront être les locaux que le Mandataire utilise pour son activité professionnelle propre ou des locaux mis à sa disposition par Vivendi ou SFR.

Missions du Mandataire :

32. Le Mandataire accomplira ses missions en vue d'assurer le respect des Engagements. Le Ministre peut, de sa propre initiative ou à la requête du Mandataire ou des Parties, donner toutes instructions au Mandataire en vue d'assurer le respect des conditions et obligations attachées à la Décision et pourra lui demander des rapports.
33. Le Mandataire proposera dans son premier rapport au Ministre un plan d'action détaillé décrivant la manière dont il entend surveiller le respect des conditions et obligations attachées à la Décision du Ministre.
34. Le Mandataire adressera tous les six (6) mois un rapport au Ministre lui rendant compte de l'exécution des Engagements. Le Mandataire communiquera aux Parties une copie non confidentielle de ce rapport. En sus de ces rapports périodiques, le Mandataire adressera sans délai un rapport au Ministre s'il estime, avec de bonnes raisons, que les Parties ne respectent pas leurs Engagements. Le Mandataire communiquera aux Parties une copie non confidentielle de ce rapport.

35. Le Mandataire pourra être contacté par des tiers. A cette fin, le nom, les coordonnées et les missions du Mandataire seront publiés sur les sites Internet de SFR et Groupe Vivendi, et pourront, le cas échéant, être publiés sur le site Internet du ministère chargé de l'économie.
36. Les Parties apporteront leur assistance, leur coopération et toutes les informations que le Mandataire pourra raisonnablement demander et qui seront utiles pour l'exécution de sa mission. Le Mandataire aura notamment accès aux documents pertinents de Groupe Vivendi et SFR nécessaires au contrôle du respect des Engagements.
37. Les Parties indemniseront le Mandataire, ainsi que ses employés et les garantissent de toute action en responsabilité, et conviennent par les présentes que le Mandataire et ses employés ne pourront être tenus responsables par les Parties d'aucun dommage résultant de l'exécution du mandat dans le cadre des Engagements, hormis les dommages qui résulteraient d'une faute grave, lourde ou intentionnelle, de l'imprudence ou de la mauvaise foi du Mandataire ou de ses employés.
38. Le Mandataire pourra s'adjoindre des conseils extérieurs, avec l'approbation des Parties (cette approbation ne pouvant être refusée ou retardée de manière déraisonnable), si le Mandataire estime que de tels conseils sont nécessaires à l'accomplissement de sa mission dans le cadre du mandat. Les Parties prendront en charge les frais et honoraires afférents à l'emploi de ces conseils extérieurs, dans la limite du raisonnable. Si les Parties refusent l'emploi des conseils extérieurs proposés par le Mandataire, le Ministre pourra autoriser le Mandataire à y avoir recours, après avoir entendu les Parties. Seul le Mandataire pourra donner des instructions aux conseils extérieurs. Le paragraphe ci-dessus s'applique *mutatis mutandis*.
39. Si le Mandataire cesse ses fonctions avant le terme des Engagements, pour quelque bonne raison que ce soit, et notamment en cas de survenance d'un conflit d'intérêts, le Ministre pourra, après avoir entendu le Mandataire, demander aux Parties de remplacer le Mandataire ; ou les Parties, après autorisation préalable du Ministre, pourront décider de remplacer le Mandataire.
40. Si le Mandataire est déchargé de ses fonctions conformément au paragraphe ci-dessus, il pourra être demandé au Mandataire de rester dans ses fonctions jusqu'à ce qu'un nouveau Mandataire soit en place et que l'ancien Mandataire ait pu transmettre à son successeur toutes les informations nécessaires à sa mission. Le nouveau Mandataire sera nommé conformément à la procédure décrite ci-dessus.
41. Hormis le cas visé aux paragraphes ci-dessus, le Mandataire cessera ses fonctions à l'expiration des Engagements, date à laquelle le Ministre le déchargera de ses fonctions.

VI. CLAUSE DE RENDEZ-VOUS

42. Le Ministre pourra, en réponse à une demande motivée des Parties, accompagnée d'un rapport du Mandataire compétent, modifier ou supprimer une ou plusieurs des obligations prévues par les Engagements, en cas de circonstances nouvelles ou exceptionnelles de nature à modifier substantiellement la situation concurrentielle du marché.