



26.06.2003

DAJ/cf

Original: anglais

Commentaires de l'UER sur le rapport d'Eurostratégies concernant l'obligation de distribution ("Must Carry")¹

Résumé.....	1
A. Evolution du secteur.....	4
B. Les règles de "must-carry": bref rappel historique et impact du nouveau cadre réglementaire.....	4
I. Rappel historique.....	4
II. Les règles de "must-carry" dans le nouveau cadre réglementaire.....	5
C. Analyse critique	7
I. Résumé de l'argumentaire Eurostratégies	7
II. Observations.....	7

Résumé

Les propositions développées dans le rapport ne sont ni cohérentes ni convaincantes. Les auteurs oublient la position monopoliste des câblo-opérateurs, ignorent le fléchissement de la concurrence entre plateformes, passent intentionnellement sous silence la valeur des chaînes ayant le statut must-carry, véhiculent de fausses assertions à propos des recettes supplémentaires générées par la publicité qui vise les audiences du câble et émettent des hypothèses sans fondement sur le modèle économique des câblo-opérateurs. Ils veulent imposer une lourde méthode de calcul des coûts d'acheminement, qui voudrait à tort que les radiodiffuseurs paient une l'infrastructure orientée vers des services commerciaux et dont ils ne tirent aucun bénéfice.

¹ Rapport final de la société de conseils Eurostratégies, paru en mars 2003 (en version anglaise uniquement) sous le titre "Assessment of Member States Measures aimed at fulfilling certain general interest objectives linked to broadcasting, imposed on providers of electronic communications networks and services in the context of the new regulatory framework".

Nous demandons par conséquent à la Commission européenne de réexaminer les hypothèses émises dans le rapport, les arguments avancés et les conclusions posées, de prendre en compte *tous* les différents intérêts qui sont en jeu, notamment ceux des téléspectateurs et des radiodiffuseurs, et de peser les conséquences que toute mesure proposée pourrait avoir sur le modèle audiovisuel européen et ses valeurs, en particulier le pluralisme des médias. Toute compensation financière que les radiodiffuseurs devraient payer aux sociétés de câble pour l'acheminement de leurs chaînes serait autant d'argent qui ne serait plus disponible pour investir dans une variété de programmes de qualité.

Les points ci-dessous, qui seront développés dans nos commentaires, sont à notre avis essentiels et ne doivent en aucun cas être négligés dans une analyse des aspects économiques ou réglementaires du "must carry" et des réseaux de télévision par câble:

- **Le câble est un monopole local partout où il existe en Europe, et il y a peu de concurrence entre les plateformes au niveau de l'utilisateur final**

En général le câble, le satellite et les modes de transmission terrestres ne sont pas substituables, que ce soit du point de vue du consommateur (demande) ou du radiodiffuseur (offre). La situation de monopole des réseaux de câblodistribution est reconnue par les autorités de la concurrence, au plan national et communautaire.

- **La concurrence entre plateformes faiblit, mettant les câblo-opérateurs en position de force dans les négociations**

En raison des fusions entre opérateurs de satellites et d'un phénomène de concentration dans le monde du câble proprement dit, de nombreux marchés seront structurés en duopole avec une position dominante du câble.

- **Une intervention réglementaire qui dégagerait les coûts d'acheminement ne se justifie pas**

S'ils sont rationnels, les accords commerciaux entre radiodiffuseurs et câblo-opérateurs tiennent compte de *tous* les coûts et bénéfices, y compris des coûts d'acheminement. C'est le cas même si les conditions de négociation s'appuient sur les éléments qui ont le plus de prix, c'est-à-dire la valeur de la chaîne. Jouissant d'un monopole, le câblo-opérateur n'est pas en situation d'infériorité pour traiter avec le radiodiffuseur qui a le statut de must-carry.

- **En omettant de tenir compte de la valeur de la chaîne, l'étude passe à côté de l'élément essentiel de la transaction économique**

La plupart des chaînes reprises au titre de l'obligation de "must carry" ont, à tous les points de vue, une grande valeur pour les câblo-opérateurs, et dans cette valorisation entrent également les coûts d'acheminement, que ce soit explicitement ou implicitement. Or l'analyse se place dans une perspective très limitée, ce qui peut être attribué à une tentative pour bien séparer l'aspect infrastructure de l'aspect contenu. Toutefois, le rapport économique qui met en équation les radiodiffuseurs à statut de must-carry et les câblo-opérateurs ne peut être examiné valablement sans y inclure les aspects contenu.

Le fait que le radiodiffuseur puisse, en vertu des règles qui gouvernent le droit d'auteur, autoriser ou interdire la retransmission par câble est une reconnaissance juridique claire et nette de la valeur qu'il a créée.

- **Définir les coûts d'acheminement d'après les coûts différentiels prospectifs à long terme (LRIC) a de sérieux inconvénients**

Il est vrai, nous l'admettons, que la Commission a adopté les LRIC dans certains buts spécifiques, et que la méthode peut se prêter à certaines industries à des stades particuliers de leur développement. Mais appliquée aux négociations must-carry, elle accuse de grandes faiblesses: elle s'appuie en effet sur une analyse de marché prospective dans une industrie volatile et très mouvante, elle répercute les frais d'amortissement sur les radiodiffuseurs et implique une séparation comptable peu fonctionnelle, source de grandes imprécisions. En 2001, les câblo-opérateurs ont vu leurs recettes générées par les services de télévision n'atteindre plus que trois quarts de leur revenu total; cette baisse allant certainement se poursuivre, il sera de plus en plus difficile de dégager les éléments d'actif qui ne sont pas directement générateurs de recettes de diffusion.

- **Les radiodiffuseurs de service public ayant le statut "must carry" bénéficient peu, économiquement parlant, de la publicité visant les audiences du câble**

Ce n'est pas pour des raisons économiques mais pour remplir leur obligation de service universel que les radiodiffuseurs de service public doivent assurer leur présence sur le câble. Le câblo-opérateur ne crée pas de valeur ajoutée pour les radiodiffuseurs à partir du moment où ceux-ci sont à même, si le câble n'existait pas, de desservir les foyers au moyen de transmissions hertziennes terrestres. En outre, seulement 15,7% du revenu total des radiodiffuseurs de service public de l'Union européenne proviennent de la publicité, toutes plateformes de distribution confondues. Les radiodiffuseurs de service public qui sont financés exclusivement par le produit de la redevance ne bénéficient évidemment d'aucune rentrée d'argent avec leurs programmes.

- **Les recettes de diffusion des câblo-opérateurs sont le plus souvent générées par les abonnements, ce qui pourrait être encore davantage le cas à l'avenir**

En fait, les recettes proviennent de beaucoup de sources, outre celles que mentionne le rapport. Celles que génère l'acheminement ne sont qu'une infime composante qui continue de céder du terrain aux coûts de programmes. Si le modèle économique des câblo-opérateurs devenait avant tout une affaire de conditionnement et de fourniture de contenu et non plus de fourniture d'infrastructures, les hypothèses émises dans le rapport seraient encore moins défendables, également du point de vue réglementaire, car les câblo-opérateurs sortiraient à cet égard du champ d'application du nouveau cadre réglementaire.

- **Les autorités réglementaires ont d'autres moyens d'action directs si elles veulent assurer la stabilité financière de l'industrie du câble**

Ces moyens d'action pourraient comprendre le contrôle des prix, un taux réduit de TVA, des taxes de concession locales.

A. Evolution du secteur

Le câble évolue encore dans un environnement volatile caractérisé par des modèles économiques changeants, le risque et l'instabilité financière. (Voir aussi le point C. II. 4.1 ci-dessous.)

A proche échéance, il y aura encore de grandes différenciations en Europe selon le degré d'implantation et la nature du câble. Il sera donc difficile à la Commission d'imposer des lignes directrices générales. La différenciation se fait selon trois critères: la pénétration et la croissance du câble dans toutes ses formes, le modèle économique du câblo-opérateur, le stade de développement et le potentiel de croissance du câble. Le plus important des trois est le modèle économique du câblo-opérateur, qui va du simple transporteur (services d'acheminement pour le compte de tiers) à l'opérateur de plateforme (choix du contenu, conditionnement, tarification pour divers types de services). A notre avis, c'est vers ce dernier modèle que le vent tourne inexorablement car un modèle utilitaire ne peut étayer l'infrastructure du câble numérique. La pénétration moyenne de la télévision par câble dans l'ensemble des foyers TV de l'Union européenne atteignait 32,5% à la fin de 2001. (Voir le point C. II. 6.)

Dans l'Union européenne, la pénétration du câble numérique reste faible: seulement 2,14% des foyers à fin 2001. Sa croissance à courte échéance est incertaine et les modèles de coûts à long terme tels que les LRIC en sont d'autant plus risqués. (Voir également le point C. II. 4.1.)

En 2001, les recettes des services de télévision ne représentaient plus que trois quarts du revenu total du câble, et cette proportion va probablement continuer de chuter. Le chiffre d'affaires total de l'industrie du câble poursuit sa croissance (dans l'Union européenne, il est passé de €8,7 milliards en 2000 à plus de €10 milliards en 2001), mais le câble devient de moins en moins une pure affaire de télévision. De nombreux opérateurs se concentrent sur des services au consommateur qui rapportent davantage. L'Internet à large bande est à présent l'objectif stratégique numéro un, et d'autres activités comme les services d'acheminement s'avèrent être des niches lucratives. Il sera donc plus difficile de dégager les éléments d'actif non générateurs de recettes de diffusion directes. (Voir également le point C. II. 4.3.)

Les coûts d'acheminement baissent par rapport aux coûts de programmes. Si l'on prend l'exemple d'un grand câblo-opérateur du Royaume-Uni, on voit que les dépenses relatives aux programmes, considérées en pourcentage des recettes de la TV par câble, sont passées en 2001 de 38% à 43%. Les coûts de programmes reflètent les paiements effectués aux fournisseurs de programmes, dont le montant est généralement fonction du nombre d'abonnés ayant passé des contrats à long terme avec les différentes chaînes ou, dans le cas de certains programmes premium, au tarif pratiqué dans le secteur. (Voir aussi les points C. II. 2 et 3.)

B. Les règles de "must-carry": bref rappel historique et impact du nouveau cadre réglementaire

I. Rappel historique

Ce sont les câblo-opérateurs eux-mêmes qui ont décidé, pour leurs besoins commerciaux, de mettre en place une infrastructure de distribution par câble comme alternative aux transmissions hertziennes terrestres et par satellite. Dans maints pays, ces réseaux câblés sont en partie financés par l'Etat et/ou par des entreprises étatiques, parfois même par des radiodiffuseurs. Pour les

radiodiffuseurs de service public, le câble n'est pas une nécessité puisqu'ils desservent déjà la quasi totalité des foyers TV. Si les réseaux câblés s'interposent comme intermédiaires dans cette relation directe entre le radiodiffuseur et le consommateur, en prenant le signal fourni par voie terrestre pour l'injecter dans leur réseau câblé et le transporter vers leurs clients, tout le bénéfice des services de radiodiffusion est pour eux. Ce sont les réseaux câblés qui gagnent à obtenir les programmes de télévision, notamment ceux qui font l'objet d'une obligation de "must-carry".

Rappelons qu'il était de coutume dans de nombreux Etats-membres, lors de l'installation de réseaux de télévision par câble, de démonter les antennes collectives étant entendu que les services existants allaient continuer d'être fournis aux mêmes conditions que leur mise à disposition par des moyens hertziens.

II. Les règles de "must-carry" dans le nouveau cadre réglementaire

Bien que le nouveau cadre réglementaire des services de télécommunications adopte une approche horizontale en définissant une structure réglementaire cohérente qui soit applicable à toutes les infrastructures de transmission, il ne peut ignorer les liens qui existent entre l'infrastructure et le contenu, en particulier quand il s'agit de garantir la poursuite d'objectifs d'intérêt général légitimes comme le pluralisme des médias, la diversité culturelle et la protection des consommateurs lors de la transmission de contenu audiovisuel. L'article 31 de la Directive "service universel" consacré aux règles de "must-carry" est, dans le paquet télécoms, une des dispositions clé pour promouvoir ces objectifs. Il concerne uniquement l'acheminement des programmes de radiodiffusion sur les réseaux et ne couvre pas les aspects contenu des règles de "must-carry".

1) Application du principe de subsidiarité

Le nouveau cadre réglementaire reconnaît que le principe de subsidiarité est applicable au secteur de la radiodiffusion et il étend également ce principe aux obligations de "must-carry". La décision appartient donc aux Etats membres: veulent-ils prévoir des obligations de "must-carry" dans le sens où l'exige, par exemple, le droit constitutionnel de certains pays, veulent-ils ou non prévoir une rémunération (voir l'article 31 de la Directive "service universel")? Dans les deux cas, ils seront néanmoins tenus, en vertu de l'article 31, de respecter les principes de proportionnalité et de transparence. Dans ces conditions, il appartient également aux Etats membres de mesurer l'importance ainsi que la valeur sociale et démocratique du service public, et ce qu'apporte ce dernier au pluralisme des médias et à la diversité culturelle. Par conséquent, tout débat autour de la rémunération, particulièrement s'il s'appuie sur des modèles économiques, doit respecter et tenir compte de la compétence des Etats membres en matière d'évaluation.

2) Finalité du "must carry"

La finalité première du "must carry" est donc de garantir l'accès des téléspectateurs à certains services de programmes qui ont une importance particulière pour la société. Les règles de "must-carry" servent l'intérêt du service public, dans la mesure où elles garantissent que les téléspectateurs qui utilisent le câble comme moyen d'accès aux services de radiodiffusion puissent recevoir en particulier les programmes du service public. Les chaînes publiques

(généralistes voire, le cas échéant, thématiques) sont la première cible des règles "must-carry", et certains Etats sont même allés plus loin en étendant le régime du "must-carry" à d'autres chaînes. Ceci s'inscrit dans le droit fil de l'article 31 de la Directive "service universel" dans la mesure où l'accès garanti aux citoyens est nécessaire pour atteindre des objectifs d'intérêt général bien définis; c'est notamment le cas de l'accès à des chaînes locales/régionales transmises par voie hertzienne terrestre, ou encore de l'accès à certaines chaînes étrangères (en particulier dans des zones frontalières² ou dans des régions comptant des minorités nationales ou linguistiques).

Les modèles de "must-carry" permettent également aux réseaux câblés de présenter au consommateur une offre comprenant aussi bien des programmes qui doivent obligatoirement être distribués que des programmes qui peuvent être distribués et un choix de services gratuits. Les modèles de "must-carry" n'entravent pas la concurrence entre les plateformes techniques qui véhiculent un contenu différent; ils imposent simplement aux réseaux câblés certaines obligations de "service public" qui prévoient de véhiculer un nombre limité de chaînes dans l'intérêt général.

Les chaînes de service public ayant le statut "must-carry" ont des obligations spécifiques qui se traduisent, dans le secteur des programmes, par des dépenses plus importantes (par exemple, pour les propres productions originales destinées aux enfants) que les frais qu'occasionnent d'autres programmes réalisés pour le câble. Les règles de "must-carry" doivent assurer que ces programmes et autres services (y compris, par exemple, les sous-titres pour les malentendants) soient accessibles à tous les abonnés du câble.

A certaines conditions énumérées dans l'article 31 de la Directive "service universel", les Etats membres ont la possibilité d'étendre l'application des règles de "must-carry" à d'autres réseaux que ceux des câblodistributeurs. Il est indispensable de veiller, dans le domaine numérique, à ce que les citoyens nationaux puissent recevoir, sur le réseau de distribution de leur choix, certains contenus et notamment celui des radiodiffuseurs de service public, et qu'ils n'aient aucune difficulté à trouver les chaînes qui fonctionnent sous le régime du "must-carry". Le contenu qui s'inscrit dans la mission des radiodiffuseurs de service public doit être accessible à tous les citoyens, tel est le principe fondamental.

3) L'option de rémunération

L'article 31(2) de la Directive "service universel" reconnaît aux Etats membres le droit de prévoir une rémunération, s'il y a lieu. La directive ne fait aucune obligation aux Etats membres: le choix leur appartient. C'est seulement lorsqu'ils optent pour la rémunération qu'ils doivent respecter certaines obligations et limites, notamment la transparence, la proportionnalité et la non discrimination. En outre, l'article 31(2) ne précise pas qui est redevable de la rémunération.

Il ne faut pas oublier que le "must-carry" est une obligation dictée dans l'intérêt général et dont l'accomplissement peut se faire aux frais de l'entreprise qui fournit le réseau de communications électroniques; ce sera le cas si l'Etat membre ne juge pas nécessaire de rémunérer l'entreprise qui s'est acquittée de l'obligation de distribuer certains programmes. Toutefois, si l'Etat membre décide de prévoir une rémunération, dans les limites de l'article 31(2), il est difficile d'imaginer que cette rémunération soit uniquement due par l'organisme de radiodiffusion dont les programmes diffusés doivent être accessibles au public dans l'intérêt général.

² Pour prendre un exemple, dans le Land allemand de Rhénanie-Westphalie, les chaînes de langue étrangère émettant de la Belgique et des Pays-Bas voisins jouissent du statut de chaînes "must-carry".

Exiger que les radiodiffuseurs paient leur statut "must-carry" serait inévitablement en contradiction avec les objectifs d'intérêt général qui sous-tendent les règles de "must-carry". Sans doute serait-ce encore plus flagrant dans les cas où des radiodiffuseurs étrangers n'ayant aucune obligation de desservir l'étranger et n'en tirant aucun avantage économique obtiendraient le statut "must-carry" au nom de l'objectif d'intérêt général d'une meilleure compréhension transfrontalière et du développement régional dans des zones limitrophes. (Voir ci-dessous au point B.II.2.)

L'option de prévoir une rémunération est comparable à la possibilité qu'ont les Etats membres de compenser les coûts nets de leurs obligations de service universel (par des fonds publics ou par un fonds spécial "service universel" auquel contribuent d'autres opérateurs) s'ils estiment que ces obligations constituent une charge induite. Dans le cas du "must-carry", la charge qui incombe aux câblo-opérateurs est normalement déjà allégée avec efficacité par le fait que les obligations de must-carry doivent être proportionnées et "nécessaires pour atteindre des objectifs d'intérêt général clairement définis" (article 31(1)).

C. Analyse critique

I. Résumé de l'argumentaire Eurostratégies

Il est "logique", affirme le rapport, que les radiodiffuseurs ayant le statut "must-carry" paient les avantages qu'ils tirent de la distribution par câble; il préconise donc, partant de l'idée qu'il y a distorsion de concurrence, que le nouveau cadre réglementaire donne des lignes directrices cohérentes en ce qui concerne la rémunération du service d'acheminement.

En outre, le rapport estime que les négociations commerciales entre le câblo-opérateur et les radiodiffuseurs ayant le statut "must-carry" sont biaisées et privilégient les radiodiffuseurs. Il précise que le fait d'avoir accès à une large base de clients en utilisant les services de l'opérateur de réseau représente une certaine valeur pour les radiodiffuseurs et que, par conséquent, le régulateur doit pouvoir intervenir et fixer un montant indicatif pour la rémunération au titre des coûts d'acheminement.

Les auteurs recommandent que ce montant indicatif soit déterminé en fonction des LRIC pris globalement depuis la base, c'est-à-dire en tenant compte de tous les frais d'exploitation et frais fixes. Selon eux, ce schéma est à utiliser dans une négociation commerciale mais en principe toutes les chaînes devraient verser une rémunération.

Les auteurs concluent qu'une prise de conscience des coûts et une transparence des prix sont le gage d'une efficacité économique optimale.

II. Observations

(1) Partout en Europe, le câble est un monopole local. Il n'est pas vrai que "la concurrence est forte entre les plateformes au niveau de l'utilisateur final".

Les plateformes ont tendance à se raréfier dans chaque marché. Par suite des fusions d'opérateurs de satellites et des concentrations dans le monde du câble proprement dit, la plupart des marchés en seront réduits à deux opérateurs de plateformes numériques. La percée réussie et le développement de la télévision numérique terrestre pourrait inverser cette tendance mais seul le Royaume-Uni a jusqu'à présent connu ce retournement de situation.³

³ La télévision numérique terrestre a également fait son apparition en Suède, Finlande, Espagne, Allemagne (Berlin/Brandebourg) et aux Pays-Bas mais sa pénétration dans ces pays n'atteignait pas 5% au cours du premier trimestre 2003.

Quant à voir une concurrence dans l'existence d'autres plateformes, trois facteurs sont opposables à cet argument:

- Différences de prix et de produits
- Contraintes matérielles ou juridiques
- Absence d'une télévision numérique en clair offrant une alternative.

De toute façon, même si l'on retenait l'argument de la concurrence des plateformes, le câble n'en resterait pas moins dans une structure de marché de duopole et se trouverait donc en position de force dans les négociations.

Sous l'angle du droit de la concurrence, on ne peut pas partir du principe général qu'il y a substituabilité entre le câble, le satellite et les moyens de transmission terrestres. En effet, l'argument n'est pas valable du point de vue du consommateur (demande) et encore moins de celui du radiodiffuseur (offre).

La *position monopoliste* des réseaux câblés a été reconnue par la Commission des CE ainsi que par les autorités nationales de la concurrence, tant sous l'angle de la demande que du point de vue de l'offre. En ce qui concerne le consommateur, la Commission a reconnu l'absence de substituabilité dans les différents cas.⁴ Il existe, selon elle, de considérables différences entre les trois moyens de transmission, que ce soit dans les conditions techniques, les méthodes de financement, voire le cadre juridique. Elle a en outre tenu compte de l'effet de "verrouillage" qui empêcherait de passer d'une plateforme à l'autre.

Les autorités nationales de la concurrence ont partagé ce point de vue et ont conclu, elles aussi, à *l'absence de substituabilité*.⁵

En ce qui concerne les radiodiffuseurs vus comme des fournisseurs de contenu, la substituabilité entre le câble, le satellite et les moyens de transmissions terrestres n'est pas non plus établie. La Commission a reconnu que les radiodiffuseurs de service public sont tenus de veiller à desservir tous les consommateurs de services de télévision, si possible à l'aide de toutes les méthodes de transmission disponibles. Si l'on part de ce principe juridique, que certains pays ont même inscrit dans leur droit constitutionnel, *les radiodiffuseurs de service public ne peuvent pas tout simplement passer d'un moyen de transmission à un autre*.⁶

⁴ *MSG Media Services*, IV/M.469, du 9 novembre 1994, paragraphe 41; *Nordic Satellite Distribution*, IV/M.490, du 5 juillet 1995, *Blackstone/CDPG/Kabel-Nordrhein-Westfalen*, COMP/JV.46, paragraphe 20. C'est uniquement dans les affaires spécifiques anti-trust concernant les marchés spécifiques de la TV payante au Royaume-Uni (voir l'affaire *BIB/Open*, IV/36.539 du 15 septembre 1999, paragraphe 26) et en France (voir *TPS I*, IV/36.237, 3 mars 1999, paragraphe 30) que la Commission a souligné qu'il lui semblait assez clair que les consommateurs de services de télévision payante ne faisaient pas de différence entre les divers moyens de transmission.

⁵ Dans le cas de l'Allemagne, on peut signaler la décision "DTAG/Liberty" de février 2002 du Bundeskartellamt qui en son paragraphe 36 réaffirme le principe consacré voulant qu'aux yeux du droit allemand, même à l'âge du numérique, il n'existe pas de substituabilité entre le câble, le satellite et les moyens de transmission terrestre. Aux Pays-Bas, dans l'affaire 2425/UPC/Primacom du 5 juillet, le NMa a défini le marché du câble comme étant un marché distinct. Selon le rapport Bird&Bird sur la définition des marchés dans le secteur des médias ("Market definition in the Media Sector") publié le 9 janvier 2003, l'AGCOM définit le marché de la fourniture de services numériques terrestres comme un marché non substituable au câble (voir le paragraphe 8821).

⁶ *MSG Media Services*, paragraphe 42.

(2) Une intervention réglementaire qui dégagerait les coûts d'acheminement ne se justifie pas

Pour autant qu'un accord commercial soit conclu par des décideurs à la fois bons économistes et rationnels, qui ont négocié à armes égales, tous les coûts et bénéfices y auront été pris en compte, y compris les frais d'acheminement. Ce sera le cas même si la négociation s'est articulée essentiellement autour de la composante qui a le plus de poids, autrement dit, la valeur de la chaîne (voir le point C.II.3 ci-après). Dans sa position de monopole, le câblo-opérateur négocie au moins sur un pied d'égalité avec le radiodiffuseur qui a le statut "must-carry". Dans ces conditions, deux parties qui négocient rationnellement en termes économiques parviendront à un accord commercial avantageux pour les deux.

Sinon, voici ce qui se produirait en théorie:

- si le câblo-opérateur met son veto, il s'expose à des conséquences pouvant se traduire par des amendes qui devraient être en principe moins lourdes que les pertes qu'il estime avoir subies par rapport aux meilleures conditions qu'il a pu obtenir dans le cadre du dernier accord passé avec le radiodiffuseur;
- si le radiodiffuseur met son veto, il s'expose à des sanctions économiques qui seront compensées par les avantages de la distribution sur une autre plateforme.

Les règles de "must-carry" empêchent ce genre de situation en agissant comme un mécanisme d'arbitrage automatique pour accélérer la conclusion d'un accord avantageux pour les deux parties.

Par conséquent, un accord basé sur la valeur de la chaîne se conclut en tenant compte de tous les aspects financiers, y compris des coûts d'acheminement.

(3) En omettant de tenir compte de la valeur de la chaîne, l'étude oublie l'élément essentiel de la transaction financière et l'objet premier de la négociation commerciale

Un contenu de qualité, populaire et varié, est de plus en plus nécessaire aux opérateurs de plateformes. On peut analyser cette valeur en fonction de plusieurs critères:

- la part d'audience, générale et entre câblo-opérateurs;
- les taxes d'acheminement que la plateforme paie aux chaînes - il s'agit souvent d'un prix par abonné;
- l'attrition, c'est-à-dire la perte d'abonnés en cas de non acheminement - elle se mesure au nombre de clients qui se désabonneraient si la chaîne ne faisait pas partie de la plateforme.

La plupart des chaînes à statut "must-carry" ont, à tous points de vue, une grande valeur pour les câblo-opérateurs, et les coûts d'acheminement, comme indiqué plus haut, entrent dans ce processus d'évaluation, que ce soit explicitement ou implicitement. Or le rapport d'Eurostratégies exclut cet aspect et semble ainsi aller à contre-courant de la position adoptée par les gouvernements des Etats membres.⁷

⁷ Le gouvernement britannique, par exemple, s'est exprimé en ces termes au moment de lancer, en décembre 2000, son projet de loi sur les télécommunications: "les opérateurs du câble et du satellite n'auront probablement pas besoin d'un encouragement du gouvernement pour décider d'acheminer l'ensemble des services des radiodiffuseurs publics. Ce sont des chaînes populaires et les abonnés ne tarderaient pas à passer à d'autres plateformes s'ils ne pouvaient pas recevoir leurs services favoris. Il se peut toutefois qu'il y ait d'importantes chaînes de service public dont seules des règles de must-carry peuvent garantir la disponibilité universelle" (DTI/DCMS, 'A New Future for Communications', décembre 2000)

Le rapport s'interroge également: est-il justifié que différents radiodiffuseurs paient des prix différents pour le même genre de service? Il imagine une liste de critères qui pourraient justifier les différences entre chaînes. C'est reconnaître, indirectement, que certaines chaînes ont une valeur pour les câblo-opérateurs auxquels elles apportent un lot de programmes plus attrayant.

De plus, contrairement au raisonnement du rapport, les obligations de service universel et d'offre obligatoire devraient être prises en compte.⁸

L'analyse se place dans une perspective excessivement étroite, ce qui peut s'expliquer par le mandat restreint donné aux rapporteurs, lui-même attribuable au domaine de compétence limité de la Commission européenne en matière de contenus. Le 45e considérant de la Directive "service universel" confirme que l'article 31 ne concerne que l'infrastructure et non les aspects contenu du "must-carry". On ne peut néanmoins examiner valablement la question de la rémunération due par les radiodiffuseurs sans inclure ces aspects contenu.

Il faut également tenir compte de la situation juridique en matière de droit d'auteur. Le principe est le suivant: la retransmission par câble est à considérer comme une exploitation commerciale du signal diffusé, et le radiodiffuseur a le droit d'autoriser ou d'interdire cette retransmission.

(4) Traiter les coûts d'acheminement sur le modèle des coûts différentiels prospectifs à long terme (LRIC) comporte plusieurs limites et inconvénients

La Commission, nous l'admettons, a adopté les LRIC dans certains buts très précis⁹ et ce modèle peut convenir à certaines industries se trouvant à des stades spécifiques de développement.¹⁰ Mais il ne se prête pas à des négociations portant sur le "must-carry", car il accuse de grandes faiblesses.

1. Il repose sur une analyse de marché essentiellement prospective, dans une industrie volatile exposée à de rapides changements. Nous pensons que les LRIC sont particulièrement exposés à l'incertitude et aux variations de conditions; ils sont difficilement traçables, sont sujets à polémique et évaluent souvent mal les coûts réels. La demande des consommateurs représente un rouage essentiel de ce modèle mais nous avons vu, ces dernières années, qu'une grave erreur d'estimation de cette demande a conduit à la crise qui frappe actuellement l'industrie du câble. L'estimation des LRIC dépend de beaucoup d'hypothèses subjectives, ce qui les rend discutables et fait d'eux un outil difficilement manoeuvrable. Si les coûts sont surestimés, par exemple, ce serait une aubaine inespérée pour les câblo-opérateurs.

⁸ Pour prendre un exemple, le nouveau projet de loi britannique sur les télécommunications obligera les radiodiffuseurs de service public à offrir leurs services aux câblo-opérateurs.

⁹ La recommandation 98/195/EC du 8 janvier 1998 encourage l'emploi des coûts différentiels prospectifs moyens à long terme (LRIC) pour évaluer les tarifs d'interconnexion des services de terminaison d'appel.

La directive 97/33/EC du Parlement européen et du Conseil, en date du 30 juin 1997, recommande que les tarifs d'interconnexion soient "fondés sur un niveau de prix étroitement lié aux coûts marginaux à long terme".

¹⁰ Voir cependant l'analyse critique à laquelle se livrent MM. Klotz, Delgado et Fehrenbach, collaborateurs de la Commission, au sujet des LRIC dans le contexte du dégroupage de la boucle locale. Les auteurs voient dans les LRIC la principale cause d'une tarification exagérée; voir leur document intitulé "Zugangsentgelte in der Telekommunikation: Die Erfahrung mit dem entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung in der EU", sur le site web:

http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2003_011_de.pdf

2. Il répercute les frais d'amortissement sur les radiodiffuseurs. Le problème est sans gravité pour les réseaux câblés existants puisque l'infrastructure est déjà amortie et que les accords sur le droit de passage existent depuis longtemps. En revanche, dans le cas des nouvelles installations de câble numérique, les radiodiffuseurs ne devraient pas être astreints à payer une activité à risque dont ils ne tirent aucun bénéfice en retour. Ils ne devraient pas non plus être obligés de soutenir un modèle commercial de moins en moins axé sur la fourniture d'un service de télévision. Les câblo-opérateurs et les radiodiffuseurs ne sont pas, juridiquement et économiquement, parties liées pour ce qui touche aux coûts, recettes et risques de leurs activités respectives.

3. La numérisation profite surtout aux services de télécommunications. Pour nombre de câblo-opérateurs, le coût de la numérisation du câble représente avant tout le coût de l'ajout d'une voie retour et d'appareils de commutation pour les télécommunications. Le coût de la numérisation et du multiplexage des signaux de radiodiffusion (radio et télévision) est comparativement négligeable. Ce n'est pas à la radiodiffusion que la numérisation profite d'abord, mais aux services télécoms (téléphone et Internet). Rien ne justifierait que les radiodiffuseurs financent d'autres activités (sans rapport avec la radiodiffusion) des câblo-opérateurs.

4. Une séparation comptable n'est pas pratique. Pour un bon fonctionnement du schéma des LRIC, il faudra repérer toutes les séparations comptables de la partie du système de câble réservée aux services de télévision. Il sera problématique de ventiler l'utilisation d'un élément d'actif commun. Il n'est pas pratique d'imposer de contraignantes exigences comptables qui finiront par engendrer de grandes imprécisions.

Si les coûts d'acheminement doivent être isolés, il faudra songer à prendre comme base un coût marginal, en d'autres termes, la différence entre le coût du réseau en l'état et son coût après l'ajout d'un élément de distribution supplémentaire (une chaîne, par exemple). La méthode est facile à appliquer, elle est transparente si le coût marginal porte sur le "court terme", dans la mesure où il n'en résulte aucun impératif de nouvel investissement majeur dans l'infrastructure.

(5) Les radiodiffuseurs de service public ayant le statut "must-carry" tirent peu d'avantages économiques de la publicité qui vise les abonnés du câble

En général, l'avantage économique que tirent les radiodiffuseurs de service public du "must carry" en câblodistribution est limité. Ceux d'entre eux qui vivent exclusivement du produit de la redevance ne perçoivent aucun revenu de leur programmation. Remplir la mission de service public n'est pas un mandat qui profite au radiodiffuseur lui-même, c'est la société et le consommateur qui en tirent tout le bénéfice. En ce qui concerne la publicité, la desserte technique supplémentaire ne crée normalement aucun revenu complémentaire dans la mesure où les foyers TV sont également atteignables par le satellite ou par les moyens de transmission terrestres. En outre, dans l'Union européenne, ce sont seulement 15,7% du revenu total des radiodiffuseurs de service publics qui, en 2001, provenaient de la publicité toutes plateformes de distribution confondues. Ce n'est pas pour des raisons économiques que les radiodiffuseurs de service public préfèrent le câble, puisque le câblo-opérateur ne crée pas la moindre nouvelle valeur ajoutée pour le radiodiffuseur dans un environnement où celui-ci serait parfaitement en mesure d'atteindre les foyers avec d'autres moyens de transmission si le câble n'existait pas.

(6) Les recettes "diffusion" des câblo-opérateurs proviennent le plus souvent des abonnements et ce sera de plus en plus le cas

En réalité, les recettes peuvent venir de bien des sources, indépendamment de celles que mentionne le rapport. Le produit de la taxe d'acheminement n'en représente qu'une infime partie. Le modèle économique du câblo-opérateur, en ce qui concerne ses services de diffusion, consiste en l'achat de programmes, leur conditionnement et leur vente à l'utilisateur final. Dans un environnement numérique, les coûts unitaires de la capacité sont en baisse tandis que ceux des programmes augmentent.

Si le modèle économique du câblo-opérateur devait être avant tout celui d'une entreprise de conditionnement et de fourniture de contenu, et non d'un fournisseur d'infrastructure, le câblo-opérateur pourrait à cet égard sortir du champ d'application du nouveau cadre réglementaire, comme cela est bien précisé dans le 45e considérant de la Directive "service universel".¹¹ Par conséquent, même si cet opérateur était encore soumis à des obligations de "must carry" en vertu de la législation sur les médias appliquée dans les Etats membres, il ne s'agirait plus d'une affaire de transport mais d'inclusion dans un paquet de contenus qui échapperait à l'application de l'article 31 de la Directive "service universel".

(7) Les autorités réglementaires ont d'autres moyens d'action directs pour soutenir la stabilité financière de l'industrie du câble: contrôle des prix, impôt sur les ventes, TVA réduite pour la réception de services de radiodiffusion via des réseaux câblés, taxes de concession locales, règles d'accès pour d'autres fournisseurs de services, etc.

¹¹ "Les services fournissant un contenu, tels qu'une offre de vente de contenus de radiodiffusion sonore ou de télévision, ne sont pas couverts par le cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques. Les fournisseurs de ces services ne devraient pas être soumis aux obligations de service universel pour ces activités. La présente directive est, par conséquent, sans préjudice des mesures arrêtées au niveau national, conformément à la législation communautaire, à l'égard de ces services."