



1.7.2005

DAJ/AF/cf/mtp

Original: anglais

**Commentaires de l'UER sur le document de réflexion ("Issue Paper")
contenant les conclusions préliminaires
de l'enquête sectorielle sur les nouveaux médias (3G)**

L'UER se félicite de l'occasion qui lui est donnée de présenter ses observations à propos du document cité ainsi que des interventions qui ont marqué la présentation publique du 27 mai 2005 à Bruxelles. Dans ses commentaires, l'UER souhaite faire passer les messages suivants.

1. Les radiodiffuseurs soutiennent le développement des plateformes 3G/UMTS

Les Membres de l'UER soutiennent le développement des 3G/UMTS en qui ils voient un nouveau moyen de servir citoyens et consommateurs. Aujourd'hui déjà, les radiodiffuseurs contribuent de diverses manières au déploiement des 3G/UMTS. Dans plusieurs pays, les auditeurs et téléspectateurs ont accès à une partie des programmes radio/TV que les Membres de l'UER diffusent en flux continu (streaming) sur des téléphones portables. En outre, ils peuvent visiter, avec leur téléphone mobile, les sites Internet des Membres de l'UER et regarder les programmes de télévision et de radio placés sur ces sites. Ils peuvent télécharger les séquences vidéo et, dans certains cas, il existe des sites mobiles spécialement créés auxquels ils peuvent accéder. Le plus souvent, le contenu est offert gratuitement et le téléspectateur doit seulement payer les frais d'acheminement vers l'opérateur de téléphonie mobile.

Bien entendu, toute utilisation d'images animés a ses contraintes, ce qui limite la valeur de ces services. Le document de réflexion met en évidence les aspects suivants: qualité des images et du son, prix élevé d'utilisation du fait de la technologie employée, puissance limitée de la batterie (voir paragraphe 20). A cela s'ajoute qu'au printemps 2004, lors de l'ouverture de l'enquête, les services 3G/UMTS n'étaient proposés que par dix opérateurs dans neuf pays de l'EEE.¹ L'offre de contenu radiodiffusé et télévisé à des opérateurs de téléphonie mobile se heurtait par conséquent à plusieurs écueils, encore perceptibles aujourd'hui. Pour commencer, le déploiement des services 3G était encore au stade embryonnaire. Ensuite, les opérateurs de téléphonie mobile n'étaient que moyennement intéressés à du contenu sportif que leur auraient proposé les opérateurs de télévision, et nombre d'entre eux n'étaient pas prêts à mettre en route des services de contenu sportif. A noter également qu'en raison de l'itinérance (roaming), il arrive que les ayants droit extra-européens bloquent les transmissions sur réseaux 3G en Europe, sachant que dans bien des cas on ne peut éviter que les images soient vues sur des territoires non-européens.

¹ Chiffres d'avril 2004. Source: Forum UMTS.

Toutes ces limites techniques étant considérées, les Membres de l'UER voient dans les 3G/UMTS un moyen de radiodiffusion mobile et un atout supplémentaire pour le consommateur; ils sont prêts à être les principaux acteurs du développement de ces réseaux de troisième génération et ils y contribuent du reste déjà.

2. *Il faut analyser les contraintes concurrentielles actuelles et prévisibles entre la télévision et les 3G/UMTS dans le contexte de la convergence.*

Le document de réflexion conclut de l'enquête qu'il n'y a pas de substituabilité entre le fait de suivre un événement en direct à la télévision et le suivre par le biais d'une transmission en téléphonie mobile, et que la télévision et les services de contenu 3G s'avèrent être sur des marchés distincts. Pour sa conclusion, il s'appuie sur la constatation que la plupart des répondants ont admis que les usagers² de services sportifs assurés par réseaux mobiles achètent ces services et regardent également le sport concerné sur les chaînes de télévision. Les opérateurs de chaînes TV seraient, selon le document de réflexion, les seuls parmi d'autres acteurs présents sur le marché, à percevoir le développement de services sportifs comme un danger particulièrement grand en termes de concurrence. En outre, le document de réflexion énumère les caractéristiques essentielles qui font la différence entre le contenu distribué par des opérateurs de réseaux mobiles, et le contenu fourni par les opérateurs de télévision, à savoir: taille de l'écran, qualité des images et du son, confort d'écoute, possibilité de regarder en groupe, mobilité, coût d'utilisation, puissance des piles, possibilité de personnaliser l'écoute.

Cependant, le document de réflexion ne précise pas ce que la Commission entend par " television" et par "3G content" (contenu 3G). La notion de contenu 3G inclut-elle les services de télévision mobile ou de télévision à la demande, qu'assurent les opérateurs de télévision? Dans l'optique des radiodiffuseurs, il faut considérer la radiodiffusion indépendamment de toute plateforme spécifique (principe de la neutralité), comme intégrant l'ensemble des plateformes de transmission disponibles. Cette approche est du reste confortée par le récent débat sur l'élargissement du champ de la directive Télévision sans frontières.

Malheureusement, le document de réflexion ne cite pas les contraintes concurrentielles entre les deux plateformes comme un critère clé pour analyser la situation sous l'angle du droit de la concurrence. Même s'il n'y a pas substituabilité, il se peut que des contraintes concurrentielles soient à prendre en ligne de compte pour juger des effets de l'exclusivité sur la concurrence. C'est justement dans cette logique de contrainte concurrentielle que la Commission a accepté, dans sa décision à propos de la Ligue des champions UEFA, que les droits puissent être proposés à des chaînes de télévision à péage ou à des chaînes TV à accès libre de manière à ce qu'une seule de ces deux catégories puisse les obtenir.³ Dans l'évaluation des contraintes concurrentielles, la question de la convergence est déterminante. Comme la Commission l'a relevé à propos des relations entre la télévision en clair et la télévision à péage: "A cet égard, l'évolution générale vers une convergence, d'une part entre différents médias audiovisuels et, d'autre part, entre médias et télécommunications, est susceptible de tisser des liens de plus en plus étroits entre les différents moyens de proposer aux consommateurs de l'information et du divertissement, et la façon dont ces consommateurs en font usage."⁴ (Traduction de l'UER)

² La Commission n'a pas interrogé directement les usagers mais s'en est remise aux données sur le marché pertinent, fournies par les parties dont les opérateurs de téléphonie mobile formaient le groupe le plus nombreux.

³ Voir la décision du 23 juillet 2003 concernant la Ligue des champions de l'UEFA, paragraphe 159.

⁴ Mendes-Pereira, "Recent consolidation in the European pay-TV sector", Competition Policy Newsletter 2003 (2), page 32.

Le document de réflexion ne mentionne pas la notion de "convergence", et c'est logique puisque le questionnaire ne s'occupait pas de cet aspect. Toutefois, la convergence est au coeur de la problématique de l'émergence de nouveaux médias. On retiendra à ce propos cette récente déclaration de la Commissaire Reding: "Nous sommes sur le point de franchir une nouvelle étape dans le développement de la société de l'information. Plusieurs conditions préalables sont déjà réunies. Il existe aujourd'hui en Europe de nombreux moyens de communication en large bande, mis en place à la faveur d'une modernisation des réseaux téléphoniques existants. Nous estimons qu'approximativement 80% d'Européens peuvent maintenant recevoir les services en large bande. Le fait que moins de 7,5% soient abonnés à ces services représente une formidable chance à saisir. Après un démarrage lent, les services mobiles en large bande.- ce qu'il est convenu d'appeler les services 3G ou de troisième génération - comptent aujourd'hui 5,4 millions d'utilisateurs en Europe. Les chiffres grimpent rapidement et les entreprises européennes sont bien placées pour retirer un avantage du déploiement des 3G dans le monde, avec des marchés florissants en Chine et en Inde. C'est une formidable chance à saisir."⁵ (Traduction de l'UER)

Pour conclure, il faudrait, dans l'analyse, partir de définitions claires et examiner de plus près les contraintes concurrentielles entre la télévision et les services spécifiques "3G/UMTS" et tenir compte, ce faisant, de la convergence.

3. *Un important effet concurrentiel pourrait bien s'exercer entre la télévision traditionnelle et la télévision mobile.*

La musique (y compris les sonneries de téléphone) et d'autres services de contenu radiophonique sont déjà de grands classiques de la téléphonie mobile (on songe par exemple au tout dernier né de la gamme Nokia, annoncé par le fabricant). Et les services de contenu vidéo sur récepteurs mobiles ou portables font déjà l'objet d'essais dans divers pays européens. Ce qui veut dire que, techniquement parlant, il est déjà possible de réunir la télévision, la radio, le téléphone, le récepteur vidéo, le baladeur, la console de jeux, le lecteur MP3, l'appareil photo, le système de navigation et l'Internet dans toutes sortes de combinaisons différentes.

A cet égard, il paraît nécessaire de tenir compte également du fait que la plupart des caractéristiques essentielles qui font actuellement la différence entre le contenu livré par des systèmes mobiles et celui que fournit la télévision pourraient disparaître bientôt, comme peuvent en témoigner les appareils déjà disponibles sur le marché: media center portables, PC de poche, récepteurs vidéo personnels portables, etc.).

Voici deux exemples sommaires montrant qu'il existe bien - aujourd'hui, à court terme et à plus forte raison à moyen terme - une convergence entre les images animées à la télévision, et les mêmes images reçues par le biais d'une plateforme de téléphonie mobile. Les téléphones mobiles à la norme 3G/UMTS sont utilisés pour retransmettre des programmes de télévision et d'autres formes de télévision mobile. Dans plusieurs pays, les émissions de télévision sont transmises simultanément sur des réseaux de téléphonie mobile. De plus, les radiodiffuseurs produisent également et diffusent des programmes qui ont été spécialement réalisés pour les 3G/UMTS. Avec la DVB-H et la DMB, la télévision mobile dispose de normes qui permettent de surmonter le principal handicap dont souffrent les 3G/UMTS lors de la transmission d'images animées. Dans plusieurs pays, des essais très concluants montrent que le téléphone mobile peut être utilisé comme téléviseur portable.

⁵ Voir, sur le site http://europa.eu.int/information_society/newsroom/cf/comnews.cfm?type=sp, l'allocation prononcée le 21 mars 2005 lors de la réunion du Conseil des Présidents de l'UNICE.

De cette évolution de la convergence, les opérateurs de chaînes TV, mais aussi les fédérations sportives, concluent à un effet de cannibalisation s'exerçant sur les droits relatifs aux services de télévision traditionnels et aux nouveaux médias. C'est pourquoi les droits de radiodiffusion sont habituellement proposés à la vente pour toutes les plateformes audiovisuelles, afin d'éviter toute cannibalisation. De fait, il ne faut pas négliger la concurrence susceptible de s'exercer entre les services spécifiques créés pour les 3G/UMTS, qui permettent de voir des extraits d'événements sportifs, et les chaînes de télévision à accès libre, qui diffusent des programmes consacrés aux temps forts. La possibilité de recevoir les temps forts en quasi-direct grâce à ce genre de services pourrait induire, lorsque les services seront bien rodés, une diminution du nombre de téléspectateurs qui regarderont les retransmissions en direct et les temps forts à la télévision à accès libre, puisque ces services remplissent, aux yeux du consommateur, la même fonction que les émissions de télévision.

4. *Le droit de la concurrence doit respecter le principe du droit d'auteur inhérent au droit de radiodiffusion.*

Quand le document de réflexion parle de "groupage", il doit également tenir compte des principes essentiels du droit d'auteur. Le terme "groupage" ne cadre pas avec les principes fondamentaux du droit d'auteur. Pour qu'il y ait groupage des droits, il faut qu'il y ait des droits différents susceptibles d'être regroupés. Or la législation sur le droit d'auteur ne fait pas de distinction entre une radiodiffusion sur telle plateforme de transmission et telle autre. Elle reconnaît que le droit de radiodiffusion couvre toutes les plateformes de transmission. On pourrait, théoriquement, considérer le droit d'utilisation à la demande, en tant que droit de mise à disposition, comme distinct des droits de radiodiffusion, mais ceci ne vaudrait que pour quelques catégories spécifiques de titulaires de droits (voisins). Toutefois, les deux modes de transmission font partie du droit de communication au public (voir l'article 8 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur).

Le droit de la concurrence admet l'exclusivité des licences de droit d'auteur, ainsi que celle des droits sportifs.⁶ En se rangeant dans cette optique, la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) considère l'exclusivité comme une caractéristique intrinsèque du droit d'auteur. L'exclusivité en ce qui concerne les droits de radiodiffusion n'est rien d'autre qu'un droit découlant de la nature du droit d'auteur. Cela est également admis pour les droits de radiodiffusion relatifs à différents moyens de transmission. Quant à l'exclusivité des droits de radiodiffusion, la Cour ne met pas en cause l'exclusivité dans le cas des transmissions par réseaux terrestres, par câble et par satellite.⁷ L'objet "droit de radiodiffusion" a ceci de caractéristique qu'il englobe toutes les plateformes de diffusion existantes. De plus, une caractéristique du marché est que les droits sont commercialisés à titre exclusif pour toutes les plateformes de diffusion. Limiter l'exclusivité à une seule plateforme de diffusion équivaldrait à amputer artificiellement le droit d'auteur et à empiéter sur la compétence des Etats membres de définir l'étendue du droit de communication au public et la liberté des ayants droit en matière de contrats.

⁶ Voir l'arrêt du Tribunal de première instance du 8 octobre 2002 (T-185/00), paragraphes 60 et 73.

⁷ Voir l'arrêt du Tribunal de première instance du 8 octobre 2002 (T-185/00), paragraphe 51: le tribunal y cite le point 4.2 de la décision de la Commission où celle-ci met en relief le fait que les droits sportifs sont acquis "indépendamment des moyens techniques utilisés pour la transmission".

5. *Le principe de neutralité de la plateforme doit également être respecté en droit de la concurrence.*

Le fait que les Membres de l'UER acquièrent les droits exclusifs de radiodiffusion sur toute plateforme de transmission est tout à fait conforme au principe de la neutralité de la plateforme inscrit dans le droit de la concurrence, tel que développé par la Commission. Dans sa Communication sur les obstacles à un accès généralisé aux nouveaux services et applications de la société de l'information (COM(2003) 410 final) du 9 juillet 2003, la Commission déclare: "Afin que l'environnement multi-plateforme se répande et que les plateformes elles-mêmes se complètent, il faut que le cadre réglementaire favorise des conditions de concurrence neutres sur le plan technologique, qui ne privilégient aucune plateforme par rapport aux autres" (voir la Communication, à la page 2). La Commission a déjà développé ce principe à propos de la télévision à accès libre et de la télévision à péage⁸, et l'UER partage l'avis de la Commission quand elle estime que ce principe vaut également pour l'environnement multi-plateforme. Ce principe transparait également dans les décisions de la Commission sur les ventes centralisées, où la Commission a admis l'existence d'une concurrence entre la télévision à péage et la télévision à accès libre, s'agissant des droits offerts.⁹ Malheureusement, le document de réflexion ne fait aucune allusion au principe de neutralité de la plateforme.

Conformément au principe de neutralité de la plateforme, il est nécessaire de préserver un système qui traite les différents opérateurs sur un pied d'égalité. A cet égard, la puissance économique des grands opérateurs télécoms n'est pas à négliger dans le contexte de la "concurrence inter-plateformes"¹⁰

6. *L'accès aux droits sportifs ne constitue pas une facilité essentielle*

Au paragraphe 13 du document de réflexion on apprend que "l'accès au contenu sportif est un important paramètre pour les opérateurs de réseaux mobiles en raison surtout du prestige dont jouissent les événements sportifs dits "premium" et de leur potentiel d'utilisation comme outil de stratégie marketing. Il semblerait qu'une demande de contenu sportif 3G soit perceptible, qui se différencie clairement de la demande d'autres contenus fournis par des réseaux mobiles." (Traduction de l'UER) On remarquera que cette conclusion n'étaye plus l'hypothèse que le sport est un "must have"¹¹ (un élément essentiel) or un "powerful driver"¹² (une puissante locomotive) pour former une offre attractive. Ce paragraphe clarifie qui plus est que le sport n'est pas une "facilité essentielle" au sens de la doctrine des facilités essentielles. Car pour être une facilité essentielle, le sport devrait

⁸ Voir Wachtmeister, "Broadcasting of Sports Events and Competition Law", Competition Policy Newsletter, 1998 (2), page 2.

⁹ Voir également Toft, "Football: joint selling of media rights", Competition Policy Newsletter, 2003 (3), page 49.

¹⁰ On notera qu'en 2004, le Groupe Vodaphone présentait un cash flow de 18.800 millions d'euros, comparé aux 11.144 millions d'euros de la Deutsche Telekom, tandis que les groupes média arrivaient loin derrière avec 1900 millions d'euros pour News Corporation, 1654 millions d'euros pour Bertelsmann, 444 millions d'euros pour Lagardère et 298 millions d'euros pour TF1. C'est dire que le cash flow de Vodaphone représentait presque dix fois celui du numéro un des groupes média dans le monde, News Corporation. Un exemple concret est l'acquisition des droits des ligues nationales de football par Belgacom en Belgique et par Versatel aux Pays-Bas.

¹¹ Voir le discours du Commissaire Monti du 8 juillet 2004, sur le site Internet

http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/index_speeches_by_the_commissioner.html.

¹² Voir le communiqué de presse du 30 janvier 2004.

être indispensable à une entreprise pour pouvoir offrir ses produits ou ses services.¹³ Les commentaires présentés oralement par *Vodafone* et par *Telenor*¹⁴ confirment ce résultat et montrent que le sport n'est qu'un service ajouté. En outre, en ce qui concerne l'accès au contenu, il semble que certains opérateurs de téléphonie mobile aient un modèle commercial de réussite qui leur fait préférer les services de contenu assurés par des opérateurs de télévision, à un accès direct au "contenu brut."¹⁵ Compte tenu des observations faites par l'ESA et par les opérateurs de téléphonie mobile lors de la présentation publique, il semble tout aussi difficile de conclure de l'enquête que l'accès aux droits sportifs constitue un marché de distinct en termes de contenu. En effet, il ressort de ces observations que les modèles commerciaux des opérateurs "3G/UMTS" sont très différents de ceux qui caractérisent la télévision à péage. L'exemple de *Vodafone* démontre que l'on ne se bouscule pas pour investir dans du contenu sportif, et avec *Telenor* nous avons un exemple de modèle de transport totalement différent de la télévision à péage. La doctrine des facilités essentielles et la notion de marché distinct pour les droits sportifs n'ont donc pas leur place ici.

*

L'UER se réjouit du fait que l'enquête sur les services 3G/UMTS ait permis de faire une mise au point au sujet de la valeur toute relative du contenu sportif pour les "3G/UMTS". En ce qui concerne le résultat final ainsi que l'évaluation des cas particuliers, annoncée par la Commission, l'UER souhaiterait que la Commission tienne compte des points mentionnés ci-dessus.

¹³ Pour ce critère et divers autres, voir le plus récent arrêt de la Cour de justice dans l'affaire IMS Health (C-418/01).

¹⁴ Voir les présentations placées sur le site Internet de la Commission:

http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/sector_inquiries/new_media/3g.

¹⁵ Voir la diapositive 3 de la présentation de Telenor, ainsi que la diapositive 2 de la présentation de l'ESA et la diapositive 3 de la présentation de M. Rodford (DG INFSO).