



**Avis n° 07-A-07 du 25 juillet 2007
relatif aux conditions de l'exercice de la concurrence dans la
commercialisation des droits sportifs**

Le Conseil de la concurrence (section IV),

Vu la lettre en date du 8 mars 2007 enregistrée sous le numéro 07/0025 A, par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence sur le fondement de l'article L. 462-1 du code de commerce, d'une demande d'avis sur plusieurs questions relatives à la commercialisation des droits d'exploitation audiovisuelle des compétitions ou manifestations sportives ;

Vu les articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret 2002-689 du 30 avril 2002, fixant ses conditions d'application ;

Le rapporteur, le rapporteur général, et le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance du 5 juin 2007 ;

Les représentants du ministre de la Santé, de la Jeunesse et des Sports, du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), de la Ligue de football professionnel (LFP), des sociétés Iliad, France Télécom et Groupe Canal Plus entendus sur le fondement des dispositions de l'article L. 463-7 du code de commerce ;

Est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations qui suivent :

I. La demande d'avis

1. Par lettre du 25 octobre 2006, le président de la Ligue de football professionnel (LFP) a demandé au ministre de la jeunesse, des sports et de la vie associative de bien vouloir envisager la suppression de l'article 3 du décret n° 2004- 699 du 15 juillet 2004 qui fixe les modalités des appels d'offres relatifs à la commercialisation des droits d'exploitation audiovisuelle des compétitions ou manifestations sportives et plus spécialement l'abrogation de la disposition de cet article qui limite à trois ans les contrats par lesquels les droits attribués par les lots sont cédés.
2. Il a fondé sa demande sur la modification des conditions de la concurrence du marché des droits sportifs entraînée par la fusion des sociétés Canal plus et TPS, craignant que les institutions sportives ne soient gravement lésées par les conséquences de ce rapprochement. Le président de la LFP a également saisi le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie de ses préoccupations relatives aux conséquences de la fusion sur la situation concurrentielle du marché de la commercialisation des droits.
3. Le ministre de l'économie a, en application de l'article L. 462-1 du code de commerce, sollicité l'avis du Conseil de la concurrence sur la compatibilité avec les règles de la concurrence de certaines pratiques en matière de commercialisation des droits sportifs actuellement encadrée par le décret du 15 juillet 2004. Après avoir rappelé les circonstances dans lesquelles le président de la LFP avait saisi le Gouvernement d'une demande de modification du décret précité en ce qui concerne la durée de commercialisation des droits, il demande notamment au Conseil de la concurrence de lui donner un avis sur la capacité du droit commun de la concurrence à remédier, à lui seul, aux défauts des marchés de commercialisation des droits sportifs, et sur les justifications possibles d'un allègement de la réglementation sectorielle qui encadre plus spécifiquement la commercialisation des droits du football.

A. LA COMMERCIALISATION DES DROITS SPORTIFS

1. LA CENTRALISATION DE LA COMMERCIALISATION DES DROITS SPORTIFS

4. Selon les articles L. 333-1 et L. 333-2 du code du sport, les droits d'exploitation audiovisuelle cédés gratuitement aux sociétés sportives par les fédérations sportives sont commercialisés par les fédérations sportives dans les conditions prévues par décret en Conseil d'État. Cette commercialisation est effectuée avec constitution de lots, pour une durée limitée et dans le respect des règles de concurrence.
5. Le décret n° 2004-699 du 15 juillet 2004, pris pour l'application des articles ci-dessus rappelés, comporte pour l'essentiel deux séries de dispositions :

- les premières qui fixent en son article 2 l'étendue de l'exclusivité de commercialisation conférée aux ligues professionnelles et le partage des droits de commercialisation entre ces ligues et les clubs ;
 - les secondes qui prévoient, en son article 3, les modalités de la procédure d'appel d'offres qui doit être mise en œuvre pour garantir le respect des principes de publicité, de transparence et de non-discrimination dans l'attribution des lots par les ligues.
6. Mais ces dispositions ne s'appliquent qu'à partir du moment où la fédération sportive, propriétaire des droits, les a cédés aux sociétés ou aux clubs qui participent aux compétitions ou manifestations sportives organisées par la ligue professionnelle, précisées à l'article 2 du décret.
 7. En conséquence, dès lors que la Fédération française de football est la seule fédération sportive à avoir cédé à titre gratuit aux clubs la propriété des droits d'exploitation audiovisuelle des compétitions auxquelles ces derniers participent, seule la Ligue professionnelle de football est concernée par l'analyse développée dans le présent avis.
 8. Ainsi que l'a indiqué le Conseil dans son avis 04-A-09 préalable à l'adoption du décret du 15 juillet 2004: *"La vente centralisée permet aisément au vendeur de valoriser la cohérence globale et l'intérêt d'un produit. L'importance des ressources tirées de la cession des droits vient du fait que les ligues sont seules à offrir un championnat qui se déroule tout au long de l'année en de nombreuses rencontres et fait l'objet d'un classement entre clubs que stimule en permanence l'intérêt des amateurs du sport considéré. Dès lors, il faut considérer que l'unité du championnat tout au long de l'année et l'intérêt des compétitions qui le constituent et qui se renouvellent chaque semaine sont une part importante de la valeur du produit acheté par les diffuseurs"*.
 9. Une telle valorisation des droits était du reste présentée dans le rapport accompagnant ce décret comme un objectif d'intérêt général. Il était à cet égard indiqué: *"La ligue professionnelle demeurera, en raison de l'intérêt général qui s'attache à une centralisation et une répartition solidaire, chargée de commercialiser ces droits dans des conditions et limites fixées par un décret en Conseil d'État. Cette commercialisation sera effectuée avec constitution de lots, pour une période limitée et dans le respect des règles de concurrence"*.
 10. La commercialisation centralisée des droits par les ligues professionnelles permet d'en tirer le meilleur rendement et assure le financement des clubs français auxquels elle donne les moyens d'affronter plus efficacement la concurrence des autres clubs européens et de promouvoir un championnat des clubs professionnels attractif, condition nécessaire au maintien de droits audiovisuels importants. Dans sa saisine, le ministre a d'ailleurs écrit: *"Cette source de financement est vitale pour les clubs de football. Ainsi, lors de la saison 2002-2003, les seuls droits télévisuels représentaient 52 % des recettes des 20 clubs participant au championnat national de Ligue 1"*.
 11. La commercialisation des droits par la ligue professionnelle est accompagnée d'une répartition du produit de ceux-ci fondée sur la solidarité, comme le précise l'article L.333-3 du code du sport: *"Les produits revenant aux sociétés leur sont redistribués selon un principe de mutualisation, en tenant compte de critères arrêtés par la ligue et fondés notamment sur la solidarité existant entre les sociétés, ainsi que sur leurs performances sportives et leur notoriété"*.
 12. Cette ressource, principalement affectée au financement du football professionnel, profite au football français en général puisqu'elle est pour partie utilisée au profit du sport amateur.

B. EVOLUTION DE LA CONCURRENCE SUR LE MARCHÉ DE LA COMMERCIALISATION DES DROITS SPORTIFS

13. Pour justifier sa demande d'abrogation de la limitation à trois ans de la durée de cession des droits prévue à l'article 3, du décret du 15 juillet 2004, la LFP fait valoir que cette disposition s'expliquait, à l'époque de la publication du texte, par une situation concurrentielle particulière qui a été profondément modifiée par la décision du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie du 30 août 2006 autorisant, après avis du Conseil de la concurrence, l'acquisition des sociétés TPS et CanalSatellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus.
14. Elle rappelle tout d'abord que le texte réglementant l'appel d'offres de la ligue a été pris à la suite du contentieux qui a opposé, en 2002, TPS et Canal Plus pour l'acquisition des droits de rediffusion du championnat de France de football. Dans un contexte marqué par une compétition très vive entre ces deux opérateurs, la limitation de la durée des contrats à trois ans était justifiée par la nécessité, sur un marché où deux groupes importants s'affrontaient, de faire rejouer tous les trois ans la concurrence pour l'acquisition des lots.
15. Elle indique que le ministre a reconnu à la page 60 de la décision précitée que, dans la nouvelle situation créée par la fusion des deux opérateurs, Canal Plus ne rencontrera plus de véritable concurrence sur ce marché : *"Compte tenu des montants déjà investis pour l'acquisition de ces droits et de l'absence d'incitation à acheter les droits analysés, il est peu probable que ces opérateurs soient incités à concurrencer GCP (groupe Canal plus) lors des prochains appels d'offres, sauf si la structure de ces derniers était modifiée pour le permettre plus facilement ..."*.
16. La LFP rappelle que la nécessité de restructurer profondément l'appel d'offres a été reconnue par le Conseil de la concurrence lui-même au paragraphe 352 de son avis 06-A-13 du 13 juillet 2006 relatif à l'acquisition des sociétés TPS et CanalSatellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus, qui a indiqué que, sauf adaptation du règlement de la consultation par la LFP pour prévenir le risque de se trouver face à un acheteur unique, aucune entreprise concurrente n'aura vraisemblablement la capacité de prendre part de façon crédible aux futurs appels d'offres qui auront lieu pour l'acquisition de ces droits.
17. S'appuyant sur ces conclusions, au terme desquelles il est clair, selon la ligue, que les concurrents de Canal Plus et en particulier les opérateurs de télévision par ADSL ne disposent pas d'une base d'abonnés suffisante pour leur permettre d'amortir sur une durée limitée à trois ans l'investissement que représente l'acquisition des droits d'exploitation audiovisuelle du championnat, la LFP considère que seule la suppression de la contrainte de durée associée à un redécoupage des lots est susceptible de restaurer une concurrence suffisante propre à permettre aux nouveaux entrants de concourir efficacement.
18. Elle estime en tout état de cause que la durée de trois ans n'est pas une règle absolue et intangible. Les autorités de concurrence tant nationales que communautaires apprécient en effet au cas par cas, indique-t-elle, la durée des contrats exclusifs susceptibles de porter atteinte à la concurrence. Elle cite, à cet égard, plusieurs affaires montrant que la durée de trois ans n'est jamais considérée comme une durée maximale impérative pour la cession des droits et que des durées supérieures sont acceptées notamment par la Commission européenne lorsqu'elles sont justifiées par la nature des droits concernés, les investissements à consentir et la situation du marché.

19. L'avis demandé sur la base de l'article L. 462-1 du code de commerce porte sur la question précise de la durée des contrats relatifs aux droits audiovisuels sportifs dont la commercialisation exclusive est attribuée aux ligues professionnelles.
20. Elle porte également sur le point de savoir si la réglementation actuelle des appels d'offres de la ligue est de nature à remédier aux dysfonctionnements éventuels d'un marché caractérisé par la présence d'un monopole bilatéral : celui, en tant que vendeur unique, de la Ligue et celui, en tant qu'acheteur unique, du groupe Canal Plus, lequel a acquis en 2004 pour la période 2005-2008 la totalité des lots du championnat de France de football pour un montant de 600 millions d'euros par an.
21. Pour traiter cette question, il convient d'abord de s'interroger sur le point de savoir si une réglementation *ex ante* doit être maintenue pour favoriser le fonctionnement concurrentiel de ce marché, ensuite si le maintien d'une durée de trois ans des contrats prévue par la réglementation actuelle empêche l'émergence d'une concurrence sur le marché de l'acquisition des droits, enfin d'envisager les réformes possibles.

II. La justification de la réglementation *ex ante*

A. UNE STRUCTURE DE MARCHÉ PARADOXALE

22. Le Conseil observe, tout d'abord, que l'objectif affiché de la centralisation de la commercialisation des droits de retransmission des compétitions sportives est la maximisation du prix retiré de leur vente qui dépend essentiellement de la capacité du vendeur à offrir un contenu de droits fortement attractif, pour l'acquisition duquel l'acheteur est prêt à payer un prix élevé à condition d'en détenir l'exclusivité. Cette attractivité en fait un produit phare pour la télévision payante que les consommateurs pourront acquérir à un tarif d'autant plus attractif que l'acheteur aura un nombre élevé d'abonnés sur lequel il pourra amortir son investissement.
23. Du point de vue du vendeur, la concurrence entre les acheteurs constitue une garantie de vendre ses droits à un prix élevé. Mais lorsque les acheteurs sont aussi en concurrence entre eux sur un marché aval sur lequel l'exclusivité de la détention des droits constitue un avantage déterminant, ces acheteurs sont conduits à surenchérir pour obtenir cette exclusivité et éliminer les concurrents sur le marché aval. Ainsi, l'acquisition exclusive par un acheteur contient en elle-même le risque d'une disparition de la concurrence future sur le marché de la télévision payante. Une fois ses concurrents éliminés sur le marché aval grâce à l'exclusivité conquise à haut prix, le vainqueur exclusif sera aussi sans concurrent lors de l'appel d'offres suivant, faute de renouvellement des acheteurs de droits capables d'investir massivement. En vendant la totalité de ses droits au même acheteur, le vendeur de droits, dans un premier temps, maximise son prix mais risque, à l'enchère suivante, de n'avoir plus qu'un seul acheteur mis en situation de monopsonne, toute concurrence ayant cessé, et donc capable d'imposer son prix.
24. Le Conseil remarque que ce fonctionnement paradoxal est accentué si l'objectif recherché à la fois par les pouvoirs publics, les clubs et leurs associations professionnelles est la

valorisation immédiate des droits sans considération de plus long terme. En ne considérant que la première vente des droits, cette valorisation ne peut être maximale que si le vendeur les cède à un acheteur unique qui en a la totale exclusivité. En effet, tout partage de ces droits risque d'aboutir à la baisse de la valeur globale du produit. Par ailleurs, le partage des droits entre plusieurs acheteurs entraîne une perte d'efficacité pour le consommateur obligé de souscrire plusieurs abonnements sur le marché aval de la retransmission des manifestations s'il désire bénéficier de la totalité du produit.

25. Dans ce contexte de marché, le vendeur unique est d'autant plus incité à abuser de son monopole que le contenu des droits exclusifs qu'il commercialise est étendu. Il est aussi incité à s'entendre avec d'autres vendeurs pour centraliser la négociation dès lors que cette centralisation est profitable à tous. Il peut aussi être tenté de mettre en œuvre une entente verticale avec l'acheteur pour fixer avec lui le prix payé par le consommateur. Enfin, les acheteurs peu nombreux ont des incitations fortes à s'entendre pour ne pas se faire concurrence.

B. LA MISE EN ŒUVRE DU DROIT DE LA CONCURRENCE DANS CE CONTEXTE

26. Pendant longtemps, la situation de la concurrence lors de la commercialisation des droits sportifs n'a pas été jugée comme nécessitant une intervention particulière.
27. Avant l'adoption du décret du 15 juillet 2004, la commercialisation de l'ensemble des droits médiatiques du sport était soumise au droit commun de la concurrence consistant pour l'autorité de concurrence à intervenir dans ce secteur lorsqu'elle était saisie au fond d'une affaire contentieuse qui pouvait, le cas échéant, être assortie d'une demande de mesures conservatoires. En pratique, c'est la procédure rapide de mesures conservatoires qui a été la plus utilisée.
28. Le Conseil constate cependant que les autorités de concurrence peuvent rencontrer des difficultés pour apprécier dans l'urgence des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre à l'occasion du choix du titulaire des droits. Dans un secteur où les enjeux à la fois financiers et sportifs sont particulièrement importants, une régulation a priori est donc apparue constituer une solution plus efficace qu'une intervention a posteriori de nature contentieuse sur des marchés déjà passés ou en voie de l'être.
29. Ainsi, comme il a été rappelé ci-dessus, la réglementation découle de la loi du 16 juillet 1984 codifiée (articles 333-2 du code du sport), qui rend obligatoire l'intervention d'un décret d'application et du choix opéré par le législateur en faveur d'un système de commercialisation centralisée des droits audiovisuels du sport, assorti d'une cession de ces mêmes droits aux clubs.
30. Dans son avis 04-A-09, le Conseil de la concurrence a considéré que si cette centralisation de la commercialisation pouvait être justifiée par des considérations purement sportives attachées à l'organisation d'un ensemble unique dont l'intérêt est de présenter au téléspectateur, tout au long de la saison, une manifestation constituée de matchs successifs dans lesquels se confrontent les équipes, elle n'en comportait pas moins des restrictions de concurrence susceptibles d'affecter le marché. Il a considéré en particulier que tout système de centralisation de la commercialisation des droits audiovisuels, quelles qu'en soient la forme et la justification, consacre un accord entre la ligue et les clubs professionnels

propriétaires des droits et qui, à ce titre, pourraient commercialiser individuellement tous les droits relatifs aux matchs auxquels ils participent.

31. C'est donc tout d'abord pour répondre à ces préoccupations de concurrence, que ne pouvait résoudre le seul exercice du droit commun de la concurrence, que les pouvoirs publics ont souhaité réglementer les conditions de la cession des droits audiovisuels et que le Conseil a approuvé le projet de décret qui lui était soumis.
32. S'agissant de la procédure d'appel d'offres qui a été rendue obligatoire, le Conseil constate que la loi n'impose aucune règle particulière autre que la constitution de plusieurs lots, la limitation de la durée des contrats et le respect des règles de mise en concurrence des participants aux offres. Mais le décret précité, s'inspirant directement du mauvais fonctionnement concurrentiel de l'appel d'offres de 2002 signalé par la plainte de TPS devant le Conseil, a entendu fixer des règles relatives aux conditions de déroulement de la procédure d'attribution afin de prévenir à la fois un éventuel abus de position dominante du vendeur, une entente entre celui-ci et le ou les acheteurs de droits, enfin un abus de position dominante d'un des acheteurs.
33. En conclusion, il apparaît que le principe même d'une réglementation des appels d'offres des ligues professionnelles, dont le schéma général est d'ailleurs assez proche des solutions retenues en ce domaine par la Commission européenne, a été de limiter *a priori*, notamment par l'instauration claire d'une obligation de transparence dans la présentation des appels d'offres et de non-discrimination dans le choix des titulaires des droits, les risques pour la concurrence d'une commercialisation centralisée des droits.

C. ANALYSE DE LA RÉGLEMENTATION ACTUELLE

34. Au regard du droit de la concurrence, seuls les articles 2 et 3 du décret du 15 juillet 2004 sont à prendre en considération.
35. L'article 2 du décret définit le contenu des droits exclusifs donnés à la ligue professionnelle ainsi que l'étendue des droits à donner aux clubs lorsque la commercialisation centralisée s'avère inefficace.
36. En conséquence, comme il l'a indiqué dans son avis 04-A-09, le Conseil considère que ces dispositions répondent pleinement aux exigences du droit de la concurrence rappelées également dans les décisions de la Commission européenne, lesquelles imposent d'une part que cette centralisation soit limitée au contenu strictement nécessaire à l'objectif poursuivi tel que décrit au paragraphe 10, d'autre part que tous les droits centralisés confiés aux clubs leur soient transférés dans le cadre d'une procédure respectant les règles de la concurrence. Ces dispositions limitent le monopole du vendeur et lui interdisent de geler artificiellement certains de ces droits.
37. L'article 3 du décret répond au souci d'éviter que le vendeur n'abuse de sa position dominante pour attribuer le marché de manière non transparente et discriminatoire ou ne s'entende avec l'un des acquéreurs pour le favoriser, en organisant la procédure de consultation qui prévoit une procédure d'appel à candidatures publique non discriminatoire précisant le contenu et l'échéance des contrats, le calendrier et les modalités d'ouverture des offres, le nombre et la constitution des lots.

38. Ces dispositions, certes inspirées des règles de dévolution des marchés publics et des délégations de service public, sont de nature générale dès lors qu'un texte réglementaire ne peut prévoir à l'avance le détail de l'organisation d'une consultation. Elles constituent cependant un cadre de référence pour tous les acheteurs de droits qui leur garantit un traitement égalitaire et non discriminatoire et fixe à l'avance un minimum de règles du jeu source de sécurité juridique et de prévisibilité dans la définition de leur stratégie commerciale.
39. Les précisions apportées par le décret concernant l'attribution des lots au mieux-disant en fonction de critères préalablement définis dans l'avis d'appel à candidatures et le rejet des propositions d'offres globales ou couplées ou assorties d'un complément de prix résultent directement du souci d'éviter qu'un acquéreur de droits utilise sa puissance d'achat pour monopoliser tous les lots du marché en empêchant que la concurrence ne s'exerce sur chacun des lots.
40. Cependant aucune de ces dispositions réglementaires n'exclut qu'un acheteur puisse obtenir l'exclusivité de tous les lots. Cette question est renvoyée au règlement particulier de l'appel d'offres comme l'avait relevé le Conseil dans son avis du 04-A-09 : *« Enfin, le Conseil observe que le décret n'a vocation qu'à donner un cadre général et ne constitue pas un règlement complet d'appel d'offres. Les ligues professionnelles concernées (...) disposent donc d'une marge de liberté pour organiser la mise en concurrence en tenant compte de la structure de la demande et de l'intérêt des opérateurs pour les droits de retransmission qu'ils commercialisent. Il leur est donc loisible, si elles l'estiment nécessaire ou avantageux, de prévoir des dispositifs qui seraient de nature à éviter l'attribution de tous les lots à un seul opérateur sans remettre en cause la maximisation de leur recette. »*
41. Le Conseil souligne à nouveau le fait que le décret laisse à la ligue professionnelle une marge importante de liberté pour organiser ses appels d'offres et adapter son règlement de candidature à ses besoins, à l'évolution du marché et à l'offre susceptible d'être présentée par les acheteurs.
42. Elle a en particulier, toute latitude pour proposer un plus grand nombre de lots à des prix unitaires moins élevés afin de faciliter leur acquisition par un concurrent de l'acheteur dominant. Elle peut aussi prendre davantage en compte le critère d'exposition des matchs dans l'appréciation qualitative de certains lots ou demander à l'acheteur de proposer à l'achat d'un diffuseur en clair les droits de quelques matchs. Ces dispositions n'interdisent pas non plus, au vendeur de mettre en place une procédure d'enchères à plusieurs tours ou de passer à une procédure de négociation au cas où l'appel d'offres s'avèrerait infructueux.
43. L'ensemble de ce dispositif fondé sur le respect de règles élémentaires de concurrence ne constitue donc pas une contrainte qui empêcherait le vendeur d'organiser son appel d'offres en fonction des objectifs qu'il recherche et du produit qu'il souhaite valoriser non seulement en termes financiers mais aussi pour la plus grande satisfaction du consommateur final. Dans son règlement d'appel d'offres, le vendeur conserve la faculté de préciser ses besoins, d'adapter son offre aux évolutions technologiques, de fixer le détail des exigences imposées aux acquéreurs, d'indiquer les différentes étapes de la procédure et de retenir des critères à la fois quantitatifs et qualitatifs pour le choix des candidats retenus.

III. La question de la durée des contrats exclusifs

44. L'article 3 du décret du 15 juillet 2004 prévoit que les contrats de commercialisation à titre exclusif des droits d'exploitation audiovisuelle sont conclus pour trois ans. L'allongement de la durée demandé par la LFP concerne uniquement les contrats qui sont conclus par un opérateur dans le cadre de l'appel d'offres lancé par la LFP pour la vente des droits de retransmission du championnat de la première division. En effet, la ligue considère que cette limitation imposée à toutes les entreprises sans distinction empêche la présentation d'offres compétitives d'entrants potentiels dans la mesure où la durée limitée à trois ans rend impossible pour certains acteurs la perspective de rentabiliser l'investissement que représente le coût d'acquisition de ces droits.
45. Cette modification de la durée des contrats a été envisagée lors de la fusion entre Canal Plus et TPS. Mais dans la décision C 2006-02 du 30 août 2006 relative à cette concentration dans le secteur de la télévision payante, le groupe Canal Plus a pris l'engagement suivant : *"Pour les contrats futurs portant sur des événements sportifs annuels réguliers, limiter la durée des contrats avec les détenteurs de droits à trois ans et, dans l'hypothèse où les droits seraient vendus pour une durée supérieure, offrir aux détenteurs de droits la faculté de résilier le contrat unilatéralement et sans pénalités à l'expiration d'une durée de trois ans. Pour rendre effective cette deuxième partie de l'engagement, ne pas mettre en œuvre des pratiques incitant les détenteurs de droits à accepter l'offre et notamment, ne pas offrir aux détenteurs de droits de prime d'acquisition pour les années postérieures à la troisième année"*.
46. Il convient en premier lieu de rappeler la jurisprudence nationale et communautaire relative à la durée des contrats d'exclusivité et plus spécialement des contrats audiovisuels du sport, et en second lieu d'apprécier si un éventuel allongement est de nature à améliorer la concurrence sur le marché de commercialisation des droits sportifs.

A. APPRÉCIATION GÉNÉRALE SUR LA DURÉE DES CONTRATS EXCLUSIFS

1. LA DURÉE VARIABLE DES CONTRATS EXCLUSIFS

47. La jurisprudence tant nationale que communautaire est fondée sur le principe selon lequel tout titulaire d'un monopole de service public doit, s'il concède des droits exclusifs, non seulement ne pas le faire pour une période trop longue, mais également choisir son cocontractant par appel à la concurrence.
48. Accorder des droits exclusifs doit être fait pour une durée proportionnée à l'exploitation de ces droits par l'acquéreur. La durée doit être suffisante pour permettre l'amortissement du coût de l'investissement réalisé. Elle est appréciée de manière différente selon les caractéristiques du marché et la nature des droits cédés.
49. S'agissant des conventions de délégation de service public qui confient au délégataire l'exclusivité de la gestion de ce service, l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales issu de la loi Sapin n° 93-122 du 29 janvier 1993 dispose que la convention : *"tient compte pour la détermination de sa durée, de la nature et du montant de*

l'investissement à réaliser et ne peut dans ce cas dépasser la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre". En application de ce principe, les contrats de délégation de service public du transport sont généralement conclus pour une période de 5 ans, alors que les délégations du service des eaux le sont pour des durées de 15 à 20 ans.

50. Pour ce qui concerne les droits de commercialisation de produits sportifs dérivés, la loi n° 2000-627 du 6 juillet 2000, qui a porté en son article 8-V modification de l'article 16 de la loi n° 84-610 du 16 juillet 1984 relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives, a limité à 4 ans la durée des contrats collectifs d'achats ou de ventes de produits ou services conclus par les fédérations sportives au profit de leurs associations affiliées.
51. Le Conseil de la concurrence a lui-même apprécié de manière diverse la durée des contrats passés par des organisations sportives.
52. Dans sa décision 97-D-71 du 21 octobre 1997, il a condamné le fait pour la ligue nationale de football d'attribuer à Adidas une exclusivité de cinq ans sans appel à la concurrence, cette circonstance démontrant que le contrat avait été conclu au détriment des autres fabricants d'articles sportifs. Dans sa décision 98-D-31 du 13 mai 1998, le Conseil a estimé qu'une exclusivité de quatre ans accordée par la fédération française d'escrime à deux fabricants d'équipements était anormalement longue et a enjoint à cette fédération de la limiter à deux ans et de procéder, à l'échéance du contrat, à la mise en concurrence des différents fournisseurs d'équipements d'escrime.
53. En définitive, la durée d'exclusivité fixée dans ces différentes affaires est toujours fonction de la durée nécessaire pour amortir l'investissement réalisé par l'entreprise.
54. A cet égard, la Commission européenne, dans sa décision du 3 mars 1999, a considéré qu'une exclusivité de diffusion en mode numérique des chaînes généralistes françaises au profit de TPS pour une période totale de cinq ans pouvait se justifier par la prise en compte des investissements nécessaires au lancement de TPS, des prévisions relatives aux pertes cumulées, de la date vraisemblable d'arrivée à l'équilibre financier et du nombre d'abonnés nécessaires pour l'atteindre, ainsi que du taux de désabonnement de cette plate-forme.
55. Après avoir examiné l'ensemble de ces éléments, elle a jugé que cette durée de cinq ans : *"était indispensable à l'implantation de cette dernière [TPS] sur le marché français de la télévision à péage"*.

2. LA DURÉE DES CONTRATS AUDIOVISUELS DU SPORT

a) Les contrats non visés par le décret

56. Le Conseil remarque que les droits audiovisuels exclusifs des autres sports que le football ne sont pas toujours cédés pour une durée de trois ans. C'est ainsi que la ligue professionnelle de rugby a cédé récemment les droits du championnat pour une période de quatre ans.
57. Dans le football lui-même, la durée de trois ans n'est pas toujours retenue. La Fédération française de football a vendu les droits des matchs de l'équipe de France à TF1 pour la période 2006-2010, soit pour une durée de quatre ans. Elle a également cédé pour une période identique les droits de retransmission de la coupe de France au groupement constitué par France Télévision et Eurosport.

b) Les contrats visés par le décret

58. La durée de trois ans retenue par l'article 3 du décret correspond à la durée admise par l'autorité européenne de concurrence pour ce type de contrats sur le marché des droits des championnats nationaux de football.
59. Selon la Commission, la durée de ces contrats peut constituer une restriction potentielle si elle est disproportionnée, c'est-à-dire lorsqu'elle excède ce qui est nécessaire à l'amortissement de l'investissement. En effet, une durée d'exclusivité excessive ou une exclusivité attachée au contenu et non à l'existence des droits peut entraîner un cloisonnement du marché. Toutefois, la Commission refuse de fixer une durée d'exclusivité standard ; chaque accord et marché ont des caractéristiques propres qui peuvent justifier des durées plus longues.
60. Toutefois, elle considère que pour les droits exclusifs de diffusion des matchs en direct des championnats de football, qui sont des droits premium, c'est-à-dire constituant un produit de contenu particulièrement attractif pour les chaînes de télévision, une durée de trois ans est une durée satisfaisante qui ne ferme pas le marché pour une période trop longue tout en laissant à l'acheteur suffisamment de temps pour amortir son investissement.
61. Le Conseil souscrit à cette analyse et rappelle que cette règle est la contrepartie indispensable de la restriction de concurrence constituée par la centralisation de la négociation commerciale des droits audiovisuels les plus attractifs du football alors que, ceux-ci ayant été transférés aux clubs, devraient être vendus par eux. La principale raison de son adoption a été de limiter le pouvoir exclusif du vendeur tout en évitant que ces droits soient monopolisés par l'acheteur pendant une trop longue période, comportant le risque de voir disparaître un opérateur concurrent de la télévision payante, privé trop longtemps de l'accès à un contenu jugé essentiel par ses abonnés. En effet, dans ce modèle économique, l'opérateur se finance par les abonnements et toute perte importante d'abonnés consécutive à un échec sur le marché de l'acquisition des droits audiovisuels peut mettre en cause sa survie à moyen terme.
62. L'ensemble des éléments exposés ci-dessus conduit le Conseil à estimer que la règle de trois ans, qui est appliquée dans la plupart des championnats de football en Europe où les clubs sont propriétaires de leurs droits télévisuels, doit être maintenue compte tenu de la spécificité des droits exclusifs auxquels elle s'applique.
63. Il rappelle cependant que, dans une situation de marché monopolistique, le droit de la concurrence autorise la mise en place de solutions asymétriques destinées à faciliter l'entrée d'opérateurs concurrents sur un marché. Pour équilibrer les forces concurrentielles en présence, les petits opérateurs peuvent disposer de facilités plus grandes que celles qui sont laissées à l'entreprise dominante.
64. A titre d'exemple, la Commission a considéré que le marché des produits et services dans le secteur des communications électroniques était de nature à justifier une réglementation *ex ante*. Dans une recommandation adressée aux autorités nationales de régulations (ARN), elle a posé les conditions dans lesquelles celles-ci pouvaient prendre des mesures correctives à l'égard de l'opérateur puissant. Elle a estimé toutefois qu'une telle mesure devait être strictement proportionnée à l'objectif poursuivi et aussi peu contraignante que possible, étant entendu que : "*les ARN ont vocation à préserver la concurrence à long terme et, devront notamment évaluer la viabilité technique et économique de l'utilisation ou de la mise en place de ressources concurrentes et l'incidence d'une intervention éventuelle sur les perspectives d'investissement dans ces ressources concurrentes*".

65. Au cas d'espèce, la préservation d'une concurrence à long terme sur le marché de l'acquisition des droits pourrait justifier la mise en œuvre, pour les nouveaux entrants, d'une mesure correctrice relative à la durée s'il était démontré qu'elle les inciterait concrètement à investir dans ce marché sans provoquer d'autres inconvénients dans son fonctionnement concurrentiel.

B. POSITION SUR UN ALLONGEMENT ÉVENTUEL DE LA DURÉE

66. Un allongement de la durée des contrats ne pourrait être approuvé que s'il est cumulativement démontré, d'une part, qu'il aurait en théorie la capacité d'abaisser les barrières à l'entrée sur le marché en cause - ce qui suppose d'examiner si ces dernières sont aujourd'hui réellement dissuasives - d'autre part, qu'une telle mesure conduirait effectivement de nouveaux opérateurs à entrer sur le marché.

1. LES BARRIÈRES À L'ENTRÉE SUR LE MARCHÉ

67. La commercialisation et la large exploitation des droits audiovisuels du championnat de Ligue 1 ont été l'élément décisif du succès de la télévision payante en France. En effet, l'achat de contenus premium et donc coûteux, associé à l'élaboration d'un produit audiovisuel de grande qualité, a séduit un nombre très important d'abonnés aux motivations très fortes. Ceci confère à l'acheteur de droits un pouvoir de marché important, qui lui a permis de devenir l'unique opérateur de télévision payante. Les abonnés payants des autres modes de diffusion de produits télévisuels n'ont pas le même intérêt pour ce type de programme que les abonnés traditionnels de la télévision payante.
68. S'agissant de l'acquisition des droits du football, l'accès à l'abonné et le nombre d'abonnés constituent les principales barrières à l'entrée. En effet, les sommes nécessaires pour l'acquisition de ces droits - 1,8 milliard d'euros par exemple pour la période 2005-2008 - doivent d'abord pouvoir être rentabilisées grâce à un portefeuille suffisant d'abonnés susceptibles d'être intéressés par le produit. Un nouvel opérateur acquérant des droits devrait donc les amortir sur une base de départ fragile. Seul Canal Plus, avec une base de 10 millions d'abonnés, peut actuellement amortir les frais engagés.
69. Il n'est toutefois pas certain qu'un allongement de la durée de l'exclusivité soit un remède efficace contre ce risque et qu'il ne puisse à l'inverse avoir un effet dissuasif sur un nouvel entrant en l'obligeant à engager des investissements plus lourds dont la rentabilité n'est pas au départ assurée.
70. Sur ce point, les expériences récentes observées lors de l'attribution des droits des championnats de pays voisins, comme l'Angleterre et l'Allemagne, montrent que le fait, pour un nouvel entrant, de gagner des droits exclusifs sans disposer immédiatement d'un portefeuille de clients suffisant pour les amortir pose des problèmes de rentabilité, au point que cette situation conduit parfois le vainqueur à choisir de coopérer avec le titulaire précédent et ainsi profiter de sa base d'abonnés pour l'exploitation des droits.
71. La société France Télécom, qui est le principal concurrent disposant actuellement d'une surface financière qui lui permettrait d'acheter l'ensemble ou une grande partie des droits du championnat de ligue 1, a exposé au cours de la séance qu'environ la moitié de ses abonnés à

la télévision payante sont déjà clients d'une offre payante de Canal Plus ou de TPS, ce qui réduit d'autant sa base potentielle de départ pour offrir un produit nouveau.

72. Elle fait aussi remarquer qu'une barrière à l'entrée spécifique lui est imposée par la réglementation des télécommunications sur le marché de l'accès multiservices haut débit. Dans l'hypothèse où elle achèterait les droits du football, elle ne pourrait rentabiliser son investissement qu'en proposant ces nouveaux services à l'ensemble des clients haut débit raccordés à son réseau. Or ces clients, au nombre de 12 millions, sont à plus de 50 % des clients d'opérateurs internet concurrents, dont la prospection au moyen de campagnes promotionnelles sur une offre d'accès France Télécom comprenant un contenu de télévision exclusif lui ferait courir un risque d'être accusée devant l'autorité de concurrence d'abuser de sa position dominante. Il existe donc une incertitude sur la possibilité d'acquérir de nouveaux abonnés sur un marché non spécifiquement lié au football au moyen d'une offre exclusive de contenu.
73. Le Conseil estime dans ce contexte que, dans la mesure où de nouveaux diffuseurs peuvent être intéressés par l'acquisition des droits à forte valeur mais hésitent à se manifester en raison des investissements importants à réaliser, un allongement de la durée, leur permettant d'amortir au total leur coût d'acquisition sur un nombre plus élevé d'abonnés mais aussi d'avoir plus de temps pour développer à la fois au plan technique et commercial un produit réellement attractif pour le consommateur, pourrait en théorie constituer une solution adaptée au contexte.
74. Il considère toutefois que la validité de cette approche théorique doit être vérifiée auprès des opérateurs concurrents, ce qu'il a fait en les interrogeant au cours de la séance.

2. L'ABSENCE D'INTÉRÊT DES OPÉRATEURS ALTERNATIFS POUR UN ALLONGEMENT DE LA DURÉE

75. Le Conseil constate tout d'abord que la LFP n'a pas été en mesure de citer le nom d'un seul opérateur alternatif susceptible d'être intéressé par l'achat de l'ensemble des droits de retransmission du championnat de ligue 1 ou des lots les plus importants, ni d'apporter des éléments précis d'analyse montrant qu'un allongement de la durée à cinq ans était économiquement justifié pour susciter de telles candidatures.
76. France Télécom, entreprise du secteur dotée de moyens financiers suffisants lui permettant de prendre une part significative du marché, a développé en séance les raisons pour lesquelles il ne lui était pas possible d'acquérir les lots du football vendus par la LFP. Tout d'abord, l'entreprise estime que la majorité de ses clients actuels sont des abonnés de télévision gratuite qui ne sont pas intéressés par le football et donc ne sont pas susceptibles de s'orienter en nombre suffisant vers une offre de télévision payante.
77. Elle a fait ensuite état d'estimations selon lesquelles il serait très difficile d'attirer des abonnés de Canal Plus dès lors que la moitié d'entre eux ne sont pas situés sur des zones couvertes par l'ADSL et qu'en toute hypothèse il serait nécessaire, pour en attirer un nombre suffisant, de proposer d'autres contenus que le football et donc d'acheter des droits du cinéma actuellement possédés par Canal Plus qui, selon elle, propose des prix de cession très élevés. Enfin, pour atteindre ceux qui sont en dehors des zones couvertes par l'ADSL, il serait indispensable d'accéder au réseau satellitaire de ce concurrent et donc de passer avec lui des accords en vue d'utiliser son parc de décodeurs.

78. Dans ces conditions, France Télécom avance qu'une durée d'au moins dix ans lui serait nécessaire dans le contexte actuel d'un marché marqué par des barrières à l'entrée quasiment insurmontables pour amortir ses investissements.
79. Si la condition de durée n'est donc en aucun cas l'élément déterminant de sa stratégie en la matière, elle a toutefois déclaré qu'un allongement de la durée à cinq ans n'aurait de sens que si les appels d'offres comprenaient des lots spécifiquement attribués à chaque support de diffusion (satellite, filaire, terrestre et mobile) et limitaient le nombre de lots détenus directement ou indirectement par un groupe.
80. Les autres prestataires de services de télévision par internet entendus au cours de la séance n'ont pas été favorables à la prolongation de la durée au delà de trois ans. En effet, quoique plutôt intéressés par l'achat de droits, notamment ceux vendus par les clubs ou ceux en vidéo à la demande sur une base non exclusive, lots dont les prix sont pour eux plus abordables, ils redoutent que l'allongement de la durée profite exclusivement à leur principal concurrent, en l'espèce France Télécom, qui n'est pas concernée par l'engagement pris par Canal Plus dans le cadre de la fusion avec TPS selon lequel Canal plus doit mettre le contenu des droits à leur disposition. Ainsi, l'accès au championnat de ligue 1 est mieux assuré actuellement par l'obligation de non discrimination qui s'impose à Canal Plus que par une solution hasardeuse d'acquisition en propre de certains lots et, a fortiori, par une situation dans laquelle un concurrent direct sur le marché de l'Internet se substituerait à Canal Plus comme titulaire des droits.
81. Enfin, on peut relever que la limitation à trois ans de l'exclusivité des droits n'a pas empêché la société Noos-Numéricâble d'acheter récemment les droits du championnat de ligue 2, pour un montant, il est vrai, sans rapport avec ceux des matchs de ligue 1, après que la LFP a déclaré la première enchère infructueuse.
82. En considération de tous ces éléments, il apparaît au Conseil que l'allongement à cinq ans de la durée des contrats d'achat exclusifs des droits du championnat de ligue 1 ne constitue pas une solution adaptée pour attirer de nouveaux candidats au prochain appel d'offres.

IV. Les réformes envisageables

83. Le ministre n'ayant pas exclu, dans sa saisine pour avis, la possibilité de réformer le système actuel sans nécessairement répondre de manière positive à la demande précise formulée par la LFP sur l'allongement de la durée des contrats, il convient d'examiner les limites et les effets sur la concurrence d'une modification de la réglementation actuelle si les pouvoirs publics choisissaient une telle option.
84. Dans son avis 06-A-13 du 13 juillet 2006, relatif à l'acquisition des sociétés TPS et Canal Satellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus, le Conseil a admis qu'il était difficile à un autre opérateur que l'entité fusionnée, et notamment à un opérateur de télécommunications, de fonder une stratégie d'entrée efficace sur ce marché et que "*sauf adaptation du règlement de la consultation par la LFP pour prévenir le risque de se trouver face à un acheteur unique, aucune entreprise concurrente aux parties n'aura vraisemblablement la capacité de prendre part de façon crédible aux futurs appels d'offres qui auront lieu pour l'acquisition de ces droits*".

85. Toutefois, considérant que les détenteurs de droits du football conserveraient un contre-pouvoir limitant la puissance de la nouvelle entité, il a indiqué : "*Le Conseil considère que si la LPF et la FFF verront leur pouvoir de marché réduit du fait de la puissance d'achat renforcée de l'entité fusionnée, ces organismes garderont le pouvoir de structurer les appels d'offres, de fixer un prix de réserve pour l'allocation des lots ou de segmenter plus finement les droits à répartir de manière à favoriser la participation des opérateurs de télévision gratuite et les opérateurs actifs sur les différents modes de diffusion payants. Ils pourront également, sous certaines conditions, réserver volontairement un ou plusieurs lots à des nouveaux entrants comme cela a pu être fait dans d'autres pays, par exemple au Royaume-Uni*".
86. La mise en œuvre de ces adaptations du règlement de l'appel d'offres pourrait nécessiter un aménagement des textes. Ainsi, l'article 2 du décret du 15 juillet 2004 structure les droits vendus par rapport au format des retransmissions. La ligue commercialise donc les droits d'exploitation audiovisuelle et de retransmission pour le direct et le léger différé et ce quel que soit le support de diffusion. Cette disposition rend donc difficile au vendeur de pratiquer un allotissement par support distinguant par exemple la diffusion par satellite, par fil (ADSL et Câble) ou terrestre (TNT, hertzien analogique). Elle lui interdit également de séparer les modes en clair ou payants de diffusion. Cette possibilité de diversifier les lots offerts à la vente est d'autant plus délicate à mettre en œuvre que l'article 3 du décret précise que la commercialisation des droits "*est réalisée selon une procédure d'appel à candidatures publique et non discriminatoire ouverte à tous les éditeurs ou distributeurs de services intéressés*".
87. L'opportunité d'adapter le règlement d'appel d'offres doit également être appréciée au regard de l'interprétation de ces dispositions par les juridictions.
88. A cet égard, il faut noter que le tribunal de grande instance de Paris, dans un jugement rendu le 3 novembre 2005 à la requête des sociétés Canal Plus et Sport Plus contre la LFP, a retenu le caractère discriminatoire de l'appel à candidatures lancé par cette dernière, qui imposait aux chaînes candidates à l'occasion de la vente des droits de la Coupe de la Ligue pour les saisons 2006 à 2009 de diffuser au moins un match de chaque tour sur un service de télévision hertzien gratuit. L'annulation de l'appel d'offres prononcée par le tribunal a été confirmée par la Cour d'appel de Paris qui, dans un arrêt du 15 février 2006, a indiqué que la ligue ne pouvait réserver des droits à des catégories spécifiques de diffuseurs.
89. Si toutefois une modification du décret autorisait la LFP à effectuer un découpage des lots en fonction des modes et des supports de diffusion, le Conseil relève qu'il n'est pas certain que celle-ci userait effectivement de cette possibilité dans la mesure où ce découpage, en remettant en cause l'exclusivité actuelle du titulaire du format de retransmission quel que soit le support de diffusion, modifierait inévitablement le mode de valorisation des droits avec un résultat financier incertain : la perte de la prime d'exclusivité n'étant pas nécessairement compensée par la vente multiple d'un même produit sur plusieurs canaux de diffusion.

CONCLUSION

90. Le Conseil est d'avis que le changement de contexte concurrentiel ne modifie pas l'intérêt d'une réglementation *ex ante* pour l'exercice de la concurrence, dans des conditions structurelles de marché qui semblent devoir profiter à l'acheteur dominant mais qui restent aussi déterminées par la capacité de la Ligue de football professionnel à procéder à un allotissement innovant du marché. Par son caractère général, la réglementation actuelle offre un cadre global ouvert à tous les sports professionnels qui contribue à sécuriser la négociation de ces droits. Rien ne permet au demeurant d'exclure que d'autres opérateurs alternatifs puissent utilement se porter candidats aux appels d'offres contre l'opérateur dominant comme cela a été le cas en 2006 pour l'acquisition des droits des championnats anglais et allemand. En tout état de cause, la prévisibilité des règles du jeu, qui ne peut résulter du seul prononcé de décisions de l'autorité de concurrence dans le cadre de contentieux *ex post* qui seraient portés devant elle, constitue sans aucun doute un élément qui pourrait favoriser de telles candidatures et non l'inverse.
91. En conséquence, aucune des modifications analysées dans le présent avis, et notamment l'allongement à cinq ans de la durée des contrats, ne paraît pouvoir être mise en œuvre dans le cadre d'une réglementation sans nuire à sa lisibilité par les opérateurs et sans entraîner des conséquences négatives pour la concurrence au moins aussi importantes que celles qui pourraient justifier son évolution.
92. Le Conseil admet que les modifications qu'il serait possible d'apporter au dispositif actuel, relatives, d'une part, à la plus grande liberté laissée au vendeur de définir l'allotissement du marché et d'autre part, à la possibilité qu'il aurait de ne pas vendre tous les lots à un seul opérateur, seraient au moins *a priori* susceptibles d'aller dans le sens de la concurrence. Il considère cependant qu'elles ne pourraient être mises en œuvre que dans le cadre de la refonte de l'article 3 du décret.
93. En toute hypothèse, le Conseil tient à indiquer qu'il ne pourra donner un avis précis sur des propositions de modification des conditions de commercialisation des droits sportifs qu'au vu d'un projet de texte qui lui serait soumis sur le fondement de l'article L. 462-2 du code de commerce.

Délibéré sur le rapport oral de M. Avignon, par Mme Aubert, vice-présidente, présidant la séance, Mmes Mader-Saussaye, Behar-Touchais, M. Piot, M. Ripotot, M. Flichy et Combe, membres.

Le rapporteur général,
Thierry Dahan

La vice-présidente,
Françoise Aubert