

Section du contentieux

Séance du 17 décembre 2010
Lecture du 30 décembre 2010

CONCLUSIONS
de
M. Edouard GEFFRAY, rapporteur public

Depuis le début des années 2000, le paysage audiovisuel français connaît, comme vous le savez, un profond bouleversement sous l'effet du passage de l'analogique au numérique, et plus précisément du développement de la « Télévision numérique terrestre » (la TNT) depuis 2003. L'apparition d'un bouquet de chaînes gratuites supplémentaires a en effet connu un important succès, puisque 88 % des habitants ont désormais accès à 18 chaînes gratuites en clair. Cette évolution s'est mécaniquement traduite par l'affaiblissement des parts de marchés de certains opérateurs historiques et par leur concurrence accrue pour exister sur ce nouveau créneau.

Lors de l'attribution des autorisations de diffusion sur les premiers canaux de la TNT, en 2003, le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA) avait notamment tenu compte de la diversité des opérateurs, pour accorder la majeure partie des autorisations à des groupes indépendants afin d'assurer une plus grande diversité de l'offre. Il avait notamment délivré des autorisations, outre à des chaînes thématiques, à deux chaînes généralistes : TMC, détenue à l'époque à 80 % par le groupe Pathé et 20 % par la Principauté de Monaco, et NT1, détenue à 100 % par le groupe AB. Les grandes chaînes généralistes, et notamment M6, avaient alors vu certaines de leurs demandes écartées, au profit de ces « petits » opérateurs.

Le succès de la TNT, fulgurant, a cependant réveillé les appétits de TF1, en même temps que le groupe Pathé a décidé de céder sa participation dans la chaîne TMC. C'est ainsi qu'en 2004, les groupes TF1 et AB ont créé la société Monte-Carlo Participations (MCP), qu'ils détenaient à hauteur de 50 % chacun, pour acquérir les 80 % de la société Télé Monte-Carlo (TMC) jusqu'à présent détenus par le groupe Pathé. Cette opération a été autorisée par le ministre chargé de l'économie, sous réserve du respect de certains engagements, par une décision du 27 octobre 2004 que la société Métropole Télévision (M6) avait contestée vainement devant vous (CE, 27 juin 2007, Société Métropole Télévision, p. 280, conclusions F. Séners). Ces engagements n'ayant pas été respectés, la société TF1 a d'ailleurs été condamnée à des sanctions financières par un arrêté du ministre du 17 novembre 2008.

Vous avez aujourd'hui à connaître de la deuxième phase de reconstitution du paysage audiovisuel de la TNT sous l'action du groupe TF1. Après cette première opération, le groupe TF1 a en effet entrepris d'acquérir la totalité du capital du groupe AB, préalablement débarrassé de certains actifs pour les besoins de l'opération, et dont l'actif serait uniquement composé d'une participation de 100 % au capital de la société NT1 et d'une participation de 50 % au capital de la société Monte-Carlo Participations, dont TF1 détenait l'autre moitié. L'opération devrait ainsi permettre à TF1 de détenir 100 % du capital de NT1 et, via Monte-Carlo Participations, 80 % du capital de TMC, étant entendu qu'un pacte d'actionnaires conclu avec la Principauté prévoit que celle-ci ne détient aucun contrôle sur TMC. En d'autres termes, TF1 détient à titre exclusif les deux chaînes initialement regardées par le CSA comme « généralistes » de la TNT.

S'agissant de la procédure, le projet de TF1 a été notifié à l'Autorité de la concurrence le 24 juillet 2009. Par une première décision du 26 août 2009, le président de l'Autorité de la concurrence a considéré que l'examen prévu au I de l'article L. 430-5 du code de commerce auquel il avait procédé laissait subsister des doutes sérieux d'atteinte à la concurrence et a donc décidé qu'il y avait lieu d'engager un examen approfondi, en application du III du même article. Le CSA, saisi en application de l'article 41-4 de la loi du 30 septembre 1986, a rendu un avis sur l'opération le 28 septembre 2009, avant que l'instruction de la demande se poursuive, conduisant à la formulation d'engagements par TF1 pour répondre aux atteintes à la concurrence identifiées par l'autorité.

C'est par une décision du 26 janvier 2010 que l'Autorité de la concurrence a autorisé cette opération sous réserve des engagements pris par TF1. Saisi par les sociétés TMC, NT1 et TF1, le CSA a ensuite, par une décision du 23 mars 2010, agréé la modification du capital des sociétés TMC et NT1 au regard des dispositions de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, notamment de son article 42-3, compte tenu des engagements souscrits par TF1 pour « garantir le pluralisme et la diversité de l'offre des programmes dans l'intérêt des téléspectateurs »,.

C'est de ces deux décisions que la société Métropole Télévision vous demande l'annulation.

I. Avant d'en venir à l'examen successif des deux requêtes, qui soulèvent des questions de nature très différente, il nous faut dire un mot de la situation de la société TF1 avant et après l'opération.

Le groupe TF1, tout d'abord, est un groupe de communication « intégré », contrôlé par Bouygues, présent par ailleurs dans les télécoms et le BTP notamment. Le groupe TF1 est actif à la fois en amont en matière de production et d'acquisition de droits audiovisuels et, en aval, en tant qu'éditeur de chaînes de télévision (gratuites et payantes, sur les différents vecteurs possibles : hertziens, TNT, câble, satellite, ADSL). Ce même groupe, comme le relève la décision de l'autorité de la concurrence, détient une régie publicitaire, a une activité d'achat et de vente de droits audiovisuels, édite et distribue des CD et DVD, fournit un service de vidéo à la demande, a ses propres activités dans le télé-achat et dans la presse gratuite, et fabrique de multiples produits dérivés.

Le groupe TF1 a vu cependant sa part d'audience à la télévision s'effriter depuis plusieurs années. Celle-ci a en effet baissé de 32,3 % en 2005 à 26 % en 2009 et encore moins en 2010 (24,8 % au premier semestre), tandis que sa part de marché sur le marché de la publicité télévisuelle a connu une évolution parallèle en passant de 50,4 % en 2004 à 46,2 % en 2009. Or cette évolution n'est pas sans liens avec le développement de la TNT, dont les chaînes ont atteint, selon le CSA, 20,1 % de parts d'audience en mai 2010, contre 14,6 % en mai 2009, dont 3 % environ pour les deux chaînes en cause.

L'opération dont vous avez à connaître aujourd'hui est donc présentée par TF1 comme une opération « défensive », d'adaptation aux évolutions du secteur, destinée à lui permettre de stabiliser ses parts de marché. Le principal intérêt de l'opération est notamment l'amélioration de l'achat et de la gestion du stock d'œuvres audiovisuelles, en amortissant mieux les coûts d'acquisition des programmes grâce à des rediffusions sur la TNT.

Enfin, notons que, dans le même temps, TF1 a acquis une participation de 33,5 % dans la capital de la société NewCo, créée pour reprendre les activités d'AB hors TMC et NT1, et a porté sa participation au capital de la société de télévision belge WBTv de 33,5 % à 49 %. Ces éléments sont en dehors du champ de l'opération contestée, mais participent d'une même stratégie de diversification.

II. S'agissant maintenant des deux requêtes qui vous sont soumises, vous pourrez tout d'abord admettre l'intervention en défense de la Société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD), de l'Union syndicale de la production audiovisuelle (USPA) et du Syndicat de producteurs de films d'animation (SPFA), qui sont directement intéressés par l'évolution des marchés des droits sur les œuvres, et concluent au rejet des deux requêtes.

III. Ces différents éléments rappelés, nous pouvons donc en venir à l'examen de la première requête, dirigée donc contre la décision de l'Autorité de la concurrence.

1. Il nous faut présenter la décision attaquée, qui comporte 140 pages d'analyses et de recommandations.

a) La décision s'ouvre classiquement, après avoir présenté l'opération envisagée, sur la délimitation des marchés concernés.

- L'Autorité de la concurrence distingue deux groupes de marchés pertinents concernés par les effets de l'opération : les marchés des droits de diffusion à la télévision de contenus audiovisuels (et non sur téléphone mobile) ; et le marché de la publicité audiovisuelle. Précisons que l'édition de chaînes gratuites n'est pas en tant que telle regardée comme un marché.

Ces marchés présentent cependant trois caractéristiques communes :

- d'une part, ils sont fortement *évolutifs*, le premier connaissant d'importantes mutations, sous l'effet notamment du passage au numérique ; le second, qualifié de « mature », étant caractérisé par une concurrence particulièrement forte ;

- d'autre part, ces marchés sont qualifiés de « *biface* », c'est-à-dire que leur équilibre ne peut être appréhendé indépendamment des conditions prévalant sur d'autres marchés, et notamment entre eux : le marché de la publicité dépend de l'audience des chaînes, qui est elle-même fonction des contenus acquis, notamment pour les premières diffusions télévisuelles de films ou de séries. Or l'achat des droits de diffusion est financé par ... des recettes publicitaires. Les frontières entre les deux catégories de marchés sont donc poreuses ;

- enfin, ces marchés sont caractérisés par *l'existence de fortes barrières à l'entrée*, notamment pour les chaînes hertziennes, qui constituent d'importants obstacles pour les nouveaux entrants.

- Au-delà de ces caractéristiques communes, il faut préciser en quoi consistent les marchés des droits de diffusion à la télévision.

Trois sous-ensembles de marchés sont ici pris en compte :

- les marchés des droits relatifs aux œuvres cinématographiques et aux séries télévisées, limités au marché des droits des films de cinéma américains de catalogue, au marché des droits des films de cinéma d'expression originale française (EOF) de catalogue et au marché des droits des séries américaines récentes ;

- les marchés des droits sportifs, entendus comme les marchés des droits pour une diffusion en France de la Ligue 1 de football, des championnats étrangers de football les plus attractifs, des compétitions régulières de football auxquelles participent des équipes françaises, des autres compétitions de football, des droits de diffusion des autres événements sportifs majeurs, et enfin des droits de diffusion des autres événements sportifs ;

- les marchés des autres programmes télévisuels, entendus comme les marchés des droits sur les programmes dits de stock (fictions, documentaires, animations, hors films de cinéma et séries américaines récentes) pour le territoire français, les marchés des droits sur les programmes dits de flux (information, magazines, jeux, variétés, émissions dites de plateau) pour le territoire français, les marchés des droits sur les fictions EOF pour le territoire français, et enfin les marchés des droits sur les images d'actualité pour le territoire français.

- Le deuxième groupe de marchés pertinents porte, nous vous l'avons dit, sur *la publicité télévisuelle*. Ce marché là constitue, aux yeux de l'Autorité, un marché spécifique et unique, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que les chaînes sont payantes ou non, selon les cibles, selon les « *day parts* », c'est-à-dire les quatre tranches horaires communément distinguées pour fixer les tarifs, ni encore selon la puissance des écrans.

b) Troisième temps de la décision : l'Autorité a procédé à l'analyse concurrentielle, en distinguant les effets horizontaux et les effets verticaux de l'opération.

S'agissant tout d'abord des marchés des droits, sur lesquels les entreprises concernées sont présentes en tant qu'acheteurs, les effets « *verticaux* » de l'opération sont écartés comme mineurs par l'Autorité, tandis que les conséquences quantitatives de l'opération apparaissent limitées. C'est ainsi que, pour les films de cinéma américains, la décision reconnaît à TF1 entre 30 et 40 % de parts d'achats, à M6 entre 20 et 30 %, et à NT1 et TMC entre 0 et 5 %. La nouvelle entité issue de l'opération contestée voit sa part évaluée

entre 30 et 40 %. Les mêmes ratios se retrouvent pour les séries américaines récentes, sauf pour TF1 dont la part de marché est évaluée entre 40 et 50 %. Sur les films EOF, TF1 détient, selon la décision, entre 30 et 40 % de parts d'achats, M6 entre 0 et 10, NT1 et TMC entre 0 et 5, France Télévisions étant le principal acheteur (entre 40 et 50 %). S'agissant du marché des droits sur le football, TF1 a une position dominante pour la Ligue 2 et une part importante des marchés des autres grandes compétitions, tandis que NT1 et TMC sont marginaux.

De la même manière, la position de TF1 ne ressort pas particulièrement modifiée pour les programmes de stocks (TF1 ayant entre 20 et 30 % des marchés, M6 entre 0 et 5 %, NT1 et TMC entre 0 et 5 %), pas plus que pour les fictions EOF (TF1 38 %, M6 8 %, FTV 49 %, NT1 et TMC moins de 1 %) ni les programmes de flux (TF1 entre 30 et 40 %, M6 entre 10 et 20 %, FTV entre 40 et 50 %, NT1 et TMC entre 0 et 1 %).

Si, quantitativement, l'opération n'a donc que des conséquences mesurées, ce sont en revanche les effets « qualitatifs » horizontaux qui sont visés par l'Autorité. Le principal effet pour la nouvelle entité réside dans la possibilité de rentabiliser les droits achetés par des diffusions sur trois chaînes en clair, entre lesquelles peuvent donc circuler en théorie tous les programmes, au lieu d'une. C'est là pour TF1 le principal « avantage concurrentiel par rapport à l'ensemble de ses concurrents », alors que sa concurrente M6 ne dispose que de deux chaînes (M6 et W9), que France Télévision verrait ses capacités d'achat de droits limitées par la suppression partielle de la publicité et que les nouvelles chaînes de la TNT ne disposent pas de la capacité d'achat des opérateurs « historiques ». L'opération a donc pour effet de renforcer la capacité d'achat du groupe TF1, au détriment des autres opérateurs historiques et des nouvelles chaînes de la TNT, tant sur le marché des films et séries américains, que sur celui des œuvres EOF, ou sur celui des droits sportifs. Capacité d'achat et capacité de diffusion étant liées, l'opération a en outre pour effet de renchérir le coût d'acquisition des droits pour les autres chaînes, notamment les chaînes de la TNT qui s'approvisionnent surtout sur le « second » marché, c'est-à-dire le marché de la rediffusion d'œuvres d'abord diffusées par les chaînes historiques. Or ce second marché, non seulement risque de se trouver plus coûteux, mais également moins abondant, NT1 et TMC bénéficiant des acquisitions opérées par TF1.

Les effets de l'opération sur le marché de la publicité télévisuelle sont également substantiels. L'analyse est d'autant plus délicate en la matière que le marché a été à la fois affecté par la crise économique (en valeur) et marqué par l'arrêt partiel de la publicité sur France Télévisions, ce qui a réduit l'offre d'écrans publicitaires possibles. Du coup, en quelques années, le temps maximal consacré à la publicité sur les chaînes privées historiques a augmenté de 50 %. Mais l'Autorité a néanmoins constaté qu'avec près de 50 % de parts de marché, « le groupe TF1 gardait une position dominante sur ce marché qui ne pourrait être que renforcée par l'acquisition, dans la mesure où, si TMC et NT1 ont pour le moment des parts de marché très faibles (moins de 2 % au total), leur potentiel de croissance apparaît important ». Et aucune « cible » n'échappe à cette domination : TF1 est en tête dans toutes les catégories, qu'il s'agisse de la « femme responsable des achats de moins de 50 ans » ou des écrans larges – *i.e.* touchant les plus vastes catégories de personnes. L'Autorité a ainsi souligné le risque que le groupe TF1 s'appuie sur sa position dominante pour développer les ventes d'écrans de TMC et NT1, en incitant les annonceurs clients de la chaîne TF1 à acheter également des espaces publicitaires sur les deux chaînes acquises.

Si l'on résume les effets de l'opération, celle-ci permet donc à TF1 de compenser son retard sur la TNT et de mettre un terme à la dégradation de son audience en compensant son érosion par la montée en puissance de chaînes regardées comme généralistes, et en atténuant en même temps la concurrence puisque ces deux chaînes passent sous son contrôle. En outre, l'opération permet à TF1 de renforcer sa position déjà dominante sur le marché de la publicité télévisuelle, tout en atténuant, là encore, la concurrence de chaînes montantes. A plus long terme, l'Autorité souligne que « ces fortes positions sur le marché des droits et sur le marché de la publicité télévisuelle se nourrissent mutuellement et favorisent un effet de **spirale** susceptible d'amplifier encore les effets de l'opération ». Comprenez que la position renforcée de TF1 sur le marché de la publicité lui permet mécaniquement d'accroître ses recettes, donc de disposer de fonds supplémentaires pour acheter des nouveaux droits, ce qui lui permet d'augmenter son audience, donc de renforcer encore la position sur le marché de la publicité, et ainsi de suite. C'est ce qu'on pourrait appeler un « effet levier ». Le tout sans que les effets bénéfiques de l'opération en termes de « progrès économique » soient de nature à compenser les atteintes portées à la concurrence.

- Ce sont ces risques qui expliquent que l'Autorité n'ait autorisé l'opération de concentration en cause que sous réserve du respect d'un certain nombre d'engagements de la part de TF1.

Ces engagements, sur lesquels nous reviendrons, visent respectivement :

1/ à faciliter la circulation des droits au bénéfice des chaînes concurrentes, afin d'éviter en particulier le gel de certains d'entre eux, et à limiter les possibilités de rediffusion des programmes à deux chaînes en clair du groupe TF1 au plus ;

2/ à limiter le renforcement de la puissance d'achat du groupe TF1 sur les marchés des droits et la dynamisation de l'audience de TMC et de NT1 liée à l'opération ;

3/ et enfin, à maintenir l'indépendance des offres d'espaces publicitaires d'une part, entre TF1 et les deux chaînes, d'autre part sur le marché de la publicité télévisuelle. TF1 s'engage notamment à ne pratiquer aucune forme de couplage, de subordination, d'avantage ou de contrepartie entre les espaces publicitaires de la chaîne TF1 et les espaces publicitaires de la chaîne TMC et de la chaîne NT1. Le groupe s'engage également à ce que la commercialisation des espaces publicitaires des chaînes TMC et NT1 soit assurée de façon autonome par une autre société que celle qui gère la régie publicitaire de la chaîne TF1.

D'effet immédiat, ces engagements sont applicables cinq ans à compter de la décision autorisant l'opération. Ils peuvent faire l'objet d'un réexamen à la demande de TF1 et sur décision de l'Autorité, dans le cas où les circonstances de droit ou de fait prises en compte lors de l'autorisation seraient substantiellement modifiées. Enfin, un mandataire indépendant, agréé par l'Autorité de la concurrence, s'assurera de la bonne exécution de l'ensemble de ces engagements.

2. Ces éléments étant – trop longuement – rappelés, nous pouvons à présent en venir à l'examen des deux moyens soulevés par la société M6 dans cette première requête.

Ces moyens ne portent, curieusement, ni sur la définition des marchés pertinents, dont les contours sont souvent remis en cause dans ce type d'opérations, ni sur l'analyse des effets concurrentiels portée par l'Autorité de la concurrence. Le premier est relatif au principe même de l'autorisation de l'opération ; le second, plus classique, à l'appréciation des engagements.

a) Il est donc tout d'abord soutenu que l'Autorité de la concurrence aurait entaché sa décision d'erreur de droit et de contradiction de motifs en autorisant l'opération alors qu'elle avait identifié un risque d'« affectation irrémédiable » à la concurrence.

Comme vous le savez, l'article L. 430-7 du code de commerce prévoit que l'Autorité de la concurrence peut « soit interdire l'opération de concentration et enjoindre, le cas échéant, aux parties de prendre toute mesure propre à rétablir une concurrence suffisante ; soit autoriser l'opération en enjoignant aux parties de prendre toute mesure propre à assurer une concurrence suffisante ou en les obligeant à observer des prescriptions de nature à apporter au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence ». Les engagements doivent donc être proportionnés à l'exigence de maintien d'une concurrence suffisante sur les marchés affectés par l'opération.

La société requérante fait ainsi valoir que les effets anticoncurrentiels de l'opération sont d'une telle gravité qu'ils font nécessairement obstacle à ce qu'elle soit autorisée, et ce, quels que soient par ailleurs les engagements pris.

Le moyen est évidemment opérant, comme vous l'avez d'ailleurs déjà jugé dans vos précédents (cf. CE, Section, 9 avril 1999, *Société The Coca-Cola Company*, Rec. p. 119, RFDA 1999, p. 777, concl. J.-H. Stahl ; CE, Section, 6 octobre 2000, *Société Pernod-Ricard*, Rec. p. 397, RFDA 2001 p. 409 concl. L. Touvet) : lorsque l'autorité administrative est confrontée à une opération qui porte une atteinte irrémédiable à la concurrence, qu'aucun engagement n'est de nature à prévenir et qu'aucune contribution au progrès économique ne permet de compenser, elle est évidemment tenue d'interdire l'opération¹.

Mais en l'espèce, l'Autorité n'a ni commis une telle erreur de droit dans son raisonnement, ni entaché celui-ci de contradiction de motifs.

L'Autorité a bien, en effet, successivement analysé les marchés pertinents et les effets horizontaux, verticaux, quantitatifs et qualitatifs de l'opération, pour en déduire qu'ils étaient relativement limités, avant de subordonner l'autorisation à la souscription par TF1 d'engagements qui ont été regardés comme suffisants pour compenser les effets anticoncurrentiels de l'opération. Elle a certes considéré que « l'opération n'apporte pas au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence ». Mais dès lors que les engagements suffisaient à garantir une telle compensation, une telle condition n'était pas nécessaire. Quand au scénario d'une « spirale de

¹ Dans votre arrêt de Section du 9 avril 1999, vous aviez ainsi jugé « qu'eu égard à la nature et à l'importance des effets anticoncurrentiels du projet de concentration et à la difficulté corrélative de déterminer des mesures adéquates pour les compenser, la décision prise par les ministres de s'opposer purement et simplement à l'opération projetée ne peut être regardée comme ayant porté une atteinte excessive à la liberté du commerce et de l'industrie ».

l'audience », elle l'a évoqué à titre d'hypothèse, pour considérer finalement que les effets les plus probables n'étaient pas d'une importance telle que la seule solution eût été d'interdire l'opération. Il n'y a donc là aucune erreur de droit, étant rappelé que la société requérante n'a jamais contesté devant vous, ni la définition des marchés pertinents, y compris en ce qu'ils excluaient, par exemple, la publicité sur Internet, ni l'appréciation portée par l'Autorité des effets de l'opération. La seule question qui se pose donc, à partir de là, est celle du second moyen, à savoir celle du caractère suffisant des engagements pris.

b) Il est en effet reproché à l'autorité d'avoir commis une erreur de droit et une erreur d'appréciation en considérant que les engagements pris par TF1 étaient suffisants pour compenser les effets anticoncurrentiels de l'opération.

Comme vous le savez, vous exercez un plein contrôle sur la délimitation du marché pertinent et l'analyse des effets concurrentiels de l'opération envisagée. Vous faites de même sur les injonctions que l'autorité administrative impose aux parties à une opération de concentration, et pourrez donc faire de même sur le caractère suffisant des engagements proposés par les parties et validés par l'autorité administrative (Section, 9 avril 1999, *Société The Coca-Cola Company*, précitée ; CE, Section, 6 février 2004, *Société Royal Philips Electronics et autres*, Rec. p. 28, RFDA 2004, p. 286, concl. E. Glaser, et CE, 27 juillet 2007, *Société Métropole télévision*, précitée). Vous savez que ce contrôle vous distingue, formellement, de celui exercé par la Cour de justice de l'Union européenne sur le pouvoir d'appréciation de la Commission européenne, même si son contrôle a tendance à se rapprocher d'un contrôle normal (CJCE, 10 juillet 2008, *Bertelsmann et Sony Corporation of America / Impala*, aff. C-413/06).

Pour apprécier la pertinence des engagements dans le cadre de ce contrôle, il nous semble que vous devriez vous assurer, pour reprendre les termes de la Commission européenne, qu'ils permettent de « résoudre entièrement les problèmes de concurrence », qu'ils sont « complets et efficaces » et qu'ils peuvent être exécutés de façon effective et dans des délais rapides (Commission européenne, Communication n° 2008/C267/1 concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil et au règlement (CE) n° 802/2004 de la Commission).

L'argumentation de la société requérante se divise en deux branches :

- La première critique porte sur la durée des engagements pris par TF1. Il est en effet soutenu que la durée de cinq ans retenue par la décision n'est pas pertinente, et que les engagements auraient dû être permanents, c'est-à-dire imposés jusqu'à l'expiration des autorisations de diffusion.

Nous avons, dans un premier temps, hésité sur cette argumentation, avant de vous proposer de l'écarter.

Il est vrai en effet que la durée de cinq ans peut sembler très courte, tant au regard des effets relativement durables de l'opération, que nous vous avons déjà présentés, que des engagements pris par TF1 et le groupe AB lorsque, en 2004, TF1 avait racheté 80 % de TMC. Cette précédente opération avait en effet donné lieu soit à des engagements d'une durée de 10 ans renouvelables tacitement quant à l'indépendance de la régie publicitaire, avec un examen

quinquennal de la situation concurrentielle seule à même d'y mettre un terme précoce, soit à des engagements quinquennaux en matière d'achats de droits. On pourrait donc être tenté de considérer en l'espèce que, s'agissant d'une opération plus importante que la précédente, la durée des engagements serait insuffisante.

Devant cette argumentation, l'Autorité développe deux types d'arguments : le premier consiste à dire qu'une durée supérieure à cinq ans n'a guère de sens dans un secteur aussi évolutif que la télévision, *a fortiori* dans la perspective du tout numérique prévue pour juin 2011, et qu'à cet égard, des engagements plus longs seraient excessifs au regard du principe de liberté du commerce et de l'industrie. Le second consiste à soutenir que si, au bout de cinq ans, TF1 exploitait de manière abusive sa position dominante, l'Autorité pourrait intervenir en application des dispositions de L. 430-9 du code de commerce.

Précisons tout de suite que ce second argument nous semble assez vain. L'article L. 430-9 en question prévoit que : « L'Autorité de la concurrence peut, en cas d'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique, enjoindre, par décision motivée, à l'entreprise ou au groupe d'entreprises en cause de modifier, de compléter ou de résilier, dans un délai déterminé, tous accords et tous actes par lesquels s'est réalisée la concentration de la puissance économique qui a permis les abus même si ces actes ont fait l'objet de la procédure prévue au présent titre ». Or, si une telle possibilité est ouverte de manière permanente, il ne s'agit que d'une compétence *a posteriori*, qui sert en quelque sorte de « filet de sécurité », et qui, de surcroît, relève d'un contrôle bien moins abouti : il ne s'agit plus d'examiner les atteintes à la concurrence, mais seulement les abus de position dominante ou les situations de dépendance économique. L'existence d'une telle procédure ne saurait donc, à notre sens, exonérer l'Autorité d'user pleinement de sa compétence d'encadrement *a priori*.

La première série d'arguments nous a en revanche convaincu.

Comme nous vous l'avons dit, vous devez vous assurer de la proportionnalité, aussi bien en termes de contenu que de durée, des engagements pris au regard des atteintes à la concurrence attendues et du principe de liberté du commerce et de l'industrie. Les engagements constituent en effet des mesures contraignantes qui ne peuvent être justifiées que par le souci d'assurer une concurrence suffisante : c'est donc dans la conciliation des exigences de protection de la concurrence et de liberté du commerce et de l'industrie que réside l'équilibre.

Or, à cet égard, nous ne pouvons que constater que l'univers télévisuel est appelé à évoluer considérablement au cours des cinq années à venir à compter de la date de la décision : outre le développement d'Internet et la possibilité de visionner des films ou des épreuves sportives sur les téléphones portables, qui risque de bouleverser le secteur, comme en témoigne les chiffres de la présence croissante des opérateurs de téléphonie, le secteur de la télévision *stricto sensu* est lui-même appelé à connaître d'importantes évolutions. Le passage à la TNT généralisée en 2011, qui se traduira entre autres par l'attribution de « canaux bonus » supplémentaires de plein droit aux trois opérateurs privés historiques, ou la contraction de l'offre publicitaire sur la télévision publique, sont autant d'éléments qui vont bouleverser le paysage actuel. Dans ces conditions, l'horizon quinquennal des engagements en question nous paraît adapté à son potentiel d'évolution : il serait en effet contraire aux

principes précités de maintenir des engagements alors même que la situation aura profondément changé et que **les effets propres de l'opération se seront largement dilués dans cette évolution**. Et la société M6 n'apporte aucun élément de nature à démontrer que ces engagements seraient trop courts.

Notre seule hésitation, dans cette perspective, a porté sur l'éventuelle nécessité d'une clause de rendez-vous. On pourrait en effet être tenté d'identifier une erreur de droit dans le raisonnement de l'Autorité, faute d'avoir prévu une telle clause, le dispositif « de rattrapage » de l'article L. 430-9 étant regardé comme suffisant. Mais ce n'est pas ainsi qu'a raisonné l'Autorité : celle-ci s'est bornée à constater que les effets de l'opération, limités, ne pouvaient être regardés comme de nature à justifier des engagements au-delà d'un délai de cinq ans, compte tenu des évolutions prévisibles du marché. Le moyen d'erreur de droit doit donc être écarté.

- La société requérante conteste ensuite les engagements pris par les parties à l'opération sur le marché de la publicité télévisuelle.

Afin d'éviter les effets que nous avons évoqués, les parties à l'opération ont pris deux types d'engagements. Le premier est de ne pratiquer aucune forme de couplage, de subordination, d'avantage ou de contrepartie entre les espaces publicitaires de TF1 et ceux de NT1 et TMC ; le second est que la commercialisation des espaces publicitaires de NT1 et TMC soit assurée de façon autonome, par une autre société que celle qui gère la régie de TF1, ayant ses propres salariés. Seules des fonctions « support » (comptabilité/finance, recouvrement de créances, études de marché, ressources humaines) pourront être exercées en commun au sein du groupe TF1. Le respect de ces deux engagements sera en outre garanti par un mandataire indépendant du groupe TF1, agréé par l'Autorité de la concurrence ou désigné par elle en cas de désaccord avec TF1.

C'est ce second engagement que critique la société M6, qui fait valoir qu'il aurait dû se traduire par l'indépendance complète de la régie NT1/TMC par rapport à l'ensemble du groupe TF1, et qu'il constitue un engagement moins contraignant que l'engagement pris en 2004.

Mais aucun de ces deux arguments ne nous convainc. Sur le second point, l'engagement de 2004 n'impliquait pas que la régie de TMC soit gérée par une société indépendante du groupe TF1, mais simplement, selon les termes de votre décision de 2007 précitée, que « la régie publicitaire de la société TMC soit exploitée de façon autonome, directement au sein de la société TMC, par l'intermédiaire d'une filiale de TMC ou par l'intermédiaire d'une société tierce capitalistiquement indépendante de TF 1 », l'objectif étant « d'interdire tout lien organique ou commercial entre la *régie publicitaire* de TF 1 et celle de TMC ». Dans la présente opération, les régies sont bien organiquement distinctes et ne pourront échanger sur leurs politiques commerciales respectives.

Sur la question de l'indépendance des deux régies, la société M6 soutient que le directeur général de la régie NT1/TMC devra recueillir l'accord de TF1 et que la mise en commun de « fonctions support » fait obstacle à une véritable autonomie. Il est vrai que le directeur général de la régie de NT1/TMC sera nommé par TF1 puisque la régie sera une société du groupe et qu'il devra recueillir l'accord préalable de TF1 ou de toute autre société

du groupe, à l'exception de TF1 Publicité, pour adopter des modifications substantielles du plan à moyen terme et des budgets de fonctionnement, pour des investissements non prévus supérieurs à 100 000 euros ou pour des ventes d'actifs d'un montant supérieur à 100 000 euros. Mais d'une part, ceci ne remet pas en cause l'étanchéité des politiques commerciales : la décision précise d'ailleurs, en sus de ce que vous aviez validé dans l'opération de 2004, que TF1 s'engage à ce qu'aucune information non publique concernant les clients, les tarifs et les données commerciales ne soit partagée entre TF1 Publicité et la régie NT1/TMC. D'autre part, le président de la régie n'exercera aucune autre fonction au sein du groupe TF1. En outre, ce système d'accord pour les aspects budgétaires correspond au contrôle de gestion opéré par l'actionnaire. Quant à la mise en commun des fonctions supports, l'engagement nous semble là encore proportionné : l'objectif n'est pas d'empêcher une activité économique et capitalistique normale, mais uniquement de définir les limites strictement nécessaires à la préservation des équilibres concurrentiels. Ce qui compte, c'est bien l'indépendance des stratégies commerciales.

Enfin, il ne faut pas oublier que le contrôle du respect de ces engagements est confié à un mandataire indépendant. A cet égard, la circonstance que les engagements pris en 2004 n'aient pas été respectés est sans incidence sur la légalité de la présente décision, et ce type de mécanisme nous semble de nature à éviter d'éventuelles dérives.

- La dernière critique de la société M6 porte sur les engagements relatifs aux marchés des droits.

Sur ce marché, l'opération permet à TF1, en théorie, de rentabiliser les droits acquis sur trois chaînes en clair, ce qui pourrait à la fois renforcer le pouvoir d'achat du groupe TF1, grâce à une « assise » plus large, et limiter l'accès des autres chaînes à l'achat de ces droits, aussi bien sur le premier que sur le second marché. En outre, le risque est réel que les trois chaînes coordonnent leurs programmations et assurent des promotions croisées pour développer leur audience au détriment des autres chaînes généralistes, notamment des autres chaînes de la TNT.

Plusieurs engagements ont donc été souscrits :

- les parties s'engagent tout d'abord à ne pas répondre à un même appel d'offres pour l'acquisition de droits concernant des événements sportifs pour plus de deux chaînes en clair du groupe ;

- En ce qui concerne les œuvres patrimoniales et cinématographiques EOF, les parties ont pris des engagements portant sur le droit de premier et dernier refus. Vous savez que les chaînes historiques sont souvent les coproducteurs ou les pré-acheteurs des œuvres, et qu'elles ont, de fait, une position dominante sur le marché de la première diffusion. Or, lorsque le producteur d'une œuvre coproduite ou préachetée envisage de céder ses droits, il doit en avvertir la chaîne historique concernée qui peut refuser une telle cession. Celle-ci est alors directement négociée avec la chaîne, qui peut encore refuser, sous réserve parfois d'une simple compensation. En l'espèce, TF1 s'engage à faire de ce droit un **simple droit de préférence**, c'est-à-dire à ne l'exercer qu'à des conditions au moins égales vis-à-vis d'une offre concurrente. TF1 ne pourra donc opposer un tel refus que si elle propose un prix au moins égal à celui que propose un tiers auquel le producteur serait prêt à céder ses droits.

C'est ainsi que TF1 s'engage à ne pas exécuter la clause contractuelle qui la lie au SFPA et à l'USPA selon laquelle en cas de poursuite par la chaîne de la diffusion de nouveaux épisodes inédits d'une série, les droits des précédents épisodes commandés sur la même série ne peuvent être cédés, sans l'accord de TF1, à d'autres diffuseurs, sous réserve d'une simple compensation. En outre, même si c'est beaucoup moins contraignant dans les faits, TF1 s'engage à n'exercer ce droit sur une œuvre patrimoniale EOF que si elle effectue au moins une diffusion de l'œuvre commençant entre 8h et 23h59 sur l'une des chaînes du groupe TF1 dans un délai de 24 mois à compter de l'ouverture des droits de diffusion pour les séries et de 12 mois pour les autres œuvres.

De la même façon, TF1 s'engage à user de son droit de préemption, qui permet à une chaîne historique d'acquérir prioritairement les droits des films EOF, comme d'un droit de préférence et seulement si elle procède à au moins une diffusion de l'œuvre commençant entre 8h et 23h59 pendant la période de droits, dans une limite de trois ans si la diffusion est faite sur TF1, dans la limite de 18 mois si la diffusion est faite sur NT1 ou TMC.

La société M6 conteste ces engagements, au motif qu'ils seraient peu contraignants, notamment sur les obligations de diffusion. Et il nous semble effectivement que, compte tenu des plages horaires et des durées fixées, la contrainte sur ce point ne sera sans doute pas déterminante. Mais l'important est selon nous ailleurs : concrètement, le dispositif a pour effet d'empêcher TF1 de « geler » les droits, en retenant indéfiniment la diffusion des œuvres en cause, ou en exerçant son droit au premier et dernier refus dans les conditions ordinaires. Et aucun élément de la requête ne permet de considérer que ces engagements ne seraient pas effectivement substantiels.

De même, la critique des engagements pris en matière de coordination et de promotion croisée entre les trois chaînes TF1, NT1 et TMC, ne nous a finalement pas convaincu.

Les parties à l'accord se sont en effet engagées à ne pas rediffuser des œuvres patrimoniales EOF, des séries EOF ou des programmes de flux, après leur diffusion sur TF1, sur plus d'une autre chaîne en clair du groupe TF1, que les droits correspondants aient été acquis avant ou après l'opération. Le même engagement a été pris pour certaines séries américaines, dont la diffusion a débuté sur TF1 entre 20h30 et 23h59 et dont au moins une saison complète et un épisode de la saison suivante ont fait l'objet d'une diffusion sur TF1 depuis le 1^{er} janvier 2007. De même, les trois chaînes se sont engagées à ce qu'il n'y ait aucune promotion croisée des programmes de NT1, TMC et TF1, ni aucun spot sur TF1 faisant la promotion des programmes NT1 ou TMC.

La société requérante conteste ces engagements, en faisant valoir que le but de TF1 n'est pas de diffuser les mêmes programmes sur les trois chaînes, mais d'utiliser l'une d'elles (NT1) comme « chaîne de combat », c'est-à-dire de modifier la programmation de la chaîne pour affaiblir les chaînes rivales en réagissant à leur programmation (cf. la décision de la Commission *RTL/Véronica/Endémol*). La société M6 critique également le fait que l'engagement sur les séries américaines ne valent pas pour toutes ces séries, mais seulement celles faisant l'objet d'une certaine diffusion.

Mais aucun de ces arguments ne nous semble pouvoir prospérer. Sur le premier point, l'hypothèse de la « chaîne de combat » a été très précisément envisagée par l'Autorité de la concurrence. Mais elle a écarté ce risque en considérant que le risque principal était celui d'un développement trop substantiel de la capacité d'exploitation des programmes par TF1, et ce point n'est pas sérieusement discuté. Or, les engagements pris à cet égard nous semblent très substantiels, *a fortiori* lorsqu'ils sont combinés. Il s'agit ici à la fois de limiter l'augmentation de la puissance d'achat de TF1 sur les marchés de droits et d'éviter un renforcement excessif de l'audience de TMC et de NT1 du fait de l'accès facilité à des programmes à forte audience. Les engagements ont tout de même pour effet de diminuer sensiblement les possibilités de réutilisation d'une chaîne à l'autre, avec de surcroît l'interdiction de promotion mutuelle qui interdira au consommateur d'avoir une vision globale de l'offre.

Quant à l'argumentation relative aux programmes, il n'est pas contesté que les séries visées par les engagements sont les principales séries à succès.

Enfin, la société M6 critique le fait que les engagements précités ne concernent pas les films. L'Autorité justifie ce choix par le fait que l'accès aux droits relatifs aux films ne pose pas les mêmes problèmes que l'accès aux droits relatifs aux autres œuvres parce qu'on n'observe pas le même phénomène de rareté, et cette analyse n'est pas contestée, et est même confortée par le fait que les chaînes de la TNT diffusent d'ores et déjà de nombreux films américains.

Au regard des effets propres de l'opération, limités, les engagements pris par les parties à l'opération de concentration litigieuse nous semblent à la fois substantiels et proportionnés au regard du principe de liberté du commerce et de l'industrie. En outre, il nous semble qu'il faut, contrairement à ce que soutient la société requérante, appréhender ces engagements dans leur globalité et non séparément. Or ils apparaissent à la fois facilement contrôlables, complets – ils portent bien sur les deux « faces » des marchés pertinents – et adaptés.

Dans ces conditions, vous pourrez donc, si vous nous suivez, rejeter la première requête.

II. Nous pouvons donc en venir à l'examen de la deuxième requête qui, si elle soulève des difficultés techniques moindres, pose une question juridique délicate, qui a justifié son renvoi à votre formation de jugement.

La TNT, lancée en mars 2005, compte donc 18 chaînes gratuites. Outre les 7 chaînes qui étaient déjà autorisées à émettre par voie hertzienne en mode analogique (TF1, France 2, France 3, France 5, Arte, RFO et M6), 11 ont été introduites dans le paysage hertzien par le biais de la TNT, parmi lesquelles TMC et NT1 qualifiées par le CSA de chaînes « généralistes ».

TMC et NT1 se sont ainsi vu attribuer par le CSA des autorisations d'émettre par voie hertzienne terrestre en mode numérique par deux décisions du 10 juin 2003 (n°s 2003-307 et 2003-308), conformément à l'article 30-1 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la

liberté de communication. En vertu de l'article 28-1 de la même loi, les autorisations sont délivrées pour une durée de dix ans, reconductible pour cinq ans par le CSA.

Toutefois, l'article 42-3 de la loi de 1986 prévoit que : « L'autorisation peut être retirée, sans mise en demeure préalable, en cas de modification substantielle des données au vu desquelles l'autorisation avait été délivrée, notamment des changements intervenus dans la composition du capital social ou des organes de direction et dans les modalités de financement ». Vous avez confirmé, à partir de ces dispositions, que le CSA avait la possibilité de délivrer un agrément, comme le prévoient le plus souvent les conventions qui accompagnent les autorisations initiales. Cet agrément est en fait l'expression de la décision du CSA de ne pas abroger l'autorisation en dépit des modifications intervenues.

Le CSA, en application de ces dispositions, a donc examiné le changement de situation résultant de l'opération de concentration avant, par une décision du 23 mars 2010 rendue publique le 25 mars, de donner son agrément au changement de l'actionnariat des titulaires des autorisations initiales, assorti d'engagements à respecter.

C'est cette décision qui est contestée, la société M6 vous demandant de l'annuler et d'enjoindre au CSA de retirer les autorisations d'émettre attribuées à TMC et NT1, sauf à ce que TF1 se libère dans un délai de 6 mois de l'ensemble des parts qu'il détient dans au moins l'une des deux chaînes.

1. Ces éléments rappelés, nous pouvons donc en venir à l'examen des six moyens soulevés par la société requérante, d'inégale difficulté.

1/ Il est tout d'abord soutenu que le CSA a méconnu l'étendue de sa compétence d'une part en s'estimant à tort lié par la décision de l'Autorité de la concurrence et d'autre part, en limitant son contrôle de l'opération en application de l'art. 42-3 à l'examen d'éventuels engagements complémentaires à ceux pris devant l'Autorité.

Vous pourrez aisément écarter ce moyen. La société requérante se fonde ici sur les termes de l'avis n° 2009-12 du 28 septembre 2009 rendu par le CSA, qui, conformément à l'article 41-4 de la loi de 1986, avait été consulté par l'Autorité de concurrence. Par cet avis, favorable sous réserve que TF1 souscrive des engagements adaptés, le CSA avait cependant précisé que « Si l'Autorité décide d'agréer l'opération, des aménagements ou engagements en complément des remèdes envisagés sur le plan concurrentiel seront examinés dans le cadre de l'analyse du Conseil au titre de l'article 42-3 de la loi du 30 septembre 1986 ». En outre, le CSA a mentionné, dans son communiqué de presse du 29 septembre 2009, que : « En cas d'accord de l'Autorité sur cette opération, le Conseil sera appelé à se prononcer sur la conformité de ce changement de capital aux dispositions de la loi de 1986, notamment au regard des exigences du soutien à la production audiovisuelle et cinématographique qui présideront à la conclusion des nouvelles conventions ».

La société requérante tente de vous convaincre que ces deux affirmations prouvaient *a priori* que le CSA ne s'opposerait pas à l'opération envisagée et se limiterait, tout au plus, à des aménagements complémentaires dès lors que l'Autorité les aurait validés. Elle en déduit que le CSA aurait dû prendre sa décision avant de rendre son avis.

Le second argument ne peut évidemment prospérer, aucun texte ne prévoyant une décision préalable du CSA en matière de concentration dans le secteur audiovisuel. Quant au premier, si les termes de l'avis et du communiqué du CSA sont évidemment malencontreux, il ne nous semble pas qu'ils révèlent, par eux-mêmes, que le CSA aurait renoncé à exercer sa pleine compétence et à examiner la pertinence du maintien des agréments, comme il le doit en vertu de l'article 42-3 de la loi de 1986. Le CSA a bien exprimé une position sur un aspect concurrentiel dans un premier temps ; avant, dans un deuxième temps, d'examiner les conséquences sur la qualité du service et l'intérêt du public.

2/ La société reprend ensuite les mêmes arguments à l'appui, cette fois, d'un moyen tiré du défaut d'impartialité du CSA. Elle fait en outre valoir que certains de ses membres, notamment son président lors de la cérémonie des vœux, et un membre de l'Autorité chargé de l'instruction du dossier, s'étaient auparavant publiquement exprimés en faveur de l'opération.

Le moyen est bien opérant, puisque vous jugez que le principe d'impartialité, principe général du droit (CE, 27 octobre 1999, *Fédération française de football*, n° 196251) s'applique à tout organisme administratif (CE, 7 juillet 1965, *Fédération nationale des transporteurs routiers*, Rec. p. 413), y compris aux autorités administratives comme le CSA (14 juin 1991, *Association Radio-solidarité*, Rec. p. 232).

La société requérante met tout d'abord en cause l'impartialité du CSA au motif qu'il avait rendu un avis favorable dans le cadre de la procédure consultative, avant de prendre la décision litigieuse. En d'autres termes, la société vous invite à appliquer à la présente hypothèse la jurisprudence *Labor Métal* (CE, Ass., 23 février 2000, *Société Labor Métal et autres*, Rec. p. 83 avec concl. A. Seban), par laquelle vous avez jugé qu'« eu égard à la nature des pouvoirs du juge des comptes et aux conséquences de ses décisions pour les intéressés, tant le principe d'impartialité que celui des droits de la défense font obstacle à ce qu'une décision juridictionnelle prononçant la gestion de fait soit régulièrement rendue par la Cour des comptes alors que, comme en l'espèce, celle-ci a précédemment évoqué cette affaire dans un rapport public en relevant l'irrégularité des faits ». Mais d'une part, ce raisonnement ne nous semble valoir qu'en matière de sanction prise par un organe juridictionnel au sens de l'article 6 § 1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, d'autre part et en tout état de cause, le moyen ne nous semble pas pouvoir prospérer, pour les mêmes raisons que précédemment. Les deux champs sont bien distincts : au titre de la procédure de contrôle engagée par l'Autorité de la concurrence, le CSA rend de simples observations sur les aspects concurrentiels de l'opération, conformément à l'article 41-4 de la loi de 1986 ; en tant qu'autorité chargée de l'agrément, il examine ensuite les conséquences de l'opération litigieuse sur l'agrément des chaînes concernées, au regard cette fois non plus des règles concurrentielles, mais des critères posés par l'article 42-3. Cet enchaînement est prévu par la loi du 30 septembre 1986, que la société requérante ne remet par ailleurs pas en cause. Il est vrai que, dans les faits, certaines déclarations ou observations, soit du CSA, soit de certains de ses membres, ont pu donner l'impression d'une confusion entre les deux phases. Mais la lecture des observations préalables d'une part, de la décision d'agrément d'autre part, confirme que l'autorité a bien distingué les deux temps du raisonnement.

Quant à l'argument selon lequel les déclarations de certains membres du collège entacheraient la délibération attaquée d'irrégularité au regard du principe d'impartialité, il ne peut pas plus prospérer. Les intéressés ont effectivement tenus des propos sur la nécessité de « constituer des groupes audiovisuels français puissants », dans un contexte de concurrence internationale croissante. La société fait notamment valoir que ces déclarations méconnaissent le 5^{ème} alinéa de l'article 5 de la loi du 30 septembre 1986, aux termes duquel : « Pendant la durée de leurs fonctions et durant un an à compter de la cessation de leurs fonctions, les membres du Conseil sont tenus de s'abstenir de toute prise de position publique sur les questions dont le conseil a ou a eu à connaître ou qui sont susceptibles de lui être soumises dans l'exercice de sa mission. ». Mais à supposer même que les déclarations en cause, qui nous semblent très générales et portent plus sur la méthode de travail du CSA dans ce type d'hypothèse que sur le fond, puissent être regardées comme intervenues en méconnaissance de ces dispositions, cette circonstance nous paraît sans incidence sur la légalité de la décision attaquée.

3/ Ce sont donc les trois moyens suivants qui soulèvent la délicate question qui a justifié que cette affaire soit soumise à votre formation de jugement.

Ces moyens portent sur l'application qu'a faite, en l'espèce, le CSA des dispositions relatives à la procédure d'agrément issue de l'article 42-3 de la loi de 1986. Il est ainsi successivement reproché au CSA d'avoir commis des erreurs de droit en prévoyant des engagements relatifs aux quotas de diffusion, sans tenir compte de la diversité des opérateurs, et en examinant l'opération au regard de considérations relevant de l'opportunité industrielle, c'est-à-dire selon un critère non prévu par l'article 42-3. Enfin, il est soutenu que le CSA a commis une erreur d'appréciation en délivrant les agréments au vu des engagements pris, alors que l'opération conduit, selon la société requérante, à une remise en cause des choix opérés à la date des autorisations initiales accordées à NT1 et TMC, notamment au regard de la diversité des opérateurs et du maintien des équilibres du secteur.

a) Il nous faut ici préciser le cadre juridique dans lequel s'inscrit la possibilité pour le CSA de réexaminer une autorisation initiale en cas de modification du capital de la société qui en est titulaire.

Lorsque le CSA délivre des autorisations d'usage de la ressource radioélectrique aux éditeurs de service de télévision, en application de l'article 30-1 de la loi de 1986, il examine les demandes au regard des impératifs prioritaires et des critères mentionnés aux articles 29 et 30, c'est-à-dire en appréciant, conformément à l'article 29, « l'intérêt de chaque projet pour le public, au regard des impératifs prioritaires que sont la sauvegarde du pluralisme des courants d'expression socio-culturels, la diversification des opérateurs, et la nécessité d'éviter les abus de position dominante ainsi que les pratiques entravant le libre exercice de la concurrence ». Il « tient également compte », aux termes de ce même article : « 1° De l'expérience acquise par le candidat dans les activités de communication ; 2° Du financement et des perspectives d'exploitation du service notamment en fonction des possibilités de partage des ressources publicitaires entre les entreprises de presse écrite et les services de communication audiovisuelle ; 3° Des participations, directes ou indirectes, détenues par le candidat dans le capital d'une ou plusieurs régies publicitaires ou dans le capital d'une ou plusieurs entreprises éditrices de publications de presse ; 4° Pour les services dont les programmes comportent des émissions d'information politique et générale, des dispositions envisagées en vue de garantir

le caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion, l'honnêteté de l'information et son indépendance à l'égard des intérêts économiques des actionnaires, en particulier lorsque ceux-ci sont titulaires de marchés publics ou de délégations de service public ; 5° De la contribution à la production de programmes réalisés localement ; 6° Pour les services dont les programmes musicaux constituent une proportion importante de la programmation, des dispositions envisagées en faveur de la diversité musicale au regard, notamment, de la variété des oeuvres, des interprètes, des nouveaux talents programmés et de leurs conditions de programmation ».

L'article 30-1 prévoit en outre que, dans la mesure de leur viabilité économique et financière, notamment au regard de la ressource publicitaire, le CSA « favorise les services ne faisant pas appel à une rémunération de la part des usagers et contribuant à renforcer la diversité des opérateurs ainsi que le pluralisme de l'information, tous médias confondus ».

Ces autorisations sont valables 10 ans, renouvelables deux fois pour cinq ans. Mais dans un secteur aussi évolutif, *a fortiori* depuis l'apparition de la TNT, la question se pose de la pérennité de telles autorisations en cas, notamment, d'opérations de concentrations. C'est ainsi que l'article 42-3 donne au CSA la possibilité de retirer l'autorisation « en cas de modification substantielle des données au vu desquelles l'autorisation avait été délivrée, notamment des changements intervenus dans la composition du capital social ou des organes de direction et dans les modalités de financement ».

Mais vous avez déduit de ces dispositions que, si le CSA pouvait retirer l'autorisation dans cette hypothèse, il avait également la possibilité, lorsque celle-ci n'est pas vérifiée, de donner son agrément à un changement de titulaire de l'autorisation. C'est ainsi que, par votre décision de Section *Société N.R.J.* du 29 janvier 1993 (n° 121953, au Rec. p. 17, concl. Pdt Daël) vous avez jugé qu'« il appartient au Conseil, dans le cadre des pouvoirs qu'il tient de la loi pour autoriser l'exploitation d'un service de télévision, de rechercher si les modifications envisagées par la société titulaire de l'autorisation sont de nature à remettre en cause les choix opérés lors de la délivrance de cette autorisation ». En revanche, il peut légalement abroger une autorisation « en cas de modification substantielle des données au vu desquelles elle avait été délivrée, notamment en cas de changements intervenus dans la composition du capital social ou des organes de direction et dans les modalités de financement ».

C'est dans ce cadre que, en amont des opérations de rachat ou de modification du capital social du titulaire d'une autorisation d'émettre, les éditeurs de services de télévision ou autres peuvent solliciter l'agrément du CSA qui, s'il est accordé, l'est sans nouvel appel à candidature, contrairement à la procédure initiale d'autorisation. C'est ce qui explique que la jurisprudence ait limité la possibilité d'agrément aux cas dans lesquels les choix ayant présidé à la délivrance de l'autorisation ne sont pas remis en cause. En d'autres termes, le CSA ne peut pas, à l'occasion d'une demande d'agrément, retenir des critères différents de ceux qui ont fondé sa décision d'autorisation initiale.

Votre jurisprudence a cependant progressivement assoupli ce cadre juridique, tout en précisant les cas de figure possibles.

C'est ainsi que par deux décisions *Société d'exploitation Radio-chic et Association Anglet FM* du 30 juillet 1997 (Rec. T. p. 1054 ; concl. présidente Hubac), vous avez admis que le CSA apprécie l'incidence des modifications envisagées au regard du pluralisme des courants d'expression socioculturels, à la diversification des opérateurs ou au libre exercice de la concurrence, appréciation sur laquelle vous exercez un contrôle normal (16 octobre 1998, *Société NRJ*, n° 183780, Rec. T. p. 1150). Le CSA peut évidemment assortir cet agrément d'engagements spécifiques, compte tenu de l'ensemble des caractères du service en cause et notamment du maintien et du renforcement des obligations imposées à la société en matière de programmes et de production (CE, 28 juillet 1999, *Société EMAP France et société EMAP International Magazine SA*, Rec. p. 276, aux conclusions de D. Chauvaux).

Mais c'est surtout sur la portée des modifications « admissibles » que s'est concentrée votre jurisprudence. Un tel agrément est ainsi impossible lorsque, par exemple, le titulaire change de statut pour passer d'une catégorie de services à une autre (CE, *Association Anglet FM*, précitée). En revanche, s'agissant des aspects strictement capitalistiques, votre jurisprudence est marquée du sceau du pragmatisme. C'est ainsi que vous avez validé l'agrément accordé par le CSA pour une nouvelle répartition du capital de la Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion et de la société de droit allemand "U.F.A.", filiale du groupe Bertelsmann, qui se traduisait pourtant par l'installation d'une nouvelle structure de direction, compte tenu notamment de l'absence de modification des opérateurs, du contenu et du format des programmes ainsi que des catégories, et de l'absence de changement des sociétés titulaires des autorisations. Le même raisonnement a présidé en matière de radio (CE, 8 avril 1998 *Société NRJ*, n°183781) dès lors notamment que l'opération n'entraînait pas de modifications substantielles du contenu du programme.

Votre jurisprudence avait cependant laissé planer un doute sur les pouvoirs réels du CSA, et plus précisément sur la date à laquelle il devait apprécier la situation lors de l'examen de la demande d'agrément. La question se posait ainsi de savoir si, pour apprécier la remise en cause des « choix opérés lors de la délivrance de cette autorisation », le CSA devait finalement se placer à la date de la décision initiale – pour examiner si, toutes choses égales par ailleurs, il aurait pris la même décision – ou s'il pouvait tenir compte des évolutions intervenues entre les deux.

Or, par votre décision *Société NextradioTV*, du 26 mai 2010 (n° 320775, à mentionner aux Tables du Recueil), vous avez été amenés à connaître de l'agrément donné par le CSA au rachat total, par Lagardère, de Sport FM. Cette opération avait notamment pour effet de changer la structure de direction, le nom de la société et de dénomination du service. Alors même que le capital changeait de mains, vous avez validé cet agrément au motif que l'opération n'entraînait ni un changement substantiel du format ou du contenu du programme diffusé, ni un changement de la catégorie du service, et avez écarté toute erreur d'appréciation du CSA compte tenu des garanties d'indépendance apportées à l'équipe rédactionnelle de la société rachetée, de la diversité des opérateurs et de l'abondance de l'offre radiophonique dans la zone d'émission concernée. Ce faisant, vous avez ainsi admis, dans le secteur de la radiophonie, que le CSA apprécie l'opération, non au regard de la situation de fait à la date de sa décision initiale, mais au jour où il statue sur la demande d'agrément, censurant au contraire le CSA en ce qu'il avait, pour une autre décision, suivi le raisonnement inverse (CE, 26 mai 2010, *Commune de la Roche-sur-Yon et Association pour la promotion et la gestion du canal local 15*, n° 317751).

Votre jurisprudence nous semble ainsi caractérisée par l'équilibre des différents critères qui doit présider à l'appréciation portée par le CSA.

b) Ce cadre juridique rappelé, vous pourrez aisément écarter les deux premiers moyens d'erreur de droit.

Le premier moyen est tiré de ce que le CSA ne pouvait subordonner son agrément au respect d'engagements relatifs uniquement à la diversité des programmes, alors qu'était en cause la nécessité de prévenir des atteintes à la diversité des opérateurs.

La société requérante fait ainsi valoir le caractère, en quelque sorte, « inopérant » des engagements pris au regard de l'objectif poursuivi. Mais nous ne pensons pas qu'il y ait là une place pour une erreur de droit : la vraie question, sur laquelle nous allons revenir, est celle de l'appréciation du caractère efficace, proportionné et suffisant de ces engagements. Mais s'agissant de la possibilité, par principe, d'y recourir, elle est évidemment ouverte. Le CSA n'est en effet pas tenu d'examiner la situation au regard du seul « impératif prioritaire » de diversification des opérateurs, mais d'un ensemble de critères dont nous vous avons rappelé la teneur. Or, à cet égard, le respect d'engagements relatifs aux programmes est évidemment essentiel, notamment pour le public. C'est d'ailleurs ce que vous avez jugé dans votre décision de 1998 *NRJ* précitée, dans laquelle vous avez estimé qu'un changement dans la composition du capital n'était pas à lui seul de nature à justifier le retrait d'une autorisation, compte tenu notamment « du maintien ou du renforcement des obligations imposées à la société en matière de programmes et de production ».

Le deuxième moyen, tiré de ce que le CSA aurait commis une erreur de droit en se fondant sur des motifs de politique industrielle, n'est pas plus fondé. La société requérante revient une nouvelle fois sur les prises de position de membres du CSA en faveur de groupes importants dans le secteur audiovisuel, mais un tel moyen manque en fait, aucun élément ne laissant apparaître que la décision elle-même serait fondée sur des considérations de politique industrielle.

c) Le moyen suivant soulève en revanche une question délicate.

Il est en effet reproché au CSA d'avoir commis une erreur de droit et une erreur d'appréciation en délivrant son agrément alors que l'opération remettait en cause les choix opérés initialement, en particulier en ce qui concerne la diversité des opérateurs et le maintien des équilibres du secteur, sans que les engagements pris puissent en quoi que ce soit y remédier.

Toute l'argumentation de la société M6 repose sur deux idées : la première est que la diversité des opérateurs constitue un critère d'appréciation fondamental et prioritaire, non seulement dans l'absolu (c'est le sens des articles 29 et 30-1 de la loi de 1986, qui mentionnent la nécessité de « renforcer la diversité des opérateurs »), mais aussi, en particulier, en matière de TNT. La seconde est que le CSA aurait dû se fonder, pour apprécier la demande d'agrément, à la date de la délivrance des autorisations et non à la date à laquelle il a statué.

Sur le premier point, il est vrai que les travaux parlementaires de la loi de 2000 modifiant la loi de 1986 font apparaître la volonté du législateur de favoriser, à l'occasion du passage à la TNT, l'arrivée de nouveaux opérateurs et le pluralisme des médias. C'est d'ailleurs ce qui explique que, dans l'appel à candidatures lancé en 2001 en vue de la délivrance des autorisations TNT, le CSA avait lui-même indiqué qu'il veillerait à la diversité des opérateurs, comme il le fait toujours. La société requérante ne remet évidemment pas en cause ces orientations, et fait valoir que le choix initial de délivrer à TMC et à NT1 des autorisations répondait à cette exigence, puisqu'elle permettait l'irruption de deux nouveaux opérateurs sur la télévision numérique gratuite (Pathé et AB), et qu'à l'inverse, d'autres demandes ont été écartées, en s'appuyant notamment sur le même motif. Tel fut notamment le cas du rejet des candidatures des chaînes M6 Famille et Fun TV, portées par le groupe M6.

La société requérante considère donc que, toutes choses égales par ailleurs, et au regard de l'examen de la situation en 2003, le CSA n'aurait pas délivré d'autorisation à NT1 et TMC si celles-ci avaient déjà été détenues par TF1. Elle fait ainsi valoir que les 11 chaînes gratuites autorisées étaient réparties entre 9 groupes différents avec 7 opérateurs nouveaux, alors que, si elles avaient été détenues par TF1, il y aurait bien eu 11 chaînes, mais détenues par 7 groupes et seulement 5 nouveaux opérateurs, dont aucun entrant sur le marché des chaînes dites « généralistes », TF1 confortant sa position dominante sur ce point. En outre, alors que la « dispersion » initiale permettait une concurrence réelle, le rachat de TMC et NT1 va, selon la société requérante, renforcer leur potentiel de croissance et compromettre le développement des autres chaînes de la TNT. La société en déduit que l'équilibre général qui a conduit aux autorisations initiales est profondément remis en cause, sans que les engagements apportent des solutions de nature à contrer les effets de l'opération.

- Deux questions vous sont donc posées : la première est de savoir quels sont les critères que le CSA peut légalement prendre en compte lorsqu'il agrée, sur le fondement de l'article 42-3 de la loi du 30 septembre 1986, un projet de modification du capital social d'une société titulaire d'une autorisation de diffusion d'un service de télévision sur la TNT. La seconde question porte sur la situation à prendre en compte.

Plusieurs éléments vont dans le sens de l'argumentation de la société requérante, sur les deux points précités.

La loi, tout d'abord, prévoit explicitement que la diversité des opérateurs fait partie des « impératifs prioritaires » que doit prendre en compte le CSA lorsqu'il se prononce sur des demandes d'autorisation, tandis que « les changements intervenus dans la composition du capital social » sont explicitement mentionnés par l'article 42-3 comme cause de retrait d'une autorisation – et sont mêmes les seuls explicitement mentionnés, même s'ils sont précédés d'un « notamment ». En outre, votre jurisprudence initiale jugeait, nous l'avons dit, que, lorsqu'il est saisi d'une demande d'agrément, le CSA doit apprécier si les modifications qui lui sont soumises sont de nature à remettre en cause les choix qu'il a opérés « lors de la délivrance de l'autorisation », ce qui implique de tenir compte de la situation initiale. Enfin, nous ne pouvons qu'être gêné par le processus suivi par TF1 depuis 6 ans en matière de TNT : l'argument selon lequel, en 2003, le CSA aurait peut-être eu une attitude différente à l'égard de TMC et NT1 lors de l'examen de leurs demandes d'autorisation, si ces deux sociétés avaient été alors détenues par TF1, nous semble tout à fait sérieux. En retenant une stratégie

de grignotage, le fait est que TF1 a réussi à obtenir en moins de dix ans ce que d'autres sociétés, comme la société requérante, avaient tenté de demander initialement.

Si donc vous reteniez une lecture 'orthodoxe' ou plutôt littérale du texte de la loi, il vous faudrait juger que le CSA, lorsqu'il examine une demande d'agrément en matière de TNT, doit déterminer si, dans le cadre de l'appel à candidatures qu'il avait lancé avant de délivrer l'autorisation, il aurait fait le même choix si la candidature retenue avait déjà fait l'objet des modifications qui lui sont soumises pour agrément. Vous pourriez en outre considérer que, pour procéder à cette appréciation, il doit prioritairement tenir compte des changements intervenus dans la composition du capital social et des effets de l'opération sur la diversité des opérateurs. Dans ce cas, vous seriez nécessairement conduits, à notre sens, à annuler la décision du CSA : dès lors que, au stade de la délivrance initiale des autorisations, le critère de la diversification des opérateurs a clairement été essentiel, et qu'il a été voulu comme tel par le législateur, tout examen d'agrément à la lumière de la situation de fait existant à la date de l'autorisation initiale vous conduirait à censurer la décision pour erreur d'appréciation.

- Il ne nous semble cependant pas possible de retenir une telle lecture de la loi, ni au regard des objectifs poursuivis par le législateur, ni au regard de votre jurisprudence.

En ce qui concerne tout d'abord l'équilibre défini par la loi de 1986 modifiée, nous ne pouvons que relever que, si l'article 42-3 fait état des « changements intervenus dans la composition du capital social ou les organes de direction et dans les modalités de financement » comme justification possible d'un refus, l'analyse à laquelle doit procéder le CSA n'est ni limitée à ce critère, ni exempte d'appréciation sur ses effets.

Sur le premier point, c'est en effet au regard de l'ensemble des critères définis par les articles 29 et 30-1 que le CSA doit procéder à l'examen de la demande. Or, l'article 29 prévoit que le Conseil accorde les autorisations en appréciant « l'intérêt de chaque projet pour le public au regard des impératifs prioritaires que sont la sauvegarde du pluralisme des courants d'expression socio-culturels, la diversification des opérateurs et la nécessité d'éviter les abus de position dominante ». Et ces trois impératifs ne nous semblent pas exactement sur le même plan.

En matière audiovisuelle, le principe cardinal est celui du pluralisme des courants d'expression, qui participe de l'objectif de valeur constitutionnelle, consacré par le Conseil constitutionnel dans plusieurs décisions successives, de pluralisme des courants de pensée et d'opinion (Cons. const., 27 juillet 1982, n° 82-147 DC ; n° 84-181 DC du 10 octobre 1984, *Entreprises de presse* ; 86-217 DC du 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication audiovisuelle*). C'est à l'aune de ce principe que doit être apprécié l'intérêt d'un projet pour le public, et le CSA doit donc, d'abord, apprécier si le projet qui lui est soumis présente un intérêt propre de nature à satisfaire cette exigence. Il s'agit là de s'assurer que le projet est de nature à garantir la meilleure qualité de service possible, ce qui passe notamment par l'intérêt et la diversité des programmes, l'ampleur des écrans ou encore la diversité des sources de financement. Et ce n'est qu'à partir de ce constat que le CSA, dans un deuxième temps, doit vérifier si le projet en cause s'insère harmonieusement dans le paysage audiovisuel existant, c'est-à-dire si une diversification et une concurrence **suffisantes** des acteurs permettent de préserver un accès équilibré aux deux marchés que nous avons déjà

évoqués sous le premier volet de la présente affaire, à savoir le marché des droits de diffusion et le marché publicitaire. Votre jurisprudence confirme d'ailleurs cette importance « relative » de la diversité des opérateurs en jugeant, comme nous vous l'avons indiqué, qu'une modification dans la composition du capital d'une société, même assortie d'une réorganisation de la direction, n'implique pas à *elle seule* que le CSA doive retirer une autorisation ou refuser son agrément (16 octobre 1998, *Société NRJ*, précitée ; CE, 28 juillet 1999, *Société EMAP France et société EMAP International Magazine SA*, n° 196864Rec. p. 276 ; CE, 26 mai 2010, *Société NextradioTV*, précitée), même si elle peut parfois suffire (CE, 15 janvier 1997, *Association Radio Sud Vendée Pictons*, n° 177989, Rec. p. 20). En revanche, il ressort clairement de votre jurisprudence que ce critère doit être articulé avec le caractère déterminant de l'intérêt pour le public (CE, 11 décembre 1996, *Société communication du centre*, n° 130674, Tables p. 688), apprécié à l'aune du principe de pluralisme et au regard de la qualité des programmes, (voyez, pour une décision validant un refus d'autorisation, au motif que l'objectif de pluralisme des courants d'opinion serait mieux rempli par d'autres services qui permettrait de diversifier l'offre : CE, 19 juin 2000, *Société canal 9*, n° 202135).

Si nous rejoignons la société requérante sur l'importance du critère de la diversité des opérateurs, nous ne partageons donc pas son analyse sur son caractère prééminent voire exclusif. Tout l'enjeu du dispositif est de préserver un équilibre, en permettant la vie économique du secteur, qui passe notamment par des opérations d'achat ou de vente des chaînes autorisées à émettre, sans compromettre la possibilité des autres chaînes de bénéficier du chaînage vertueux recettes publicitaires / droits de diffusion / programmes variés et de qualité.

Il est vrai, que, en matière de TNT, le principe de diversité des opérateurs a, initialement, revêtu un caractère **particulièrement important, qui pourrait vous conduire à vous interroger sur ce secteur** : l'objectif du législateur, lorsqu'il a adopté la loi du 1^{er} août 2000, était clairement de favoriser l'entrée d'opérateurs indépendants des groupes historiques sur le marché de la TNT gratuite privée. Les éditeurs historiques de services de télévision en mode analogique à vocation nationale avaient d'ailleurs vu leur propre part « sanctuarisée », puisque le législateur leur avait laissé la possibilité de reprendre intégralement et simultanément leur service sur un canal numérique, mais aussi d'obtenir un droit d'usage de la ressource radioélectrique « compensatoire », pour la diffusion d'un autre service en mode numérique, ce qui est parfois qualifié de canal « bonus ». Il a ultérieurement, par la loi du 5 mars 2007 relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur, prévu qu'à l'extinction complète de la diffusion par voie hertzienne en mode analogique, soit en novembre 2011, les éditeurs TF1, M6 et Canal+ pourraient bénéficier, sous conditions et pour compenser la fin anticipée des autorisations dont ils étaient titulaires, d'un second canal bonus. Vous pourriez donc être tentés de considérer que les groupes historiques ne pouvaient ainsi aller au-delà de cette part prévue par la loi. Mais ce serait oublier que le législateur ne s'est pas opposé à ce que ces opérateurs historiques acquièrent des autorisations pour des canaux supplémentaires, que ce soit dans le cadre de procédures d'appel à candidatures ou du fait d'opérations d'acquisition. Il faut en effet avoir à l'esprit que l'article 41 de la loi fixe un plafond de sept autorisations détenues directement ou indirectement par la même personne. Or, les opérateurs historiques n'en détiendront que 3 de plein droit en novembre 2011, ce qui signifie qu'ils peuvent encore en acquérir 4 chacun par d'autres biais, sous réserve évidemment de ne pas porter une atteinte grave à l'équilibre du secteur.

L'appréciation de cet équilibre, dont le législateur a donc admis qu'il puisse évoluer, renvoie à la deuxième question : celle de la situation de fait à prendre en compte. Votre jurisprudence nous semble, nous l'avons dit, déjà engagée, puisque vous avez jugé que le CSA doit procéder à l'appréciation des modifications qui lui sont soumises en prenant en considération le paysage du secteur tel qu'il est au moment où il se prononce sur la demande d'agrément (CE, 26 mai 2010, *Commune de la Roche-sur-Yon*, précitée). Il est vrai que ce contrôle quelque peu « dual » peut sembler, en première analyse, d'un maniement délicat, puisque cela revient, en quelque sorte, à apprécier la situation d'aujourd'hui au regard des critères d'hier. C'est ce qui explique d'ailleurs la position de la société requérante. **Mais il nous semble que c'est pourtant la solution qui s'impose, sauf à ignorer l'importante évolution du secteur et, par suite, à priver d'objet la procédure d'agrément instaurée par la loi de 1986 telle qu'interprétée par votre jurisprudence. Si en effet vous n'acceptiez pas que le CSA prenne en compte les évolutions intervenues, compte tenu des bouleversements que connaît la TNT depuis 10 ans, cela reviendrait quasiment à imposer un nouvel appel à candidature à chaque opération. Le principe reste bien celui de l'évolution du secteur, dans le respect de ses grands équilibres. Nous vous proposons donc de juger explicitement que, lorsqu'il est saisi d'une demande d'agrément, le CSA doit examiner si les modifications en cause ne sont pas de nature à affecter un élément fondamental qui l'avait conduit à délivrer l'autorisation initiale au vu de l'ensemble des critères légaux, compte tenu, d'une part, des effets de ces modifications sur l'équilibre du secteur audiovisuel à la date à laquelle il se prononce et de l'évolution de ce secteur entre l'autorisation initiale et la date de sa décision, d'autre part, du contenu même du projet en cause, et, enfin, des engagements pris par les parties.**

Si vous nous suivez sur ce cadre juridique, vous devrez alors écarter l'erreur de droit tirée de ce que le CSA ne pouvait prendre en compte les équilibres du secteur de la télévision numérique terrestre à la date à laquelle il a pris sa décision. Vous devrez également, compte tenu de ce que nous vous avons dit, écarter l'argumentation principale de la société M6 selon laquelle l'opération ne pouvait en tout état de cause pas faire l'objet d'engagements de nature à compenser ses effets, dès lors qu'elle méconnaissait le principe prioritaire de diversité des acteurs.

Vous devrez alors vous prononcer sur l'appréciation que le CSA a porté en l'espèce sur la demande d'agrément, c'est-à-dire sur les effets concrets de l'opération et le caractère suffisant des engagements pris pour y remédier.

S'agissant tout d'abord de l'équilibre global du secteur, l'opération en cause ne nous semble pas de nature à compromettre substantiellement le maintien d'une diversité suffisante des opérateurs dans le secteur de la TNT. Au terme de la sélection des premières chaînes de la TNT en 2003, au cours de laquelle TMC et NT1 avaient obtenu une autorisation, la TNT gratuite comprenait, outre les 6 chaînes du service public, 8 chaînes gratuites détenues par 7 opérateurs privés, le groupe M6 en détenant 2. En 2005, après le rachat des parts de Pathé dans TMC par les sociétés Groupe TF1 et AB, le secteur de la TNT gratuite regroupait 8 chaînes privées pour 6 opérateurs. Le 19 juillet 2005, à l'issue d'une deuxième vague d'autorisations, le secteur de la TNT gratuite comptait 12 chaînes pour 8 opérateurs, le groupe TF1 n'en comptant qu'une (TF1) et 40 % de TMC. A l'issue de l'opération en cause devant vous, le secteur compte donc 12 chaînes pour 7 opérateurs privés, le groupe TF1 ayant pris le contrôle de 3 chaînes. Si l'on retire les chaînes historiques, c'est donc neuf autres chaînes,

dont cinq détenues par des opérateurs indépendants, qui se partagent désormais le marché de la TNT privée gratuite. Eu égard à cette diversité capitalistique effective, l'opération litigieuse ne nous semble donc pas bouleverser les équilibres du marché : les nouveaux entrants représentaient 43,75 % en mars 2005 et 41,66 % après l'opération en cause. Les effets de l'opération doivent en outre être rapportés à la circonstance que, comme nous l'avons dit sous le précédent volet de l'opération et comme l'a relevé le CSA, la part d'audience de TF1 et sa part de marché publicitaire ont sensiblement décliné entre 2003 et 2010, alors que, parallèlement, les parts d'audience et les investissements publicitaires des nouvelles chaînes gratuites de la TNT ont connu une forte progression. L'opération a donc un effet de rééquilibrage des évolutions intervenues entre les autorisations initiales et l'opération litigieuse.

Quant aux engagements pris, ils nous semblent de nature – au-delà de ceux pris devant l'Autorité de la concurrence, dont la visée était concurrentielle – à garantir la qualité et la diversité des programmes, donc le pluralisme des courants d'expression et, par voie de conséquence, l'intérêt pour le public. Outre les engagements pris devant l'Autorité de la concurrence, les parties ont notamment pris devant le CSA les engagements suivants : augmenter les investissements en productions inédites destinées à TMC et NT1 ; accroître les obligations de programmation d'œuvres d'expression française ou européenne de NT1 ; diffuser des programmes inédits entre 14h00 et 23h00 à hauteur de 365 heures pour TMC et de 456 heures pour NT1 ; diffuser sur NT1 une émission culturelle à des heures d'écoute favorables ; favoriser la programmation sur cette chaîne de nouveaux talents et de nouveaux formats ; diffuser, à raison de six par an pour TMC et de douze par an pour NT1, des captations ou créations de spectacles vivants. Enfin, il est prévu que le groupe TF1 souscrive une clause de libération anticipée des droits de diffusion qu'il détient après la dernière diffusion sur l'une des antennes du groupe, même si la période d'exclusivité n'est pas échue.

La société M6 soutient devant vous que ces engagements sont insuffisants. Elle considère en fait que les programmes des trois chaînes auraient dû être entièrement « tunnelisés », en quelque sorte, les chaînes se voyant interdire toute rediffusion croisée. Mais ainsi que nous l'avons dit sous la première affaire, les engagements souscrits en l'espèce restreignent considérablement les possibilités de rediffusion. De même, la société requérante fait valoir que NT1 et TMC pourront assurer des promotions croisées, même si TF1 ne le pourra pas. Mais le point ne nous semble pas dirimant : de fait, la chaîne principale ne sera pas en mesure d'assurer la publicité de ses petites sœurs, et la simple publicité croisée entre deux chaînes de poids modeste n'est pas de nature à bouleverser les équilibres existants. Quant aux autres arguments de la société requérante, ils rejoignent en grande partie ceux développés sous la requête précédente.

Nous pensons donc, pour notre part, que, compte tenu de leur portée, ces engagements, pris dans leur globalité, sont de nature à préserver la diversité de l'offre de programmes et à garantir le maintien d'une ligne éditoriale propre à chacune des trois chaînes.

4/ Reste donc un ultime moyen, tiré du détournement de procédure (cf, pour l'opérance de ce moyen, CE, 1er décembre 1995, *Société Métropole Télévision (M6)*, Rec. p. 422). La société M6 soutient ainsi que la décision litigieuse revient à accorder à TF1 deux autorisations sans respect de la procédure d'appel à candidatures prévue par l'article 30-1 de

la loi de 1986, alors que TF1 n'avait pas su profiter de son canal compensatoire en 2002 et avait vu la candidature de sa chaîne TV Breizh rejetée. Mais si vous nous avez suivi précédemment, vous ne pourrez que juger que la décision litigieuse a été prise dans le cadre des pouvoirs que le Conseil supérieur de l'audiovisuel tient de l'article 42-3 de la loi de 1986.

Vous pourrez donc rejeter cette seconde requête.

Les parties ont présenté des conclusions sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative dans les deux affaires : si vous nous suivez pour rejeter les deux requêtes, ces dispositions font obstacle à ce qu'il soit fait droit à la demande de la société M6. Vous pourrez en revanche mettre à la charge de la société M6 le versement d'une somme globale de 3 000 euros à TF1, NT1 et TMC dans chacune des deux affaires et, sous le n° 338197, le versement d'une somme de 3 000 euros à l'Autorité de la concurrence.

Et, par ces motifs, nous concluons à l'admission de l'intervention de la Société des auteurs et compositeurs dramatiques, de l'Union syndicale de la production audiovisuelle et du Syndicat des producteurs de films d'animation sous les deux requêtes ; au rejet des deux requêtes de la société Métropole Télévision et à ce que soit mise à la charge de la société Métropole Télévision le versement d'une somme globale de 3 000 euros aux sociétés TF1, TMC et NT1 au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative dans chacune des deux affaires, ainsi que le versement d'une somme de 3 000 euros à l'Autorité de la concurrence sur ce même fondement sous le n° 338197.