

**N° 362347**  
**Société Groupe Canal Plus, Société Vivendi**

**N° 363703**  
**Société Numéricâble**

**N° 363542**  
**Société Parabole Réunion**

**Assemblée du Contentieux**

**Séance du 14 décembre 2012**  
**Lecture du 21 décembre 2012**

## **CONCLUSIONS**

### **M. Vincent DAUMAS, rapporteur public**

Avec la requête n° 353856 que nous venons d'examiner, nous en étions resté à la décision prise par l'Autorité de la concurrence le 20 septembre 2011 de retirer l'autorisation donnée à la concentration TPS / CanalSat. En application de cette décision, les sociétés Groupe Canal Plus (GCP) et Vivendi, parties à l'opération de concentration, devaient soit renoncer à cette opération, ce qui n'était guère réaliste quatre ans et demi après sa réalisation, soit notifier à nouveau l'opération à l'Autorité de la concurrence afin qu'elle procède à son réexamen. C'est cette seconde option qu'elles ont choisie, bon gré mal gré. L'Autorité, après une nouvelle analyse concurrentielle, a rendu sa décision le 23 juillet 2012 (décision n° 12-DCC-100). Elle a autorisé à nouveau l'opération, mais elle a accompagné cette autorisation de trente-trois injonctions. Certaines reprennent la substance des engagements qui figuraient déjà dans la décision ministérielle d'autorisation de 2006. D'autres vont nettement plus loin.

Sous le n° 362347, les Sociétés GCP et Vivendi vous demandent l'annulation de la décision du 23 juillet 2012, en ce qu'elle leur fait grief, c'est-à-dire en ce que les injonctions prononcées vont trop loin. Ces mêmes sociétés ont également demandé à votre juge des référés, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, la suspension de l'exécution de cette décision. Cette demande a été rejetée pour défaut d'urgence par une ordonnance du 22 octobre 2012 (n° 362346), le juge des référés ayant pris en compte dans son appréciation la circonstance que l'affaire était inscrite au rôle de ce jour.

Sous les n°s 363542 et 363703, deux concurrents de GCP attaquent la même décision du 23 juillet 2012, mais, cette fois, en ce qu'elle n'imposerait pas assez d'obligations à ce dernier. L'un, la Société Parabole Réunion, est un distributeur satellite actif sur le marché de l'océan Indien, dont nous avons déjà parlé. L'autre, la société Numéricable, est le principal cablo-opérateur sur le marché français et exerce également une activité de distributeur de services de télévision payante.

Par ailleurs, la société Parabole Réunion a demandé au ministre chargé de l'économie de faire usage du pouvoir d'évocation des affaires de concentration qu'il tient des dispositions du II de l'article L. 430-7-1 du code de commerce – nous l'avons déjà mentionné. Le ministre a refusé par une décision du 28 août 2012. Parabole Réunion, dans la requête qu'elle présente, vous demande aussi d'annuler cette décision.

Mentionnons enfin, pour compléter ce tableau, que l'Autorité de la concurrence a pris, le 23 juillet 2012, une seconde décision relative à une autre concentration impliquant les sociétés GCP et Vivendi. Cette décision (n° 12 DCC-101) autorise la prise de contrôle par ces sociétés des activités de télévision gratuite du groupe Bolloré, notamment les chaînes Direct 8 et Direct Star diffusées en clair sur la télévision numérique terrestre (TNT). Elle est assortie de la reprise d'engagements présentés par GCP et Vivendi, que plusieurs des concurrents de GCP estiment insuffisants, puisqu'ils vous ont présenté des requêtes tendant à son annulation. Ces requêtes, qui posent des questions distinctes, n'ont pas été inscrites au rôle de ce jour.

\*\*\*

Les trois requêtes qui viennent d'être appelées sont dirigées contre la même décision. En outre, elles présentent à juger des questions connexes. Vous pourrez les joindre pour statuer par une seule décision.

Dans un premier temps, nous examinerons les requêtes en tant qu'elles sont dirigées contre la décision de l'Autorité de la concurrence du 23 juillet 2012. Nous terminerons par l'examen de la requête de la société Parabole Réunion, en tant qu'elle est dirigée contre le refus du ministre de se saisir de l'affaire.

## **I. Sur la décision de l'Autorité de la concurrence du 23 juillet 2012**

---

Nous vous invitons tout d'abord à vous pencher sur la décision de l'Autorité de la concurrence du 23 juillet 2012.

Passons rapidement sur quelques questions préliminaires.

Votre compétence pour examiner les requêtes contre la décision prise le 23 juillet 2012 par l'Autorité de la concurrence n'est pas douteuse.

L'intérêt pour agir des sociétés GCP et Vivendi contre cette décision ne fait pas de doute non plus : alors même qu'il s'agit d'une décision autorisant l'opération qu'elles ont notifiée, vous admettez l'intérêt pour agir des parties lorsque cette autorisation est accompagnée d'injonctions (CE Section, 31 mai 2000, société Koramic-Building-Product SA et société Wienerberger-Baustoffindustrie AG, n° 211871, au Recueil p. 20).

Nous réservons, pour le moment, la question de la recevabilité des interventions présentées par la société Métropole Télévision et plusieurs sociétés du groupe TF1, les critères d'appréciation de cette recevabilité dépendant de la nature du recours dont vous êtes saisis.

1. Car avant d'aborder la question de la nature de ce recours et celle de votre office, il faut s'arrêter un instant sur celui de l'Autorité de la concurrence. La décision du 23 juillet 2012 est, en effet, atypique. Elle se prononce sur une opération de concentration effectivement réalisée le 4 janvier 2007, soit cinq ans et demi plus tôt.

Le législateur n'a pas prévu de régime particulier pour l'examen de la nouvelle notification à laquelle les parties à l'opération de concentration doivent procéder, en application des dispositions du IV de l'article L. 430-8 du code de commerce, en cas de retrait de l'autorisation donnée à cette opération. Dans ce silence, il paraît l'avoir soumise au même régime que la première notification. Et compte tenu de la mission de régulation confiée à l'Autorité, il est clair qu'il lui appartient de prendre une nouvelle décision en portant une appréciation sur les faits tels qu'ils sont à la date à laquelle elle statue. Vous l'avez admis dans le cas d'une annulation pour excès de pouvoir (CE 13 février 2006, société De Longhi SPA, n° 278796, au Recueil p. 70). Il nous semble que cela est vrai, *a fortiori*, en cas de « retrait » de l'autorisation, ce retrait s'assimilant, en réalité, à une abrogation.

Cette appréciation de la situation concurrentielle à la date à laquelle l'Autorité se prononce à nouveau sur l'opération appelle deux précisions.

Tout d'abord, elle doit tenir compte des obligations au respect desquelles l'autorisation donnée initialement était, le cas échéant, subordonnée et qui ont été, en tout ou partie, respectées. En effet, si tel est le cas, les faits constatés ne résultent pas du jeu normal du marché, tel qu'il se serait exprimé à la suite d'une autorisation inconditionnelle. Vous aurez à en tenir compte en l'espèce, GCP ayant observé certains des engagements figurant dans la décision d'autorisation du 30 août 2006.

Ensuite, l'Autorité ne peut se saisir que de la situation concurrentielle des marchés dont elle est en mesure de démontrer qu'ils sont affectés par l'opération de concentration. Lorsqu'elle se prononce avant la réalisation de l'opération, ce qui est le cas normal, une telle démonstration peut être apportée par le constat très simple que, sur le marché considéré, des pouvoirs jusqu'ici présumés indépendants s'exerceront désormais de manière conjointe. La question est moins évidente lorsque l'Autorité examine une opération déjà réalisée, spécialement quand elle remonte, comme en l'espèce, à plusieurs années en arrière. Si par exemple l'entité issue de la concentration a acquis une position dominante sur un nouveau marché, sur lequel aucune des deux entités préexistantes à la concentration n'intervenait<sup>1</sup>, rien ne permet de présumer que cette position découle de l'opération. Il appartiendrait alors à l'Autorité d'apporter les éléments permettant d'établir que cette position dominante découle d'un effet anticoncurrentiel de l'opération de concentration. Notons qu'en l'espèce, aucun des effets anticoncurrentiels identifiés par l'Autorité de la concurrence dans sa décision du 23 juillet 2012 n'est contesté sous cet angle.

2. Venons-en à la question des modalités de votre contrôle. En l'état de votre jurisprudence, d'une part, la demande tendant à l'annulation d'une décision autorisant une concentration a le caractère d'un recours pour excès de pouvoir (CE section, 9 avril 1999, société The Coca-Cola Company, n° 201853, au Recueil p. 119). D'autre part, cette décision

---

<sup>1</sup> Soit que ce marché n'existait pas à la date de la concentration, soit que l'entité issue de la concentration ait décidé, après l'opération, d'y étendre ses activités.

d'autorisation, lorsqu'elle est prise sous réserve du respect d'injonctions, présente avec ces injonctions un caractère indivisible (CE section, 9 avril 1999, société Interbrew France, n° 191654, p. 117 – encore que ce point ne figure pas dans l'analyse de la décision)<sup>2</sup>.

2.1. Ces deux questions ne sont pas totalement indépendantes. Mais nous sommes convaincu que la décision d'autorisation d'une concentration sous réserve du respect de mesures correctives, qu'il s'agisse d'injonctions, de prescriptions ou d'engagements, présente avec ces mesures correctives une indivisibilité en partie irréductible, et cela, quel que soit l'office du juge chargé de contrôler la légalité de cette décision.

Expliquons-nous.

Une décision autorisant une concentration sous réserve du respect de mesures correctives présente, en réalité, une double indivisibilité.

La première indivisibilité est commune à toutes les autorisations administratives conditionnelles que vous contrôlez en tant que juge de l'excès de pouvoir. Elle découle de ce que le juge regarde les conditions qui accompagnent l'autorisation comme les supports nécessaires de cette dernière. C'est ce raisonnement qui est au fondement de toute votre jurisprudence sur le caractère en principe indivisible des décisions administratives conditionnelles (sans prétendre à l'exhaustivité, voyez, explicitant ce raisonnement, CE 6 janvier 1970, *Sieur B...*, n° 75776, p. 30 ; CE 22 avril 1988, *M. M...*, n° 75755, aux Tables du Recueil p. 969 ; CE 30 octobre 1996, *M. J...*, n° 138243, aux Tables p. 688 ; CE 1er juillet 1981, *SA Carrières Chalumeau et autres*, n° 17890, au Recueil p. 293).

La seconde indivisibilité est propre au système de mesures correctives de l'autorisation de concentration. Elle résulte des liens existants entre les marchés, les effets anticoncurrentiels de l'opération et les mesures correctives adoptées pour y remédier. Bien souvent, ces mesures correctives auront pour objet de répondre à plusieurs effets anticoncurrentiels, agissent sur plusieurs marchés et n'auront de pertinence que les unes par rapport aux autres. Vous avez d'ailleurs reconnu cette seconde forme d'indivisibilité en jugeant, dans votre décision de section *société Métropole Télévision* du 30 décembre 2010 (n° 338197, au Recueil p. 551), alors qu'était contesté par un concurrent le caractère suffisant des mesures correctives adoptées, que la pertinence et l'efficacité de ces mesures ne pouvait être appréciée que globalement.

La première indivisibilité est, somme toute, assez faible. Si vous refusez d'annuler partiellement une autorisation conditionnelle, en tant seulement qu'une des conditions posées est illégale, c'est parce que vous refusez de vous prononcer sur la question de savoir si, privée de cette condition, qui constitue non seulement une partie du dispositif de la décision d'autorisation, mais aussi l'un de ses motifs, l'administration aurait pris légalement la même décision. Or, c'est à une question similaire que vous répondez lorsqu'en excès de pouvoir, vous mettez en œuvre la technique désormais classique de la neutralisation de motifs (CE assemblée, 12 janvier 1968, *min. c/Dame P...*, n° 70951, au Recueil p. 39) : vous recherchez si, une fois écarté le motif illégal retenu par l'administration, celle-ci aurait pris la même décision. Et c'est bien sûr un examen très familier au juge de plein contentieux ou

---

<sup>2</sup> La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne est dans le même sens s'agissant du contrôle des concentrations de dimension européenne : CJCE, 31 mars 1998, République Française c/ Commission, aff. C-68/94 dite « *Kali und Salz* », § 251-259.

plutôt, devrions-nous dire, aux différents juges des pleins contentieux, qui ont ceci de commun qu'ils ont le pouvoir de substituer leur propre décision à celle rendue par l'administration. Cette première indivisibilité nous semble donc, à elle seule, tout à fait dépassable. Elle le serait bien sûr dans l'hypothèse d'un passage à un contrôle de plein contentieux. Elle le serait également dans le cadre de votre contrôle actuel d'excès de pouvoir, au prix d'une innovation qui paraît mesurée. Elle reviendrait, certes, à l'abandon d'une lignée jurisprudentielle ancienne et constante. Mais, au fond, l'innovation en question ne serait rien d'autre que la combinaison de votre pouvoir d'annulation partielle et de celui qui vous permet de neutraliser des motifs illégaux. Et elle ne ferait que manifester, une fois de plus, un certain effacement des spécificités du contentieux d'excès de pouvoir, qui accomplirait un pas de plus dans le sens d'un rapprochement avec le plein contentieux

Reste la seconde indivisibilité que nous avons identifiée, qui nous paraît beaucoup plus forte car elle découle des faits et non de l'office du juge. Mais pour les mêmes raisons, elle est beaucoup plus contingente. Ainsi, si en règle générale une mesure corrective dont une autorisation de concentration est assortie reste inséparable de l'ensemble des autres mesures correctives adoptées, parce que toutes font système, nous n'excluons pas que, dans certaines hypothèses, certaines de ces mesures puissent revêtir un caractère divisible.

L'une de ces hypothèses de divisibilité est très pure : c'est celle dans laquelle la concentration crée, sur deux marchés distincts, des effets anticoncurrentiels complètement indépendants appelant des mesures correctives sans lien les unes avec les autres. Dans cette hypothèse, l'annulation de la ou des mesures correctives définies pour contrecarrer l'effet anticoncurrentiel identifié sur le premier marché peut être prononcée sans devoir être étendue à celles qui remédient à l'effet anticoncurrentiel affectant le second marché. Cette divisibilité ne pose aucune difficulté car la situation peut s'analyser, en réalité, comme mettant en jeu deux autorisations de concentration, distinctes et indépendantes l'une de l'autre.

D'autres hypothèses moins pures sont envisageables. Nous croyons impossible de les définir *a priori* avec précision car elles ne se saisissent que par une appréciation concrète de chaque cas d'espèce. Tout ce que nous pouvons en dire, à ce niveau de généralité, c'est que pour admettre la divisibilité d'une mesure corrective ou d'un sous-ensemble de mesures correctives, trois conditions nous semblent devoir être remplies. En premier lieu, elles doivent avoir pour objet de répondre à un ou plusieurs effets anticoncurrentiels identifiés et pas à l'ensemble d'entre eux. En deuxième lieu, les effets anticoncurrentiels en cause doivent pouvoir être pris en compte, avec l'ensemble de leurs conséquences, de façon isolée des autres effets anticoncurrentiels de la concentration. En troisième lieu, les mesures correctives doivent répondre aux seuls effets anticoncurrentiels considérés, et à aucun autre.

Reste, enfin, le cas des mesures qui ne répondent pas directement à un ou des effets anticoncurrentiels mais qui ont uniquement pour effet de permettre le contrôle de la bonne exécution des autres mesures correctives (c'est le cas de la nomination d'un mandataire, de celui de tenir et transmettre une comptabilité analytique, etc.). On pourrait certes défendre le point de vue selon lequel de telles mesures ne sont pas divisibles, si l'on considère que les mesures correctives adoptées ne le sont qu'au regard des moyens de contrôle dont elles sont assorties. Cela pourrait vous paraître, cependant, une conception excessivement rigoureuse de la divisibilité : la réalité des choses nous semble plutôt en ce sens que l'on définit les mesures correctives nécessaires, avant de mettre en place les moyens de les contrôler.

Si la question de la divisibilité de l'autorisation de concentration devait se poser dans la présente affaire, nous serions donc favorable à ce que vous adoptiez une conception souple permettant de regarder comme divisibles, au cas par cas et dans le cadre que nous avons tenté de tracer, certaines des mesures correctives qu'elle impose.

2.2. Cette précision apportée, nous vous proposerons de ne pas remettre en cause votre office de juge de l'excès de pouvoir, qui nous semble de loin le plus adapté au contrôle des concentrations.

Affirmer un passage à un contrôle de plein contentieux, en soi, ne signifie pas grand-chose. Comme l'ont bien montré nos collègues Damien Botteghi et Alexandre Lallet dans une chronique de jurisprudence parue à l'AJDA (« Le plein contentieux et ses faux-semblants », AJDA 2011 p. 156), ce qui importe c'est de définir quel est l'office du juge de chaque plein contentieux (pour un exemple récent, voyez la démarche suivie par votre section du contentieux, à propos du contentieux du revenu minimum d'insertion, dans l'affaire CE 27 juillet 2012, Mme L..., n° 347114, à publier au Recueil).

Il ne pourrait certainement s'agir que d'un plein contentieux objectif. La décision statuant sur l'opération de concentration, en effet, est loin d'être transparente : c'est elle qui est l'objet même du litige. Et ce plein contentieux devrait certainement admettre l'opérance des moyens de légalité externe : le respect des droits de la défense est une garantie de la procédure d'autorisation à laquelle il faut donner son plein effet.

Il faudrait aussi définir la date à laquelle ce juge de plein contentieux devrait apprécier la légalité de la décision administrative. En matière de plein contentieux objectif, seules les procédures dites « administrativo-juridictionnelles » conduisent le juge à se placer à la date à laquelle il statue. Ces procédures, qui concernent essentiellement les installations classées, les édifices menaçant ruine et les immeubles déclarés insalubres, restent exceptionnelles. Elles sont le fruit d'un héritage historique et se justifient par le fait que les décisions litigieuses concernent des risques. Bien sûr, l'autorité administrative, lorsqu'elle examine une opération de concentration, procède aussi à une analyse des risques. Mais les risques dont il s'agit ne sont pas comparables : la réalisation d'un risque anticoncurrentiel ne menace pas – du moins pas directement ! – la sécurité des biens et des personnes. Surtout, le juge devrait faire porter son appréciation sur un ensemble de faits autrement plus vastes et mouvants. Ainsi, au-delà de la difficulté à se saisir de la situation concurrentielle sur les différents marchés concernés par l'opération à la date à laquelle il statue, le juge serait conduit, lorsque ces marchés sont en évolution rapide, à prononcer régulièrement des annulations au seul motif que cette évolution a rendu caduque l'analyse concurrentielle sur laquelle s'est fondée l'autorité administrative. Pour ces raisons, dans le plein contentieux objectif que nous tentons de dessiner, le juge devrait se placer, classiquement, à la date de la décision attaquée – comme il en a l'habitude en plein contentieux fiscal ou en plein contentieux des sanctions.

Mais c'est surtout la question des pouvoirs dont disposerait ce juge de plein contentieux qui nous semble délicate.

En premier lieu, il ne serait pas plus libre, dans le maniement de son pouvoir d'annulation, que son *alter ego* d'excès de pouvoir. Car il se heurterait lui aussi à l'indivisibilité intrinsèque des systèmes de mesures correctives dont la décision d'autorisation

s'accompagne le cas échéant – sous réserve bien sûr des hypothèses, limitées, dans lesquelles nous croyons possible d'admettre la divisibilité de certaines de ces mesures.

En deuxième lieu, ce juge aurait bien sûr la faculté, en cas d'annulation – la plupart du temps totale, plus rarement partielle – de substituer sa propre décision à celle de l'autorité administrative. Mais il faudra alors, bien souvent, qu'il procède lui-même à une nouvelle analyse concurrentielle des marchés concernés pour s'assurer du caractère adapté et nécessaire de la décision qu'il prend, à la date à laquelle il statue. Cela n'est sans doute pas infaisable après un supplément d'instruction soigneusement mené, mais force est de constater que le juge ne dispose pas des outils pour ce faire. Bien sûr, il aurait toujours la faculté, même comme juge de plein contentieux, de renvoyer l'affaire à l'autorité administrative, à charge pour elle de se prononcer à nouveau en prenant en compte les motifs de sa décision d'annulation. Mais dans ce cas son office ne se distingue plus en rien de celui du juge de l'excès de pouvoir... Vous pourriez certes, débridant votre imagination, que nous savons sans limite, définir un plein contentieux objectif tout à fait inédit, dans lequel le juge apprécierait la légalité de la décision prise par l'administration sur la concentration à la date de cette décision puis, en cas d'annulation totale ou partielle, prendrait une nouvelle décision se substituant en tout ou partie à celle de l'administration à cette même date. Il pourrait alors, pour prendre sa décision, s'appuyer sur l'analyse concurrentielle de l'autorité administrative – si bien sûr il ne l'a pas remise en cause. Nous ne vous proposerons pas une telle solution car, en matière de contentieux tout au moins, l'imagination nous paraît céder devant l'impératif de cohérence : on pourrait comprendre que le juge prononce une injonction moins contraignante que celle qu'il aura jugée illégale, cette nouvelle injonction plus douce étant réputée prendre effet à la date de la décision administrative autorisant la concentration ; il serait déjà plus difficile d'expliquer, en cas d'injonction plus contraignante, que celle-ci doit être exécutée rétroactivement par les parties à compter de la date de la décision administrative d'autorisation ; surtout, ce système aurait ceci de paradoxal qu'il conduirait le juge à prononcer des injonctions qui, tout en étant pertinentes au regard de l'état des marchés à la date de la décision administrative attaquée, pourront être totalement inadaptées à la situation concurrentielle prévalant à la date de sa propre décision. En dehors de quelques lecteurs trop assidus des revues juridiques, nous ne croyons pas qu'une telle façon de faire convaincra le grand monde.

En troisième lieu et surtout, il existe une spécificité de la procédure de contrôle des concentrations qui ne nous semble pouvoir être entièrement respectée que si, en cas d'annulation, vous renvoyez l'affaire devant l'autorité administrative. Cette procédure est caractérisée par la priorité donnée aux engagements proposés par les parties qui ont notifié l'opération par rapport aux mesures correctives que l'administration peut imposer d'elle-même. C'est ainsi que la possibilité de prononcer des injonctions n'est ouverte que dans la deuxième phase de la procédure, celle de l'examen approfondi, alors que des engagements peuvent être proposés et acceptés dès la première phase. Et en pratique, même dans la phase d'examen approfondi de l'opération, l'autorité administrative ne recourt aux injonctions que si les engagements sont jugés insuffisants. Les engagements sont également au cœur de la procédure de contrôle des concentrations de dimension européenne (voyez, sur la nécessité de mettre les parties à même de proposer utilement des engagements, TPICE, 22 octobre 2002, Schneider Electric SA, aff. T-310/01, § 458-461). Or, dans l'hypothèse où le juge de plein contentieux que nous tentons d'imaginer déciderait, après avoir écarté la décision illégale contestée devant lui, de se prononcer lui-même sur la concentration, nous ne voyons pas comment il pourrait prendre en compte cette priorité donnée aux engagements sur les injonctions. Car il s'agit rien moins que de négocier avec les parties à la concentration, afin d'aboutir, au terme d'échanges itératifs prenant pour base les propositions d'engagements

qu'elles formulent, à une proposition d'engagements de nature à remédier aux effets anticoncurrentiels identifiés. Une telle phase de négociation nous paraît radicalement incompatible avec la procédure juridictionnelle, qui est formalisée, ouverte et contradictoire, dans laquelle elle devrait s'inscrire. Or il serait pour le moins étrange de consacrer un juge de plein contentieux, administrateur à la place de l'administration, qui se trouverait doté de pouvoirs moins larges que celle-ci. Et cela d'autant plus que les pouvoirs qui lui feraient défaut sont essentiels dans la procédure de contrôle des concentrations.

Pour nous résumer, le juge du contrôle des concentrations nous paraît devoir apprécier la légalité de la décision administrative attaquée à la date de celle-ci. Il devrait borner sa propre décision à une annulation, qui sera le plus souvent totale mais qui pourra, dans certaines hypothèses, n'être que partielle, à charge pour l'administration, s'il y a lieu, de reprendre le dossier et de statuer à nouveau, dans la mesure de l'annulation prononcée. Ce juge, vous le reconnaissez, c'est le juge de l'excès de pouvoir. Nous vous invitons donc à confirmer votre jurisprudence *société The Coca-Cola Company*.

2.3. Nous voudrions encore apporter quelques précisions sur la manière dont nous envisageons votre office de juge de l'excès de pouvoir, si vous admettez une conception élargie de la divisibilité d'une autorisation de concentration assortie de conditions.

Tout d'abord, tout comme la neutralisation des motifs d'une décision n'est, pour le juge de l'excès de pouvoir, qu'une simple faculté et non une obligation, il nous semble que vous pourrez toujours faire le choix d'annuler cette décision totalement plutôt que partiellement.

Ensuite, l'annulation d'une ou plusieurs mesures correctives seulement suppose de pouvoir affirmer que cette annulation ne remet pas en cause le principe même de l'autorisation. Cela recouvre deux hypothèses.

Il y a d'une part l'hypothèse dans laquelle vous annulez purement et simplement une mesure corrective, sans que cette annulation appelle de nouvelle décision de l'autorité administrative. Ce sera le cas, par exemple, lorsque la mesure corrective annulée visait à répondre à un effet anticoncurrentiel que vous n'estimez pas démontré, ou encore parce que, bien que démontré, vous estimez que les autres mesures correctives adoptées sont suffisantes pour y remédier. Il faut alors simplement juger, pour admettre la possibilité d'une annulation seulement partielle, que l'autorité administrative aurait choisi d'autoriser la concentration si elle s'était fondée uniquement sur les autres motifs de sa décision.

Il y a d'autre part l'hypothèse dans laquelle votre annulation implique que l'autorité administrative soit ressaisie d'un effet anticoncurrentiel autonome ou de plusieurs formant un ensemble autonome, et prenne de nouvelles mesures. Ce sera le cas, par exemple, lorsque vous annulez la mesure corrective au motif qu'elle n'est pas adaptée, c'est-à-dire qu'elle ne permet pas de remédier à l'effet anticoncurrentiel auquel elle était censée répondre, ou encore parce qu'elle est disproportionnée. Dans ce cas il y a encore place pour une nouvelle intervention de l'administration, qui devra prendre, dans la mesure de l'annulation prononcée, une mesure corrective plus adéquate ou moins excessive que la première. Dans cette seconde hypothèse, il vous faut juger que, quelles que soient les nouvelles mesures que l'autorité administrative est susceptible de prendre, elles ne remettront pas en cause le principe de l'autorisation.

Cette seconde hypothèse est plus constructive, mais l'envisager ne doit pas vous arrêter : en réalité, lorsque n'est plus en jeu qu'un seul effet anticoncurrentiel bien circonscrit, il nous semble que l'autorité administrative disposera toujours des mesures correctives pour le neutraliser, quitte à ce qu'elles soient drastiques : elle pourra, au pire des cas, prendre des mesures structurelles sur le seul marché restant concerné, qui auront pour effet d'annihiler les effets de la concentration elle-même sur ce marché.

Terminons sur ce point en indiquant que, lorsque le recours à une annulation partielle vous semblera possible et opportun, vous prendrez le soin d'indiquer, dans les motifs de votre décision, ce qu'implique exactement l'annulation que vous prononcez (voyez, pour une démarche similaire, CE 27 juillet 2001, M. T..., n° 222509, au Recueil p. 411 ; CE Assemblée, 29 juin 2001, M. V..., n° 213229, au Recueil p. 303).

Cette précision sur la nature du recours apportée, nous pouvons régler la question préliminaire que nous avons tout à l'heure réservée : nous vous le disions, la société Métropole Télévision, la société TF1 et plusieurs sociétés du groupe TF1 interviennent en défense de la décision de l'Autorité de la concurrence. Ces sociétés exercent le métier d'éditeur de chaînes et sont donc les concurrentes de GCP sur les marchés intermédiaires du secteur de la télévision payante. Vous admettez qu'elles ont intérêt au maintien de la décision attaquée et donc, qu'elles sont recevables à intervenir.

### 3. Et nous en venons enfin à l'examen des moyens des requêtes.

3.1. Les sociétés GCP et Vivendi soutiennent tout d'abord que la décision de l'Autorité du 23 juillet 2012 devrait être annulée par voie de conséquence de l'annulation de sa décision du 20 septembre 2011 retirant l'autorisation initialement donnée à l'opération de concentration. Si vous nous avez suivi, dans l'affaire n° 353856, pour rejeter la requête de ces sociétés, vous écarterez ce moyen.

Pour le reste, nous examinerons, classiquement, les moyens de légalité externe avant de nous pencher sur les moyens de légalité interne. Nous ne mentionnerons pas ceux des moyens soulevés qui ne nous paraissent manifestement pas fondés.

3.2. Au titre de la légalité externe, les Sociétés GCP et Vivendi se plaignent tout d'abord d'une méconnaissance du caractère contradictoire de la procédure, en invoquant le principe général du respect des droits de la défense.

Relevons, tout d'abord, que les textes organisent dans une certaine mesure le caractère contradictoire de la procédure suivie devant l'Autorité de la concurrence après ouverture de la phase d'examen approfondi d'une opération de concentration. Cela se comprend bien : contrairement à la phase d'examen préalable, qui ne peut déboucher que sur une autorisation de l'opération, le cas échéant sous réserve du respect des engagements proposés par les parties elles-mêmes, la phase d'examen approfondi peut déboucher sur un refus d'autorisation ou une autorisation assortie de prescriptions ou d'injonctions. Ainsi, d'une part, en vertu du deuxième alinéa de l'article L. 463-2 du code de commerce, rendu applicable à la procédure d'examen approfondi d'un projet de concentration par l'article L. 430-6, le rapport établi par les services d'instruction de l'Autorité est notifié aux parties, ainsi qu'au commissaire du Gouvernement et aux ministres intéressés, avec les documents sur lesquels se fonde le rapporteur et les éventuelles observations des intéressés. D'autre part, en vertu des dispositions du dernier alinéa du III de l'article L. 430-7, le projet de décision est

transmis aux « parties intéressées » auxquelles un délai raisonnable est imparti pour présenter leurs observations.

Le moyen soulevé par GCP et Vivendi pose la question de savoir si le principe général des droits de la défense est bien applicable aux parties qui ont notifié l'opération, en complément de ces obligations textuelles.

Vous n'avez pas pris clairement position sur ce point dans vos précédentes décisions statuant en matière de contrôle des concentrations<sup>3</sup>. La réponse n'est pas tout à fait évidente. La difficulté ne vient pas de ce que la décision de l'Autorité de la concurrence intervient en matière de police, dans laquelle le principe des droits de la défense n'est en règle générale pas applicable<sup>4</sup>. En effet, vous avez déjà surmonté cet obstacle en annulant, pour méconnaissance des droits de la défense, une décision autorisant une concentration, dans la mesure où elle était assortie d'une injonction qui affectait les droits d'un tiers alors que celui-ci n'avait pas été mis en mesure de présenter ses observations (voyez votre décision de section *société Interbrew France* précitée). L'hésitation à surmonter vient plutôt de ce que vous jugez, de manière constante, que les décisions prises sur une demande d'autorisation ne sont pas, sauf texte contraire, soumises au principe du contradictoire (CE 24 avril 1964, *Sieur D...*, n° 59194, au Recueil p. 243). Vous faites cependant une exception à cette règle pour imposer le respect des droits de la défense dans l'hypothèse d'un refus d'agrément ou d'un rejet de demande d'exercice d'une profession pris en considération de la personne de l'intéressé et reposant sur des faits non mentionnés dans sa demande (CE 6 avril 1992, *Procureur de la République c/ M. P...*, n° 119653, au Recueil p. 150 ; CE 25 novembre 1994, *M. P...*, n° 129381, aux tables du Recueil p. 753). Vous avez déjà mis en œuvre cette exception dans le domaine du contrôle des concentrations en jugeant que le principe du respect des droits de la défense était applicable lorsque le ministre rejette une demande d'autorisation comme irrecevable au motif que l'opération concernée n'a pas le caractère d'une concentration au sens de la réglementation (cette décision étant prise, sur la base de faits non mentionnés dans la demande, en considération des activités de l'entreprise : CE section, 31 mai 2000, *société Cora et société Casino-Guichard Perrachon*, n° 213161, au Recueil p. 194 avec les conclusions de F. Lamy).

En l'espèce, il nous semble que la décision attaquée entre également dans le champ de cette exception : d'une part, elle autorise la concentration certes, mais sous réserve du respect d'injonctions qui restreignent les droits des parties ayant procédé à la notification, sauf bien sûr à ce que ces dernières renoncent à la concentration, ce qui est peu désormais peu réaliste, nous l'avons dit ; d'autre part, elle est prise en considération des activités de l'entreprise et repose sur des éléments qui ne figuraient pas tous dans la demande d'autorisation puisque, nous allons y venir, l'Autorité a procédé à la consultation de tiers.

Nous vous invitons donc à regarder comme opérant le moyen tiré de la méconnaissance des droits de la défense.

Ce moyen tiré de la méconnaissance des droits de la défense est pris en cinq branches.

---

<sup>3</sup> Notamment pas, nous semble-t-il, dans les décisions *Société The Coca-Cola Company* et *Société Koramic-Building-Product SA* précitées.

<sup>4</sup> Voir notamment CE assemblée 30 janvier 1980, *min. c/ SA « Librairie François Maspero »*, n° 15392, au Recueil p. 811 ; et plus récemment CE 13 juillet 2010, *Association Les Authentiks*, n° 339257, au Recueil p. 296.

3.2.1. En premier lieu, les sociétés GCP et Vivendi estiment que le caractère contradictoire de la procédure a été méconnu dès lors que le rapport qui leur a été communiqué était incomplet, puisqu'il n'avait pas été procédé à l'analyse des données financières.

Les données en question avaient été demandées par les services d'instruction de l'Autorité de la concurrence le 6 avril 2012, demande renouvelée le 19 avril. Elles n'ont été fournies que le 4 mai. Le rapport, établi le 11 mai, mentionne que ces données sont en cours d'analyse. Une note d'analyse de ces données a été produite le 22 mai par l'Autorité de la concurrence et communiquée aux parties. La séance au cours de laquelle l'affaire a été examinée s'est tenue le 11 juin.

Il nous semble que cette façon de faire n'est pas critiquable. En effet, d'une part, les parties ont bénéficié d'un délai tout à fait suffisant, entre le 22 mai et le 11 juin, pour présenter utilement les observations qu'appelaient éventuellement la note d'analyse financière en question. D'autre part, cette note ne peut être regardée comme un rapport complémentaire qui serait venu pallier, le cas échéant, le caractère insuffisant du rapport établi le 11 mai. Si tel avait été le cas, les parties auraient dû bénéficier d'un nouveau délai de quinze jours ouvrés entre le dépôt du rapport complémentaire et la séance au cours de laquelle le collège de l'Autorité a examiné l'affaire, en application du deuxième alinéa de l'article L. 463-2 du code de commerce. Mais ce n'est pas ce que révèle l'examen de cette note d'analyse financière : son contenu ne remet en cause ni l'analyse concurrentielle ni les propositions d'injonctions contenues dans le rapport ; il se borne à les conforter.

3.2.2. En deuxième lieu, les requérantes soutiennent qu'elles n'ont pu faire valoir utilement leurs observations dès lors que les services d'instruction de l'Autorité ont procédé à de nombreuses occultations dans le rapport.

Les éléments occultés l'ont été au nom de la protection du secret des affaires. Les dispositions de l'article L. 463-4 du code de commerce, rendues applicable à la procédure d'examen approfondi d'un projet de concentration par l'article L. 430-6 du même code, prévoient en effet que : « Sauf dans les cas où la communication ou la consultation de ces documents est nécessaire à l'exercice des droits de la défense d'une partie mise en cause, le rapporteur général (...) peut refuser à une partie la communication ou la consultation de pièces ou de certains éléments contenus dans ces pièces mettant en jeu le secret des affaires d'autres personnes. Dans ce cas, une version non confidentielle et un résumé des pièces ou éléments en cause lui sont accessibles (...) ». La lettre de la loi est claire : si une information ou un document est nécessaire à l'exercice par une partie des droits de la défense, la protection du secret des affaires ne permet pas de faire obstacle à sa communication.

L'article R. 463-15-1 du code de commerce dispose pour sa part que : « Pour l'application de l'article L. 463-4 dans le cadre de l'examen des projets d'opérations de concentration prévu au titre III, les personnes apportant des informations à l'Autorité de la concurrence lui précisent en même temps celles qui constituent des secrets d'affaires. Le rapporteur général veille à ce que ces informations soient réservées à l'Autorité et au commissaire du Gouvernement et à ce que soient constituées, si nécessaire, des versions non confidentielles des documents les contenant (...) ». Vous voyez que ces dispositions réglementaires paraissent en décalage avec la priorité donnée par la loi au respect des droits de la défense.

Vous pourrez y remédier en les interprétant conformément à la loi et au principe général des droits de la défense. Vous jugerez que ces dispositions permettent au rapporteur général de refuser à une partie la communication d'informations mettant en jeu le secret des affaires d'autres personnes, mais qu'il lui incombe, dans les cas où la communication de ces informations est nécessaire à l'exercice par cette partie des droits de la défense, de lui donner accès à leur contenu. Cet accès pourra se faire au moyen de versions non confidentielles des documents contenant les informations en question ou de résumés suffisamment explicites pour permettre l'exercice des droits de la défense. Si cela n'est pas suffisant, il faudra communiquer le document lui-même.

Cette précision apportée, il nous semble, contrairement à ce que soutiennent les requérantes, que rien ne fait obstacle, par principe, à ce que le rapport établi par les services d'instruction de l'Autorité contienne des éléments occultés au nom de la protection du secret des affaires de personnes tierces à l'opération. Toutefois, conformément aux règles que nous venons de rappeler, il faudra que ces occultations trouvent leur limite dans les exigences du respect des droits de la défense.

L'application de ces règles devrait vous conduire à écarter cette branche du moyen.

Les requérantes se plaignent des occultations auxquelles il a été procédé à sept endroits du rapport, ainsi que du refus de communication des réponses au test de marché qui a été effectué.

Mais pour quatre des passages du rapport en question (§185, 213, 333 à 336 et 348), un résumé suffisamment explicite a été communiqué aux parties le 22 mai 2012. Pour un autre (§ 565 à 571), une version confidentielle, autrement dit « désoccultée », leur a été communiquée le 1<sup>er</sup> juin 2012. En ce qui concerne les réponses au test de marché, des versions non confidentielles ont été mises à leur disposition, qui les mettait à même de présenter utilement leurs observations, à l'exception, cela n'est pas contesté, de la réponse de la société Parabole Réunion ; toutefois, l'Autorité ne s'est pas fondée sur cette réponse elle-même, mais sur les documents qui y étaient annexés, qui ont été intégralement communiqués aux parties le 1<sup>er</sup> juin 2012. Quant au §131 du rapport, les éléments qu'il contenait n'ont pas été repris par l'Autorité de la concurrence dans les motifs de sa décision. La circonstance qu'un résumé insuffisant ait été communiqué aux parties est donc sans incidence sur la régularité de la procédure.

Reste l'occultation du paragraphe 110 du rapport. Il nous semble qu'ainsi que le soutiennent les requérantes, le résumé non confidentiel qui leur a été communiqué était insuffisant. Toutefois, le contenu de ce paragraphe figurait dans le projet de décision qui leur a été communiqué le 11 juillet 2012, en application des dispositions de l'article L. 430-7 du code de commerce. Il nous semble que dans ces conditions, et compte tenu de l'impératif de célérité qui caractérise l'économie générale de la procédure suivie<sup>5</sup>, vous pourrez admettre que les parties n'ont pas été privées de la possibilité d'en discuter utilement.

3.2.3. La troisième branche du moyen n'est pas sérieuse, vous l'écarterez.

---

<sup>5</sup> Voyez, prenant en compte cet impératif de la procédure d'examen des projets de concentration de dimension européenne pour apprécier le respect du caractère contradictoire de la procédure, TPICE, 27 novembre 1997, Kaysersberg c/ Commission, aff. T-290/94, points 107-108.

3.2.4. En quatrième lieu, les requérantes soutiennent que la décision de l'Autorité comporte une injonction qui ne figurait pas dans le projet de décision qui leur avait été communiqué.

C'est parfaitement exact mais pour autant, nous ne pensons pas qu'une telle circonstance traduise toujours une irrégularité. Les dispositions du dernier alinéa du III de l'article L. 430-7 du code de commerce, nous vous l'avons dit, prévoient que le projet de décision est communiqué aux parties intéressées, qui doivent disposer d'un délai raisonnable pour produire leurs observations. Ces dispositions impliquent nécessairement que l'Autorité soit en mesure de modifier son projet de décision pour tenir compte des observations formulées – sans quoi l'on ne voit pas quelle serait l'utilité de la communication prescrite. Bien sûr, ce pouvoir doit être encadré : par analogie avec ce que vous jugez, par exemple, en matière de procédures consultatives ou d'enquêtes publiques, il nous semble qu'il ne permet à l'Autorité ni de remettre en cause l'équilibre général du projet de décision, ni d'y apporter des modifications qui révéleraient qu'elle s'est saisie d'une question nouvelle jusqu'alors non évoquée<sup>6</sup> – sauf bien sûr à reprendre la procédure en communiquant un projet de décision modifié.

En l'espèce, il est constant que l'injonction 2-c qui a été ajoutée par l'Autorité dans sa décision avait pour objet de tenir compte des observations formulées par la société Groupe France Telecom Orange à la suite de la communication du projet de décision. Et cette injonction ne remet nullement en cause l'économie générale de la décision puisqu'il s'agit seulement d'une injonction « de précaution », visant à prévenir un possible contournement par GCP et Vivendi d'autres injonctions qui étaient prévues dans le projet de décision. Dans ces conditions, l'ajout auquel a procédé l'Autorité de la concurrence n'entache pas la procédure d'irrégularité.

3.2.5. En cinquième lieu, les requérantes soutiennent que les filiales de la société Groupe Canal Plus, qui sont directement concernées par certaines des injonctions prononcées, n'ont pas été mises en mesure de présenter leurs observations avant l'adoption de la décision attaquée. Vous écarterez également cette dernière branche du moyen : il est constant que les filiales de GCP étaient représentées par cette société au cours de la procédure suivie devant l'Autorité de la concurrence.

3.3. Les sociétés GCP et Vivendi se plaignent ensuite de ce que l'Autorité de la concurrence a procédé à une consultation publique dans des conditions irrégulières.

Il est constant que le 25 mai 2012, en cours d'instruction de l'affaire, l'Autorité a publié sur son site Internet une consultation portant sur les remèdes estimés nécessaires pour éviter que la concentration notifiée ne porte atteinte à la concurrence. La critique des requérantes est triple : d'abord, aucun texte ne permettrait à l'Autorité de mener une consultation publique sur les remèdes suggérés par des tiers ; ensuite, une telle consultation violerait le secret professionnel qui s'impose à l'Autorité en vertu des dispositions de l'article L. 462-9 du code de commerce ; enfin, elles n'auraient pas été mises à même de présenter leurs observations sur le principe et sur les résultats de la consultation publique

---

<sup>6</sup> Voyez, en matière de consultations, CE 27 novembre 1992, Fédération Interco CFDT et autres, n° 129600, au Recueil p. 426 ; CE assemblée, 23 octobre 1998, Union des fédérations CFDT des fonctions publiques et assimilés, n° 169797, au Recueil p. 360 ; CE 3 octobre 2003, Groupement des agriculteurs biologistes et biodynamistes du Maine-et-Loire, n° 253696, aux tables du Recueil p. 631 ; en matière d'enquêtes publiques : CE assemblée, 20 novembre 1981, SIVOM de Saint-Martin Vésubie Valdeblore, n° 20712, au Recueil p. 434 ; CE 3 novembre 1997, Comité intercommunal de défense du site du Pont-du-Gard, n° 160438, au Recueil p. 387.

Sur le premier point, comme le relèvent les requérantes, aucun texte ne prévoit une telle consultation. Mais aucun texte ne l'interdit non plus. Or, votre jurisprudence admet que l'administration puisse recourir à des consultations facultatives (CE Section, 15 mars 1974, Syndicat national CGT-FO des fonctionnaires et agents du commerce intérieur et des prix, n° 57703, au Recueil p. 188; CE 8 juillet 1988, Union nationale des syndicats de médecins des hôpitaux publics, n° 48679, au Recueil p. 282). Toutefois, quand un texte organise la procédure applicable, cette liberté de principe souffre deux exceptions : la première lorsque ce texte a complètement organisé la procédure, de sorte qu'il doit être regardé comme interdisant tout ajout (CE 19 mai 1993, M. W..., n° 86743, au Recueil p. 158), la seconde lorsque la consultation envisagée est incompatible avec ses dispositions (CE 26 janvier 1951, Sieur Donin de Rosière, n° 88059, au Recueil p. 43 ; CE Section, 8 janvier 1982, SARL Chocolat de régime Dardenne, n° 17270, au Recueil p. 1). Il nous semble que vous n'êtes, en l'occurrence, dans aucune de ces deux exceptions. La procédure applicable devant l'Autorité lorsqu'elle examine une opération de concentration qui lui a été notifiée n'est qu'en partie organisée par le code de commerce (cf. le renvoi assez lacunaire auquel procèdent les dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 430-6) et cette procédure laisse de larges espaces où peuvent se glisser des consultations. De surcroît, les dispositions du troisième alinéa de l'article L. 430-6 prévoient qu'« avant de statuer, l'autorité peut entendre des tiers en l'absence des parties qui ont procédé à la notification », ce qui nous paraît impliquer qu'elle peut, *a fortiori*, consulter des tiers par écrit.

Sur le deuxième point, il nous semble que l'organisation d'une consultation publique sur les mesures nécessaires pour corriger les effets anticoncurrentiels d'une opération ne viole pas, en elle-même, le secret professionnel. Nous relevons, à l'appui de cette proposition, que les dispositions du troisième alinéa de l'article L. 430-3 du code de commerce prévoient qu'à réception de la notification d'une opération de concentration, l'Autorité de la concurrence est tenue de publier un communiqué faisant état de cette notification.

Sur le troisième point, rien n'imposait à l'Autorité de recueillir les observations des parties ayant procédé à la notification avant de décider cette consultation. Et si le principe général des droits de la défense impliquait certainement que les résultats de la consultation leur fussent transmis, dès lors que l'Autorité les a pris en compte pour arrêter sa décision, ce principe a été respecté en l'espèce : ces résultats ont été communiqués aux parties le 11 juillet 2012, en même temps que le projet de décision ; compte tenu des délais dans lesquels l'Autorité devait statuer et de la circonstance que les injonctions retenues dans le projet de décision étaient déjà envisagées par le rapport, cela leur laissait un laps de temps suffisant pour présenter des observations (voyez, admettant un délai de quatre jours, votre décision *Société The Coca-Cola Company* précitée).

3.4. Le moyen suivant est plus intéressant. Il est tiré de ce que le principe d'impartialité rappelé par les stipulations de l'article 6 § 1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) aurait été méconnu. Ce moyen est inopérant, nous n'avons aucun doute à cet égard, car ces stipulations n'étaient pas applicables à la procédure suivie devant l'Autorité. L'intérêt du moyen tient dans la manière dont vous choisirez d'y répondre – si vous ne l'écartez pas par préterition !

Il est certain, tout d'abord, que l'Autorité ne s'est pas prononcée, par la décision attaquée, sur le bien-fondé d'accusations en matière pénale : la décision qu'elle a prise n'est pas une sanction ayant un caractère punitif, mais une simple mesure de police.

Le « volet pénal » de l'article 6 § 1 écarté, qu'en est-il de son « volet civil » ?

Nous pensons, tout d'abord, que l'Autorité de la concurrence a bien pris une décision affectant les « droits et obligations de caractère civil » des parties à l'opération de concentration. La Cour européenne des droits de l'homme reconnaît le caractère civil du droit d'exercer une activité professionnelle (Cour EDH plén., 23 octobre 1985, *Bentham c/ Pays-Bas*, n° 8848/80, § 36). Vous jugez de même (par exemple CE 17 mai 1999, *M. C...*, n° 180537, au Recueil p. 152 ; CE 3 novembre 1999, *M. Z...*, n° 203748, au Recueil p. 341). Une décision autorisant une opération de concentration sous réserve du respect d'injonctions constitue une limitation à l'exercice de l'activité des parties qui ont notifié l'opération. Il nous semble peu contestable, par suite, qu'elle affecte leurs droits et obligations de caractère civil. Du reste, en jugeant que la décision relative à une opération de concentration ne porte pas sur les droits et obligations civils des tiers à cette opération, vous semblez avoir admis, *a contrario*, que tel est en revanche le cas pour les entreprises parties à la concentration (CE 13 février 2006, société Fiducial informatique et société Fiducial expertise, n° 279180, au Recueil p. 67 – notons que les conclusions d'Emmanuel Glaser étaient expressément en ce sens).

Toutefois, cela n'est pas suffisant pour entrer dans le champ d'application de l'article 6 § 1 puisque vous jugez que ses stipulations, dans leur volet civil, « n'énoncent aucune règle ou aucun principe dont le champ d'application s'étendrait au-delà des procédures contentieuses suivies devant les juridictions et qui gouvernerait l'élaboration ou le prononcé de décisions par les autorités administratives qui en sont chargées par la loi ». Cette position transparaît déjà dans votre décision d'assemblée du 3 décembre 1999, *Caisse de crédit mutuel de Bain-Tresboeuf* (n° 197060, au Recueil p. 397), rendue le même jour que votre décision *M. D...* relative au champ d'application de l'article 6 § 1 dans son volet pénal. Elle est très clairement énoncée dans votre décision du 22 juin 2001, *Société Athis* (n° 193392, au Recueil p. 276).

Vous n'ignorez pas, cependant, que cette position s'éloigne très sensiblement de la démarche suivie par la Cour pour déterminer le champ d'application du volet civil de l'article 6 § 1. Celle-ci, en effet, ne s'arrête jamais aux qualifications retenues par le droit interne. La motivation profonde de cette position, à vrai dire, est le pragmatisme et la souplesse : elle permet de considérer que les multiples procédures particulières qui peuvent exister dans les Etats parties à la convention, aboutissant à des décisions rendues par une commission, une autorité administrative indépendante ou un autre organe administratif spécialisé et contre lesquelles n'existe pas de recours juridictionnel au sens strict ne sont pas nécessairement contraires à l'article 6 § 1<sup>7</sup>. La contrepartie nécessaire de cette souplesse est l'admission d'un champ d'application vaste qui ne peut être limité aux procédures suivies devant les seuls organes qualifiés, par le droit interne, de juridictions.

Cette conception large du champ d'application des stipulations de l'article 6 § 1 dans la jurisprudence de la Cour n'a cependant jamais signifié que toute procédure entrant dans ce champ doive respecter l'intégralité des garanties qu'elles énoncent. La position de la Cour, sur ce point, est absolument constante (voir notamment Cour EDH plén., 10 février 1983, *Albert et Le Compte c/Belgique*, n° 7299/75, série A n° 58 p. 16, § 29). La Cour commence

---

<sup>7</sup> Voyez par exemple, illustrant ce pragmatisme, Cour EDH, 1er juillet 1997, *Rolf Gustafson c/ Suède*, n° 23196/84.

généralement par recenser l'ensemble des organes ayant connu du litige, avant d'examiner si le requérant a bénéficié, compte tenu des différentes procédures suivies, du « droit à un procès équitable » garanti par l'article 6 § 1. Et tout comme en matière pénale, seules certaines des exigences posées par ses stipulations doivent s'appliquer à toutes les procédures entrant dans son champ d'application. C'est le cas du principe d'impartialité (Cour EDH 26 août 1997, *De Haan c/Pays-Bas*, n° 84/1996/673/895, § 52-54 ; Cour EDH 7 novembre 2000, *Kingsley c/Royaume-Uni*, n° 35605/97, § 58) ou du respect des droits de la défense (Cour EDH 22 mars 2005, *M. S. v/ Finland*, n° 46601/99, § 35-36).

A vrai dire, nous comprenons la position que vous avez prise il y a un peu plus d'une dizaine d'années en refusant, par principe, l'applicabilité des garanties procédurales prévues par l'article 6 § 1, dans son volet civil, à des organes qui ne pouvaient être regardés, en droit interne, comme des juridictions. C'est que les critères utilisés par la cour pour définir le champ d'application des stipulations de l'article 6 § 1, dans son volet civil, apparaissaient particulièrement flous. Vous avez voulu, pour votre part, poser un critère clair qui permette de déterminer avec suffisamment de certitude à quelles procédures ces stipulations étaient applicables.

Il nous semble que, depuis lors, la position de la Cour a évolué dans le sens d'une plus grande clarté.

Rappelons que les stipulations de l'article 6 § 1 mentionnent les « contestations sur [des] droits et obligations de caractère civil ». La principale incertitude qui affectait la jurisprudence de la Cour relative au champ d'application de cet article dans son volet civil tenait à la portée donnée à l'existence d'une « contestation ». Certains de ses arrêts semblaient ne pas y prêter attention, donnant le sentiment que toute décision prise par un organe sur des droits et obligations de caractère civil entraînait dans ce champ d'application. A vrai dire, la Cour apparaissait elle-même divisée sur le sujet (voir les opinions séparées émises dans l'affaire Cour EDH plén., 30 novembre 1987, *H. c/Belgique*, n° 8950/80). Or, dans le dernier état de sa jurisprudence, la Cour a réaffirmé clairement, en formation de grande chambre, que l'applicabilité de l'article 6 § 1 dans son volet civil suppose l'existence d'une contestation (Cour EDH gr. ch., 3 avril 2012, *Boulois c/ Luxembourg*, n° 37575/04, § 90 – l'opinion dissidente ne contestant pas ce point du raisonnement).

L'un de ses récents arrêts paraît même aller au-delà et restreindre le champ d'application de l'article 6 § 1 aux procédures de nature juridictionnelle puisqu'elle juge que « l'applicabilité de l'article 6 § 1 dans le contexte civil présuppose l'existence d'un 'tribunal' qui décidera des 'contestations' sur un 'droit de caractère civil' » (Cour EDH, 15 janvier 2009, *Argyrou c/Grèce*, n° 10468/04, § 22). A suivre cette dernière solution, l'applicabilité de l'article 6 § 1 dans son volet civil dépendrait donc aussi de l'existence d'un tribunal au sens matériel du terme, c'est-à-dire, selon la définition qu'en donne la Cour, d'un organe chargé de « trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence » (Cour EDH plén., 22 octobre 1984, *Sramek c/ Autriche*, série A n° 84, § 36 ; *Argyrou* précité, § 24). La solution *Argyrou* mériterait certes d'être confirmée. Si elle l'était, elle manifesterait un resserrement très net du champ d'application du volet civil et, dans une certaine mesure, un rapprochement avec votre propre jurisprudence.

Que déduire de tout cela ?

Il nous semble que vous ne pouvez maintenir en l'état votre jurisprudence *Société Athis* de 2001, laquelle, en se référant à des catégories du droit interne, nous paraît trop éloignée de la démarche de la Cour de Strasbourg. Vos décisions portant sur la question du champ d'application de l'article 6 § 1 dans son volet civil ne sont pas très nombreuses, mais nous relevons que vous n'avez pas reproduit le considérant de principe issu de la décision *Société Athis* depuis 2003<sup>8</sup>. Vos décisions postérieures sont d'ailleurs beaucoup plus proches de la démarche suivie par la Cour : la solution adoptée concernant l'applicabilité ou non de l'article 6 § 1 se présente comme propre à l'organisme concerné et non comme découlant d'un principe qui exclurait systématiquement l'application de ces stipulations, dans leur volet civil, à des organismes administratifs (CE 10 mars 2004, SARL ACBM, n° 254110, aux Tables du Recueil p. 694-799 ; CE 2 octobre 2006, M. K..., n° 282028, aux Tables p. 869-873-940).

Nous vous proposons de retenir une approche similaire en utilisant le critère de l'existence d'une « contestation » sur des droits et obligations de caractère civil, comme le fait la Cour, tout en adoptant une conception exigeante de ce critère. Vous écarteriez de la sorte, évidemment, toutes les procédures suivies devant des autorités administratives lorsqu'elles se bornent à examiner pour la première fois les demandes qui leur sont soumises. Vous écarteriez aussi, si vous êtes d'accord pour retenir une conception étroite de la notion de « contestation », toutes les procédures administratives précontentieuses, qu'il s'agisse de recours gracieux, de recours hiérarchiques et même de la plupart des recours administratifs préalables obligatoires : il nous semble que vous seriez fondés à regarder ces procédures comme ayant pour objet, non de trancher une contestation, mais de fixer ce qui, en amont, constituera la position définitive de l'administration. A notre sens, en suivant cette ligne directrice, les seuls organes administratifs qui pourraient être regardés comme saisis d'une « contestation » au sens de l'article 6 § 1 seraient des organes suffisamment indépendants de l'autorité administrative pour pouvoir être assimilés à des tiers chargés de trancher un litige entre administration et administré... autrement dit, des organes que vous auriez toutes les chances de qualifier vous-mêmes de juridictions. En raisonnant de la sorte, vous manifesteriez l'attention que vous portez à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, sans pour autant remettre en cause les limites du champ d'application des garanties procédurales de l'article 6 § 1, dans son volet civil, qui découlent de votre jurisprudence actuelle.

Il nous reste à appliquer cette approche au cas d'espèce. Il ne fait aucun doute, que vous adoptiez d'ailleurs une conception large ou étroite de la notion de « contestation », que l'Autorité de la concurrence n'était pas saisie d'une contestation qu'elle aurait tranchée. Certes, la procédure suivie devant l'Autorité est organisée dans une certaine mesure et, comme pour toute autorité administrative, son action est encadrée par les règles de droit, de sorte qu'il serait vain de nier qu'elle présente certains traits communs avec un « tribunal » au sens matériel. Mais l'Autorité de la concurrence était seulement saisie d'une demande présentée par les parties ayant notifié l'opération de concentration, tendant à ce que cette opération fût autorisée. En statuant sur cette demande, elle a pris une décision de police. C'est ensuite seulement qu'est née une contestation, dont vous êtes aujourd'hui saisis. Si vous nous suivez vous écarterez, pour ce motif, l'applicabilité des stipulations de l'article 6 § 1 de la CEDH à la procédure suivie devant l'Autorité de la concurrence.

3.5. Reste que le principe d'impartialité invoqué est aussi un principe général du droit qui s'impose à toute autorité administrative (pour une application récente, voir CE section, 30 décembre 2010, société Métropole Télévision, n° 338273, au Recueil p. 551). Il

---

<sup>8</sup> CE 23 mai 2003, EDF et Société nationale d'électricité et de thermique, n° 240512, aux tables du Recueil.

faut donc aussi examiner sous cet angle le moyen présenté par les sociétés GCP et Vivendi. Leur argumentation est double.

3.5.1. Elles se plaignent, tout d'abord, de ce que certains des membres du collège ayant participé à l'adoption de la décision attaquée avaient également pris part à la décision du 20 septembre 2011 par laquelle l'Autorité a prononcé la sanction de retrait de la première autorisation de concentration. Vous écarterez cette première branche du moyen : si vous deviez appliquer le principe d'impartialité qui s'impose aux juridictions, par construction plus exigeant, vous regarderiez la décision de sanction du 20 septembre 2011 d'une part, la décision attaquée d'autre part, comme portant sur des questions distinctes. Dans le même ordre d'idée, nous observons que le Conseil constitutionnel, dans sa décision rendue sur la question prioritaire de constitutionnalité posée dans l'affaire n° 353856, juge que le cumul du pouvoir d'autorisation d'une concentration (art. L. 430-7 du code de commerce) et du pouvoir de sanction en cas de méconnaissance des obligations accompagnant cette autorisation (art. L. 430-8) ne pose pas de difficulté au regard du principe d'impartialité qui s'applique aux juridictions en vertu de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Si le cumul autorisation-sanction est acceptable à cet égard, il nous semble là aussi qu'*a fortiori*, le cumul sanction-autorisation est admissible au regard du principe d'impartialité qui s'impose aux autorités administratives. Précisons sur ce point que, contrairement aux requérantes, nous ne lisons pas la décision du Conseil constitutionnel comme vous invitant à juger que les différents pouvoirs attribués par la loi au collège de l'Autorité devraient être exercés par ses différentes formations, telles qu'elles sont prévues par les dispositions de l'article L. 461-3 du code de commerce. Si tel avait été la condition de la conformité à la Constitution de ce cumul de pouvoirs, le Conseil constitutionnel aurait formulé une réserve d'interprétation.

3.5.2. Les requérantes se plaignent, ensuite, de ce que la presse a divulgué, au cours de l'examen de leur demande par l'Autorité de la concurrence, la teneur de l'avis que le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) s'apprêtait à émettre. Vous écarterez également cette branche du moyen, rien ne permettant de penser que l'Autorité se serait sentie liée par cet avis.

3.6. Un des moyens qui suit est plus consistant. Il nous a semblé, à première vue, délicat, tout comme il l'avait paru à votre juge des référés, mais nous sommes finalement d'avis qu'il faut l'écarter.

L'Autorité de la concurrence a statué sur l'opération en formation plénière. Sa décision, rendue le 23 juillet 2012, a été précédée d'une unique séance tenue le 11 juin 2012, à l'issue de laquelle le collège a délibéré. Entre ces deux dates, les parties ont présenté, le 26 juin 2012 puis le 10 juillet 2012, de nouveaux engagements.

La première proposition d'engagements a eu pour effet, nous vous l'avons déjà dit, en vertu des dispositions du II de l'article L. 430-7 du code de commerce, d'allonger le délai donné à l'Autorité pour statuer de vingt jours ouvrés. La seconde proposition d'engagements, présentée le 10 juillet, l'a été 13 jours avant l'expiration de ce délai allongé.

Par courrier du 29 juin, le président de l'Autorité a informé les parties de ce que les engagements présentés le 26 juin étaient trop éloignés des remèdes sur lesquels le collège avait délibéré. Par courrier du 11 juillet, soit le lendemain de la réception de la seconde proposition d'engagements, le président leur a fait savoir que ces nouveaux engagements

étaient eux aussi insuffisants, en même temps qu'il leur transmettait le projet de décision. Il est constant que la décision finale de l'Autorité a été rendue le 23 juillet 2012, sans nouvelle délibération formelle. Ses termes mêmes indiquent toutefois que les engagements ont été pris en compte et estimés insuffisants (§ 647-664).

Les requérantes en déduisent que leurs propositions d'engagements n'ont pas été examinées par le collège de l'Autorité, en méconnaissance des dispositions de l'article L. 430-7 du code de commerce.

Deux attestations versées au dossier par l'Autorité de la concurrence permettent de se faire une idée plus précise de la manière dont les deux propositions d'engagements ont été examinées. La première est signée du président, qui affirme avoir porté à la connaissance des membres du collège ces propositions et précise que ces derniers ont considéré que les engagements étaient insuffisants pour remettre en cause le sens du délibéré. La seconde est signée de l'ensemble des membres du collège ayant connu de l'affaire. Ils attestent avoir participé à la séance du 11 juin et au délibéré qui a suivi, puis indiquent : « Par courriers des 26 juin et 10 juillet 2012, les parties notifiantes ont proposé des engagements, qui ont été portés à notre connaissance par le président de l'Autorité. Nous avons considéré que ceux-ci n'étaient pas de nature à remettre en cause le sens de notre délibéré, compte tenu de leur caractère manifestement insuffisant au regard des problèmes que nous avons identifiés. Le texte de la décision finale du 23 juillet 2012 traduit en tout point ce délibéré » (nous soulignons).

Si vous deviez considérer que toute proposition d'engagements doit donner lieu à une délibération formelle de l'Autorité, il serait très difficile d'écarter le moyen. Votre jurisprudence, en effet, est exigeante : vous jugez de manière constante qu'une délibération collégiale ne peut être remplacée par une consultation de chacun des membres de l'organe collégial concerné (par exemple CE 17 mai 1999, société Smithkline Beecham Laboratoires Pharmaceutiques, n° 196475, aux Tables du Recueil p. 599), ni par des échanges téléphoniques entre les membres (par exemple CE 4 novembre 2002, M. A..., n° 199351, aux Tables du Recueil p. 592-764).

Mais il nous semble qu'imposer une telle formalité à l'Autorité serait excessif, compte tenu de son organisation et de l'économie de la procédure d'examen des projets de concentration.

Il est bon de rappeler, sur le premier point, que le collège de l'Autorité n'est pas en mesure de siéger en permanence. Sur les dix-sept membres du collège, le législateur a seulement prévu que cinq d'entre eux, le président et les quatre vice-présidents, exercent leurs fonctions à temps plein (art. L. 461-1 et -2 du code de commerce).

Surtout, s'agissant du second point, la logique même de la procédure nous paraît conduire à ce que des propositions d'engagements soient formulées après la séance tenue par le collège au cours de laquelle est examinée l'affaire. La raison en est simple : ce n'est qu'au terme de cette séance que le collège peut former son opinion sur l'affaire ; de sorte que ce n'est probablement qu'après cette séance que les négociations sérieuses commencent avec les parties à l'opération en vue de l'obtention d'engagements. Bien sûr, ces engagements peuvent être présentés dès la notification de l'opération. Et bien sûr, les parties connaissent précisément, au plus tard à compter de la notification du rapport, les éléments d'analyse concurrentielle retenus par les services d'instruction de l'Autorité et donc les points sur

lesquels ils doivent envisager de faire porter leurs propositions d'engagements pour répondre aux effets anticoncurrentiels identifiés. Mais il reste que tout cela ne reflète que le point de vue des services d'instruction de l'Autorité, qui n'ont aucun pouvoir de décision. En particulier lorsque l'analyse des parties diffère de celle des services d'instruction quant aux effets de l'opération, il est logique que celles-ci attendent de savoir si le collège suivra la position des services avant de formuler des engagements. Or ce n'est qu'après la séance, une fois l'instruction du dossier terminée, que le collège peut prendre position sur les effets anticoncurrentiels de l'opération et, le cas échéant, sur les mesures correctives nécessaires pour y remédier. Nous pensons donc que la procédure applicable devant l'Autorité appelle, par construction, une multiplication des contacts entre les parties et les membres du collège de l'Autorité après la séance. Le plus souvent, ces contacts auront lieu par l'intermédiaire du président de l'Autorité, tant il est vrai qu'il est impossible de négocier collégialement. Et plus ponctuellement, ils se traduiront par des propositions d'engagements émanant des parties. Ajoutons à cela que ces échanges s'accroissent sans doute à mesure qu'approche le terme du délai dans lequel l'Autorité est tenue de statuer...

Dans ces conditions, il nous semble qu'à moins de paralyser complètement le fonctionnement de l'Autorité, il vous faut considérer, d'une part, que son délibéré s'ouvre à compter de la séance pour ne se clore que lorsqu'intervient sa décision (ou l'échéance du délai dont elle dispose pour statuer) ; d'autre part, que dans ce laps de temps, le collège de l'Autorité peut, de manière informelle, examiner et écarter certaines propositions d'engagements qui ne sont manifestement pas sérieuses au regard des remèdes qu'il estime nécessaires. Cela ne signifie pas que le président de l'Autorité dispose d'un mandat à l'issue de la séance pour négocier au nom du collège. Mais simplement, compte tenu de l'impératif de célérité qui s'attache à la procédure, qu'il peut mener les négociations en informant le collège des propositions d'engagements et en lui demandant systématiquement sa position, sans formalisme excessif – c'est-à-dire, pensons-nous, par visioconférence<sup>9</sup> ou, plus rustiquement, échange de mails circulaires.

Si vous partagez cette façon de voir la procédure très particulière qui se déroule devant l'Autorité de la concurrence statuant sur une demande d'autorisation d'une opération de concentration, vous pourrez écarter le moyen : l'Autorité a tenu une séance le 11 juin, à l'issue de laquelle s'est ouvert le délibéré ; il ressort des attestations produites que son collège a arrêté, lors de cette séance, les mesures correctives qui devaient être adoptées afin que la concentration pût être autorisée ; il en ressort également qu'à la réception des propositions d'engagements, le président en a informé les membres du collège, qui lui ont fait connaître qu'ils estimaient ces propositions manifestement insuffisantes. Les propositions d'engagements en question, qui figurent au dossier, sont effectivement très éloignées des remèdes prescrits tant par le rapport que par la décision du 23 juillet 2012. Dans ces conditions, l'Autorité a pu, sans irrégularité, adopter la décision attaquée.

Ajoutons que, contrairement à ce que paraissent soutenir les sociétés GCP et Vivendi dans leurs plus récentes écritures, l'Autorité n'avait pas à motiver spécifiquement sa décision en indiquant les raisons pour lesquelles elle a jugé les engagements proposés insuffisants. Il nous semble qu'elle était seulement tenue d'indiquer pourquoi elle n'autorisait l'opération que sous réserve des trente-trois injonctions prononcées.

---

<sup>9</sup> Voyez, admettant une délibération par visioconférence, CE 4<sup>e</sup> sous-section jugeant seule, 9 septembre 2010, M. C..., n° 327250, inédite au Recueil.

\*

Nous en venons aux moyens de légalité interne des requêtes.

Les Sociétés GCP et Vivendi critiquent abondamment l'analyse concurrentielle effectuée par l'Autorité de la concurrence. Notons, à ce propos, qu'elles ne remettent pas en cause la définition des marchés pertinents retenue par l'Autorité – du moins pas directement.

Vous exercez un contrôle entier sur l'appréciation portée par l'autorité administrative sur les effets d'une opération de concentration (CE Section, 6 octobre 2000, société Pernod-Ricard, n° 216645, au Recueil p. 397 ; CE, 13 février 2006, société Fiducial informatique et société Fiducial expertise, n° 279180, au Recueil p. 334 ; CE, 13 février 2006, société De Longhi SPA et société De Longhi France, n° 278796, au Recueil p. 66).

Ce sont les dispositions de l'article L. 430-6 du code de commerce, qui gouvernent la phase d'examen approfondi d'une opération de concentration, qui confient à l'Autorité de la concurrence le soin d'étudier les atteintes à la concurrence induites par l'opération. Elles donnent plusieurs exemples d'effets anticoncurrentiels, mais ne les recensent pas tous. En l'espèce, l'Autorité a identifié trois types d'effets anticoncurrentiels. Tout d'abord des effets horizontaux, c'est-à-dire ceux qui découlent du simple renforcement de la position de l'entreprise sur le marché étudié (l'exemple typique est la création d'une position dominante). Ensuite des effets verticaux, c'est-à-dire ceux que produisent, sur les marchés situés en amont ou en aval de la même chaîne de valeur, ce renforcement (par exemple, la position dominante obtenue sur le marché de la distribution crée une puissance d'achat sur le marché de l'approvisionnement). Enfin, des effets congloméraux, c'est-à-dire produits sur des marchés connexes à ceux sur lesquels le renforcement est constaté (l'effet congloméral par excellence est la vente liée : la position dominante obtenue sur un marché permet, en liant les ventes des produits sur ce marché avec celles de produits sur un autre marché plus concurrentiel, de renforcer sa position sur le second marché).

Les très nombreuses critiques émises par GCP et Vivendi à l'encontre de l'analyse concurrentielle effectuée par l'Autorité de la concurrence peuvent être regroupées en six ensembles. Un premier porte sur l'analyse de la puissance d'achat de GCP sur les marchés amont des droits de diffusion de contenus cinématographiques et audiovisuels en télévision payante linéaire – c'est-à-dire hors droits de diffusion de ces contenus en vidéo à la demande (VàD). Un deuxième porte sur la position de GCP sur les marchés intermédiaires de l'édition et de la commercialisation de chaînes de télévision, du côté de l'offre, c'est-à-dire en tant qu'éditeur de chaînes. Un troisième porte sur la position de GCP sur ces mêmes marchés, mais cette fois du côté de la demande, en tant qu'acheteur de chaînes en vue de leur distribution. Un quatrième ensemble de critiques porte sur la position de GCP en tant qu'offreur sur les marchés aval, autrement dit en tant que distributeur, aux consommateurs finaux, de services de télévision payante. Un cinquième ensemble porte sur la vidéo à la demande, à laquelle l'Autorité de la concurrence a consacré des développements spécifiques. Enfin, un dernier ensemble de critiques porte sur la situation sur les marchés outre-mer, qui présentent des particularités.

### 3.7. Le premier ensemble de critiques porte sur les marchés amont.

L'Autorité de la concurrence a estimé que l'opération renforçait la position dominante de GCP à l'achat sur les marchés amont de droits de films américains et français

récents pour une diffusion en télévision payante linéaire. Elle a relevé que cette position était d'autant plus puissante que la concurrence potentielle était faible en raison de l'existence de barrières à l'entrée sur ces marchés. Outre cet effet horizontal de l'opération, l'Autorité a identifié un effet congloméral, puisqu'elle a estimé que GCP pouvait faire jouer cette puissance d'achat afin de renforcer sa position sur un autre marché amont, le marché connexe des droits de diffusion de séries américaines récentes.

Les critiques de GCP et Vivendi portent sur cinq points.

3.7.1. Premier point : les requérantes contestent l'existence même d'une position dominante de GCP en tant qu'acheteur de droits de diffusion de films américains récents.

Pour estimer que l'opération avait renforcé cette position dominante, l'Autorité de la concurrence s'est fondée sur des éléments particulièrement solides. Elle a relevé qu'après l'absorption des activités de la société TPS, c'est avec GCP que cinq des six principaux studios américains ont conclu des contrats-cadres en vue de la diffusion de leurs productions sur le marché français, de sorte que les parts de GCP sur le marché des droits de diffusion de films américains récents représentaient quelques 79 % en volume et 65 % en valeur.

L'argumentation des requérantes, qui ne contestent pas directement ces éléments, n'est pas de nature à remettre en cause cette appréciation. Vous l'écarterez. Notamment, les requérantes se prévalent de l'engagement pris dans le cadre de l'opération de concentration relative au rachat des chaînes TNT du groupe Bolloré, selon lequel GCP ne peut conclure auprès de plus d'une « *major* » américaine des contrats-cadres portant à la fois sur des droits de diffusion en télévision payante et en clair. Mais cet engagement n'empêche nullement GCP de conclure des contrats-cadres portant sur des droits de diffusion en télévision payante avec l'ensemble des *majors* américaines.

3.7.2. Deuxième point : les requérantes contestent que la société Orange Cinéma Séries (OCS), qui édite les chaînes distribuées sous cette marque par Orange, n'exerce pas de pression concurrentielle sur les marchés amont portant sur l'achat de droits de films américains et français récents.

Pour aboutir à la conclusion d'une réduction de la pression concurrentielle exercée par OCS sur les marchés d'acquisition de droits, l'Autorité de la concurrence a relevé plusieurs éléments dont les plus importants nous semblent, tout d'abord, le pouvoir dont dispose GCP, depuis son entrée au capital de la Société OCS, de bloquer les décisions déterminant la stratégie commerciale de cette dernière, ensuite, la baisse programmée des investissements d'OCS dans l'achat de droits de diffusion, enfin, son recentrage sur les séries au détriment des films récents. Là non plus, les requérantes ne remettent pas directement en cause ces éléments. Vous écarterez leur argumentation.

3.7.3. Troisième point : les requérantes contestent l'existence de barrières à l'entrée sur les marchés d'achat de droits de films américains et français récents.

Les requérantes critiquent plus particulièrement la partie de la décision de l'Autorité selon laquelle Orange n'aurait pas réussi à se maintenir sur ces marchés à cause de ces barrières. Toutefois, ce n'est pas le seul indice relevé par l'Autorité de la concurrence pour caractériser l'existence de barrières à l'entrée sur ces marchés. En effet, elle a également mis en avant :

- en premier lieu la longue durée, le coût des contrats-cadres conclus avec les *majors* et l'opacité de leur date d'échéance, ainsi que la structuration des relations des studios américains autour du monopole de GCP ;
- en deuxième lieu, le fait qu'Orange ne soit parvenue à obtenir qu'une position très modeste sur le marché d'achat de droits de films américains ;
- enfin la nécessité, soulignée notamment par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) dans ses observations, de disposer d'une taille critique, d'une forte assise financière, d'une base d'abonnés large pour amortir le coût des droits et d'un savoir-faire spécifique en matière d'édition de chaînes.

Ces éléments ne sont pas directement remis en cause par les requérantes et ils nous paraissent suffire à établir l'existence de barrières à l'entrée, du côté de la demande, sur les marchés concernés. Et contrairement à ce que soutient GCP, la circonstance qu'Orange soit effectivement parvenue à entrer sur ces marchés, pour un temps du moins, n'est pas de nature, à elle seule, à démontrer l'absence de barrières à l'entrée ; seulement qu'Orange les a, temporairement, surmontées.

3.7.4. Quatrième point : les requérantes mettent en avant des éléments qui, selon elles, sont de nature à relativiser la puissance d'achat de GCP.

En premier lieu, elles soutiennent que l'Autorité de la concurrence a surestimé l'importance des contenus premium et, par voie de conséquence, la puissance d'achat de GCP. En substance, elles font valoir que cette puissance d'achat en matière de droits de films américains et d'expression française récents ne serait pas susceptible de porter atteinte à la concurrence sur les marchés intermédiaires de l'édition et de la commercialisation de chaînes, ni sur les marchés aval de la distribution, dès lors que les consommateurs seraient moins attachés au fait de disposer de films récents, ce qui permettrait aux autres éditeurs de chaînes de le concurrencer efficacement en utilisant des contenus non premium. Cette analyse s'appuie principalement sur une étude du secteur de la télévision payante au Royaume-Uni réalisée tout récemment par la *Competition Commission* britannique. Cependant, elle n'est pas de nature à remettre en cause l'analyse de l'Autorité de la concurrence, les résultats de cette étude n'étant pas transposables aux marchés français. Contrairement, en effet, à la situation qui prévaut sur les marchés britanniques, les services de vidéo à la demande par abonnement proposés directement par des éditeurs de sites Internet (VàDA dite « *over the top* » ou OTT), ne sont pas encore très développés en France ; en outre, en application de la chronologie des médias<sup>10</sup>, les services de vidéo à la demande par abonnement ne peuvent proposer que des films sortis en salle depuis plus de 36 mois. La situation, il est vrai, évolue très vite, compte tenu du rapide développement de la vidéo à la demande sur Internet. Mais à la date de la décision attaquée, l'analyse de l'Autorité de la concurrence nous semble exacte. Ajoutons

---

<sup>10</sup> La « chronologie des médias » est un système qui soumet les différentes formes d'exploitation d'une œuvre cinématographique à des délais, décomptés à partir de sa sortie en salles. Ce système de délais s'ouvrant (et pouvant se fermer) crée des périodes d'exploitation ou « fenêtres de diffusion » de l'œuvre (par exemple, l'œuvre ne peut en principe être diffusée dans le cadre d'un service de télévision payante généraliste qu'à compter du 24<sup>e</sup> mois suivant sa sortie en salles). Ce système résulte aujourd'hui de l'accord interprofessionnel du 6 juillet 2009 pour le réaménagement de la chronologie des médias, qui a été étendu par arrêté du ministre de la culture du 9 juillet 2009 (JORF n° 160 du 12 juillet 2009 page 11765).

que, contrairement à ce que soutiennent les requérantes, rien ne permet de penser que les consommateurs de services de télévision payante se satisferaient d'une offre sans contenus premium, composée uniquement de séries américaines récentes et de films dits « de catalogue », c'est-à-dire de films qui sont parvenus au terme d'un premier cycle d'exploitation en télévision payante ou gratuite. Au vu des pièces du dossier, il nous paraît clair que les films récents restent un moteur d'abonnement très important et qu'il est difficile de leur substituer d'autres contenus.

En second lieu, les requérantes mettent en avant, pour relativiser la puissance d'achat de GCP, le contre-pouvoir détenu par les détenteurs de droits.

En ce qui concerne les droits portant sur des films d'expression originale française, l'argumentation n'est pas convaincante : d'une part, la circonstance, subjective, que GCP se serait très fortement engagé sur ce marché d'acquisition de droits en raison d'un « choix stratégique » ne change rien à son pouvoir de marché ; d'autre part, s'il est vrai que GCP est règlementairement obligé, dans une certaine mesure, de concourir au financement du cinéma français, cette obligation est contrebalancée, comme le relève l'Autorité, par l'atomicité du secteur de la production et l'importance des besoins de financement.

En ce qui concerne les droits portant sur des films américains, spécialement ceux produits par les *majors*, la question est moins évidente. La décision de l'Autorité de la concurrence est d'ailleurs moins affirmative. Toutefois, elle nous semble se fonder, pour aboutir à sa conclusion, sur une double circonstance : d'une part, le marché français, en dépit de sa taille relativement modeste, reste incontournable pour les grands studios américains, qui doivent amortir leurs importants coûts de production – et ce point n'est pas contesté par la requête ; d'autre part, ces *majors* n'auraient pas la possibilité de se tourner vers d'autres clients que GCP – en raison notamment des barrières à l'entrée que nous avons déjà mentionnées. Ces éléments sont cruciaux dès lors que l'existence d'un pouvoir de marché se mesure notamment à la captivité de l'interlocuteur, c'est-à-dire, si l'on parle de pouvoir de marché à l'achat, à la difficulté de l'offreur à se tourner vers un autre demandeur.

Relevons que la conclusion du CSA est identique, puisque celui-ci estime dans ses observations que GCP « détient un pouvoir de quasi-monopsonne sur ces marchés » qui n'a pas évolué depuis 2007 – alors même que, depuis cette date, GCP était soumis à des engagements sur ces marchés.

3.7.5. Cinquième et dernier point : les requérantes contestent que la position de GCP sur les marchés d'achat de droits de films américains récents pourrait lui permettre d'acquérir plus facilement des droits de séries américaines récentes.

Sur ce point, l'Autorité a identifié un effet anticoncurrentiel de type congloméral, en estimant que GCP pourrait utiliser sa position dominante sur le marché d'achat de droits de films américains récents pour évincer ses concurrents sur le marché d'achat de droits de séries américaines récentes, en liant les négociations de ces deux types d'achat. L'argumentation présentée pour contester cet effet ne nous convainc pas. Notamment, le comportement que GCP a effectivement adopté sur ces marchés depuis 2006 n'est pas pertinent puisque, précisément, ce comportement était encadré par l'engagement n° 4 figurant dans la décision ministérielle d'autorisation du 30 août 2006, qui empêchait GCP de lier les négociations pour l'achat de ces deux types de droits. Et contrairement à ce qui est soutenu, il nous paraît clair que ces négociations peuvent effectivement être liées.

3.8. Le deuxième ensemble de critiques dirigées contre l'analyse concurrentielle de l'Autorité porte sur la position de GCP sur les marchés intermédiaires de l'édition et de la commercialisation de chaînes de télévision.

L'Autorité de la concurrence a estimé que GCP détenait une position particulièrement forte sur le marché de l'édition des chaînes de cinéma. Ce constat ne nous paraît pas efficacement critiqué par les requérantes. En premier lieu, il serait absurde de mesurer les parts de marché détenues en nombre de chaînes de cinéma éditées, comme elles prétendent le faire. Le nombre de chaînes ne signifie presque rien, ce qui compte est de pouvoir proposer aux distributeurs des chaînes de cinéma dont les contenus sont attractifs... et de ce point de vue, d'une chaîne à l'autre, les disparités sont énormes. En deuxième lieu, il est exact que les mesures d'audience sur lesquelles l'Autorité de la concurrence s'est appuyée sont contestables, dans la mesure où elles n'incluaient pas l'audience revenant aux chaînes OCS, alors que celles-ci étaient les plus susceptibles de concurrencer les chaînes cinéma de GCP. Toutefois, l'Autorité s'est principalement appuyée sur la part de marché en valeur de GCP, soit 54%, qui n'est pas contestée. En dernier lieu, les chaînes thématiques de cinéma les plus attractives sont sans conteste celles éditées par GCP (Ciné + Premier, Ciné + Emotion et Ciné + Frisson). Ce n'est guère étonnant puisque, en raison de sa très forte position sur les marchés amont, c'est GCP qui détient la plus grande partie des droits de diffusion, en première et deuxième fenêtres payantes, de films américains récents, ainsi qu'une part importante, via sa filiale StudioCanal, des droits de films de catalogue. Et compte tenu du recentrage des chaînes OCS sur les séries américaines récentes, rien ne permet de penser que les distributeurs tiers puissent avoir accès, auprès d'autres éditeurs que GCP, à des chaînes de cinéma suffisamment attractives pour composer une offre de télévision payante en mesure de concurrencer celle de GCP.

3.9. Le troisième ensemble de critiques dirigées contre l'analyse concurrentielle de l'Autorité reste sur les marchés intermédiaires, mais cette fois du côté de la demande, en tant que GCP y intervient comme acheteur de chaînes en vue de leur distribution.

Sur ces marchés, l'Autorité a identifié trois effets anticoncurrentiels : un effet horizontal tenant au renforcement de la puissance d'achat de GCP ; et deux effets verticaux consistant dans la capacité de GCP, d'une part, à verrouiller pour les distributeurs tiers l'accès aux chaînes (verrouillage des intrants), d'autre part, à verrouiller pour les éditeurs tiers l'accès à la distribution (verrouillage de la clientèle). Les requérantes critiquent cette analyse sur quatre points.

#### 3.9.1. Premier point : le renforcement de la puissance d'achat de GCP.

L'Autorité de la concurrence s'est fondée principalement, pour aboutir à ce constat, sur la position de distributeur quasi-incontournable de GCP. Elle a relevé à ce titre que GCP est le seul distributeur à commercialiser ses offres, à la fois, sur sa propre plate-forme satellitaire et sur les plates-formes de l'ensemble des fournisseurs d'accès à Internet (FAI), de sorte qu'une distribution par GCP est la garantie d'un accès immédiat de la chaîne à près de 80 % des abonnés à la télévision payante. L'Autorité s'est également fondée sur les pratiques contractuelles de GCP à l'égard des éditeurs de chaînes, consistant à conclure des contrats comportant une très forte majoration de la redevance versée à l'éditeur en cas d'exclusivité de distribution sur toutes les plates-formes (ce que l'Autorité a qualifié de « prime d'exclusivité »). Elle a relevé à cet égard l'opacité entourant le calcul par GCP du montant de

la prime d'exclusivité, qui ne permet pas aux éditeurs d'avoir une vision claire du montant de redevance qui leur serait versé en cas de distribution à titre non exclusif ou de distribution exclusive sur certaines plates-formes seulement. Elle a considéré, en d'autres termes, que les éditeurs de chaînes étaient maintenus dans une situation d'étroite dépendance par GCP, en raison à la fois de ses positions sur le marché aval et de ses pratiques contractuelles.

Aucune des critiques présentées sur ce point par les requérantes ne nous paraissant sérieuse, nous vous invitons à les écarter. Les requérantes contestent, entre autres, l'existence même de « primes d'exclusivité » versées par GCP. Mais l'existence de très fortes décotes de rémunération appliquées par GCP en cas de sortie de l'exclusivité par l'éditeur d'une chaîne qu'il distribue n'est pas sérieusement contestée. Au demeurant, certaines de ces décotes figurent expressément dans les contrats de distribution conclus par GCP, alors même qu'ils prévoient des obligations en termes de maintien de la qualité de la chaîne.

3.9.2. Deuxième point : les requérantes contestent le possible verrouillage des intrants au détriment des distributeurs tiers.

L'Autorité a estimé que GCP était en mesure de restreindre l'accès des distributeurs concurrents aux intrants, c'est-à-dire aux chaînes, dès lors qu'il distribue en exclusivité une part importante des chaînes éditées dans chacune des thématiques considérées comme essentielles (contenus premium, cinéma, sport, jeunesse). Les requérantes critiquent vigoureusement cette dernière analyse.

En premier lieu, l'Autorité de la concurrence ne nous paraît avoir commis aucune erreur de méthodologie : elle a bien recherché si, en dépit des exclusivités détenues par GCP, les distributeurs concurrents étaient en mesure de construire des offres alternatives crédibles de télévision payante ; et si elle a utilisé le critère de l'audience pour mesurer l'attractivité des différentes chaînes, il nous semble que c'est encore le moins mauvais des critères, étant précisé que, lorsqu'il n'était pas pertinent (c'est-à-dire dans le cas des chaînes OCS, pour lesquelles elle ne disposait pas de mesures d'audience), elle l'a combiné avec d'autres éléments d'appréciation. En second lieu, si l'Autorité a constaté que GCP était seul à disposer d'une chaîne premium généraliste (Canal +) depuis la disparition de TPS Star, elle n'a pas considéré, compte tenu de l'existence aujourd'hui de chaînes premium « monothématiques » (BeIn Sport pour le sport et les chaînes OCS pour le cinéma), que ce monopole était, en soi, un instrument de verrouillage, mais seulement qu'il renforçait la position de GCP sur les autres thématiques essentielles. En troisième lieu, en ce qui concerne la thématique cinéma, nous avons déjà dit pourquoi GCP nous paraît, effectivement, dans une très forte position. Enfin, le risque de verrouillage des intrants dans les autres thématiques essentielles nous paraît également établi, dès lors que l'on prend en compte, non seulement les exclusivités que GCP détient actuellement, mais aussi sa capacité à en négocier de nouvelles en recourant aux pratiques contractuelles que nous avons décrites. Cela vaut pour le sport et les chaînes jeunesse. En ce qui concerne l'information, le constat est moins évident, mais il ressort des termes de la décision attaquée que l'Autorité de la concurrence n'a pas retenu de risque de verrouillage des intrants pour cette thématique.

3.9.3. Troisième point : les requérantes contestent le possible verrouillage de la clientèle des autres éditeurs.

L'Autorité a estimé, au titre des effets verticaux de la concentration, que GCP était en mesure de restreindre l'accès des éditeurs de chaînes à la clientèle sur les marchés

intermédiaires et, au titre des effets horizontaux, que les éditeurs ne disposaient pas d'alternatives de distribution suffisantes à GCP, ce qui renforçait la position dominante de ce dernier.

Pour faire valoir que les FAI constituent, en matière d'offre de télévision payante, des concurrents crédibles, les requérantes mettent en avant le nombre d'abonnés à leurs offres « *triple play* », c'est-à-dire comportant à la fois l'accès à Internet, le téléphone et la télévision. Toutefois, les services correspondant à ces offres de télévision dites « de premier niveau » ne sont clairement pas substituables à ceux des offres de télévision dites de « second niveau » qui sont proposées par les FAI en option, pour un prix nettement supérieur. Seules ces dernières offres sont de nature à concurrencer celles de GCP. L'Autorité nous semble avoir fait une analyse exacte en ne prenant en compte que ces offres de second niveau pour mesurer les positions détenues par GCP sur le marché aval – soit, sans tenir compte des parts de marché du fournisseur d'accès SFR, filiale de Vivendi, 90 % des parts de marché en valeur et 79 % en nombre d'abonnements. Les requérantes ne nous paraissent pas critiquer efficacement ces chiffres, qui parlent d'eux-mêmes. Si elles se prévalent notamment des résultats d'une étude réalisée à leur demande par un cabinet de conseil, celle-ci nous paraît se fonder sur des éléments qui ne sont qu'indirectement pertinents pour mesurer la concurrence qui s'exerce entre les FAI et GCP.

3.9.4. Quatrième et dernier point : les requérantes contestent l'effet anticoncurrentiel des commissions versées par GCP aux FAI. Les commissions en question ont pour objet de rémunérer les prestations que rendent les FAI à GCP, d'une part, pour le transport de ses bouquets de chaînes, d'autre part, pour la promotion de ses offres. Les requérantes font valoir que l'importance de ces commissions traduit avant tout le pouvoir de négociation des FAI, qui sont des acteurs incontournables pour assurer la distribution des offres de GCP sur les plateformes ADSL, sur lesquelles se font l'essentiel des recrutements de nouveaux abonnés. C'est possible, mais cela est sans incidence sur l'effet anticoncurrentiel de ces commissions, qui découragent effectivement les FAI de promouvoir leurs propres offres de télévision payante.

3.10. Nous en venons au quatrième ensemble de critiques dirigées contre l'analyse concurrentielle de l'Autorité, qui porte sur le marché aval, où GCP est distributeur de services de télévision payante.

L'Autorité a estimé que l'opération avait renforcé la position de GCP sur ce marché. Nous pensons pouvoir être bref pour écarter les critiques des requérantes sur ce point : nous l'avons déjà dit, GCP détient 90 % des parts de marché en valeur et 79 % en nombre d'abonnements. Les arguments que les requérantes font valoir pour contester ces chiffres nous semblent périphériques : ainsi que le fait valoir l'Autorité en défense en citant un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne, une part de marché de 50 % est, sauf circonstances exceptionnelles, la preuve d'une position dominante (CJCE, 3 juillet 1991, Akzo Chemie BV c/ Commission, aff. C-62/86, § 60).

3.11. Le cinquième ensemble de critiques dirigées contre l'analyse concurrentielle de l'Autorité porte sur les différents marchés relatifs à la vidéo à la demande.

L'Autorité de la concurrence a traité à part ces marchés, aux différents étages de la chaîne de valeur, ce qui explique que l'on retrouve ici des questions relatives au fonctionnement des marchés amont – ceux où s'achètent les droits de diffusion. Sur ces marchés, l'Autorité a identifié trois effets anticoncurrentiels, tous contestés par les

requérantes. Il s'agit d'un effet vertical et de deux effets congloméraux. Précisons que, de même que pour les effets congloméraux, l'identification d'effets verticaux suppose de caractériser à la fois la capacité de verrouiller le marché, l'incitation à le faire et l'impact probable sur la concurrence.

3.11.1. L'Autorité a identifié, en premier lieu, un effet anticoncurrentiel vertical en relevant le risque de verrouillage des droits détenus par GCP à l'égard des éditeurs de services de vidéo à la demande.

GCP est en effet aussi en position d'offreur sur certains des marchés amont. C'est le cas pour les films français et européens de catalogue. L'Autorité a relevé que les éditeurs de services de V&D étaient soumis par le décret (n° 2010-1379) du 12 novembre 2010 à l'obligation de mettre à disposition au moins 60 % d'œuvres européennes et au moins 40 % d'œuvres d'expression originale française. Elle a constaté que GCP détenait, par l'intermédiaire de sa filiale StudioCanal, 38 % des droits portant sur des films français et européens « de catalogue », c'est-à-dire 38 % des droits sur les films permettant aux éditeurs de services de V&D de remplir ces quotas. L'Autorité en a déduit que GCP avait la capacité d'exercer un verrouillage, en limitant l'accès à ces œuvres, ce qui entraverait le développement de l'offre de ses concurrents.

Les critiques des requérantes nous semblent devoir être écartées. En premier lieu, même si l'Autorité n'a pas identifié un marché pertinent des « films de quotas », il nous semble qu'elle a eu raison de distinguer une demande différenciée, contrainte portant sur ces films du fait de l'existence d'obligations réglementaires. Et si les requérantes soutiennent que les contenus cinématographiques ne représentent qu'une part modeste, en volume, des contenus diffusés en V&D, cela ne signifie pas qu'une offre de V&D pourrait facilement se passer de films. Si l'on excepte le cas de M6, qui propose une offre de V&D composée exclusivement de séries, le cinéma demeure un contenu quasi-incontournable pour les éditeurs de services de V&D. En deuxième lieu, il nous semble que l'Autorité a bien fait de raisonner en nombre de films, donc en volume, plutôt qu'en valeur, dès lors que la demande de films de quotas est motivée au premier chef... par la nécessité de respecter ces quotas. Un dernier argument est plus gênant : les requérantes font valoir que l'Autorité n'a pas étudié précisément les conséquences économiques pour GCP d'un éventuel verrouillage, de sorte qu'elle n'aurait pas démontré l'incitation de GCP à opérer ce verrouillage. Il est vrai que l'Autorité n'examine pas si les revenus supplémentaires retirés de Canalplay, le service de V&D de GCP, pouvaient compenser la perte de revenus de StudioCanal. Toutefois, il nous paraît possible de considérer, ainsi que l'Autorité le relève dans sa décision (§ 347), que GCP pouvait consentir une perte temporaire de revenus afin de prendre des positions sur le marché des services de V&D qui est en plein développement – autrement dit faire le pari que des coûts limités dans le temps amèneraient un bénéfice durable.

3.11.2. L'Autorité a identifié, en deuxième lieu, un effet anticoncurrentiel de type congloméral, tenant au risque que GCP s'appuie sur sa position dominante sur le marché des droits portant sur des films américains pour une diffusion non linéaire afin d'accroître ses positions sur le marché des droits de diffusion non linéaire de contenus cinématographiques.

La démonstration de cet effet congloméral est critiquée par les requérantes, en premier lieu, au motif que l'Autorité se serait fondée sur de simples éventualités. Le moyen pose la question du « standard de preuve » attendu de la part de l'Autorité de la concurrence :

doit-elle montrer que l'opération est susceptible d'avoir des effets congloméraux ou bien qu'elle en a effectivement ?

La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne constitue, sur une telle question, une référence utile. Son arrêt *Commission c/Tetra Laval* rendu le 15 février 2005 en formation de grande chambre (aff. C-12/03) est particulièrement riche d'enseignements sur l'office du régulateur et le contrôle du juge. On en retire que l'analyse prospective à laquelle procède l'autorité chargée du contrôle des concentrations – en l'occurrence la Commission européenne – doit retenir les enchaînements causaux les plus probables, afin d'aboutir à un scénario plausible. Il ne s'agit donc pas d'établir avec certitude que les risques envisagés se réaliseront nécessairement dans l'hypothèse d'une autorisation non conditionnée. Toutefois, compte tenu de cette marge d'incertitude qu'elle lui consent, la Cour fait peser un poids supplémentaire sur la Commission européenne : celle-ci se doit de prendre en compte l'ensemble des données pertinentes, qui doivent étayer le scénario retenu de façon fiable et cohérente. Votre propre jurisprudence, sans être aussi explicite, nous semble bien adopter une approche similaire (voir par exemple la décision *Société The Coca-Cola Company* précitée).

Ce cadre étant précisé, vous pourrez écarter le moyen tiré de ce que l'Autorité de la concurrence se serait fondée sur de simples éventualités. Elle a bien construit un scénario plausible sur la base de ce qu'elle a regardé comme le comportement le plus probable de la part de GCP. Les autres critiques qu'émettent les requérantes à l'encontre de l'analyse de l'Autorité nous paraissent faibles. Vous pourrez les écarter. Relevons, notamment, qu'il n'est plus sérieusement contesté que les négociations avec les détenteurs de droits portant, d'une part, sur la diffusion linéaire, d'autre part, sur la diffusion non linéaire, peuvent intervenir de manière simultanée et comporter, s'agissant de la diffusion non linéaire, l'octroi d'exclusivités. Et même si ces exclusivités ne sont conclues que pour de courtes durées, il nous semble qu'elles peuvent avoir un effet concurrentiel déterminant sur le marché, dès lors que la fenêtre de diffusion en vidéo à la demande à l'acte est elle-même d'une durée réduite (du 4<sup>e</sup> au 10<sup>e</sup> mois après la sortie du film en salle).

3.11.3. L'Autorité a identifié, en troisième lieu, un autre risque congloméral, cette fois sur le marché aval. Il consisterait pour GCP à utiliser sa puissance sur le marché de la distribution de chaînes de télévision payante pour imposer aux FAI une exclusivité de distribution, sur leurs plates-formes respectives, de Canalplay, son service de vidéo à la demande. GCP pourrait ainsi évincer les autres services de VàD susceptibles d'être proposés ou promus par les FAI.

Ici aussi l'Autorité, malgré les termes un peu maladroits de sa décision, s'est fondée sur un scénario plausible, en retenant les relations de cause à effet les plus probables. Et ici aussi, les arguments des requérantes nous paraissent finalement devoir être écartés. En premier lieu, il existe un précédent démontrant la probabilité que GCP soit tenté de faire jouer le verrouillage identifié par l'Autorité : c'est celui de Free, qui a accepté d'abandonner le service de VàD qu'il avait édité au profit d'une distribution exclusive à ses abonnés du service Canalplay proposé par GCP. En deuxième lieu, GCP paraît bien disposer de la capacité de procéder à ce verrouillage : s'il est certain que les FAI ont un pouvoir de négociation vis-à-vis de GCP, il est très douteux, comme le relève l'ARCEP dans ses observations, qu'ils puissent résister à la menace que celui-ci cesse de distribuer ses offres de télévision sur leurs plates-formes. En troisième lieu, l'exercice du verrouillage en question aurait des conséquences importantes pour la concurrence, puisqu'elle conférerait d'emblée une position dominante à GCP sur le marché de la distribution de services de VàD. Les annonces répétées de l'arrivée prochaine sur le marché français des grands acteurs américains de la VàD « *over the top* »

(Amazon et NetFlix notamment) ne sont pas de nature à remettre en cause ce constat, même si les requérantes s'en prévalent avec insistance. Il est possible et même probable que le marché évolue rapidement, mais à la date de la décision attaquée, le bouleversement concurrentiel annoncé n'était pas prévisible à une échéance rapprochée. Relevons que GCP pourra toujours, en cas de changements dans la situation concurrentielle, se tourner vers l'Autorité de la concurrence pour lui demander d'adapter les injonctions prononcées.

3.12. Enfin, un dernier ensemble de critiques porte sur l'analyse faite par l'Autorité de la situation sur les marchés outre-mer, qui présentent des particularités.

L'Autorité a relevé que sur le marché de l'océan Indien, l'opération a renforcé la position de GCP, qui détient en volume 69 % des parts du marché aval. Elle a tiré la même conclusion s'agissant du marché des Antilles et de la Guyane, sa part de marché à l'aval s'élevant à 73 %. L'Autorité a également relevé les mêmes types d'effets verticaux qu'en métropole en termes de verrouillage des intrants des distributeurs tiers, aggravés par la circonstance que GCP détient plus d'exclusivités sur les marchés outre-mer et, en ce qui concerne l'océan Indien, par la plus faible pression concurrentielle exercée par les FAI en raison des contraintes techniques particulières qui pèsent sur le développement des réseaux à haut débit. Là aussi, les critiques des requérantes nous semblent très peu pertinentes et nous vous invitons à les écarter.

\*

Ces critiques de l'analyse concurrentielle écartées, nous en venons à celles dirigées contre les injonctions prononcées par l'Autorité. GCP et Vivendi critiquent ces injonctions, bien sûr, en ce qu'elles vont trop loin. Elles sont rejointes dans la discussion par leurs concurrents Numéricable et Parabole Réunion qui font valoir, à l'inverse, que ces injonctions sont insuffisantes pour prévenir certains des effets anticoncurrentiels identifiés.

Vous contrôlez le caractère proportionné d'une mesure de police adoptée par l'autorité administrative dans le cadre de sa mission de contrôle des concentrations (voyez votre décision de section *Société The Coca-Cola Company* du 9 avril 1999, précitée). La démarche que vous devez suivre pour procéder à ce contrôle de proportionnalité, classique en matière de police, nous semble différente selon qu'est critiqué le caractère excessif des mesures correctives prises par l'Autorité de la concurrence ou, au contraire, leur caractère insuffisant. Dans cette seconde hypothèse, vous avez précisé récemment que, pour vérifier le caractère suffisant d'engagements, il y a lieu d'apprécier la pertinence et l'efficacité des engagements pris dans leur ensemble (CE Section, 30 décembre 2010, société Métropole Télévision, n° 338197, au Recueil p. 551). Cette démarche synthétique, qui est évidemment transposable lorsque l'Autorité prononce des injonctions, s'explique très bien : comme nous l'avons déjà dit, plusieurs mesures correctives peuvent concourir, chacune pour une part, à la réduction d'un effet anticoncurrentiel ; il y a donc lieu de les prendre en compte globalement pour vérifier qu'elles répondent aux effets anticoncurrentiels identifiés. Dans la première hypothèse, en revanche, c'est-à-dire lorsqu'est contesté le caractère excessif des mesures correctives, votre démarche doit être analytique : il suffit qu'une mesure aille trop loin pour qu'*a fortiori*, l'ensemble du dispositif correctif adopté par l'Autorité soit entaché de disproportion.

Précisons encore que, pour contrôler le caractère proportionné de chaque injonction, vous pourrez vous inscrire dans les pas de votre décision d'Assemblée du 26 octobre 2011,

*Association pour la promotion de l'image* (n° 317827, au Recueil p. 506) qui a précisé votre méthode de contrôle de la légalité des mesures de police. Il vous appartiendra de vérifier, non pas d'office bien entendu mais en fonction de l'argumentation qui vous est présentée, si chaque injonction est adaptée, nécessaire et proportionnée. Adaptée, c'est-à-dire si elle permet d'atteindre le but recherché, donc de contribuer à la réduction d'un ou plusieurs des effets anticoncurrentiels identifiés ; nécessaire, c'est-à-dire si le même résultat n'aurait pas pu être atteint par d'autres injonctions moins contraignantes ; et proportionnée, au sens strict, c'est-à-dire si les charges que l'injonction crée ne sont pas excessives au regard du résultat escompté.

Les trente-trois injonctions prononcées par l'Autorité de la concurrence dans sa décision peuvent être regroupées en cinq ensembles :

- un premier groupe d'injonctions concerne le métier d'édition de chaînes de GCP (injonctions 1 et 2) ;
- un deuxième groupe d'injonctions concerne son métier de distribution de chaînes (injonctions 3, 4, 5 et 6) ;
- un troisième groupe concerne l'ensemble de la chaîne de production de services de vidéo à la demande (injonctions regroupées sous le n° 7) ;
- une injonction concerne les marchés outre-mer (injonction 8) ;
- un dernier groupe d'injonctions porte sur les modalités de contrôle et de suivi de l'exécution des autres injonctions prononcées (injonctions 9 et 10).

Nous commençons par examiner les critiques des sociétés GCP et Vivendi.

3.13. Les injonctions 1 et 2 visent à recréer les conditions d'une concurrence potentielle sur les marchés amont de l'acquisition des droits.

Les injonctions prononcées sous le n° 1 tendent à abaisser les barrières à l'entrée qui existent sur ces marchés. Elles limitent à trois ans la durée des contrats-cadres conclus avec les *majors* et obligent GCP à communiquer sur demande les dates d'échéance de ces contrats. Elles l'obligent également à conclure des contrats-cadres distincts portant, respectivement, sur les droits de diffusion de films en 1<sup>re</sup> fenêtre payante, sur les droits de diffusion de films en 2<sup>e</sup> fenêtre payante, enfin sur les droits de diffusion de séries américaines. Les injonctions 2 ont pour objet de rendre à la société OCS son indépendance, afin de permettre à nouveau à Orange de concurrencer GCP en matière d'achat de droits premium et d'édition de chaînes diffusant de tels contenus. Elles imposent à GCP de céder sa participation dans le capital d'OCS ou, à défaut, de renoncer aux différents leviers qui lui permettent d'influencer la politique d'achat et d'édition d'OCS.

Aucune des critiques dirigées contre les injonctions 1 ne nous semble sérieuse et nous vous invitons à les écarter. Notamment, la circonstance que ces injonctions sont plus sévères que les engagements pris en 2006 est sans incidence sur leur bien-fondé.

Les critiques émises contre les injonctions 2 sont plus substantielles, mais nous croyons qu'il faut les écarter. D'une part, il est vrai que rien ne garantit qu'Orange ait réellement l'intention et les moyens de concurrencer à nouveau GCP sur les marchés amont et

intermédiaires. Mais les mesures prises par l'Autorité ne peuvent garantir une concurrence effective, laquelle dépend dans une large mesure de la volonté des acteurs. Il s'agit seulement de permettre à cette concurrence de s'exprimer. D'autre part, contrairement à ce qui est soutenu, l'injonction alternative relative à OCS ne dépossède pas GCP de tout contrôle sur une société dont il resterait tenu de supporter les résultats déficitaires : comme le souligne TF1 dans son intervention, GCP demeurera représenté au sein des organes directeurs d'OCS par des personnes indépendantes qui pourront s'opposer à des décisions anormales mettant en jeu ses intérêts en tant qu'actionnaire.

3.14. Les injonctions formulées sous les n°s 3, 4, 5 et 6 apparaissent, pour certaines, beaucoup plus gênantes pour GCP.

Leur objectif est de recréer les conditions d'une concurrence véritable sur les marchés intermédiaires, où les éditeurs offrent des chaînes et les distributeurs les achètent. L'Autorité a prévu un système d'injonctions qui va particulièrement loin. Il est possible de les regrouper en trois sous-ensembles. Ces injonctions obligent tout d'abord GCP à reprendre, dans son offre CanalSat, une proportion de 55 % de chaînes indépendantes, dans des conditions qu'elles précisent, ainsi qu'à reprendre dans cette offre, à titre non exclusif, toute chaîne premium indépendante qui en ferait la demande. Elles établissent, ensuite, un cadre contraignant pour la négociation et la rémunération par GCP des exclusivités de distribution conclues avec les éditeurs tiers. Enfin, elles imposent à GCP de mettre à la disposition des autres distributeurs ses chaînes cinéma les plus attractives.

3.14.1. Sur le premier point, les critiques formulées ne nous paraissent pas de nature à remettre en cause le caractère adapté, nécessaire et proportionné des injonctions. Nous vous invitons à les écarter. Notamment, l'injonction 3-c, qui impose à GCP de transmettre à l'Autorité pour agrément une proposition d'offre de référence pour la reprise de chaînes indépendantes, ne nous paraît pas impossible à exécuter. Certes, cette offre est particulièrement détaillée puisqu'elle doit inclure, d'une part, une formule de calcul de la valeur de la distribution en exclusivité reposant sur des critères économiques objectifs et précisant le montant de la décote maximale, d'autre part, la valorisation distincte de tous les éléments constitutifs de la rémunération, notamment les exclusivités, enfin, le principe d'une valeur minimum de rémunération des chaînes distribuées de manière non exclusive. Toutefois, comme pour les engagements pris en 2006, ces obligations ne nous semblent pas imposer que GCP soumette une formule de calcul permettant, dans chaque cas, de connaître à l'avance la rémunération de la chaîne. Il s'agit seulement de déterminer les bases de la négociation commerciale, donc de définir un ensemble de critères assortis de modalités de calcul (pondération, addition, rapport...), le cas échéant en prévoyant des fourchettes permettant de laisser de l'espace à la négociation.

3.14.2. Sur le deuxième point, qui concerne, précisément, l'injonction 5-a, on est au cœur du système de remèdes prévu par l'Autorité.

Cette injonction impose à GCP, dans chaque contrat conclu avec les éditeurs, de valoriser distinctement la distribution sur chaque plateforme desservant plus de 500 000 abonnés, en identifiant la valeur de l'exclusivité pour chaque plateforme et sans faire varier cette valeur en fonction de l'obtention ou de la perte de l'exclusivité sur les autres plateformes. L'injonction vise à remédier à la situation concurrentielle actuelle dans laquelle GCP, grâce à son modèle d'auto-distribution, est le seul distributeur à proposer son offre sur toutes les plateformes, c'est-à-dire à la fois sur le satellite et sur les plates-formes de tous les

FAI. A l'inverse, les FAI, qui apparaissent comme ses seuls concurrents potentiels, ne distribuent les chaînes qu'ils achètent que sur leurs propres plateformes. Dans ces conditions, l'exclusion des FAI du marché intermédiaire est mécanique : dès lors que GCP propose une exclusivité totale et offre une prime pour la rémunérer, les éditeurs savent qu'ils ne pourront pas obtenir une meilleure rémunération par une distribution non exclusive plateforme par plateforme, d'autant qu'ils n'ont pas la certitude d'être distribués sur toutes les plateformes, que GCP ne décompose pas son offre, ne fait pas nécessairement d'offre pour une distribution non exclusive et applique, quand il le fait, une décote très élevée.

L'Autorité faisait ainsi face à une incompatibilité structurelle entre deux modèles : celui des FAI achetant des chaînes pour leur seule plateforme, le plus souvent en mode non exclusif, et celui de GCP proposant des exclusivités en vue d'une auto-distribution sur toutes les plateformes. L'injonction est donc nécessairement radicale : elle consiste, en réalité, à opter pour l'un des modèles. Le choix est rapide : GCP est le seul à avoir son modèle et la concurrence potentielle paraît inexistante ; à l'inverse, les FAI sont en concurrence les uns avec les autres, sur un marché plutôt animé. L'Autorité a donc privilégié le modèle des FAI.

Dans ces conditions, on comprend que l'engagement proposé par GCP était manifestement insuffisant : il consistait à proposer une valorisation séparée, d'une part, pour la distribution exclusive sur le satellite, d'autre part, pour la distribution exclusive sur l'ensemble des plates-formes ADSL. Mais cela n'aurait pas permis, plus qu'aujourd'hui, une réelle concurrence entre GCP et les FAI, aucun d'entre eux n'étant en mesure de proposer une distribution sur les plates-formes des autres. La nécessité de l'injonction ne nous paraît donc pas douteuse.

Par ailleurs, contrairement à ce que soutiennent les requérantes, cette injonction ne nous semble pas disproportionnée.

Relevons, notamment, que l'Autorité n'a pas interdit à GCP la possibilité de continuer à conclure des exclusivités globales de distribution. Ainsi, elle n'a remis directement en cause ni l'auto-distribution de CanalSat, ni le principe même des exclusivités de distribution, de sorte que GCP continue de bénéficier d'un avantage par rapport aux FAI en raison de sa distribution autonome sur le satellite. Evidemment, cet avantage ne garantit pas que GCP continuera d'obtenir des exclusivités globales pour toutes les chaînes distribuées dans son offre CanalSat. Certaines chaînes seront perdues au profit de l'un ou l'autre des FAI, qui devraient être en mesure d'obtenir des exclusivités de distribution sur leur plate-forme. Il est exact, par conséquent, que GCP ne pourra plus communiquer auprès des consommateurs de manière uniforme, au niveau national, sur l'offre CanalSat, dont le contenu sera amené à varier selon la plate-forme de distribution. Cela ne nous paraît pas suffisant, cependant, pour estimer que l'injonction serait disproportionnée.

L'argumentation selon laquelle l'injonction 5-a risquerait de remettre en cause les rémunérations globalement perçues par les éditeurs de chaînes ne nous convainc pas non plus. Certes, au vu du risque de perte de l'exclusivité de distribution totale, GCP pourrait être incité à revoir à la baisse les primes d'exclusivité proposées plate-forme par plate-forme. Mais dès lors que pourra jouer, sur chaque plate-forme, la concurrence entre distributeurs, il n'est pas du tout certain que cela aboutisse, globalement, à une baisse des rémunérations des éditeurs.

3.14.3. Sur le troisième point aussi, l'enjeu est important pour GCP. Les injonctions figurant sous le n° 6 lui imposent en effet de « dégroupier » les trois chaînes thématiques de

cinéma qu'il éditait et dont il se réservait jusqu'alors la distribution, à savoir les chaînes Ciné + Premier, Ciné + Emotion et Ciné + Frisson proposées dans l'offre CanalSat.

Pour important que soit l'enjeu, aucune des critiques formulées par les requérantes ne nous fait douter du caractère adapté, nécessaire et proportionné de ces injonctions. Nous ne revenons pas sur l'analyse concurrentielle de l'Autorité, qui a estimé que GCP détenait les seules chaînes attractives en matière de cinéma, une thématique indispensable à la composition d'offres de télévision payante. Les injonctions critiquées ne sont pas contradictoires avec celles destinées à redonner aux concurrents de GCP, notamment OCS, les moyens d'éditer des chaînes présentant des contenus premium, notamment en matière de cinéma : les premières tendant à favoriser la concurrence entre distributeurs, les secondes entre éditeurs, elles sont plutôt complémentaires les unes des autres. Et au titre du caractère proportionné des injonctions, il nous semble que le dégroupage des chaînes Ciné + était la mesure la moins intrusive que l'Autorité pût prononcer au regard de son analyse concurrentielle ; relevons notamment qu'elle n'a pas imposé à GCP le dégroupage des chaînes cinéma de son offre Canal Plus (la chaîne Canal + elle-même et la chaîne Canal + Cinéma). Certes, en raison de cette obligation de dégroupage, l'offre CanalSat ne sera plus en mesure, à coup sûr, de se différencier des offres concurrentes sur la thématique du cinéma ; mais tous les autres distributeurs seront dans la même situation.

3.15. Nous serons plus rapide en ce qui concerne les injonctions relatives aux différents marchés de la vidéo à la demande. Comme pour le dégroupage des chaînes Ciné +, leur nécessité découle directement de l'analyse concurrentielle de l'Autorité. Et si les requérantes mettent en avant, de nouveau, l'entrée prochaine sur le marché français des géants américains de la vidéo à la demande, face auxquels l'interdiction de conclure des exclusivités de diffusion laisserait GCP sans défense, cette entrée n'apparaissait pas imminente à la date de la décision attaquée.

3.16. Nous passons également sur les injonctions relatives aux marchés outre-mer. Elles ne sont pas différentes de celles prononcées pour les marchés de métropole et ne sont critiquées que par voie de conséquence du caractère disproportionné de ces dernières.

3.17. Les critiques suivantes sont adressées aux injonctions 9-a et 9-b.

L'injonction 9-a impose à GCP de séparer, dans des filiales distinctes, les activités d'édition et les activités de distribution de chaînes. L'injonction 9-b l'oblige à établir une comptabilité analytique distinguant les coûts et les revenus selon les métiers du groupe, c'est-à-dire l'édition de chaînes, le transport et la distribution, mais aussi selon ses offres de télévision payante, c'est-à-dire le bouquet Canal + d'une part, Canalsat d'autre part.

GCP conteste à la fois le caractère nécessaire et proportionné de ces injonctions.

Il fait valoir notamment que ces injonctions ne répondent à aucun effet anticoncurrentiel identifié. Mais nous n'avons pas de doute qu'il est possible pour l'Autorité de prononcer une injonction au seul motif qu'elle est nécessaire au contrôle de la bonne exécution d'autres injonctions. C'est d'ailleurs également le cas des injonctions n° 10 relatives à la nomination d'un mandataire.

Nous n'avons guère de doute non plus quant au caractère adapté, nécessaire et proportionné de l'injonction 9-b. La mise en place d'une comptabilité analytique nous semble effectivement indispensable pour assurer le contrôle de la bonne exécution des injonctions 5-a

et 5-b, 6-a et 6-b, afin de vérifier la sincérité des prix proposés par GCP, d'une part, pour le transport et la distribution de chaînes indépendantes, d'autre part, pour la mise à disposition de ses chaînes de cinéma dégroupées.

On peut être plus dubitatif devant l'injonction 9-a qui impose la séparation juridique des activités d'édition et de distribution de GCP, alors que l'auto-distribution de ses offres s'effectuait jusqu'à présent par le biais d'une de ses filiales, la société d'édition de Canal Plus (SECP) qui cumulait les deux activités. L'Autorité, dans sa décision, justifiait de manière très légère la nécessité de cette injonction, puisqu'elle se contentait d'écrire que « [la] mise en place [de la comptabilité analytique] sera facilitée par une répartition claire des activités correspondantes au sein des différentes sociétés composant le groupe ». Toutefois, les éléments produits au cours de l'instruction nous convainquent, finalement, que la séparation juridique des différents métiers de GCP est nécessaire. Certes, la séparation juridique à l'intérieur d'un groupe n'est pas une garantie de la sincérité des prix de transfert entre les sociétés qui composent ce groupe, mais il nous semble d'autant plus difficile d'y voir clair en l'absence d'une telle séparation.

Nous sommes aussi d'avis que la mesure n'est pas disproportionnée, au sens où nous ne croyons pas qu'elle implique des coûts ou des difficultés de mise en œuvre excessifs pour GCP, dont l'organisation interne suit déjà, en grande partie, une division par métier. Certes, nous ne sommes pas persuadé que l'Autorité ait bien pris en compte toutes les implications de cette séparation juridique. Nous relevons à cet égard qu'elle remet directement en cause certains éléments de la convention conclue entre la SECP et le CSA<sup>11</sup> et qu'elle nous semble affecter le produit de la taxe sur les services de télévision affectée au Centre national de la cinématographie, en vertu des dispositions des articles L. 115-9 et suivants du code du cinéma et de l'image animée. Mais, en tout état de cause, ce ne sont pas ces éléments que mettent en avant GCP et Vivendi dans leurs écritures – il n'est pas exclu que ces effets induits les arrangent...

3.18. Enfin ces requérantes critiquent le caractère disproportionné de la durée des injonctions. L'Autorité a prévu, par l'injonction n° 11, qu'elles s'appliqueraient pendant une durée de cinq ans, renouvelable une fois après une nouvelle analyse concurrentielle et une procédure contradictoire. Cette durée de cinq ans avant réexamen ne nous paraît pas excessivement longue, compte tenu notamment du constat que, six ans après les engagements pris par GCP lors de l'absorption de TPS, le besoin des remèdes alors prescrits se fait toujours sentir. Certes, le développement rapide de la vidéo à la demande pourrait conduire à une recomposition des équilibres concurrentiels du secteur de la télévision payante. Toutefois, si cette hypothèse se réalise, les parties peuvent à tout moment demander à l'Autorité de réexaminer les injonctions prononcées – l'Autorité l'a prévu expressément en cas de changement significatif des circonstances de droit ou de fait.

Si vous nous suivez, vous écarterez l'ensemble des moyens soulevés par les sociétés GCP et Vivendi.

\*

Nous en venons aux critiques soulevées, en sens inverse, par les sociétés Numéricable et Parabole Réunion, qui soutiennent que le dispositif d'injonctions mis en place

---

<sup>11</sup> Notamment le contenu des articles 3 et 4 de la convention du 29 mai 2000 modifiée.

par l'Autorité de la concurrence est insuffisant pour prévenir les effets anticoncurrentiels de l'opération.

3.19. Numéricable, tout d'abord, voudrait vous convaincre que l'Autorité de la concurrence aurait dû enjoindre à GCP de mettre à disposition des distributeurs tiers les chaînes Canal +, autrement dit le cœur de l'activité d'éditeur de GCP.

Elle part du constat qu'à la suite de l'opération de concentration, GCP est le seul acteur du marché à éditer une chaîne premium, la chaîne Canal +. Or les chaînes premium sont indispensables à la constitution d'un bouquet de chaînes attractif. Elle en déduit un risque de verrouillage des intrants au détriment des distributeurs tiers, qui est d'ailleurs bien réel puisque GCP se réserve la distribution de sa chaîne premium au travers de l'offre « les chaînes Canal + ». Numéricable en conclut que pour restaurer un minimum de concurrence sur le marché de l'édition et de la commercialisation de chaînes premium, l'Autorité de la concurrence n'avait d'autre choix que d'imposer à GCP le dégroupage de cette chaîne.

L'Autorité de la concurrence a effectivement identifié un marché pertinent de l'édition et de la commercialisation de chaînes premium. Toutefois, elle s'est aussi interrogée, sans en tirer de conclusion, sur l'existence d'un marché intermédiaire des chaînes premium « monothématiques », sur le modèle des chaînes OCS pour le cinéma et des chaînes BeIn Sport pour le sport. Certes, elle a admis que ces chaînes n'étaient que peu substituables à la chaîne Canal +. Mais elle a néanmoins relevé qu'en proposant certains contenus premium, ces chaînes exerçaient une pression concurrentielle sur l'offre premium de GCP.

L'argumentation de Numéricable revient à contester cette pression concurrentielle. S'agissant des contenus premium en matière de cinéma, si elle admet que les chaînes OCS en proposent, elle relève toutefois que l'Autorité de la concurrence elle-même admet leur moindre attractivité par rapport aux chaînes Canal +. S'agissant des contenus premium en matière de sport, elle relève que BeIn Sport a adopté une politique d'acquisition de contenus très différente de celle de GCP, en laissant à ce dernier les droits sur les matchs phares pour acheter, à moindre prix, le reste des droits premium, de sorte que leurs offres seraient plus complémentaires que concurrentes.

Même si ce second point doit être nuancé, dès lors que les chaînes BeIn Sport se positionnent clairement comme des concurrentes des chaînes Canal +, on peut souscrire pour l'essentiel à l'analyse de Numéricable. Toutefois, comme votre décision de section *société Métropole Télévision* l'a jugé, l'efficacité d'un dispositif de mesures correctives s'apprécie globalement. Il faut prendre en compte, ici, les effets combinés de plusieurs injonctions, dont les plus importantes sont celles regroupées sous les n° 2 et 4. L'effet des premières est certain : en imposant à GCP de reprendre sur une base non exclusive toute chaîne premium en faisant la demande, elles garantissent que toute chaîne premium en matière de cinéma ou de sport bénéficiera de la distribution la plus large. Ce point est essentiel dans la mesure où il est indispensable, pour amortir les coûts très élevés de l'acquisition de contenus premium, de disposer d'un accès à une large base d'abonnés. L'effet du groupe d'injonctions n° 4 est moins certain : en donnant à OCS la possibilité de concurrencer à nouveau GCP de manière frontale, l'Autorité ouvre la voie à une remontée en gamme des chaînes OCS, qui pourraient à l'avenir proposer plus de films de première exclusivité. Ajoutons qu'il faut aussi prendre en compte, pour apprécier les effets de ces injonctions, l'abaissement des barrières à l'entrée sur les marchés amont résultant des injonctions n° 1.

L'Autorité a donc bien répondu au risque concurrentiel mis en avant par Numéricable, en mettant en place les conditions nécessaires au maintien et au développement des chaînes premium monothématiques afin d'accroître la pression concurrentielle sur les chaînes Canal +. Certes, il s'agit en partie d'un pari. Mais comme nous l'avons déjà dit, il s'agit d'assurer une concurrence suffisante et qui peut être potentielle, pas de garantir une concurrence totale.

Vous écarterez les autres aspects de l'argumentation, qui ne sont pas pertinents : d'une part, la requérante fait valoir les mérites de l'option qui aurait consisté à imposer le dégroupage des chaînes Canal +, mais la question est seulement de savoir si les injonctions prononcées sont suffisantes, pas si d'autres auraient été meilleures ; d'autre part, contrairement à ce qui est soutenu, l'Autorité ne s'est pas fondée sur l'existence d'une contribution au progrès économique pour renoncer au dégroupage des chaînes Canal +, de sorte que la critique d'une telle contribution est inopérante.

3.20. Numéricable présente deux autres critiques relatives à l'existence d'effets anticoncurrentiels que l'Autorité de la concurrence n'aurait pas pris en compte, mais ces critiques, au demeurant très peu étayées, ne sont pas du tout convaincantes. Vous les écarterez.

3.21. Parabole Réunion, quant à elle, fait porter sa critique, comme on peut s'y attendre, sur l'insuffisance des injonctions prononcées en ce qui concerne la situation des marchés outre-mer, en particulier le marché de l'Océan indien.

L'argumentation est sérieuse et peut faire hésiter. Nous vous proposerons de l'écartier.

La motivation profonde du recours de Parabole Réunion vient de ce qu'elle se retrouve perdante par rapport à 2006.

Il faut rappeler qu'avant cette date, TPS n'était pas présente sur le marché de l'océan Indien, où c'était Parabole qui la distribuait en vertu d'un contrat d'exclusivité. Grâce aux chaînes TPS, notamment TPS Star, TPS Foot et les 7 chaînes de cinéma de TPS, Parabole concurrençait effectivement GCP et avait conquis 40 % des parts de marché. Les engagements pris en 2006 revenaient à prolonger le *statu quo* sur ce marché puisque GCP s'était engagé à reconduire le contrat conclu avec Parabole et, en cas d'abandon d'une chaîne TPS, de lui en substituer une autre d'une attractivité équivalente.

Nous avons vu que cela ne s'est pas passé comme prévu : TPS Foot a été vidée de sa substance ; TPS Star a perdu son caractère de chaîne premium avant de cesser d'être diffusée ; quatre des chaînes cinéma de TPS ont été supprimées par GCP et remplacées par ses propres chaînes cinéma, mais celles-ci étaient également distribuées dans l'offre CanalSat, de sorte que l'offre exclusive de Parabole s'en est trouvée réduite d'autant ; enfin, GCP a remplacé les trois dernières chaînes cinéma de TPS distribuées en exclusivité par Parabole par de nouvelles chaînes éditées par ses soins, dont la qualité a été sensiblement dégradée. La part de marché de Parabole Réunion, comme on pouvait s'y attendre, a fondu.

Or l'Autorité de la concurrence, en étendant aux marchés outre-mer les injonctions prononcées pour les marchés métropolitains, n'arrange pas la situation de Parabole. D'une part, Parabole dessert moins de 500 000 abonnés sur sa plate-forme satellite, de sorte qu'elle

est en deçà du seuil d'application des injonctions n° 5 : en clair, GCP n'aura aucune obligation de valoriser séparément, auprès des éditeurs, la rémunération à titre exclusif sur cette plate-forme. D'autre part, les injonctions n° 6 imposant à GCP de mettre à disposition des distributeurs tiers, désormais, l'ensemble de ses chaînes de cinéma feront perdre à Parabole ses trois dernières exclusivités de distribution dans cette thématique : en effet, ces injonctions obligent à une mise à disposition à titre non exclusif.

En soi, la circonstance que Parabole se retrouve dans une situation moins satisfaisante qu'en 2006 est sans incidence sur la légalité de la décision de l'Autorité de la concurrence. L'Autorité n'a pas pour mission de préserver l'activité de tel ou tel concurrent d'une entreprise en position dominante mais seulement celle de maintenir un niveau de concurrence suffisante. On peut néanmoins s'interroger, de ce point de vue, sur le caractère suffisant des injonctions, dès lors qu'elles aboutissent à dégrader la situation de Parabole : d'une part en effet, ce dernier reste le principal concurrent de GCP sur le marché de l'océan Indien avec 19 % de parts de marché, contre 6 % pour Orange, le concurrent suivant ; d'autre part, ce point est constant, le satellite demeure le principal mode de diffusion de la télévision payante sur ce marché, en raison de contraintes techniques spécifiques qui freinent l'expansion de la télévision par ADSL.

Nous croyons cependant que les injonctions prévues permettent d'assurer le maintien d'une concurrence suffisante sur le marché de l'océan Indien. Tout d'abord, la très grande difficulté dans laquelle va se trouver Parabole d'obtenir des exclusivités ne signifie pas qu'elle ne pourra plus, en aucune manière, concurrencer GCP : si Parabole devra très certainement renoncer à jouer la carte des exclusivités, c'est-à-dire celle de la distinction, elle aura encore la possibilité de tenter une concurrence par les prix. Ensuite et surtout, reste la concurrence des FAI<sup>12</sup>, ou du moins d'Orange, qui semble pour le moment le seul en mesure de concurrencer GCP outre-mer. Ils auront désormais, grâce aux injonctions, les moyens de conclure des exclusivités de distribution sur leurs propres plates-formes. Si leur concurrence est plus faible sur le marché de l'océan Indien qu'en métropole, elle se développe néanmoins avec l'extension progressive des réseaux haut débit. De plus Orange, principal concurrent de GCP après Parabole, propose la diffusion de ses chaînes par satellite pour compléter son offre « *triple play* » lorsque son réseau filaire ne permet pas cette diffusion. Enfin, contrairement à ce que soutient Parabole, les injonctions ne maintiennent pas la mainmise exclusive de GCP sur les contenus premium : pour les raisons que nous avons indiquées tout à l'heure, il nous semble qu'elles créent les conditions du rehaussement ou à tout le moins du maintien de la qualité des chaînes premium monothématiques BeIn Sport pour le sport et OCS pour le cinéma.

## **II. Sur la décision du ministre chargé de l'économie du 28 août 2012**

---

Nous en venons à la requête de la société Parabole Réunion, en tant qu'elle est dirigée contre le refus du ministre de se saisir de l'affaire – conclusions qui nous semblent présenter un lien suffisant avec celles dirigées contre la décision de l'Autorité de la concurrence. Cette requête aussi présente à juger des questions inédites.

1. Votre compétence pour en connaître ne nous semble pas douteuse. Vous avez déjà jugé que la décision que le ministre chargé de l'économie prend sur le fondement de l'article

---

<sup>12</sup> La décision de l'Autorité relève que 75 % des ménages de La Réunion sont abonnés à une offre comportant un accès Internet.

L. 430-7-1 du code de commerce est au nombre des « décisions ministérielles prises en matière de contrôle des concentrations » au sens du 7° de l'article R. 311-1 du code de justice administrative (CE 23 décembre 2011, société Groupe Partouche, n° 340834, à mentionner aux tables du Recueil).

2. La recevabilité de la requête de la société Parabole Réunion est un peu moins évidente.

Le caractère extraordinaire du pouvoir conféré au ministre chargé de l'économie par les dispositions de l'article L. 430-7-1 du code de commerce conduit à s'interroger, en effet, sur les conditions dans lesquelles l'usage de ce pouvoir ou le refus d'en faire usage peuvent être contestés. Pour cela, il faut cerner un peu mieux le pouvoir dont il s'agit.

Les dispositions en question ont été insérées dans le code de commerce par la loi (n° 2008-776) du 4 août 2008<sup>13</sup>, en même temps qu'étaient confiés à la nouvelle Autorité de la concurrence les pouvoirs de contrôle des concentrations jusqu'alors exercés par le ministre. Elles donnent au ministre une large marge d'appréciation : selon leur lettre même, le ministre « peut » évoquer l'affaire, en tenant compte de tous motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence. Les travaux parlementaires confirment cette lecture : le rapport fait au Sénat<sup>14</sup> souligne que le Parlement a entendu que « le pouvoir politique puisse disposer d'une compétence lui permettant d'intervenir s'il le juge nécessaire » ; et les débats au Sénat montrent la volonté du législateur de donner un pouvoir « extrêmement étendu » au ministre, qui « serait en droit de se saisir d'un dossier de concentration en lieu et place de l'Autorité de la concurrence et de prendre une décision contraire pour des motifs d'intérêt général n'ayant rien à voir avec l'analyse concurrentielle du dossier », et ce « dans les deux sens, en autorisant une opération de concentration que l'Autorité de la concurrence aurait interdite ou en interdisant une opération qu'elle aurait autorisée »<sup>15</sup>.

Le texte adopté, cependant, pose la question des rapports entre la décision rendue par l'Autorité de la concurrence et celle du ministre lorsqu'il a décidé de se saisir de l'affaire. Selon ses termes, en effet, « le ministre (...) peut (...) statuer sur l'opération en cause pour des motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence et, le cas échéant, compensant l'atteinte portée à cette dernière par l'opération ». Si l'on admet que l'atteinte à la concurrence en question est celle identifiée par l'Autorité de la concurrence dans sa décision, on peut se demander comment cette dernière s'articule avec la décision du ministre : celui-ci est-il tenu par le bilan concurrentiel effectué par l'Autorité ? Ici, les travaux préparatoires sont d'un certain secours : il ressort très clairement des débats au Sénat que le législateur a entendu que le ministre ait toute latitude pour prendre sa décision, que les objectifs d'intérêt général poursuivis compensent ou non les atteintes concurrentielles identifiées par l'Autorité. Dans ces conditions, il faut considérer que le ministre, lorsqu'il décide d'intervenir, substitue intégralement sa décision à celle de l'Autorité de la concurrence, sans être même tenu de porter la moindre attention au bilan concurrentiel effectué par cette dernière.

Ce cadre précisé, vous admettez tout d'abord sans difficulté que le refus du ministre de faire usage des dispositions de l'article L. 430-7-1 est susceptible de recours. Votre jurisprudence sur la recevabilité des recours dirigés contre des refus de faire usage d'un

---

<sup>13</sup> Précisément son article 96.

<sup>14</sup> Rapport n° 413 (2007-2008) présenté par M. Béteille, Mme Lamure et M. Marini au nom de la commission spéciale en charge de l'examen du projet de loi.

<sup>15</sup> Séance du 7 juillet 2008, Sénat JO débats compte-rendu 8 juillet 2008, p. 4174 et suivantes

pouvoir nous paraît pouvoir être synthétisée de la manière suivante : mise à part l'hypothèse du refus de faire usage d'un pouvoir purement gracieux, qui n'est pas susceptible de recours<sup>16</sup>, vous admettez la recevabilité du recours lorsque le pouvoir en question permettrait d'adopter une décision faisant grief. Or, si le ministre choisit de faire usage du pouvoir en question et prend une décision différente de celle de l'Autorité de la concurrence, qui se substitue à celle-ci, il ne fait pas de doute que cette décision ministérielle est contestable. Vous l'avez d'ailleurs admis, indirectement, dans la décision *Société Groupe Partouche* précitée.

Reste à déterminer quelles sont les personnes susceptibles de justifier d'un intérêt leur donnant qualité pour agir contre cette décision. Votre jurisprudence, pour définir le cercle des intéressés, nous semble s'appuyer sur l'objet des pouvoirs confiés à l'autorité administrative. C'est ainsi que vous admettez la recevabilité d'un concurrent à contester le refus opposé par le CSA de faire usage de son pouvoir de sanction (CE 28 février 1997, société TF1, n° 157354, aux Tables du Recueil p. 1055). De même, vous jugez qu'un syndicat d'auteurs est recevable à contester le refus du CSA de prononcer une mise en demeure à l'égard d'une chaîne qui ne respecte pas ses obligations de diffusion d'œuvres européennes ou d'expression française (CE 23 avril 1997, société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD) et autres, n° 131688, au Recueil p. 163). Encore plus libéralement et plus explicitement, vous jugez que des clients d'une entreprise d'assurances ont intérêt à contester le refus, opposé par l'autorité administrative chargée du contrôle de ce secteur d'activité, de prendre une sanction à l'égard de cette entreprise, compte tenu du principal objet de ce pouvoir de sanction qui est « de garantir, dans l'intérêt notamment des assurés, la sécurité du marché des produits d'assurance » (CE section, 30 novembre 2007, M. T... et autres, n° 293952, au Recueil p. 455).

En suivant cette logique, vous constaterez que le pouvoir prévu par les dispositions de l'article L. 430-7-1 du code de commerce a un objet très large : aux termes mêmes de la loi, il s'agit de la défense de l'intérêt général, qui comprend notamment le développement industriel, la compétitivité des entreprises au regard de la concurrence internationale et le maintien de l'emploi, à l'exclusion, en revanche, du maintien de la concurrence. Compte tenu de cet objet, vous devriez admettre sans difficulté l'intérêt pour agir de personnes publiques en charge de la défense de ces intérêts généraux (par exemple une région, en charge du développement économique de son territoire, lorsque celui-ci est affecté par l'opération de concentration). Il en irait sans doute de même de personnes privées chargées de la défense d'intérêts collectifs affectés par l'opération (par exemple un syndicat de salariés ou une fédération professionnelle).

Nous pensons qu'il faut aller plus loin et admettre l'intérêt pour agir de personnes se prévalant de simples intérêts individuels, notamment les parties à l'opération et leurs concurrents. Le ministre, en effet, a le pouvoir aussi bien d'interdire que d'autoriser et, lorsqu'il autorise, il peut ajouter des injonctions, renforcer celles prononcées par l'Autorité de la concurrence ou, au contraire, retrancher certaines de ces injonctions ou les atténuer. Ces différentes mesures affectent directement les intérêts des parties à l'opération, mais aussi ceux de leurs concurrents sur les marchés concernés.

---

<sup>16</sup> CE 27 juillet 1906, Sieur Bernard, n° 21771, au Recueil p. 698 ; CE 16 mai 1980, M. C... et autres, n° 12670 et autres, au Recueil p. 227.

Notons qu'en Allemagne, où le ministre chargé de l'économie dispose d'une faculté d'autoriser une opération de concentration interdite par l'Autorité de la concurrence, au nom de l'intérêt général<sup>17</sup>, les personnes susceptibles d'introduire un recours contre sa décision sont définies assez largement par la loi<sup>18</sup> et, surtout, de la même manière que celles qui sont recevables à contester la décision de l'Autorité de la concurrence<sup>19</sup> : outre les entreprises soumises au contrôle de la concentration, il peut s'agir de toute personne ou association de personnes dont les intérêts sont affectés de manière substantielle par la décision.

Revenons à l'espèce. La société Parabole Réunion fait valoir que la décision du ministre revient à maintenir une décision de l'Autorité de la concurrence qui fait perdurer, à la Réunion, une organisation de marché préjudiciable à son activité et donc, aux emplois qu'elle y a créés. Ce faisant, elle nous semble justifier d'un intérêt lésé de façon suffisamment directe et certaine par la décision attaquée.

### 3. Passons à l'examen des moyens de la requête.

3.1. Le moyen d'incompétence soulevé, tiré de ce que le fonctionnaire qui a signé la décision attaquée ne bénéficiait pas d'une délégation régulière du ministre, n'est pas fondé. Vous l'écarterez.

3.2. Parabole Réunion critique ensuite, par un moyen d'erreur de droit, les motifs par lesquels le ministre a indiqué, à titre liminaire, qu'il disposait d'un large pouvoir d'appréciation et que sa décision ne serait soumise qu'à un contrôle restreint du juge. Ce moyen est inopérant dès lors qu'il critique une mention superfétatoire de la décision attaquée (décision *SACD* précitée ; CE 30 avril 1997, commune d'Alfortville, n° 115288, inédite au Recueil). Mais il est un prétexte commode pour dire un mot du degré de contrôle qu'il vous appartient d'exercer, en tant que juges de l'excès de pouvoir, sur la décision par laquelle le ministre refuse de faire usage du pouvoir prévu à l'article L. 430-7-1 du code de commerce. Nous n'avons guère de doute à cet égard. Saisis de décisions par lesquelles une autorité administrative refuse de faire usage d'un pouvoir qui comporte une marge d'appréciation, vous avez systématiquement choisi de ne procéder qu'à un contrôle restreint (voyez les décisions *SACD* du 23 avril 1997 et *M. T...* du 30 novembre 2007 précitées). Nous vous proposons de vous en tenir à un contrôle restreint.

### 3. 3. Restent deux moyens soulevés par la société Parabole Réunion.

La demande adressée au ministre par la société Parabole Réunion pointait essentiellement, en réalité, les insuffisances des injonctions prononcées par l'Autorité à fin de maintenir une concurrence suffisante sur le marché de l'océan Indien. Le ministre a répondu principalement sur ce terrain en estimant ces critiques inopérantes, l'article L. 430-7-1 du code de commerce ne lui permettant pas d'évoquer l'affaire pour des motifs tirés du maintien de la concurrence. Ce faisant, le ministre n'a pas commis d'erreur de fait au regard du contenu de la demande qui lui était adressée, ni d'erreur de droit.

On peut faire l'effort, cependant, de lire dans la demande de Parabole Réunion une argumentation relative au maintien de l'emploi, puisqu'elle indiquait employer 250 salariés

---

<sup>17</sup> *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, art. 42.

<sup>18</sup> *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, art. 63 (2)

<sup>19</sup> *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, art. 54 (2) et (3).

dont 130 sur le territoire français et mentionnait, à plusieurs reprises, que sa pérennité était menacée. Dans ce cas, il faut faire l'effort symétrique de considérer que la réponse du ministre se prononce aussi sur ce terrain. Il ne nous semble faire aucun doute qu'en refusant d'évoquer l'affaire, le ministre n'a commis ni erreur de droit ni erreur manifeste d'appréciation : non seulement la menace sur l'emploi invoquée par Parabole Réunion n'était ni immédiate ni certaine, mais surtout elle n'était pas d'une ampleur telle que le ministre eût été tenu d'agir.

Si vous nous suivez vous rejetterez la requête de Parabole Réunion contre la décision ministérielle attaquée.

\*\*\*

Et par ces longs motifs, Messieurs, nous concluons :

- à l'admission des interventions de la société M6 et des différentes sociétés du groupe TF1 ;
- au rejet de l'ensemble des requêtes présentées par les sociétés GCP et Vivendi, Numéricable et Parabole Réunion ;
- à ce que les sociétés GCP et Vivendi versent une somme de 2 500 euros chacune à l'Etat (pour l'Autorité de la concurrence) au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du CJA ;
- et à ce que les Sociétés Numéricable et Parabole Réunion lui versent, à ce même titre, une somme de 3 000 euros chacune.