

N° 363702 – Société Métropole Télévision (M6)
N° 362719 – Société Télévision Française 1 (TF1)
N° 363978 – Société Métropole Télévision (M6)

Assemblée du contentieux

Séance du 20 décembre 2013
Lecture du 23 décembre 2013

CONCLUSIONS

Vincent Daumas, rapporteur public

Vous éclairer sans vous assommer, telle est notre unique objectif ce matin. Vous verrez qu'il est ambitieux.

Nous vous avons longuement entretenu, l'année dernière à la même époque, de la décision prise par l'Autorité de la concurrence le 23 juillet 2012 d'autoriser le regroupement, dans le secteur de la télévision payante, des activités des sociétés TPS et Groupe Canal Plus (ci-après : GCP). Il sera également question aujourd'hui d'une opération de concentration impliquant GCP, elle aussi autorisée après notification par une décision de l'Autorité de la concurrence du 23 juillet 2012. Mais l'opération est cette fois intervenue dans le secteur de la télévision gratuite. Et alors que la concentration GCP-TPS avait donné lieu à une décision d'autorisation assortie de mesures d'injonction, l'Autorité de la concurrence a décidé ici d'accepter les engagements que lui ont soumis les parties à l'opération. L'année dernière c'est GCP qui attaquait la décision de l'Autorité dont les injonctions, selon lui, allaient trop loin. Aujourd'hui ce sont les principaux concurrents de GCP dans le secteur de la télévision gratuite, les sociétés Métropole Télévision (M6) et Télévision Française 1 (TF1) qui contestent la décision d'autorisation, en ce que les engagements acceptés par l'Autorité, au contraire, n'iraient pas assez loin – en clair, ils ne seraient pas de nature à remédier aux effets anticoncurrentiels de l'opération en garantissant le maintien d'un niveau de concurrence suffisant sur les marchés concernés. Tel est l'objet des requêtes n°s 363702 et 363719.

L'opération dont il s'agit consistait en la prise de contrôle, par GCP et sa maison-mère, la société Vivendi, de plusieurs sociétés jusqu'ici détenues à 100 % par la société Bolloré Médias, parmi lesquelles les sociétés Direct 8 et Direct Star. Ces dernières avaient pour objet l'édition et l'exploitation de deux chaînes de télévision éponymes diffusées sur la TNT gratuite : la chaîne généraliste Direct 8, rebaptisée D8 à la suite de l'opération ; et la chaîne musicale Direct Star, rebaptisée D17. Avec cette opération GCP, principal acteur du secteur de la télévision payante, devait mettre un pied dans celui de la télévision gratuite.

Si les sociétés Direct 8 et Direct Star exploitaient un service de télévision diffusé par voie hertzienne terrestre, c'est grâce à des autorisations d'utilisation du spectre radioélectrique délivrées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel (ci-après : le CSA). Compte tenu des modifications envisagées dans le capital de ces deux sociétés, l'opération a également fait l'objet d'une demande d'agrément auprès du CSA. Celui-ci a décidé, le 18 septembre 2012,

d'agréer l'opération, compte tenu, là aussi, des engagements pris par GCP. Cette décision est également contestée, par M6 seulement. C'est l'objet de la requête n° 363978.

I. Requêtes des sociétés M6 et TF1 contre la décision de l'Autorité de la concurrence

Nous commencerons par examiner les requêtes dirigées contre la décision de l'Autorité de la concurrence. Rappelons que vous statuez comme juge de l'excès de pouvoir sur les recours dirigés contre les décisions de l'Autorité prises en matière de contrôle des concentrations, en exerçant un contrôle entier sur les appréciations qu'elle porte à cette occasion (voyez, pour la confirmation du cadre de votre contrôle, votre décision « *Canal Plus II* » : CE assemblée, 21 décembre 2012, société Groupe Canal Plus et autres, n° 362347, 363542, 363703, au Recueil p. 447).

1. Une fois n'est pas coutume, nous évoquerons d'abord les moyens de légalité interne.

Pour cela, il est nécessaire de dire quelques mots du fonctionnement du secteur de la télévision gratuite, dont l'organisation est très différente de celle du secteur de la télévision payante. Comme en télévision payante, l'activité d'édition consiste à agréger différents contenus pour en faire des chaînes de télévision. La rémunération de cette activité, en revanche, n'obéit pas du tout aux mêmes modalités : cette rémunération est assurée par les revenus de la publicité, c'est-à-dire les sommes que les annonceurs versent aux éditeurs de chaînes en contrepartie du droit d'y diffuser des spots publicitaires. Ces sommes sont plus ou moins élevées selon l'audience de la chaîne, qui elle-même dépend des contenus diffusés. A cet égard, on retrouve un point commun avec le secteur de la télévision payante : l'accès aux marchés dits « amont » des droits de diffusion de certains programmes qui constituent des moteurs d'audience est fondamental pour les éditeurs de chaînes. Pour une large part, ces contenus particulièrement attractifs sont identiques en télévision gratuite et en télévision payante : sont avant tout recherchés les productions américaines récentes – films mais aussi séries, les films d'expression originale française récents, certains films plus anciens mais très populaires et certaines compétitions ou événements sportifs – parmi lesquels beaucoup de football !

L'opération autorisée par l'Autorité de la concurrence est intervenue dans un secteur qui a connu de profondes transformations ces dernières années. Vous savez que les chaînes de télévision gratuites étaient, jusqu'au milieu des années 2000, essentiellement diffusées par le biais d'un signal analogique convoyé par voie hertzienne terrestre. Le passage à un signal numérique a permis une meilleure utilisation du spectre radioélectrique et, par conséquent, un accroissement du nombre de chaînes diffusées. Aux côtés des chaînes dites « historiques », plus d'une dizaine de nouvelles chaînes gratuites, certaines généralistes, d'autres thématiques, ont été autorisées à émettre par le CSA à la suite d'appels à candidatures lancés en 2002, 2005 et pour le dernier 2012. Ces « nouvelles chaînes » de la télévision numérique terrestre, comme on les appelle, représentaient 23 % de l'audience en 2011.

Toutefois, parallèlement à cette multiplication du nombre de chaînes diffusées, des regroupements sont intervenus : TF1 a ainsi pris le contrôle des chaînes TMC et NT1 initialement détenues par le groupe AB. Dans ce contexte, la prise de contrôle de deux chaînes de la TNT par GCP apparaît comme une nouvelle étape d'un processus de consolidation du

secteur de la télévision gratuite – mais à la différence des précédentes ayant impliqué TF1, cette prise de contrôle émane d'un groupe jusque-là pratiquement absent de ce secteur.

Les activités respectives des parties à l'opération de concentration étant exercées, pour l'essentiel, sur des marchés distincts, l'Autorité de la concurrence a estimé qu'elle ne comportait pas d'effets anticoncurrentiels horizontaux notables. Cette appréciation était principalement motivée par la place modeste que détiendrait GCP sur le marché de la publicité télévisée à l'issue de l'opération (7,7 % de parts de marché contre un peu plus de 22 % et 46 % pour, respectivement, M6 et TF1).

En revanche, l'Autorité a identifié deux effets anticoncurrentiels verticaux et, surtout, plusieurs effets congloméraux.

Les effets verticaux consistent pour GCP à utiliser le pouvoir de marché qu'il détient en tant qu'offreur sur certains marchés « amont » de droits de diffusion pour restreindre l'accès des éditeurs de chaînes gratuites concurrentes à ces droits – et ainsi renforcer sa position sur le marché « aval » de la publicité télévisée. L'Autorité a relevé deux risques à cet égard.

Le premier consiste en un verrouillage de l'accès des chaînes gratuites concurrentes de celles de GCP aux droits de diffusion de « films de catalogue », c'est-à-dire des films ayant déjà fait l'objet d'un premier cycle d'exploitation, en salles puis en télévision payante et enfin en télévision gratuite. GCP détient en effet, à travers sa filiale StudioCanal, une partie substantielle des droits des films d'expression originale française de catalogue. Ces films de catalogue sont nécessaires à la constitution des programmes des chaînes gratuites en raison de l'obligation réglementaire de diffuser au moins 60 % d'œuvres cinématographiques d'origine européenne, dont 40 % de films d'expression originale française¹ (c'est une approximation mais nous parlerons par la suite, pour simplifier, de « films français » plutôt que de « films d'expression originale française »). GCP pourrait donc, en refusant de vendre les droits correspondants aux éditeurs de chaînes concurrentes, détériorer le contenu de ces dernières et, par conséquent, leur audience, au bénéfice de celle de ses propres chaînes gratuites. Afin de prévenir cet effet anticoncurrentiel, l'Autorité a accepté un engagement consistant à « geler » la part des droits acquis auprès de StudioCanal dans le total des acquisitions de droits de films français de catalogue effectuées par les deux chaînes D8 et D17. Ainsi, ces deux chaînes ne peuvent, en vertu de l'engagement 2.3, effectuer que 36 % en volume et 41 % en valeur de leurs acquisitions de films français de catalogue auprès de StudioCanal.

Le second effet vertical identifié par l'Autorité consiste en un verrouillage de l'accès aux droits de diffusion d'événements sportifs d'importance majeure. Les conditions de diffusion de ces événements sportifs sont encadrées par la loi et le règlement : ils doivent, pour la plupart, être retransmis en direct de façon intégrale par un service de télévision à accès libre². Or il se trouve qu'une bonne partie de ces événements sont des épisodes de compétitions plus vastes, par exemple la finale du championnat de France de rugby ou les finales masculine et féminine du championnat du monde de handball lorsque l'équipe de France y participe, compétitions dont les droits se négocient de manière globale. GCP achète

¹ Cf. article 7 du décret n° 90-66 du 17 janvier 1990 pris pour l'application de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 et fixant les principes généraux concernant la diffusion des œuvres cinématographiques et audiovisuelles par les éditeurs de services de télévision.

² Cf. article 20-2 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 et décret n° 2004-1392 du 22 décembre 2004.

de nombreux droits portant sur des compétitions sportives pour les diffuser en intégralité sur certaines de ses chaînes de télévision payante. Il doit donc rétrocéder, sauf diffusion en clair sur la chaîne Canal+, les droits de diffusion des épisodes de ces compétitions qui sont considérés comme événements sportifs d'importance majeure. Avec la prise de contrôle de deux chaînes gratuites, la situation change : GCP n'est plus tenu de procéder à cette rétrocession puisqu'il lui suffit de diffuser sur l'une de ces chaînes ce qui constitue des événements sportifs d'importance majeure. L'Autorité a donc estimé que, du fait de la concentration, GCP avait la possibilité de verrouiller l'accès des chaînes gratuites aux événements sportifs d'importance majeure grâce à sa capacité à acheter les compétitions globalement. Afin de prévenir ce verrouillage, l'Autorité a accepté un engagement 2.4 consistant pour GCP à céder les droits portant sur les événements sportifs d'importance majeure qui ne seraient pas diffusés en clair sur Canal+ à la chaîne gratuite lui ayant présenté la meilleure offre, sélectionnée selon des critères économiques objectifs, transparents et non-discriminatoires, à l'issue d'une procédure d'appel d'offres dirigée par le mandataire indépendant chargé du suivi des engagements.

Ce sont toutefois les effets congloméraux de l'opération envisagée qui ont le plus préoccupé l'Autorité de la concurrence – c'est-à-dire des effets consistant pour GCP à prendre appui sur les positions qu'il détient sur certains marchés connexes aux marchés concernés par l'opération pour accroître ses positions sur ces derniers.

Pour comprendre la nature de ces effets congloméraux, il faut entrer dans le détail du fonctionnement des différents marchés « amont » de droits de diffusion. Il est important d'en avoir à l'esprit trois caractéristiques : d'abord, les éditeurs de chaînes cherchant avant tout à se différencier les uns des autres par les contenus proposés au téléspectateur, les droits négociés sur ces marchés portent pour la plupart sur la diffusion de contenus en exclusivité ; ensuite, en raison des contraintes légales et réglementaires, ces marchés sont encore organisés sur une base géographique ; enfin, s'agissant des droits de diffusion d'œuvres cinématographiques – et à la différence des séries, ces mêmes contraintes conduisent à distinguer les droits de diffusion en télévision gratuite des droits de diffusion en télévision payante. En France cette distinction découle de ce qu'on appelle la « chronologie des médias ». Il s'agit d'un dispositif qui soumet les différentes formes d'exploitation d'une œuvre cinématographique à des délais, décomptés à partir de sa sortie en salles³. Ce système de délais crée des périodes d'exploitation ou « fenêtres de diffusion » de l'œuvre : ainsi, un film ne peut en principe être diffusé dans le cadre d'un service de télévision payante qu'à compter, au plus tôt, du dixième mois suivant sa sortie en salles. S'agissant de films récents, les éditeurs de chaînes diffusées en France sont donc conduits à négocier les droits de diffusion de ces films en France, à titre exclusif, pour une diffusion gratuite ou pour une diffusion payante.

Jusqu'alors, ce « ou » était exclusif, puisque GCP régnait quasiment sans partage sur le secteur de la télévision payante mais n'avait pas entrepris d'en sortir pour développer ses activités dans celui de la télévision gratuite – si l'on excepte les plages en clair de la chaîne Canal+ et sa chaîne thématique d'information en continu iTélé. L'opération de concentration autorisée change cette donne. Désormais, GCP doit alimenter ses deux nouvelles chaînes

³ Ce dispositif 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, pris en application de l'article 30-7 du code de l'industrie cinématographique (JORF n° 160 du 12 juillet 2009 page 11765).

gratuites, surtout sa chaîne généraliste D8, en contenus attractifs. L'Autorité a considéré que cette situation permettait à GCP de faire jouer un effet de levier entre, d'une part, les marchés des droits de diffusion de films en télévision payante et, d'autre part, les marchés des droits de diffusion de films et de séries en télévision gratuite. Cet effet consiste pour GCP à prendre appui sur sa position de quasi-monopsonne sur les marchés de droits de diffusion en payant – c'est-à-dire qu'il y est pratiquement le seul à exprimer une demande – pour lier l'acquisition de droits de diffusion en clair, sur la télévision gratuite, à celle des droits de diffusion en télévision payante. De la sorte, GCP se trouverait en position de préempter les droits de diffusion en clair des films et des séries les plus attractifs et d'évincer ainsi les éditeurs de chaînes gratuites concurrentes des marchés correspondants. Ce verrouillage de l'accès aux droits aurait évidemment des conséquences dramatiques pour les chaînes concurrentes : moins bien alimentées en contenus attractifs, elles verraient leur audience s'effriter, réduisant ainsi leurs ressources publicitaires, ce qui diminuerait d'autant plus leur capacité d'achat sur les marchés de droits.

Pour parer à ce risque, les parties ont souscrit différents engagements que l'Autorité a acceptés. Toutefois, comme le soutiennent les sociétés M6 et TF1, ils nous paraissent insuffisants pour remédier aux effets anticoncurrentiels identifiés par l'Autorité.

Avant de vous expliquer pourquoi, disons immédiatement que, contrairement à ce que soutient avec insistance M6, l'Autorité de la concurrence n'était pas tenue de neutraliser entièrement ces effets anticoncurrentiels. Vous avez rappelé l'année dernière quel était le rôle de l'Autorité lorsqu'elle examine une concentration sur le fondement des dispositions des articles L. 430-6 et suivants du code de commerce : il lui appartient de faire usage de ses pouvoirs d'interdiction, d'injonction, de prescription ou de subordination de son autorisation à la réalisation effective d'engagements « à proportion de ce qu'exige le maintien d'une concurrence suffisante sur les marchés affectés par l'opération » (voir votre décision « *Canal Plus II* » précitée, point 107). La circonstance que l'Autorité ait décidé de laisser jouer dans une certaine mesure l'effet de levier consistant à permettre la liaison par GCP des achats de droits en payant et en clair ne révèle donc, en soi, ni erreur d'appréciation ni erreur de droit. Les seules questions pertinentes sont celles de savoir si les limites assignées par l'Autorité à ce jeu permettront qu'une concurrence suffisante soit maintenue sur les marchés considérés et si les engagements pris sont de nature à garantir le respect de ces limites.

Lorsque des mesures correctives adoptées par l'autorité chargée du contrôle des concentrations sont critiquées en ce qu'elles seraient insuffisantes pour remédier aux effets anticoncurrentiels qu'elles ont pour objet de prévenir, vous appréciez la pertinence et l'efficacité de ces mesures globalement (CE section, 30 décembre 2010, société Métropole Télévision (M6), n° 338197, au Recueil p. 551 ; voir aussi votre décision « *Canal Plus II* » précitée, point 150). En l'espèce, les engagements nous paraissent insuffisants pour remédier aux trois effets anticoncurrentiels congloméraux identifiés par l'Autorité, à savoir : premièrement, le risque de verrouillage du marché des droits de diffusion de films américains inédits en clair ; deuxièmement, le risque de verrouillage du marché des droits de diffusion de séries américaines récentes ; troisièmement, le risque de verrouillage du marché des droits de diffusion de films français inédits en clair.

1.1. Pour vous faire partager notre conviction, il faut descendre un peu plus loin dans les détails du fonctionnement des marchés de droits.

A tout seigneur tout honneur, commençons par les productions américaines.

Les marchés des droits de diffusion de séries et films américains récents comportent, du côté de l'offre, six principaux acteurs qui sont les six studios américains désignés couramment comme les « *majors* ». Les chiffres dont on dispose au dossier ne sont pas très précis mais il en ressort qu'à elles six, ces *majors* représentent environ 80 % en volume de la production de séries et films américains. Les 20 % restants sont issus d'autres studios dits « indépendants ». La commercialisation des droits de diffusion des productions issues des studios américains s'effectue selon des modalités tout à fait particulières. Elles consistent en la conclusion d'« *output deals* » – en français, « contrats cadres ». L'« *output deal* » est un accord pluriannuel par lequel un diffuseur acquiert par avance, auprès d'un studio, les droits de diffusion, pour un ou plusieurs marchés géographiques, d'une partie significative des films ou des séries qu'il produira sur la période couverte par l'accord – généralement quatre ou cinq ans. Il s'agit donc d'une forme de préfinancement. Vous imaginez aisément que les sommes déboursées par les diffuseurs pour « décrocher » un contrat cadre sont considérables – pour un contrat cadre global incluant à la fois les droits de diffusion de films en payant et en clair et les droits de diffusion de séries, on parle de sommes de l'ordre de 250 millions de dollars. Outre ces contrats cadres, les studios américains concluent aussi avec les diffuseurs d'autres types de contrats plus classiques, dits « contrats ponctuels », portant sur des œuvres identifiées. Il fait peu de doute qu'à la date de la décision attaquée, GCP dispose, dans les négociations portant sur les droits de diffusion en télévision payante, d'une très forte position puisqu'il est, nous l'avons dit, en situation de quasi-monopsonne. Certes, comme le fait valoir GCP, ses achats ne portent que sur les droits de diffusion pour la France et ne représentent par conséquent, pour les *majors*, qu'une faible part de leur chiffre d'affaires total. Mais celles-ci doivent amortir des coûts considérables et il n'est pas sérieusement contesté que le marché français représente pour elles un enjeu important. Les *majors* américaines ont tout intérêt à parvenir à un accord avec GCP pour vendre les droits de diffusion de leurs productions en télévision payante pour la France. C'est ce que vous avez déjà constaté, au demeurant, dans votre décision « *Canal Plus II* », alors que GCP, là aussi, mettait en avant le contrepouvoir des détenteurs de droits américains pour relativiser son propre pouvoir de marché. S'agissant des droits portant sur les séries et films américains récents, GCP nous paraît donc bien avoir la capacité de faire jouer l'effet de levier redouté par ses concurrents.

En ce qui concerne les films français, la négociation des droits de diffusion se fait à l'unité mais là aussi, la plupart du temps, avant même la production de l'œuvre. Les contrats d'achat de droits constituent donc, là aussi, une forme de préfinancement. Pour voir le jour, les productions les plus importantes doivent parvenir à vendre, à la fois, leurs droits de diffusion en télévision payante et en clair. Au cours de l'instruction, les sociétés requérantes ont évoqué la négociation de droits portant sur différentes « fenêtres » de diffusion en clair. Il s'agit de droits portant sur la possibilité de diffuser le film en clair, non seulement une première mais aussi une deuxième et même une troisième fois – d'où les expressions employées de « première », « deuxième » ou « troisième fenêtre » de diffusion en clair. L'audience d'instruction tenue par votre 3^e sous-section a permis d'en préciser la nature. Ces différentes fenêtres de diffusion en clair ne découlent pas de contraintes légales ou réglementaires mais de pratiques contractuelles qui sont apparues avec le développement de la TNT : la nécessité d'alimenter, au-delà des chaînes « historiques », les chaînes dites « nouvelles » de la TNT et le constat que les deuxième et parfois même troisième diffusions d'un film en clair donnaient de très bons résultats d'audience ont conduit les détenteurs de droits à valoriser distinctement, de manière spontanée, les droits de diffusion correspondants,

dès le stade du préfinancement. S'agissant des marchés de droits de diffusion de films français récents en télévision payante, il n'est pas contesté que GCP dispose d'une position ultra-dominante qui lui permet de faire jouer l'effet de levier consistant à lier achats en gratuit et achats en payant.

1.2. Ces précisions apportées, quelle est la teneur des engagements souscrits par les parties à l'opération de concentration et repris par l'Autorité pour remédier aux effets anticoncurrentiels résultant de la possibilité pour GCP de lier ses achats en payant et ses achats en clair ?

S'agissant des productions américaines, en vertu de l'engagement 2.1, GCP ne peut conclure avec plus d'une *major* un ou plusieurs contrats cadres portant, à la fois, sur des droits de diffusion de films récents en télévision payante et sur des droits de diffusion de séries ou de films récents en télévision gratuite. Pour la mise en œuvre de cet engagement, un contrat cadre est défini comme celui portant sur « une partie significative de la production annuelle inédite en France » du studio concerné. Et il est précisé que l'engagement en question n'exclut pas la possibilité pour GCP de conclure des contrats d'acquisition de droits de diffusion en clair autres que des contrats cadres, c'est-à-dire des contrats portant sur autre chose qu'une « partie significative de la production ». Ce premier engagement ménage par ailleurs une souplesse sans doute nécessaire : compte tenu des dates d'échéance différentes des contrats cadres, GCP est autorisée à signer un contrat cadre avec une *major* portant, à la fois, sur le payant et le gratuit qui prend effet avant même la date d'échéance d'un autre contrat cadre de même nature, à la condition toutefois que ce chevauchement de deux contrats cadres cumulant payant et gratuit soit temporaire. Eu égard à la longue durée des contrats cadres, cette période de chevauchement a été fixée à 18 mois au plus. En outre, pendant cette période, GCP doit sous-licencier les droits tirés du contrat cadre venant à échéance à un diffuseur sélectionné dans le cadre de la procédure prévue par l'engagement 2.5, c'est-à-dire une procédure d'appel d'offres transparente et non discriminatoire conduite, là aussi, par le mandataire.

S'agissant des films français, en vertu de l'engagement 2.2, GCP ne peut, « au cours d'une même année calendaire », acquérir les droits de diffusion en payant et en clair de plus de vingt films. Pour garantir que GCP ne jette pas son dévolu, de manière systématique, sur les vingt films les plus chers, donc ceux qui présentent, à première vue, le plus fort potentiel d'audience, cette obligation est déclinée en « sous-plafonds » : ces vingt films pourront comprendre au plus deux films dont le devis est supérieur à 15 millions d'euros ; au plus trois films dont le devis est compris entre 10 et 15 millions ; au plus cinq films dont le devis est compris entre 7 et 10 millions.

Enfin, en vertu de l'engagement 2.6, GCP ne peut lier ses achats de droits en payant avec ses achats de droits en clair portant sur des séries ou des films américains récents issus des *majors* ou sur des films français récents. Pour garantir la mise en œuvre de cet engagement, GCP doit séparer les équipes d'achat chargées, d'une part, des acquisitions de droits de diffusion en télévision payante, d'autre part, des acquisitions de droits de diffusion en télévision gratuite, en confiant ces dernières acquisitions à une société juridiquement distincte au sein du groupe, en dotant celle-ci des moyens nécessaires à son autonomie et en interdisant l'échange d'informations entre les équipes d'achat. Il n'est fait exception à cette interdiction de tout achat lié que dans deux hypothèses : la première, s'agissant des productions américaines, concerne l'unique contrat cadre autorisé portant à la fois sur le

payant et le gratuit ; la seconde, s'agissant des films français, concerne les vingt films pour lesquels l'achat cumulé des droits de diffusion en payant et en gratuit est autorisé. Il est expressément prévu que la négociation des droits correspondants, dont les achats peuvent donc être non seulement cumulés mais aussi liés, peut relever de l'équipe chargée des acquisitions en payant.

1.3. La résultante de ces différents engagements en ce qui concerne les productions américaines ne se laisse pas immédiatement appréhender. Mais elle nous paraît insatisfaisante.

Précisons, avant toute chose, qu'il appartient à l'Autorité de la concurrence de n'accepter des engagements que si leurs effets sont suffisamment certains et mesurables. Il s'agit de garantir que les risques anticoncurrentiels qu'ils ont pour finalité de prévenir ne seront pas susceptibles de se réaliser sur la durée couverte par les engagements. Les lignes directrices de l'Autorité rappellent ainsi que les mesures correctives doivent être rédigées sans ambiguïté et doivent être contrôlables⁴ (§ 525 et suivants). Le juge européen de la concurrence insiste régulièrement sur cette exigence : le tribunal de l'Union européenne juge ainsi que la Commission ne peut accepter des engagements que si elle est en mesure de conclure, avec certitude, qu'il sera possible de les exécuter et que les entraves à une concurrence effective que les engagements ont pour finalité d'empêcher ne seront pas susceptibles de se produire dans un avenir relativement proche (voir notamment TUE 6 juillet 2010, Ryanair Holdings c/ Commission, T-342/07, point 453). Pour votre part, vous avez certes jugé que les parties ne pouvaient légalement, tout en assurant le respect formel des critères expressément prévus par un engagement, adopter des mesures ou un comportement ayant pour conséquence de le priver de toute portée et de produire des effets anticoncurrentiels qu'il entendait prévenir (voir votre décision « *Canal Plus I* » : CE assemblée, 21 décembre 2012, société Groupe Canal Plus, n° 353856, au Recueil p. 431, point 29). Mais cette soupape qui permet de sanctionner des hypothèses de contournement des engagements par les parties n'exempte pas pour autant l'Autorité de la concurrence de son obligation de n'accepter que des engagements précis, opérationnels, dont le respect pourra être vérifié avec certitude.

A cet égard, les engagements souscrits pour encadrer l'acquisition par GCP de droits de diffusion de séries et films américains récents auprès des *majors* comportent à notre avis deux défauts, qui pris ensemble sont rédhibitoires. Le premier vient de ce qu'ils font nettement diverger le champ dans lequel sont autorisés les achats liés de droits de diffusion en payant et en gratuit du champ dans lequel sont autorisés les achats cumulés mais non liés des deux types de droits. Le champ d'autorisation des achats liés est étroit puisqu'ils ne sont permis que sous la forme de contrats cadres conclus avec une *major* – réserve faite de la période de chevauchement dont nous avons parlé. Le champ d'autorisation des achats cumulés est plus large puisque le cumul, tout en étant interdit lorsqu'il prend la forme de contrats cadres – sauf pour une exception – est autorisé lorsqu'il revêt la forme de contrats ponctuels. Bien sûr, il ne s'agit pas que d'une question de forme puisque le contrat cadre est défini comme celui portant sur une partie « significative » de la production d'une *major*. Mais cette possibilité permet à GCP de conclure des contrats ponctuels, donc portant sur une partie non significative de la production d'une *major*, en cumulant droits de diffusion en payant et droits de diffusion en gratuit – on peut imaginer un contrat de ce type portant sur tous les films à produire au cours des cinq prochaines années relevant d'une même franchise à succès,

⁴ Voir, pour la version des lignes directrices publiée le 10 juillet 2013, les paragraphes 573 et suivants.

la série des *Batman* par exemple, ou sur tous les films à produire par une *major* dans la thématique « science-fiction » et dont le budget est supérieur à 100 millions de dollars. Certes, les contrats correspondant à chaque type de droits ne pourront pas être conclus par la même équipe d'achat. Toutefois – et c'est là qu'apparaît le second défaut que nous voyons dans ces engagements – l'équipe chargée des achats en payant pourra, de fait, négocier la teneur de tous les contrats. Cette équipe est en effet compétente pour conclure un éventuel contrat cadre « couplé », c'est-à-dire cumulant droits de diffusion en payant et en gratuit, avec l'une quelconque des six *majors* – ce qui en pratique signifie qu'elle est en contact avec l'ensemble des *majors* de manière quasi-permanente, compte tenu des dates d'échéance différentes des contrats cadres, de la longueur de ces négociations et de la possibilité de chevauchement temporaire de deux contrats cadres couplés. Cette équipe pourra également négocier et conclure des contrats cadres avec les autres *majors* portant sur le payant, dès lors que GCP renonce à conclure avec elles des contrats cadres portant sur le gratuit. Enfin elle pourra négocier et conclure avec elles, à défaut de contrats cadres, des accords ponctuels portant sur les droits de diffusion en payant d'œuvres identifiées représentant une partie non significative de leur production. Dans le cadre de ces négociations, elle pourra discuter du périmètre des différents accords susceptibles d'être conclus. Tout cela ne constitue en rien un contournement des engagements. Et dans ce cadre, nous ne voyons pas ce qui fait obstacle à ce que l'équipe chargée des achats en payant négocie avec les différentes *majors*, en contrepartie de la conclusion d'un contrat portant sur le payant, l'exclusion de la partie de la production jugée la plus intéressante du champ du contrat cadre susceptible d'être conclu sur le gratuit et l'inclusion de cette partie de la production dans un contrat ponctuel dont GCP sera titulaire. La circonstance que ce dernier contrat ne puisse être conclu que par l'équipe chargée des acquisitions de droits de diffusion en télévision gratuite ne nous paraît en rien une garantie puisque la négociation de son contenu est susceptible d'intervenir en amont par l'équipe « payant ». Dans le cadre des négociations conduites avec les *majors*, GCP sera donc en mesure, au-delà de l'hypothèse autorisée relative à la conclusion d'un contrat cadre couplé avec l'une seulement d'entre elles, de lier certains de ses achats de droits de diffusion en payant et en gratuit, en méconnaissance de l'interdiction qui découle de l'engagement 2.6. Et nous ne croyons pas à la possibilité pour l'Autorité de la concurrence de sanctionner *a posteriori* de tels comportements, qui seront à notre avis impossibles à détecter compte tenu de la difficulté de comparer le contenu des différents contrats conclus avec les *majors*.

L'incitation de GCP à faire jouer l'effet de levier consistant à lier ses achats en payant et en gratuit pour se réserver ce qu'il estimera le meilleur de la production des *majors* n'est pas douteuse. Quant à l'effet sur la concurrence, il nous semble d'une ampleur suffisante pour être problématique. Les studios américains « indépendants » sont en dehors du champ des engagements et représentent environ 20 % de parts de marché. Avec le contrat cadre cumulant le payant et le gratuit que GCP est autorisé à conclure avec l'une quelconque des *majors*, qui pourrait représenter jusqu'à environ 15 % de parts de marché d'après les estimations convergentes des parties, GCP est en mesure de faire jouer un effet de levier sur 35 % des droits de diffusion en clair de séries et de films américains récents. A cela s'ajouteraient donc les séries et les films que GCP est susceptible d'extraire des accords cadres des autres *majors*, sans que cela aille jusqu'à représenter une part significative de leur production. Compte tenu de ce que ces droits peuvent avoir d'important en termes qualitatifs, il nous semble que l'effet de levier que GCP a la capacité et l'incitation de mettre en œuvre risque de conduire à un verrouillage d'une part tout à fait substantielle des droits de diffusion en télévision gratuite de séries et films américains récents.

Relevons que le risque que GCP puisse utiliser son pouvoir de négociation à l'égard des détenteurs de droits américains pour vider en partie de leur contenu les contrats cadres susceptibles d'être conclus par ses concurrents en télévision gratuite a été expressément identifié par l'Autorité de la concurrence dans sa décision (point 416). Elle a pu croire que les engagements souscrits suffisaient à y remédier. Nous pensons qu'elle a commis sur ce point une erreur d'appréciation. A notre avis, l'Autorité aurait pu cantonner clairement l'effet de levier en autorisant GCP à conclure un contrat cadre couplé avec une seule *major* et en lui interdisant, au-delà, tout achat cumulé des droits de diffusion en payant et en gratuit. Cela aurait forcé GCP, au-delà de cette *major*, à arbitrer entre l'acquisition de l'un ou l'autre de ces types de droits de diffusion et, compte tenu de la nécessité pour lui d'alimenter en films ses chaînes payantes, notamment ses chaînes thématiques de cinéma, il aurait été contraint de laisser suffisamment de champ à ses concurrents pour l'acquisition de droits de diffusion en télévision gratuite. Il aurait sans doute été possible aussi d'imaginer un système de plafonds similaire à celui retenu pour les films français, autorisant à faire jouer l'effet de levier pour un nombre limité de films et interdisant, au-delà, le cumul des deux types de droits de diffusion. Bref, d'autres mesures correctives étaient possibles. Celles retenues par l'Autorité, parce qu'elles sont extrêmement raffinées, nous paraissent très difficiles à contrôler et, par conséquent, insuffisantes pour limiter l'effet anticoncurrentiel qu'elles entendent prévenir.

1.4. Les engagements nous semblent également insuffisants en ce qui concerne les films français récents.

Cette insuffisance est d'une tout autre nature que celle qui affecte les engagements relatifs aux séries et films américains. A la différence du système d'engagements très voire trop raffiné que l'Autorité a accepté s'agissant des productions américaines, celui applicable aux films français récents est beaucoup plus simple et aisément contrôlable : le cumul et la liaison des achats de droits de diffusion en télévision payante et en télévision gratuite sont autorisés chaque année pour vingt films ; au-delà de ce plafond, tout cumul est interdit. Cette interdiction de cumul, dont le respect est facilement vérifiable, empêche par construction toute liaison des achats au-delà du plafond.

Le problème ici vient seulement du champ des engagements : ils ne couvrent pas les droits correspondant aux deuxième et troisième fenêtres de diffusion en clair, que nous avons évoqués tout à l'heure. Ainsi, au-delà du plafond de vingt films, si GCP ne peut cumuler les droits de diffusion d'un film en télévision payante et ceux portant sur sa première diffusion en télévision gratuite, il peut cependant acquérir à la fois les droits pour le payant et ceux correspondant à la deuxième voire à la troisième diffusion en télévision gratuite. L'Autorité de la concurrence n'a pas identifié de marchés correspondant à ces droits dans sa décision et, à vrai dire, cette dernière ne mentionne pas ces deuxième et troisième fenêtres de diffusion en clair. Toutefois, l'Autorité ne conteste pas, en défense, leur réalité – pas plus que ne le fait GCP. En revanche, elle soutient que GCP n'aurait pas la capacité de faire jouer un effet de levier consistant à lier l'achat des droits de diffusion en télévision payante avec ceux correspondant à ces deuxième et troisième fenêtres en clair. Pour aboutir à cette conclusion, l'Autorité développe le raisonnement suivant : pour que GCP puisse acheter ces droits avec ceux portant sur la diffusion payante, il faut que la première fenêtre de diffusion en clair ait été vendue ; or GCP ne pourrait acheter celle-ci que dans la limite du plafond annuel de vingt films ; il faudra donc, la plupart du temps, qu'elle ait été vendue à l'un de ses concurrents de la télévision gratuite, TF1 ou M6 au premier chef ; cela confère aux concurrents de GCP un pouvoir de négociation tout aussi important puisque la vente de la première fenêtre de

diffusion en clair est aussi cruciale, pour le financement d'un film, que celle des droits de diffusion en télévision payante.

Le dernier temps de ce raisonnement, toutefois, ne nous convainc pas : les concurrents de GCP en télévision gratuite ne disposent pas d'un pouvoir de négociation aussi étendu que lui pour la simple raison qu'ils sont eux-mêmes en concurrence les uns avec les autres pour l'acquisition de la première fenêtre de diffusion en clair, alors que GCP est seul à négocier l'achat des droits en payant. Ni TF1 ni M6 ni un autre éditeur de chaîne gratuite ne pourrait donc lier l'achat de la première fenêtre en clair à celui des deuxième ou troisième fenêtres en clair de la même façon que GCP peut lier l'achat de ces fenêtres à celui des droits de diffusion en payant.

L'incitation de GCP à mettre en œuvre un tel effet de levier ne fait guère de doute puisqu'il lui permettrait d'alimenter ses chaînes gratuites au meilleur prix. Quant à l'impact sur la concurrence, il nous paraît substantiel dès lors que cette possibilité de verrouillage des droits de diffusion des films français pour les deuxième et troisième fenêtres en clair n'est pas limitée. Or il n'est pas sérieusement contesté, ainsi que cela ressort notamment de l'audience d'instruction, que ces deuxième et troisième fenêtres de diffusion en clair sont nécessaires à la composition d'une grille de programmes attractive. Nous croyons donc que l'Autorité de la concurrence a également commis une erreur d'appréciation en estimant suffisants les engagements pris pour prévenir le risque de verrouillage du marché des droits de diffusion de films français récents.

1.5. En ce qui concerne les autres moyens de légalité interne, nous ne les croyons pas fondés. Sous réserve de ce que nous allons vous proposer de juger s'agissant des moyens de légalité externe, vous devriez donc vous interroger sur l'éventualité d'une annulation partielle de la décision de l'Autorité de la concurrence.

Nous avons examiné l'année dernière, dans l'affaire « *Canal Plus II* », cette question de la divisibilité d'une décision autorisant une concentration sous réserve du respect des mesures correctives qu'elle définit – mais vous n'aviez pas eu à la trancher. Nous n'y revenons pas, d'autant que, vous allez le voir tout à l'heure, une question similaire se pose s'agissant de la décision d'agrément du CSA. Nous étions parvenu à la conclusion qu'il n'y avait pas d'obstacle de principe à ce qu'une décision autorisant une concentration sous conditions soit regardée comme divisible mais que la mesure exacte de cette divisibilité ne pouvait être déterminée qu'au cas par cas, en fonction des caractéristiques de l'opération autorisée, des effets anticoncurrentiels identifiés et du système de mesures correctives adopté.

Dans notre affaire, si vous deviez ne retenir que les deux moyens de légalité interne que nous croyons fondés, vous pourriez ne prononcer qu'une annulation partielle de la décision de l'Autorité.

Cette annulation pour des motifs tirés de ce que les engagements repris dans la décision de l'Autorité sont insuffisants conduirait à ce que celle-ci soit ressaisie afin qu'elle prenne les mesures correctives adéquates. Pour que l'annulation prononcée puisse n'être que partielle, il faudrait que vous puissiez affirmer que, quelles que soient les nouvelles mesures que l'Autorité prendra, elles ne remettront pas en cause le principe même de l'autorisation de concentration. Nous pensons que tel est le cas en l'espèce : il nous paraît tout à fait possible d'imaginer les mesures correctives nécessaires pour que soit garantie l'absence d'éviction des

concurrents de GCP sur les marchés des droits de diffusion en clair des films américains récents, des séries américaines récentes et des films français récents.

Si nous devons nous arrêter là, nous vous proposerions donc d'annuler l'engagement 2.1 en totalité ainsi que les engagements 2.5 et 2.6 en tant qu'ils s'appliquent aux marchés de droits de diffusion en clair de séries et de films américains récents. Cet ensemble de mesures correctives a en effet pour objet de prévenir, de manière indivisible, les effets congloméraux identifiés sur ces marchés. S'agissant des droits de diffusion en clair de films français récents, l'effet congloméral auquel les engagements ne remédient pas suffisamment concerne exclusivement les droits de diffusion en deuxième et troisième fenêtres – dont on peut se demander s'ils ne correspondent pas, en réalité, à des marchés distincts de celui des droits de diffusion en première fenêtre en clair. Vous pourrez donc limiter l'annulation prononcée à l'engagement 2.2 en tant seulement qu'il ne s'applique pas aux droits de diffusion de films français récents en deuxième et troisième fenêtres en clair.

Toutefois, si vous nous suivez, vous n'aurez pas à vous poser ces questions.

2. Nous pensons en effet qu'un moyen de légalité externe doit conduire à l'annulation totale de la décision attaquée.

Ce moyen est tiré de ce que la décision contestée aurait été prise à l'issue d'une procédure irrégulière, en méconnaissance du caractère collégial que doit revêtir la décision de l'Autorité de la concurrence. Rappelons que celle-ci a été adoptée en application de l'article L. 430-7 du code de commerce, qui décrit la procédure applicable devant l'Autorité et les pouvoirs dont elle est investie lorsqu'une opération de concentration fait l'objet devant elle d'un examen approfondi.

2.1. Avant d'entrer dans le vif du sujet, nous croyons opportun de vous proposer de trancher une question dont il est apparu au cours de l'instruction qu'elle préoccupait l'Autorité.

Cette question porte sur le délai dont celle-ci dispose pour statuer sur l'opération en phase d'examen approfondi. En vertu du I de l'article L. 430-7 du code de commerce, ce délai est normalement de 65 jours ouvrés à compter de l'ouverture de la phase d'examen approfondi. Toutefois son II dispose que, si des engagements sont transmis à l'Autorité par les parties à l'opération « moins de vingt jours ouvrés avant la fin du délai mentionné au I, celui-ci expire vingt jours ouvrés après la date de réception des engagements ». Cette disposition a pour objet de rallonger le délai dont dispose l'Autorité pour examiner l'opération lorsque des engagements sont présentés à proximité du terme du délai normal de 65 jours ouvrés. Cette « rallonge » est importante car l'Autorité, si elle n'adopte aucune décision dans le délai prescrit, est réputée donner une autorisation inconditionnelle à l'opération – voyez sur ce point les dispositions du V de l'article L. 430-7. L'Autorité s'interroge sur les modalités de prolongation du délai dont elle dispose lorsque différentes versions des engagements lui sont successivement transmises plus de vingt jours ouvrés puis moins de vingt jours ouvrés avant l'expiration du délai mentionné au I de l'article L. 430-7. Le texte n'est pas parfaitement clair et il nous paraît possible, à première vue, de l'interpréter de deux manières très différentes, selon le sens que l'on donne aux termes « délai mentionné au I » qui figure dans le II de l'article L. 430-7.

Le « délai mentionné au I » peut désigner, sans plus de précisions, le délai imparti à l'Autorité pour statuer, au terme duquel est réputée intervenir, faute de décision expresse, une décision implicite d'autorisation. Dans ce cas la voie est ouverte à une interprétation constructive – ou « dynamique » pourrait-on dire – des termes du II, qui ferait de ses dispositions un système autorisant à repousser indéfiniment le délai imparti à l'Autorité pour statuer. Elle disposerait de vingt jours ouvrés de plus à chaque fois qu'interviendraient de nouveaux engagements moins de vingt jours ouvrés avant le terme du délai qui, avant réception de ces engagements, lui était imparti pour statuer – ce délai pouvant être le délai initial de 65 jours ou un délai déjà rallongé, une ou plusieurs fois, par de précédents engagements reçus moins de vingt jours ouvrés avant le terme du délai qui lui était auparavant imparti pour statuer. Une telle interprétation serait opportune puisqu'elle permettrait à l'Autorité de toujours disposer du temps nécessaire pour examiner de nouvelles propositions d'engagements. Elle ne serait pas illégitime puisque, si la décision de l'Autorité est enfermée dans des délais, c'est avant tout dans l'intérêt des parties à l'opération de concentration, qui doivent pouvoir connaître rapidement la décision prise sur l'opération notifiée ; or il ne dépendrait que des parties elles-mêmes de cesser de présenter des engagements pour qu'expire le délai dont l'Autorité dispose pour statuer.

Toutefois – et c'est la seconde interprétation possible, le « délai mentionné au I » peut aussi désigner le délai initial de 65 jours ouvrés dont dispose l'Autorité pour statuer sur l'opération notifiée. Dans ce cas, les dispositions du II de l'article L. 430-7 se borneraient à allonger ce délai de vingt jours ouvrés supplémentaires, sans plus. Cette interprétation « statique » des termes du II, aussi morne soit-elle, nous paraît la bonne au vu des dispositions de son second alinéa. Celles-ci prévoient qu'« en cas de nécessité particulière, telle que la finalisation des engagements mentionnés à l'alinéa précédent, les parties peuvent demander à l'Autorité de la concurrence de suspendre les délais d'examen de l'opération dans la limite de vingt jours ouvrés ». On en tire l'idée très nette que les parties ne peuvent repousser comme elles l'entendent le terme du délai dont dispose l'Autorité pour statuer, ce qui condamne la première interprétation que nous envisagions. Nous croyons donc que, lorsque plusieurs versions successives des engagements parviennent à l'Autorité plus de vingt jours ouvrés puis moins de vingt jours ouvrés avant l'expiration du délai initial de 65 jours ouvrés prévu au I de l'article L. 430-7, seule la transmission de la première version de ces engagements intervenue moins de vingt jours ouvrés avant l'expiration de ce délai déclenche sa prolongation de vingt jours ouvrés. C'est du reste ainsi que l'Autorité semble avoir appliqué ce texte jusqu'à présent. Vous pourrez préciser ce point dans votre décision même si, nous en convenons, c'est au prix d'un *obiter dictum*.

2.2. Revenons au moyen. Vous lui trouvez bien sûr un air de *déjà vu*. C'est un moyen similaire en effet à celui que vous avez examiné, l'année dernière, dans l'affaire « Canal Plus II ». Il consiste à reprocher à l'Autorité de n'avoir pas délibéré collégalement sur les propositions d'engagements que lui ont soumises les parties à l'opération de concentration entre la séance qu'a tenue le collège de l'Autorité et l'intervention de sa décision. Et comme dans l'affaire que vous avez examinée l'année dernière, il est constant que le collège compétent de l'Autorité ne s'est pas formellement réuni pour délibérer sur ces propositions d'engagements : la seule réunion formelle du collège au cours de laquelle celui-ci a examiné l'opération s'est tenue le 2 juillet 2012 ; de nouveaux engagements ont été présentés postérieurement à cette séance ; et c'est la dernière version de ces engagements qui a été retenue dans la décision que l'Autorité de la concurrence a rendue le 23 juillet 2012.

Dans nos conclusions sur l'affaire « *Canal Plus II* », nous nous étions appuyé sur les particularités de la procédure suivie par l'Autorité en phase d'examen approfondi d'un projet de concentration. Nous défendions l'idée d'un délibéré s'ouvrant lors de la séance du collège de l'Autorité prévue par l'article L. 463-7 du code de commerce pour ne se clore qu'avec l'adoption de la décision. Nous pensions que dans l'intervalle, vous deviez admettre que les membres du collège puissent échanger collégalement sans pour autant devoir se réunir physiquement, par téléconférence par exemple voire échange de mails circulaires. Et au vu des pièces du dossier, nous considérions que c'était bien ainsi que les choses s'étaient passées dans cette affaire, lorsque le collège de l'Autorité avait dû examiner, entre la date de la séance et celle de la décision, plusieurs propositions d'engagement. Cette position nous paraissait défendable à l'audience, jusqu'à ce qu'il apparaisse, après le prononcé de nos conclusions, qu'en réalité les choses ne s'étaient pas passées ainsi, certains des membres du collège ayant été consultés individuellement sur les propositions d'engagements.

Votre décision « *Canal Plus II* » nous paraît avoir retenu une solution différente de celle que nous proposons (point 24 de la décision). Elle ne fait pas apparaître l'idée d'un délibéré continu se prolongeant jusqu'à la date de la décision selon des modalités qui, pour être informelles, respectent néanmoins la collégialité des échanges entre les membres du collège de l'Autorité. Elle fait ressortir, en revanche, qu'une décision avait été collégalement prise au terme de la séance tenue par l'Autorité et que cette décision n'avait pas été remise en cause par des éléments nouveaux entre la date de cette séance et celle de la décision de l'Autorité. Pour aboutir à cette solution, vous avez relevé, en premier lieu, que le collège de l'Autorité avait arrêté, au terme de la séance, une position sur les effets anticoncurrentiels de l'opération et les mesures correctives nécessaires ; en deuxième lieu, que les propositions d'engagements formulées postérieurement à cette séance ne constituaient que des réponses marginales aux problèmes identifiés par l'Autorité ; en troisième lieu, que « tous les membres du collège de l'Autorité (...) [avaient] estimé que les propositions d'engagements ainsi formulées étaient manifestement insuffisantes et ne remettaient pas en cause la position qu'ils avaient arrêtée collégalement » à l'issue de la séance. C'est au vu de cet ensemble de considérations que vous avez écarté le moyen.

Si le moyen qui vous est présenté aujourd'hui est identique, les faits nous paraissent très différents. Revoyons la séquence au ralenti. Deux propositions d'engagements avaient déjà été adressées à l'Autorité par les parties, la première alors que celle-ci n'était pas encore passée à la phase d'examen approfondi, la deuxième juste avant la séance tenue par l'Autorité le 2 juillet. Au cours de celle-ci, le collège a entendu le rapport des services d'instruction de l'Autorité ainsi que les parties à l'opération, puis il a délibéré. Le président de l'Autorité a ensuite porté à la connaissance des parties, par courrier du 3 juillet 2012, le sens et les principaux éléments de ce délibéré, en leur indiquant les points sur lesquels elles devaient préciser ou compléter leurs engagements. Une nouvelle proposition d'engagements a été formulée le 9 juillet 2012, qui a été jugée insuffisante. Le 13 juillet 2012, l'Autorité a transmis aux parties, en application de l'article L. 430-7 du code de commerce, son projet de décision – il s'agissait d'un projet d'autorisation accompagné d'injonctions. De nouvelles propositions d'engagements ont été soumises à l'Autorité les 18 et 20 juillet. C'est cette dernière version qui a été reprise dans la décision de l'Autorité. Il ressort notamment d'une attestation produite par les membres du collège qui avaient participé au délibéré du 2 juillet que tous ont été informés de la teneur de ces ultimes engagements et ont estimé qu'elle correspondait aux exigences délibérées collégalement. Des éléments recueillis lors de l'audience d'instruction, il ressort toutefois, précision importante, que certains des membres de l'Autorité ont été

informés et consultés par téléphone par son président, dans le cadre d'échanges bilatéraux, ce qui exclut que l'Autorité ait statué collégalement – puisque vous jugez de manière constante, s'il est besoin de le rappeler, 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 ; CE 4 novembre 2002, M. A..., n° 199351, aux tables du Recueil p. 592-764).

Cette configuration de fait est à l'opposé de celle que vous avez rencontrée l'année dernière. Dans l'affaire « *Canal Plus II* », les engagements présentés par les parties étaient manifestement en-deçà des exigences formulées par l'Autorité. A peine dignes de considération, à la limite de la manœuvre dilatoire, vous avez admis que point n'était besoin d'une réunion collégiale pour constater qu'ils étaient, si vous nous permettez l'expression, complètement « à côté de la plaque ». Dans la présente affaire, les engagements étaient, au contraire, tout à fait sérieux. A tel point que l'Autorité les a repris dans sa décision autorisant la concentration. Vous avez admis, l'année dernière, qu'une réunion collégiale n'était pas nécessaire pour constater qu'entre la séance de l'Autorité et l'intervention de sa décision, rien de nouveau ne s'était produit – les engagements présentés étant négligeables eu égard à leur presque parfaite vacuité. Vous ne pouvez admettre, aujourd'hui, qu'aucun échange collégial ne soit intervenu alors qu'au contraire, les engagements soumis postérieurement à la séance étaient suffisamment substantiels pour changer la donne : ces engagements ne peuvent être regardés que comme un événement nouveau et l'Autorité devait délibérer collégalement pour décider quelles conséquences y donner.

Bien sûr, en défense, l'Autorité et GCP tentent de capitaliser sur les termes de votre décision « *Canal Plus II* ». Ils défendent la thèse selon laquelle l'Autorité aurait, au terme de sa séance du 2 juillet 2012, pris position de manière exhaustive sur les effets anticoncurrentiels de l'opération et les mesures correctives de nature à y remédier. Les parties à l'opération, informées de ces éléments issus du délibéré collégial de l'Autorité, se seraient ensuite bornées à aligner leurs propositions d'engagements sur les exigences formulées par l'Autorité. De sorte que la reprise de ces engagements dans la décision du 23 juillet ne serait que la conséquence mécanique du délibéré collégial du 2 juillet. De ce point de vue, rien de nouveau ne serait intervenu entre cette séance et l'intervention de la décision.

Nous ne croyons pas qu'il soit possible d'entrer dans ce raisonnement, pour deux raisons.

La première est qu'à notre avis, il méconnaît la réalité des choses. Comme nous vous l'expliquions il y a un an et quelques jours, à l'issue de la séance tenue par l'Autorité, le collègue est complètement informé des modalités de l'opération de concentration et de l'analyse qu'en ont faite ses services d'instruction. Il est alors en mesure d'apprécier quels effets anticoncurrentiels elle produit et comment, le cas échéant, y remédier. Si le collègue estime que l'opération ne peut être autorisée que sous réserve d'engagements supplémentaires proposés par les parties à l'opération ou, à défaut, sous réserve d'injonctions, s'ouvre une ultime phase d'échanges entre les parties et l'Autorité. Il est illusoire, à notre avis, de prétendre que l'Autorité reste passive, attendant que les parties se coulent dans un moule détaillé qui résulterait de son délibéré. Il s'agit bien plutôt d'une négociation dont l'enjeu est de rapprocher suffisamment les points de vue pour aboutir à des propositions d'engagements susceptibles d'être acceptées par l'Autorité. Ce n'est pas le collègue, bien sûr, qui « négocie ».

Si nous en croyons les affaires sur lesquelles nous nous sommes penché jusque-là, c'est plutôt le président de l'Autorité qui joue ce rôle. Cela signifie qu'au terme de ce processus d'échanges, lorsque les parties ont formulé des engagements sérieux, de nature à répondre aux préoccupations initialement exprimées par le collège, il y a matière à apprécier si, effectivement, ces engagements sont satisfaisants. Et il appartient au collège et à lui seul de porter cette appréciation. Pour le dire autrement, et de façon plus imagée, il n'y a pas, au terme du délibéré du collège de l'Autorité, un « formulaire pré-rempli » correspondant à une liste d'engagements dont il s'agirait seulement de vérifier que les parties en ont coché toutes les cases et l'ont signé. Il y a plutôt une liste de sujets de préoccupations sur lesquels les parties savent qu'elles doivent présenter de nouveaux engagements si elles veulent échapper à une décision assortie d'injonctions.

La seconde raison qui nous conduit à refuser le raisonnement présenté en défense par l'Autorité et GCP est notre conviction qu'avec votre décision « *Canal Plus II* », vous avez entendu poser une limite et pas ouvrir une voie. Et cela se comprend tant la collégialité représente une garantie fondamentale dans le fonctionnement d'un organe de régulation doté de pouvoirs aussi étendus que l'Autorité de la concurrence. Rappelons les termes des « considérations générales » adoptées par l'assemblée générale du Conseil d'Etat en 2001 sur les autorités administratives indépendantes : « l'exercice du pouvoir de régulation (...) est bien accepté s'il est exercé, sous le contrôle du juge, par un organisme comportant des personnalités détenant une expertise considérée comme incontestable, pour autant que la diversité des métiers représentés au sein de la formation empêche toute collusion, que la qualité des membres de l'institution constitue un rempart au corporatisme et que son caractère suffisamment collégial interdise toute partialité » (p. 276) ; « la collégialité (...) est en effet de nature à satisfaire une double exigence : équilibrer l'influence des différentes instances de désignation des membres du collège et assurer une délibération collective sur des sujets sensibles ou des questions complexes, ce qui représente une garantie d'objectivité et de sérieux » (p. 291). Bref, nous souscrivons aux propos de nos collègues Aurélie Bretonneau et Xavier Domino dans la chronique qu'ils ont consacrée à votre décision « *Canal Plus II* » à l'AJDA⁵ : l'exception à la collégialité ménagée par cette décision « doit (...) rester d'espèce, elle n'a pas vocation à écorner l'exigence qui est celle résultant de la jurisprudence pour les délibérations collégiales ». Et l'analyse de votre décision au Recueil ne porte d'ailleurs pas sur ce point. Vous avez admis, dans cette décision, que l'Autorité puisse s'abstenir d'un nouveau débat collégial lorsqu'il s'agit seulement de constater que des engagements sont manifestement insuffisants au regard des préoccupations exprimées par le collège à l'issue d'un premier délibéré. Ce serait franchir un pas supplémentaire que d'admettre que ce débat collégial n'est pas non plus requis pour apprécier si des engagements répondent effectivement à ces préoccupations. La mesure de ce pas est simple : dans l'affaire « *Canal Plus II* », chaque élément du dispositif de la décision qui était en cause avait été collégalement délibéré ; dans la présente affaire, la dernière version des engagements présentés par les parties, qui est devenue partie intégrante de la décision attaquée, n'a pas fait l'objet d'un délibéré collégial. Repris dans la décision de l'Autorité, ces engagements en constituent tout à la fois un motif déterminant et un aspect essentiel de son dispositif. Cette partie centrale de la décision attaquée n'a pas été délibérée collégalement. La différence avec l'affaire « *Canal Plus II* » nous paraît considérable – et irréductible.

⁵ « Concentrations : affaires Canal plus, décodage », AJDA 2013 p. 215.

En outre et en tout état de cause, si vous décidiez, contre notre avis, d'entrer dans le raisonnement qui vous est suggéré en défense, vous ne pourriez, néanmoins, qu'annuler la décision attaquée. Ce raisonnement consiste à considérer que l'Autorité n'a fait qu'accepter, après la séance qu'elle a tenue, des engagements répondant exactement aux exigences issues de son délibéré. Or ce n'est pas ce qui ressort des pièces du dossier. Sur au moins deux points substantiels, les engagements finalement acceptés s'écartent de ce qui peut être regardé comme la position adoptée par le collège au terme de la séance du 2 juillet 2012. Soit l'on considère que cette position est révélée par le rapprochement des engagements proposés immédiatement avant la séance avec les compléments demandés dans la lettre du 3 juillet envoyée par le président de l'Autorité aux parties. Dans ce cas deux différences substantielles peuvent être relevées : d'une part, il n'était, initialement, pas prévu de chevauchement entre deux contrats cadres conclus avec des *majors* et portant à la fois sur le payant et le gratuit et la lettre du 3 juillet ne fait pas état de cette possibilité ; d'autre part, d'après cette lettre, l'Autorité avait fixé la part maximale des droits de diffusion en télévision gratuite de films de catalogue acquis auprès de StudioCanal à 35 %, à la fois en volume et en valeur, alors que les engagements finalement acceptés fixent cette part, nous l'avons dit, à 36 % en volume et 41 % en valeur. Soit l'on considère que la position du collège est révélée par le projet de décision comportant des injonctions qui a été envoyé aux parties le 13 juillet 2012, date à laquelle les engagements proposés paraissaient encore insuffisants. Dans ce cas on relève encore deux différences substantielles : d'une part, la période de chevauchement est de 6 mois dans le projet de décision, contre 18 mois dans les engagements finalement acceptés ; d'autre part, le projet de décision interdit toute possibilité de lier les achats en payant et en gratuit effectués auprès des studios américains indépendants, alors que les engagements finalement acceptés permettent cet effet de levier.

Nous vous proposons donc, Messieurs, et sans aucune hésitation, d'accueillir le moyen tiré de ce que la décision attaquée a été adoptée de manière irrégulière, faute d'avoir été délibérée collégalement.

Terminons, sur ce point, par deux brèves observations.

Tout d'abord nous nous sommes demandé, un instant de raison, s'il était envisageable d'étendre votre jurisprudence *Danthy* pour couvrir, le cas échéant, cette irrégularité (CE assemblée, 23 décembre 2011, M. Danthy et autres, n° 335033, au Recueil p. 649). La formulation actuelle de cette jurisprudence est la suivante : une décision administrative n'est illégale, en cas de vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable à son adoption, que lorsque l'irrégularité a exercé une influence sur le sens de cette décision ou qu'elle a privé les intéressés d'une garantie. Et vous avez précisé que l'application de ce principe est exclue en cas d'omission d'une procédure obligatoire ayant pour effet d'affecter la compétence de l'auteur de l'acte. Il n'est selon nous pas envisageable de faire échapper au constat de son illégalité une décision qui aurait dû être prise au terme d'une délibération collégiale et qui ne l'a pas été : cette irrégularité affectant la compétence de l'auteur de la décision, elle ne peut jamais, par construction, être regardée comme dénuée d'incidence sur le sens de cette décision. A vrai dire, si une telle irrégularité devait être regardée comme n'emportant pas toujours l'illégalité de la décision, ce serait en vertu d'un cadre jurisprudentiel très différent de celui que vous avez bâti avec *Danthy*, cadre qui resterait à imaginer et dont nous n'apercevons pas les fondements.

Ensuite – c’est notre seconde observation – nous pensons que, si vous nous suivez, vous ne ferez pas peser des contraintes insurmontables sur le fonctionnement de l’Autorité de la concurrence. Certes, nous vous le rappelions l’année dernière, le collège de l’Autorité ne comporte que cinq membres exerçant leurs fonctions à plein temps. Les douze autres peuvent cumuler les responsabilités qui leur incombent en tant que membres de l’Autorité avec l’exercice d’une activité professionnelle. Mais tout ce que votre décision impliquera, c’est un délibéré collégial permettant de « boucler » l’examen d’une opération de concentration lorsque des engagements qui ne sont pas dénués de sérieux parviennent à l’Autorité après la séance prévue par l’article L. 463-7 du code de commerce. Et, nous l’avons dit, vous pourriez vous montrer souples s’agissant des modalités selon lesquelles s’exerce cette collégialité – en admettant par exemple, ce qui ne pose à notre avis aucune difficulté, une téléconférence.

Si vous nous suivez, vous annulerez totalement la décision attaquée.

Dans le cas contraire, indiquons qu’aucun des autres moyens de légalité externe n’est fondé ; en revanche, comme nous l’avons dit tout à l’heure, deux moyens de légalité interne doivent être accueillis, certains des engagements repris dans la décision de l’Autorité nous paraissant insuffisants. Il est permis de penser que le croisement dynamique des points de vue qui est la caractéristique du délibéré collégial aurait peut être permis d’éviter ces écueils.

Ajoutons que, si vous nous suivez pour annuler totalement la décision attaquée, nous trouverions extrêmement opportun que vous consentiez une exception à votre pratique dite de « l’économie de moyens », comme il vous arrive parfois de le faire. Il s’agirait simplement, dans les motifs de votre décision, de retenir non seulement le moyen de légalité externe que nous vous proposons d’accueillir mais également les deux moyens de légalité interne que nous croyons fondés. Cette sur-motivation éclairera complètement l’Autorité lorsqu’elle devra statuer à nouveau sur l’opération et contribuera peut-être à prévenir un éventuel recours contre la nouvelle décision qu’elle adoptera.

3. Que vous annuliez totalement, comme nous le recommandons, ou en partie seulement la décision de l’Autorité de la concurrence, se pose la question d’une éventuelle modulation des effets de cette annulation – c’est-à-dire celle de l’application de votre jurisprudence *AC!* (CE assemblée, 11 mai 2004, n° 255886, au Recueil p. 197 avec les conclusions de C. Devys).

L’absence de toute modulation serait de nature à emporter des conséquences manifestement excessives et les protagonistes en sont d’ailleurs tous d’accord : les parties à l’opération de concentration se retrouveraient en effet dans une situation dans laquelle elles ont réalisé cette opération sans disposer d’une autorisation pour ce faire et sans que leur comportement sur les marchés concernés soit encadré par aucun engagement ni aucune injonction, ce qui serait préjudiciable à leurs concurrents, parmi lesquels les auteurs des requêtes. L’intérêt général qui s’attache à la sauvegarde de l’ordre public économique, les intérêts des parties à l’opération de concentration et ceux des auteurs des requêtes convergent donc dans le sens de la modulation. Compte tenu de la nature et de la portée des moyens que nous proposons de retenir, à savoir un moyen de légalité externe et deux moyens de légalité interne qui n’aboutiraient qu’à une annulation partielle sans incidence sur le principe même de l’autorisation, la prise en compte des exigences du principe de légalité ne conduit pas à remettre en cause la conclusion selon laquelle il y a lieu de procéder à une telle modulation.

Précisons qu'il importe, pour sauvegarder les différents intérêts en présence, d'éviter toute solution de continuité du dispositif d'autorisation de l'opération de concentration assortie de son appareil de mesures correctives. Cela implique deux choses : d'abord il faut différer les effets de l'annulation afin que l'Autorité de la concurrence dispose du temps nécessaire pour prendre une nouvelle décision ; ensuite il faut maintenir l'ensemble des effets passés qu'aura alors produits la décision annulée – autrement dit, recourir à la forme la plus achevée de modulation qu'autorise la jurisprudence *AC!*, l'annulation à effet différé et seulement pour l'avenir – ce qui revient à limiter les effets de l'annulation à ceux d'une abrogation à effet différé (voyez par exemple CE 2 décembre 2011, FNATH, association des accidentés de la vie et autres, n° 347497, aux tables du Recueil p. 1102). Il nous paraît indispensable de renoncer à tout effet rétroactif de l'annulation car il faut que l'Autorité conserve le pouvoir de sanctionner les éventuels manquements aux engagements qui seraient constatés entre la date de réalisation de l'opération et celle à laquelle prendra effet l'annulation que vous prononcerez. Et pour cela, il faut bien sûr que vous mainteniez l'effet contraignant des engagements figurant dans la décision de l'Autorité jusqu'à cette dernière date.

En réponse à la mesure supplémentaire d'instruction que la 3^e sous-section a effectuée sur ce point, TF1 a présenté des observations originales. Selon elle vous devriez prévoir, dans votre décision, que dans l'attente de la nouvelle décision de l'Autorité de la concurrence, la gestion des sociétés éditrices des chaînes D8 et D17 soit confiée à un administrateur indépendant afin de prévenir la réalisation de tout effet anticoncurrentiel. TF1 met en avant la démarche que vous avez suivie dans votre décision d'assemblée *M. V...* du 29 juin 2001 (n° 213229, au Recueil p. 308) : vous aviez procédé à l'annulation d'un arrêté de portée réglementaire définissant les conditions d'attribution d'une carte professionnelle, en tant qu'il ne prévoyait pas ces conditions d'attribution aux personnes titulaires de diplômes délivrés dans d'autres Etats membres de l'Union européenne ; et dans les motifs de votre décision, vous aviez précisé les conséquences que l'administration devait en tirer durant la période transitoire séparant cette annulation de l'intervention d'une nouvelle réglementation. Aussi séduisante qu'elle paraisse au premier abord, nous ne croyons pas que vous puissiez suivre la suggestion de TF1. Lorsque vous prenez la peine, dans les motifs d'une décision, d'explicitier ce qu'elle implique « nécessairement » pour l'administration, vous lui adressez une forme d'injonction – ce que le code de justice administrative ne vous permet de faire qu'à l'égard d'« une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé d'une mission de service public » (articles L. 911-1 et L. 911-2). Or il s'agit ici d'encadrer, non le comportement de l'administration mais celui de personnes privées agissant en dehors de tout cadre de service public. En outre et surtout, le législateur n'a conféré à l'Autorité de la concurrence elle-même aucun pouvoir de prendre des mesures provisoires en cas de concentration sans autorisation. Il serait excessivement audacieux de vous reconnaître un pouvoir dont l'administration elle-même ne dispose pas.

Certes, l'application de la jurisprudence *AC!* ne sera pas parfaitement satisfaisante au cas d'espèce. Nous l'avons dit, les engagements repris dans la décision de l'Autorité de la concurrence sont insuffisants sur deux points. En différant les conséquences de son annulation, vous maintenez, le temps nécessaire à l'intervention d'une nouvelle décision, les effets correctifs de l'ensemble des engagements, ce qui est fort bien. Mais il y a un bémol : c'est que vous maintenez aussi, durant ce laps de temps, les deux failles que comportent les engagements. La modulation des effets de l'annulation n'empêchera pas GCP de les exploiter et de porter atteinte, dans cette mesure, à la concurrence. Toutefois, cela ne nous paraît pas si

problématique qu'il faille envisager de sortir du cadre de la jurisprudence *AC !*, pour deux raisons. La première est que l'Autorité de la concurrence dispose tout de même d'un pouvoir qui lui permettrait de sanctionner les hypothèses d'atteinte à la concurrence les plus graves : en vertu des dispositions de l'article L. 430-9 du code de commerce, elle peut prendre toute injonction pour faire cesser l'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique consécutive à une concentration, même si l'opération a fait l'objet de la procédure d'autorisation. La seconde raison est que l'Autorité, au moment où elle prendra sa nouvelle décision, devra tenir compte de l'état des marchés à la date où elle se prononce : il lui appartiendra alors d'user de ses pouvoirs pour restaurer sur tous les marchés concernés une concurrence suffisante, en tenant compte, le cas échéant, des comportements anticoncurrentiels adoptés par les parties depuis la réalisation de l'opération – quitte, donc, à se montrer drastique.

Compte tenu des délais nécessaires à l'Autorité pour réexaminer l'opération, nous vous proposons de dire que l'annulation prononcée ne prendra effet que le 1^{er} juillet 2014. Vous n'omettez pas de préciser que les effets produits par la décision antérieurement à son annulation sont réputés définitifs (voir là aussi, par analogie, la rédaction employée dans votre décision *FNATH, association des accidentés de la vie*, précitée), sous réserve, bien sûr, d'éventuelles actions contentieuses engagées à la date à laquelle votre décision sera lue.

II. Requête de la société M6 contre la décision du Conseil supérieur de l'audiovisuel

Nous passons à l'examen de la requête présentée par la société M6 contre la décision prise par le CSA d'agréer la reprise par GCP des deux chaînes du groupe Bolloré. Cette requête pose deux questions de droit : une telle décision doit-elle être motivée ? est-elle divisible ?

1. Pour y répondre, il importe de cerner un peu mieux la décision qui est en cause.

L'article 30-1 de la loi du 30 septembre 1986⁶ prévoit que l'usage de ressources radioélectriques pour la diffusion de tout service de télévision par voie hertzienne terrestre en mode numérique est autorisé par le CSA. Compte tenu de la rareté de ces ressources, le législateur a confié au CSA le soin de sélectionner les meilleurs projets au terme d'une procédure d'appel à candidatures. L'appréciation de chaque projet se fait principalement au regard des impératifs prioritaires et des critères mentionnés à l'article 29, auquel renvoie l'article 30-1. Pour ne mentionner que ces « impératifs prioritaires », il s'agit d'apprécier l'intérêt de chaque projet pour le public au regard de « la sauvegarde du pluralisme des courants d'expression socio-culturels, la diversification des opérateurs, et la nécessité d'éviter les abus de position dominante ainsi que les pratiques entravant le libre exercice de la concurrence ». Le texte y ajoute six « critères » dont le CSA « tient également compte ». Une fois l'autorisation d'utilisation de la ressource radioélectrique accordée, le titulaire signe avec le CSA la convention prévue à l'article 28 de la loi du 30 septembre 1986, dans laquelle sont précisées ses obligations. Cette convention n'est pas un contrat administratif qui se distinguerait de l'autorisation : elle n'en est que « l'accessoire nécessaire » (CE 2 décembre 2009, société NRJ et société Vortex, n° 311903, aux tables du Recueil p. 934).

L'article 42-3 de la même loi prévoit que l'autorisation peut être retirée « en cas de modification substantielle des données au vu desquelles l'autorisation avait été délivrée, notamment des changements intervenus dans la composition du capital social ou des organes de direction et dans les modalités de financement ». Il s'agit là d'un dispositif de sanction du titulaire de l'autorisation (cf. par exemple CE 15 janvier 1997, association Radio Sud-Vendée-Pictons, n° 177989, au Recueil p. 20). Le besoin de sécurité juridique des titulaires d'autorisations a toutefois conduit au développement d'une pratique d'agrément préalable par le CSA. Concrètement, le titulaire d'une autorisation peut porter à la connaissance du CSA les modifications envisagées des données au vu desquelles l'autorisation lui a été accordée. Lorsque le CSA décide d'agréer ces modifications, cela signifie qu'il renonce, si elles interviennent effectivement, à faire usage de son pouvoir de sanction en retirant son autorisation au titulaire. Vous avez admis la légalité de cette pratique d'agrément préalable (CE section, 29 janvier 1993, société NRJ, n° 121953, au Recueil p. 17).

Tous ces éléments ont été synthétisés récemment par une de vos décisions rendue en formation de section (CE section, 30 décembre 2010, société Métropole Télévision, n° 338273, au Recueil p. 544). Dans cette décision, vous avez décrit ainsi l'office du CSA lorsqu'il délivre une autorisation d'usage de ressources radioélectriques pour la diffusion d'un service de télévision par voie hertzienne terrestre en mode numérique : vous avez jugé qu'il

⁶ Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

lui incombe, « en se fondant sur les impératifs prioritaires et les éléments d'appréciation définis par les dispositions (...) des articles 29 et 30-1 de la loi, de choisir (...) les projets qui contribuent le mieux à la sauvegarde du pluralisme des courants d'expression socio-culturels, lequel participe de l'objectif de valeur constitutionnelle de pluralisme des courants de pensée et d'opinion, et qui sont le mieux à même de répondre à l'intérêt du public ; qu'il doit veiller à ce qu'une diversification suffisante des opérateurs et le jeu normal de la concurrence permettent, en préservant notamment un accès équilibré de tous les opérateurs à la ressource publicitaire et aux marchés des droits, que l'objectif fondamental de pluralisme et l'intérêt du public soient respectés ». Vous avez ensuite précisé l'office du CSA saisi d'une demande d'agrément sur le fondement de l'article 42-3 de la loi : vous avez jugé qu'il lui incombe alors « de déterminer, en prenant en compte les circonstances de fait et de droit à la date où il se prononce, notamment en ce qui concerne la diversité des opérateurs, si les modifications envisagées sont, eu égard, le cas échéant, aux engagements pris par les opérateurs intéressés pour en atténuer ou en compenser les effets, de nature à compromettre l'impératif fondamental de pluralisme et l'intérêt du public et justifient, par suite, une abrogation de l'autorisation initialement accordée ». Vous le voyez, ces deux principes cardinaux, « impératif fondamental de pluralisme » et « intérêt du public », doivent être lus comme la synthèse des impératifs prioritaires et des critères détaillés aux articles 29 et 30-1. Et votre jurisprudence la plus récente laisse même entrevoir une forme de synthèse ultime puisque vous avez jugé que le CSA devait, lorsqu'il statue sur l'attribution des autorisations, apprécier l'intérêt de chaque projet pour le public au regard de l'impératif de la sauvegarde du pluralisme des courants d'expressions socioculturels (CE 30 décembre 2011, société Vortex, n° 321417, aux tables du Recueil. p. 1134 sur ce point). Tout se ramènerait donc, ou peu s'en faut, à l'« impératif fondamental de pluralisme ».

Précisons encore que vous statuez comme juge de l'excès de pouvoir sur les recours dirigés contre les décisions prises par le CSA sur les demandes d'agrément dont il est saisi, en exerçant un contrôle normal sur les appréciations auxquelles il se livre (voir également la décision *Société Métropole Télévision* précitée).

2. Ce cadre rappelé, nous en venons à la première question posée par la requête de M6. Celle-ci soutient que la décision contestée est insuffisamment motivée. Ce moyen est-il opérant ?

2.1. Une telle obligation de motivation ne nous paraît pas découler d'un texte.

Vous savez que le principe constamment affirmé par votre jurisprudence est que les décisions administratives n'ont pas à être motivées (voyez par exemple, appliquant ce principe au détriment d'un de vos collègues, CE assemblée, 5 avril 1946, sieur Roussel, n° 77809, au Recueil p. 105). Pour qu'une obligation de motivation s'impose, elle doit être prévue par un texte. Et comme il s'agit d'une exception à un principe, vous interprétez le champ des textes prévoyant une obligation de motivation de manière stricte.

L'invocation par la requérante de l'article 2 de la loi du 11 juillet 1979⁷ doit être écartée. Ses dispositions imposent de motiver « les décisions administratives individuelles qui dérogent aux règles générales fixées par la loi ou le règlement ». Votre jurisprudence déduit

⁷ Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public.

de ces dispositions que doivent être motivées les décisions par lesquelles l'administration statue dans un certain sens alors que les règles posées par les textes devraient normalement la conduire à statuer dans un autre (par exemple, dans le cas d'une autorisation préfectorale donnée à un médecin d'exercer la pharmacie, CE 20 janvier 1988, M. M..., n° 75924, aux tables du Recueil p. 574). En revanche, l'obligation de motivation qui découle de l'article 2 ne joue pas lorsque les textes instituent seulement un régime soumettant la possibilité d'agir d'un administré à une autorisation de l'administration en vue de permettre à celle-ci d'exercer un contrôle (par exemple, pour l'autorisation préfectorale de résilier un bail agricole lorsque le bailleur souhaite modifier la destination agricole de ses parcelles, CE 11 juillet 2008, M. C..., n° 310624, aux tables du Recueil p. 582-602). Le cas d'espèce nous paraît clairement relever de cette dernière hypothèse. Nous vous avons rappelé le régime jurisprudentiel des décisions d'agrément prises par le CSA, tel que vous l'avez précisé dans votre décision de section *Société Métropole Télévision* de 2010 : il n'en découle nullement que le principe serait le refus et l'agrément, l'exception. Vous avez, au demeurant, déjà jugé en ce sens (CE 30 juillet 1997, société d'exploitation Radio-Chic (SERC), n° 153402, aux tables du Recueil sur un autre point).

L'article 1er de la loi du 11 juillet 1979 n'est, quant à lui, pas invoqué. A raison à notre avis : ses dispositions prévoient, de manière générale, que les personnes qui font l'objet de « décisions administratives individuelles défavorables » ont le droit d'être informées sans délai de leurs motifs ; et vous jugez constamment qu'une décision favorable à son destinataire direct mais défavorable à des tiers n'a pas à être motivée en application de ce texte (CE section, 9 décembre 1983, M. V..., n° 43407, au Recueil p. 497 ; CE 7 juillet 2000, SICTOM dans la région d'Issoudun, n° 205842, au Recueil p. 304). Une décision d'agrément du CSA reprenant les engagements souscrits par le demandeur de l'agrément entre selon nous dans cette catégorie. Ajoutons que la solution nous paraît également engagée par la décision *Société d'exploitation Radio-Chic* précitée, même si les motifs de cette décision sont, sur ce point, moins explicites.

L'invocation de l'article 42-6, en vigueur à la date de la décision attaquée, de la loi du 30 septembre 1986 ne s'écarte pas aussi facilement. Cet article faisait partie du même chapitre de la loi que l'article 42-3, intitulé « Dispositions applicables à l'ensemble des services de communication audiovisuelle soumis à autorisation », chapitre qui lui-même s'insère dans le titre II de la loi intitulé « Des services de communication audiovisuelle ». La lettre de cet article ne paraît souffrir aucune ambiguïté. Il disposait en effet que « les décisions du CSA sont motivées ». Contre l'apparente évidence, nous ne croyons pas que ces dispositions s'appliquent à la décision d'agrément litigieuse.

C'est la loi du 17 janvier 1989⁸ qui a remplacé l'ancien article 42 de la loi de 1986 et créé ses articles 42-1 à 42-11 dans leur première version. Il s'agissait d'instaurer un régime détaillé de sanctions susceptibles d'être infligées par le CSA aux titulaires d'autorisations en cas de manquement à leurs obligations. L'article 42-3 se bornait alors à prévoir que le CSA pouvait retirer l'autorisation, sans mise en demeure préalable, en cas de modification substantielle des données au vu desquelles l'autorisation avait été délivrée. Un tel retrait était conçu comme une sanction – ce que votre jurisprudence a confirmé, nous l'avons déjà dit. Il ne fait pas de doute que l'obligation de motivation prévue par l'article 42-6 s'appliquait à cette sanction, comme à l'ensemble des mesures prévues par les articles 42 à 42-4. Cette

⁸ Loi n° 89-25 du 17 janvier 1989 modifiant la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

obligation de motivation constituait en effet une garantie dans le cadre de la procédure de sanction. Mais nous croyons qu'elle n'était que cela.

En témoigne d'abord l'emplacement qu'occupe l'article 42-6, à la date de la décision attaquée, dans le texte du chapitre III de la loi. Il est inséré entre un article 42-5 instaurant une règle de prescription des faits susceptibles d'être sanctionnés par le CSA et un article 42-7 qui détaille la procédure applicable aux sanctions les plus graves, afin notamment de garantir le respect des droits de la défense. L'obligation de motivation de l'article 42-6 se lit naturellement, compte tenu de cette architecture du texte, comme visant les décisions de sanction prises par le CSA sur le fondement de la loi. Or la décision d'agrément litigieuse n'est assurément pas une décision de sanction. Et si vous jugez que le régime de cet agrément trouve sa source dans les dispositions de l'article 42-3 de la loi (voir sur ce point votre décision *Société Métropole Télévision* de 2010), ce rattachement n'est pas des plus fermes : ainsi l'article 42-8 de la loi prévoit que les éditeurs ou distributeurs de services de communication audiovisuelle peuvent former un recours de pleine juridiction devant le Conseil d'Etat contre les décisions du CSA prises en application, notamment, de l'article 42-3 de la loi ; mais comme nous l'avons dit, vous avez estimé, dans votre décision de section *Société Métropole Télévision* de 2010, être en présence d'un recours pour excès de pouvoir (voir aussi, notamment, CE 21 octobre 2009, syndicat interprofessionnel des radios et télévisions indépendantes (SIRTI), n° 297963, aux tables du Recueil p. 913-934). C'est que le recours de l'article 42-8 ne concerne, lui aussi, que les décisions de sanction prises par le CSA.

Témoigne surtout de la portée limitée de l'obligation de motivation prévue par l'article 42-6 l'attitude du législateur lui-même. A la date de la décision attaquée, il avait été conduit à deux reprises à modifier l'article 42-3 pour y insérer des dispositions applicables à certains des agréments que la pratique du CSA avait fait naître. Il l'a fait une première fois par la loi du 9 juillet 2004⁹ puis par la loi du 5 mars 2007¹⁰. Sa première intervention a consisté à prévoir que le CSA peut donner son agrément à un changement de titulaire d'autorisation pour la diffusion de services de radio lorsque ce changement bénéficie à la personne morale qui contrôle ou qui est contrôlée par le titulaire initial de l'autorisation. Il n'a rien dit, alors, de la motivation de cette décision. Sa seconde intervention a consisté à prévoir que le CSA peut, par décision motivée, donner son agrément à une modification substantielle des données au vu desquelles il a autorisé un service en télévision mobile personnelle. Lorsqu'il a reconnu expressément certains des agréments délivrés par le CSA, le législateur a donc choisi de prévoir, ou non, une obligation de motivation.

Signalons également que votre jurisprudence est plutôt orientée dans le sens de l'absence d'obligation de motivation, même si cette orientation n'est pas très explicite. Certes, s'agissant de l'agrément lui-même, vous avez, par une décision récente, très expressément réservé la question (CE 24 mai 2012, société Parisii Images, n° 342589, aux tables du Recueil, bien évidemment, sur un autre point). Mais vous aviez auparavant jugé que la décision par laquelle le CSA adopte un projet d'avenant à une convention conclue en vertu de l'article 28 de la loi de 1986 n'avait pas à être motivée (CE 5 mars 2008, société NRJ 12 et société TF1, n° 281451, au Recueil p. 79 sur un autre point). Et vous aviez adopté la même

⁹ Loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle.

¹⁰ Loi n° 2007-309 du 5 mars 2007 relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur.

solution pour l'avenant lui-même (CE 20 avril 2005, société Bouygues, n° 266974, au Recueil p. 157 là encore sur un autre point). Or la décision d'adopter un projet d'avenant à une convention et celle d'agréer un projet modifiant les données au vu desquelles l'autorisation a été délivrée sont deux décisions très proches par leur objet : agrément ou avenant, il s'agit, dans un cas comme dans l'autre, d'autoriser une évolution du service de communication audiovisuelle ayant obtenu l'autorisation initialement donnée par le CSA ou une évolution des conditions dans lesquelles ce service est délivré.

Enfin les récentes modifications de la loi du 30 septembre 1986 par la loi du 15 novembre 2013¹¹ nous paraissent aller dans le sens de la solution que nous proposons. D'une part, le législateur a supprimé l'article 42-6 pour en reprendre la substance à l'article 42-7. Selon les travaux préparatoires de cette loi il s'agit d'une simple modification de coordination consistant à rassembler au sein de l'article 42-7 les principales obligations procédurales applicables aux sanctions prononcées par le CSA. Cette modification confirme que l'obligation de motivation prévue par l'article 42-6 ne s'appliquait qu'à ces décisions de sanction. D'autre part, le législateur a introduit à l'article 42-3 un nouvel alinéa prévoyant l'obligation d'obtenir un agrément en cas de modification du contrôle de la société titulaire de l'autorisation – ce qui correspond à notre cas d'espèce. Et il a précisé que « cet agrément fait l'objet d'une décision motivée ». Pour cette catégorie d'agréments, la question de la motivation est donc réglée pour l'avenir. Mais en reconnaissant expressément cette catégorie d'agréments, le législateur a bien eu conscience d'introduire des dispositions nouvelles.

Pour toutes ces raisons, nous croyons que ni l'article 42-6 de la loi du 30 septembre 1986, ni aucune autre disposition de cette loi dans sa version en vigueur à la date de la décision attaquée n'imposait la motivation de cette décision.

2.2. A défaut d'obligation de motivation prévue par un texte, devez-vous juger que la décision d'agrément du CSA doit être motivée en vertu d'un principe non écrit ?

Si nous posons cette question, c'est qu'il vous est arrivé de reconnaître, de manière prétorienne, des exceptions au principe selon lequel les décisions administratives n'ont pas à être motivées. Vous avez ainsi fait peser, par voie jurisprudentielle, une obligation de motivation sur certains organismes « eu égard à [leur] nature, à [leur] composition et à [leurs] attributions » : voyez CE assemblée, 27 novembre 1970, agence maritime Marseille-Fret, n° 74877, au Recueil p. 704, à propos des décisions de la commission permanente du groupement des armements français ; CE 13 novembre 1974, sieur G..., n° 90475, au Recueil p. 554, à propos de la commission nationale de l'ordre des experts-comptables ; CE 25 septembre 1996, union des commerçants et artisans de Lamballe, n° 152906, au Recueil p. 348, à propos de l'ancienne commission nationale d'équipement commercial, qui était une autorité administrative indépendante ; CE 19 janvier 1998, SNC Grand Littoral et autre, n° 182447, au Recueil p. 17, à propos du Bureau central de tarification, autre autorité administrative indépendante compétente pour régler certains différends entre assureurs et assurés.

Ces solutions jurisprudentielles ont en commun de concerner des décisions prises par des organismes collégiaux ayant un caractère professionnel ou corporatif, lorsque ces décisions sont susceptibles de porter atteinte à des droits de nature économique. Même si l'on

¹¹ Loi n° 2013-1028 du 15 novembre 2013 relative à l'indépendance de l'audiovisuel public.

peut hésiter un instant, il nous semble qu'il n'y a pas lieu d'étendre cette jurisprudence au CSA. Certes, il s'agit d'une autorité collégiale chargée de la régulation d'un secteur économique, celui de l'audiovisuel. Mais l'on ne peut pas qualifier le CSA d'instance professionnelle : les dispositions de la loi de 1986 n'imposent nullement aux pouvoirs publics compétents pour nommer les membres du CSA de choisir ceux-ci parmi les professionnels du secteur de l'audiovisuel. Il n'y a donc pas, au sein du CSA, de représentants d'une profession. Vous avez d'ailleurs renoncé en 1988, dans la même formation de jugement, à imposer une obligation prétorienne de motivation à la Commission nationale de la communication et des libertés, « l'ancêtre » si l'on peut dire du CSA (CE assemblée, 21 octobre 1988, société TF1, n° 91611, au Recueil p. 365). Etait en cause une décision par laquelle la CNCL avait accordé une autorisation d'usage de fréquence à la cinquième chaîne. Vous avez jugé qu'une telle décision n'avait à être motivée ni en vertu de la loi du 30 septembre 1986, ni en vertu de la loi du 11 juillet 1979, ni en vertu d'un principe applicable en l'absence de texte – et le rapprochement de ce dernier motif avec les conclusions du commissaire du gouvernement permet de comprendre que vous songiez à cette lignée jurisprudentielle issue de la décision *Agence maritime Marseille-Fret*. Votre commissaire du gouvernement estimait que les critères d'application de cette lignée jurisprudentielle n'étaient pas remplis s'agissant de la CNCL et nous croyons qu'ils ne le sont pas plus s'agissant du CSA.

Cela suffit-il pour écarter toute obligation jurisprudentielle de motivation ? Ce n'est pas certain. Car il vous est arrivé, dans cette même formation de jugement, de vous affranchir des critères de la jurisprudence *Agence maritime Marseille-Fret* pour en étendre le champ. Ainsi vous avez jugé que la commission des participations et des transferts est tenue, eu égard à sa nature, à sa composition et à ses attributions, de motiver les avis qu'elle rend (CE assemblée, 29 juin 2001, M. G... et société Jetline Inc., n° 212347, au Recueil p. 291, rendue aux conclusions contraires de votre commissaire du gouvernement). Or la commission des participations et des transferts ne peut certainement pas être regardée comme une instance professionnelle. Vous pourriez être tentés, en opportunité, de faire preuve de la même créativité pour imposer au CSA une obligation de motivation de ses décisions d'agrément. Ce n'est pas ce que nous vous proposons. Une telle créativité est possible et parfois souhaitable lorsque les textes le permettent voire y incitent. Mais ici, nous pensons qu'il résulte des interventions successives du législateur sur l'article 42-3 de la loi de 1986, que nous avons décrites, qu'il a entendu, avant la loi du 15 novembre 2013, ne pas imposer d'obligation de motivation aux décisions d'agrément telles que celle faisant l'objet du présent recours. En choisissant une solution contraire, il nous semble que vous iriez contre sa volonté implicite.

Si vous nous suivez vous écarterez le moyen tiré du défaut de motivation de la décision contestée.

L'autre moyen de légalité externe n'est pas non plus fondé, vous l'écarterez.

3. Et nous abordons les moyens de légalité interne. Ils sont fort nombreux mais la plupart ne doivent pas vous retenir et de ceux-là, nous ne parlerons pas – ou très brièvement.

Tel est le cas des moyens d'erreur de droit soulevés, qui ne sont pas fondés.

M6 critique ensuite abondamment les appréciations portées par le CSA sur les effets de l'opération, à plusieurs égards. Ces critiques ne nous paraissent pas sérieuses, à l'exception de celles portant sur l'insuffisance des engagements acceptés par le CSA pour garantir un

accès équilibré des différents opérateurs aux marchés des droits de diffusion et, par conséquent, à la ressource publicitaire – c'est-à-dire, vous l'avez compris, qu'elles soulèvent des problématiques d'ordre concurrentiel.

S'agissant d'abord du marché des droits de diffusion en clair de films français récents, GCP a repris devant le CSA, s'agissant de D8, pratiquement le même engagement que celui souscrit devant l'Autorité de la concurrence. C'est-à-dire qu'il s'est engagé à ne cumuler les droits de diffusion en télévision payante et en télévision gratuite qu'à l'intérieur d'un plafond annuel de vingt films, ce plafond étant décliné en sous-plafonds en fonction du coût estimé du film. L'engagement est même légèrement renforcé puisqu'il prévoit en outre qu'un tiers des ressources consacrées à l'acquisition des films inclus dans le plafond doit financer des films dont le budget est inférieur à 7 millions d'euros.

Nous vous avons dit pourquoi cet engagement nous paraissait efficace : il autorise GCP à exercer partiellement l'effet de levier consistant à lier l'achat des droits pour une diffusion payante à celui des droits pour une diffusion gratuite. En revanche, au-delà du plafond de vingt films, l'effet de levier devient impossible puisque le cumul lui-même est interdit.

Il y a toutefois une petite malfaçon dans cet engagement, qui est ainsi formulé : « Ne pas acquérir au cours d'une même année civile, les droits de diffusion en télévision payante et en télévision en clair pour le même film d'expression originale française et inédit en clair, pour plus de 20 films (...) » (nous soulignons). Les termes « au cours d'une même année civile » signifient, si les mots ont un sens, que le plafond de cumul ne s'appliquerait pas à un film pour lequel GCP acquière les droits pour une diffusion payante à la Saint-Sylvestre et ceux pour une diffusion gratuite le jour de l'An qui suit. Ce n'est pas que nous voyions le mal partout mais il nous paraît plus prudent que vous preniez la précaution, dans votre décision, d'adopter une lecture neutralisante de cet engagement. Vous pourrez préciser que lorsque les droits de diffusion d'un film en télévision payante et les droits de diffusion de ce film en clair sont acquis au cours de deux années civiles différentes, ces deux types de droits sont réputés, pour l'application de cet engagement, avoir été acquis à la date de l'acquisition du second type de droits. Cet effort de lecture neutralisante s'impose d'autant plus que la pratique consistant à acquérir les droits de diffusion en payant et en clair à des dates différentes ne constituerait pas forcément une forme de contournement de l'engagement.

Observons que l'engagement souscrit devant l'Autorité de la concurrence est affecté du même défaut, à ceci près qu'il mentionne la même « année calendaire » et non la même « année civile ». Si nous n'avons pas suggéré le même effort de lecture, c'est tout simplement parce que nous vous avons proposé d'annuler totalement la décision de l'Autorité.

Pour le reste, les autres critiques soulevées par M6 à l'encontre de l'engagement souscrit devant le CSA ne nous semblent pas fondées.

Nous pensons donc que la société M6 n'est pas fondée, par les moyens qu'elle invoque, à critiquer l'appréciation portée par le CSA sur l'équilibre dans l'accès au marché des droits de diffusion en clair de films français récents.

Il y a un problème, en revanche, s'agissant de l'accès aux autres marchés de droits et à la ressource publicitaire.

Comme le fait valoir M6, GCP n'a pas souscrit d'engagements portant sur ces autres marchés de droits devant le CSA et la motivation de la décision attaquée n'en dit rien. En réalité, au terme de l'instruction, il est clair que le CSA a pris en compte les engagements souscrits par les parties à l'opération de concentration devant l'Autorité de la concurrence – ainsi d'ailleurs que l'indiquait le communiqué de presse accompagnant sa décision. M6 en déduit que la décision du CSA devrait être annulée par voie de conséquence de l'annulation de la décision de l'Autorité de la concurrence. Eclairé par les conclusions qu'a prononcées Xavier Domino devant votre section du contentieux vendredi dernier, il nous semble, à la réflexion, qu'il s'agit bien d'une hypothèse d'illégalité par voie de conséquence. Votre rapporteur public, concluant sur une demande d'avis n° 367615, envisageait de synthétiser ainsi la jurisprudence sur le champ de l'annulation par voie de conséquence : en cas d'annulation d'une première décision, y compris une décision individuelle, l'annulation par voie de conséquence « s'impose pour les décisions administratives consécutives qui n'auraient pu légalement être prises en l'absence de l'acte annulé ou qui sont en l'espèce intervenues en raison de l'acte annulé ». On ne se trouve clairement pas, ici, dans la première branche de cette alternative, puisque l'intervention de la décision du CSA n'était en rien conditionnée par celle de l'Autorité de la concurrence. En revanche, on pourrait se trouver dans la seconde branche de l'alternative. Celle-ci correspond à la ligne jurisprudentielle souple qui, par exemple, vous fait annuler la nomination d'un magistrat par voie de conséquence de l'annulation de la nomination d'un autre, parce que les deux décisions sont en réalité liées (CE section, 30 décembre 2010, M. R..., n° 329513, au Recueil p. 531) ; vous annulez aussi une décision accordant un congé de quatre mois à un professeur par voie de conséquence de celle d'une mutation d'office concernant ce dernier, dès lors qu'il résulte de l'ensemble des circonstances de l'affaire que les deux sont étroitement liées (CE 20 juillet 1971, sieur F..., n° 78525, au Recueil p. 543). Il nous semble que, dans notre affaire, les motifs de la décision du CSA la lie assez étroitement à la décision de l'Autorité de la concurrence pour que son destin contentieux ne puisse lui rester indifférent. Nous pensons que, pour reprendre les mots de Xavier Domino, la décision du CSA est « en l'espèce intervenue en raison de » celle de l'Autorité.

Vous en déduirez que l'annulation de la décision de l'Autorité entache d'illégalité, par voie de conséquence, la décision du CSA – mais seulement en ce que cette dernière ne contient pas d'engagements permettant d'assurer un accès équilibré de tous les opérateurs aux marchés de droits autres que les droits de diffusion en clair de films français récents – ni, par conséquent, d'engagements suffisants pour garantir un accès équilibré à la ressource publicitaire.

Si vous hésitez à nous suivre sur le terrain de l'illégalité par voie de conséquence, vous pourriez aboutir au même résultat en faisant très simplement le constat que le CSA a entaché sa décision d'une erreur de fait en se fondant sur des engagements qui sont réputés ne plus exister à la date de sa décision puisque, si vous nous suivez, vous devriez annuler la décision de l'Autorité de la concurrence.

Et précisons que, quel que soit le terrain que vous choisissiez, illégalité par voie de conséquence ou erreur de fait, il n'y a aucun miroitement, sur ce point, avec notre proposition de maintenir, par application de la jurisprudence *AC !*, l'intégralité des effets produits par la décision de l'Autorité avant la date de son annulation. C'est tout simplement que le recours de

M6 contre la décision du CSA est au nombre des actions contentieuses en cours que vous aurez réservées afin qu'elles ne pâtissent pas de la modulation des effets de cette annulation.

Nous pensons donc, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres critiques adressées sur ce point à la décision attaquée, que l'agrément du CSA est entaché d'illégalité. Cette illégalité est d'une portée limitée : elle provient uniquement de ce que l'agrément ne contient pas d'engagements permettant d'assurer un accès équilibré de tous les opérateurs aux marchés de droits et à la ressource publicitaire – en dehors de l'accès aux droits de diffusion en clair de films français récents.

4. C'est ici que se pose la seconde question de droit que soulève la requête de la société M6 : quelles conséquences devez-vous tirer de l'unique moyen que nous vous proposons d'accueillir, qui n'entache que partiellement d'illégalité l'agrément attaqué ?

4.1. Nous revenons à une question de divisibilité de la décision contestée : indivisible, son illégalité, même partielle, entraînera son annulation totale ; divisible, cette illégalité n'entraînera qu'une annulation partielle cantonnée à la partie de la décision affectée par l'illégalité.

En l'état de votre jurisprudence, vous devriez juger que la décision du CSA est indivisible. Tout comme pour les décisions de l'Autorité de la concurrence autorisant une concentration sous réserve du respect de mesures correctives, vous vous trouvez en effet devant une autorisation administrative conditionnelle. Et dès lors que votre jurisprudence analyse les conditions qui accompagnent l'autorisation comme les supports nécessaires de cette dernière, vous en déduisez le caractère en principe indivisible de ce type de décisions (sans prétendre à l'exhaustivité, voyez, explicitant ce raisonnement, CE 6 janvier 1970, sieur B..., n° 75776, au Recueil p. 30 ; CE 1er juillet 1981, SA Carrières Chalumeau et autres, n° 17890, au Recueil p. 293 ; CE 22 avril 1988, M. M..., n° 75755, aux tables du Recueil p. 969 ; CE 30 octobre 1996, M. J..., n° 138243, aux tables du Recueil p. 688). 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 la même décision.

Or nous vous indiquons l'année dernière que cette question n'est pas très éloignée de celle à laquelle vous répondez lorsqu'en excès de pouvoir, vous mettez en œuvre la technique classique de la neutralisation de motifs (CE assemblée, 12 janvier 1968, min. c/ Dame Perrot, n° 70951, au Recueil p. 39) : vous recherchez si, une fois écarté le motif illégal retenu par l'administration, et toujours en vous plaçant à la date de la décision attaquée, l'administration aurait pris, compte tenu de ses autres motifs, la même décision. Et nous ajoutons qu'au fond, l'abandon du principe selon lequel une décision administrative conditionnelle est indivisible serait une innovation mesurée : elle 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. C'est, à vrai dire, encore un peu plus convaincu que l'année dernière que nous vous proposons de franchir ce pas. Bon nombre des décisions administratives conditionnelles sont des autorisations, c'est-à-dire qu'elles bénéficient à certains administrés. Saisi d'un recours contre une décision de ce type, le juge, s'il constate qu'une des conditions posées est illégale, devrait systématiquement examiner la question d'une éventuelle divisibilité de la décision attaquée.

Et s'il acquière la conviction – au besoin en usant de ses pouvoirs d'instruction – que même amputée de la condition illégale, le principe même de l'autorisation délivrée par l'administration ne peut être remis en cause, alors nous croyons qu'il doit limiter l'annulation prononcée à la condition entachée d'illégalité. Dès lors que sa conviction est faite, il n'a aucune raison d'étendre au-delà l'annulation prononcée.

Pour le dire autrement, poser pour principe que le juge ne peut jamais s'interroger sur la divisibilité des décisions administratives conditionnelles nous paraît une abdication de ses pouvoirs, au détriment de la sécurité juridique auxquelles les parties au litige peuvent prétendre – et au premier chef au détriment du bénéficiaire de la décision.

Et cette autolimitation nous paraît d'autant plus contestable que, dans un certain nombre de cas, l'appréciation que le juge devra porter pour pouvoir affirmer que l'administration aurait maintenu sa décision dans son principe ne sera pas plus délicate que celle que requiert l'application de la jurisprudence *Dame Perrot*. En effet si l'illégalité constatée doit entraîner la disparition pure et simple d'une des conditions posées dans la décision, sans que l'administration doive la compléter en rien – par exemple parce que cette condition découlait d'une obligation posée par un texte qui s'avère inapplicable à la situation du bénéficiaire de la décision – alors l'appréciation que doit porter le juge est extrêmement proche de l'hypothèse *Dame Perrot* : la décision administrative, même amputée, pour les besoins du raisonnement, de la condition illégale, comporte tous les motifs nécessaires pour apprécier si l'administration l'aurait maintenue dans son principe.

Certes, à côté de ce cas de figure, il y en a un autre un peu plus délicat. C'est celui correspondant à une illégalité de portée certes limitée mais qui implique que l'autorité administrative soit ressaisie pour que l'illégalité soit purgée. Par exemple lorsqu'une condition est jugée illégale parce qu'inadéquate, insuffisante ou excessive ou encore lorsqu'une condition qui aurait dû être formulée par l'administration fait défaut – et dans cette dernière hypothèse c'est une annulation partielle « en tant que ne pas » qui est envisagée. Dans ce second cas de figure, il y a encore place pour une nouvelle intervention de l'administration, qui devrait reformuler la condition jugée illégale ou formuler la condition manquante. Pour admettre la divisibilité de cette condition par rapport au reste de la décision, il faut alors que le juge puisse affirmer que, quelles que soient les nouvelles conditions auxquelles l'autorité administrative est susceptible de vouloir subordonner sa décision, elles ne remettront pas en cause son principe même. La divisibilité est certainement, dans ce cas de figure, plus constructive, pour au moins deux raisons. La première est que le raisonnement du juge est hypothétique : il s'agit de cerner exactement la manière dont l'administration appréhende la situation – y compris, relevons-le, en ce qu'elle peut avoir d'erroné – et d'en déduire la manière dont elle ferait usage de ses pouvoirs pour régulariser l'illégalité. Mais cela, à notre avis, ne doit pas vous arrêter : le juge se met déjà dans la peau de l'administrateur lorsqu'il applique la jurisprudence *Dame Perrot* et il s'agit simplement d'ajouter à ce jeu de rôle une dimension prospective. Nous n'y voyons rien de plus qu'un approfondissement de cette jurisprudence. Seconde raison qui peut faire paraître la solution proposée, dans le second cas de figure que nous envisageons, plus constructive : c'est que l'annulation partielle laisse vivre une décision administrative imparfaite, en instance de régularisation. Mais cet état d'imperfection est temporaire et vous est, en réalité, déjà parfaitement connu : la régularisation de la décision administrative contestée est seulement une question d'exécution de la chose jugée, domaine dans lequel, depuis 2001, vous avez déjà fait preuve d'une grande créativité (CE section, 25 juin 2001, société Toulouse Football Club, n° 234363, au Recueil

p. 281 ; CE 27 juillet 2001, M. T..., n° 222509, au Recueil p. 411 ; CE section, 29 janvier 2003, syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et commune de Clans, n° 245239, au Recueil p. 21 ; CE 11 janvier 2006, Association des familles victimes du saturnisme (AFVS), n° 267251, au Recueil p. 11 ; CE 11 décembre 2006, Mme M..., n° 280696, au Recueil p. 526) ; et quant aux conséquences d'une annulation partielle « en tant que ne pas », vous les assumez parfaitement depuis votre décision d'assemblée du 29 juin 2001, précitée.

Observons que le législateur, sur ce sujet, s'est montré audacieux – là encore au nom de la sécurité juridique : en vertu de l'article L. 600-5 du code de l'urbanisme, issu de la loi du 13 juillet 2006¹², « Lorsqu'elle constate que seule une partie d'un projet de construction ou d'aménagement ayant fait l'objet d'une autorisation d'urbanisme est illégale, la juridiction administrative peut prononcer une annulation partielle de cette autorisation. / L'autorité compétente prend, à la demande du bénéficiaire de l'autorisation, un arrêté modificatif tenant compte de la décision juridictionnelle devenue définitive ». Vous avez jugé qu'il résulte de ces dispositions que le juge administratif peut procéder à l'annulation partielle de l'autorisation d'urbanisme dans le cas où une illégalité affecte une partie identifiable du projet et où cette illégalité est susceptible d'être régularisée, sans qu'il soit nécessaire que la partie illégale du projet soit divisible du reste de ce projet (CE 1^{er} mars 2013, M. et Mme F... et autres, n° 350306, à publier au Recueil). En l'absence de texte, nous ne vous invitons certes pas à prononcer des annulations partielles indépendamment de la divisibilité de la décision attaquée. Simplement à ne pas refuser d'envisager cette divisibilité au nom d'un principe dont les fondements nous paraissent aujourd'hui incertains.

Pour nous résumer, nous croyons que rien ne fait obstacle à ce que vous perfectionniez un peu plus l'office du juge de l'excès de pouvoir en admettant qu'il examine l'éventuelle divisibilité des décisions administratives conditionnelles – et, nous vous l'avons dit, la sécurité juridique des bénéficiaires de ces décisions y gagnerait. Il n'y aurait pas là matière à bouleversement : en réalité, tout sera affaire d'espèce et dépendra des pouvoirs dont dispose l'administration et des résultats de l'instruction au vu desquels le juge forgera sa conviction. En cas de doute, bien évidemment, il exclura la divisibilité.

Pour revenir à notre affaire, vous y aurez reconnu le second cas de figure que nous évoquions : l'agrément est illégal en ce qu'il ne contient pas d'engagements permettant d'assurer un accès équilibré de tous les opérateurs aux marchés de droits autres que les droits de diffusion en clair de films français récents. Cela remet-il en cause le principe même de l'agrément ? Cela dépend notamment du point de savoir si le CSA dispose des pouvoirs nécessaires pour purger cette illégalité dans l'hypothèse d'une annulation partielle. Nous croyons que oui, si vous acceptez de reconnaître au CSA un pouvoir de subordination de son agrément à la réalisation de conditions définies par lui seul. Vous ne l'avez jamais fait jusqu'à présent puisque vous n'avez semble-t-il été saisi que de décisions par lesquelles le CSA avait donné son agrément sans réserves ou l'avait fait moyennant des engagements présentés par les titulaires d'autorisations intéressés. Mais nous pensons que vous devez compléter cette panoplie pour éviter que le CSA se voie en quelque sorte « pris en otage », une fois ressaisi après annulation partielle d'une décision d'agrément, par des titulaires d'autorisations qui refuseraient de lui adresser de nouvelles propositions d'engagement. Au bénéfice de ces observations, vous pourrez juger qu'il résulte de l'instruction que le réexamen auquel le CSA

¹² Loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement.

doit procéder n'est pas susceptible de remettre en cause le principe de l'agrément de l'opération : il est clair en effet, si l'on se replace à la date de la décision attaquée, que l'opération a pour effet premier d'animer la concurrence dans le secteur de la TNT gratuite et, par ailleurs, il est peu douteux qu'elle sert l'intérêt du public compte tenu de l'enrichissement prévisible des programmes des chaînes acquises par GCP. Nous vous proposons par conséquent de n'annuler la décision d'agrément litigieuse qu'en tant qu'elle ne contient pas d'engagements permettant d'assurer un accès équilibré de tous les opérateurs aux marchés de droits et à la ressource publicitaire – sauf s'agissant du marché des droits de diffusion de films français récents inédits en clair. C'est d'ailleurs la solution que le CSA vous indique être, en cas d'illégalité, « la plus adaptée ».

Relevons que cette avancée ne serait pas tout à fait sans précédent : vous avez déjà jugé que la décision initiale d'autorisation que délivre le CSA, qui ne fait qu'une avec la convention conclue avec lui, est en principe divisible puisque vous avez admis la recevabilité d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre certaines clauses seulement de la convention (CE 19 mars 2003, société Canal Antilles, n° 249413, au Recueil p. 137). Relevons aussi que notre collègue Terry Olson avait proposé d'admettre la divisibilité d'un avenant à la convention et de la délibération du CSA approuvant cet avenant, même si les sous-sections réunies avaient alors préféré procéder à une annulation totale des décisions litigieuses (CE 5 mars 2008, société NRJ 12 et société Télévision française 1 (TF1), n°s 281451 284783, au Recueil p. 79).

4.2. Si vous nous suivez, nous vous invitons en outre à expliciter, dans les motifs de votre décision, les conséquences qu'emporte pour le CSA l'annulation partielle proposée, dans la lignée de la démarche suivie dans votre décision d'assemblée du 29 juin 2001 (précitée). Vous indiquerez que le CSA est tenu de réexaminer la seule question de savoir si sera garanti, à l'issue de l'opération, un accès équilibré de tous les opérateurs aux marchés de droits et à la ressource publicitaire – exception faite, encore une fois, du marché des droits de diffusion de films français inédits en clair. Il serait opportun de préciser que le CSA pourra réexaminer cette question en tenant compte des nouvelles mesures correctives adoptées, le cas échéant, par l'Autorité de la concurrence – c'est-à-dire, concrètement, qu'il peut attendre l'intervention de la nouvelle décision de l'Autorité avant de lui-même statuer. Et vous indiquerez qu'il lui appartiendra d'user, le cas échéant, de son pouvoir de subordination de son agrément à la réalisation effective d'engagements pris devant lui par les parties ou de conditions fixées par lui.

5. Il ne nous reste plus qu'à examiner s'il y a lieu, là aussi, de faire application de la jurisprudence *AC* ! Si vous nous suivez pour procéder à une annulation seulement partielle et « en tant que ne pas », celle-ci n'aura pas pour effet de remettre en cause le principe même de l'agrément, ni aucun des engagements repris dans sa décision par le CSA. Il ne sera donc pas utile de recourir à une quelconque modulation des effets de votre décision.

Par ces motifs nous concluons :

- dans les n° 363702 et 363719 :
 - o à l'annulation de la décision de l'Autorité de la concurrence, qui prendra effet le 1^{er} juillet 2014, étant précisé que, sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de votre décision, les effets produits par la décision de l'Autorité antérieurement à son annulation sont réputés définitifs ;

- à ce que l'Etat verse à la société M6 et à la société TF1 la somme de 5 000 euros chacune au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;
- au rejet des conclusions présentées à ce même titre par l'Autorité de la concurrence, par les sociétés Groupe Canal Plus et Vivendi et par la société Bolloré ;
- dans le n° 363978 :
 - à l'annulation de la décision du Conseil supérieur de l'audiovisuel en tant qu'elle ne contient pas d'engagements permettant d'assurer un accès équilibré de tous les opérateurs aux marchés de droits et à la ressource publicitaire – sauf s'agissant du marché des droits de diffusion de films français récents inédits en clair ;
 - et au rejet du surplus des conclusions de la requête ainsi que des conclusions présentées par les sociétés Groupe Canal Plus et Vivendi et par la société Bolloré au titre de l'article L. 761-1 du CJA.