

N°s 435984 et 439527
Société Free et société Iliad

3^{ème} et 8^{ème} chambres réunies

Séance du 13 octobre 2021
Décision du 8 novembre 2021

CONCLUSIONS

M. Laurent Cytermann, Rapporteur public

1. Au début des années 2010, l’audiovisuel a occupé dans le contentieux des concentrations une place prééminente, avec des opérations à fort enjeu (acquisition du groupe AB par TF1, fusion Canal Satellite – TPS, acquisition par le groupe Canal Plus des chaînes détenues par Bolloré Médias) qui garnissaient vos formations supérieures (CE, Sect., 30 décembre 2010, *Société Métropole Télévision (M6)*, n° 338197, Rec. ; Ass., 21 décembre 2012, *Société Groupe Canal Plus et autres*, n° 362347, Rec. ; Ass., 23 décembre 2013, *Société Métropole Télévision (M6) et Société Télévision française 1 (TF1)*, n° 363702, Rec.). Vous êtes à nouveau saisis d’une opération mettant aux prises certains des principaux protagonistes de l’audiovisuel français, rien moins que les sociétés TF1, France Télévisions et M6. Mais il faut vous dire, comme le chantait une artiste de variétés québécoise¹, que les temps ont changé.

La puissance du média télévisuel reste considérable, 44,1 millions de Français ayant regardé la télévision en 2018, pour une durée moyenne d’écoute individuelle (DEI) de 3h46². Mais cette durée a baissé de manière continue entre 2015 et 2019, et les écarts selon les classes d’âge sont préoccupants pour l’avenir de ce média : en 2019, la DEI était de 1h43 pour les 15-34 ans et de 5h12 pour les plus de 50 ans. La consommation se déplace de la télévision linéaire vers la télévision de rattrapage, la vidéo à la demande et les plateformes et réseaux sociaux permettant le partage de contenus vidéo. Par ailleurs, ce secteur qui revêtait un caractère national très marqué, tant par l’identité des acteurs dominants que par le fonctionnement de sa régulation, est désormais chamboulé par des acteurs américains opérant à l’échelle mondiale. Netflix et Amazon jouent les premiers rôles dans le segment de la vidéo à la demande par abonnement (VàDA), que leurs offres ont largement façonné, tandis que les recettes publicitaires de la télévision gratuite sont grignotées par le dynamisme bien plus important de la publicité en ligne, dominée par Google et Facebook.

¹ Diane Tell, « Si j’étais un homme ».

² Chiffres cités par l’avis du CSA relatif à l’opération litigieuse (avis n° 2019-05).

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l’accord du rapporteur public qui en est l’auteur.

C'est dans ce paysage que s'inscrit l'opération litigieuse. Elle concerne la création, par TF1, France Télévisions et M6 d'une entreprise commune dénommée Salto, avec une double activité : la distribution de services de télévision et de télévision de rattrapage, qu'il s'agisse des chaînes de télévision éditées par ses mères ou de services tiers, et l'édition d'une offre de V&A, l'ensemble de cette offre étant diffusée sur internet (distribution dite « *over the top* » (OTT)). Ces trois acteurs ont ainsi entendu créer une offre dédiée aux nouveaux modes de consommation. Il ne s'agissait peut-être que d'une étape vers un rapprochement de plus grande ampleur, puisque TF1 et M6 ont depuis lors annoncé leur fusion en mai 2021 ; mais c'est de la légalité de cette étape dont vous êtes saisis aujourd'hui.

L'opération, qui relevait de la compétence de l'Union européenne en raison du chiffre d'affaire des trois entreprises³, a été renvoyée à l'Autorité de la concurrence (ADLC) par une décision de la Commission du 18 mars 2019⁴ et ainsi soumise au droit français des concentrations. Par une décision du 12 août 2019⁵, l'ADLC a autorisé l'opération en « phase 1 », sans examen approfondi, mais sous réserve d'engagements souscrits par les trois parties notifiantes. Consulté par l'Autorité, le CSA avait également donné un avis favorable. Depuis l'adoption de la décision, le lancement de Salto a eu lieu en octobre 2020 et la plateforme semble avoir obtenu l'inscription d'environ 200 000 abonnés dans les trois mois suivants⁶.

2. La transformation du paysage audiovisuel s'illustre aussi dans l'identité des requérants, qui ne sont pas des acteurs historiques du secteur. La société Free est un fournisseur d'accès à internet (FAI), qui distribue des services de télévision dans le cadre de ses offres dite « triple play » (internet, téléphone fixe et télévision). Ce mode de réception dit « IP TV » est depuis 2018 le premier en France, 56 % des foyers recevant la télévision par ce canal, contre 49,1 % par la télévision numérique terrestre (TNT)⁷. La société Free craint notamment d'être désavantagée par rapport à Salto dans la distribution des services de télévision de ses mères. Iliad n'intervient pas directement sur les marchés concernés par l'opération mais elle est la société-mère de Free et son actionnaire unique ; sans aller jusqu'à reconnaître de manière systématique l'intérêt à agir de l'actionnaire d'une entreprise intervenant sur ces marchés⁸, il nous semble qu'au cas d'espèce, les intérêts d'Iliad se rapprochent étroitement de ceux de Free qui est aussi son principal actif. En tout état de cause, les deux requêtes sont identiques.

Vous admettez aussi la recevabilité de l'intervention de la société Molotov, qui a été créée en 2016 et qui propose la distribution de nombreuses chaînes de télévision françaises en OTT. La distribution en OTT se distingue notamment⁹ par le fait qu'elle est accessible à tout

³ Cf. les seuils définis par l'article 1.2 du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

⁴ Comme le permet l'article 4.4 de ce règlement.

⁵ Décision n° 19-DCC-157 du 12 août 2019 relative à la création d'une entreprise commune par les sociétés France Télévisions, TF1 et Métropole Télévision.

⁶ « Salto, un démarrage en demi-teinte », Les Echos, 22 janvier 2021.

⁷ CSA, *ibid.*

⁸ Alors que l'intérêt à agir de l'actionnaire minoritaire d'une des parties à l'opération de concentration est toujours reconnu (cf. CE, Sect., 31 janvier 2007, *Société France Antilles*, n° 294896, Rec.).

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

internaute, alors que la distribution par les FAI est réservée à leurs abonnés et incluse dans le prix de l'abonnement. Molotov craint elle aussi d'être défavorisée par rapport à Salto dans la distribution des services de télévision de ses mères et elle justifie d'un intérêt suffisant à l'annulation.

3. Le cadre légal de l'autorisation : existence d'une entreprise commune

Une fois n'est pas coutume, nous commencerons par un moyen de légalité interne car il a trait au fondement juridique de la décision d'autorisation. L'opération a été notifiée au titre du II de l'article L. 430-2 du code de commerce, selon lequel « *la création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome constitue une concentration* ». Les requérantes dénie à Salto ce caractère d'entreprise commune de plein exercice et y voient un simple « comptoir de vente » des services de télévision de ses mères.

Vous jugez « *qu'une filiale commune à plusieurs entreprises ne peut être regardée comme une concentration au sens des dispositions précitées que si elle assure de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome* » et vous exercez à cet égard un contrôle d'erreur de droit et de qualification juridique (CE, Sect., 31 mai 2000, *Société Cora et société Casino Guichard Perrachon*, n° 213161, Rec.). Lorsque l'entreprise commune ne présente ces caractéristiques, l'Autorité doit constater que l'opération notifiée n'entre pas dans le champ du contrôle des concentrations (article L. 430-5-III).

Bien que l'affaire relève du droit national, il est utile de se référer aux lignes directrices de la Commission européenne¹⁰, la définition du règlement européen (article 3.4) étant identique à celle de l'article L. 430-2. La Commission considère que « *l'entreprise commune doit posséder un personnel d'encadrement se consacrant à ses activités quotidiennes et avoir accès à toutes les ressources nécessaires, en termes de financement, de personnel et d'actifs (corporels et incorporels)* » et qu'une entreprise n'est pas de plein exercice « *si elle ne reprend qu'une seule fonction spécifique parmi les activités économiques de ses fondatrices, sans avoir accès au marché* », par exemple une entreprise qui « *a essentiellement pour activité de distribuer ou de vendre les produits de ses fondatrices et agit dès lors principalement comme un comptoir de vente* ».

En l'espèce, l'Autorité a relevé à juste titre que Salto disposerait de moyens humains propres, notamment d'un personnel d'encadrement, ainsi que d'apports en numéraire, et qu'elle ne se bornerait pas à remplir une fonction spécifique pour ses mères puisqu'elle distribuerait également des chaînes d'éditeurs tiers et définirait elle-même son catalogue de V&A. La

⁹ Il existe aussi une différence sur le plan technique : la distribution OTT se fait selon le principe du « meilleur effort », en fonction des conditions de communication sur internet au moment de la connexion, alors que la distribution par les FAI est un « service géré », avec une qualité garantie. La qualité de la réception en OTT est donc généralement considérée comme moins satisfaisante.

¹⁰ Communication de la Commission relative à la notion d'entreprises communes de plein exercice au sens du règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Commission européenne avait d'ailleurs relevé dans sa décision de renvoi que Salto présentait les caractéristiques d'une entreprise de plein exercice, en se basant sur les mêmes éléments¹¹.

Contrairement à ce que soutiennent les requérantes, la qualité d'entreprise commune s'apprécie globalement : on ne peut considérer que seules les activités autres que celles de distribution des chaînes des mères en relèveraient. Et si elles tentent de vous entraîner dans un débat sur la « *contribution au progrès économique* » de la nouvelle entité, cette question est sans incidence sur l'existence ou non d'une entreprise commune : elle ne joue qu'en aval dans l'appréciation de la légalité de l'opération de concentration, s'il est procédé à son examen approfondi (article L. 430-6 du code de commerce). L'article L. 420-4, qui prévoit la légalité des pratiques ayant pour effet d'assurer un progrès économique, n'est pas en lui-même applicable aux opérations de concentration¹².

4. La légalité externe

4.1. Sur le terrain de la légalité externe, les requérants reprochent en premier lieu à l'Autorité de ne pas avoir soumis à un test de marché la dernière version des engagements des parties notifiantes, à la différence des versions précédentes. Cependant, vous jugez que les dispositions du code de commerce n'imposent pas à l'Autorité « *de transmettre un projet de décision à un tiers à une opération de concentration, aux fins de le mettre en mesure de présenter ses observations* » (CE, 27 juin 2007, *Société Métropole Télévision (M6)*, n° 278652, Rec. ; 6 juillet 2016, *Compagnie des gaz de pétrole Primagaz et Société Vitogaz France*, n° 390457, Tab.) et il en va de même des propositions d'engagement. Les articles L. 430-3 et R. 430-4 imposent seulement à l'Autorité de publier un communiqué dans les cinq jours suivant la notification ou la réception de la décision de renvoi de la Commission européenne et il n'est pas soutenu que cette formalité aurait été omise en l'espèce. Vous n'imposez à l'autorité chargée du contrôle des concentrations de mettre en mesure un tiers de présenter ses observations que dans une hypothèse très particulière, lorsque la mesure corrective envisagée préjudicie directement à ses droits, par exemple en l'excluant des acquéreurs potentiels des actifs devant être cédés (CE, Sect., 9 avril 1999, *Société Interbrew France*, n° 191654, Rec.). Tel n'est pas le cas en l'espèce.

4.2. Il est soutenu en deuxième lieu que l'Autorité était tenue d'ouvrir un examen approfondi (« phase 2 ») dès lors que les engagements souscrits ne permettaient pas d'éliminer tout doute

¹¹ Décision Comp. M. 9040, France Télévisions / Métropole Télévision / TF1 / JV, point 10 (b).

¹² On ne trouve pas en effet en droit français le pont établi par le droit de l'Union entre contrôle des concentrations et contrôle des pratiques anticoncurrentielles s'agissant des entreprises communes, l'article 2.4 du règlement disposant que « *pour autant que la création d'une entreprise commune constituant une concentration au sens de l'article 3 ait pour objet ou pour effet la coordination du comportement concurrentiel d'entreprises qui restent indépendantes, cette coordination est appréciée selon les critères de l'article 81, paragraphes 1 et 3, du traité en vue d'établir si la concentration est compatible ou non avec le marché commun* ». En droit français, la qualification de concentration est exclusive de l'application des règles relatives aux ententes (Cass., Com., 26 novembre 1996, *Syndicat des distributeurs indépendants c/ Association des producteurs de films*, Bull. Civ. IV p. 248).

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

sur l'atteinte à la concurrence. Rappelons que selon l'article L. 430-5, l'examen d'une opération de concentration comporte d'abord une première phrase, d'une durée de 25 jours sous réserve de certaines prolongations, au terme de laquelle l'Autorité peut soit autoriser l'opération en la subordonnant le cas échéant à la réalisation d'engagements, « *soit, si elle estime qu'il subsiste un doute sérieux d'atteinte à la concurrence, engager un examen approfondi dans les conditions prévues à l'article L. 430-6* ». Au terme de cet examen approfondi, qui est soumis à une procédure contradictoire formalisée, l'Autorité peut interdire l'opération, l'autoriser sous réserve d'engagements ou assortir son autorisation d'injonctions ou de prescriptions.

Vous jugez que les tiers ne peuvent utilement critiquer la régularité du choix de l'Autorité de prendre une décision d'autorisation sans recourir à un examen approfondi (décision *Primagaz* précitée), la procédure d'examen approfondi constituant avant tout une garantie pour les parties à l'opération de ne pas la voir refusée ou assortie d'injonctions décidées de manière unilatérale sans avoir pu présenter leurs observations de manière contradictoire. Les tiers peuvent en revanche contester le bien-fondé de l'analyse de l'Autorité sur l'atteinte au maintien d'une concurrence suffisante.

Les requérantes soutiennent que cette jurisprudence apporterait aux tiers de moindres garanties que celle du Tribunal de l'Union européenne sur les décisions de la Commission. Toutefois, il ne ressort pas des décisions citées (cf. notamment TUE, 11 décembre 2013, *Cisco Systems Inc*, T-79/12, §49) de véritable différence avec votre jurisprudence¹³. Le moyen ne peut donc être accueilli.

4.3. En troisième lieu, la décision serait entachée d'insuffisance de motivation. Ce moyen comporte deux branches, la première tenant à l'occultation de certains passages de la décision sur la version rendue publique pour des motifs liés au secret des affaires¹⁴. Si vous jugez que l'occultation d'un engagement, qui constitue un élément de la décision d'autorisation, porte atteinte à la possibilité de contester la légalité de celle-ci devant le juge de l'excès de pouvoir (CE, 15 avril 2016, *Société compagnie des gaz de pétrole Primagaz et Société Vitogaz France*, n° 390457, Rec.), des occultations ponctuelles ne sont en revanche pas de nature à affecter la légalité de la décision d'une autorité de régulation (CE, 30 janvier 2015, *Région PACA*, n° 374022, Tab., sur un avis de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires). Les deux seuls passages mentionnés par la requête, qui portent sur des fonctionnalités et services que Salto pourrait proposer à l'avenir (§7 et 8 de la décision attaquée), relèvent à l'évidence de cette seconde catégorie. La seconde branche a trait à l'insuffisance de l'analyse de l'Autorité concernant certains marchés ; mais l'Autorité a simplement estimé qu'ils n'étaient pas affectés par l'opération ou que la définition de certains marchés pouvait être laissée

¹³ Le Tribunal contrôle l'appréciation de la Commission sur l'existence d'un doute sérieux d'atteinte à la concurrence, ce qui renvoie à un contrôle de légalité interne et non à un contrôle procédural.

¹⁴ Comme le prévoit l'article D. 430-8 du code de commerce, selon lequel « *les décisions de l'Autorité de la concurrence et du ministre sont publiées dans le respect de l'intérêt légitime des parties qui procèdent à la notification et de celui des personnes citées à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués* ».

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

ouverte en l'absence d'atteinte à la concurrence même dans l'hypothèse la plus conservatrice, et vous êtes à même d'exercer votre contrôle sur ces appréciations.

5. Légalité interne – Structure de la décision attaquée

Nous en venons aux moyens de légalité interne, qui conduisent à vous exposer plus avant le contenu de la décision attaquée. Comme il est de règle en matière de contrôle des concentrations, l'Autorité a d'abord délimité les marchés pertinents affectés par l'opération, un marché pertinent se définissant comme le périmètre au sein duquel des biens ou services sont substituables pour les consommateurs et où se joue donc la concurrence entre offreurs. Dans le secteur audiovisuel, conformément à une pratique décisionnelle constante, les marchés pertinents se répartissent en trois strates de la chaîne de valeur :

- En amont se situent les marchés d'acquisition de droits sur les contenus, où les offreurs sont les ayants droit et les demandeurs les éditeurs de services audiovisuels cherchant à acquérir ces contenus. L'Autorité a analysé les effets de l'opération sur les marchés de l'acquisition de droits sur les œuvres cinématographiques et sur les autres programmes audiovisuels.
- La strate intermédiaire est celle de l'édition et de la commercialisation, où se rencontrent les éditeurs de services de télévision et de V&D et les distributeurs qui les intègrent dans leurs offres aux consommateurs finals (distribution par les FAI, par satellite ou en OTT). Salto y agit en tant que distributeur OTT de chaînes non payantes et payantes.
- En aval, les distributeurs de services de télévision et de V&D les offrent aux consommateurs finals. L'Autorité a retenu que Salto serait active sur la distribution de la télévision linéaire et non linéaire, en laissant ouverte la question de la distinction entre ces deux marchés.

L'Autorité a également analysé les incidences de l'opération sur les marchés de la commercialisation de données relatives à la consommation de contenus audiovisuels et sur ceux de la publicité.

Au terme de l'analyse des incidences sur chacun de ces marchés, l'Autorité a retenu l'existence de plusieurs « *risques de concurrence* ». Nous aurons l'occasion de revenir en détail sur plusieurs d'entre eux, mais ceux-ci se regroupent pour l'essentiel en deux catégories : d'une part, les risques de coordination entre les mères, la création de Salto pouvant faciliter et inciter à cette coordination ; d'autre part, les avantages dont pourrait bénéficier Salto sur ses concurrents en raison de la force de frappe conjointe de ses mères, notamment en ce qui concerne l'acquisition de droits sur les contenus d'expression originale française (EOF) et les conditions de distribution des chaînes de ses mères. L'Autorité a ensuite considéré que les engagements souscrits étaient de nature à remédier à chacun de ces risques, ce qui lui a permis d'autoriser l'opération.

6. Légalité interne – Définition des marchés pertinents

Plusieurs moyens sont dirigés contre la délimitation des marchés pertinents et l'identification des marchés affectés par l'opération.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

6.1. Il est d'abord reproché à l'ADLC de ne pas avoir intégré dans son analyse les marchés amont d'acquisition de droits sportifs. L'Autorité s'est basée sur le plan d'affaires de Salto notifié par les parties, qui ne prévoyait pas l'exploitation de droits sportifs, pour en déduire que ce marché n'était pas concerné par l'opération.

La critique des requérants se situe sur plusieurs plans. Tout d'abord, ils relèvent que les mères disposant des droits de plusieurs événements sportifs (grands prix de Formule 1, coupe Davis et Roland Garros, tour de France, etc), Salto les reprendra dans le cadre de la distribution linéaire de leurs chaînes. Toutefois, la diffusion linéaire étant également assurée par les autres distributeurs, notamment les FAI tels que Free, la question de savoir s'il existe à cet égard un risque pour la concurrence se ramène à celle, plus générale, de l'éventuelle discrimination entre Salto et les autres distributeurs dans les conditions de reprise des chaînes de ses mères, risque identifié par l'Autorité et qui a fait l'objet d'engagements sur lesquels nous reviendrons. En tout état de cause, cela n'affecte pas le marché amont d'acquisition des droits sportifs.

Les requérants soutiennent ensuite qu'il est hautement probable que Salto acquière en propre des droits sur des événements sportifs. En matière de concentrations, l'analyse de l'Autorité présente par nature un caractère prospectif : vous jugez que l'Autorité ne doit pas se fonder « *sur de simples éventualités* » mais doit « *caractériser les risques concurrentiels de l'opération à partir d'une analyse prospective tenant compte de l'ensemble des données pertinentes et se fondant sur un scénario économique plausible* » (décision *Société Groupe Canal Plus et autres*). L'Autorité explique bien devant vous pourquoi, au-delà du plan d'affaires, il est peu probable que Salto investisse de manière significative dans ces contenus, en raison de leur prix élevé pour les compétitions sportives les plus attractives et de la présence d'acteurs dotés de moyens financiers importants, à la fois les mères qui restent en concurrence pour ces acquisitions, les groupes CanalPlus et Altice et des nouveaux acteurs tels que les plateformes de V&D les plus importantes, comme l'avait déjà relevé l'Autorité dans un avis du 21 février 2019 relatif à la régulation de l'audiovisuel¹⁵ ; l'actualité ultérieure l'a d'ailleurs confirmé s'agissant d'Amazon.

Enfin, Free et Iliad se prévalent des lignes directrices de l'Autorité, selon lesquelles un marché est considéré comme affecté par l'opération lorsque les entreprises concernées atteignent une part de marché cumulée de 25 % ou 30 %¹⁶. L'Autorité fait toutefois valoir sans être contredite que la part de marché cumulée des mères ne dépasse les 25 % que sur le segment des « autres compétitions de football », d'une valeur bien inférieure à celle des compétitions de premier plan (Ligue 1, Ligue des champions, etc) ; au vu des circonstances exposées, l'Autorité a pu se dispenser de cette analyse.

¹⁵ Avis n° 19-A-04 du 21 février 2019 relatif à une demande d'avis de la commission des Affaires culturelles et de l'Éducation de l'Assemblée nationale dans le secteur de l'audiovisuel.

¹⁶ §221 dans la version des lignes directrices aujourd'hui en vigueur. Il s'agit en réalité de la description du contenu du dossier de notification, qui est fixé par les dispositions réglementaires (annexe 4-3 du code de commerce), et non à proprement parler d'un critère d'appréciation de l'Autorité.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

6.2. La question de l'existence en aval d'un marché de la distribution au détail de la télévision gratuite est plus délicate. L'Autorité a considéré qu'il n'existait pas de marché aval de la distribution de services de télévision en clair, au motif qu'à la différence de la télévision payante, il n'existe pas de relation commerciale entre le distributeur et le consommateur. Ce faisant, elle s'est conformée à sa pratique décisionnelle constante¹⁷, que vous avez vous-mêmes validée de manière explicite (CE, 27 juin 2007, *Société Métropole Télévision (M6)*, n° 278652, Rec.), en retenant que « *les parts d'audience détenues par les différentes chaînes de télévision gratuites [constituent] seulement un élément d'appréciation de la situation concurrentielle sur le marché de la publicité télévisée* ».

Les requérantes insistent sur la discordance qui existerait avec la pratique décisionnelle de la Commission européenne, qui distingue de manière constante le marché de la distribution au détail de la télévision payante et celui de la télévision gratuite (cf. notamment les décisions COMP/M.4504 du 18 juillet 2007, *SFR / Télé 2 France*, et M.9416 du 5 septembre 2019, *Bolloré Group / M7 Group*). Toutefois, dans le cadre du droit national, l'Autorité de la concurrence n'est pas tenue par la pratique décisionnelle de la Commission, même si celle-ci peut bien sûr constituer une source d'inspiration. D'autre part, la différence nous paraît relever davantage de la présentation que de la substance : en effet, comme l'Autorité et selon une formule proche de celle employée par votre décision *Société Métropole Télévision*, la Commission considère que « *dans la mesure où la publicité représente la source principale de revenus des opérateurs de télévision gratuite, ce marché doit être analysé dans le cadre du marché de la vente d'espaces publicitaires télévisuels* » (décision M. 6547 du 14 mars 2012, *Antena 3 / La Sexta*).

Nous nous interrogeons plutôt sur le critère de l'absence de relation commerciale avec le consommateur et sur sa cohérence avec la pratique décisionnelle de l'Autorité dans d'autres secteurs. Ceux-ci présentent une structure économique similaire à celui de la télévision gratuite avec un service proposé gratuitement aux consommateurs finals, financé par la publicité (presse gratuite, moteurs de recherche) ou par des acteurs économiques cherchant à proposer des biens ou services à ces consommateurs par l'intermédiaire d'une plateforme internet (annonces immobilières en ligne, plateformes de réservation hôtelière). Les économistes, parmi lesquels le prix Nobel d'économie Jean Tirole, qualifient ces marchés de « bifaces » et l'Autorité a repris ce concept dans sa doctrine : dans ses lignes directrices (§664), elle indique que « *dans le cas de marchés bifaces, l'équilibre économique sur une face du marché ne peut être appréhendé indépendamment des conditions prévalant sur l'autre face* ». Ses décisions sur les pratiques anticoncurrentielles de Booking (décision n° 15-D-06 du 21 avril 2015, §96 à 98) et sur la fusion entre les sites d'annonces immobilières Logic-Immo.com et SeLoger.com (décision n° 18-DCC-18 du 1^{er} février 2018) s'inscrivent dans ce cadre d'analyse, tout en laissant ouverte pour cette dernière décision la question de savoir s'il

¹⁷ Décision n° 10-DCC-11 du 26 janvier 2010 relative à la prise de contrôle exclusif par le groupe TF1 de la société NT1 et Monte-Carlo Participations (groupe AB) ; décision n° 14-DCC-50 du 2 avril 2014 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Direct 8, Direct Star, Direct Productions, Direct Digital et Bolloré Intermédia par Vivendi SA et Groupe Canal Plus.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

faut analyser un marché biface comme un marché unique ou comme deux marchés liés mais distincts, ce qui montre qu'il existe encore à cet égard quelques tâtonnements. Dans le domaine de la publicité en ligne, l'Autorité a affirmé l'existence d'un marché de services de recherche générale, « *en soulignant que la décision de fournir un service sans contrepartie financière directe résulte d'un choix des entreprises, et que rien ne s'oppose à ce qu'une entreprise fournisse un service sans que celui-ci ait pour contrepartie un paiement des internautes* » (avis n° 18-A-03 du 6 mars 2018).

Si l'intérêt pour les marchés bifaces s'est accru avec l'économie numérique, la télévision gratuite constitue un exemple plus ancien de ce type de marché et nous ne voyons pas de raison pertinente de retenir un cadre d'analyse différent.

Pour autant, les requérantes peinent à vous démontrer en quoi ce problème d'analyse des marchés pertinents a eu en l'espèce une incidence sur le raisonnement de l'Autorité et aurait empêché d'identifier des problèmes de concurrence. S'agissant des conséquences de l'opération sur ce marché aval de la distribution de la télévision gratuite, elles se bornent à faire valoir :

- D'une part, que la création de Salto entraînerait la fermeture ou la réduction des offres OTT de chacune des mères, telles que myTF1 ou France.tv. A supposer ce scénario plausible, compte tenu de la part limitée de ces canaux dans la distribution de la télévision gratuite et du fait qu'il ne s'agit d'une conséquence que pour les mères, nous peinons à y voir un risque de concurrence.

- D'autre part, que l'Autorité a mal analysé le risque de promotion croisée entre Salto et ses mères, c'est-à-dire d'utilisation de l'audience des mères sur le marché de la télévision gratuite pour promouvoir Salto. Toutefois, si en cohérence avec sa définition des marchés pertinents, l'Autorité ne l'a présenté que comme un « risque sur le marché aval de distribution de services de télévision payante », son analyse de ce risque et des remèdes proposés dans les engagements aurait été inchangée si elle l'avait également examiné pour la distribution de télévision gratuite.

Sans reprendre la formulation de principe de la décision *Société Métropole Télévision* de 2007, vous pourrez juger que dans les circonstances de l'espèce, la circonstance que l'ADLC n'ait pas distingué de marché de détail de la télévision gratuite est sans incidence sur les résultats de son analyse concurrentielle.

6.3. Il est ensuite reproché à l'Autorité de ne pas avoir distingué, au sein du marché aval de la distribution de télévision payante non linéaire, différents segments et notamment celui de la distribution de films et autres programmes audiovisuels EOF. L'enjeu sur l'analyse concurrentielle est ici aisément identifiable, car en raison de la faible présence des plateformes américaines (Netflix, Amazon Prime et de manière déjà prévisible au moment de la décision, Disney+) sur ce segment, un risque de concurrence sur un marché pertinent ainsi défini serait plus facile à démontrer que sur l'ensemble de la distribution non linéaire.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

La question se résume ainsi : une fiction américaine vaut-elle une fiction française ? Du point de vue de l'éditeur de services de télévision ou de V&D, certainement pas, car la réglementation lui impose de respecter des quotas de films et de programmes audiovisuels EOF¹⁸, ce qui justifie la segmentation fine des marchés amont opérée par l'Autorité. Les requérantes soutiennent qu'il en va de même pour le téléspectateur mais l'argument réglementaire ne joue pas car celui-ci n'est soumis à aucun quota. Il est avéré que les films de cinéma et les autres programmes audiovisuels (comme les séries télé ou les documentaires) en langue française bénéficient d'une attractivité propre pour le public français, le CSA ayant indiqué dans son avis qu'en 2018, parmi les 10 meilleures audiences de fiction, 9 ont été réalisées par des œuvres EOF. Ceci ne suffit toutefois pas à caractériser l'absence de substituabilité entre les contenus EOF et les contenus émanant d'autres zones linguistiques. L'utilisateur qui ouvre un soir sur son canapé son catalogue de V&D favori ne sait pas forcément à l'avance s'il va regarder un film français ou américain.

6.4. Toujours sur les marchés aval, les requérants critiquent la segmentation opérée par l'Autorité entre distribution de télévision payante linéaire et distribution de télévision payante non linéaire (c'est-à-dire principalement les activités de V&D), et soutiennent qu'il conviendrait d'identifier un marché spécifique des plateformes OTT proposant à la fois des services linéaires et non linéaires. Salto serait peut-être l'acteur dominant de ce marché, puisqu'il s'agit du seul acteur OTT ayant mis au cœur de sa proposition cette offre conjointe (« SALTO, la TV et le streaming en illimité sur une seule plateforme » comme le revendique son site internet). Toutefois, le raisonnement nous paraît faussé. Il ne suffit pas qu'une ou plusieurs entreprises proposent conjointement plusieurs types de services pour que cette offre conjointe constitue un marché pertinent ; il faut que cette offre conjointe ne soit pas substituable avec les offres comportant exclusivement l'un ou l'autre de ces services. Les tests de marché réalisés par l'Autorité sont en sens contraire et montrent notamment qu'il n'y a pas de marché spécifique de la distribution en OTT, une substituabilité existant pour le consommateur avec les autres modes de distribution (FAI, satellite).

6.5. La dernière contestation relative à la délimitation des marchés pertinents porte sur le marché de la commercialisation de données. La décision de l'Autorité relève que Salto collectera les données de consommation relatives aux clients de sa plateforme et en fera un double usage : elle communiquera à chaque éditeur de chaînes les données qui lui sont propres (communication dite « en silo ») et commercialisera de manière ouverte des données agrégées. L'Autorité a envisagé deux hypothèses de délimitation, soit un marché de la commercialisation de données relatives à la consommation audiovisuelle, soit un marché plus large des services de vente de données. Elle a retenu l'hypothèse la plus conservatrice, en considérant que même avec le marché le plus étroit, celui d'un marché national des données relatives à la consommation audiovisuelle, l'opération ne poserait pas de problème de

¹⁸ Cf., pour les éditeurs de services de télévision, le 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 oeuvres cinématographiques et audiovisuelles par les éditeurs de services de télévision, et pour la V&D, le décret n° 2021-793 du 22 juin 2021 relatif aux services de médias audiovisuels à la demande.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

concurrence, un grand nombre d'acteurs intervenant dans ce domaine (grandes plateformes de consommation de vidéos en ligne telles que Youtube, FAI et fabricants d'objets connectés). Les requérantes soutiennent que l'Autorité aurait dû retenir des marchés encore plus étroits, consistant dans les données relatives à la consommation audiovisuelle de contenus EOF, de chaînes de la TNT en clair, voire de chaque chaîne de TNT.

La délimitation des marchés en matière de transaction portant sur les données est une terre encore peu défrichée par les autorités de concurrence, et vierge pour votre jurisprudence. Seule la Commission européenne a rendu quelques décisions¹⁹ qui identifient différents segments de marché²⁰, sans toutefois prendre position sur la délimitation des marchés pertinents.

Le débat contradictoire a apporté des compléments d'information utiles par rapport aux motifs de la décision critiquée :

- Sur la teneur des données qui seront commercialisées par Salto, il s'agit, d'une part, de données d'usage (nombre de visiteurs, temps de consommation vidéo, consommation par typologie de contenus, etc) propres à chaque éditeur et transmises uniquement à lui, et d'autre part, de données « multi-chaînes » et anonymisées sur la consommation de tel ou tel types de contenus, l'identification des fans de séries américaines, etc ;
- Sur les acquéreurs des données, outre les éditeurs, il s'agit notamment d'acteurs de la publicité digitale qui utiliseront les données transmises par Salto sur ses abonnés pour leur adresser des publicités correspondant à leurs préférences.

Des incertitudes demeurent cependant sur les offreurs de données autres que Salto et susceptibles d'être en concurrence avec lui. Deux choses sont claires : la diffusion par la TNT ne permet pas aux éditeurs de chaînes de disposer de données fines sur les comportements des téléspectateurs ; à l'inverse, la diffusion en OTT dans le cadre d'un environnement dit « logué », le consommateur devant créer un compte personnel pour accéder au service et consentir ainsi au traitement de ses données personnelles, permet aux éditeurs de disposer de données d'une richesse analogue à celles dont bénéficient les grandes plateformes de diffusion de contenus vidéo, qu'il s'agisse de V&D (Netflix, Amazon) ou de partage de vidéos (Youtube). Même si chacune des mères disposait d'un canal de diffusion OTT, il s'agit semble-t-il d'un des enjeux stratégiques de la création de Salto. En revanche, la nature des données collectées et commercialisées dans le cadre des autres canaux de distribution, à savoir l'IPTV pour les FAI et le satellite pour le groupe CanalPlus, est plus incertaine. L'ADLC semble postuler que les FAI sont en mesure de collecter autant de données que les éditeurs de site internet diffusant leur offre en OTT. Pourtant, les FAI sont soumis par la loi à des restrictions particulières en matière de protection de la vie privée, l'article L. 32-1 du code des postes et des communications électroniques disposant qu'ils « *effacent ou rendent*

¹⁹ Cf. notamment les décisions M.8180 du 21 décembre 2016, *Verizon / Yahoo*, §32 et M.8788 du 6 septembre 2018, *Apple / Shazam*, §127-128.

²⁰ Données marketing sur les préférences individuelles des consommateurs, données marketing agrégées sur les comportements des consommateurs, données de médiamétrie sur l'audience des différents médias et données de consommation de contenus musicaux.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

anonymes (...) les données relatives aux communications électroniques », sous réserve de quelques exceptions liées à la facturation ou à des finalités régaliennes, la conservation ne pouvant en aucun cas porter sur le contenu des informations consultées (VI de cet article). Toutefois la société Free n'a pas apporté de contradiction précise aux affirmations de l'Autorité et des défenderesses sur ce point, alors qu'elle était bien placée pour ce faire.

Il nous semble que vous pourrez surmonter ces incertitudes car en tout état de cause, une segmentation des marchés pertinents aussi fine que celle proposée par les requérantes ou l'existence d'une position dominante de Salto sur ces marchés apparaît fort peu vraisemblable. S'agissant des données sur les préférences des consommateurs à des fins de ciblage de la publicité digitale, les sources de données sont très variées et les grandes plateformes de partage telles que Youtube apparaissent en mesure de fournir des informations sur l'ensemble des types de contenus. S'agissant des informations communiquées à chaque éditeur de chaînes, il est possible que Salto ait à cet égard un avantage sur les FAI de par son positionnement en OTT ; mais nous n'y voyons pas un problème de concurrence car rien n'empêche le lancement d'autres offres de distribution des services de télévision en OTT, en mesure de fournir aux éditeurs des données analogues.

7. Légalité interne – caractère suffisant des engagements

Nous en venons à la dernière partie et au cœur du débat contentieux, qui porte sur le caractère suffisant des engagements. Rappelons que selon votre décision dite « *Canal Plus II* » du 23 décembre 2013, il incombe à l'Autorité d'utiliser ses pouvoirs d'injonction ou de subordination de l'autorisation à des engagements « *à proportion de ce qu'exige le maintien d'une concurrence suffisante sur les marchés affectés par l'opération* » et qu'elle n'est donc pas tenue, « *lorsqu'elle identifie un effet anticoncurrentiel de l'opération, d'adopter des mesures correctives de nature à le supprimer intégralement, pourvu que ces mesures permettent d'assurer le maintien d'une concurrence suffisante* ». En outre, les engagements ne doivent être acceptés par l'Autorité « *que s'ils sont suffisamment certains et mesurables pour garantir que les effets anticoncurrentiels qu'ils ont pour finalité de prévenir ne seront pas susceptibles de se produire dans un avenir relativement proche* ». Cette jurisprudence a été rendue concernant des engagements approuvés après examen approfondi (« phase II »), sur le fondement des articles L. 430-6 et L. 430-7, mais nous ne voyons aucune raison de ne pas l'appliquer aux engagements approuvés dès la phase I, sur le fondement de l'article L. 430-5. Qu'ils soient approuvés en phase I ou en phase II, le régime juridique des engagements est identique : bien que proposés par les parties, ils s'incorporent à la décision de l'Autorité et leur méconnaissance peut être ultérieurement sanctionnée (IV de l'article L. 430-8).

7.1. Les requérants formulent d'abord une critique générale sur l'absence d'engagements structurels alors que l'Autorité aurait été selon eux tenue de les privilégier par rapport aux engagements comportementaux. Rappelons que les engagements structurels sont ceux qui modifient directement et par eux-mêmes la structure du marché, notamment par des cessions d'actifs, tandis que les engagements comportementaux sont ceux qui se limitent à réguler le comportement de leurs souscripteurs²¹.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

En l'espèce, la décision critiquée ne comporte que des engagements comportementaux. Toutefois, votre jurisprudence ne prévoit pas une telle priorité de principe en faveur des engagements structurels. Vous jugez même que l'Autorité ne doit subordonner l'autorisation à des engagements « *qu'à proportion de ce qu'exige le maintien d'une concurrence suffisante sur les marchés affectés par l'opération* » : un engagement structurel pourrait donc être considéré comme excessif si un engagement comportemental moins contraignant était suffisant pour remédier au risque de concurrence. S'il est vrai que la réalisation d'un engagement structurel, qui présente un caractère instantané, présente en règle générale moins de difficultés de contrôle qu'un engagement comportemental, il existe aussi des contre-exemples comme l'a montré récemment le contentieux FNAC-Darty (CE, 7 novembre 2019, *Société FNAC-Darty*, n° 424702, Rec., relatif à la sanction prononcée pour la non-réalisation de la cession de plusieurs magasins).

Tout est donc affaire d'espèce et c'est uniquement dans la discussion de chaque engagement que vous pourrez apprécier leur caractère suffisant au regard du risque identifié par l'analyse concurrentielle.

7.2. Vient ensuite un groupe de moyens concernant les engagements relatifs aux relations entre les mères et les distributeurs de leurs services de télévision linéaires, sur le marché intermédiaire de l'édition et de la commercialisation des chaînes.

7.2.1. Sur ce marché, l'ADLC a retenu l'existence d'un effet anti-concurrentiel dit vertical, c'est-à-dire tenant aux relations entre les mères, qui éditent des chaînes de télévision, et les distributeurs de ces chaînes ; l'Autorité a considéré que les mères de Salto pourraient avoir la capacité et l'incitation à verrouiller l'accès de leurs chaînes et services et fonctionnalités associés aux distributeurs tiers, à tout le moins de façon partielle, en dégradant les conditions techniques et commerciales pratiquées avec ces derniers

Pour prévenir le risque de discrimination entre Salto et les distributeurs tiers, plusieurs engagements ont été approuvés : les mères ne contracteront pas d'exclusivité de distribution au profit de Salto pour leurs chaînes de la TNT en clair (E12) ; chaque mère proposera à tout distributeur tiers qui en ferait la demande la distribution de ses Chaînes de la TNT en clair et de leurs Services et Fonctionnalités Associés, à des « *conditions techniques, commerciales et financières, transparentes, objectives et non discriminatoires* » (E13) ; pour assurer ce principe de rémunération non discriminatoire, la rémunération due par Salto pour la distribution sera déterminée chaque année sous le contrôle du mandataire et deux experts indépendants, qui la compareront avec les contrats en cours avec les distributeurs tiers (E14).

7.2.2. Avant d'en venir aux moyens, quelques éclairages doivent vous être donnés sur le cadre légal de la distribution des chaînes de télévision et sur les évolutions récentes de ce marché. Pour les chaînes publiques (France Télévisions et Arte), l'article 34-2 de la loi²² du 30

²¹ Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, §351.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

septembre 1986 relative à la liberté de communication impose à tout distributeur de les mettre gratuitement à disposition du public ; c'est ce que les praticiens, et même le CSA, qualifient de « *must carry* ». Concernant les autres chaînes gratuites de la TNT, la loi n'impose aux distributeurs qu'une obligation dite de « *must deliver* » : l'article 34-4 de la loi du 30 septembre 1986 prévoit que tout distributeur fait droit « *dans des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires* » aux demandes des éditeurs de ces chaînes. Ce texte n'impose pas à ces éditeurs de contracter avec les distributeurs (CE, 7 décembre 2011, *Société Métropole Télévision*, n° 321349, Rec.) et n'implique pas de gratuité de la distribution.

Comme l'expose l'avis du CSA, jusqu'à une période récente, les contrats de distribution conclus entre les éditeurs de chaînes et les FAI ne prévoyaient pas de rémunération pour la mise à disposition des chaînes linéaires, une rémunération pouvant en revanche être prévue pour les services associés tels que la télévision de rattrapage. A partir de 2016, dans un contexte de raréfaction de la ressource publicitaire, TF1 et M6 ont commencé à demander une rémunération aux FAI et au groupe Canal Plus (en tant que distributeur satellite) pour la distribution de leurs chaînes, donnant lieu à des discussions difficiles et parfois à des coupures de la distribution faute d'accord (non-distribution de TF1 par Canal Plus entre le 1^{er} et le 7 mars 2018, fin de la distribution des chaînes du groupe NextRadioTV comme BFM TV par Free à partir d'avril 2019). Dans la plupart des cas, des accords sont intervenus entre TF1, M6 et leurs distributeurs, prévoyant une rémunération d'ensemble des éditeurs ne distinguant plus entre la télévision linéaire et les services associés.

Ce contexte explique la sensibilité des risques concurrentiels liés à la distribution des chaînes de la TNT, les éditeurs de ces chaînes s'étant montrés plus enclins que dans le passé à exiger des distributeurs des conditions tarifaires plus avantageuses.

7.2.3. Le premier moyen de ce groupe concerne les services et les fonctionnalités associées aux chaînes de télévision. Les requérantes reprochent à l'Autorité d'avoir accepté des engagements n'imposant pas aux mères de dissocier dans leur offre aux distributeurs la télévision linéaire et les services associés (télévision de rattrapage, fonction dite *cast-over* permettant de reprendre au démarrage un programme en cours de diffusion, etc). Ceci empêcherait les distributeurs de proposer un choix à leurs abonnés entre une offre *low cost* comportant uniquement la diffusion linéaire et une offre *premium* comportant les services associés.

Toutefois, la requête ne démontre pas de lien de causalité entre l'opération et cette difficulté, puisque les éditeurs avaient déjà auparavant pour pratique de vendre de manière indissociée la diffusion linéaire et les services additionnels. Le risque de concurrence étant que les distributeurs tiers ne puissent plus accéder aux chaînes des mères ou à des conditions moins favorables que Salto, il n'apparaît pas nécessaire d'imposer cette dissociation pour y remédier.

²² Loi n° 86-1067.

7.2.4. Free soutient ensuite que le mécanisme prévu par l'engagement E14, tendant à empêcher la discrimination tarifaire, serait vicié car il entraînerait un alignement injustifié des conditions entre distributeurs. L'engagement E14 prévoit la mécanique suivante :

- Deux experts indépendants sont proposés par les mères à l'agrément de l'Autorité ; disposant d'une expertise financière et/ou économique, ils sont soumis à des conditions de non-collaboration avec chacune des mères deux ans avant leur désignation et un an après la fin de leur mission ;
- Dans le cadre de leurs négociations avec Salto, qui sont conduites de manière séparée, chacune des mères transmettra un prix aux deux experts ;
- Afin de s'assurer du caractère non discriminatoire de ce prix, les experts seront destinataires des contrats en cours de chacune des mères avec les distributeurs tiers ;
- En cas de divergence significative entre les deux experts sur le montant de la rémunération non discriminatoire due par Salto, la décision est prise par le mandataire, qui est également une personne indépendante proposée par les mères à l'agrément de l'Autorité et qui est chargée du contrôle de l'ensemble des engagements ; en cas de divergence non significative, la rémunération est égale à la moyenne des montants définis par les deux experts ;
- Les experts communiquent à Salto le montant de sa rémunération agréée, sans que Salto ne connaisse le montant de la rémunération provenant de chacune des mères ;
- L'exercice est renouvelé chaque année pour tenir compte des renégociations avec les distributeurs tiers.

Selon Free, ce dispositif conduirait à une rémunération due par Salto « moyennisée », ne tenant pas compte des spécificités de chaque distributeur, notamment de leur pouvoir de négociation, les FAI comptant plusieurs millions d'abonnés alors que Salto est un nouvel entrant, ou de la circonstance que certains contrats de distribution incluent également des chaînes payantes de la TNT, comme c'est le cas pour M6. Toutefois, l'engagement n'implique nullement que la rémunération non discriminatoire due par Salto soit déterminée comme la moyenne arithmétique des rémunérations contractualisées par chaque mère avec les autres distributeurs. Chaque distributeur conserve sa dynamique de négociation avec chacune des mères, le mécanisme visant seulement à garantir que Salto n'est pas indûment avantagée par rapport aux prix négociés par ailleurs. Il est en outre prévu que le prix non discriminatoire est défini compte tenu du périmètre du contrat.

Il est vrai que l'engagement laisse une marge d'appréciation importante aux experts et au mandataire pour déterminer ce qu'est une rémunération non discriminatoire, mais la seule alternative serait de définir *a priori* une formule tarifaire, exercice dont la faisabilité n'est pas démontrée, ou d'imposer la définition d'une offre de référence, dont l'Autorité souligne les inconvénients en termes d'harmonisation excessive du marché. L'engagement présente en outre le mérite de prévoir une certaine collégialité, deux à trois personnes indépendantes des mères étant impliquées dans la fixation de la rémunération due par Salto.

7.2.5. Free conteste ensuite l'efficacité des engagements pour prévenir les discriminations non tarifaires, qui pourraient consister dans des conditions techniques dégradées de transmission du signal des chaînes aux distributeurs tiers. Ce moyen est fort peu développé, Free se bornant

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

à faire état de difficultés antérieures à la création de Salto dans ses relations avec deux de ses mères, qui lui imposent d'installer leurs applications sur la Freebox pour fournir le service de rattrapage. L'engagement 13 exclut clairement toute discrimination dans les conditions techniques, ce qui permet aux distributeurs tiers, s'ils sont convaincus de l'existence de telles pratiques, de saisir l'Autorité et d'obtenir d'elle le prononcé d'injonctions et de sanctions.

7.2.6. Dans le cadre de son intervention, la société Molotov reproche aux engagements de prendre la situation de Salto comme unique référence pour appréhender l'existence d'une discrimination et de ne pas répondre à des comportements de collusion des mères, indépendamment de la création de Salto, visant à empêcher l'émergence de distributeurs alternatifs. Toutefois il n'appartenait pas à l'Autorité de remédier à de tels comportements dans le cadre de l'autorisation de concentration ; si une collusion était avérée, elle relèverait du contrôle *a posteriori* des pratiques anticoncurrentielles, en tant qu'entente ou abus d'une position dominante collective, et devrait être sanctionnée par l'Autorité en tant que telle.

7.2.7. Molotov soutient également que les engagements auraient dû imposer aux mères un délai maximal de traitement des demandes des distributeurs. Il résulte toutefois de la formulation de l'engagement E13, qui impose aux mères de proposer à tout distributeur qui en ferait la demande des conditions « *transparentes, objectives et non discriminatoires* », que la réponse doit être apportée dans un délai raisonnable, conforme aux usages de ce type de négociation. Ceci permet de répondre, en tout état de cause²³, à la critique selon laquelle l'engagement serait nul en raison de son caractère potestatif au sens de l'article 1304-2 du code civil²⁴.

7.2.8. Molotov s'efforce ensuite de vous démontrer, formules de calcul à l'appui, que les mères seraient incitées à appliquer à Salto des redevances excessives, aux seules fins de les appliquer également aux tiers et d'évincer une partie de la concurrence ; Salto serait en mesure de supporter ce surcoût grâce au soutien capitalistique de ses mères. Toutefois, il nous semble qu'il s'agit là encore d'une vision inversée de la mécanique mise en place par les engagements : ce ne sont pas les redevances versées par les tiers qui sont fixées en fonction de celles dues par Salto, mais l'inverse. Chaque négociation entre une mère et un distributeur tiers continue à obéir à sa dynamique propre et les engagements visent seulement à éviter qu'un avantage indu soit consenti à Salto par rapport aux prix négociés entre acteurs économiquement indépendants²⁵.

7.3. Le groupe de moyens suivants porte sur les engagements tendant à prévenir le risque de coordination.

²³ Les dispositions du code civil n'étant de toute façon pas applicables aux engagements annexés à une décision administrative (CE, Ass., 23 décembre 2013, *Société Métropole Télévision*, n° 363978, Rec., §17).

²⁴ Qui dispose : « *Est nulle l'obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur. Cette nullité ne peut être invoquée lorsque l'obligation a été exécutée en connaissance de cause.* »

²⁵ Comme le sont en règle générale les éditeurs de chaîne de télévision et les distributeurs, à quelques exceptions notamment TF1 et Bouygues Télécom.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

7.3.1. Il est ici question des effets anti-concurrentiels dits coordonnés. Comme l'exposent les lignes directrices de l'Autorité, une concentration peut modifier la nature de la concurrence sur un marché, « l'opération augmentant les incitations et la capacité des entreprises présentes sur le marché à maintenir tacitement un équilibre collusif »²⁶. La création d'une entreprise commune est particulièrement susceptible d'emporter de tels effets, en favorisant les échanges d'informations entre les parties ou en facilitant la compréhension d'objectifs communs²⁷.

Vous avez incorporé dans votre jurisprudence cette notion de coordination tacite, définie comme la situation où des opérateurs en situation d'oligopole « ont le pouvoir d'adopter durablement une même ligne d'action sur le marché en vue de profiter d'une situation de puissance économique collective, (...) sans que les concurrents actuels ou potentiels ou encore les clients et les consommateurs ne puissent réagir de manière effective » (CE, 31 juillet 2009, *Société Fiducial Audit et Société Fiducial Expertise*, n° 305903, Rec. et 5 novembre 2014, *Société Wienerberger*, n° 373065, Rec.). Trois conditions cumulatives sont exigées pour qu'une telle position dominante collective soit reconnue : capacité de chacun des membres de l'oligopole de connaître de manière précise et immédiate le comportement des autres ; menaces de représailles crédibles en cas de déviation de la ligne tacite ; incapacité des concurrents et des consommateurs à réagir efficacement face à la collusion tacite. Dans le cadre du contrôle des concentrations, il appartient à l'ADLC « de s'interroger, dans le cadre d'une analyse prospective du marché pertinent, sur sa probabilité, en appréhendant, sans s'en tenir à l'application de chacun des trois critères énumérés ci-dessus pris isolément, le mécanisme économique global d'une éventuelle coordination ».

7.3.2. En l'espèce, l'Autorité a identifié de tels risques dans deux domaines où les parties à l'opération, notamment en raison de l'ampleur de leurs parts de marché, seraient particulièrement incitées et en capacité de se coordonner : sur les marchés amont, l'acquisition de droits portant sur les contenus cinématographiques et audiovisuels EOF et sur les « programmes de flux » (information, jeux télévisés, émissions de plateau, etc) ; sur le marché intermédiaire de la commercialisation des chaînes de la TNT en clair, dans les relations avec les distributeurs. Pour prévenir ces risques, différents engagements visant à empêcher le partage d'informations sensibles entre les mères et entre les mères et Salto ont été formulés :

- Concernant la représentation des mères aux organes de gouvernance de Salto (E1), les représentants sont tenus de signer un accord de confidentialité dont le modèle est joint en annexe, qui leur interdit d'utiliser les informations dites « accessibles et confidentielles » qui leur sont accessibles à d'autres fins que pour l'accomplissement de leurs fonctions au sein de Salto ; ces représentants ne peuvent en outre avoir la fonction de responsable ou supérieur hiérarchique direct ou membre des service « acquisition » ou « distribution » de droits

²⁶ §737.

²⁷ Ibid., §755.

audiovisuels de l'une des mères ; enfin, le mandataire doit assister aux discussions du conseil de surveillance consacrées aux activités de distribution et/ou d'acquisition de droits de Salto.

- Concernant les collaborateurs de Salto (E2), ceux-ci ne peuvent cumuler cet emploi avec la qualité de collaborateur ou de mandataire social de l'une des mères ; ceux qui ont eu pour fonction au sein des mères la négociation des contrats d'acquisition ou de distribution de chaînes devront avoir signé un accord de confidentialité les empêchant de transmettre les informations sensibles auxquelles ils auraient pu avoir accès dans leurs anciennes fonctions et qui pourraient influencer le comportement de négociation de Salto.

- Concernant la mise en place d'une « muraille de Chine » entre Salto et ses mères (E3), l'engagement impose la dissociation des structures informatiques, des locaux et des services juridique, comptable et financier.

- Concernant les informations accessibles aux représentants des mères (E4), elles sont limitées à celles dont la communication est strictement nécessaire à l'adoption des décisions listées dans le pacte d'associés de Salto.

7.3.3. La société Free se focalise sur l'identité de trois responsables de Salto : M. Gilles Pélisson, président du conseil de surveillance, est l'ancien PDG de TF1 ; Mme Danielle Attias, secrétaire générale, était la directrice de la V&D par abonnement du groupe France Télévisions ; M. Thomas Follin, directeur opérationnel, était membre du comité exécutif du groupe M6 et y dirigeait l'activité de distribution. Elle souligne que ces dirigeants avaient par leur expérience antérieure immédiate une connaissance directe des pratiques de négociation de leurs mères en termes d'acquisition de droits et de distribution, et connaissaient en particulier les conditions appliquées avec Free.

Selon Free, des gardes-fous tels que les clauses de confidentialité et la présence du mandataire aux réunions du conseil de surveillance n'empêcherait pas la circulation informelle des informations. Concernant les collaborateurs, elle souligne que le mandataire n'est pas mis en mesure de contrôler les recrutements. La société Molotov abonde dans le même sens et critique en outre le fait qu'aucune règle n'empêche le recrutement de personnels venant directement des fonctions acquisition ou distribution des mères.

Plusieurs de ces critiques ne nous paraissent pas fondées. Même si les engagements ne prévoient pas de mécanisme spécifique de contrôle concernant les collaborateurs, il est prévu au §10.4 que le mandataire a accès à tous les documents nécessaires à sa mission. La présence du mandataire aux réunions du conseil de surveillance et la signature de clauses de confidentialité énonçant clairement l'engagement de la responsabilité personnelle du signataire présentent un réel caractère dissuasif.

Nous percevons toutefois plusieurs limites objectives du dispositif mis en place :

- Comme le soulignent les défenseurs, la question de savoir si la nomination de MM. Pélisson et Follin et de Mme Attias respecte les engagements ne relève pas de votre office de juge de l'autorisation. Mais l'identité de ces dirigeants met plutôt en lumière les limites de ces derniers : rien n'interdit de nommer à des fonctions stratégiques de Salto des personnes ayant exercé immédiatement avant leur désignation des responsabilités importantes dans le

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

périmètre couvert par les risques de coordination. En outre, les clauses de confidentialité que signent les représentants des mères les empêchent de transmettre à ces dernières les informations auxquelles ils accèdent de par leurs fonctions à Salto, mais ne les empêchent pas de faire bénéficier Salto des informations stratégiques et, au moins dans un premier temps, fraîches, dont ils disposent sur la politique de leurs mères.

- On peut en conséquence s'interroger sur l'absence de délai de viduité entre l'exercice de fonction de négociation au sein des mères sur l'acquisition des droits ou la distribution et la désignation comme représentant dans les organes de gouvernance au sein de Salto. Un tel délai de viduité pourrait également jouer à l'issue de la cessation des fonctions au sein de Salto.

- Quant aux collaborateurs de Salto, s'ils ne peuvent utiliser les informations obtenues dans le cadre de leurs fonctions au sein des mères, la question de la mise en place d'un délai de viduité avant leur recrutement par Salto et après leur départ peut également se poser.

Au total, les engagements nous paraissent trop focalisés sur le cumul simultané de fonctions au sein des mères et de Salto et ne pas avoir prêté suffisamment d'attention au problème des « portes tournantes » entre Salto et ses mères. A titre de comparaison, le code de l'énergie, lorsqu'il vise à écarter tout conflit d'intérêt entre les gestionnaires de réseaux de transport et de distributions et leurs mères au sein de groupes verticalement intégrés, impose des délais de viduité aux dirigeants à l'issue de leurs fonctions (cf. par exemple l'article L. 111-31 du code de l'énergie).

En défense, la société TF1 soutient qu'il n'existerait pas en réalité de risque de coordination et que l'Autorité de la concurrence n'aurait approuvé ces engagements que par prudence. Toutefois, compte tenu de la part de marché cumulée des mères sur l'acquisition des contenus EOF (dépassant 40 % et atteignant plus de 90 % pour les films EOF récents) et sur les chaînes de la TNT en clair (70 % de l'audience) et de l'absence de concurrent puissant sur ces segments, notamment les grandes plateformes de VàD qui sont peu présentes sur les contenus EOF, l'existence d'un risque nous paraît devoir être confirmée.

Vous jugerez donc que l'Autorité a commis une erreur d'appréciation en jugeant que les engagements E1 à E4 étaient suffisants pour prévenir les risques de coordination.

7.4. Viennent ensuite les engagements relatifs à l'acquisition de films et de contenus audiovisuels EOF.

7.4.1. L'Autorité a identifié plusieurs risques de concurrence à cet égard, qui tiennent tous deux aux avantages dont pourrait bénéficier Salto en raison de la puissance cumulée des mères sur ce marché : d'une part, un risque de verrouillage de l'accès des plateformes concurrentes de Salto aux droits de diffusion non linéaires de ces contenus ; d'autre part, un risque de couplage des acquisitions de droits linéaires et non linéaires, les mères faisant levier de leur pouvoir de marché sur la diffusion linéaire pour imposer aux ayants droit de leur céder les droits de diffusion non linéaire à des conditions dégradées, dans le but d'en faire bénéficier Salto.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

En conséquence, l'Autorité a approuvé une liste complexe d'engagements visant à encadrer l'exercice de ce pouvoir de marché :

- Salto ne pourra acquérir auprès de ses mères plus de 40 % des œuvres audiovisuelles EOF qu'elle proposera (E7) et acquérir en exclusivité auprès de ses mères plus de 25 % des films EOF, qui ne devront pas non plus représenter plus de 25 % de ses dépenses de films EOF (E8) ;
- Des restrictions sont également prévues pour limiter la capacité de Salto à bénéficier de clauses contractuelles entre ses mères et les producteurs, à savoir la levée en sa faveur de clauses d'exclusivité (dites « clauses de holdback ») et l'exercice de droits de priorité ou de préemption à l'expiration des droits de ses mères (E9 ou E10) ;
- Enfin, concernant différents types de contenus EOF (œuvres audiovisuelles patrimoniales²⁸, œuvres cinématographiques et programmes de flux) les engagements E5 et E6 interdisent aux mères d'acquérir des droits non linéaires sans achat concomitant de droits linéaires ou au-delà de leur durée et leur imposent de signer des contrats séparés pour les droits linéaires et non linéaires.

7.4.2. La critique de ces engagements, qui ne figure que dans le premier mémoire en réplique, est peu développée. La société Free se borne pour l'essentiel à faire un parallèle avec votre décision sur l'affaire « Canal Plus II », mais il s'agit d'une opération différente dont aucune conséquence directe ne peut être tirée pour le présent litige, et à affirmer que les plafonds quantitatifs chiffrés définis dans les engagements sont insuffisamment restrictifs, sans étayer cette position. L'Autorité a recherché un équilibre : elle a veillé à éviter un assèchement des contenus EOF disponibles pour des plateformes de VàD concurrentes, tout en permettant néanmoins à Salto de développer une offre attractive sur ce secteur de la VàD où elle est en compétition avec des acteurs puissants.

7.5. Une dernière critique est à peine esquissée, dans le dernier mémoire en réplique, concernant l'engagement E15 relatif à l'interdiction de la promotion croisée de Salto sur les chaînes de la TNT en clair des trois groupes. La requête se borne à soutenir que cet engagement n'est pas respecté, question qui est sans incidence dans le contentieux de la légalité de l'autorisation.

8. Conséquences sur la décision attaquée

Si vous nous avez suivi, il vous restera à déterminer les conséquences de l'erreur d'appréciation de l'Autorité concernant le groupe d'engagements relatif à la prévention des risques de coordination. Selon la décision *Primagaz* précitée du 6 juillet 2016, le juge de l'excès de pouvoir ne doit annuler la décision que partiellement s'il résulte de l'instruction que le réexamen auquel l'Autorité devra procéder sur le point entaché d'erreur d'appréciation

²⁸ Les œuvres patrimoniales, englobent les fictions, les documentaires de création (y compris ceux qui sont insérés au sein d'une émission autre qu'un journal télévisé ou une émission de divertissement), les animations, les captations et créations de spectacles vivants et les clips vidéo.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

n'est pas susceptible de remettre en cause le principe de l'autorisation²⁹. En l'espèce, il n'est pas envisageable d'autoriser l'opération si les risques de coordination ne peuvent être prévenus, puisque cela pourrait conduire à la création d'une position dominante collective sur les marchés d'acquisition des contenus EOF et de la distribution des chaînes de la TNT en clair. Toutefois, il nous paraît possible, sans porter atteinte à la viabilité de Salto, d'apporter des garanties complémentaires tenant notamment aux délais devant précéder l'entrée en fonction des dirigeants et collaborateurs ayant une expérience antérieure sur les fonctions critiques au sein des mères et devant suivre la cessation de leurs fonctions.

Vous annulerez donc la décision en tant seulement qu'elle ne comporte pas d'engagements suffisants pour prévenir les risques de coordination qu'elle a identifiés. Cette décision a nécessairement pour conséquence que des engagements complémentaires soient soumis à l'Autorité ou, à défaut, que celle-ci subordonne son autorisation au prononcé d'injonctions, après avoir engagé la procédure d'examen approfondi.

PCMNC :

- à ce que vous admettiez l'intervention de la société Molotov ;
- à ce que la décision de l'Autorité de la concurrence soit annulée dans la mesure que nous venons d'indiquer ;
- au rejet du surplus de la requête ;
- au rejet des conclusions présentées par les parties au titre de l'article L. 761-1 du CJA.

²⁹ Cf. aussi CE, Ass., 23 décembre 2013, *Société Métropole Télévision*, n° 363978, Rec., sur l'annulation partielle d'une décision d'agrément du CSA.