

N°s 458272 et 459347
Société Free et société Iliad

3^{ème} et 8^{ème} chambres réunies

Séance du 11 février 2022
Décision du 1^{er} mars 2022

CONCLUSIONS

M. Laurent CYTERMANN, Rapporteur public

C'est par un communiqué de presse du 16 mai 2021 que les sociétés TF1, M6, Bouygues et RTL Group ont annoncé entrer en négociations exclusives pour la fusion des activités de TF1 et M6. Cette opération qui unirait les deux groupes les plus importants de la télévision française, en dehors de l'audiovisuel public, suscite de nombreuses réactions et interrogations, parmi les acteurs économiques des marchés concernés et les responsables politiques ; le Sénat a ainsi constitué le 24 novembre 2021 une commission d'enquête sur la concentration des médias, dont les auditions sont en cours.

L'opération est soumise à autorisation dans le cadre du contrôle de concentrations et l'Autorité de régulation des communications (ARCOM, qui a succédé au Conseil supérieur de l'audiovisuel) est également appelée à lui donner son agrément au titre de la modification du capital social des titulaires d'autorisation d'utilisation des fréquences hertziennes. Les dirigeants de l'Autorité de la concurrence et de l'ARCOM ont indiqué que les décisions de ces autorités interviendraient au cours de l'automne 2022¹. L'opération n'a pas encore été notifiée à l'Autorité de la concurrence, cette formalité déclenchant le décompte des délais légaux de décision prévus par les articles L. 430-5 et L. 430-7 du code de commerce et limités au total à 90 jours. Elle n'est examinée à ce stade par l'Autorité que dans le cadre de la « pré-notification », notion sur laquelle nous reviendrons.

C'est à ce stade encore préliminaire que les sociétés Free et Iliad, qui interviennent notamment sur les marchés de la distribution de services audiovisuels et de la publicité en tant qu'annonceurs, ont pourtant choisi de vous saisir. Elles ont d'abord demandé au juge du référé-mesures d'enjoindre à l'Autorité de lui communiquer la décision par laquelle celle-ci aurait admis sa compétence pour instruire le projet de concentration, ce qui a été refusé au motif que les sociétés étaient en mesure de présenter un recours (JRCE, 5 novembre 2021,

¹ Cf. E. Combe, « M6-TF1 : Les principes de l'Autorité de la concurrence », Les Echos, 25 octobre 2021 ; audition de R.-O. Maistre par la commission d'enquête du Sénat, 7 décembre 2021.

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° 457924, Inéd.). Elles vous demandent aujourd'hui d'annuler la décision de l'Autorité de procéder à l'instruction de cette affaire, décision révélée par l'envoi de questionnaires de tests de marché aux distributeurs et aux annonceurs. Ces recours en annulation ont été assortis d'un référé-suspension, qui a été également rejeté par ordonnance de tri, au motif que les mesures en litige présentaient un caractère préparatoire (JRCE, 12 novembre 2021, n° 458273, Inéd.). Les sociétés Free et Iliad ont présenté une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) par un mémoire distinct, dirigée contre les L. 450-8 et L. 464-2-V du code de commerce. Nous nous bornerons aujourd'hui à examiner ces QPC.

1. Vous pourrez joindre les deux mémoires, présentés conjointement par les sociétés Free et Iliad, qui soulèvent la même QPC contre les mêmes dispositions législatives.

2. Comme votre juge des référés, nous pensons que la décision attaquée est en réalité une simple mesure préparatoire insusceptible de recours pour excès de pouvoir. Si vous nous suivez, ceci constituera un motif de non-renvoi de la QPC, sans qu'il soit nécessaire de l'examiner (CE, 28 septembre 2011, *Société Alsass et autres*, n° 349820, Tab.). Certes, le Conseil d'Etat peut aussi se prononcer sur la QPC sans statuer au préalable sur la recevabilité de la requête (CE, 21 novembre 2014, *Société Mutuelle des Transports Assurances*, n° 384353, Tab.), mais comme le montrent le fichage de cette décision et les conclusions de Frédéric Aladjidi, cette faculté est destinée à permettre le respect du délai de trois mois prescrit pour l'examen des QPC dans l'hypothèse où la recevabilité ferait l'objet d'une difficulté sérieuse. En l'espèce, l'irrecevabilité nous paraît suffisamment manifeste pour que vous puissiez l'opposer dès à présent.

2.1. Quelques indications doivent vous être données sur la phase de pré-notification, qui n'est prévue par aucun texte législatif ou réglementaire et qui résulte seulement de la pratique administrative de l'Autorité, codifiée par ses lignes directrices relatives au contrôle des concentrations. Cette phase, qui est facultative, est « *déclenchée à l'initiative des entreprises qui souhaiteraient présenter leur projet de concentration au service des concentrations, en particulier lorsque des incertitudes pèsent sur la contrôlabilité de l'opération ou pour anticiper des discussions sur des délimitations de marché ou une analyse concurrentielle complexe* » (§191 des lignes directrices²). Elle permet aux parties notifiantes de s'assurer de la complétude de leur dossier avant la notification formelle et à l'Autorité de progresser dans l'analyse des effets concurrentiels de l'opération, avant que les délais rigoureux prescrits par les L. 430-5 et L. 430-7 (25 jours pour la phase 1 à compter de la notification et 65 jours pour la phase d'examen approfondi à compter de son ouverture) ne s'imposent à elle.

L'Autorité travaille durant la phase de pré-notification sur la base d'une « *présentation détaillée de l'opération* » adressée par la partie notifiante (§194). Des réunions de travail peuvent être organisées avec le service des concentrations et le service économique (§199). Selon le §200 des lignes directrices, « *l'ensemble de la phase de pré-notification est strictement confidentiel : elle ne donne lieu ni à publicité sur le site Internet de l'Autorité, ni à*

² Version révisée au 3 juillet 2020.

des contacts avec des tiers ». Cependant, l’Autorité peut procéder à un test de marché « *sous réserve de l’accord préalable écrit de la partie notifiante* » (§200).

Les tests de marché s’inscrivent dans l’usage par l’Autorité de ses pouvoirs d’enquête, l’article L. 450-1 du code de commerce prévoyant que « *les agents des services d’instruction de l’Autorité de la concurrence habilités à cet effet par le rapporteur général peuvent procéder à toute enquête nécessaire à l’application des dispositions des titres II et III du présent livre* », le titre III étant celui relatif à l’examen des concentrations. Le V de l’article L. 464-2 prévoit que l’Autorité peut prononcer une injonction assortie d’une astreinte à défaut de réponse à une demande de renseignements dans le délai prescrit, ainsi qu’une sanction pécuniaire d’un montant maximal de 1 % du chiffre d’affaires en cas d’obstruction à l’investigation. L’article L. 450-8 prévoyait également une sanction pénale en cas d’obstruction mais le Conseil constitutionnel a jugé que ce cumul de sanctions était contraire au principe de nécessité des délits et des peines (décision n° 2021-892 QPC du 26 mars 2021) ; depuis une ordonnance du 26 mai 2021³, l’article L. 450-8 ne sanctionne donc plus que l’obstruction aux agents du ministère de l’économie.

2.2. En l’espèce, les parties à l’opération lui avaient elles-mêmes donné un caractère public et l’Autorité a pu procéder à des tests de marché, deux questionnaires détaillés ayant notamment été adressés le 29 septembre 2021 aux distributeurs de contenus audiovisuels et le 23 novembre 2021 aux annonceurs. Ces questionnaires indiquaient une date limite de réponse et comportaient la mention : « nous vous rappelons que vous êtes, en vertu de l’article L. 450-8 du code de commerce et du V de l’article L. 464-2, dans l’obligation de répondre au présent questionnaire ».

Les sociétés vous demandent d’annuler la décision de l’Autorité d’instruire l’opération de concentration, révélée par l’envoi de ces tests de marché. Il est exact que ces questionnaires se présentent sans ambiguïté comme contribuant à l’examen de l’opération de concentration, « soumise à l’autorisation de l’Autorité de la concurrence », et comportent en entête un numéro de dossier « Affaire n° 21-04 Bouygues / Métropole Télévision ». Le litige relève de la compétence de la juridiction administrative, qui est le juge de droit commun des décisions de l’Autorité en dehors des contentieux expressément attribués à la juridiction judiciaire par le législateur (CE, 7 novembre 2005, *Compagnie générale des eaux*, n° 271982, Rec.) et le Conseil d’Etat est compétent en premier et dernier ressort, l’Autorité intervenant dans le cadre de sa mission de régulation (article R. 311-1-4° du CJA).

La décision d’instruire l’opération dans le cadre de la phase de pré-notification doit en revanche être analysée comme une simple mesure préparatoire. Elle ne préjuge en rien de la décision que prendra l’Autorité à l’issue de l’instruction. Elle n’emporte aucun effet de droit, ni pour les parties à l’opération, ni pour les tiers. Se situant en amont de la notification

³ Ordonnance n° 2021-649 du 26 mai 2021 relative à la transposition de la directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur.

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.

formelle, elle ne déclenche même pas l'application des délais légaux à l'issue desquels l'opération est réputée acceptée. L'Autorité procède seulement à des diligences d'examen, destinées à lui permettre de prendre sa décision de manière éclairée, notamment sur la délimitation des marchés pertinents qui, de manière notoire, est l'un des points critiques de la décision à intervenir.

Vous avez déjà refusé à plusieurs reprises de reconnaître le caractère de décisions faisant grief à des mesures relatives à l'ouverture d'une procédure décisionnelle par une administration ou à l'exercice de ses pouvoirs d'enquête ou d'instruction : lancement d'un appel à candidature pour l'attribution de fréquences de télévision (CE, Ass., 21 octobre 1988, *SA TFI c/ CNCL*, n° 91912, Rec.) ; décision du CSA d'engager une procédure de sanction en demandant au vice-président du Conseil d'Etat de désigner un rapporteur (CE, 15 janvier 1997, *Association Radio Sud-Vendée Pictons*, n° 177989, Tab.) ; saisine pour avis du Conseil de la concurrence par le ministre chargé de l'économie, lorsque le contrôle des concentrations relevait encore de la compétence du ministre (CE, 9 juillet 2003, *SOGEBRA*, n° 248828, Rec.) ; saisine du ministre de l'économie par le Conseil de la concurrence afin qu'il mette en œuvre les pouvoirs prévus par l'article L. 430-9 du code de commerce en cas d'exploitation abusive d'une position dominante (décision *Compagnie générale des eaux* précitée). Les précédents invoqués par les requérantes dans leur mémoire en réplique ne sont pas pertinents : ils portent soit sur le cas très particulier du lancement d'un appel à des candidatures dans des conditions faisant suite à une première annulation par le Conseil d'Etat (JRCE, 5 février 2010, *Association Radio Horizon*, n° 335074, Inéd.), soit sur la définition des conditions de renouvellement d'autorisations d'utilisations de fréquences, dont le caractère décisif n'était pas douteux (CE, 27 avril 2009, *Société Bouygues Télécom*, Tab.).

Votre jurisprudence présente un caractère asymétrique, certaines décisions de refus de mettre en œuvre un pouvoir de sanction ou d'enquête étant susceptibles de recours (CE, Sect., 30 novembre 2007, *T... et autres*, n° 293952, Rec. ; 5 décembre 2011, *L...*, n° 319545, Rec.), puisqu'elles ferment la porte à l'adoption d'une décision ultérieure⁴. Mais tel n'est pas le cas de la mesure contestée qui ouvre au contraire l'instruction.

Dans son mémoire en défense contre la QPC, l'Autorité de la concurrence semble lire la requête comme dirigée contre les questionnaires eux-mêmes, en ce qu'ils imposent aux sociétés de répondre dans un certain délai. A supposer que les écritures des requérantes puissent être lues ainsi, il est déjà jugé que de telles demandes sont insusceptibles de recours (CE, 6 mars 2015, *Société Brenntag*, n° 381711, Rec. ; décision n° 2016-552 QPC du 8 juillet 2016) et ne peuvent être critiquées que dans le cadre du recours contre les éventuelles sanctions ou astreintes subséquentes, dont le contentieux relève de la cour d'appel de Paris en application de l'article L. 464-8 du code de commerce.

⁴ Cette ligne n'est toutefois pas systématiquement suivie, la décision du CSA de ne pas avoir recours à ses pouvoirs d'enquête étant insusceptible de recours (CE, 6 mai 2021, *Syndicat des radios indépendantes*, n° 435540, 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.

2.3. La seule hésitation que l'on peut avoir tient à l'intérêt éventuel qu'il y aurait à se prononcer en amont sur la compétence de l'Autorité de la concurrence pour examiner l'opération. Les sociétés requérantes soutiennent que l'opération entraîne un contrôle conjoint de Bouygues et RTL Group sur la nouvelle entité, conduisant à examiner le respect des seuils de définition d'une concentration communautaire (cf. l'article 1^{er} du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises) au niveau de ces deux entreprises, alors que l'Autorité l'analyse comme une prise de contrôle exclusif par Bouygues, qui réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires en France.

Toutefois, l'Autorité fait montre d'une grande assurance sur le sujet, puisqu'elle a affirmé avec constance que l'opération relevait de sa compétence directe, sans qu'il y ait besoin que l'affaire ne lui soit renvoyée par la Commission dans le cadre de l'article 4.4 du règlement, comme cela avait été le cas pour la création de l'entreprise commune Salto. Auditionnée par la commission d'enquête sénatoriale, l'ancienne présidente de l'Autorité a indiqué que « des échanges approfondis pour vérifier que l'autorité nationale était bien compétente » ont eu lieu avec la Commission européenne⁵. En tout état de cause, nous voyons mal comment vous pourriez contrôler cette appréciation au stade de la pré-notification, puisque les caractéristiques de l'opération ne seront cristallisées que par sa notification formelle. Cette question de compétence relèvera donc, classiquement, d'un éventuel contentieux contre la décision de l'Autorité sur l'autorisation.

3. Si vous ne nous suiviez pas concernant la recevabilité, vous ne pourriez cependant renvoyer la QPC au Conseil constitutionnel car les dispositions critiquées ne sont pas applicables au litige. Comme nous l'avons indiqué, l'article L. 450-8 du code de commerce, qui n'est sans doute mentionné sur les tests de marché qu'en raison d'un défaut d'ajustement des formulaires antérieurs, n'est plus applicable depuis l'ordonnance du 26 mai 2021 aux enquêtes effectuées par les services d'instruction de l'Autorité. Quant à l'article L. 464-2-V, il est sans lien avec la décision de l'Autorité de procéder à l'instruction de l'opération. C'est seulement dans le cadre d'un éventuel contentieux ultérieur contre les sanctions ou astreintes prononcées par l'Autorité en application de l'article L. 464-2-V qu'une telle QPC pourrait utilement être soulevée.

PCMNC à ce qu'il n'y ait pas lieu de renvoyer cette QPC au Conseil constitutionnel.

⁵ Audition du 15 décembre 2021.