

**CONSEIL D'ÉTAT – SECTION CONTENTIEUX, 23 DECEMBRE 2013, SOCIÉTÉ MÉTROPOLE TÉLÉVISION –
SOCIÉTÉ TÉLÉVISION FRANÇAISE 1**

MOTS CLEFS : concurrence – Autorité de la concurrence – Audiovisuel – rachat – groupement – vice de procédure – engagements – Conseil d'État – non-rétroactivité

Lors d'une opération de groupement de chaînes audiovisuelles ; l'Autorité de la concurrence doit opérer un contrôle strict des engagements pris, notamment lors de la phase 2 de la procédure d'autorisation ; dans le but d'assurer une concurrence suffisamment effective entre les différentes sociétés navigant dans ce marché économique. L'autorisation doit répondre à un formalisme et une procédure stricte dont le manquement peut entraîner la nullité de l'autorisation délivrée.

FAITS : Suite à des accords conclus le 1^{er} décembre 2011, le groupe Bolloré a vendu au groupe Vivendi, 60% du capital des chaînes de télévision Direct 8 et Direct star, ainsi que 100% du capital Direct Production, Direct Digital et Bolloré Intermédia. Cette opération devait être autorisée par l'Autorité de la concurrence. Suite à la Phase I de la procédure d'autorisation, l'autorité a demandé aux parties de prendre des engagements pour limiter les effets anticoncurrentiels de l'opération. Différents projets ont été apportés à l'autorité durant la phase 2 de la procédure. L'Autorité réunie collégalement, a refusé les deux premières notifications. Elle autorise finalement le 23 juillet l'opération sans que la forme collégiale puisse être formée.

PROCEDURE : Les Sociétés M6 et TF1 vont saisir le Conseil d'État afin de demander l'annulation de l'autorisation délivrée par l'autorité de la concurrence. Selon les demanderesse, les règles de procédure n'étaient pas respectées et que les engagements pris n'étaient pas suffisants pour assurer une concurrence effective dans le marché de l'audiovisuel.

PROBLEME DE DROIT : Les engagements retenus par l'autorité de la concurrence garantissent-ils, dans le fond et la forme, une concurrence suffisamment effective dans le marché audiovisuel ?

SOLUTION : Le Conseil d'État, dans son arrêt du 23 décembre 2013, annule l'autorisation délivrée par l'autorité de la concurrence, pour un défaut de procédure en ce qu'elle n'a pas été délibérée sous forme collégiale obligatoire pour une telle opération. Le Conseil reconnaît, sur le fond, que les engagements pris en matière d'achat groupé d'œuvres françaises ne sont pas suffisants pour garantir une concurrence suffisamment effective dans le secteur. La décision n'est cependant pas rétroactive et le Conseil d'État enjoint l'autorité de contrôler à nouveau l'opération de concentration et demande aux parties d'apporter de nouveaux engagements pour assurer une concurrence effective dans le secteur audiovisuel.

SOURCES :

Anonyme : « JURISPRUDENCE CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS », Lettre d'information du CREDA sur l'actualité du droit de la concurrence, n°2013-131, publié le 23 décembre 2013, consulté le 30 janvier 2013. <http://creda-concurrence.cci-paris-idf.fr/sites/creda-concurrence.cci-paris-idf.fr/files/upload/newsletters/creda-concurrence-2013-131-22h24.html>



NOTE :**La reconnaissance d'un vice de procédure**

La solution du Conseil d'État est relativement intéressante dans sa portée et ses conséquences. La haute juridiction aurait pu, en effet, se borner à annuler l'autorisation de l'Autorité de la concurrence en retenant un vice de procédure concernant la prise de décision sous forme collégiale. En effet, l'étude des engagements présentés en phase 2 de la procédure de notification à l'autorité, est subordonnée à un contrôle sous forme collégiale. Quand bien même que les engagements proposés en dernier lieu, par le groupe Canal+, correspondent aux exigences de l'Autorité de la concurrence, il était nécessaire que cette autorisation soit validée par le collège en place lors des phases précédentes. Les juges vont ainsi adopter une solution contraire à un précédent semblable dans les faits. Le Conseil avait en effet écarté ce défaut de procédure dans l'autorisation de rachat de TPS par Canal+ (Société Groupe Canal+ e.a. 21 décembre 2012 n°362347 et 363703).

Des engagements trop souples pour limiter les effets anticoncurrentiels

Le Conseil d'État a également donné son avis quant aux engagements pris, en l'espèce, afin d'assurer une concurrence suffisamment effective dans le marché de l'audiovisuel. Il s'agit sans nul doute d'une volonté propre des juges d'orienter, pour l'avenir, les futurs engagements qui devront être apportés par les parties, afin d'assurer une concurrence suffisante entre les différents groupes audiovisuels. Et c'est sur l'engagement 2.2, relatif à l'achat couplé des

œuvres françaises que les juges vont reconnaître une insuffisance pour maintenir une concurrence effective. Cet engagement limitait à un maximum de 20 œuvres pouvant être achetées par an pour l'offre payante et en clair, mais uniquement en ce qui concernait la diffusion en première fenêtre. Hors la situation de quasi-monopsonne de Canal +, en matière de préachat de films, offrait un effet de levier avantageux en matière de droit de diffusion en deuxième et troisième fenêtre pour le groupe nouvellement formé. La situation de Canal+ fait naître ainsi une inégalité considérable et anti-concurrentielle en la matière, selon les juges. Une situation qui devrait être remédiée à l'avenir ; et dont le groupe a entendu élargir les effets aux droits de diffusion en deuxième et troisième diffusion dans les nouveaux engagements proposés à l'autorité de la concurrence le 15 janvier 2014.

La non-rétroactivité de la décision nécessaire en l'espèce

En prononçant une annulation pour le futur et excluant le caractère rétroactif de sa décision, les juges vont laisser effective l'opération de groupement, malgré les effets anti-concurrentiels. Les juges souhaitent cependant que les parties mettent en place, avant le 1^{er} juillet 2014, des engagements plus respectueux en matière de concurrence. C'est dans cette logique que les parties ont proposé de nouveaux engagements le 15 janvier. À charge pour l'Autorité de la concurrence d'accepter ou non ces nouveaux derniers.

Matthieu Payet

Master 2 Droit des médias et des télécommunications
AIX-MARSEILLE UNIVERSITE, LID2MS-IREDIC 2014



ARRET :

Conseil d'Etat, Contentieux, 23 décembre 2013, Nos 363702 et 363719

(...) Sur la légalité externe (...):

Considérant, (...), qu'il résulte des dispositions combinées des articles L. 430-7, L. 461-1 et L. 461-3 du code de commerce que les décisions prévues à l'article L. 430-7 doivent être adoptées par l'Autorité de la concurrence siégeant soit en formation plénière, soit en sections, soit en commission permanente, mais ne peuvent être adoptées, contrairement aux décisions relatives à des concentrations ne faisant pas l'objet d'un examen approfondi, par le seul président ou un vice-président désigné par lui ; (...)

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier, (...), que, d'une part, le président de l'Autorité de la concurrence et quatre des membres de la section qui avaient participé au délibéré du 2 juillet 2012 ont débattu collégalement de la teneur des engagements présentés le 18 juillet 2012 ; que, (...), tous les membres de l'Autorité de la concurrence ayant participé au délibéré du 2 juillet 2012 ont été informés de la teneur ou du détail des engagements présentés le 20 juillet 2012 et ont estimé que ces engagements correspondaient à la position qu'ils avaient arrêtée collégalement; (...). Considérant, toutefois, (...), que la formation de l'Autorité de la concurrence ayant délibéré le 2 juillet 2012 n'a pas délibéré collégalement sur la version des engagements présentée le 20 juillet 2012, qui se trouve pourtant intégrée dans sa décision du 23 juillet 2012, (...) qu'ainsi la décision attaquée a été adoptée de manière irrégulière ;

Sur la légalité interne (...):

Considérant que, lorsque lui est notifiée une opération de concentration dont la réalisation est soumise à son autorisation, il incombe à l'Autorité de la concurrence d'user des pouvoirs d'interdiction,

d'injonction, de prescription ou de subordination de son autorisation à la réalisation effective d'engagements pris devant elle par les parties, (...), à proportion de ce qu'exige le maintien d'une concurrence suffisante sur les marchés affectés par l'opération ; (...), il appartient toutefois à l'Autorité de la concurrence de n'accepter des engagements 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 ;

Considérant que, pour prévenir un effet anticoncurrentiel congloméral consistant dans le verrouillage du marché des droits de diffusion en clair de films français récents, les parties se sont notamment engagées, (...), à ne pas acquérir, au cours d'une même année, les droits de diffusion en télévision payante et en clair d'un même film français récent inédit en clair pour plus de vingt films ; (...), elles se sont engagées, (...);

Considérant (...), que les détenteurs de droits français vendent, au stade du préfinancement des films, (...), les droits permettant la diffusion exclusive de ces films pour la deuxième et la troisième fois en clair durant des fenêtres de diffusion définies contractuellement ; (...) que la société TF1 soutient qu'à l'issue de l'opération et en dépit des engagements souscrits par les parties, la société Groupe Canal Plus pourra s'appuyer sur sa position de quasi-monopsonne sur les marchés de droits de diffusion de films français en télévision payante pour conquérir une position dominante sur les marchés de droits de diffusion de films français en deuxième et troisième fenêtre en clair, grâce à un effet de levier ; (...), que la société Groupe Canal Plus sera incitée à mettre en œuvre un tel effet de levier, (...), que la mise en œuvre d'un tel effet de levier aurait pour effet d'ériger de fortes barrières à l'entrée sur les marchés



de droits de diffusion de films français en deuxième et troisième fenêtres en clair ; que, par suite, cet effet de levier aurait des conséquences significatives sur la concurrence ; (...), que l'Autorité de la concurrence a commis une erreur d'appréciation en estimant que l'engagement 2.2 était de nature à prévenir les effets anticoncurrentiels de l'opération liés au verrouillage des marchés de droits de films français en deuxième et troisième fenêtres en clair ; (...)

Sur les conséquences de l'illégalité de la décision attaquée :

Considérant que l'annulation d'un acte administratif implique en principe que cet acte est réputé n'être jamais intervenu ; que, toutefois, s'il apparaît que cet effet rétroactif de l'annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur, que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets, il appartient au juge administratif (...) de prendre en considération, (...) , les conséquences de la rétroactivité de l'annulation pour les divers intérêts publics ou privés en présence et, (...), les inconvénients que présenterait, au regard du principe de légalité et du droit des justiciables à un recours effectif, une limitation dans le temps des effets de l'annulation ; qu'il lui revient d'apprécier, en rapprochant ces éléments, s'ils peuvent justifier qu'il soit dérogé au principe de l'effet rétroactif des annulations contentieuses et, dans l'affirmative, de prévoir dans sa décision d'annulation, ou, lorsqu'il a décidé de surseoir à statuer sur cette question, dans sa décision relative aux effets de cette annulation, que, sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de sa décision prononçant l'annulation contre les actes pris sur le fondement de l'acte en cause, tout ou partie des effets de cet acte antérieurs à son annulation devront être regardés comme définitifs ou même, le

cas échéant, que l'annulation ne prendra effet qu'à une date ultérieure qu'il détermine ;

Considérant, (...), que l'annulation prononcée par la présente décision a nécessairement pour conséquence que l'Autorité de la concurrence est tenue, (...), de réexaminer la concentration litigieuse et d'user, le cas échéant, de ses pouvoirs d'interdiction, d'injonction, de prescription ou de subordination de son autorisation à la réalisation effective d'engagements pris devant elle par les parties dans la mesure nécessaire au maintien d'une concurrence suffisante ; que l'annulation immédiate de cette décision aurait ainsi pour effet, sans remettre en cause, par elle-même, la réalisation de l'opération de concentration, d'ôter toute valeur contraignante aux engagements pris par les parties et contenus dans la décision d'autorisation ; (...) Considérant, dès lors, que compte tenu des effets excessifs pour l'ordre public économique d'une annulation immédiate de la décision attaquée, et au regard de l'intérêt général qui s'attache à la préservation d'une concurrence suffisante, il y a lieu, (...), de différer l'annulation de la décision de l'Autorité de la concurrence jusqu'au 1er juillet 2014 ;

Considérant, (...), que l'annulation rétroactive de la décision attaquée, (...), aurait, (...), des conséquences manifestement excessives ; que, dans ces conditions, (...), il y a lieu de limiter dans le temps les effets de l'annulation et de prévoir que, sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de la présente décision contre les actes pris sur son fondement, les effets de la décision attaquée antérieurement à son annulation doivent être regardés comme définitifs ;(...)

Article 1er : La décision n° 12-DCC-101 du 23 juillet 2012 de l'Autorité de la concurrence est annulée. Cette annulation prendra effet le 1er juillet 2014. (...)

