

Le Conseil d'Etat rappelle à l'ordre l'Autorité de la concurrence

Description

Décidément, les sociétés Groupe Canal+ et Vivendi éprouvent les pires difficultés avec leurs opérations de concentration : une première décision d'autorisation a été retirée à Canal+¹ par l'Autorité de la concurrence pour cause de non-respect de certains engagements parmi les plus importants. Une seconde décision de l'Autorité de la concurrence a été annulée par le Conseil d'Etat car l'Autorité ne s'est pas conformée à la procédure et l'un des engagements était insuffisant pour résoudre un problème de concurrence².

Le Conseil d'Etat a rendu le 23 décembre 2013 un arrêt relatif à l'opération de concentration Vivendi/Bolloré du 23 juillet 2012³, par laquelle Canal+ et Vivendi ont, notamment, fait l'acquisition des deux chaînes gratuites de la TNT de la société Bolloré (voir *REM* n°24, p.69). Par cette opération de concentration, Canal+, leader sur le marché de la télévision payante dans lequel il détient plus de 80 % de la valeur, a pénétré le marché de la télévision gratuite. Les chaînes TF1 et M6 se sont montrées inquiètes de son arrivée en raison de la puissance économique de Canal+ sur les différents marchés constitutifs de la télévision payante dont elle pourrait, notamment, user pour acquérir les droits de diffusion en mode gratuit.

L'Autorité de la concurrence ayant considéré dans sa décision de concentration du 23 juillet 2012 que l'opération posait des problèmes de concurrence, les acquéreurs ont proposé des engagements. Ces derniers concernaient l'acquisition des droits de diffusion des séries et des films américains, les œuvres d'expression originale française (EOF) et les droits de diffusion d'événements sportifs majeurs. Insatisfaites de la décision, les chaînes TF1 et M6 ont saisi le Conseil d'Etat. Les juges administratifs ont estimé que leurs saisines étaient fondées, car la décision de concentration du 23 juillet 2012 de l'Autorité avait été adoptée irrégulièrement et l'un des engagements était insuffisant. Aussi l'ont-ils annulée avec effet non-rétroactif puisque leur arrêt prendra effet le 1^{er} juillet 2014.

La question du respect du formalisme par l'Autorité de la concurrence

S'agissant de la légalité externe de la décision, on pourrait, *a priori*, estimer et regretter que le Conseil d'Etat ait fait preuve d'une lecture des plus formelles de l'article L. 430-7 du code de commerce. Ce dernier dispose, notamment, que les engagements proposés par les parties notifiantes au cours de l'examen approfondi d'une opération de concentration doivent être transmis et examinés par l'Autorité, laquelle est seule habilitée à l'autoriser avec ou sans engagements, ou à l'interdire.⁴

Au cas d'espèce, à l'issue de la séance du 2 juillet 2012 au cours de laquelle les parties notifiantes avaient été entendues et avaient présenté leurs engagements, les membres du collège avaient adopté une décision

d'autorisation conditionnée par des engagements. Néanmoins, une demande de compléments d'information avait été adressée à Canal+ et à Vivendi relative à ces engagements. Le 3 juillet 2012, le sens et les principaux éléments de la délibération avaient été communiqués aux notifiants. Les 9, 18 et 20 juillet 2012, les notifiants avaient adressé différentes propositions d'engagement à l'Autorité mais seules les deux premières propositions ont fait l'objet d'une délibération.

L'Autorité de la concurrence a expliqué au Conseil d'Etat que les engagements proposés par les parties notifiantes le 20 juillet 2013 étant identiques à sa position, elle avait estimé qu'elle pouvait faire l'économie d'une nouvelle délibération. En effet, cette dernière aurait été redondante puisque le collège se serait limité à confirmer sa position. Le Conseil d'Etat a contesté l'analyse de l'Autorité. En effet, et là réside le nœud du raisonnement, les juges administratifs ont estimé que les engagements proposés le 20 juillet 2012 par les notifiants étaient différents de la position arrêtée par le collège, de sorte qu'une nouvelle délibération aurait dû avoir lieu. Or, il n'en a rien été. Les membres du collège ont seulement été informés par le président de l'Autorité de leurs contenus : les estimant conformes à la position du collège, ils ont considéré qu'une nouvelle délibération n'était pas nécessaire. Dès lors, en refusant de délibérer une nouvelle fois, le collège et son président se sont mis en infraction avec l'article L 430-7 du code du commerce, lequel dispose que seule l'Autorité est autorisée à prendre une décision, comme l'indique le Conseil d'Etat dans son communiqué, lequel est plus explicite que son arrêt sur cette question : « *Le code de commerce prévoit que les décisions d'autorisation relatives à des opérations de concentration faisant l'objet d'un examen approfondi doivent être adoptées par une formation collégiale et non par le seul président de l'Autorité. Or si le collège de l'Autorité de la concurrence a, le 2 juillet 2012, entendu les parties, délibéré de leurs propositions d'engagement et adopté une première décision sur les effets anticoncurrentiels de l'opération et les mesures correctives à prendre, il ne s'est pas réuni ensuite pour délibérer collégalement des derniers engagements présentés, en fin de procédure, en réponse à cette première décision. Le Conseil d'Etat, constatant que ces derniers engagements sont pourtant intégrés dans la décision finale d'autorisation, en a déduit que le principe de collégialité n'a pas été respecté.* » C'est pourquoi, les juges de la plus haute juridiction administrative ont considéré que la décision d'autorisation a été adoptée de manière irrégulière.

On pourrait estimer que l'arrêt du Conseil d'Etat constitue un revirement de jurisprudence. En effet, dans sa saisine du Conseil d'Etat de la décision de concentration TPS/VU du 21 juillet 2012 de l'Autorité, Canal+ avait invoqué l'irrégularité de la procédure, puisque le collège n'avait pas délibéré sur ses nouveaux engagements. Toutefois, à la lecture de l'arrêt du Conseil d'Etat du 21 décembre 2012 relatif à l'opération de concentration TPS/VU, il apparaît que les faits ne sont pas similaires. Dans la décision TPS/VU du 21 juillet 2012, les membres du collège avaient considéré que les engagements proposés par les notifiants ne remettaient pas en cause sa position. C'est pourquoi ils avaient estimé qu'il n'était pas nécessaire que le collège se réunisse une nouvelle fois. Cette procédure a été jugée régulière par les juges administratifs qui affirmèrent dans l'arrêt « *que dès lors, la circonstance que le collège ne se soit pas réuni à nouveau pour confirmer formellement la décision attaquée n'a pas entaché celle-ci d'irrégularité* ». Ainsi doit-il être conclu que la décision du Conseil d'Etat du 23 décembre 2013 relative à l'opération de concentration Vivendi/Bolloré confirme celle du Conseil d'Etat du 21 décembre 2012 relative à l'opération de

concentration TPS/VU.

Néanmoins, la jurisprudence du Conseil d'Etat doit être critiquée car on serait en droit d'attendre de sa part, et plus particulièrement sur les questions de procédure, qu'il adopte une position de principe. En effet, il apparaît étonnant qu'elle fluctue selon que les engagements proposés sont ou non différents de la position adoptée par l'Autorité et ce, pour au moins deux raisons : la question abordée par le Conseil d'Etat concerne la procédure, dont on peut estimer qu'elle relève des questions de principe ; l'article L. 430-7 du code du commerce est sans ambiguïté, les décisions ne peuvent être prises que par l'Autorité et non par son seul président. Dès lors, et ce même si certains seraient amenés à estimer que la décision du Conseil d'Etat du 23 décembre 2013 risque d'induire des conséquences procédurales nécessitant une réforme législative, l'Autorité n'a, à ce jour, d'autre alternative que de se conformer à la loi. Cette décision doit donc être vue comme un rappel à l'ordre à l'Autorité de concurrence qui se doit d'être respectueuse du principe de collégialité.

L'annulation de l'engagement 2.2 relatif à l'acquisition des droits de diffusion des œuvres d'expression originale française

L'une des préoccupations identifiées par l'Autorité de la concurrence était un risque de verrouillage par Canal+ du marché des droits de diffusion gratuits des films EOF par effet de levier à partir du marché des films français récents et inédits diffusés en mode payant où elle est en situation de quasi-monopole. En effet, il existait une véritable volonté et un intérêt économique pour Canal+, comme la société l'avait reconnu au cours de l'instruction, d'acquérir les droits de diffusion payants et gratuits des films EOF afin de nourrir ses grilles de programmes. Par cette pratique, elle aurait obtenu un continuum éditorial entre ses chaînes payantes et gratuites en exploitant plusieurs fois les œuvres. Elle aurait ainsi, d'une part, rentabilisé ses investissements qui seraient devenus plus compétitifs et, d'autre part, accru l'attrait de ses chaînes gratuites. Dès lors, selon les services d'instruction, Canal+ aurait cherché à préacheter les droits de diffusion payants et gratuits des projets les plus attrayants. En asséchant le marché des droits de diffusion en mode gratuit des œuvres EOF par une pratique conglomérale consistant à lier leur acquisition avec celle des droits de diffusion payants, l'Autorité a conclu qu'il existait un risque que les chaînes gratuites concurrentes ne puissent acquérir les droits de diffusion des films français les plus attrayants. Dès lors, leurs audiences en auraient été affectées, avec des conséquences sur leurs revenus tirés de la vente d'espaces publicitaires aux annonceurs.

Les parties notifiantes ont donc proposé à l'Autorité de limiter à 20 films par an le nombre d'œuvres françaises récentes et inédites dont elles pourront acquérir les droits de diffusion en mode payant et gratuit. Parmi les 20 films, Canal+ ne pourra acquérir plus de 2 films dont le devis sera supérieur à 15 millions d'euros, 3 films dont le devis sera compris entre 10 et 15 millions d'euros, 5 films dont le devis sera compris entre 7 et 10 millions d'euros et enfin, entre 10 à 20 films le nombre d'œuvres dont le devis sera inférieur à 7 millions d'euros. Au-delà de ces 20 films par an, et selon l'engagement 2.6, les sociétés Canal+ et Vivendi se sont engagées à négocier séparément l'acquisition des droits de diffusion en clair et en payant des films français récents. Elles ne pourront pas coupler, subordonner, ou accorder des avantages ou des contreparties

pour obtenir les droits gratuits et payants des films EOF. Pour assurer le respect de cet engagement, les notifiants feront notamment l'acquisition des droits de diffusion payants et gratuits par l'intermédiaire de deux sociétés juridiquement distinctes. Ces dernières ne devront pas échanger d'informations concernant les acquisitions, les stratégies et négociations d'achats, etc.

Les chaînes M6 et TF1 ont estimé que l'engagement de l'Autorité n'était pas suffisant pour lutter contre les risques de verrouillage du marché de l'acquisition des droits de diffusion en mode gratuit des films EOF récents et inédits. En effet, sa rédaction ne couvrirait pas les droits de diffusion de la deuxième et de la troisième fenêtres en clair. Dès lors, Canal+ conserverait toute latitude pour utiliser sa position de quasi-monopole sur le marché de l'acquisition des droits de diffusion en mode payant des films EOF comme levier en vue d'acquiescer les deuxième et troisième fenêtres de diffusion en mode gratuit des films EOF récents et inédits.

Si les juges administratifs n'ont pas souscrit à ce raisonnement, ils ont néanmoins estimé que l'engagement 2.2 était insuffisant. D'une part, le Conseil d'Etat a considéré que l'engagement ne couvre pas les droits de diffusion des deuxième et troisième fenêtres en clair. D'autre part, en raison de la concurrence entre les chaînes gratuites, le pouvoir de négociation des chaînes gratuites ne leur permettra pas d'imposer aux détenteurs de droits de lier l'acquisition des droits de diffusion de la première fenêtre en mode gratuit aux deuxième et troisième fenêtres. Aussi les juges ont conclu que l'engagement 2.2 était insuffisant. Les sociétés TF1 et M6 étaient donc, selon le Conseil d'Etat, légitimes à demander l'annulation de la décision de concentration.

Toutefois, il est intéressant de noter que l'annulation de la décision de l'Autorité de la concurrence par le Conseil d'Etat n'est nullement rétroactive puisqu'elle prendra effet le 1^{er} juillet 2014. L'Autorité aura ainsi le temps d'instruire la notification de concentration qui sera déposée prochainement par Canal+ et Vivendi sans que l'activité économique des chaînes D8 et D17 soit affectée. Les juges administratifs ont estimé qu'une annulation rétroactive au regard des conséquences qu'elle emporterait serait excessive. C'est pourquoi ils ont conclu qu'il devait être dérogé au principe de rétroactivité. On ne peut que saluer la sagesse de la plus haute juridiction administrative.

Néanmoins, des regrets apparaissent à la lecture de cette décision. En effet, les engagements proposés par Canal+ pour résoudre les divers problèmes de concurrence identifiés par l'Autorité n'étaient pour certains d'entre eux pas satisfaisants. Ainsi, s'agissant des divers engagements relatifs à l'acquisition des droits de diffusion gratuits des films EOF récents et inédits, on peut estimer que la constitution de deux entreprises distinctes chargées de l'achat des droits de diffusion en mode gratuit et payant sera d'une efficacité des plus limitées. En effet, il n'offre pas la garantie que les équipes de Canal+ ne s'échangent pas certaines informations relatives à leurs investissements et leurs stratégies futures. Par ailleurs, si formellement l'acquisition des droits gratuits et payants n'est pas liée ou si aucun avantage n'est accordé aux producteurs, il ne saurait être exclu que des négociations aient lieu concomitamment, dans le même lieu, et que deux contrats distincts soient signés dont l'un pourrait être antidaté. Par ailleurs, des promesses d'investissement dans un prochain film pourraient être faites aux producteurs afin de les convaincre de céder les droits

payants et gratuits du film, objet de la négociation. Autant de pratiques qui sont difficiles de mettre au jour pour l'Autorité de la concurrence et le mandataire.

Notes :

1. [Décision de concentration n° 11-D-12 du 20 septembre 2011 relative au respect des engagements figurant dans la décision autorisant l'acquisition de TPS et CanalSatellite par Vivendi Universal et groupe Canal Plus.] – [retour](#)
2. [Décision du Conseil d'Etat société Métropole Télévision (M6) et société Télévision Française 1 (TF1) du 23 décembre 2013, n° 363702, 363719.] – [retour](#)
3. [Décision de concentration de l'Autorité de la concurrence n° 12-DCC- 101 du 23 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Direct 8, Direct Star, Direct Productions, Direct Digital et Bolloré Intermédia par Vivendi et Groupe Canal Plus.] – [retour](#)
4. [Une opération de concentration peut faire l'objet, soit d'un examen normal (Phase I) d'une durée de 25 jours ouvrés, soit d'un examen approfondi (Phase II) si des doutes sérieux d'atteinte à la concurrence subsistent. Dès lors, le délai de traitement sera de 65 jours ouvrés (Art. 430-5-III).] – [retour](#)

Categorie

1. Droit

date créée

6 mai 2014

Auteur

freedeerickamiel