

CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Décision n° 00-D-67 du 13 février 2001 relative à des pratiques constatées dans le secteur de la vente d'espaces publicitaires télévisuels

Le Conseil de la concurrence (formation plénière),

Vu la lettre enregistrée le 24 décembre 1996 sous les numéros F 932 et M 194, par laquelle le Conseil de la concurrence a été saisi par la société Canal +, au titre de l'article 8-1 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986, de la pratique de remises " *de parts de marché* " mise en œuvre par la société TF1 Publicité en 1996 et 1997 ;

Vu la décision n° 97-MC-02 en date du 12 mars 1997, par laquelle le Conseil a déclaré la saisine recevable, mais a rejeté la demande de mesures conservatoires dont elle était assortie ;

Vu la décision en date du 20 mai 1997 enregistrée sous le numéro F 958, par laquelle le Conseil a décidé de se saisir d'office des problèmes de concurrence posés par la pratique de remises " *de parts de marché* " dans le secteur de la vente d'espaces publicitaires télévisuels ;

Vu le livre IV du code de commerce et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour l'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 ;

Vu les observations présentées par les sociétés Télévision Française 1 " TF1 " et TF1 Publicité, les sociétés France 2, France 3 et France Télévision Publicité, la société M6 Publicité, par la société Canal + et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés Canal +, TF1 et TF1 Publicité, France 2, France 3 et France Télévision Publicité, M6 Publicité entendus au cours de la séance du 7 novembre 2000 ;

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et les motifs (II) ci-après exposés ;

I. - Constatations

A. - la publicité télévisuelle

1. Les spécificités de la publicité télévisuelle

a) Caractéristiques

L'espace publicitaire offert par la télévision est caractérisé notamment par :

- Un coût de revient presque nul ;
- Une valeur directement dépendante de l'audience.

En effet, l'espace publicitaire ne coûte quasiment rien au diffuseur, les coûts étant très largement des coûts fixes. Au contraire, dans le même temps qu'une chaîne diffuse de la publicité, elle réalise une économie, puisqu'elle n'a pas à diffuser de programme.

Par ailleurs, les annonceurs achètent aux télévisions une promesse d'audience. C'est pourquoi les prix des écrans sont calculés en fonction des prévisions d'audience, lesquelles sont basées sur les résultats précédents.

Le taux d'audience utile d'une campagne, mesuré statistiquement par la société Médiamétrie, fait appel à la notion de GRP (*Gross Rating Point*) définie comme " le nombre moyen de contacts à une campagne publicitaire pour 100 personnes de la cible étudiée ". Un " contact " étant considéré comme établi lorsqu'un élément de la population est exposé une fois au message diffusé ; le nombre de GRP délivré par une campagne publicitaire correspond donc au produit de la couverture (pourcentage de la population touchée), par la répétition (nombre de contacts parmi cette population couverte).

Or, l'audience des chaînes de télévision subissant de constantes fluctuations, les prévisions d'audience, et par conséquent les prix des écrans, revêtent le caractère d'un pari plus ou moins aléatoire. Par ailleurs, à la différence d'autres médias, l'audience totale de la télévision demeurant relativement constante, pour un moment de la journée ou une période de l'année donnée (183 minutes/jour en moyenne en 1993), tout progrès d'audience d'une émission se fait au détriment des émissions concurrentes.

Par ailleurs, l'espace publicitaire télévisé présente des caractéristiques qui le différencient des espaces publicitaires sur les autres médias. La construction d'un plan TV en amont de l'achat, d'une part, et la commercialisation de l'espace publicitaire télévisuel, d'autre part, sont autant de critères de différenciation.

■ La construction d'un plan TV

Dans l'optique d'un investissement publicitaire média, un annonceur aura à arbitrer entre les différents supports à sa disposition en fonction de plusieurs critères qui devront correspondre à ses objectifs média propres (marketing, image, lancement d'un produit, couverture, répétition, etc). Or, il apparaît que le choix opéré, s'il intègre évidemment une notion de coût de l'investissement par média, ne tient compte que du coût global estimé. La détermination des budgets par média ne se fait pas, ainsi, en mettant en concurrence les divers supports entre eux, en fonction de leurs coûts, mais davantage en mettant en adéquation les objectifs des annonceurs avec les apports qualitatifs propres à chacun des différents médias.

M. Beauclair, directeur des médias de l'Union des annonceurs (UDA), a déclaré à ce sujet : " (...) *en théorie, le choix du média se fait en amont de la décision d'investissement, bien avant que les conditions générales de vente des supports soient connues* (...). (Cf. procès-verbal de déclaration en date du 11 mai 1998).

Mme Bouchayer, directeur général adjoint de la centrale d'achat d'espace Médiacompany, a indiqué : " *La télévision et la presse sont des médias qui se complémentarisent. La télévision assure la couverture, étant un média de masse, et la presse permet de travailler sur l'image. L'affichage permettra de faire de la répétition immédiate. La radio permet de faire de la répétition et de créer du trafic. Le choix du média est fait en fonction de l'objectif média (couverture, répétition, notoriété, image, création de trafic). Ensuite, on fera des répartitions budgétaires, avec un ticket d'entrée par média* ". (Cf. procès-verbal de déclaration en date du 24 juillet 1998).

M. Blandin, président-directeur général de la société Medianetwork France et président de l'UDECAM (Union des entreprises de conseil et d'achat média) a expliqué : " (...) *nous sommes avant tout des conseils en stratégie média. Au départ, nous sommes tous sur la base de multimédia avec un annonceur donné. Compte tenu des contraintes légales, des contraintes de budget, d'expression et d'autres, nous allons faire le choix des médias qui nous intéressent. Les critères de conditions tarifaires n'interviennent pas à ce niveau. Les recommandations de stratégie-planning sont distinctes de la fonction d'achat* (...). (Cf. procès-verbal de déclaration en date 14 mai 1998).

Cette complémentarité des différents médias entre eux, ainsi que le fait que les choix des supports soient effectués par les annonceurs antérieurement à la connaissance précise qu'ils peuvent avoir des coûts d'investissement en télévision, souligne que les différents médias ne sont effectivement pas mis en concurrence entre eux par les annonceurs.

Mme Blanco, média manager au sein du groupe Procter & Gamble, explique ainsi les mécanismes de choix d'investissements : " *En amont du plan média, ce sont les marques qui définissent leurs stratégies média. Leur stratégie média découle de leurs objectifs de volume et de rentabilité et déterminent des blocs de dépenses, en termes de publicité, de merchandising, de promotion, de relations publiques ...etc. Par la suite, est définie la stratégie média afin d'établir les plans médias par marque. Cette stratégie doit répondre aux objectifs marketing de la marque (augmentation de notoriété, lancement de nouveau produit). Ces éléments sont communiqués à l'agence qui va nous faire des recommandations concernant les médias à utiliser et les niveaux de performance pour chaque média* ".

Ces propos sont également repris par Mme Lebel, manager of média au sein du groupe Procter & Gamble : " (...) *partant de nos objectifs marketing, nous déterminons un volume de dépenses par média pour l'ensemble du groupe Procter. Et c'est seulement à ce stade, lorsqu'a été déterminée l'enveloppe pour chaque média, que nous entrons en phase de négociation avec les différents supports au sein de chaque média (...)* ". " (...) *Ce n'est pas en tout état de cause au moment où nous négocions qu'une décision éventuelle de substituer un média par un autre est prise, puisque cette décision est prise en amont au moment de la définition de la média-stratégie (...)* ". (Cf. procès-verbal de déclaration en date du 11 juin 1998).

La décision des annonceurs d'investir dans la télévision est ainsi un choix antérieur à l'application de critères purement économiques. Ce sont les objectifs de stratégie média par marque qui déterminent le choix des annonceurs d'investir sur un média plutôt que sur un autre.

La mise en concurrence effective n'intervient qu'au moment de la négociation avec les différents supports, et plus particulièrement entre les trois ou quatre grandes régies : TF1 Publicité, France Espace qui regroupe les chaînes France 2 et France 3, M6 Publicité et Canal +.

■ La commercialisation de l'espace publicitaire télévisuel

La vente d'espace publicitaire télévisuel obéit à certaines règles et met en œuvre divers outils spécifiques que l'on ne retrouve pas dans les autres supports publicitaires.

La mesure de l'audience

Le média télévision se distingue des autres en ce qu'il est le plus ou le mieux mesuré de tous. L'audimat, puis le Mediamat, outils de mesure d'audience développés par la société Mediamétrie, permettent en effet de connaître quasi instantanément les résultats de l'audience d'une émission donnée et des spots publicitaires eux-mêmes. Aucun autre support n'offre une telle précision quant aux données disponibles relatives à la mesure de la performance des investissements publicitaires des annonceurs. Ainsi, les chiffres des ventes et de lecture de la presse ne sont disponibles que périodiquement (une fois par an pour la presse quotidienne et deux fois pour la presse magazine) et il en est de même de la mesure de l'audience des radios (quatre fois par an) ; au surplus, il s'agit d'une mesure quart d'heure par quart d'heure de l'audience, sans comparaison avec la précision du Mediamat qui se fait seconde par seconde. L'affichage quant à lui, mesuré à partir d'enquêtes de mobilité (itinéraire, durée des déplacements, moyens de transport), est, sans aucun doute, le média le moins bien mesuré de tous.

En ce qui concerne la mesure du niveau des investissements des annonceurs, le média télévision propose aussi, avec la pige quantitative réalisée par la société Secodip, un outil fiable et reconnu par l'ensemble des professionnels intervenant dans ce secteur d'activité. Cet outil permet une évaluation précise sur la base des tarifs bruts des chaînes des investissements effectués par les annonceurs sur les principales chaînes de télévision. Le recoupement de ces données avec les résultats d'audience de Mediamétrie ont ainsi permis le développement d'une multitude d'outils d'optimisation des achats.

C'est d'ailleurs la disponibilité de ces éléments et leur contrôle par l'ensemble des opérateurs qui ont permis la mise en

œuvre par les régies des chaînes de conditions spécifiquement liées aux parts d'investissement réalisées par les annonceurs. Ce faisant, les grandes régies intervenant sur le média télévision se différencient de nouveau de celles commercialisant d'autres supports, qui, ne disposant pas de ces instruments de mesure, n'ont pas intégré cette dimension de la même façon dans leurs conditions générales de vente.

Les tarifs et conditions générales de vente

La commercialisation de l'espace publicitaire télévisé se caractérise par une complexité certaine des tarifs et des conditions générales de vente.

Les tarifs, publiés généralement par quadrimestre sur la base du spot de trente secondes, deviennent multiples, sont applicables pour des périodes données de l'année et sont, en outre, modifiés quotidiennement. Ils sont également modulés en fonction de plusieurs paramètres : secteur économique, famille de messages, choix d'une semaine ou d'une période (ce qui a une incidence sur le dégressif, l'audience étant fortement saisonnalisée).

Les conditions générales de vente des régies sont également propres à ce média et font intervenir une multitude de critères permettant d'obtenir des taux de remise optimisés (volume, part de marché, saisonnalité, emplacement dans l'écran, fidélité, achat en floating, centralisation des achats, etc). La complexité toujours croissante de ces conditions a même amené TF1 Publicité à mettre à disposition de ses clients un logiciel de calcul à l'occasion de la publication de ses conditions générales de vente 1998.

b) Un cadre légal et réglementaire particulier

Le régime de la diffusion télévisuelle

Les télévisions privées nationales, régionales ou locales, diffusées par voie hertzienne terrestre obéissent à un régime d'autorisation délivré par le Conseil supérieur de l'audiovisuel. Il en va de même pour les réseaux câblés.

Les services de télévision diffusés par satellite sont soumis à un régime de convention avec le Conseil supérieur de l'audiovisuel, s'ils ne sont pas déjà titulaires d'une convention au titre de leur diffusion par voie hertzienne terrestre ou de leur distribution par câble.

L'attribution des fréquences nécessaires à la diffusion des émissions des chaînes de télévision publiques, ainsi qu'à celle de la chaîne culturelle européenne (Arte) et de la Cinquième, est décidée par le Conseil supérieur de l'audiovisuel hors appel aux candidatures. Ces chaînes disposent, de par la loi, d'une priorité d'accès aux ressources hertziennes quand l'usage de fréquences supplémentaires est nécessaire à l'exercice de leurs missions de service public.

Le régime de la diffusion des messages publicitaires télévisuels

La diffusion des messages publicitaires télévisés est encadrée par un ensemble de dispositions législatives, réglementaires et conventionnelles qui limite l'offre d'espaces.

Il s'agit, d'une part, de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée, relative à la liberté de communication, du décret n° 92-280 du 27 mars 1992, fixant les principes généraux concernant le régime applicable à la publicité et au parrainage télévisé, d'autre part, des cahiers des missions et des charges de France 2 et France 3, ainsi que des conventions de TF1, M6 et Canal + passées avec le Conseil supérieur de l'audiovisuel.

Cet encadrement législatif et réglementaire impose des conditions de diffusion des messages publicitaires différentes suivant les chaînes. Les diffuseurs privés, à l'exception notable de Canal +, bénéficient globalement d'un régime de diffusion plus souple que celui des chaînes publiques. Compte tenu du mode de financement de Canal + (abonnement, publicité,

parrainage), son régime publicitaire est plus contraignant.

Les différences de régime entre les chaînes tiennent, pour l'essentiel, aux règles régissant les interruptions des émissions qu'elles diffusent, plus particulièrement les interruptions des œuvres audiovisuelles et cinématographiques, auxquelles viennent s'ajouter des limites ou des plafonds particuliers.

c) une perception bien individualisée par les opérateurs

Tous les acteurs (annonceurs, centrales d'achat, consultants) ont une perception de l'existence d'un marché distinct en ce qui concerne la publicité télévisuelle, ainsi que l'attestent les déclarations suivantes :

Selon Mme Bizalion, chef du service médias de la société Renault SA : " (...) *la télévision est un média qui permet en terme de contenu publicitaire de montrer un produit en action, de raconter une histoire, de donner envie, et en terme de fonction du média, c'est un média extrêmement puissant qui permet de toucher un maximum de population en un temps très réduit. Il allie ainsi puissance, rapidité des contacts et qualité du contenu. Ce média est aussi une très grande motivation pour le réseau commercial (...)* ". (Cf. procès-verbal de déclaration en date du 22 juin 1998).

M. Delafon, consultant de l'Institut Recma, explique : " (...) *les industriels ont besoin de convaincre leurs distributeurs au niveau des chefs de rayon que la marque fait de la publicité à la télévision. C'est un plus indéniable pour être référencé et disposer de conditions attractives auprès de la grande distribution ...* ". (Cf. procès-verbal de déclaration en date du 24 juin 1998).

M. Paillet, président du Club des annonceurs, a, quant à lui, précisé : " (...) *les entreprises n'ont plus aujourd'hui à arbitrer entre les médias, mais entre les différents moyens de communication. Il y a un marché global des moyens de communication, dans lequel s'inscrit le marché des médias. Dans ce dernier s'inscrit le marché de la publicité télévisée. Le marché télé a sa propre singularité qui le distingue des autres médias. Nous ne sommes pas dans un système de substituabilité de médias mais dans un système de complémentarité de médias* ". (Cf. procès-verbal de déclaration en date du 27 mai 1998).

M. Lavedrine, président de la société Web Sat Pub, a indiqué (Cf. procès-verbal de déclaration en date du 24 septembre 1998) : " *Le marché de la télévision est à mon sens un marché individualisé et pertinent. C'est la perception que nous en avons au vu des comportements des centrales d'achat qui tendent à raisonner en fonction des mêmes critères (audience, coûts au GRP, couverture, répétition) que ceux qui prévalent dans les achats d'espace publicitaire sur les grandes chaînes hertziennes (...)* ".

2. - Le marché de la publicité télévisuelle

Il se caractérise :

- par une dépense globale en progression de 10 % de 1992 à 1997, une progression plus forte de la télévision que des autres médias pour la même période et une relative stabilité des parts de marché des chaînes,
- par une offre stable car il n'y a pas de bouleversement majeur dans l'offre des chaînes hertziennes. On peut d'ailleurs constater que, globalement, les régies de ces chaînes continuent à prélever l'essentiel des budgets attribués au support télévision en 1997 : 24,7 milliards de francs pour TF1, France 2, France 3, Canal +, la Cinquième et M6, contre 461 millions de francs pour l'ensemble des chaînes du câble et du satellite ; l'audience de ces dernières n'atteint, pour l'instant, qu'environ 3,4 % et progresse lentement (2,3 % en 1993) (Source Mediamétrie) ;
- par la place prééminente de TF1 Publicité sur le marché de la publicité télévisuelle, suivie par France Télévision Publicité et M6 Publicité ;
- par un rapport part de marché/audience supérieur à 1 en ce qui concerne TF1 Publicité et M6 Publicité.

Les parts de marché des régies publicitaires des chaînes à diffusion nationale ont évolué comme suit sur la période

1995/1997 :

Parts de marché (SECODIP)	1995	1996	1997	Evolution 97/95
TF1 Publicité	52,43%	51,64%	50,20%	-2,23 pts
FRANCE2	17,45%	17,70%	18,37%	+0,92 pts
FRANCE3	11,24%	11,35%	11,49%	+0,25 pts
(Sous-Total France Télévision Publicité)	28,69%	29,05%	29,86%	+1,17 pts
M6 Publicité	16,12%	16,66%	17,04%	+0,92 pts
(Sous-Total TF1 Publicité-France Télévision Publicité-M6-Publicité)	97,24%	97,35%	97,09%	-0,15 pts
CANAL+	2,63%	2,43%	2,56%	-0,07 pts
IP	0,13 %	0,22 %	0,35 %	+0,22 pts

(Source SECODIP - Conseil Supérieur de l'Audiovisuel : Avis du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel du 15 octobre 1999).

Les audiences sont les suivantes :

<u>Cible : 15 ans et plus</u>	1993	1994	1995	1996	1997	Variation 1993/1997
TF1	39,6%	38,4%	36,7%	34,9%	34,4%	-5,2 pts
FRANCE2	25,6%	26,1%	24,6%	25,1%	24,7%	-0,9 pts
FRANCE3	15,1%	15,9%	17,8%	17,8%	17,3%	+2,2 pts
M6	11,0%	11,1%	11,1%	11,4%	12,1%	+1,1 pts
CANAL+	5,0%	4,6%	4,3%	4,5%	4,6%	-0,4 pts
LA 5EME	-	-	1,4%	1,6%	1,8%	+0,4 pts
ARTE	1,1%	1,0%	1,3%	1,4%	1,6%	+0,5 pts
Autres	2,8%	2,8%	2,8%	3,3%	3,6%	+0,8 pts
<u>Cible : Ménagère<50ans</u>	1993	1994	1995	1996	1997	Variation 1993/1997
TF1	41,5%	40,6%	38,6%	37,0%	37,2%	-4,3 pts
FRANCE2	22,3%	22,0%	21,5%	21,4%	20,9%	-1,4 pts

FRANCE3	12,3%	12,3%	13,8%	13,3%	13,1%	+0,8 pts
M6	14,6%	15,5%	15,6%	16,9%	17,5%	+2,9 pts
CANAL+	6,2%	6,1%	5,2%	5,4%	5,2%	-1,0 pt
LA 5EME	-	-	1,3%	1,4%	1,5%	+0,2 pts
ARTE	0,8%	1,1%	1,2%	1,4%	1,3%	+0,5 pts
Autres	2,3%	2,5%	2,8%	3,2%	3,4%	+1,1 pts

(Source Médiamétrie-Médiamat/CARAT TV).

Les rapports audience/part de marché sont les suivantes :

Cible :	1995			1996			1997			Evolution 1997 % 1995
	Audience	Part de marché	Différence	Audience	Part de marché	Différence	Audience Globale	Part de marché	Différence	
4 ans et plus										
TF1 PUBLICITE	37,30 %	52,43 %	15,13	35,40 %	51,64 %	16,24	35,00 %	50,20 %	15,20	0,07
France 2	23,80 %	17,45 %	- 6,35	24,20 %	17,70 %	- 6,50	23,70 %	18,37 %	- 5,33	1,02
France 3	17,60 %	11,24 %	- 6,36	17,70 %	11,35 %	- 6,35	17,10 %	11,49 %	- 5,61	0,75
(Sous-total France Espace)	41,41 %	28,69 %	- 12,71	41,90 %	29,05 %	- 12,85	40,80 %	29,86 %	- 10,94	1,77
M6 PUBLICITE	11,50 %	16,12 %	4,62	11,90 %	16,66 %	4,76	12,70 %	17,04 %	4,34	- 0,28
CANAL +	4,40 %	2,63 %	- 1,77	4,50 %	2,43 %	- 2,07	4,50 %	2,56 %	- 1,94	- 0,17
IP	1,30 %	0,13 %	- 1,17	1,60 %	0,22 %	- 1,38	1,80 %	0,35 %	- 1,45	- 0,28

(Source Médiamétrie et Secodip – Rapport d'enquête 1999, p. 56).

Cible :	1996			1997			Evolution 1997 % 1995
	Audience Ecrans	Part de marché	Différence	Audience Ecrans	Part de marché	Différence	
Ménagère < 50 ans							
TF1 PUBLICITE	46,8 %	51,64 %	4,84	46 %	50,20 %	4,20	- 0,64
France 2	18,1 %	17,70 %	- 0,40	17,3 %	18,37 %	1,07	1,47
France 3	11,9 %	11,35 %	- 0,55	12,7 %	11,49 %	- 1,21	- 0,66
(Sous-Total France Espace)	30,00 %	29,25 %	- 0,95	30,00 %	29,86 %	- 0,14	0,81
M6 PUBLICITE	18,5 %	16,66 %	- 1,84	18,8 %	17,04 %	- 1,76	0,08
CANAL +	3,4 %	2,43 %	- 0,97	3,7 %	2,56 %	- 1,14	- 0,17
IP	1,2 %	0,22 %	- 0,98	1,5 %	0,35 %	- 1,15	- 0,17

(Source Médiamétrie – Rapport d'enquête 1999 p. 57)

Enfin, le rapprochement entre le taux d'audience utile mesuré statistiquement par le GRP (nombre moyens de contacts à une campagne publicitaire pour cent personnes) et les parts de marché par chaînes, se présente de la manière suivante :

Comparatif parts d'audience émissions/parts de marché par chaîne 1996-1997
sur la cible des ménagères de moins de 50 ans

	1996			1997		
	GRP	PDM	Ecart	GRP	PDM	Ecart
TF1	46,6	50,9	4,3	45,5	49,5	4,0
FTV	30,2	29,1	- 1,1	29,5	30,0	0,5
M6	18,6	16,4	- 2,2	19,7	16,8	- 2,9
Canal +	3,4	2,4	- 1,0	3,6	2,5	- 1,1

(Tableau produit p. 18 des observations de France 2, France 3 et France Télévision Publicité en réponse au rapport)

En 1997, les offres et coûts GRP sur un certain nombre de cibles se présentaient comme suit :

CIBLE	TF1		FRANCE 2		FRANCE 3		CANAL +		M6	
	Offre GRP	Coût GRP								
4-10 ans	60 420	29 176 F	12 904	47 265 F	22 284	20 047 F	3 185	39 261 F	25 570	24 001 F
15-34 ans	63 404	27 803 F	210 633	28 956 F	14 613	30 570 F	7 770	17 441 F	33 086	18 549 F
Ménagère avec Enfant	82 943	21 254 F	25 592	24 211 F	19 404	23 022 F	4 914	25 448 F	33 723	18 199 F
Ménagère - 50 ans	78 726	22 392 F	29 451	20 710 F	21 043	21 230 F	6 232	20 066 F	33 587	18 273 F
CSP +	45 490	38 753 F	25 227	24 177 F	17 812	25 081 F	6 425	19 464 F	16 887	36 342 F
50 ans	99 056	17 796 F	59 363	10 274 F	50 618	8 225 F	3 386	36 934 F	15 981	38 403 F

(Source : BUSINESS).

Sur la cible Ménagère - 50 ans, qui est la référence, TF1 a le coût au GRP le plus élevé.

La régie de TF1 a des prix élevés sur son cœur de cible, contrairement à toutes les autres chaînes qui tendent à pratiquer des tarifs attractifs sur leur cœur de cible respectif (France 2 et France 3 sur les ménagères, les CSP + et les + 50 ans; Canal + sur les CSP + et les 15/34; M6 sur les 15/34 et les ménagères avec enfant).

Lors de l'enquête, interrogés sur la position de TF1, les intervenants, qu'il s'agisse des concurrents directs de TF1, des centrales d'achat d'espace ou des annonceurs eux-mêmes, ont unanimement reconnu son leadership incontestable, tant en terme d'audience ou d'image, qu'en terme de performances commerciales.

Mme Vendroux, directrice de la régie publicitaire de Canal +, précise pour sa part : "(...) Jusqu'en 1995, toutes les chaînes attendaient systématiquement que TF1 Publicité diffuse ses nouvelles conditions générales de vente et surtout ses barèmes

pour élaborer les leurs par rapport à celles de TF1 Publicité. En 1995, l'UDA a demandé aux acteurs du marché de déposer en même temps leurs nouvelles conditions générales de vente pour éviter ce décalage. Cette demande était consécutive à une requête des centrales d'achat d'espace qui étaient gênées dans l'élaboration de leurs plans média ". (Cf. procès-verbal de déclaration en date du 3 avril 1998).

M. Santini, directeur général de la société France Espace confirme (Cf. procès-verbal de déclaration en date du 23 juillet 1998) : " *Antérieurement à 1996, les conditions générales de vente étaient publiées séparément. En général TF1 déposait les siennes le premier, et les autres chaînes s'inspiraient de leurs conditions pour déterminer les leurs. C'est TF1 qui orientait ainsi les conditions du marché. Depuis, l'UDA souhaitant avoir les conditions de toutes les chaînes ensemble et y voyant vraisemblablement un facteur de concurrence entre les chaînes, et éviter que les conditions des chaînes ne ressemblent pas trop à celles de TF1, a demandé aux chaînes de déposer leurs conditions le même jour à la même heure (...)* ".

B. - Les pratiques constatées

1. Les contrats de vente simple

.1. Conditions de vente de TF1 Publicité

TF1 Publicité pratique des " *dégressifs* " fondés sur les parts de marché et des dégressifs d'évolution. Même si l'on constate une inflexion de la politique de TF1 Publicité en ce qui a trait à ses exigences en matière de part d'investissement minimum du budget de l'annonceur consacré à la publicité télévisuelle affecté à la chaîne (qui passe de 55 % en 1993-1994 à 50 % en 1997), les conditions générales de vente de la régie restent largement influencées par la part de marché. En d'autres termes, les rabais proposés par la chaîne ne sont consentis que si l'annonceur lui consacre une part de ses dépenses de publicité télévisuelle supérieure à un pourcentage fixé par les conditions générales de vente. Ce pourcentage est nettement supérieur à la part d'audience de la chaîne et se rapproche, voire dépasse, la part détenue par TF1 sur le marché.

En 1996, TF1 Publicité cherche à préserver sa part de marché, compte tenu d'un contexte d'audience plus difficile, en affichant une nette progression des dégressifs à partir de 53 % de part de marché, y compris pour les annonceurs dont le chiffre d'affaires est à la baisse par rapport à 1995. La remise d'apport progressif résulte ainsi de la fusion de la prime de part de marché et de la prime d'évolution ; elle est marquée par :

- une baisse des planchers de part de marché (50 % contre 53 % en 95 et 55 % en 94) ;
- une souplesse accrue dans la gestion de la part de marché : trois tranches (40-52/53/54-60) se substituent à une rémunération au point ;
- la création d'une nouvelle famille de produits reprenant les secteurs à cibles CSP + (banque, assurance, télécommunications, informatique, tourisme ...) et aux planchers adaptés (45 % de part de marché exigée contre 50 pour les autres secteurs).

Il convient de noter que cette remise reste conditionnée par un seuil minimum de part d'investissement, même si celui-ci baisse par rapport à 1995 (45 et 50 % suivant les secteurs contre 53 % en 1995).

C'est également le cas de la nouvelle prime de bonification rémunérant entre 0,5 et 1,5 % de remise supplémentaire les annonceurs affectant au moins 55% de leur investissement en publicité télévisuelle à la chaîne depuis 1994. Ce dégressif tend de toute évidence à récompenser et inciter la fidélité des clients sur TF1.

La prime d'apport progressive est supprimée en 1997 et remplacée par une prime sectorielle qui n'intègre pas la progression de volume. Cette prime est fonction du secteur d'appartenance de l'annonceur (et de la part de marché du secteur) et de la part d'investissement qu'il réalise en 1997.

Deux secteurs sont constitués et la condition imposée pour obtenir la prime de bonification en 1996 (part de marché supérieure à 55 %) disparaît, mais la condition d'entrée demeure élevée à 50 % de part de marché pour la famille A et à 30 et

42 % pour 1996 et 1997 pour la famille B.

Les secteurs lourds (alimentation, toilette/beauté, entretien, appareils ménagers, restauration, transports, etc), où la part de marché de TF1 est supérieure à 55 %, voient leur taux de remise progresser dès 50 % de part de marché, mais la prime de bonification de 0,5 % n'est toujours accordée qu'à partir du seuil de 53 % de part de marché pour la famille A, qui regroupe les plus gros annonceurs en télévision. Pour la famille B, la prime de bonification n'est accordée que si la part de marché 1997 est supérieure ou égale à la part de marché 1996.

Les secteurs moins captifs (cibles CSP + et autres) sont attirés par des seuils abaissés et mieux rémunérés. La prime de 0,5 % est attribuée dès que la part de marché investie en 1997 atteint le niveau de la part de marché du secteur d'appartenance de l'annonceur, et progresse ensuite de 0,2 % par point supplémentaire de part de marché sur les dix points suivants.

S'agissant de l'introduction de la référence à la part de marché dans les conditions de TF1 Publicité et du choix du seuil minimum de 53 %, Mme Cohen, directrice générale de la régie, a fait les commentaires suivants (Cf. procès-verbal de déclaration en date du 21 juillet 1998) :

" (...) Après la loi Sapin et la multiplication des négociations avec nos clients annonceurs, nous nous sommes rendu compte que la seule condition de volume ne pouvait permettre aux petits annonceurs d'obtenir des conditions satisfaisantes lui permettant d'investir en télévision. C'est notre politique de développement de nos ventes en direct à cette époque qui nous a conduit à introduire un critère de part de marché dans nos conditions.

La référence à un seuil de 53% de part de marché pour bénéficier de la prime de part de marché est relative à notre part de marché audience-écran (54,3% en 1994).

La plage d'accès à ces primes allait de 53 à 60% de manière à pouvoir maîtriser le niveau des remises consenties. Au delà de 60% de part de marché, nous entrons alors dans le cadre d'une négociation conventionnelle.

La tendance en 1996 a plutôt été à une décrue de la rémunération des conditions liées à la part de marché.

En 1997, la masse globale des conditions que nous pouvions consentir au travers de nos conditions générales de vente n'a pas évolué par rapport à 1996.

C'est le besoin d'avoir une visibilité sur notre chiffre d'affaires et la connaissance des conditions de nos concurrents tels France Espace nous amenant à réagir, qui ont conduit à la conclusion d'accords avec nos annonceurs.

L'introduction des secteurs en 1997 correspond à une politique commerciale concernant les secteurs commerciaux où nous étions les moins performants (cibles d'avantage CSP +). (...).

1.2. Conditions de vente de France Télévision Publicité

Les conditions générales de vente de France Télévision Publicité sont communes à France 2 et France 3 et appliquées en confondant les achats sur les deux chaînes. France Télévision Publicité pratique aussi les " dégressifs " de parts de marchés. Sur les années considérées, les exigences de cette régie sont allées *crescendo* avec, dans certains cas, des seuils supérieurs à la part de marché des deux chaînes.

1.3. Conditions de vente de M6 Publicité

M6 Publicité pratique aussi les dégressifs fondés sur les parts de marché. Les seuils ont été relevés d'année en année en étant dans certains cas légèrement supérieurs à la part de marché et supérieurs à la part d'audience.

1.4. Conditions de vente de Canal +/P>

Les conditions générales de vente 1996 de Canal + ne font plus apparaître de référence à la part de marché. La base de calcul d'un certain nombre de remises est désormais uniquement liée à l'investissement. Les conditions générales de vente de Canal + en 1997 et 1998 confirment l'abandon de la référence à la part de marché.

En définitive, l'examen des conditions générales de vente révèle que TF1 Publicité, France Télévision Publicité et M6 pratiquent une politique de remise de part de marché. Mais il doit être relevé que TF1 a abandonné ce critère comme condition d'attribution des rabais. Cette pratique a également été abandonnée par France Télévision Publicité, M6 et Canal +.

2. Les contrats de coopération commerciale

Toutes les régies signent des accords de coopération commerciale avec leurs clients annonceurs, mais seules les régies TF1 Publicité, France Télévision Publicité et M6 Publicité concluent des contrats incluant une exigence de part d'investissement.

Ces accords revêtent une importance particulière. Ils concernent généralement les meilleurs clients des régies et affectent la part la plus importante du marché (près de 80 % du chiffre d'affaires de TF1 Publicité).

Les engagements contenus dans ces accords ont pour objet de fidéliser les annonceurs en leur attribuant divers avantages en contrepartie de parts d'investissement. Dans ce cadre, TF1 Publicité est toujours la seule régie en 1997 qui réserve la conclusion d'accords de coopération commerciale, et surtout l'octroi des taux de remises optimaux, à l'attribution par les annonceurs d'une part de leurs investissements supérieure à 53 %.

2.1. Les accords de coopération commerciale conclus par TF1 Publicité

TF1 Publicité a considérablement développé la coopération commerciale avec ses clients annonceurs. Le nombre d'accords conclus concerne une part du chiffre d'affaires de la régie toujours plus importante.

Si cette coopération concernait 45 accords en 1995 (pour des pourcentages du chiffre d'affaires allant de 2 à 5 %), elle était conclue avec 143 annonceurs en 1997 (pour des taux compris entre 2 et 6 %). Les 63 annonceurs n'ayant pas conclu d'accords de ce type sont généralement de petits annonceurs (moins de 10 MF de CA brut) ou des annonceurs ayant privilégié d'autres formes de rémunération. La part de marché minimum considérée comme " normale " par la régie pour pouvoir accéder à la coopération commerciale demeure fixée à 53 %. En 1995, à quelques exceptions près, les engagements portent sur des parts de marché comprises entre 53 et 100 %. Il en est de même en 1996. En 1997, la grande majorité des accords continuent à faire référence à une part d'investissement minimum supérieure à 51 %.

La coopération commerciale concernait un chiffre d'affaires de 4,872 milliards de francs en 1995 ; elle porte, en 1997, sur un ensemble de clients représentant un chiffre d'affaires brut de 9,591 milliards de francs (5,797,4 milliards de francs de chiffre d'affaires net réalisé en 1997), ce qui représente près de 75 % du chiffre d'affaires total net de la régie (77 % du CA brut SECODIP). Le taux de remise est en moyenne supérieur à 10 % : 11 % en 1995, 10,2 % en 1996 et 12,6 % en 1997.

2.2. Les accords de coopération commerciale conclus par France Télévision Publicité

Comme TF1 Publicité, de 1995 à 1997, la régie France Télévision Publicité a développé le nombre et la part de son chiffre d'affaires sous accords de coopération commerciale.

En 1996, les engagements signés concernent environ 290 annonceurs, soit près de 30 % de l'ensemble des annonceurs. En 1997, le nombre des annonceurs sous contrat passe à 329, soit 35 % du nombre total d'annonceurs (925). La part du chiffre d'affaires brut total sous accord atteint 71 % en 1996, en très forte progression par rapport à 1994, et est vraisemblablement encore supérieure en 1997 (même si ces données ne sont pas disponibles), compte tenu de l'augmentation du nombre

d'accords signés.

En effet, le nombre des accords est passé d'une trentaine en 1994 à 329 en 1997, représentant un chiffre d'affaires de 4,613 milliards de francs en 1996, soit 71 % du chiffre d'affaires brut de la régie.

Les parts de marché exigées par la régie sont variables, entre 8 et 68,3 % en 1996 et 16,86 et 99,11 % en 1997. Elles restent fréquemment à des niveaux inférieurs à la part de marché effectivement détenue par la régie. Pour les trente annonceurs les plus importants, clients de la régie, le taux moyen de remise consenti en 1996 est de 36,92 % et de 40,91 % en 1997.

2.3. Les accords de coopération commerciale conclus par M6 Publicité

M6 Publicité a conclu, en 1996, une douzaine d'accords de coopération commerciale avec ses plus importants clients. A une seule exception, ces accords ont été reconduits avec ces annonceurs en 1997.

Ces contrats portent essentiellement sur des engagements de volume et de part d'investissement minimum, mais aussi sur des obligations de répartition par marché journalier ou sur certaines périodes de l'année. Les parts d'investissement concernées par ces accords s'établissent en moyenne à environ 18 % en 1996 et 1997, soit environ un point au dessus de la part de marché détenue par la régie. Mais cette condition n'est pas nécessaire, puisque d'autres annonceurs s'engagent sur des niveaux de parts de marché inférieurs. Par ailleurs, la condition de rang introduite en 1995 (à savoir placer le support au deuxième rang dans les investissements des annonceurs) disparaît des accords en 1996.

Le nombre des accords spécifiques est ainsi passé de 51 en 1996 à 56 en 1997. 22 accords n'ont pas été reconduits en 1997, tandis que 27 étaient signés pour la première fois.

En définitive, les grandes régies, TF1 Publicité, France Télévision Publicité et M6 Publicité, concluent avec leurs clients des contrats comportant une exigence en terme de part d'investissement, en contrepartie de divers avantages, suivant des barèmes non publiés. Seule, TF1 Publicité conditionnait jusqu'en 1998 l'accès aux meilleurs taux de remise dans le cadre de ses accords à l'affectation par l'annonceur d'une part minimale de son budget très supérieure à sa part de marché.

3. – La mise en œuvre de ces pratiques

TF1 Publicité a joué un rôle moteur dans l'accentuation et la pérennisation de cette pratique, compte tenu de son rôle de leader sur le marché considéré.

M. Gazeau, directeur délégué à la gestion de la société France Espace, explique ainsi l'introduction de conditions liées à la part d'investissement SECODIP des annonceurs dans les conditions générales de vente de France Espace :

" (...) En 1993, le marché publicitaire télévision était déprimé (de l'ordre de 2% de croissance annuelle) et l'introduction de remises basées sur la part de marché annonceur apparaissait comme une mesure de protection en cas de baisse des investissements (...).

" (...) En 1993, nous avons copié les conditions générales de vente de TF1 en ce qui a trait aux remises de parts de marché, et nous ne pouvions pas faire autrement, sauf à prendre le risque d'être sacrifiés par nos annonceurs. Pesant à peu près le quart du marché publicitaire télévisuel, il n'était pas concevable de ne pas suivre TF1 sur le terrain de la part de marché (...)" (Cf. procès-verbal de déclaration en date du 4 juin 1998). "

Mme Lenoble, directrice générale adjointe de la société M6 Publicité a déclaré :

" Les remises de parts de marché introduisent une rigidité importante dans l'utilisation et l'optimisation des budgets par les annonceurs et les centrales. Pour une chaîne comme la notre il est toutefois inenvisageable de nous en passer tant qu'elles

seront pratiquées par nos concurrents. Les autres chaînes nous apparaissent avoir des conditions de vente très souples. Les remises de parts de marché nous servent en quelque sorte de garde-fou, et nous permettent de nous assurer d'une juste utilisation de M6 à son niveau d'audience " (Cf. procès-verbal de déclaration en date du 12 mai 1998).

C. - Les griefs notifiés par le rapporteur et leur imputabilité

Sur la base des pratiques décrites ci-dessus, deux griefs ont été notifiés

- L'abus de position dominante des sociétés TF1 et TF1 Publicité

Il a été considéré que les sociétés TF1 et TF1 Publicité avaient abusé de la position dominante qu'elles détenaient sur le marché de la publicité télévisuelle en pratiquant des remises de parts de marché susceptibles de bloquer toute évolution de marché.

- L'effet cumulatif des politiques de remises de fidélité, dans le cadre de contrats de vente simple et de contrats de coopération, de la part de TF1 Publicité, de France Télévision Publicité et de M6 Publicité

L'adhésion des annonceurs aux conditions de vente litigieuses a été constitutive d'ententes dont l'effet cumulatif a pu avoir pour objet ou pour effet de bloquer toute évolution des parts de marché. Un grief a été notifié de ce chef aux sociétés TF1, TF1 Publicité, France 2, France 3, France Télévision Publicité, M6 et M6 Publicité.

II. - Sur la base des constatations qui précèdent, le Conseil,

En ce qui concerne la procédure,

Considérant, en premier lieu, que les sociétés TF1 et TF1 Publicité soutiennent que l'enquêteur n'aurait pas répondu à la demande du rapporteur visant à vérifier s'il existait un marché de la publicité multimédia, que le rapporteur n'a pas complété le travail effectué par l'enquêteur et qu'il n'a été procédé à aucune investigation sur la substituabilité entre les différents médias ; qu'elles constatent, en outre, que le rapport d'enquête n'a pas reçu l'aval de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, ce qui les conduit à conclure que "*le rapport produit apparaît manifestement irrégulier et entaché de nullité comme contraire à l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme et à l'article 50 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 qui disposent que la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes doit faire procéder sans délai à toute enquête que le rapporteur juge utile..*" ; qu'elles considèrent, en outre, en se fondant sur les arrêts de la CJCE du 15 juin "1994 Commission/BASF EA et du 6 avril 2000 Commission/ICI et Commission/Solvay, que l'absence de signature et de datation de la notification de griefs et du rapport vicie la procédure ;

Mais considérant, d'une part, que l'enquêteur a répondu dans les 24 premières pages de son rapport à la question de l'existence d'un marché spécifique de la publicité télévisuelle et à celle de la substituabilité entre médias ; que, compte tenu des éléments ainsi rassemblés, le rapporteur n'a pas jugé nécessaire de compléter l'instruction sur ce point (cour d'appel de Paris Lilly France 6 mai 1997) ; que le moyen tiré de la violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 50 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, devenu l'article L. 450-6 du code de commerce, n'est pas fondé ;

Considérant, d'autre part, que si, en transmettant, le 29 avril 1999, le rapport d'enquête au Conseil de la concurrence, le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes a mentionné que ce rapport "*ne reflète que le point de vue de son auteur*", cette circonstance est sans incidence sur la régularité de la procédure, le Conseil de la concurrence étant saisi *in rem* et étant seul à pouvoir qualifier les éléments qui lui sont fournis par la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes à l'occasion de l'instruction d'un dossier ;

Considérant, enfin, que l'article 18 du décret du 29 décembre 1986 se borne à indiquer : " *Pour l'application de l'article 21 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, la notification des griefs retenus par le rapporteur et la notification du rapport sont faites par le président* ", et que l'article 21 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, devenu l'article L. 463-2 du code de commerce, prévoit que c'est le Conseil de la concurrence qui notifie les griefs et le rapport ; que, dès lors, en l'absence de disposition imposant de signer et de dater les griefs et le rapport, l'irrégularité alléguée n'est pas établie ; qu'au surplus, la jurisprudence précitée de la CJCE se fonde sur une disposition expresse du règlement intérieur de la Commission prescrivant la signature des actes ; qu'en outre, la notification de griefs et le rapport mentionnent en première page qu'ils ont été établis par M. Alain Guedj, rapporteur, lequel a présenté ses observations lors de la séance tenue par le Conseil, le 7 novembre 2000 ; qu'enfin, et en tout état de cause, les sociétés précitées n'établissent pas en quoi la circonstance alléguée aurait préjudicié à leurs droits ou à leurs intérêts ;

Considérant, en second lieu, que la société M6 Publicité fait état du fait que c'est sur sa demande que le rapport de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, établi en 1995, a été joint à la procédure et que même si, lors de sa communication par le Conseil de la concurrence, il a été indiqué que ce rapport n'avait pas été fait sur demande du Conseil de la concurrence et que le rapporteur ne s'y était pas référé, il demeure que ledit rapport porte sur le même secteur et sur une période commune, fait état d'une pratique pouvant être constitutive d'un abus de position dominante de la part de TF1 et a donné lieu à un courrier du ministre à TF1 ; qu'il fait donc partie de la présente procédure ;

Considérant que, si le rapporteur du Conseil de la concurrence ne s'est pas fondé sur le rapport de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes établi en 1995 pour établir sa notification de griefs, l'enquêteur, dans le rapport qu'il a établi en 1999, y a fait référence ; que, pour la complète information des parties, le rapport de 1995 a été joint au dossier et soumis à la consultation des parties ; que, dès lors, il fait partie de la présente procédure ;

En ce qui concerne le marché,

Considérant que, dans sa décision n° 96-D-44 du 18 juin 1996, le Conseil de la concurrence a indiqué :

" Considérant que l'espace publicitaire recherché par les annonceurs peut être disponible sur différents types de médias, et pour chacun de ceux-ci, sur différents supports ; que de multiples combinaisons peuvent donc être envisagées pour véhiculer les messages publicitaires ; qu'il convient donc de déterminer si ces différentes combinaisons médias/supports sont toutes substituables pour les annonceurs ; qu'il convient également de rechercher s'il en est de même pour les intermédiaires de publicité acheteurs d'espace agissant pour le compte des annonceurs ;

" ... Considérant en ce qui concerne les annonceurs, que le choix du média et du support qui serviront de vecteur à la communication dépend de l'importance du budget affecté à cet emploi, de la nature du message publicitaire retenu ainsi que de la cible " de consommateur " visée ; qu'au moment des faits et au regard de ces trois critères, les différents médias concernés par les pratiques décrites dans la première partie de la présente décision (télévision, radio, affichage et presse écrite) présentaient des caractéristiques différentes ; qu'il est constant que les conditions d'émission du message varient avec les spécificités techniques de chacun de ces médias, lesquelles permettent de décliner différents modes de mémorisation des messages (visuel et/ou auditif), avec des durées de passage également propres à chacun d'entre eux ; que par ailleurs, le taux de couverture de la population en général ou d'une population donnée est éminemment variable selon les médias, y compris entre ceux prétendant à une couverture nationale puisqu'une chaîne de télévision peut rassembler chaque jour plusieurs millions de téléspectateurs devant ses écrans tandis qu'un quotidien national tire dans le même temps au maximum à environ 500 000 exemplaires ; qu'enfin, les niveaux tarifaires des différents médias sont hétérogènes ; que, dans ces conditions, chaque média possède des qualités propres de nature à le rendre insubstituable à un autre média pour un annonceur désireux de procéder à une campagne publicitaire, soit que cet annonceur décide d'investir son budget sur un seul média, soit qu'au contraire il décide de le répartir entre différents médias pour moduler son message et diversifier ou élargir ses cibles ; qu'il résulte de ce qui précède qu'il existe, du point de vue des annonceurs, un marché de l'espace publicitaire propre à chaque média... " ;

Considérant que la Commission européenne, dans une décision du 20 septembre 1995 RTL/Veronica/Endemol relative à une

opération de contrôle de concentration, a indiqué : " *Le marché de la publicité télévisée - Sur le marché de la publicité télévisée, la concurrence s'exerce soit par la relation commerciale directe entre télédiffuseurs et annonceurs, soit par le biais des contacts entre télédiffuseurs et agences représentant les annonceurs. La publicité télévisée constitue un marché distinct par rapport à la publicité ayant pour support d'autres médias, en particulier la presse. Selon le type de publicité choisi, le public cible peut varier considérablement. En outre, les techniques employées (spots pour la publicité télévisée, support graphique pour les magazines) et les coûts de production qui leur sont liés sont également extrêmement différents d'un média à l'autre. Les prix, exprimés en fonction du nombre de consommateurs potentiels effectivement touchés, sont également différents. C'est ainsi qu'aux Pays-Bas, le coût par millier de " contacts " publicitaires était en 1993 de 11,22 dollars pour la publicité télévisée (moyenne sur une journée complète) contre seulement 5,04 dollars pour la publicité dans les magazines. Même si les frontières entre publicité télévisée et publicité par d'autres médias ne sont pas totalement étanches (cet aspect sera examiné plus en détail par la suite), il est clair que la publicité télévisée et la publicité dans la presse écrite constituent des marchés distincts " ;*

Considérant, cependant, que les sociétés TF1 et TF1 Publicité soutiennent que l'existence d'un marché de la publicité télévisuelle n'est pas établie ; que les précédents invoqués ne sont pas revêtus de l'autorité de la chose jugée ; qu'elles produisent une étude du Professeur Benzoni soutenant l'existence d'un marché de la publicité multimédia par utilisation du test de l'élasticité croisée et par la démonstration que le média TV n'a pas véritablement de caractéristiques propres ;

Mais considérant que, comme le Conseil de la concurrence l'a indiqué dans son rapport de 1992, " *le marché est le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou un service spécifique "... Pour définir les critères d'un marché, le Conseil de la concurrence identifie les produits ou services dont on peut raisonnablement penser que les demandeurs les considèrent comme des moyens alternatifs de satisfaire une même demande et entre lesquels ils peuvent arbitrer " ; que, de la même façon, la Commission, dans sa communication 97/C 372/03 (JOCE 9 décembre 1997), a précisé : " Un marché de produits en cause comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés " et qu'elle utilise la méthode du " faisceau d'éléments d'appréciation " qui est également employée par le Conseil ;*

Considérant qu'en ce qui concerne le test de l'élasticité croisée, le Conseil de la concurrence a indiqué, dans sa décision n° 99-D-45 du 30 juin 1999 relative à des pratiques constatées dans le secteur du jouet, que " *si le test de l'élasticité croisée peut être pris en compte, il fait partie du faisceau des indices qui doivent être pris en considération pour délimiter les marchés ; que ce test ne saurait être à lui seul décisif, dès lors que figurent au dossier des éléments d'appréciation qualitatifs qui doivent également être pris en compte " ; qu'en effet, dans un arrêt du 29 novembre 1994 (Comité interprofessionnel des fromages de Cantal), la Cour de cassation a précisé que " les critères de substituabilité d'un produit permettant de délimiter un marché économique de référence (...) s'apprécient différemment selon la nature et les modalités de commercialisation du produit en cause (...). La Cour d'appel, qui a constaté que le goût des fromages de Cantal se distinguait "nettement de celui des autres fromages à pâte pressée non cuite" (...), a pu, sans avoir à rechercher si la baisse de consommation de ce produit s'expliquait par le report de la clientèle sur d'autres fromages à pâte pressée, statuer ainsi qu'elle l'a fait " ; qu'il en résulte que " la délimitation des contours du marché doit être opérée en examinant successivement et, en cas de contradiction, en pondérant les différents indices réunis au cours de l'instruction... " ;*

Considérant que, dans la présente affaire, l'enquête a mis en évidence, en premier lieu, de la part des acteurs concernés, une perception générale de la spécificité du média télévision, en deuxième lieu, l'utilisation de techniques propres de commercialisation et de mesures, en troisième lieu, des conditions de vente particulières et, enfin, des contraintes juridiques spécifiques ; que ces constatations sont confortées par la décision du Conseil de la concurrence n° 96-D-44 du 18 juin 1996 et la décision de la Commission en date du 20 septembre 1995 qui ont conclu à l'existence d'un marché de la publicité télévisuelle ; que, dans la décision du Conseil de la concurrence, trois critères sont utilisés pour aboutir à la conclusion que " *du point de vue des annonceurs, chaque média possède des qualités propres de nature à les rendre insubstituables " ; importance du budget, nature du message et de la cible ; que, dans celle de la Commission, trois critères sont distingués : le public cible, les techniques employées et les prix ; qu'il n'y a pas de différence fondamentale entre ces critères et la méthodologie suivie par l'enquêteur et par le rapporteur ; que, même si les décisions précitées du Conseil de la concurrence et de la Commission n'ont pas autorité de la chose jugée, aucun élément nouveau n'est venu modifier les constatations*

relatives au marché pertinent contenues dans ces décisions ;

Considérant que, en ce qui concerne l'étude du Professeur Benzoni produite par les sociétés TF1 et TF1 Publicité et qui conclut à l'existence d'un marché plurimédia compte tenu d'une analyse fondée sur un test d'élasticité croisée, il convient de relever qu'alors qu'il y a, selon l'auteur, 61 359 annonceurs quel que soit le support, son étude ne vise, dans un premier temps, que les 10 199 annonceurs plurimédia et, dans un deuxième temps, les 2 506 annonceurs plurimédia recourant à la télévision, alors que ce dernier chiffre représente moins de 4 % du nombre total des annonceurs, même s'ils concentrent 75 % de l'investissement global en publicité média sur le marché français ; que c'est à partir de ces chiffres traduisant une sélection artificielle et asymétrique des demandeurs que le test a été pratiqué ; que, même si de nombreuses données ont été utilisées, la courbe qui les symbolise a été établie sur la base de cinq points seulement, c'est-à-dire sur la base de cinq rapprochements entre variation de prix et variation de la demande ; que ce nombre réduit de points ne permet pas de s'assurer de la validité du test ;

Considérant que, si l'étude relève encore que le média TV n'a pas de caractéristiques propres en ce qui concerne la couverture et la mémorisation, il résulte de l'enquête qu'il demeure, dans l'esprit des acteurs du marché et principalement des demandeurs, ce qui est essentiel, que le média TV est distinct des autres, alors que le Professeur Benzoni constate lui-même qu'il y a toujours des différences selon le média si on compare le niveau de mémorisation et de répétition et se borne, afin de démontrer l'absence de distinction entre médias, à donner des pourcentages de couverture maximales des médias ; qu'il résulte, d'ailleurs, de l'existence de préférences affichées de la part des demandeurs et des changements parfois brutaux de leur stratégie média qui ne sont pas liés à des variations de leurs prix relatifs, que la possibilité d'obtenir des couples répétition/mémorisation équivalents dans les différents médias, à la supposer établie, ne permet pas de conclure à une indifférence des décideurs à l'égard des différentes catégories de médias ; que, dès lors, il apparaît que les conclusions de cette étude ne sont pas de nature à remettre en cause les résultats de l'enquête ni l'analyse des décisions du Conseil de la concurrence et de la Commission, précitées ;

Considérant que les sociétés TF1 et TF1 Publicité ont produit, après le rapport, une étude de l'Union des annonceurs (UDA) intitulée " *une nouvelle segmentation du marché publicitaire Secodip 1999* " qui " *confirmerait point par point la segmentation effectuée dans l'étude du Professeur Benzoni* " et une étude complémentaire de ce dernier ; que l'étude de l'UDA, dont rien ne précise les objectifs, ne constitue nullement la démonstration annoncée et apparaît comme un simple état descriptif des investissements publicitaires ; que l'analyse complémentaire de M. le Professeur Benzoni n'apporte pas d'éléments nouveaux par rapport à son étude de base déjà examinée ; qu'il convient à nouveau d'affirmer que la circonstance qu'il puisse y avoir des investissements publicitaires plurimédias ne permet pas de conclure à l'existence d'un marché unique de la publicité, tous supports confondus ;

Considérant que la société M6 Publicité, qui reconnaît le bien fondé de la distinction des marchés publicitaires par média, soutient qu'il convient de distinguer l'espace publicitaire télévisuel des chaînes généralistes et l'espace publicitaire télévisuel des chaînes thématiques, ce qui serait confirmé par le rapport d'enquête de 1995 et par les décisions du Conseil de la concurrence, notamment la décision n° 99-D-85 du 22 décembre 1999 ; que, selon cette société, la singularité du marché de l'espace publicitaire télévisuel des chaînes thématiques résulte de quatre critères : en premier lieu, des techniques propres de mesure d'audience et de parts de marché publicitaire avec impossibilité de calculer l'impact des remises de part de marché ; en deuxième lieu, une différence de positionnement des chaînes thématiques et des chaînes généralistes hertziennes par rapport aux cibles avec des critères d'achat différents (puissance des écrans pour les chaînes généralistes hertziennes et qualité de la cible recherchée pour les chaînes thématiques) ; en troisième lieu, une tarification différente des écrans des chaînes thématiques avec un prix de l'espace publicitaire moins cher que sur les chaînes hertziennes, tandis que le coût GRP y est nettement plus élevé ; enfin, une commercialisation par des régies gérant également des chaînes généralistes, ce qui confirme l'absence de concurrence entre les deux types de chaîne ; qu'elle considère que le marché pertinent est celui des chaînes généralistes nationales : TF1 avec 50,2 % de part de marché, F2 avec 18,37 %, F3 avec 16,49 %, M6 avec 17,04 % et Canal + avec 2,56 % ; qu'elle relève que le marché pertinent est " *un marché de répartition, stable tant du point de vue des opérateurs présents que plus relativement de leur part de marché* " et que " *l'indice de concentration du marché est très élevé puisque deux opérateurs représentent à eux seuls plus de 80 % du marché en 1997 (dont 50,2 % TF1 Publicité et 29,86 % pour France Télévision Publicité)* " ; qu'elle indique, enfin, que le Conseil supérieur de l'audiovisuel, dans ses avis

du 7 mars 1997 et 14 octobre 1999, considère qu'il existe un marché de la publicité télévisuelle propre aux chaînes nationales hertziennes sans y inclure les chaînes du câble et du satellite ;

Considérant que, compte tenu de la très faible part du marché publicitaire télévisuel occupée au cours des années 94 à 96 par les chaînes de télévision thématiques et du fait qu'à l'époque, celles-ci ne faisaient l'objet d'aucune mesure spécifique d'audience et n'entraient donc pas dans les calculs de parts de marché utilisés pour la mise en œuvre des pratiques examinées, la question de l'intégration de ces chaînes dans le marché de l'espace publicitaire télévisuel est sans utilité pour l'examen du présent dossier ;

En ce qui concerne les pratiques,

Sur l'abus de position dominante de TF1 Publicité

Sur la position dominante de TF1 Publicité

Considérant que le marché pertinent étant celui de la publicité télévisuelle, tel que défini précédemment, il s'agit d'examiner, en premier lieu, les parts de marché détenues par les différentes chaînes, même si d'autres critères peuvent être également pris en considération ; que TF1 Publicité détient plus de 50 % de part dudit marché de 1995 à 1997, le deuxième opérateur, France Télévision Publicité, détenant avec 29 %, une part bien inférieure ; que l'érosion de la part d'audience de TF1, pendant la période considérée, ne s'accompagne pas d'une évolution aussi significative de la part détenue par la chaîne sur le marché de la publicité télévisée ; que, quelles que soient les raisons de cette situation, qui peut, par exemple, être imputable aux règles strictes limitant les écrans publicitaires sur les chaînes publiques non cryptées, elle n'en démontre pas moins que TF1 est capable de maintenir ou développer ses recettes malgré la baisse de son audience ; que la " *puissance des écrans* " de TF1 est un fait incontestable pour les professionnels ; que, si l'on compare la part d'audience des émissions par rapport aux parts de marché détenues par chaque chaîne, que l'on raisonne en audience globale ou sur la cible de référence pour TF1 (la ménagère de moins de 50 ans), on constate que TF1 obtient des annonceurs une part d'investissement supérieure à sa part d'audience, alors que les autres chaînes ont un rapport négatif, à l'exception de M6 lorsque l'on raisonne en audience globale (+ 4,62 contre + 15,13 pour TF1) ; que, si l'on retient le rapport audience/part de marché sur la cible des ménagères de moins de 50 ans, seul TF1, obtient un écart positif alors que, précisément, c'est sur cette cible que la chaîne réalise ses meilleurs taux d'audience (Cf. les tableaux " *Les rapports audience/part de marché* " de la présente décision) ;

Considérant que ce même écart, supérieur à quatre points, se retrouve si l'on compare le rapport entre le taux d'audience utile mesuré statistiquement par le GRP et les parts de marché par chaîne :

Comparatif Parts d'offre GRP/parts de marché par chaîne 1996-1997

	1996			1997		
	GRP	PDM		GRP	PDM	
TF1	46,6	50,9	4,3	45,5	49,5	4,0
FTV	30,2	29,1	- 1,1	29,5	30,0	0,5
M6	18,6	16,4	- 2,2	19,7	16,8	- 2,9
Canal +	3,4	2,4	- 1,0	3,6	2,5	- 1,1

Source PDM : Sécodip

Cible : ménagères < 50 ans.

Considérant, ainsi, que TF1 est en mesure de conserver des parts de marché de la publicité télévisuelle supérieures à ses taux d'audience, alors même que ceux-ci déterminent largement les choix faits par les annonceurs ; que ces éléments confirment le rôle de leader joué par TF1 sur le marché de la publicité télévisuelle ;

Considérant que les sociétés TF1 et TF1 Publicité soutiennent qu'à supposer qu'il existe un marché de la publicité télévisuelle, elles ne sont pas en position dominante sur ce marché ; qu'elles font état de la décision d'ouverture de procédure contre la France au titre des aides accordées à France 2 et France 3, publiée au JOCE du 27 novembre 1999, pour en déduire que la puissance financière de France Télévision et de Canal + est supérieure à la leur ; qu'elles ajoutent que l'analyse, qui aboutit à l'affirmation de leur position dominante, n'est pas conforme à celle de la Commission européenne qui utilise le critère de la capacité de financement des programmes ; qu'elles considèrent, également, qu'une telle analyse est contraire aux enseignements de la théorie économique sur l'oligopole mixte, selon laquelle " *l'objectif de bien-être poursuivi par la firme publique impose généralement une perte de profit très importante pour les firmes privées* " car " *les firmes privées font face à un rival pratiquant des prix très faibles* " ; qu'elles estiment que la part d'audience des écrans et plus généralement celle des programmes et leur évolution ne démontrent pas l'existence d'une position dominante et que le coût GRP de certains écrans de TF1 constitue seulement une manifestation du prix de marché de ces écrans dans un contexte de prix bas du service public ; qu'elles font valoir que les parts d'audience de TF1 Publicité en ce qui concerne les ménagères de moins de 50 ans (46 %) ne sont pas disproportionnées par rapport à celles de France Télévision Publicité (30 %) et de M6 Publicité (18,8 %) pour l'année 1997 ; qu'elles précisent qu'il n'y a pas eu, en 1993, alignement des différentes chaînes sur ses pratiques tarifaires de remise de fidélité puisque, comme le révélaient les décisions n° 93-D-59 du 15 décembre 1993 et n° 96-D-44 du 18 juin 1996 du Conseil de la concurrence, cette pratique était antérieurement répandue dans ce secteur ; qu'elles allèguent que TF1 Publicité ne peut s'affranchir de la concurrence compte tenu de la puissance économique de France Télévision et de la fluidité du marché, qui serait établie par le développement de France Télévision Publicité et de M6 ainsi que par l'apparition de la Cinquième et des chaînes thématiques, parallèlement à la forte érosion de ses parts de marché ; qu'elles prétendent que, même dans l'hypothèse de l'existence d'une position dominante sur le marché de la publicité télévisuelle, la situation de TF1 sur ce marché ainsi que l'importance des remises pratiquées ne permettent pas de qualifier ces pratiques d'anticoncurrentielles, puisque TF1 ne peut imposer aux annonceurs une quelconque exclusivité ; que ces pratiques visent à avantager les petits annonceurs et qu'elles répondent à leurs demandes ;

Mais considérant, en premier lieu, que l'existence d'une décision d'ouverture de procédure contre la France au titre des aides accordées à France 2 et France 3 n'est opérante qu'en ce qui concerne le marché de la diffusion télévisuelle et non les marchés de la publicité ; qu'elle ne peut suffire à démontrer l'absence de position dominante de TF1 Publicité sur le marché de la publicité télévisuelle ;

Considérant, en deuxième lieu, que l'argumentation des sociétés TF1 et TF1 Publicité, selon laquelle, en raison de l'existence d'un oligopole mixte, les prix bas pratiqués par France Télévision, en quelque sorte subventionnés, réduiraient leur marge de manœuvre, ne peut qu'être écartée lorsqu'on constate que les coûts GRP de TF1 pour les catégories Ménagère de moins de 50 ans et CSP plus de 50 ans sont les plus élevés, ce qui démontre que, sur son cœur de cible, cette chaîne, compte tenu de sa puissance, peut pratiquer des prix élevés sans être contrainte par le niveau des prix pratiqués par la régie publicitaire des chaînes publiques ;

Considérant, en troisième lieu, que, s'agissant des parts d'audience de TF1 Publicité en ce qui concerne les ménagères de moins de 50 ans par rapport à celles de France Télévision Publicité et de M6 Publicité pour l'année 1997, il convient de relever, d'une part, que le chiffre de 46 %, avec un différentiel de seize points par rapport à l'opérateur suivant, est, au contraire, élevé et, d'autre part, que doit être pris en considération l'ensemble des facteurs de puissance cumulés de TF1 ; qu'en ce qui concerne la cible CSP, TF1 est toujours en tête ; que, si TF1 voit ses parts de marché publicitaire diminuer, celles-ci demeurent néanmoins très importantes et que la limitation de la publicité sur les chaînes publiques est un facteur particulièrement favorable pour elle ;

Considérant, en quatrième lieu, que si les décisions n° 93-D-59 du 15 décembre 1999 et n° 96-D-44 du 18 juin 1996 du Conseil de la concurrence font déjà état, dans le secteur de la publicité télévisée, de pratiques de remise de publicité pour des périodes antérieures à 1993, il demeure que, compte tenu de la position de TF1 Publicité sur le marché pertinent, sa politique

tarifaire ne pouvait avoir qu'un effet d'entraînement, de généralisation et d'accentuation ; que, surtout, il convient de constater qu'après l'intervention de la loi dite " loi Sapin ", qui a modifié sensiblement les relations contractuelles entre annonceurs et supports, c'est bien TF1 qui a pratiqué, en premier, une politique de remise de fidélité, ainsi que l'attestent les déclarations déjà citées de Mme Vendroux, directrice de la régie publicitaire de Canal +, et de M. Santini, directeur général de la société France Espace ;

Considérant, enfin, que s'agissant de l'impossibilité prétendue, pour les sociétés TF1 et TF1 Publicité de s'affranchir de la pression du marché, il ne peut qu'être constaté que la pratique de remises fondées sur une part de dépenses publicitaires supérieure aux parts d'audience de la chaîne démontre que TF1 Publicité a pu, tout au contraire, s'affranchir de la pression de la concurrence ; que, si les parts de marché publicitaire des sociétés TF1 et TF1 Publicité sont passées de 52,43 % à 50,20 % en 1997, elles restent fort importantes et supérieures de vingt points environ à celle de France Télévision Publicité ; qu'aucune indication n'a été donnée de ce que cette érosion se serait poursuivie de manière sensible ;

Considérant que, compte tenu de la part du marché de la publicité télévisuelle détenue par TF1 et sa filiale TF1 Publicité, de sa capacité à maintenir en toutes circonstances un rapport part d'audience/part de marché publicitaire positif –ce qu'elle est la seule à pouvoir faire–, ainsi que de la possibilité qu'elle conserve de pratiquer des prix supérieurs à ceux de ses concurrents, les sociétés TF1 et TF1 Publicité doivent être regardées comme occupant au cours de la période considérée, qui s'étend du 24 décembre 1993 au 20 mai 1997, une position dominante sur le marché de la publicité télévisuelle ;

Sur les griefs d'abus de position dominante résultant de la pratique de remise de parts de marché mise en œuvre par TF1 et TF1 Publicité

Considérant que l'arrêt Hoffmann La Roche, rendu par la Cour de justice des communautés européennes le 13 février 1979, énonce : " *Attendu que, pour une entreprise se trouvant en position dominante sur un marché, le fait de lier –fût-ce à leur demande- des acheteurs par une obligation ou promesse de s'approvisionner pour la totalité ou pour une part considérable de leurs besoins exclusivement auprès de ladite entreprise constitue une exploitation abusive d'une position dominante au sens de l'article 86 du traité, soit que l'obligation en question soit stipulée sans plus, soit qu'elle trouve sa contrepartie dans l'octroi de rabais ; qu'il en est de même lorsque ladite entreprise, sans lier les acheteurs par une obligation formelle, applique, soit en vertu d'accords passés avec ces acheteurs, soit unilatéralement, un système de rabais de fidélité, c'est-à-dire de remises liées à la condition que le client – quel que soit par ailleurs le montant, considérable ou minime, de ses achats- s'approvisionne exclusivement pour la totalité ou pour une partie importante de ses besoins auprès de l'entreprise en position dominante ; qu'en effet, les engagements d'approvisionnement exclusif de cette nature, avec ou sans la contrepartie de rabais ou l'octroi de rabais de fidélité en vue d'inciter l'acheteur à s'approvisionner exclusivement auprès de l'entreprise en position dominante, sont incompatibles avec l'objectif d'une concurrence non faussée dans le marché commun parce qu'ils ne reposent pas – sauf circonstances exceptionnelles rendant éventuellement admissible un accord entre entreprises dans le cadre de l'article 85, et en particulier du paragraphe 3 de cette disposition – sur une prestation économique justifiant cette charge ou cet avantage, mais tendent à enlever à l'acheteur, ou à restreindre dans son chef, la possibilité de choix en ce qui concerne ses sources d'approvisionnement et à barrer l'accès du marché aux autres producteurs ; que la notion d'exploitation abusive est une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence " : que la Cour a ensuite vérifié l'existence des engagements et leur nature, et éventuellement la possibilité de s'en libérer ; que cette analyse a été reprise par la Cour dans l'affaire Michelin (CJCE 9 novembre 1983) et dans l'affaire BPB du 1^{er} avril 1993, et par le Conseil de la concurrence dans sa décision n° 96-D-10 du 20 février 1996 ODA ; que cette jurisprudence n'exige pas de relation d'exclusivité totale ;*

Considérant que la mise en œuvre de remises fondées sur les parts de marché conduit les annonceurs à affecter à la chaîne qui leur consent cet avantage le budget publicitaire minimum qui leur est imposé pour pouvoir en bénéficier ; qu'une telle remise, qui s'apparente à une remise de fidélité, fait obstacle à la fluidité des investissements publicitaires entre les

différentes chaînes hertziennes ; que, mise en œuvre par une entreprise en position dominante, elle constitue un abus prohibé par les dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce ;

Sur le grief d'entente dans le cadre de contrats de vente simple ou de contrats de coopération

Considérant qu'il convient de rappeler que dans l'affaire SA Brasserie De Haecht (CJCE 12 décembre 1967), la Cour de justice a énoncé que : *" Les conventions par lesquelles une entreprise s'engage à ne se fournir que dans une entreprise à l'exclusion de toute autre ne réunissent pas, par leur seule nature, les éléments constitutifs de l'incompatibilité avec le marché commun, prévus à l'article 85, paragraphe 1, du traité. Elles peuvent cependant les réunir lorsque, soit isolément, soit simultanément avec d'autres, dans le contexte économique et juridique dans lequel elles sont intervenues et sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, elles sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et ont, soit pour objet, soit pour effet, d'empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence "* ; que, dans l'affaire Delimitis du 28 février 1991, elle a précisé : *" Il y a donc lieu de répondre aux trois premières questions préjudicielles qu'un contrat de fourniture de bière est interdit par l'article 85, paragraphe 1, du traité CEE, s'il est satisfait à deux conditions cumulatives. Il faut, en premier lieu, que compte tenu du contexte économique et juridique du contrat litigieux, le marché national de la distribution de bière dans des débits de boissons soit difficilement accessible pour des concurrents qui pourraient s'implanter sur ce marché ou qui pourraient y élargir leur part de marché. Le fait que le contrat litigieux relève, dans ce marché, d'un ensemble de contrats similaires qui produisent un effet cumulatif sur le jeu de la concurrence ne constitue qu'un facteur parmi d'autres pour apprécier si un tel marché est effectivement d'un accès difficile. Il faut, en second lieu, que le contrat litigieux contribue de manière significative à l'effet de blocage produit par l'ensemble de ces contrats dans leur contexte économique et juridique. L'importance de la contribution du contrat individuel dépend de la position des parties contractantes sur le marché en cause et de la durée du contrat "* ; que la Cour a apporté des précisions quant à l'application de la jurisprudence sur l'effet cumulatif ainsi des contrats, en notant que l'analyse d'un tel effet sur les possibilités pour les concurrents de s'implanter sur le marché considéré ou d'y agrandir leur part de marché nécessite, dans un premier temps, la délimitation du marché et l'examen de la nature et de l'importance de l'ensemble desdits contrats ; que la simple constatation de l'existence de contrats similaires ne suffit pas et qu'il faut également examiner s'il existe des possibilités réelles et concrètes pour un nouveau concurrent de s'infiltrer dans le faisceau de contrats, en tenant compte des conditions dans lesquelles s'accomplit le jeu de la concurrence sur le marché de référence ; qu'elle ajoutait que, si l'examen a révélé que le marché en soi est difficilement accessible, il convient, dans un deuxième temps, d'apprécier dans quelle mesure les contrats conclus par l'entreprise en cause contribuent à l'effet cumulatif produit par l'ensemble des contrats similaires relevés sur le marché ; qu'il convient de vérifier que cette contribution est significative et, qu'à cet égard, sont prises en compte la position des parties contractantes sur le marché ainsi que la durée du contrat ;

Considérant que le nombre d'opérateurs sur le marché de la publicité télévisuelle est restreint par des contraintes fortes, la possibilité de diffuser des programmes par voie hertzienne dépendant du nombre de fréquences disponibles, qui est limité, et d'autorisations délivrées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel ; que, toutefois, les contrats en cause, passés entre des annonceurs et les régies de chaînes de télévision autorisées qui organisent des relations entre des offreurs et des acheteurs finaux et non entre des producteurs et des distributeurs comme cela était le cas dans les décisions rendues par la Cour de justice, ne sont pas tous identiques, en particulier en ce qui concerne le pourcentage des dépenses de publicité télévisuelle déclenchant les remises de part de marché, ce seuil n'étant pas toujours supérieur ou égal à la part de marché détenue par la chaîne ; que leur durée n'est qu'annuelle, ce qui permet aux annonceurs de remettre aisément en cause les choix qu'ils ont faits en matière de chaînes télévisuelles pour l'allocation de leur publicité ; qu'ainsi, la pratique en cause ne rigidifie pas le marché sur une longue période ; que, compte tenu des caractéristiques de l'offre d'espace publicitaire, dont le coût est pratiquement nul pour le diffuseur alors que, dans le même temps qu'il diffuse de la publicité, il réalise une économie puisqu'il n'a pas à diffuser de programmes, il est toujours possible à l'une des chaînes hertziennes nationales de proposer des tarifs particulièrement attrayants pour ses écrans publicitaires et de tenter ainsi d'augmenter sa part sur le marché de la publicité télévisuelle ; qu'ainsi, les conditions de l'effet cumulatif des conventions en cause ne sont pas satisfaites ; que, par suite, le grief d'entente anticoncurrentielle ne peut être retenu ; qu'il n'y a donc pas lieu de poursuivre la procédure de ce chef à l'encontre des sociétés TF1 et TF1 Publicité, France Télévision et M6 Publicité ;

Sur l'imputabilité du grief d'abus de position dominante

Considérant que le grief d'abus de position dominante a été notifié à la fois aux sociétés TF1 et TF1 Publicité ; que, dans son rapport, le rapporteur a abandonné le grief en tant qu'il était imputable à TF1, au motif qu'il n'était pas établi que la société TF1 Publicité ne soit pas autonome, et l'a confirmé en tant qu'il était applicable à TF1 Publicité ; que, dans leurs observations communes en réponse à ce rapport, les deux sociétés indiquent que la société TF1 " *prenait acte de l'abandon des griefs qui lui ont été notifiés et ne s'estime donc plus concernée par la présente procédure* " ;

Mais considérant, en premier lieu, que comme le reconnaît la société TF1 elle-même, elle a été destinataire, ainsi que sa filiale, la société TF1 Publicité, du grief d'abus de position dominante notifié par le rapporteur ; que la société TF1 a répondu, avec sa filiale, la société TF1 Publicité, à cette notification de griefs par des observations enregistrées le 24 mars 2000 ; qu'elle a ainsi pu présenter sa défense, qui était d'ailleurs strictement commune à celle présentée par la société TF1 Publicité, sa filiale ;

Considérant, en second lieu, qu'à la suite de la communication du rapport, les sociétés TF1 et TF1 Publicité ont présenté un mémoire commun ; que, d'une part, la société TF1, faisant référence au rapport, y demandait sa mise hors de cause ; que, d'autre part, la société TF1 Publicité y faisait valoir que " *contrairement aux présuppositions du rapporteur, elle ne dispose d'aucune autonomie juridique et d'action par rapport à sa société mère ; ...que TF1 était détenu à plus de 99 % par TF1 et que son Conseil d'administration était pour l'essentiel composé de dirigeants de la société mère ;qu'étant structurellement et commercialement intégrée à sa société mère, elle ne saurait être responsable des faits qui lui sont aujourd'hui reprochés* " ; qu'il résulte, ainsi, des écritures mêmes de la société TF1 Publicité qu'en l'absence de toute autonomie de sa part, les faits qui lui sont reprochés, ne peuvent être imputés qu'à sa société mère, la société TF1 ;

Considérant que la question posée au Conseil étant de savoir, non pas si la société TF1 a, en tant que telle, commis les faits visés dans la saisine et qui ont été décrits ci-dessus, mais si, en raison des liens d'étroite dépendance entre la société mère et sa filiale, la personnalité morale de la société TF1 Publicité ne s'est pas trouvée dissoute dans celle de la société TF1 et si, dès lors, cette dernière ne doit pas répondre des griefs retenus au terme d'une procédure pleinement contradictoire à son endroit, l'appréciation du rapport sur l'indépendance de la filiale ne lie pas le Conseil ; que, l'absence d'autonomie de la société TF1 Publicité à l'égard de sa société mère apparaissant certaine au vu des éléments du dossier, la société TF1 doit être maintenue dans les liens de la poursuite et qu'il convient de lui imputer la responsabilité des pratiques d'abus de position dominante précédemment analysées ;

Sur les suites à donner

Considérant qu'aux termes de l'article L. 464-2 du code de commerce " *le Conseil de la concurrence peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières. Il peut infliger une sanction pécuniaire applicable, soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions. Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie et à la situation de l'entreprise ou de l'organisme sanctionné. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction. Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 5 % du montant du chiffre d'affaires hors taxes en France au cours du dernier exercice clos. Si le contrevenant n'est pas une entreprise, le montant maximum est de dix millions de francs. Le Conseil de la concurrence peut ordonner la publication de sa décision dans les journaux de publications qu'il désigne, l'affichage dans les lieux qu'il indique et l'insertion de sa décision dans le rapport établi sur les opérations de l'exercice par les gérants, le conseil d'administration ou le directoire de l'entreprise. Les frais sont supportés par la personne intéressée* " ;

Considérant que, pour apprécier la gravité des faits et l'importance du dommage causé à l'économie, il y a lieu de relever, en ce qui concerne le grief d'abus de position dominante, que la pratique en cause a eu pour objet et pour effet de maintenir la position dominante détenue par la société TF1 et de faire obstacle à la fluidité du marché ; que, compte tenu de la position de leader de cette société, la politique commerciale qu'elle a suivie a eu un effet d'entraînement et de généralisation sur l'ensemble du marché, renforçant ainsi sa rigidité ; que cette pratique a été maintenue alors même que le ministre de l'économie avait, le 6 février 1996, adressé à la société TF1 un courrier l'engageant à modifier la politique tarifaire de son

entreprise ; que l'importance du dommage à l'économie résulte de la généralisation de cette pratique sur un marché évalué en 1997 à 24,7 milliards de francs ; que, toutefois, si l'on peut penser qu'en l'absence de cette pratique, les parts de marché de chaque régie publicitaire auraient pu évoluer de manière plus contrastée, il y a lieu de relever que, sur la période 1995/1997, la part de marché de TF1 Publicité a enregistré une baisse de 2,23 points, alors que celle de France Espace et de M6 Publicité ont progressé respectivement de 1,17 et 0,92 point ; que, sur la période, la seule société concurrente de la société TF1 Publicité à avoir enregistré une baisse de parts de marché est la société Canal + ; que, toutefois, cette baisse est faible (- 0,07 point) ; que la société TF1 a déclaré, lors de la séance, avoir abandonné toute pratique s'apparentant à une remise de part de marché ;

Considérant que la société TF1 a réalisé en France, au cours de l'exercice clos en décembre 1999, un chiffre d'affaires de 8 435 587 300 F ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'appréciés ci-dessus, il y a de lui d'infliger une sanction pécuniaire de 8 000 000 F ;

Considérant que, compte tenu de l'abandon de la pratique par la société TF1, il n'y a pas lieu à délivrer d'injonction ;

Considérant que, compte tenu de l'existence d'une position dominante qui, sans être en elle-même interdite, constitue une condition favorable à la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles, il convient d'informer les annonceurs des difficultés de fonctionnement du marché afin qu'ils y exercent leur vigilance ; que, dès lors, il y a lieu d'enjoindre à la société TF1 de publier la présente décision dans une revue professionnelle,

Décide :

Article 1er. - Il est établi que la société TF1 a enfreint les dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce.

Article 2. – Il est infligé à la société TF1 une sanction pécuniaire de 8 000 000 F.

Article 3. - Dans un délai maximum de trois mois suivant sa notification, le texte de la présente décision sera publié avec des caractères en permettant la lisibilité dans des conditions normales dans la revue *Stratégie*. Cette publication sera précédée de la mention : "*Décision du Conseil de la concurrence relative à des pratiques mises en œuvre par la société TF1*".

Article 4. – Il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure engagée sur le fondement des dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce à l'encontre des sociétés TF1 et TF1 Publicité, France 2 , France 3, France Télévision Publicité, M6 et M6 Publicité.

Délibéré, sur le rapport de M. Guedj, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, Mmes Flüry-Herard et Perrot, MM. Bidaut, Piot, Lasserre, Nasse, Ripotot et Robin, membres.

La secrétaire de séance,
Patricia Perrin

La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen