



Avis n°08-A-01 du 28 janvier 2008 relatif au respect des engagements souscrits par les groupes TF1 et AB dans le cadre de la prise de contrôle conjoint sur TMC

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre du 27 avril 2007 enregistrée sous le numéro 07/0040 A, par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence, en application des dispositions du IV de l'article L. 430-8 du code de commerce, d'une demande d'avis relative à l'exécution, par les groupes TF1 et AB, des engagements souscrits le 26 octobre 2004, sous condition desquels il avait autorisé la création d'une entreprise commune de plein exercice par les groupes TF1 et AB et l'acquisition par cette entreprise commune, auprès du groupe Pathé, de 80 % du capital de la société Télé Monte-Carlo et de sa filiale Monégasque des Ondes ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence ;

Vu les observations présentées par les groupes TF1 et AB ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et les représentants des groupes TF1 et AB entendus, lors de la séance du 11 décembre 2007 ;

Les représentants de Métropole Télévision entendus sur le fondement des dispositions de l'article L. 463-7 du code de commerce ;

Adopte l'avis fondé sur les constatations et les motifs ci-après exposés :

I. Constatations

1. Par lettre enregistrée le 27 avril 2007 et en vertu du IV de l'article L. 430-8 du code de commerce, le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence pour avis sur l'exécution, par les groupes TF1 et AB, des engagements souscrits le 26 octobre 2004. C'est sous condition de la prise de ces engagements que le ministre avait autorisé, par lettre du 27 octobre 2004, la création par les groupes TF1 et AB de l'entreprise commune de plein exercice Monte-Carlo Participations (ci-après « MCP ») et l'acquisition par cette dernière, auprès du groupe Pathé, de 80% du capital de la société Télé Monte-Carlo (ci-après « TMC ») et de sa filiale Monégasque des Ondes (ci-après « MDO »).
2. Par une décision en date du 27 juin 2007, le Conseil d'Etat statuant au contentieux a rejeté le recours formé contre la décision ministérielle d'autorisation.
3. Dans le cadre du suivi des engagements, la DGCCRF a réalisé une enquête afin de recueillir les éléments permettant au Conseil de la concurrence de se prononcer sur leur exécution. Ces documents ont été transmis au Conseil le 27 juin 2007.

A. LE CONTEXTE DE L'OPÉRATION

1. L'OPÉRATION DE CONCENTRATION ET LES ENGAGEMENTS SOUSCRITS PAR LES GROUPES TF1 ET AB

4. TMC, société anonyme de droit monégasque, était jusqu'en 2004, détenue à 80 % par la société Pathé et à 20 % par la principauté de Monaco. Ses programmes étaient diffusés par voie hertzienne analogique dans la principauté de Monaco et dans une partie du sud-est de la France, et, par voie numérique payante, par le réseau câblé et par satellite. Avant le lancement de la télévision terrestre numérique (ci-après « TNT »), TMC ne représentait que 1 % de l'audience nationale. Cependant, elle a été choisie par le Conseil supérieur de l'audiovisuel (ci-après « CSA ») pour faire partie des 18 chaînes gratuites de la TNT rendues progressivement accessibles sur tout le territoire national (décision du CSA n° 2003-307 du 10 juin 2003), ce qui lui a offert des perspectives d'évolution significatives. C'est dans ce contexte que les groupes TF1 et AB ont décidé de prendre le contrôle conjoint de cette société.
5. Le montage de l'opération notifiée au ministre était le suivant : TF1 et AB créaient une nouvelle société, « MCP », détenue par parts égales. Cette société commune se portait acquéreur de 80 % de TMC, laquelle détenait déjà 100 % de MDO, succursale opérationnelle de TMC. Le contrat de cession d'actions entre Pathé d'une part, et les groupes TF1 et AB d'autre part, a été signé le 6 juillet 2004. Par ailleurs, le même jour, un pacte d'actionnaires ou « convention » régissant les modalités de contrôle et le fonctionnement de TMC a été signé entre les groupes TF1 et AB.
6. Lors de l'analyse de l'opération, le ministre de l'économie a identifié trois marchés : le marché de la commercialisation et de l'exploitation des chaînes thématiques, le marché de l'acquisition des droits de diffusion et le marché de la publicité télévisée. Le ministre a écarté le risque d'atteinte à la concurrence sur les deux premiers marchés. En

revanche, en dépit de la faible audience de TMC et de sa part de marché réduite sur le marché de la publicité télévisée, le ministre a considéré que l'opération, en renforçant la position dominante de TF1 sur le marché de la publicité télévisée, était susceptible de porter atteinte à la concurrence sur ce dernier marché en raison des évolutions attendues du secteur après l'arrivée de la TNT. Par ailleurs, d'après cette analyse, le fait pour le groupe TF1 de disposer de deux chaînes gratuites généralistes, TF1 et TMC, lui aurait permis de jouir d'un effet de gamme sans précédent dans le secteur de la télévision gratuite, qui se serait traduit par un renforcement de sa position dominante sur le marché de la publicité télévisée.

7. Afin de remédier aux problèmes de concurrence identifiés, les parties ont souscrit des engagements sous réserve desquels le ministre a autorisé l'opération par lettre du 27 octobre 2004. Le Conseil de la concurrence n'a pas été consulté.
8. Les engagements, annexés à la lettre du ministre, sont les suivants :

« 1. TF1 et AB Groupe s'engagent à ce que la régie des espaces publicitaires de la société anonyme de droit monégasque Télé Monte-Carlo (TMC) soit exploitée de façon autonome, directement au sein de la Société TMC, par l'intermédiaire d'une filiale de TMC, ou par l'intermédiaire d'une société tierce capitalistiquement indépendante de la société TF1.

Dans ce cadre, TF1 et AB Groupe s'engagent à modifier, à la date de la réalisation de l'opération, la convention du 6 juillet 2004 [le pacte d'actionnaire évoqué au paragraphe 5 du présent avis] comme suit :

(i) à l'article 3.3 :

- en supprimant des décisions prises en commun en conseils d'administration, le paragraphe 3.3.IV relatif à la politique générale de tarification des écrans publicitaires et des conditions générales de vente de la publicité ;*
- en ajoutant au paragraphe 3.3.XIII relatif à la signature ou à la modification du contrat de régie, que le vote commun ne portera pas sur la politique générale de tarification des écrans publicitaires et des conditions générales de vente de la publicité.*

(ii) A retirer de l'annexe 5 les dispositions selon lesquelles la "régie de publicité nationale et locale" est une prestation rendue par TF1.

2. Dans le cadre de l'engagement visé au paragraphe 1 ci-dessus, TF1 et AB Groupe garantiront que la commercialisation des espaces publicitaires de TMC sera totalement indépendante de la société TF1 Publicité et donc de toute chaîne exploitée par cette régie ou toute autre régie dont TF1 détiendrait le contrôle exclusif au sens du contrôle des concentrations, tel que visé à l'article L. 430-1, III, du code de commerce :

(i) en ce qui concerne les conditions générales de vente et les conditions commerciales ;

(ii) et en ce qui concerne les personnels, qui seront recrutés sur le marché extérieur, étant précisé que dans ce cas ils seront employés directement par TMC ou par une filiale de cette société.

Dans ce cadre, TF1 et AB Groupe s'engagent à faire parvenir annuellement aux services de la DGCCRF les conditions générales de vente des espaces publicitaires de TMC telles que publiées et communiquées au marché ;

3. *Aucune commercialisation d'espaces publicitaires ne sera effectuée en couplage avec la chaîne TF1, cet engagement se traduisant notamment par l'absence de toute remise couplée entre l'achat d'espaces publicitaires sur la chaîne TF1 et sur la chaîne TMC ;*

4. *Les engagements fermes qui figurent aux paragraphes 1 à 3 sont proposés pour une durée de [...] ans à compter de la date de réalisation de l'opération. Ils sont renouvelables tacitement pour des périodes de [...] ans. Avant la fin de chaque période de [...] ans, ils seront réexaminés par la DGCCRF, en fonction de la situation concurrentielle du marché. La DGCCRF pourra décider d'y mettre fin ;*

5. *TF1 et AB Groupe s'engagent à ne pas modifier les stipulations de l'annexe 5 de la convention du 6 juillet 2004 selon lesquelles la "centrale d'achat des programmes" est une prestation rendue par AB Groupe, sauf à en avoir reçu l'accord préalable et formel du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie.*

Cet engagement est proposé pour une durée de [...] ans à compter de la date de réalisation de l'opération, après quoi il prendra fin.

Par ailleurs, à l'issue de cette période de [...] ans, TF1 et AB Groupe informeront les services de la DGCCRF des modalités selon lesquelles cet engagement a été mis en œuvre ».

9. Parallèlement, l'opération de rachat a été autorisée par le Conseil supérieur de l'audiovisuel le 16 février 2005 sur le fondement de l'article 42-3 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986.

2. LA PROCÉDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

10. La décision d'autorisation du ministre a été publiée au BOCCRF de janvier 2005 et a fait l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat par les sociétés Canal Plus et Métropole Télévision (M6). La première s'est désistée de sa requête. La seconde contestait notamment l'insuffisance des engagements pour remédier aux problèmes de concurrence identifiés par le ministre.
11. L'hypothèse d'un non respect des engagements pris par les groupes TF1 et AB a été évoquée au cours de l'instruction devant le Conseil d'Etat. En effet, M6 a annexé à ses mémoires copie de plusieurs offres d'emploi émanant de TMC, publiées sur le site du Syndicat National de la Publicité Télévisée (ci après « SNPTV »), ainsi qu'une pièce tendant à établir qu'une salariée de TMC Régie était une ancienne salariée de TF1 Publicité. Ces offres d'emploi mentionnaient que les candidatures devaient être adressées à TF1 Publicité. C'est dans ces conditions que le ministre a décidé d'effectuer une enquête et de saisir pour avis le Conseil de la concurrence.
12. Par une décision du 27 juin 2007, le Conseil d'Etat a rejeté le recours. Il a considéré que le ministre n'avait pas commis d'erreur d'appréciation en estimant que les engagements souscrits par les parties étaient de nature à remédier aux effets anticoncurrentiels de la concentration. Il a par ailleurs renvoyé aux autorités de concurrence la question éventuelle du non respect des engagements.

B. LES FAITS

13. L'avenant au pacte d'actionnaires modifiant les stipulations dans le sens exigé par les engagements a été signé le 12 janvier 2005.

14. La diffusion de TMC a commencé sur la TNT en mars 2005. Parallèlement, la chaîne a cessé de percevoir les recettes provenant des abonnements aux bouquets du câble et du satellite. Ainsi, depuis mars 2005, TMC n'a plus d'autres ressources que celles provenant de la publicité.
15. En application de l'engagement relatif à l'exploitation autonome de la régie publicitaire de TMC, cette régie a été confiée tout d'abord à MDO, filiale opérationnelle de TMC, puis, à partir de juin 2006, à sa nouvelle filiale TMC Régie.
16. Les statuts de TMC, MCP et MDO, ainsi que le pacte d'actionnaires conclu entre TF1 et AB, prévoyaient que TF1 désignerait le directeur général de TMC : M. X a été nommé à ce poste pour les deux premières années. Il a été remplacé par M. Y, également représentant de TF1, à partir de septembre 2006.
17. Les premiers recrutements ont eu lieu en mars-avril 2005. Mme Z a été recrutée en avril 2005 par MDO en tant que directeur général adjoint de TMC et directeur de la régie publicitaire. Son contrat a été signé par M. X. D'autres personnes ont été recrutées, les contrats de travail étant signés par M. X ou M. Y. La direction des ressources humaines de TF1 a pris en charge la partie administrative des recrutements : mise en ligne des postes à pourvoir, réception des candidatures, tri des candidatures, réalisation des tests psychotechniques, constitution des dossiers personnels, gestion de la paye. Par ailleurs, avant chaque recrutement, un visa de TF1 et de AB était exigé.
18. TMC Régie a été créée en juin 2006. En juin 2006, TMC et MDO ont fusionné et le personnel de MDO a été transféré à TMC Régie.
19. En janvier 2007, le groupe TF1 a pris une participation de 33,5 % dans le capital du groupe AB. Cette opération n'a pas donné lieu à notification auprès du ministre de l'économie.

Les comités stratégiques de MCP

20. Il ressort de l'instruction que les comités stratégiques permettent à TF1 et AB de se mettre d'accord, hors la présence du troisième actionnaire de TMC, la Principauté de Monaco, sur les points énumérés à l'article 3.3 du pacte d'actionnaires et évoqués en conseil d'administration. Le premier engagement a fait sortir de ces points toutes les questions relatives à la régie publicitaire de TMC.
21. TF1 et AB affirment : « *Les comités stratégiques de MCP permettent de préparer les conseils d'administration de MCP, afin que TF1 et AB parlent d'une seule voix. Il s'agit de réunions informelles où les administrateurs de MCP se mettent d'accord sur les points énumérés à l'article 3.3 du pacte d'actionnaires (décisions pour lesquelles il faut l'autorisation préalable du conseil d'administration). Les personnes qui assistent à ces comités sont les membres du conseil d'administration de MCP et le cas échéant les cadres de direction de TMC et TMC Régie* ». Ces comités stratégiques sont non seulement des réunions de préparation des conseils d'administration de MCP mais également de TMC et MDO, les administrateurs de ces trois sociétés étant les mêmes (mise à part la principauté monégasque pour TMC). On peut d'ailleurs constater une certaine confusion dans l'intitulé de ces comités.
22. Il ressort des comptes rendus des comités stratégiques de MCP que des représentants de TF1 et de AB sont intervenus lors de la mise en place de la régie de TMC, notamment en validant certains points stratégiques ou opérationnels.
23. Dans le compte rendu du 7 avril 2005, il est ainsi indiqué :

« Lors du prochain comité le 21 avril , Z présentera l'organisation, l'offre marketing et le calendrier prévisionnel des réunions avec les agences-média et les annonceurs. [...] A [représentant de TF1 dans le conseil d'administration de TMC] demande que Z le rencontre rapidement afin de concrétiser les intentions d'investissements de ses contacts, notamment le groupe [...] et les collectivités locales de la région de [...] ».

24. De même, dans le compte rendu du comité du 21 avril 2005, auquel assiste en outre Mme B, présidente de TF1 Publicité, on peut lire les mentions suivantes :

« Z présente l'état des lieux de la Régie Publicitaire (cf support en annexe). Le comité approuve l'organisation proposée. Il est clairement identifié la nécessité de définir la cible commerciale de TMC : soit femme 25/49 ans, soit individu 25/49 ans [...] [soulignement ajouté].

Il apparaît vital que pour les agences média dont le chiffre d'affaires actuel avec TMC Régie est quasiment nul, de les rencontrer une par une avec C et X de façon à les motiver pour les deux chaînes [soulignement ajouté].

C demande qu'une note soit rédigée sur les pratiques commerciales des grandes régies qui ont en portefeuille des chaînes concurrentes et sur l'inconvénient de ces pratiques pour une régie indépendante ».

25. Dans les comités stratégiques postérieurs, les présentations de Mme Z se limitent, d'après les mentions figurant aux comptes rendus, à informer les actionnaires de l'évolution du marché et des objectifs de la régie.

26. TF1 et AB ont déclaré, à propos de ces comités :

« Dans ce cadre, Z fait un point sur les perspectives du marché et les tendances ainsi que sur l'avancement dans les objectifs fixés Z a développé son plan d'action de façon plus approfondie lors des comités des 7 et 21 avril 2005 car elle venait d'être recrutée et TMC était dans une situation de crise avec le passage de chaîne payante à chaîne gratuite. Dans les comités postérieurs, les développements sur son activité ont été beaucoup plus succincts. Nous avons essayé de trouver l'annexe au PV du comité stratégique du 21 avril 2005 dans lequel ZI développait sa stratégie mais nous ne l'avons pas trouvée.

L'existence de ces comités stratégiques et le fait que Z y présente ses résultats ne caractérisent pas une violation des engagements. En effet, ces éléments caractérisent simplement la réalité de la vie d'une entreprise : c'est-à-dire le fait que ses actionnaires et leurs représentants (les membres du CA) soient à même, dans le cadre de la mise en œuvre de leurs responsabilités de gestion de l'entreprise, de connaître la réalité économique des dépenses et des recettes, afin de pouvoir préparer utilement le plan à trois ans, outil essentiel de contrôle ».

27. Mme Z a, quant à elle, précisé son rôle : « Je suis chez TMC Régie depuis avril 2005 au titre de directeur de la Régie et directeur adjoint de TMC. La régie commercialise deux chaînes : TMC et NT1. J'ai une fonction commerciale mais également de management de la régie (recrutement, gestion du personnel). Je suis chargée de doter TMC Régie d'une stratégie de moyens (au niveau marketing, communication, commercial) pour atteindre un objectif de chiffre d'affaires que je fixe moi-même. J'ai une très grande autonomie dans cette petite structure. J'ai également une fonction de reporting auprès des actionnaires ; pour atteindre les objectifs je suis tout à fait autonome dans l'élaboration de la stratégie commerciale ».

Le recrutement du personnel

28. Le rôle de TF1 dans le recrutement du personnel de TMC Régie est décrit par TF1 et AB de la façon suivante : *« les candidatures arrivent à la DRH de TF1 qui fait un premier filtre en fonction des caractéristiques du poste et du candidat définies par ZI. A cet effet, TF1 peut réaliser un test psychotechnique (il s'agit d'un profilage qui n'a pas pour effet d'exclure certains CV mais seulement de donner à Z des informations sur la personnalité des candidats). Une fois réalisé ce premier filtre, c'est Z qui fait passer les entretiens et qui décide de la personne qui va être recrutée ainsi que de son salaire (dans les limites du plan voté dans le Conseil d'administration de TMC). Les visas de TF1 et d'AB visent à contrôler les coûts de TMC. Il s'agit de simples règles de bonne gestion et non d'une approbation des choix de Z »*. D'après ces déclarations, Z est la seule responsable du recrutement des salariés de TMC Régie, le rôle de TF1 et AB se limitant à un contrôle des coûts.
29. Mme Z décrit dans les termes suivants son rôle dans le recrutement du personnel de la régie de TMC :
- « C'est moi qui ai recruté en toute latitude mon personnel en m'appuyant :*
- 1) sur des CV sélectionnés par le directeur de la Régie Pathé au moment de la transition Pathé / TMC régie (ce directeur a fait un mois de consulting supplémentaire pour m'aider notamment à rencontrer les agences médias télé que je ne connaissais pas). J'avais la possibilité de faire appel à TF1 pour rédiger les contrats mais c'est moi qui fixais les salaires, l'organisation, les avenants.*
 - 2) Aujourd'hui, la structure étant un peu plus importante je fais appel soit à un cabinet de recrutement soit je mets en ligne des annonces publiées sur le site du SNPTV. Etant donné l'affluence des candidatures sur ce site, nous avons délégué la sélection des CV à TF1 qui fait office de boîte aux lettres. Le critère que je leur ai donné pour sélectionner le candidat est le fait d'avoir déjà travaillé sur le média télé. Ensuite mon assistante reçoit l'ensemble des CV sur la base de ce critère et je rencontre moi même les candidats. Je fais mon choix. Le cas échéant quand j'hésite encore sur le choix d'un candidat, je demande à TF1, pour le compte de TMC Régie, de lui faire passer un test psychotechnique. Une fois que j'ai opéré mon choix final, je sollicite TF1 pour rédiger le contrat selon mes critères. Je suis entièrement responsable du recrutement de mes employés. TF1 intervient également dans la gestion de la paie et pour l'aspect médical.*
 - 3) Le recrutement se fait surtout par réseaux, je suis en contact direct avec les agences médias susceptibles de me donner les noms de candidats »*.
30. Mais il ressort des documents transmis par la DGCCRF que le rôle joué par TF1 n'est pas purement et simplement administratif.
31. En effet, si c'est bien Mme Z qui fait passer les entretiens d'embauche, les contrats de travail sont signés par M. X ou M. Y. Or, ces deux personnes sont - au moins jusqu'en septembre 2006 pour le second – salariés de TF1.
32. En outre, le rôle du directeur général de TMC ne se cantonne pas à une simple signature. En effet, il ressort d'un message électronique envoyé par une des employées de TMC Régie, que M. X est intervenu dans la négociation et la validation des conditions contractuelles des employés de TMC Régie.

Message de Mme D, salariée de TMC Régie, à Mme E, DRH de TF1 :

« Bonjour E,

Je viens d'avoir Z au sujet de mon contrat.

X est d'accord sur les deux derniers points évoqués avec Z ce jour, à savoir : l'annotation sur mon contrat que je serais 'en charge du planning' et qu'il y aura une clause de rendez-vous dans 6 mois pour voir et discuter de mon salaire et de mon poste.

[...]

D »

33. M. X a signé cette lettre de rendez-vous le 31 mars 2005.
34. En outre, il ressort du compte rendu du comité stratégique du 17 mars 2005 que M. X a participé de façon active aux recrutements du personnel chargé de la régie :
« X informe le comité que Z a signé son contrat de DGA de TMC Directeur de la Régie Publicitaire ; elle a rencontré les personnes sélectionnées par X pour les postes de chargés de programmation et de mise à l'antenne [...] » (soulignement ajouté).
35. Puis, dans le compte rendu du comité stratégique du 31 mars 2005, il est indiqué que *« les contrats des collaborateurs non commerciaux (deux chargés de programmation, un chargé de la mise à l'antenne, un chargé de marketing) ont été signés »*. Mme Z n'ayant été recrutée que le 1er avril 2005, c'est M. X qui a dû procéder à ces recrutements.

II. Analyse

36. Le IV de l'article L. 430-8 du code de commerce dispose : *« S'il estime que les parties n'ont pas exécuté dans les délais fixés une injonction, une prescription ou un engagement, le ministre chargé de l'économie peut saisir pour avis le Conseil de la concurrence. Si l'avis du Conseil de la concurrence constate l'inexécution, le ministre chargé de l'économie et, le cas échéant, le ministre chargé du secteur économique concerné peuvent :*
1° retirer la décision ayant autorisé la réalisation de l'opération. (...);
2° enjoindre sous astreinte aux parties auxquelles incombait l'obligation non exécutée d'exécuter dans un délai qu'ils fixent les injonctions, prescriptions ou engagements.
En outre, le ministre chargé de l'économie peut infliger aux personnes auxquelles incombait l'obligation non exécutée une sanction pécuniaire qui ne peut dépasser le montant défini au I. ».

A. SUR LA PROCÉDURE

37. Invoquant les stipulations de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et du citoyen, les parties ont soulevé, en séance, la question de la compatibilité avec cette norme du cumul, dans les mains du ministre de l'économie, des fonctions de commissaire du Gouvernement, présent à la séance, et du statut de partie saisissante, dotée d'un pouvoir de sanction.

38. L'article L. 463-7 du code de commerce prévoit, de façon générale, la présence du commissaire du Gouvernement aux séances du Conseil, sans qu'aucune dérogation ne soit prévue pour la procédure du IV de l'article L. 430-8 rappelée au paragraphe 36.
39. Cette procédure ne débouche sur aucune sanction ni injonction prononcée par le Conseil, mais habilite le ministre, si le Conseil constate l'inexécution des engagements, à prendre une des décisions rappelées au paragraphe 36 du présent avis, toutes ces décisions étant susceptibles de faire grief aux entreprises concernées. Le commissaire du Gouvernement n'a, comme dans le cadre de la procédure contentieuse, ni pouvoir d'intervention sur le déroulement de la procédure ni sur le prononcé de l'avis du Conseil, qui n'est pas lié par les observations présentées devant lui. Il n'est donc pas conduit à prendre de décision qui préjugerait des suites du dossier. Par ailleurs, les observations écrites qu'il dépose et ses conclusions orales en séance sont soumises au contradictoire : les parties peuvent les contester après les avoir reçues ou entendues. Il s'en suit que la présence en séance du commissaire du Gouvernement n'est pas contraire au principe d'impartialité, ni au principe de l'égalité des armes.
40. Le moyen doit, en conséquence, être écarté.

B. SUR L'EXÉCUTION DES ENGAGEMENTS SOUSCRITS

41. Les engagements pris par les groupes TF1 et AB, intégralement cités au paragraphe 8 du présent avis, sont au nombre de quatre. Ils concernent :
 - l'exploitation « *autonome* » de la régie publicitaire de TMC ;
 - la commercialisation de manière « *indépendante* » de TF1 Publicité, des espaces publicitaires de TMC ;
 - l'absence de tout « *couplage* » de la commercialisation des espaces publicitaires ;
 - le maintien d'AB Groupe comme prestataire de la centrale d'achat des programmes.
42. TF1 et AB soutiennent dans leurs observations que les trois premiers engagements forment un « *tout indivisible* » visant à amender le pouvoir de marché de TF1 et qu'ils ne peuvent pas être analysés indépendamment les uns des autres. Pour TF1 et AB, l'exploitation autonome de la régie serait un engagement de principe visant à séparer les régies de TF1 et de TMC, dont les modalités seraient ensuite déclinées dans la deuxième partie du premier engagement et dans les deuxième et troisième engagements.
43. Mais le Conseil rappelle que les engagements, comme les injonctions, sont d'interprétation stricte, ainsi que la cour d'appel de Paris l'a rappelé dans un arrêt du 10 septembre 1996, (société méditerranéenne de béton) (« (...) *une injonction, constituant par nature une mesure contraignante pour celui qui la subit, est d'interprétation stricte* (...) »). Or le Conseil observe que la décision du ministre, confirmée par le Conseil d'Etat, énonce clairement - en cinq points - que tous les engagements spécifiés sont nécessaires pour remédier aux problèmes de concurrence identifiés. En conséquence, il convient d'examiner si chacun de ces engagements a été exécuté.

1. SUR L'EXÉCUTION DU PREMIER ENGAGEMENT

44. Il résulte du contenu des engagements énoncés au paragraphe 8 que les groupes TF1 et AB se sont engagés « à ce que la régie des espaces publicitaires de la société anonyme de droit monégasque Télé Monte-Carlo (TMC) soit exploitée de façon autonome, directement au sein de la société TMC, par l'intermédiaire d'une filiale de TMC, ou par

l'intermédiaire d'une société tierce capitalistiquement indépendante de la société TF1». Dans ce cadre, TF1 et AB se sont engagées, précisément, à modifier le pacte d'actionnaires les liant, en supprimant de la liste des décisions prises en commun en conseil d'administration celles relatives à la politique générale de tarification des écrans publicitaires et des conditions générales de vente de publicité, en ajoutant que le vote commun relatif à la signature et à la modification du contrat de régie ne porterait pas sur la politique générale de tarification des écrans publicitaires et des conditions générales de vente de la publicité, et, enfin, en supprimant la stipulation contenue dans l'annexe 5 du pacte d'actionnaires aux termes de laquelle la régie publicitaire nationale et locale de TMC serait une prestation rendue par TF1.

45. Cet engagement est donc composé de deux parties, la première posant le principe général d'exploitation de la régie de TMC « *de façon autonome* », et la seconde déclinant ce principe « *dans (le) cadre* » de l'exigence d'autonomie et faisant sortir du champ décisionnel de TF1 et AB toutes les décisions ayant trait à la publicité de TMC, mentionnées dans le pacte d'actionnaires.
46. En premier lieu, le Conseil observe que les sociétés TF1 et AB ont opté pour confier l'exploitation de la régie publicitaire de TMC d'abord à sa filiale MDO, puis, à partir de juin 2006, à une filiale spécifique : TMC Régie. Ce choix est conforme à l'une des trois solutions d'exploitation ouvertes par l'engagement n° 1. En deuxième lieu, le Conseil observe que les sociétés TF1 et AB Groupe ont réalisé les modifications de leur pacte d'actionnaires prévues par l'engagement par un avenant à ce pacte en date du 12 janvier 2005.
47. En conséquence, il reste à vérifier si les faits rassemblés lors de l'enquête confirment que les deux sociétés TF1 et AB ont respecté leur engagement d'exploitation de la régie publicitaire de TMC « *de façon autonome* ».
48. Les sociétés TF1 et AB soutiennent que le seul objectif des engagements était de créer une séparation entre la régie de TF1 et celle de TMC (premier point). Elles estiment ensuite que leur point de vue a été confirmé par la décision du Conseil d'Etat selon laquelle « *en estimant que de tels engagements, [...] qui ont pour effet d'interdire tout lien organique ou commercial entre la régie publicitaire de TF1 et celle de TMC, étaient de nature, malgré l'existence des liens organiques entre les éditeurs de chaînes TF1 et TMC eux-mêmes, à remédier aux effets anticoncurrentiels de l'opération envisagée sur le marché de la publicité télévisée, le ministre n'a pas commis d'erreur d'appréciation* » (deuxième point). Enfin, les sociétés mises en cause considèrent que si l'obligation d'autonomie de la régie de TMC devait être comprise comme exigeant une autonomie par rapport au groupe TF1, cela viderait de sa substance l'opération de concentration elle-même, TF1 n'ayant jamais entendu limiter à ce point ses prérogatives d'actionnaire (troisième point).
49. Mais, sur le premier point, les sociétés TF1 et AB confondent le premier engagement avec le deuxième. Ce dernier concerne spécifiquement les relations entre, d'une part, la régie publicitaire de TF1, et non plus TF1 en général comme dans le premier engagement, et, d'autre part, la régie publicitaire de TMC. Or, le premier engagement poursuit un objectif distinct, bien que complémentaire, du second.
50. Sur le deuxième point, il ne peut être inféré de la décision du Conseil d'Etat invoquée par les parties à la concentration que les engagements souscrits se limitent à l'interdiction de tout lien organique ou commercial entre la régie publicitaire de TF1 et celle de TMC. Le juge administratif ne s'est pas prononcé en effet sur la nature des liens permis entre la société TF1 et la régie de TMC, se contentant de valider, notamment, le

premier engagement tenant à « *ce que la régie de publicité de la société TMC « soit exploitée de façon autonome »* » et de renvoyer aux autorités de concurrence le soin d'examiner « *l'étanchéité du cloisonnement* » mis en place par les parties, selon les termes employés par le commissaire du Gouvernement François Seners (page 7). Il appartient donc au Conseil de la concurrence de vérifier si le « *cloisonnement* » mis en place par les parties est suffisamment étanche pour satisfaire aux engagements souscrits.

51. Sur le troisième point, contrairement à ce qu'affirment TF1 et AB, l'obligation d'autonomie de la régie de TMC vis-à-vis de TF1 ne vide pas de sa substance la possibilité, offerte par le premier engagement, mais non retenue par les parties, de confier la régie de TMC à un département de TMC, puisqu'il est tout à fait possible de créer des séparations juridiques au sein d'une même entreprise. Ainsi que le Conseil l'a rappelé dans son avis [98-A-05](#) du 28 avril 1998 sur l'ouverture du marché de l'électricité, une entreprise autonome « *est affranchi(e) des directions et contrôles de la société à laquelle (elle) est subordonné(e)* » ; elle « *joui(t) de la pleine liberté de contracter, de décider de ses investissements et du pouvoir de définir sa propre stratégie industrielle et commerciale* ». L'exercice d'une exploitation ou d'une gestion autonome peut s'opérer dans plusieurs configurations, qui sont précisément celles prévues dans l'engagement en cause : une direction autonome, une filiale spécialisée ou une entité totalement distincte. Enfin, est inopérant l'argument de TF1, soutenu par l'étude du professeur Synvet versée aux débats par TF1, selon lequel considérer que l'engagement d'autonomie de la régie de TMC souscrit par TF1 et AB qui empêche TF1 d'intervenir dans les décisions stratégiques de TMC Régie reviendrait à s'opposer aux « *prérogatives reconnues par le droit des sociétés à TF1 en sa qualité d'actionnaire* ». En effet, tout engagement de faire ou de ne pas faire limite, par nature, la liberté d'action de qui y a souscrit. Les engagements proposés au ministre par l'actionnaire TF1 et acceptés par l'autorité de contrôle des concentrations avaient précisément pour but de résoudre le problème de concurrence identifié. Arguer de la restriction à sa liberté d'action ou à ses « *prérogatives d'actionnaire* » qu'entraînerait l'application des engagements auxquels TF1 a souscrit reviendrait à remettre en cause les engagements eux-mêmes : or, c'est précisément à la condition qu'ils soient pris que l'opération a été autorisée.
52. En conclusion, il résulte de ce qui précède que, par ce premier engagement, les parties ont voulu que les décisions concernant la régie publicitaire de TMC soient prises par TMC, sans intervention préalable de TF1, qui ne peut utilement invoquer ses « *prérogatives d'actionnaire* », comme l'exprime avec clarté le mémoire en réplique déposé par TF1 devant le Conseil d'Etat : « *si les conditions générales de vente des espaces publicitaires de TMC relèvent du directeur général de la chaîne, c'est précisément afin d'éviter que TF1 ne conserve un rôle dans l'exploitation des espaces publicitaires en sa qualité d'actionnaire de TMC* ».
53. Il ressort pourtant de l'instruction que le groupe TF1 s'est impliqué dans la gestion de la régie publicitaire de TMC, à l'occasion de la tenue de comités stratégiques de MCP et du recrutement du personnel de la régie.

a) Les comités stratégiques de MCP

54. Les comptes rendus des comités des 7 et 21 avril 2005, décrits aux paragraphes 22 à 27, établissent que la régie de TMC n'a pas été mise en place ni exploitée à l'origine de façon autonome vis à vis de TF1 et AB. Mme Z ne s'est pas limitée à informer les actionnaires de l'évolution du marché et des objectifs atteints au cours de ces réunions.

En effet, le comité a approuvé l'organisation proposée par Mme Z, et les représentants de TF1 et AB ont décidé de rencontrer les agences média, mission qui relève des activités opérationnelles d'une régie. Ces comités ont permis à TF1 et AB de prendre des décisions pourtant exclues, par les engagements, du périmètre des conseils d'administration.

55. Les sociétés TF1 et AB soutiennent qu'il convient de distinguer entre la mise en place de la régie de TMC, à laquelle TF1 a pu participer, et son exploitation, dont TF1 se serait tenue à l'écart. Elles allèguent ensuite que les seuls éléments du dossier, dont elles ne contestent pas la matérialité, sont à eux seuls insuffisants pour caractériser une violation de l'engagement.
56. Mais l'activité de mise en place de la régie ne peut être distinguée de son exploitation, dont elle ne constitue que la première phase. Par ailleurs, la circonstance que le dossier ne contienne que les deux comptes rendus cités plus haut, alors que les comptes rendus des autres comités stratégiques ne mentionnent pas d'autres immixtions dans la régie de TMC, n'est pas de nature à écarter la force probante de ces deux pièces.

b) Le recrutement du personnel

57. S'agissant des organes dirigeants de TMC, la répartition des rôles entre TF1 et AB était prévue dans les documents transmis au ministre ; ceux-ci prévoyaient que TMC serait dirigée par M. X, salarié de TF1. Le Conseil observe que le ministre n'a pas mis en cause cette répartition des rôles. S'agissant de TMC Régie, les parties devaient créer la séparation juridique nécessaire entre TMC Régie et TMC afin que les décisions concernant TMC Régie ne soient pas prises ou validées, directement ou indirectement, par TF1. C'est ce qu'elles ont fait *a priori* en plaçant à la tête de TMC Régie une directrice générale, Mme Z, indépendante du groupe TF1.
58. S'agissant des personnels, les sociétés AB et TFI prétendent qu'elles se sont limitées à jouer, dans le recrutement du personnel de la régie de TMC, le rôle de simple boîte à lettres, de « cabinet de recrutement », le pouvoir de décision résidant entre les mains de la directrice générale de la régie, Mme Z, et qu'elles n'ont pas excédé leur rôle dans la direction des ressources humaines de TMC Régie.
59. Le ministre, en effet, n'a pas demandé à TF1 et AB de supprimer de la liste des prestations assurées par TF1 (figurant à l'annexe 5 du pacte d'actionnaires) la direction des ressources humaines, mais seulement la régie publicitaire. Cependant, TF1 est allée au-delà de ce que permettaient les engagements. En effet, loin de se limiter à un rôle purement administratif ou de « boîte aux lettres », M. X puis M. Y, salariés de TF1, ont participé activement au recrutement du personnel, aussi bien dans la sélection des personnes que dans leurs conditions d'embauche, notamment par la signature de leurs contrats de travail, ainsi qu'il ressort des constatations opérées aux paragraphes 28 à 35.
60. Il résulte de ce qui précède que l'engagement garantissant l'exploitation autonome de la régie publicitaire de TMC n'a pas été respecté.

2. SUR L'EXÉCUTION DU DEUXIÈME ENGAGEMENT

61. Dans le cadre de l'autonomie d'exploitation de la régie publicitaire de TMC recherchée dans le premier engagement, le deuxième engagement impose l'indépendance de la commercialisation des espaces publicitaires de TMC vis-à-vis de TF1 Publicité (point 2 paragraphe 8).

62. Ainsi, l'autonomie générale de la régie de TMC vis à vis de TF1, imposée par le premier engagement, est précisée par le deuxième engagement pour ce qui concerne spécifiquement TF1 Publicité. Selon les termes utilisés par le ministre dans sa lettre d'autorisation du 27 octobre 2004, « ces engagements auront pour effet d'empêcher tout lien entre la politique commerciale publicitaire développée par la régie actuelle ou future de TF1 et celle développée par la régie publicitaire de TMC ».
63. Plusieurs éléments présents au dossier montrent que cet engagement n'a été respecté dans aucun de ses deux volets.

a) La présence de TF1 Publicité dans les comités stratégiques de MCP

64. Il ressort des comptes rendus des comités stratégiques que la présidente de TF1 Publicité, Mme B, a assisté à deux comités, ceux des 21 avril et 19 mai 2005. Or c'est lors du comité du 21 avril 2005 que Mme Z a présenté l'état des lieux de la régie publicitaire de TMC et que le comité a approuvé l'organisation proposée. Cette présentation, bien qu'il soit mentionné qu'elle est annexée au procès-verbal de ce comité, n'a pu être retrouvée par TF1 et AB.
65. TF1 et AB expliquent la présence de Mme B à ces deux comités comme suit : « Madame B, présidente de TF1 Publicité a assisté à deux de ces comités pour donner sa vision d'expert, à une époque où la régie venait d'être créée ». Ils considèrent en outre que la présence de Madame B aux comités stratégiques de MCP ne constitue pas une violation des engagements car elle n'est pas intervenue dans la commercialisation indépendante des espaces publicitaires de TMC, ce qui aurait été confirmé par les agences média dans leur réponse au questionnaire de la rapporteure.
66. Mais les agences média n'ont pas été interrogées sur l'intervention éventuelle de TF1 Publicité dans la fixation des conditions générales de vente et des conditions commerciales de TMC Régie, mais sur la réalisation de couplages publicitaires entre ces deux régies. La présence de TF1 Publicité aux réunions de TMC, et notamment à celles concernant la mise en place de la régie, est contraire au premier volet du deuxième engagement, qui exige une totale indépendance entre les deux régies publicitaires.

b) Le personnel recruté

67. Contrairement à l'engagement prévoyant le recrutement du personnel de TMC Régie sur le « marché extérieur », TMC Régie a recruté trois personnes venant de TF1 Publicité. Il s'agit de Mme D, de M. F et de Mme G.
68. En ce qui concerne Mme D, recrutée par MDO le 1^{er} avril 2005, elle exerçait différentes fonctions chez TF1 Publicité depuis 1991. Elle a notamment occupé, entre les mois d'octobre 2002 et mars 2005, le poste de « responsable de programmation de la publicité sur les chaînes thématiques de la régie TF1 Publicité (LCI, Télétoon, Eurosport, TF6, Pink-TV, Boomerang, Télétoon...) - Suivi d'un portefeuille de clients et du respect des accords commerciaux. Relation avec les agences de pub, les commerciaux, la mise à l'antenne et l'administration des ventes ».
69. M. F, recruté par MDO le 1^{er} juin 2005, a occupé lui aussi des postes stratégiques au sein de TF1 Publicité. En effet, il a exercé, d'avril 1998 à septembre 2002, les fonctions de directeur de clientèle sur les chaînes thématiques du groupe TF1 et de septembre 2002 à juin 2005, de directeur de clientèle (gestion des clients [...] groupe [...]) pour les campagnes sur TF1 et les chaînes thématiques du groupe. Il a mis fin à son contrat avec TMC Régie le 9 janvier 2007.

70. Tant Mme D que M. F ont bénéficié d'une clause de retour chez TF1, leur permettant de réintégrer le groupe TF1 en priorité pendant une période de 12 mois à compter de la date de leur embauche chez MDO. En effet, les deux contrats comportent, en annexe, les dispositions particulières suivantes :

« *Clause de retour :*

Vous bénéficierez d'une priorité de réintégration sur TF1 Publicité ainsi que les autres sociétés du Groupe TF1 dans un délai qui ne pourra être supérieur à 12 mois. Dans tous les cas, votre salaire de retour serait égal à votre rémunération (y compris les avantages en nature s'il y a lieu) avant votre engagement au sein de la succursale parisienne de la Société Monégasque Des Ondes. Votre classification fera également l'objet d'une renégociation, étant précisé qu'elle ne pourra être inférieure à celle qui était la vôtre avant votre intégration au sein de la succursale parisienne de la Monégasque Des Ondes ».

71. Ainsi, contrairement aux affirmations de TF1 devant le Conseil d'Etat selon lesquelles « *une fois ce personnel embauché, il n'entretient aucun contact particulier avec le personnel de TF1, qui n'a dès lors pas de possibilité d'influencer son travail* », il est établi qu'au moins deux salariés gardaient des liens avec TF1, matérialisés par l'existence d'un droit de retour pendant une période de 12 mois.
72. Mme G quant à elle, a été recrutée par MDO le 26 avril 2005. Jusqu'à cette même date, elle a occupé les postes de secrétaire commerciale (de novembre 2003 à novembre 2004), puis d'assistante de gestion (de novembre 2004 à avril 2005) chez TF1 Publicité. Les entretiens de recrutement semblent avoir eu lieu pendant que Mme G était en poste chez TF1 Publicité ainsi qu'en attestent les mentions « *lundi 04/04 à 18H* » portées sur son CV, se référant à une réunion du 4 avril 2005.
73. TF1 considère que Mme G n'était plus une salariée de TF1 Publicité à la date de son embauche : « *Quant à G, assistante commerciale à TMC Régie depuis avril 2005, elle venait de terminer un CDD chez TF1 Publicité : formellement, elle n'était donc plus salariée de TF1 Publicité quand elle a été embauchée pour travailler au sein de la régie de TMC, puisque le terme du contrat qui la liait à TF1 Publicité était survenu* ». Mais aucun élément du dossier ne permet d'établir que cette personne était en contrat à durée déterminée chez TF1 Publicité puisqu'elle travaillait pour cette société depuis plus d'un an.
74. En conclusion, il ressort également de l'instruction que le second volet du deuxième engagement, visant à créer une séparation entre TF1 Publicité et la régie de TMC en empêchant les salariés de TF1 de venir constituer le personnel de la régie de TMC, n'a pas été respecté.

3. SUR L'EXÉCUTION DU TROISIÈME ENGAGEMENT

75. Par le troisième engagement, TF1 et AB se sont engagés à ce qu'« *aucune commercialisation d'espaces publicitaires ne [soit] effectuée en couplage [avec la chaîne TF1, cet engagement se traduisant notamment par l'absence] de toute remise couplée entre l'achat d'espaces publicitaires sur la chaîne TF1 et sur la chaîne TMC* ».
76. Aucun élément du dossier ne permet de soutenir que cet engagement n'a pas été respecté. En effet, il ressort des conditions commerciales de TF1 Publicité et de TMC Régie que ces deux régies ne réalisent pas d'offres commerciales couplées, ce qui a été confirmé par les réponses au questionnaire de la rapporteure adressé aux agences média, qui ont toutes affirmé l'absence de pratiques de couplage entre ces deux régies.

4. SUR L'EXÉCUTION DU QUATRIÈME ENGAGEMENT

77. Aucun élément du dossier ne permet non plus de soutenir que cet engagement n'a pas été respecté.
78. Enfin, M6 a fait valoir que TF1 aurait violé les engagements qu'il avait souscrits en prenant une participation minoritaire de 33,5 % dans le capital de AB et en exploitant la régie de sa chaîne thématique NT1. D'après M6, « *TF1 n'a pas respecté l'esprit des engagements puisqu'en devenant actionnaire de AB, il participe au Conseil d'administration de cette dernière ainsi qu'à d'autres réunions et a accès à des informations stratégiques sur la politique d'achat des droits. En plus, TF1 participe aux décisions de la politique de programmation de TMC, ce qui crée un effet de gamme entre les chaînes TF1 et TMC, qui a un impact sur le marché de la publicité, sur lequel TF1 est en position dominante* ». Toujours d'après M6, « *AB aurait dû animer la régie de TMC sans intervention aucune de TF1. Or, le fait que TMC Régie gère la régie publicitaire de NT1 enlève toute autonomie à TMC Régie puisque TF1 peut y jouer un rôle effectif à travers la commercialisation des espaces de NT1 et leur coordination avec ceux de TMC. Cette gestion est contraire à l'esprit des engagements qui visait à isoler la régie de TMC de TF1, non à créer une seconde régie publicitaire co-contrôlée par TF1 et AB, pour commercialiser les espaces publicitaires de deux nouvelles chaînes généralistes gratuites de la TNT. De plus les droits d'inaliénabilité et de préemption portent atteinte à cet engagement, en lui conférant une influence sur TMC qui l'empêche d'agir de manière autonome* ».
79. Le Conseil considère que le fait de prendre une participation dans le capital de AB et de gérer la régie de la chaîne NT1 n'est pas contraire aux engagements puisqu'aucune de leurs dispositions n'interdisait à TF1 de participer au capital du groupe AB ni de gérer ou de proposer des couplages d'espaces publicitaires avec les chaînes du groupe AB.
80. En conclusion générale et sur la base des constatations qui précèdent, le Conseil de la concurrence est d'avis que les groupes TF1 et AB n'ont pas respecté les premier et deuxième engagements auxquels le ministre de l'économie avait, dans sa décision du 27 octobre 2004, subordonné la prise de contrôle conjoint de TMC. En effet, ils n'ont :
- pas assuré de séparation suffisante entre TF1 et TMC Régie, ce qui a eu pour conséquence que TF1 a pris certaines décisions stratégiques et opérationnelles relatives à la régie de TMC, concernant l'exploitation de cette dernière et le recrutement de son personnel ;
 - pas respecté l'autonomie des deux régies, en faisant participer Mme B, présidente de TF1 Publicité, à des réunions concernant la régie de TMC et en recrutant du personnel en provenance de TF1 Publicité.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Garcia-Rosado par M. Nasse, président, Mmes Aubert et Perrot, vice-présidentes.

La rapporteure générale adjointe,
Irène Luc

Le président,
Philippe Nasse