



**Décision n° 10-D-32 du 16 novembre 2010
relative à des pratiques mises en œuvre dans
le secteur de la télévision payante¹**

L'Autorité de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 1^{er} août 2007, sous le numéro 07/0062 F, par laquelle les sociétés Groupe AB, AB Sat, AB 1 et RTL 9 ont saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par Groupe Canal Plus dans le secteur de la télévision payante ;

Vu la décision n° 08-SO-02 en date du 8 janvier 2008, par laquelle le Conseil de la concurrence s'est saisi d'office de pratiques mises en œuvre dans le secteur de la télévision payante (affaire enregistrée sous le numéro 08/0006 F) ;

Vu la décision en date du 13 mars 2008 par laquelle le rapporteur général a procédé à la jonction de l'instruction des affaires 07/0062 F et 08/0006 F ;

Vu la lettre enregistrée le 5 novembre 2008, sous le numéro 08/0104 F, par laquelle la société France Télécom a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par les sociétés Vivendi Universal, Groupe Canal Plus, Canal + Distribution et Canal + France dans le secteur de la télévision payante ;

Vu la décision en date du 10 décembre 2008 par laquelle le rapporteur général a procédé à la jonction de l'instruction des affaires 08/0006 F et 08/0104 F ;

Vu la lettre en date du 13 mai 2008 par laquelle les sociétés Groupe AB, AB Sat, AB 1 et RTL 9 se sont désistées de leur saisine enregistrée sous le numéro 07/0062 F ;

Vu la décision n° 08-DE-01 en date du 14 mai 2008, par laquelle le Conseil de la concurrence a donné acte du désistement indiqué plus haut, a classé le dossier enregistré sous le numéro 07/0062 F et en a versé les éléments au dossier enregistré sous le numéro 08/0006 F ;

Vu les articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne, devenus 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) ;

Vu le livre IV du code de commerce ;

Vu la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie ;

Vu l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence, et notamment son article 5 ;

Vu les avis n° 2008-0723 et n° 2010-0380 adoptés par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) respectivement le 1^{er} juillet 2008 et

¹ VERSION NON CONFIDENTIELLE : les passages entre crochets sont protégés par le secret des affaires.

le 30 mars 2010 sur le fondement des dispositions de l'article R. 463-9 du code de commerce ;

Vu les avis en date du 4 septembre 2008 et du 8 avril 2010 adoptés par le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) sur le fondement des dispositions de l'article R. 463-9 du code de commerce ;

Vu les décisions de secret des affaires n° 08-DSA-71 à 08-DSA-73 du 06 juin 2008, 08-DSA-77 du 10 juin 2008, 08-DSA-74 à 08-DSA-76 du 17 juin 2008, 08-DSA-78 à 08-DSA-81 du 23 juin 2008, 08-DSA-85 du 23 juin 2008, 08-DSA-90 du 1^{er} juillet 2008, 08-DSA-132 du 31 juillet 2008, 08-DSA-134 du 1^{er} août 2008, 08-DSA-131 du 31 août 2008, 08-DSA-157 du 2 octobre 2008, 08-DSA-158 et 08-DSA-159 du 2 octobre 2008, 08-DSA-166 et 08-DSA-167 du 16 octobre 2008, 08-DSA-168 du 17 octobre 2008, 08-DSA-171 à 08-DSA-173 du 22 octobre 2008, 08-DSADEC-86 du 3 novembre 2008, 08-DSADEC-180 du 3 novembre 2008, 08-DSADEC-90 du 6 novembre 2008, 08-DSADEC-100 et 08-DSADEC-101 du 9 décembre 2008, 09-DSADEC-39 du 30 septembre 2009, 09-DSADEC-40 du 2 octobre 2009, 09-DSADEC-42 à 09-DSADEC-44 et 09-DSADEC-46 à 09-DSADEC-50 du 30 octobre 2009, 09-DSADEC-45 du 2 novembre 2009, 09-DSADEC-51 du 4 novembre 2009, 09-DSADEC-52 du 23 novembre 2009, 09-DSADEC-59 à 09-DSADEC-61 du 23 novembre 2009, 09-DSADEC-62 et 09-DSADEC-63 du 1^{er} décembre 2009, 09-DSADEC-64 du 3 décembre 2009, 10-DSADEC-05 du 18 février 2010, 10-DSADEC-03, 10-DSADEC-04 et 10-DSADEC-06 du 25 février 2010, 10-DSADEC-07 du 3 mars 2010, 10-DSADEC-09 du 5 mai 2010, 10-DSADEC-10 du 16 juin 2010, 10-DSADEC-11 du 17 juin 2010, 10-DSADEC-12 du 22 juin 2010 ;

Vu les observations présentées par les sociétés Vivendi Universal, Groupe Canal Plus, France Telecom, TF1, Métropole Télévision, Lagardère SCA et Lagardère Active, et le commissaire du Gouvernement ;

Le rapporteur, la rapporteure générale, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés Vivendi SA, Groupe Canal Plus, France Telecom, TF1 SA, Métropole Télévision, Lagardère SCA et Lagardère Active, entendus lors de la séance de l'Autorité de la concurrence du 7 juillet 2010 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Adopte la décision suivante :

I. Constatations

A. LA PROCÉDURE

1. LA SAISINE D'AB SAT, AB 1, RTL 9 ET GROUPE AB

1. Par lettre du 1^{er} août 2007, enregistrée sous le numéro 07/0062 F, les sociétés AB Sat, AB 1, RTL 9 et Groupe AB ont saisi le Conseil de la concurrence de pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par la société Groupe Canal Plus dans le secteur de la télévision payante, sur le fondement des articles L. 420-2 du code de commerce et 82 CE.
2. Les saisissantes ont fait valoir que la société Groupe Canal Plus mettait en œuvre des pratiques d'éviction à leur égard, ayant notamment pour objet ou pour effet de limiter la concurrence des offres de télévision distribuées par les fournisseurs d'accès à internet sur les réseaux ADSL :
 - en cherchant à empêcher ABSat, RTL9 et ABl de fournir leurs chaînes à France Télécom ;
 - en organisant la migration des abonnés TPS vers CanalSat de manière déloyale et préjudiciable à Groupe AB, ABSat, RTL9 et ABl ;
 - et en refusant de renégocier les contrats relatifs à la distribution des chaînes d'ABSat, RTL9 et ABl.
3. Par lettre en date du 13 mai 2008, les sociétés Groupe AB, AB Sat, AB 1 et RTL 9 se sont désistées de leur saisine. Par décision n° 08-DE-01 en date du 14 mai 2008, le président du Conseil de la concurrence a donné acte de ce désistement, qui ne faisait pas obstacle à ce que le Conseil poursuive l'instruction de l'affaire.

2. LA SAISINE D'OFFICE DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE

4. Par une décision n° 08-SO-02 en date du 8 janvier 2008, le Conseil de la concurrence s'est saisi d'office de pratiques mises en œuvre dans le secteur de la télévision payante (affaire enregistrée sous le numéro 08/0006 F).

3. LA SAISINE DE FRANCE TÉLÉCOM

5. Par lettre du 5 novembre 2008, enregistrée sous le numéro 08/0104 F, la société France Télécom a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par les sociétés Vivendi-Universal, Groupe Canal Plus, Canal + Distribution et Canal + France dans le secteur de la télévision payante.
6. Selon les termes de sa saisine, France Télécom dénonce les pratiques suivantes mises en œuvre par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus :
 - les exclusivités de distribution de chaînes thématiques accaparées sur le satellite, l'ADSL et le FTTH dans l'offre de bouquet multi-chaînes thématiques CanalSat ;

- le couplage pratiqué entre l'offre de chaînes premium Canal + le Bouquet et l'offre de bouquet multi-chaînes thématiques CanalSat ;
 - le dénigrement, les pressions, les menaces et les rétorsions dirigées contre les initiatives prises par France Télécom dans les contenus, l'édition et la distribution sur ses plates-formes de nouveaux services de contenus.
7. France Télécom demande à l'Autorité de la concurrence de constater que les sociétés Vivendi-Universal, Groupe Canal Plus, Canal + Distribution et Canal + France ont enfreint les articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce, ainsi que les articles 81 et 82 CE, de les sanctionner, et de leur enjoindre de mettre fin aux pratiques dénoncées.

4. LA JONCTION DE L'INSTRUCTION DES SAISINES

8. Par une décision en date du 13 mars 2008, le rapporteur général du Conseil de la concurrence a procédé à la jonction de l'instruction des affaires 07/0062 F et 08/0006 F. Par une autre décision en date du 10 décembre 2008, il a procédé à la jonction de l'instruction des affaires 08/0006 F et 08/0104 F.

B. LE SECTEUR D'ACTIVITÉ

1. PRÉSENTATION DU SECTEUR DE LA TÉLÉVISION PAYANTE

a) Les grands métiers : production, édition, distribution et diffusion

9. La chaîne de valeur du secteur de la télévision payante comporte quatre activités : la production, l'édition, la distribution ou commercialisation des contenus et, enfin, l'acheminement du signal jusqu'aux terminaux des téléspectateurs.
10. L'édition est la création de chaînes thématiques payantes à partir de contenus achetés aux producteurs ou ayants droit sur les marchés amont de l'acquisition des droits de diffusion. La distribution désigne l'agrégation de bouquets de plusieurs chaînes payantes et leur commercialisation auprès de l'abonné. Le transport recouvre l'acheminement et la diffusion par une plate-forme d'accès (satellite, ADSL, câble, téléphone mobile, etc.).
11. La relation aval entre le distributeur et les abonnés peut prendre la forme d'une prestation unique, par laquelle le distributeur assure à la fois l'agrégation d'un bouquet de chaînes, la relation commerciale avec l'abonné, et le transport technique jusqu'au terminal qui permet à l'abonné d'accéder au service (cas de Groupe Canal Plus pour la distribution sur satellite ou des câblo-opérateurs). Elle peut également recouvrir deux prestations distinctes, à savoir une prestation de distribution, recouvrant l'agrégation du bouquet de chaînes et sa commercialisation auprès de l'abonné, et une prestation de transport et d'accès, assurée par un opérateur de télécommunications (cas des offres de Groupe Canal Plus distribuées sur les réseaux haut débit (ADSL) et très haut débit de fibre optique (FTTx) déployés par les opérateurs de télécommunications).

b) La multiplication des supports de diffusion des offres de télévision

12. Dans son avis du 4 septembre 2008 (cotes 14915 et s.), le CSA a souligné que le paysage audiovisuel avait connu ces dernières années de profondes évolutions avec le lancement

des premières offres de télévision sur xDSL en décembre 2003, celui de la TNT gratuite en mars 2005, puis payante en mars 2006, et enfin la commercialisation des offres de télévision payante sur téléphonie mobile et sur FTTx (très haut débit) en 2007 et 2008.

13. Selon le CSA, « *La multiplication et le développement rapide des nouvelles plates-formes ont eu plusieurs conséquences notables :*
- *une multiplication du nombre des distributeurs de services : chaque nouveau support a permis l'apparition de distributeurs issus du monde des télécommunications pour ce qui concerne les réseaux xDSL et la télévision sur mobile. Ces acteurs ont manifesté, à des degrés divers, leur volonté d'entrer sur le marché en tant que distributeurs de télévision payante à part entière ;*
 - *une augmentation sensible du nombre des chaînes gratuites : passage de 6 à 19 chaînes en mode hertzien numérique terrestre ; en xDSL, de trente à plus de quarante chaînes disponibles gratuitement pour les abonnés aux offres multiservices. Ces nouvelles chaînes gratuites sont proposées avec la qualité technique du numérique, autrefois réservée aux modes d'accès payants à la télévision, et intègrent des thématiques également autrefois réservées à la télévision payante : chaînes d'infos, chaînes musicales, chaînes destinées à la jeunesse ;*
 - *l'apparition et le développement de la consommation de télévision en mode non linéaire : vidéo à la demande (ou VOD) et télévision de rattrapage (ou « Catch-Up TV » ou TVSVoD) (disponibles par les réseaux xDSL et sur mobile). Ces services semblent pouvoir constituer un facteur de croissance important y compris pour les distributeurs nouveaux entrants ».*

2. PRÉSENTATION DES SOCIÉTÉS CONCERNÉES

a) Groupe Canal Plus

14. La société Groupe Canal Plus (ci-après « Groupe Canal Plus »), dont la société Vivendi détient la totalité du capital, est le principal acteur du secteur de la télévision payante en France. Elle édite un grand nombre de chaînes thématiques payantes comme les huit chaînes « Cinéma » présentes au sein de l'offre CanalSat, Sport +, Infosport, Comédie !, Cuisine TV, Planète, Jimmy, Piwi et Teletoon/Teletoon + 1. Par ailleurs, Groupe Canal Plus confectionne et commercialise en exclusivité deux offres de télévision payante : CanalSat, qui est composé d'une centaine de chaînes thématiques payantes, majoritairement éditées par des acteurs autres que Groupe Canal Plus, et Canal + Le Bouquet, qui est constitué de six chaînes thématiques payantes, toutes éditées par Groupe Canal Plus. Elle commercialise également un service de VoD (CanalPlay) et un service de télévision de rattrapage de la chaîne Canal +. Groupe Canal Plus distribue ses offres de télévision payante en France par satellite, par le câble, la TNT payante, sur les réseaux xDSL et FTTx et par la téléphonie mobile.
15. En 2006, la société Canal Plus France (ci-après « Canal Plus France ») a été créée pour regrouper les activités de Groupe Canal Plus et de la société TPS (ci-après « TPS ») dans le secteur de la télévision payante, soit les deux bouquets de télévision par satellite CanalSat et TPS, la chaîne Canal + et les chaînes thématiques de Multithématiques. L'opération s'est déroulée en deux étapes. En vertu du protocole d'accord « Ceres », signé le 6 janvier 2006, les sociétés TF1 et Métropole Télévision ont cédé les actifs et activités de leur filiale

TPS à Vivendi Universal en contrepartie de participations minoritaires de 9,9 % et 5,1 % respectivement au sein de la nouvelle société Canal Plus France. En vertu d'accords signés le 14 mars 2006 avec Vivendi Universal et Groupe Canal Plus, la société Lagardère SCA a ensuite apporté sa participation de contrôle conjoint dans CanalSat en échange d'une participation minoritaire de 20% dans Canal Plus France. TF1 a cédé à Vivendi les parts qu'il détenait dans Canal Plus France en 2009, et Métropole Télévision a fait de même en 2010. Aujourd'hui, les actionnaires de Canal Plus France sont Groupe Canal Plus, qui détient 80 % de son capital, et Lagardère SCA, qui détient 20 % de son capital.

16. Groupe Canal Plus est également présent dans le secteur du cinéma via sa filiale Studio Canal, acteur majeur en France et en Europe pour le financement, l'acquisition et la distribution de films, et possède un catalogue riche de plus de 5000 films français, européens et américains.
17. Le chiffre d'affaires de Groupe Canal Plus est passé de 1,6 milliard d'euros en 2006 à 1,8 milliard d'euros en 2008.

b) Vivendi

18. La société Vivendi (ci-après « Vivendi ») est présente dans les secteurs de la télévision payante et du cinéma, avec ses filiales Groupe Canal Plus et Canal + France, de la musique, des jeux interactifs, et des communications électroniques avec sa filiale SFR, devenue le deuxième opérateur français de téléphonie mobile et de l'Internet à la suite de l'acquisition en 2007 et 2008 des opérateurs de télécommunications Télé 2 France et Neuf Cegetel.
19. Son chiffre d'affaires est passé de 20 milliards d'euros en 2006 à 25 milliards d'euros en 2008.

c) TF1

20. La société anonyme Télévision Française 1 est la société de tête du groupe TF1 (ci-après « TF1 »), principalement actif dans le secteur de la télévision gratuite et payante. Elle édite TF1, première chaîne généraliste de télévision en France, et a acquis en 2010 une partie du groupe AB, lui conférant le contrôle de deux chaînes de la TNT gratuite, NT1 et TMC². Dans le secteur de la télévision payante, elle édite notamment LCI, Eurosport, Eurosport 2, Histoire, Odyssée, Ushuaia TV, TV Breizh, TF6 et Série Club, ces deux dernières chaînes étant co-détenues avec le groupe Métropole Télévision.
21. TF1 est contrôlée par le groupe Bouygues, lequel est également présent dans le secteur des communications électroniques et de la téléphonie mobile au travers de la société Bouygues Telecom.
22. Le chiffre d'affaires de TF1 est passé de 2,73 milliards d'euros en 2007 à 2,59 milliards d'euros en 2008.

² Voir sur ce point la décision de l'Autorité de la concurrence n° 10-DCC-11 du 26 janvier 2010 relative à la prise de contrôle exclusif par le groupe TF1 de la société NT1 et Monte-Carlo Participations (groupe AB).

d) Métropole Télévision

23. La société Métropole Télévision (ci-après « Métropole Télévision ») édite en France la chaîne généraliste gratuite M6, l'une des principales chaînes thématiques de la TNT gratuite, W9, ainsi que diverses chaînes thématiques payantes comme Téva, Paris Première, trois chaînes musicales, Fun TV, et les chaînes Série Club et TF6, co-détenues avec TF1. Métropole Télévision est également présente sur le marché de la téléphonie mobile, de la production cinématographique et des droits audiovisuels avec ses filiales M6 Mobile, M6 Films et SND.
24. Métropole Télévision est détenue indirectement par la société allemande Bertelsmann AG, premier groupe de communication en Europe, au travers de la société RTL Group, elle-même premier opérateur européen du marché de la télévision commerciale.
25. Son chiffre d'affaires est passé de 1,28 milliard d'euros en 2006 à 1,35 milliard d'euros en 2008.

e) Lagardère SCA et Lagardère Active

26. La société Lagardère SCA (ci-après « Lagardère SCA ») est présente dans les secteurs de l'audiovisuel, de la radio et de la presse (société Lagardère Active), de la distribution de produits de communication et de loisirs culturels (société Lagardère Services), du sport (société Lagardère Sports) et de l'édition de livres (société Lagardère Publishing). Elle détient 20% du capital de Canal + France.
27. La société Lagardère Active (ci-après « Lagardère Active ») édite une chaîne thématique de la TNT gratuite (Gulli, dont la société France Télévisions est actionnaire minoritaire) et diverses chaînes thématiques payantes comme MCM, June (anciennement Filles TV), Tiji, Canal J et Mezzo (avec la société France Télévisions).
28. Les chiffres d'affaires des deux sociétés sont passés de 2,3 millions d'euros en 2007 à 2,11 millions d'euros en 2008 pour Lagardère Active, et de 8,58 milliards d'euros en 2007 à 8,21 milliards d'euros en 2008, pour Lagardère SCA.

f) AB Sat, AB 1, RTL 9 et Groupe AB

29. Au moment de sa saisine, la société Groupe AB (ci-après « Groupe AB ») était détenue à hauteur de 66,5 % par M. Claude X..., et à hauteur de 33,5 % par TF1. Sa principale activité est l'édition de chaînes thématiques payantes, laquelle représente 47,6 % de son chiffre d'affaires. Détouré de la majorité de ses actifs et réduit à 100 % du capital de NT1 et 50 % du capital de Monte-Carlo Participation (MCP), Groupe AB a été acquis par TF1 en 2010. En 2006, Groupe AB a réalisé un chiffre d'affaires de 206,6 millions d'euros.
30. La société AB Sat (ci-après « AB Sat »), détenue à 100 % par Groupe AB, est le principal éditeur français de chaînes thématiques payantes indépendantes³ avec l'édition et la commercialisation de quatorze chaînes thématiques payantes (AB Moteurs, Animaux, Chasse et pêche, Encyclopédia, ZIK, XXL, Musique Classique, Escapes, FIT TV, Toute l'histoire, Action, Mangas, Ciné Polar et Ciné FX). Ces chaînes sont présentes au sein des offres de télévision payante proposées en France métropolitaine par l'ensemble des

³ Dans la présente décision, sont qualifiées de chaînes thématiques indépendantes, par opposition aux chaînes thématiques dites « liées », les chaînes qui ne sont pas contrôlées directement ou indirectement par l'un des co-actionnaires de Canal + France détenant au moins 5 % de son capital, à savoir, pour la période en cause, Vivendi, Lagardère SCA, TF1 et Métropole Télévision.

opérateurs du câble, du satellite et des télécommunications et par SFR et Orange sur le réseau de téléphonie mobile.

31. La société RTL 9 (ci-après « RTL 9 ») est une société luxembourgeoise détenue indirectement par Groupe AB à hauteur de 65 %. Elle édite et commercialise la chaîne thématique payante RTL 9. Cette dernière est diffusée en mode analogique terrestre au Luxembourg et est incluse en France métropolitaine au sein des offres commercialisées par l'ensemble des opérateurs du câble, du satellite et des télécommunications et par SFR et Orange sur le réseau de téléphonie mobile. En 2006, RTL 9 a réalisé un chiffre d'affaires de 34 millions d'euros, dont 97,2 % en France.
32. Enfin, la société AB 1 (ci-après « AB 1 ») est contrôlée indirectement par Groupe AB et a pour activité principale l'édition et la commercialisation de la chaîne thématique AB 1, incluse au sein des offres proposées en France métropolitaine par le câblo-opérateur, le distributeur satellite, les opérateurs de télécommunications et par SFR et Orange sur le réseau de téléphonie mobile. En 2006, AB 1 a réalisé un chiffre d'affaires de 6,2 millions d'euros.

g) France Télécom

33. La société France Télécom (ci-après « France Télécom ») est un opérateur de communications électroniques. Elle commercialise, sous la marque Orange, des offres de téléphonie mobile et des offres dites « *multiple play* », qui combinent un service d'accès Internet haut débit, de téléphonie illimitée et de télévision sur xDSL, accompagné éventuellement d'une offre de téléphonie mobile.
34. France Télécom édite six chaînes thématiques payantes depuis 2007 : Orange Foot, Orange Ciné Max, Ciné Happy, Ciné Choc, Ciné Nova et Ciné Géants. Par ailleurs, en février 2008, le groupe a remporté trois des douze lots mis en jeu par la Ligue de Football Professionnel. Orange a annoncé le 7 avril 2008 le lancement d'« *Orange cinéma séries* », une offre de films et de séries faisant suite à la signature de plusieurs accords d'achats de droits avec les sociétés de production Warner, HBO, et Gaumont. Par ailleurs, France Télécom a créé une filiale de coproduction et d'acquisition de films français et européens, Studio 37.
35. Son chiffre d'affaires était de 53 milliards d'euros en 2007. Selon l'opérateur, 55 % de ses revenus sont issus de la téléphonie mobile.

C. LES PRATIQUES MISES EN ŒUVRE

1. LES PRATIQUES MISES EN ŒUVRE PAR GROUPE CANAL PLUS À L'ÉCART D'AB SAT, AB 1, RTL 9 ET GROUPE AB

a) Le respect des engagements contractuels de TPS repris par Groupe Canal Plus

36. AB Sat, AB 1, RTL 9 et Groupe AB ont indiqué au Conseil de la concurrence que Groupe Canal Plus ne respectait pas les engagements contractuels pris envers elles par la société TPS et repris dans leur totalité par Groupe Canal Plus.
37. Le protocole d'accord signé le 10 juillet 1998 entre AB Sat et TPS prévoyait que cette dernière mette en œuvre un plan marketing et de promotion en collaboration avec AB Sat

(article 3 du protocole, cote 55). En outre, le contrat de commercialisation et de diffusion signé le 10 octobre 1997 par RTL 9 et TPS imposait à cette dernière la commercialisation et la diffusion de la chaîne au sein de son offre numérique sur le territoire français (article 2 du contrat). Les deux sociétés s'étaient engagées à pleinement coopérer en vue de promouvoir la chaîne auprès des abonnés à l'offre numérique (article 10 du contrat).

38. A la suite de la prise de contrôle de TPS par Vivendi Universal à la fin de l'année 2006, Groupe Canal Plus a mis fin à la commercialisation du bouquet TPS, les nouveaux abonnements étant réalisés au profit du seul bouquet « Nouveau CanalSat »⁴. Parallèlement, Groupe Canal Plus a mis en œuvre la migration des abonnés au bouquet TPS vers celui de CanalSat. Cette politique commerciale s'est traduite par une réduction du nombre d'abonnés au bouquet TPS, et, par voie de conséquence, à l'option « Passion » et aux chaînes thématiques payantes RTL 9, AB Moteurs, Escapes, CinéPolar et CinéFX diffusées au sein du bouquet TPS. Les 142 000 abonnés à l'option « Passion » présente dans l'offre TPS se sont vu proposer l'option « Horizon » de CanalSat, composée des mêmes chaînes thématiques payantes auxquelles ont été adjointes d'autres chaînes thématiques payantes éditées par la société AB. Les saisissantes indiquent que le nombre d'abonnés à l'option « Passion » a décru de 6 % entre le mois de mars et le 30 juin 2007.
39. La réduction du nombre d'abonnés au bouquet TPS a eu pour conséquence une réduction du montant des redevances perçues par les saisissantes. En effet, la rémunération des chaînes de Groupe AB, AB Sat et AB 1 sur le bouquet TPS était indexée sur le nombre d'abonnés alors que la rémunération des mêmes chaînes sur le bouquet CanalSat était forfaitaire. Par conséquent toute réduction du nombre d'abonnés au bouquet TPS ou toute migration d'abonnés TPS vers CanalSat se traduisait inévitablement par une perte de recettes pour Groupe AB, AB Sat et AB 1. Les saisissantes indiquaient dans leur lettre du 1^{er} août 2007 que « *Les abonnements à l'option « Passion » rapportaient à AB Sat et AB 1 9,1 millions d'euros en 2006, respectivement 7,3 et 1,8 millions d'euros, soit 12,5 % des revenus d'AB Sat et 29,1 % des revenus d'AB 1 en tant qu'éditeurs de chaînes* » (cote 57).

b) La renégociation des contrats de distribution

Le refus de négociation globale pour une distribution des chaînes de Groupe AB au sein des deux bouquets TPS et CanalSat

40. Les sociétés saisissantes ont fait valoir que Groupe Canal Plus mettait en œuvre des pratiques dilatoires en refusant de renégocier globalement les contrats de distribution de leurs chaînes thématiques payantes pour tenir compte de la nouvelle donne consécutive au rapprochement entre Canal + et TPS.
41. Selon les saisissantes, la pratique habituelle était de négocier leurs contrats de distribution avec Groupe Canal Plus et TPS très en amont de leurs dates d'échéance. Elles indiquent qu'il leur était indispensable d'avoir une visibilité suffisante pour réaliser les investissements nécessaires à l'entretien et à la mise à jour de leurs catalogues et pour définir les choix stratégiques pour le développement de leurs offres de chaînes thématiques payantes. Ainsi, selon les sociétés saisissantes : « *Pour investir les coûts fixes majoritairement irrécupérables, un éditeur de chaînes a besoin d'une visibilité minimale sur la pérennité de son activité* » (cote 61).

⁴ Les sociétés saisissantes ont joint à leur plainte un constat d'huissier en date du 5 juin 2007, d'où il ressort que tout abonnement au bouquet TPS sur le site www.tps.fr était rendu impossible du fait d'un réacheminement automatique sur le site internet de CanalSat. (Cotes n° 333 et suivantes)

42. Les sociétés saisissantes ont communiqué au soutien de leur démonstration les échanges de courriers entre les sociétés TPS et Groupe Canal Plus et elles-mêmes.
43. Par lettres en date du 1^{er} et du 19 juin 2007, Groupe AB se plaint auprès de Groupe Canal Plus de ce que, contrairement à sa demande, elle ne parvient pas à entamer de négociations globales pour la distribution de ses chaînes au sein des bouquets TPS et CanalSat. En outre, elle souligne que les propositions financières relatives à la distribution de ses chaînes et de son option « Passion » sur le bouquet TPS ne sont pas acceptables car elles aboutissent à une baisse très significative des redevances perçues. Dans un courrier du 21 juin 2007, Groupe Canal Plus conteste cette analyse, estimant que des négociations concernant la commercialisation des chaînes de Groupe AB au sein du bouquet TPS sont menées depuis plusieurs mois.
44. Dans une lettre du 2 juillet 2007, Groupe AB conteste l'existence de négociations, TPS lui imposant une succession de propositions unilatérales. Par ailleurs, Groupe AB exprime son inquiétude quant à la migration des abonnés du bouquet TPS vers celui de CanalSat et à l'absence de toute négociation globale concernant la distribution de ses chaînes au sein du bouquet CanalSat au-delà du 31 décembre 2008.
45. Par une lettre du 4 juillet 2007, Groupe Canal Plus fait valoir que la situation de blocage serait imputable à Groupe AB, qui aurait laissé plusieurs courriers de Groupe Canal Plus sans réponse et n'aurait formulé aucune proposition alternative. Par ailleurs, Groupe Canal Plus, indique qu'il est demandé au directeur général de la société CanalSatellite d'examiner les conséquences induites par la migration des abonnés sur le montant des redevances versées à Groupe AB.
46. Un nouvel accord de distribution a été signé par la société Canal Plus Distribution et les sociétés AB Sat et Groupe AB le 29 avril 2008 (cotes 14352 et s.). Aux termes de cet accord de distribution non-exclusive, Groupe Canal Plus s'engage à distribuer sur le bouquet CanalSat les chaînes thématiques payantes AB 1, AB Moteurs, Ciné FX et Polar, RTL 9, NT 1 et Dorcel TV, et l'option « Horizon »⁵. Par ailleurs, l'accord prévoit que les chaînes thématiques payantes Escales, AB Moteurs, RTL 9, Ciné FX et Polar et l'option « Passion » continueront à être distribuées au sein du bouquet TPS, après l'arrivée à échéance du contrat de distribution en cours le 31 décembre 2008. L'entrée en vigueur de l'accord est fixée au 1^{er} janvier 2009 pour une durée de trois ans, prorogeable un an à l'initiative de l'éditeur.

La prorogation unilatérale des contrats de distribution conclus avec TPS

47. Les contrats de distribution conclus par TPS avec les sociétés éditrices de Groupe AB, qui devaient originellement arriver à échéance le 31 décembre 2006, ont été prorogés jusqu'au 31 décembre 2008, c'est-à-dire jusqu'à la date d'échéance du contrat conclu entre Groupe Canal Plus et AB Sat pour la distribution des chaînes au sein de l'offre CanalSat.
48. Par courrier du 11 décembre 2006, TPS a proposé à Groupe AB un rendez-vous au cours duquel serait abordée la question de l'échéance prochaine des contrats de distribution des chaînes thématiques payantes RTL 9, AB Moteurs, Escales et de l'option « Passion ».
49. En l'absence de réponse de Groupe AB, TPS a proposé dans un courrier du 18 décembre 2006 que les contrats de distribution des chaînes thématiques RTL 9, Escales, AB Moteurs et de l'option « Passion » soient prorogés d'un mois, c'est-à-dire jusqu'au 31 janvier 2007, aux conditions contractuelles alors applicables, soit celles de l'année 2006.

⁵ L'option est composée des chaînes thématiques payantes suivantes : Action, Mangas, Animaux, Encyclopédia, Toute l'histoire, Escales, XXL.

50. Le 29 janvier 2007, TPS a informé Groupe AB de sa décision de prolonger la distribution des chaînes thématiques RTL 9, AB Moteurs et Escales et de l'option « Passion » jusqu'au 31 juillet 2007 sur la base des conditions de la dernière année contractuelle, soit celles de l'année 2006. Il ressort du courrier que cette question avait été discutée par les parties et qu'un accord avait été trouvé.
51. Dans une lettre du 7 mars 2007, TPS a proposé à AB Sat de prolonger les contrats de distribution des chaînes AB Moteurs et RTL 9 et des chaînes composant l'option « Passion » jusqu'au 31 décembre 2008, et ce, aux conditions de la dernière année contractuelle, soit celle de l'année 2006. TPS a justifié sa demande par le manque de visibilité quant au déroulement et au calendrier du plan de migration de ses abonnés vers l'offre CanalSat.

2. LES CLAUSES D'EXCLUSIVITÉ FIGURANT DANS LES CONTRATS DE DISTRIBUTION CONCLUS PAR GROUPE CANAL PLUS AVEC LES ÉDITEURS INDÉPENDANTS DE CHAINES THÉMATIQUES PAYANTES

52. Au cours de la période allant du dernier trimestre 2006 à la fin de l'année 2008, Groupe Canal Plus a renouvelé la majorité de ses contrats de distribution exclusive et signé de nouveaux contrats de distribution exclusive avec des éditeurs de chaînes thématiques payantes indépendantes (ci-après les « éditeurs indépendants » et les « chaînes indépendantes »).

a) Les chaînes indépendantes faisant l'objet d'une distribution exclusive

53. En 2008, la majorité des chaînes présentes dans l'offre de télévision payante de Groupe Canal Plus était distribuée en exclusivité sur le satellite et sur les réseaux haut débit (ADSL) et de fibre optique (FTTx), à l'exclusion du câble :

Chaîne	Éditeur	Thématique	Exclusivité ⁶	Distribution non exclusive	Part d'audience ⁷
13 ^{ème} Rue	Société Universal	Série et Fiction	X		1%
Sci Fi			X ⁸		0,4%
RTL 9	Société RTL 9	Mini-généraliste		X	Non mesurée
Euronews	Indépendant	Information		X	0,1%
Du coté de chez vous			X		0,3%
Discovery RealTime			X		0,2%

⁶ L'exclusivité couvre la distribution par satellite et sur les réseaux xDSL et FTTx, à l'exclusion du câble.

⁷ Les parts d'audience sont issues de la Vague 14 de Médiamétrie – MédiaCabSat – 03/09/07 au 17/02/08.

⁸ La clause d'exclusivité ne couvre pas la distribution sur le réseau FTTx.

E! Entertainment	Indépendant	Art de vivre	X ⁹		0,1%	
Vivolta			X		/	
Pink TV				X	/	
Discovery Channel	Société Discovery	Découverte	X		0,5%	
Voyage	Société Fox		X		0,4%	
National Geographic					0,2%	
Animaux	Société Groupe AB			X	/	
Escales				X	0,1%	
Toute l'histoire				X	/	
Encyclopédia				X	/	
Chasse et pêche					/	
L'Equipe TV	L'Equipe		Sport	X		0,4%
Equidia	PMU				X	0,2%
ESPN	Société Disney	X ¹⁰			0,1%	
NASN		X			/	
AB Moteurs	Société Groupe AB			X	0,1%	
Fit TV				X	/	
Motors TV	Indépendant			X	0,1%	
OM TV		X			/	
OL TV				X	/	
Onzéo		X			/	
Sailing Channel				X	/	
Extrême Sports		X ¹¹			/	
NBA +		X			/	
TCM	Société Turner / Société Warner			X	/	

⁹ La clause d'exclusivité ne couvre pas la distribution sur le réseau FTTx.

¹⁰ La clause d'exclusivité ne concerne que la distribution par satellite.

¹¹ La clause d'exclusivité ne couvre pas la distribution sur le réseau FTTx.

Ciné Polar	Société Groupe AB	Cinéma		X	/	
Ciné FX				X	/	
Ciné First				X	/	
Action				X	/	
Disney Cinémagic	Société Disney		X		0,5%	
Disney Cinémagic + 1			X		0,2%	
PlayHouse Disney	Société Disney	Jeunesse	X		0,5%	
Disney Channel			X		0,8%	
Disney Channel + 1			X		0,3%	
Jetix			X		0,5%	
Cartoon Network			Société Turner	X		0,2%
Boomerang					X	0,6%
Baby First TV	Indépendant		X		/	
Nickelodéon	Société MTV / Société Viacom		X		0,4%	
AB 1	Société AB 1	Adolescent		X	0,3%	
Mangas	Société AB Sat			X	0,1%	
Game One	Société MTV / Société Viacom		X		0,3%	
Trace TV	Indépendant	Musique	X ¹²		0,2%	
MTV	Société MTV / Société Viacom		X		0,4%	
MTV Base			X		0,1%	
MTV Pulse			X		0,1%	
MTV Idol	Société MTV / Société Viacom		X		0,1%	
MTV Hits			X		0,1%	
MTV 2			X		/	
VH1				X		/

¹² La clause d'exclusivité ne concerne que la distribution par satellite.

VH1 Classic				X	/
NRJ Hits	Groupe NRJ		X		0,1%
Télé Mélody	Indépendant			X	0,1%
Musique Classique	Société Groupe AB			X	/
La Chaîne Météo	Indépendant	Pratique	X		/
XXL	Société Groupe AB	Charme		X	/

Source : Groupe Canal Plus

54. Les chaînes indépendantes appartiennent soit à des groupes audiovisuels puissants de dimension internationale, comme Universal, Disney, Fox, MTV ou Turner, soit à des groupes nationaux de taille plus modeste comme Groupe AB ou NRJ. Il ressort du tableau ci-dessus qu'en 2008, les chaînes de Groupe AB, une chaîne du groupe Turner (Boomerang), deux chaînes du groupe MTV (VH1 et VH1 Classic) et sept chaînes d'entreprises indépendantes n'étaient pas distribuées en exclusivité par Groupe Canal Plus. Les autres chaînes thématiques payantes, en particulier celles d'Universal, Disney, Fox, Turner et la majeure partie des chaînes musicales du groupe MTV étaient distribuées en exclusivité par Groupe Canal Plus.
55. Ainsi, sur les 60 chaînes thématiques payantes indépendantes distribuées à la fin de l'année 2008, Groupe Canal Plus bénéficiait de :
- l'exclusivité satellitaire sur 35 chaînes (56,4 % des chaînes indépendantes) ;
 - l'exclusivité xDSL sur 33 chaînes (53,2 % des chaînes indépendantes) ;
 - l'exclusivité FTTx, à l'exclusion du câble, sur 30 chaînes (48,4 % des chaînes indépendantes).
56. A l'exclusion de la chaîne RTL 9, les chaînes thématiques payantes non liées par une exclusivité à Groupe Canal Plus disposent d'une faible attractivité en termes d'audience, comme en témoignent les faibles parts d'audience relevées dans le tableau ci-dessus.

b) L'extension de l'exclusivité du réseau xDSL au réseau de la fibre optique

57. Alors que les contrats de distribution exclusive en cours lors de la prise de contrôle de TPS par la société Vivendi Universal en 2006 ne concernaient que le satellite et le réseau xDSL, voire pour certains la téléphonie mobile¹³, les contrats renouvelés ou conclus après l'opération de concentration étendent cette exclusivité au réseau FTTx (fibre optique).
58. Ainsi, l'une des quatre clauses-type suivantes est intégrée dans les contrats de distribution conclus avec les éditeurs de chaînes indépendantes :

« - De convention entre les parties, toute technologie filaire qui se substitue ou qui viendrait à se substituer aux technologies de DSL telles que les technologies fibres entrera dans le champ de l'exclusivité susvisée pour autant que ladite technologie

¹³ Voir à ce sujet la lettre du ministre en charge de l'économie C2006-02 du 30 août 2006 autorisant la concentration entre les sociétés TPS et Vivendi Universal, et plus spécifiquement les pages 82 à 86.

filaire soit exploitée directement ou indirectement par un opérateur de réseau DSL en complément de son offre initiale et/ou en vue de sa substitution.

- une offre xDSL d'un opérateur existant à la date de signature du protocole qui utiliserait la technologie FTTx en substitution et/ou en complément de son offre initiale xDSL sera considérée comme couverte par le champ d'exclusivité dont bénéficie C+.

- Réseaux filaires haut débit désigne et signifie tout réseau de communications électroniques à haut débit quelles que soient leurs technologies de raccordement (notamment DSL, FTTx, technologies basées sur une boucle locale radio ...) à l'exclusion des réseaux câblés ».

- Sont comprises dans les technologies de raccordement : les technologies basées sur la boucle locale en cuivre du réseau téléphonique (xDSL : ADSL, ADSL2+, HDSL, SDSL, VDSL2, etc) ; les technologies basées sur une boucle locale alternative comme la fibre optique et l'éthernet (FTTx : FTTH, FTTC, FTTB, FTTN, etc) ; les technologies basées sur une boucle locale radio : (WIMAX, WIFI) ».

59. Alors que les deux dernières clauses-type précitées ont une portée générale, les deux premières visent les opérateurs de télécommunications qui viendraient à exploiter directement ou indirectement un réseau de fibre optique en substitution ou en complément de leurs réseaux xDSL, comme les sociétés France Télécom, Free, Neuf (devenu SFR), et ceux qui achètent des capacités auprès des premiers, comme la société Darty.

c) L'exclusivité sur les services non-linéaires et de télévision de rattrapage

60. Certains contrats de distribution conclus par les éditeurs indépendants de chaînes thématiques payantes avec Groupe Canal Plus contiennent une clause d'exclusivité couvrant les services de télévision de rattrapage (TVSVoD) et de vidéo à la demande (VoD et SVoD) :

Chaîne thématique	Éditeur	Exclusivité TVSVoD	Exclusivité SVoD	Exclusivité VoD
13 ^{ème} Rue	Société Universal	/	X ¹⁴	/
Cartoon Network	Société Turner / Société Warner	X	X	/
Disney Cinemagic/Disney Cinemagic + 1		X	/	/

¹⁴ L'exclusivité accordée par la société Universal est très limitée puisqu'elle consiste à proposer à Groupe Canal Plus l'exclusivité d'un programme deux fois par an sous réserve que la chaîne ait pu préalablement s'assurer de la disponibilité des droits. La société Universal a indiqué dans l'une de ses réponses au questionnaire adressé par le rapporteur que cette obligation est assimilable à une obligation de moyen. « Au delà de ces deux programmes, nous ne nous interdisons pas d'aller proposer d'autres de nos contenus à des tiers ». (Cote n° 12562)

Disney Channel/Disney Channel + 1	Société Disney	X	/	/
Playhouse Disney		X	/	/
Jetix		X	X	/
Du côté de chez vous	Indépendant	X		
Voyage	Société Fox	X	X	/
National Geographic		X	X	/
MTV/MTV Pulse/MTV Idol/MTV 2/MTV Hits/MTV Base	Société MTV / Société Viacom	X	X	X
Nickelodeon		X	X	X
Onzéo	Indépendant	X	X	/
Vivolta	Indépendant	X	/	/

Source : Groupe Canal Plus

61. Ainsi, sur les 60 chaînes indépendantes qu'elle distribue, Groupe Canal Plus détient en exclusivité les droits TVSVoD de 20 d'entre elles, les droits SVoD de 13 d'entre elles et les droits VoD de 7 d'entre elles.
62. TF1, Métropole Télévision et Lagardère Active, actionnaires minoritaires de Canal + France, ayant par ailleurs conféré à Groupe Canal Plus l'exclusivité de la distribution non-linéaire de 17 de leurs 24 chaînes thématiques payantes présentes sur le bouquet CanalSat, Groupe Canal Plus détient en exclusivité les droits TVSVoD de 37 chaînes thématiques payantes, c'est-à-dire, l'ensemble des droits TVSVoD des chaînes payantes faisant actuellement l'objet d'une commercialisation auprès des consommateurs, les droits SVoD de 13 chaînes thématiques payantes, et les droits VoD de 7 d'entre elles.

3. LES RELATIONS CONTRACTUELLES ENTRE VIVENDI, GROUPE CANAL PLUS, TF1, MÉTROPOLE TÉLÉVISION ET LAGARDÈRE SCA ET ACTIVE

63. La création de Canal + France résulte de l'apport de TPS par ses actionnaires TF1 et Métropole Télévision en vertu du protocole d'accord « Ceres » signé le 6 janvier 2006 et de l'apport de la participation de Lagardère dans CanalSat en vertu d'accords signés le 14 mars 2006. Outre cet apport de parts sociales, les deux accords ont prévu la signature de contrats de distribution exclusive par Groupe Canal Plus des chaînes éditées par les trois sociétés (ci-après les « éditeurs liés » et les « chaînes liées »), ainsi que la signature, pour TF1 et Métropole Télévision, de clauses de non-concurrence.

64. Ces deux accords ont été intégralement notifiés au ministre en charge de l'économie lors de la notification de l'opération de concentration entre TPS et Vivendi Universal, autorisée par décision du 30 août 2006 (C2006-02).

a) Les contrats de distribution des chaînes éditées par TF1 et Métropole Télévision

Le protocole d'accord Ceres

65. Aux termes de l'accord « Ceres » en date du 6 janvier 2006, TF1 et Métropole Télévision se sont engagés à accorder à Groupe Canal Plus la distribution exclusive de leurs chaînes sur les plate-formes du satellite, du réseau hertzien et du réseau xDSL pour une durée comprise entre 3 et 5 années.
66. Aux termes de l'article 11 du protocole, intitulé « *Distribution des chaînes de TF1 et M6* » :

« VU, TF1 et M6 s'engagent à signer ou faire signer selon le cas les accords de distribution mentionnés aux (a) et (b) et (c) ci-après, veillant à préserver l'exposition des chaînes visées aux articles 11.1 et 11.2 et 11.3 dans des conditions au moins comparables à celles des accords en vigueur à ce jour.

Compte tenu de la nature et de l'attractivité des chaînes qui en sont l'objet, et particulièrement de l'exclusivité de distribution sur le territoire de la république française sur tous supports (hertzien, satellite, réseaux filaires ...) à l'exclusion des offres de télévision des opérateurs de réseaux câblés et des offres des opérateurs de TV Mobile, ces accords prévoient une rémunération totale annuelle de [...] millions d'euros hors taxe pour l'ensemble des chaînes concernées du groupe TF1 et de [...] millions d'euros hors taxe pour l'ensemble des chaînes concernées du groupe M6 et de [...] millions d'euros hors taxe pour les chaînes TF6 et Série Club.

Au plus tard trois mois après la date de réalisation :

(...)

– *VU s'engage à faire signer :*

- Avec les sociétés concernées du groupe TF1, des accords de distribution des chaînes LCI, Eurosport, Eurosport 2, TV Breizh, Ushuaia TV, Histoire et leurs déclinaisons dans la stricte mesure où ces déclinaisons seraient distribuées par satellite et/ou par DSL, dans toute offre de télévision du Périmètre défini à l'annexe 3.1, étant précisé que les offres TNT seront réservées aux seules chaînes disposant d'une autorisation de diffusion sur la TNT ;*
- Avec les sociétés concernées du groupe M6, des accords de distribution des chaînes Paris Première, Téva, Fun TV, M6 Music Hits, M6 Music Black, M6 Music Rock, M6 Boutique la Chaîne, Best of Shopping et leurs déclinaisons dans la stricte mesure où ces déclinaisons seraient distribuées par satellite et/ou ADSL, dans toute offre de télévision du Périmètre défini à l'annexe 3.1 étant précisé que les offres TNT seront réservées aux seules chaînes disposant d'une autorisation de diffusion sur la TNT ;*
- Avec les sociétés concernées des groupes TF1 et M6, des accords de distribution des chaînes TF6 et Série Club dans toute offre de télévision du périmètre défini à l'annexe 3.1 étant précisé que les offres TNT seront réservées aux seules chaînes disposant d'une autorisation de diffusion sur la TNT.*

- *Les accords de distribution entreront en vigueur à la date de leur signature. Il est à cet égard d'ores et déjà convenu que les montants de rémunération totale précitées ainsi que les montants qui seront alloués à chacune des chaînes au titre de ces accords seront fixés en considération de la nature et de l'attractivité des chaînes, et, particulièrement de l'exclusivité de leur distribution telle que susvisée. Cette exclusivité sera consentie pour toute la durée desdits accords, laquelle sera de trois ans avec une durée supplémentaire de deux ans et aux mêmes conditions. Les accords de distribution conclus avec chacune de ces chaînes prévoiront une faculté de résiliation de l'accord de distribution conclu avec la chaîne au bénéfice du groupe VU en cas de changement de contrôle d'une des chaînes concernées ainsi qu'en cas de passage en clair de l'une de ces chaînes quel que soit le support.*

Par exception à ce qui précède et en ce qui concerne les chaînes qui bénéficient d'une fenêtre en clair en vertu de leur autorisation au titre de la TNT, le groupe VU n'a pas le droit de résilier à ce titre les accords de distribution correspondant » (cotes 5881 et s.).

Les contrats de distribution des chaînes de TF1

67. Les accords de distribution signés au début de l'année 2007 par Groupe Canal Plus et TF1 prévoient, conformément aux termes de l'accord Ceres, une distribution exclusive des chaînes LCI, Eurosport, Eurosport 2, Histoire, TV Breizh et Ushuaia TV, par satellite et sur le réseau xDSL, et ce, pour une durée minimum de trois ans, laquelle peut être prorogée de deux ans à l'initiative de l'éditeur. En outre, les contrats prévoient la distribution exclusive des services de télévision de rattrapage associés à ces chaînes.
68. Par ailleurs, le périmètre des exclusivités a été élargi au réseau de la fibre optique (FTTx). L'article 1.1 des différents contrats de distribution stipule ainsi que : « *De convention entre les parties, toute autre technologie filaire qui se substitue ou qui viendrait à se substituer aux technologies xDSL telles que les technologies FTTx (FTTH, FTTC, FTTB, FTTN, ...) entrera dans le champ de l'exclusivité susvisée, pour autant que ladite technologie filaire soit exploitée directement ou indirectement par un opérateur de réseau xDSL en complément de son offre initiale et/ou en vue de sa substitution* ».
69. A l'image des contrats conclus avec les éditeurs indépendants, la clause de distribution en exclusivité ne couvre pas les opérateurs de réseaux câblés, même lorsque ces derniers utilisent la même technologie que les opérateurs des réseaux xDSL, à savoir la fibre optique, en substitution de la technologie traditionnelle du câble. Il est en effet stipulé à l'article 1.2 des contrats de distribution conclus avec Groupe Canal Plus que « (...) *il est entendu que [la chaîne] reste libre de commercialiser directement [la chaîne] auprès des offres de télévision des opérateurs de réseaux câblés et des offres des opérateurs de TV Mobile* ». Ainsi, l'extension de l'exclusivité du réseau xDSL au réseau FTTx vise les seuls opérateurs de télécommunications exploitant un réseau xDSL.
70. Enfin, le périmètre des exclusivités concédées est susceptible d'être élargi à des services et à des modes de diffusion non envisagés dans le contrat, en vertu d'un droit de premier regard concédé à Groupe Canal Plus. Les contrats prévoient ainsi que : « (...) *pour toute commercialisation de la chaîne sur tous nouveaux réseaux de communication électroniques non visés à l'article 1.1 et pour tout nouveau mode de consommation autre que ceux d'ores et déjà visés aux présentes, la chaîne concède au Groupe Canal+/Canal + France un droit de premier regard. Ainsi, la chaîne notifiera à Groupe Canal +/Canal + France toute proposition de commercialisation de la chaîne sur tous nouveaux réseaux.*

(...) ». Dans l'hypothèse où Groupe Canal Plus décide de procéder à une telle commercialisation et s'engage à la mettre en œuvre dans un délai de quatre mois à compter de la notification, il est prévu que les droits afférents à la commercialisation sont consentis à titre exclusif.

Les contrats de distribution des chaînes de Métropole Télévision

71. Les accords de distribution signés au début de l'année 2007 par Groupe Canal Plus avec Métropole Télévision prévoient, conformément aux termes de l'accord Ceres, une distribution exclusive des chaînes Paris Première, Téva, M6 Music Rock, M6 Music Black, M6 Music Hit, Fun TV, par satellite et sur le réseau xDSL, pour une durée minimum de trois ans, laquelle peut être prorogée de deux ans à l'initiative de l'éditeur. En outre, les contrats prévoient la distribution exclusive des services de télévision de rattrapage associés à ces chaînes. Les chaînes M6 Boutique la Chaîne et Best of Shopping ont été exclues du champ de l'exclusivité.
72. Par ailleurs, le périmètre des exclusivités a été élargi au réseau FTTx. L'article 4 de la Partie 2 du contrat de distribution prévoit ainsi que : « *De convention entre les parties, une offre xDSL d'un opérateur xDSL existant à la date de signature du protocole qui utiliserait la technologie FTTx (FTTH, FTTC, FTTB, FTTN...) en substitution et/ou en complément de son offre initiale xDSL sera considérée comme couverte par le champ d'exclusivité dont bénéficie Canal + France. Cette exclusivité s'entend à l'exclusion des offres de télévision des opérateurs de réseaux câblés (...), étant précisé que sauf le cas visé au paragraphe précédent un opérateur utilisant la technologie FTTx (FTTH, FTTC, FTTB, FTTN...) sera considéré comme un opérateur de réseau câblé* ». A l'image des contrats conclus avec les éditeurs indépendants et avec TF1, l'exclusivité FTTx vise les seuls opérateurs de télécommunications exploitant un réseau xDSL et ne couvre pas les opérateurs de réseaux câblés, même lorsque ces derniers utilisent la même technologie que les opérateurs des réseaux xDSL, à savoir la fibre optique.
73. Aucune clause de premier regard ne figure dans les contrats de distribution conclus entre Groupe Canal Plus et Métropole Télévision.
74. Dans le cadre de l'opération de concentration entre TPS et Vivendi Universal, les parties notifiantes se sont engagées auprès du ministre de l'économie « (...) à ne pas faire obstacle (...) au renouvellement des contrats en cours à la date de signature des accords notifiés des chaînes édités par les actionnaires minoritaires de la nouvelle entité avec des distributeurs tiers » (engagement n° 27 contenu dans la décision du 30 août 2006 précitée). Cet engagement a permis de pérenniser les contrats conclus par Métropole Télévision avec les sociétés Free, Neuf Cegetel et Télécom Italia pour la distribution des chaînes Paris Première, Téva, M6 Music Hits, M6 Music Rock, M6 Music Black et Fun TV. Cet engagement ne s'appliquait pas à la société France Télécom qui n'avait pas conclu d'accord de distribution avec Métropole Télévision à la date de la notification de l'accord Ceres.
75. Alors que, dans le cadre de l'accord Ceres, Groupe Canal Plus et Métropole Télévision avaient fixé la rémunération de Paris Première, Téva, M6 Music Hits, M6 Music Rock et M6 Music Black en considération d'une exclusivité de distribution de ces chaînes, le contrat de distribution effectivement signé au début de l'année 2007 prévoit le versement d'une compensation financière à Groupe Canal Plus à raison de l'impossibilité d'obtenir une exclusivité intégrale de distribution des chaînes de Métropole Télévision résultant de la mise en œuvre des engagements souscrits auprès du ministre.

76. L'annexe au contrat de distribution prévoit ainsi que « dans l'hypothèse où cette exclusivité ne pourrait être maintenue pour quelque cause que ce soit s'imposant aux parties, il est convenu ce qui suit :

1) les chaînes pourront, le cas échéant, confier leur distribution à un autre distributeur à des conditions usuelles de marché et en tenant compte de leur nature et de leur attractivité en veillant à maintenir une exposition de qualité ;

2) la fin de l'exclusivité et la commercialisation d'une chaîne par un ou plusieurs autres distributeurs entraîneront le versement à Canal + France d'une compensation annuelle en perte d'exclusivité calculée en fonction du montant total des rémunérations dues au titre de la distribution de ladite chaîne par tout distributeur tiers au 31 décembre de chaque année. (...)

En outre, dans l'hypothèse où une reprise exclusive d'une chaîne ne serait pas possible en raison d'engagements contractuels antérieurs à la date des accords CERES qui n'auraient pas expiré à la date de réalisation de l'opération de rapprochement de CANAL+ FRANCE et TPS telle que définie aux termes de ces accords, il sera fait application des règles relatives à la Compensation visées au 2) ci-dessus à la date d'entrée en vigueur des accords de distribution visés à l'article 11 du Protocole et pour les Revenus perçus des tiers à compter de cette date ».

77. Par ailleurs, dans le cadre de l'opération de concentration SFR/Neuf Cegetel autorisée par le ministre de l'économie le 15 avril 2008 (décision C2007-181), Vivendi s'est engagée à ne pas s'opposer à toute demande qui serait adressée à Métropole Télévision par un opérateur de télécommunications de distribuer sur les réseaux xDSL et FTTx une ou plusieurs des six chaînes suivantes : Paris Première, Téva, Fun TV, M6 Music Rock, Hits et Black. De fait, l'exclusivité de distribution des chaînes de Métropole Télévision a pris fin le 15 avril 2008.

Les contrats de distribution des chaînes Série Club et TF6 édités conjointement par TF1 et Métropole Télévision

78. Les accords de distribution signés par Groupe Canal Plus avec TF1 et Métropole Télévision pour la distribution de leurs chaînes communes Série Club et TF6 sont similaires aux accords de distribution des chaînes de Métropole Télévision. Les contrats prévoient, conformément aux termes de l'accord Ceres, une distribution exclusive des chaînes en mode linéaire ainsi que des services de télévision de rattrapage associés, par satellite et sur le réseau xDSL, pour une durée minimum de trois ans, laquelle peut être prorogée de deux ans à l'initiative des éditeurs. Par ailleurs, le périmètre des exclusivités a été élargi au réseau FTTx. Aucune clause de premier regard ne figure dans ces contrats de distribution.

79. Une clause de « compensation liée à la perte d'exclusivité » a été introduite dans l'accord, rédigée en des termes identiques à celle de l'accord de distribution des chaînes de Métropole Télévision citée ci-dessus (cf. point 76). Toutefois, il ressort de l'instruction qu'au cours de la période en litige, TF6 et Série Club n'étaient pas distribuées par un autre opérateur que Groupe Canal Plus, qui détenait donc l'exclusivité de leurs droits de distribution par satellite et sur les réseaux xDSL et FTTx, à l'exclusion du câble, ainsi que leurs droits de télévision de rattrapage.

b) Les clauses de non-concurrence figurant dans l'accord « Ceres »

80. Aux termes de l'article 10 du protocole d'accord Ceres, intitulé « Accords concomitants » :

« A la date de réalisation entrèrent en vigueur:

c) des accords aux termes desquels :

(i) pour une durée de 3 ans à compter de l'obtention de l'accord concurrence, TF1 et M6, chacune pour ce qui la concerne, s'interdiront et se porteront fort tant pour elles que pour les Personnes qu'elles contrôlent, d'exercer sur le territoire de la République française :

(aa) une activité d'édition de Chaînes premium et/ou de chaînes premium Sport et/ou de chaînes Cinéma, sauf destinées à une diffusion sur récepteur mobile quelle que soit la technologie utilisée pour cette diffusion (DVB-H, DMB, UMTS Edge, etc.) (la TV Mobile) ;

(bb) une activité de distributeurs de chaînes payantes sur tous supports hertziens satellitaires ou filaires, à l'exception d'une activité de distributeur de la TV Mobile et/ou de câblo-opérateur.

Il est précisé que :

- *le présent engagement aux termes du présent article 10 c)(i) ne s'applique en aucune manière aux activités d'édition ou de diffusion de chaînes gratuites ;*
- *au titre de cet engagement, TF1 et M6 et les Personnes qu'elles contrôlent respectivement s'interdiront d'être à l'initiative ou de contribuer à tout projet d'une ou de plusieurs Personnes appartenant à leur groupe contrôlant recouvrant tout ou partie des activités visées au (aa) et/ou (bb) ci dessus.*

(ii) pendant une durée de 18 mois à compter de la date à laquelle ils viendraient respectivement à disposer, de quelque manière que ce soit, de leur participation dans CERES, TF1, M6 et les Personnes qu'elles contrôlent respectivement s'engageront, chacune, à proposer aux plate formes du Périmètre de l'annexe 3.1 la distribution de toute chaîne éditée par elles en langue française dans des conditions équitables, raisonnables et non-discriminatoires ; VU se porte fort que les plates formes du Périmètre de l'Annexe 3.1 étudieront de bonne foi la possibilité de faire des propositions de reprise afin d'intégrer ladite chaîne à des conditions équitables, raisonnables et non-discriminatoires ».

c) Les contrats de distribution des chaînes éditées par Lagardère Active

L'accord conclu le 14 mars 2006 par les sociétés Vivendi-Universal, Groupe Canal Plus, Lagardère Active et Lagardère SCA

81. Aux termes de l'accord « Lagardère » conclu le 14 mars 2006, le groupe Lagardère s'est engagé à accorder à Groupe Canal Plus la distribution exclusive des chaînes jeunesse du groupe sur les plates-formes du satellite, du réseau xDSL et du réseau de téléphonie mobile.

82. Aux termes de l'annexe 7 d) de l'accord, intitulée « Principaux termes des accords de distribution des chaînes de Lagardère à conclure entre Canal Plus France et Lagardère » :

« Chaînes jeunesse :

- *contrat de 4 ans à compter du closing ;*
- *montant à répartir entre les 3 chaînes (Canal J, Tiji et Fille TV) :*
 - *[...] millions d'euros pour l'exclusivité SAT/DSL/TV Mobile (Edge et 3G) et TNT non exclusif ;*
 - *[...] millions d'euros pour l'exclusivité SAT/TV mobile (Edge et 3G) et TNT/DSL non exclusif.*

L'exclusivité sur le DSL est accordée à la condition suivante :

- *le Groupe Canal Plus dispose d'une part de marché significative sur le marché de l'offre payante DSL multichaînes, celle-ci devant être définie dans le contrat long forme à intervenir.*

Le Groupe Lagardère et le Groupe Canal Plus se mettront d'accord sur les conditions de lancement des chaînes jeunesse de Lagardère via le DVBH, pour une distribution exclusive de celle-ci par le Groupe Canal Plus. A cet égard, ils s'engagent à négocier de bonne foi les conditions de mise en œuvre de l'exclusivité susvisées, ces conditions de commercialisation des chaînes jeunesse devant être fixées conformément aux conditions du marché applicables au moment de leur négociation.

Chaînes « Musique » :

- *contrat de 4 ans à compter du closing ;*
- *montant à répartir entre les 3 chaînes (MCM, MCM Top et Pop) ;*
- *distribution non exclusive (SAT, DSL, TNT, TV Mobile (tous modes de diffusion))*
 - *[...] millions d'euros en année 1 ;*
 - *[...] millions d'euros en année 2 ;*
 - *[...] millions d'euros en année 3 ;*
 - *[...] millions d'euros en année 4.*

Conditions complémentaires :

Chaînes « Jeunesse » et « Musique ».

- *Indexation du montant des redevances sur l'inflation (prix de la consommation) ;*
- *Transport à la charge du Groupe Lagardère pour le satellite et la TNT et maintien des conditions en vigueur sur DSL ;*
- *Territoires : France, Dom-Tom, Monaco, Andorre (autres territoires sous réserve de l'accord des parties) ;*
- *Engagements programmes :*

(...)

Autres chaînes :

- *Mezzo : aucun nouveau contrat ne sera conclu, le contrat actuel étant maintenu en l'état ;*
- *Chaîne Météo : aucun contrat ne sera conclu, le contrat actuel étant maintenu en l'état » (cote 11962).*

83. Par ailleurs, les parties ont indiqué dans leurs observations qu'elles ont estimé inutile d'intégrer à l'accord « Lagardère » des clauses de non-concurrence, dès lors que la société Lagardère SCA, qui détenait une participation de 34 % dans la société CanalSat, était précédemment partenaire de Groupe Canal Plus, à la différence de TF1 et Métropole Télévision, actionnaires de la société concurrente TPS.

Les contrats de distribution des chaînes jeunesse de Lagardère Active

84. Les accords de distribution signés par Groupe Canal Plus avec Lagardère Active prévoient, conformément aux termes de l'accord du 14 mars 2006, une distribution exclusive des trois chaînes « Jeunesse » Canal J, Fille TV et Tiji, par satellite et sur le réseau xDSL, et ce, pour une durée minimum de 4 ans à compter de leur entrée en vigueur. En outre, les contrats prévoient l'exclusivité de distribution des services de télévision de rattrapage des chaînes Fille TV et Tiji.
85. Par ailleurs, l'article 1.1 des différents contrats élargit le périmètre des exclusivités prévues par l'accord du 14 mars 2006 au réseau de la fibre optique, en des termes identiques aux clauses figurant dans les contrats de distribution des chaînes éditées par TF1 citées ci-dessus (point 67). L'extension de l'exclusivité du réseau xDSL au réseau FTTx, à l'exclusion du câble, vise les seuls opérateurs de télécommunications exploitant un réseau xDSL.
86. Enfin, le périmètre des exclusivités concédées est susceptible d'être élargi à tous les nouveaux réseaux de communication non envisagés dans le contrat, en vertu d'un droit de premier regard concédé à groupe Canal Plus. A la différence des contrats de distribution des chaînes éditées par TF1, cette clause ne s'étend pas aux nouveaux services qui seraient lancés postérieurement à la signature du contrat. Le contrat prévoit ainsi que :

« (...) pour toute commercialisation de la Chaîne (...) sur tous nouveaux réseaux de communications non visés à l'article 1.1 ci-dessus, [la chaîne] concède à CANAL+ FRANCE un droit de premier regard, dans les conditions fixées ci-après :

1.3.1. [La chaîne] notifiera à CANAL + FRANCE toute proposition de commercialisation de la Chaîne à laquelle [la chaîne] souhaiterait donner une suite, sur les réseaux autres que ceux visés à l'article 1 du présent contrat, et à l'exclusion du câble, de l'Internet tel que permettant la réception par ordinateurs. Cette notification comprendra les conditions commerciales essentielles (type de droits, exclusivité ou non, rémunération, durée, base d'abonnés adressée ou garantie).

CANAL+ FRANCE disposera d'un délai de 30 (trente) jours à compter de cette notification pour indiquer à [la chaîne] son intention de procéder ou non à une telle commercialisation aux conditions susvisées, à titre exclusif ou non.

Dans l'hypothèse où CANAL+ FRANCE déciderait de procéder à une telle commercialisation, les droits afférents à cette commercialisation seront consentis par [la chaîne] selon les conditions définies ci-dessus (soit notamment à titre exclusif ou non exclusif), et CANAL+ FRANCE s'engage à mettre en œuvre cette commercialisation dans un délai de quatre mois à compter de la notification de sa décision. Ces délais pourront être prorogés d'un commun accord entre les Parties ».

4. LES DÉCLARATIONS DE GROUPE CANAL PLUS QUALIFIÉES DE DÉNIGREMENT PAR FRANCE TÉLÉCOM

87. France Télécom dénonce les déclarations tenues à son encontre par Groupe Canal Plus dans la presse généraliste et spécialisée au cours de l'année 2008, qu'elle qualifie de dénigrement à son égard.
88. A l'appui de ses allégations, France Télécom a communiqué divers articles de presse rapportant les déclarations de représentants de Groupe Canal Plus :
- S'agissant du développement de Studio 37, filiale de France Télécom dédiée au financement et à la coproduction de films : « *il est vrai que, lorsque nous devons choisir entre deux projets, le fait que l'un soit coproduit par Studio 37 n'est pas un argument favorable* » (Les Echos du 19 mai 2008) ;
 - « *Nous avons 9 des 10 matchs de Ligue 1 en exclusivité, et le dixième est largement commenté dans Jour de Foot, puis visible en différé. Notre abonné a donc tout le foot. Quant au cinéma, nous avons 95 % de la production française et 90 % de la production américaine. A ce stade, il n'est pas nécessaire de parler plus d'Orange* » (Écran Total, 3 septembre 2008) ;
 - Un article de Satellifax relate les propos du directeur général de Canal Plus lors d'un dîner de presse, qui aurait « ironisé » sur les « *comportements erratiques des opérateurs télécoms qui entrent dans les médias parce que c'est brillant et qui en sortent car ça n'est pas rentable* » (Satellifax, 9 avril 2008) ;
 - « *La télévision, c'est un vrai métier. On n'y réussit pas parce qu'on a des tuyaux et beaucoup d'argent. Il faut apprendre longtemps, avoir du talent et être constamment créatif* » (Les Échos du 17 avril 2008) ;
 - « *On ne peut pas soumettre le marché de la culture aux forces de l'argent* » ; France Télécom viendrait déstabiliser « *le marché fragile de la télévision* » (Satellifax du 9 avril 2008 et le Figaro du 9 avril 2008) ;
 - « *Orange, ils sont très bons en communication, franchement j'admire, et ils ont été très soutenus par la presse. Mais laisser entendre qu'ils seraient l'égal de Canal, alors qu'ils n'ont ni histoire, ni antériorité dans notre domaine est ridicule. Je le dis sans arrogance, entre Canal+ et Orange, il n'y a pas photo, ni sur le terrain du football ni sur celui du cinéma. [...] Ce n'est pas parce qu'on loue une belle plage à Cannes pour faire des effets d'annonce qu'on est déjà un opérateur de télévision* » (Journal du Dimanche du 8 juin 2008) ;
 - « *Orange a acheté quelques droits de cinéma et de foot, mais il n'y a pas photo entre d'un côté la qualité éditoriale, de création, de talent qui est sur Canal+, et un peu d'esbroufe habillée avec beaucoup d'argent de l'autre côté* » (L'Équipe, 26 mai 2008) ;
 - « *Orange a reconstitué un petit TPS Star avec un peu de foot et un peu de cinéma* »... « *on n'a pas été longtemps tranquilles* »... « *j'espère qu'on va tenir le temps qu'il faut* »..., « *Orange a quatre ans pour tester son offre et sa viabilité commerciale et financière. Nous avons quatre ans pour les déguster* » (Satellifax du 9 avril 2008 et Challenges du 17 avril 2008).

D. LES GRIEFS NOTIFIÉS

89. Sur la base des constatations qui précèdent, par lettre du 7 janvier 2009, le rapporteur général a notifié les griefs suivants :

« Grief n° 1 : à la société Groupe Canal Plus d'avoir abusé de sa position dominante sur les marchés aval de la distribution et de la diffusion des chaînes thématiques payantes à l'encontre des sociétés Groupe AB, AB Sat, AB 1 et RTL 9 en refusant postérieurement à l'opération de concentration TPS/VU autorisée le 30 août 2006 par le ministre en charge de l'économie d'appliquer et d'adapter certaines dispositions contenues dans les contrats de distribution alors en cours, et de négocier de nouveaux contrats de distribution. Ces pratiques ont consisté :

- *à ne pas respecter certains engagements contenus dans les deux contrats de distribution conclus entre les sociétés RTL 9 et AB Sat et la société TPS et, dans le même temps, à refuser de prendre en compte les circonstances imprévisibles de nature à modifier la teneur des engagements contractuels contenus dans les contrats de distribution conclus par les sociétés RTL 9 et AB Sat et la société TPS ;*
- *à refuser de négocier avec les sociétés du Groupe AB un nouveau contrat de distribution couvrant l'ensemble des chaînes thématiques payantes et les deux options présentes sur les bouquets CanalSat et TPS et à leur imposer une prorogation de 23 mois de leurs contrats de distribution conclus avec la société TPS, alors même que, dans le même temps et de manière discriminatoire, la société Groupe Canal Plus a signé de manière anticipée nombre de contrats de distribution avec certains éditeurs de chaînes thématiques payantes dans les semaines et les mois suivants la décision d'autorisation de l'opération de concentration TPS/VU précitée ;*
- *à mener une politique tarifaire discriminatoire à l'encontre des sociétés du Groupe AB;*

Ces pratiques mises en œuvre entre le 30 août 2006, date à laquelle a été autorisée l'opération de concentration TPS/VU, jusqu'au 29 avril 2008, date à laquelle la société Groupe Canal Plus a conclu un nouvel accord de distribution avec les sociétés Groupe AB et AB Sat, qui ont eu pour objet et pour effet d'entraver la concurrence sur les marchés intermédiaires et aval des marchés de la télévision payante, sont contraires aux articles L. 420-2 du code de commerce et 82 du Traité CE.

Grief n° 2 : à la société Groupe Canal Plus d'avoir abusé depuis le 30 août 2006 de sa position dominante sur les marchés aval de la distribution et de la diffusion de chaînes thématiques payantes, à l'encontre d'une majorité d'éditeurs indépendants, en signant des contrats de distribution exclusive par satellite et sur les réseaux xDSL et FTTx, à l'exclusion du câble, de leurs services de télévision payante linéaires et non-linéaires, et plus spécifiquement les droits TVSVoD tout en jetant le doute sur la crédibilité de la société France Télécom comme opérateur pérenne de télévision payante. Cette pratique a eu pour objet et pour effet de renforcer, d'une part, la position prééminente de la société Groupe Canal Plus sur les marchés intermédiaires de l'édition et de la commercialisation de chaînes thématiques payantes et, d'autre part, la position dominante de la société Groupe Canal Plus sur les marchés aval de la distribution et de la diffusion des chaînes thématiques payantes en vue d'empêcher les opérateurs de télécommunications et les distributeurs par satellite actuels et potentiels de constituer une offre de télévision payante

attractive. Cette pratique est contraire aux articles L. 420-2 du code de commerce et 82 du Traité CE.

Grief n° 3 : aux sociétés Vivendi SA, Groupe Canal Plus, TFl SA et Métropole Télévision SA de s'être entendues depuis le 30 août 2006 au travers de l'accord « Ceres » et des accords de distribution pris en application de ce dernier. Les pratiques mises en œuvre par les sociétés TFl SA, Métropole Télévision SA, Groupe Canal Plus et Vivendi SA concernent :

- *la distribution exclusive par satellite et sur les réseaux xDSL et FTTx, à l'exclusion du câble, de certains services de télévision payante linéaires et non-linéaires, et plus spécifiquement le service de TVSVoD, édités par les sociétés TFl SA et Métropole Télévision SA ;*
- *les deux clauses de non-concurrence d'une durée de trois années contenues dans l'accord « Ceres » :*
 - o *la première clause de non-concurrence, laquelle s'applique aux marchés aval de la distribution et de la diffusion de chaînes thématiques payantes, assure aux sociétés Vivendi SA et Groupe Canal Plus de ne pas être concurrencées par un nouvel entrant détenu totalement ou partiellement par la société TFl SA et/ou la société Métropole Télévision SA sur les modes de diffusion hertzien, satellitaire et filaire, à l'exclusion du câble ;*
 - o *la deuxième clause de non-concurrence, laquelle s'applique aux marchés intermédiaires de l'édition et de la commercialisation de chaînes thématiques payantes, impose à la société TFl SA et/ou à la société Métropole Télévision SA de ne pas éditer de chaînes thématiques payantes « Premium » et/ou « Premium sport » et/ou « Cinéma ».*

Cette pratique, laquelle a pour objet et pour effet d'entraver la concurrence des opérateurs de télécommunications et des distributeurs par satellite actuels et potentiels sur les marchés intermédiaires et aval des marchés de la télévision payante, est contraire aux articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du Traité CE.

Grief n° 4 : aux sociétés Vivendi SA, Groupe Canal Plus et les sociétés Lagardère SCA et Lagardère Active de s'être entendues depuis le 30 août 2006 sur les marchés intermédiaires de l'édition et de la commercialisation des chaînes thématiques payantes. Par l'accord du 14 mars 2006 conclu par les sociétés Vivendi SA, Groupe Canal Plus et les sociétés Lagardère SCA et Lagardère Active et les accords de distribution conclus ultérieurement par les sociétés Groupe Canal Plus et Lagardère Active en application du premier accord, les protagonistes se sont entendus pour que les services de télévision payante linéaires et non-linéaires, et plus spécifiquement les services TVSVoD, relevant de la thématique « Jeunesse » édités par la société Lagardère Active soient distribués en exclusivité satellitaire et sur les réseaux xDSL et FTTx, à l'exclusion du câble, par la société Groupe Canal Plus. Cette pratique, laquelle a pour objet et pour effet d'entraver la concurrence des opérateurs de télécommunications et des distributeurs par satellite actuels et potentiels sur les marchés intermédiaires et aval des marchés de la télévision payante, est contraire aux articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du Traité CE ».

II. Discussion

90. La présente décision examinera successivement :
- les moyens des parties relatifs à la régularité de la procédure ;
 - l'applicabilité du droit communautaire ;
 - les pratiques n'ayant pas fait l'objet de griefs ;
 - le champ de l'examen au fond des griefs notifiés ;
 - la réponse à apporter aux griefs notifiés.

A. SUR LA PROCÉDURE

1. SUR LE RESPECT DU DROIT DES PARTIES À NE PAS CONTRIBUER À LEUR PROPRE INCRIMINATION

91. Groupe Canal Plus soutient que son droit à ne pas contribuer à sa propre incrimination a été méconnu, les questions posées par les services d'instruction ayant été formulées de façon à le contraindre à communiquer des informations dans un sens pouvant l'auto-incriminer.
92. La Cour européenne des droits de l'homme considère que le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination est au cœur de la notion de procès équitable consacrée par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (voir les arrêts du 8 février 1996, *Murray c/ Royaume-Uni* et du 25 février 1993, *Funcke c/ France*). Le juge communautaire a déduit de ce principe que la Commission est en droit d'obliger une entreprise à lui fournir tous les renseignements nécessaires portant sur les faits dont elle peut avoir connaissance mais ne saurait imposer à cette entreprise l'obligation d'apporter des réponses par lesquelles celle-ci serait amenée à admettre l'existence de l'infraction dont il appartient à la Commission d'établir la preuve (voir les arrêts de la Cour de justice en date du 18 octobre 1989, *Orkem/Commission*, C-374/87, Rec. I-3343, points 34 et 35, et du 25 janvier 2007, *Dalmine SpA*, C-407/04, Rec. I-829., point 34 ainsi que la jurisprudence citée sous ce point).
93. Ces principes sont appliqués par l'Autorité de la concurrence, qui a ainsi précisé : « *si les services d'une autorité de concurrence ne peuvent imposer l'obligation de fournir des réponses par lesquelles l'entreprise concernée serait amenée à admettre l'infraction, ils peuvent obliger celle-ci à fournir des renseignements sur les faits ou documents dont ils ont connaissance, tant qu'ils ne dépassent pas la limite évoquée précédemment* » (décision n° 09-D-05 du 2 février 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du travail temporaire, point 76).
94. Au cas d'espèce, Groupe Canal Plus critique la formulation de deux questions posées au cours de l'audition du 13 mars 2008 dans les termes suivants :
- « L'articulation des clauses d'exclusivité qui couvrent les modes de diffusion actuels (satellite, xDSL, UMTS et EDGE) ou à venir comme le FTTx, les services qui ne sont pas encore commercialisés comme la TSVOD, et des clauses de priorité semble indiquer que la société CanalSat a voulu se prémunir de la concurrence des*

distributeurs actuels ou potentiels sur les réseaux de distribution existant comme le xDSL et à venir comme le FTTx, mais également sur les services futurs comme la TSVOD ? Quelles justifications pouvez-vous donner à cette pratique mise en œuvre par la société CanalSat ? Merci d'argumenter votre réponse ;

La politique d'exclusivité semble chercher à réduire l'accès des opérateurs ADSL au marché de la distribution de la télévision payante. En effet, il apparaît qu'un nombre important de chaînes ne peuvent contracter avec les opérateurs ADSL. Par ailleurs, certaines conventions contiennent des clauses qui leur interdisent de contracter avec des opérateurs présents sur le réseau xDSL mais également qui viendraient à commercialiser une offre très haut débit (FTTx), lesquels sont au nombre de trois actuellement. Enfin, ces mêmes chaînes sont légalement autorisées selon les dispositions contenues dans les divers contrats à contracter avec les câblo-opérateurs. Dès lors, il convient de s'interroger si ces clauses ne sont pas d'une nature discriminatoire et n'ont pas vocation à empêcher certains opérateurs du réseau xDSL et FTTx de contracter avec un nombre important de chaînes actuellement distribuées en exclusivité par la société CanalSat afin de limiter l'attractivité de leurs offres propriétaires ? Vous serait-il possible de répondre à cette analyse ? Quelles justifications pouvez-vous donner à cette pratique mise en œuvre par la société CanalSat ? Merci d'argumenter votre réponse ».

95. Ces questions, portant sur les contrats conclus avec les éditeurs de chaînes thématiques payantes qui avaient été communiqués par Groupe Canal Plus aux services d'instruction, avaient pour objet de permettre à l'entreprise de justifier sa politique contractuelle et notamment la présence de clauses d'exclusivité contenues dans un nombre significatif de contrats de distribution. De telles demandes d'explications, légitimes de la part d'un rapporteur qui souhaite progresser dans l'instruction du dossier et exprimées sous la forme d'hypothèses, n'appelaient pas les entreprises à s'auto-incriminer en ce qu'elles ne les invitaient pas à admettre l'existence d'une infraction au droit de la concurrence, à l'inverse des questions qui ont été jugées contraires au respect des droits de la défense par la Cour de justice des communautés européennes dans ses arrêts précités, qui étaient de nature à obliger les entreprises à avouer leur participation à des accords anticoncurrentiels.
96. Il résulte de ce qui précède que le moyen soulevé manque en fait et doit être écarté.

2. SUR L'IMPARTIALITÉ DE L'INSTRUCTION

97. Groupe Canal Plus soutient que l'instruction a été menée exclusivement à charge, comme en témoignerait la teneur des questionnaires adressés aux éditeurs indépendants, de nature à suggérer le sens de la réponse de ces derniers. Par ailleurs, elle invoque le défaut d'impartialité du rapporteur du fait de ses précédentes fonctions au sein du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) d'une part, et dès lors qu'il aurait rédigé la réponse du Conseil de la concurrence au courrier adressé par le CSA dans le cadre de la procédure l'opposant à la chaîne AB 1, d'autre part.
98. Il résulte d'une jurisprudence constante que l'impartialité des services d'instruction ne peut être mise en cause lorsque les règles de procédure garantissant le principe du contradictoire ont été respectées. La cour d'appel de Paris a ainsi jugé, dans un arrêt du 24 novembre 2009, Chevron Products Company, qu'une entreprise « n'est pas fondée à se plaindre de manquements à l'impartialité des services instructeurs, dès lors qu'à partir de la notification des griefs, elle a disposé de la faculté de consulter le dossier, de demander l'audition de témoins, de présenter ses observations puis, après le rapporteur, de

s'exprimer oralement devant le Conseil » (voir, dans le même sens, les arrêts du 12 avril 2005, France Telecom, du 2 octobre 2007, ETF et du 19 janvier 2010, Ordre National des Chirurgiens Dentistes, ainsi que l'arrêt de la Cour de cassation du 15 juin 1999, Lilly France).

99. Au cas d'espèce, les parties concernées ont eu la possibilité de consulter le dossier, de demander l'audition de témoins, de présenter des observations sur les griefs notifiés et un mémoire en réponse au rapport, et, enfin, de s'exprimer oralement en séance devant une formation du collège de l'Autorité indépendante des services d'instruction et à laquelle aucun reproche de partialité n'a été adressé.
100. Par ailleurs, et en tout état de cause, les arguments soulevés par Groupe Canal Plus ne sont pas de nature à caractériser une quelconque partialité du rapporteur de l'affaire. Aucune violation de l'impartialité du rapporteur ne peut être caractérisée du fait de la participation de ce dernier à l'instruction de l'avis rendu par le CSA à la demande du Conseil de la concurrence sur l'opération de concentration entre les sociétés TPS et Vivendi Universal. Le rapporteur n'a en effet nullement été amené à traiter, dans le cadre de ses précédentes fonctions, l'affaire faisant l'objet du présent litige. Par ailleurs, Groupe Canal Plus ne justifie d'aucune manière son allégation suivant laquelle le rapporteur de la présente affaire serait l'auteur de la réponse du Conseil de la concurrence à la consultation du CSA dans le cadre de la procédure l'opposant à la chaîne AB 1.
101. Il résulte de ce qui précède que le moyen tiré du défaut d'impartialité de l'instruction doit être écarté.

3. SUR LE RESPECT DU PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE

a) En ce qui concerne l'accès au dossier

102. En premier lieu, Groupe Canal Plus fait valoir que les services d'instruction ont pris connaissance d'éléments d'information qui ne lui ont pas été communiqués. Ces informations auraient été échangées entre le rapporteur et le directeur général du groupe Iliad, concurrent de Groupe Canal Plus, au cours d'un entretien informel.
103. Aux termes de l'article L. 463-2 du code de commerce : « [...] *le rapporteur général* [...] *notifie les griefs aux intéressés ainsi qu'au commissaire du Gouvernement, qui peuvent consulter le dossier sous réserve des dispositions de l'article L. 463-4 et présenter leurs observations dans un délai de deux mois* ». Selon une jurisprudence constante, le principe du contradictoire est respecté lorsque les parties ont disposé, à compter de la notification des griefs, de la faculté de consulter l'ensemble des pièces ayant servi à établir les griefs notifiés (voir, en ce sens, l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 24 janvier 2006, Ordre des avocats au barreau de Marseille).
104. Au cas d'espèce, il n'est pas contesté que Groupe Canal Plus a pu consulter l'ensemble des pièces du dossier ayant servi à établir les griefs notifiés. A supposer même qu'une entrevue entre le rapporteur et le directeur général du groupe Iliad ait eu lieu, ce qui ne ressort nullement des pièces du dossier, ainsi que le reconnaît Groupe Canal Plus, cette circonstance serait sans incidence sur la régularité de la procédure, dès lors que cet entretien n'a pas servi à fonder les griefs notifiés.
105. En second lieu, Groupe Canal Plus fait valoir que sa demande de déclassement de secrets d'affaires contenus dans des documents annexés au rapport du 4 décembre 2009 a été

entièrement rejetée par la décision n° 10-DEC-01 du 1^{er} février 2010, alors que ces documents étaient nécessaires à la défense de ses droits.

106. L'article L. 463-4 du code de commerce dispose que : « *Sauf dans les cas où la communication ou la consultation de ces documents est nécessaire à l'exercice des droits de la défense d'une partie mise en cause, le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence peut refuser à une partie la communication ou la consultation de pièces ou de certains éléments contenus dans ces pièces mettant en jeu le secret des affaires d'autres personnes. Dans ce cas, une version non confidentielle et un résumé des pièces ou éléments en cause lui sont accessibles* ». Il résulte de ces dispositions ainsi que de l'article L. 463-2 du code de commerce précité que le droit des entreprises à l'accès au dossier doit être mis en balance avec la protection de leurs secrets d'affaires, et que cette mise en balance nécessite une appréciation au cas par cas, compte tenu de la situation concrète des parties, de la nature des informations concernées et de la nécessité pour la partie requérante d'y avoir accès pour se défendre, elle-même liée à la nature du grief notifié et au contexte du marché examiné.
107. Au cas d'espèce, les documents dont Groupe Canal Plus a réclamé le déclassement sont relatifs à la consultation lancée à l'automne 2009 par TF1 et Métropole Télévision en vue d'une distribution non exclusive de leurs chaînes de télévision payante. Ces documents comportaient des informations relatives à l'identité des entreprises ayant participé à la consultation du marché, aux offres financières présentées, à l'évolution prévisionnelle du nombre d'abonnés et au positionnement des diverses chaînes thématiques payantes dans les offres de télévision de ces entreprises. Ces informations commerciales et confidentielles mettaient en jeu le secret des affaires d'entreprises concurrentes de Groupe Canal Plus sur le marché de la distribution des services de télévision payante.
108. Il est constant que les documents en cause n'ont pas été utilisés comme moyen de preuve par les services d'instruction pour fonder les griefs notifiés.
109. Groupe Canal Plus fait valoir qu'elle aurait pu utiliser à décharge les documents concernés pour les besoins de sa défense. A cet égard, il convient de relever que Groupe Canal Plus était informée de la consultation effectuée par TF1 et Métropole Télévision, à laquelle elle a répondu, et qu'elle pouvait déduire du caractère infructueux de cette consultation que la rémunération offerte par l'ensemble des acteurs de la télévision payante en France était inférieure à la rémunération offerte par Groupe Canal Plus dans le cadre d'un contrat d'exclusivité. Elle était donc en mesure d'exploiter utilement ces éléments pour les besoins de sa défense. Groupe Canal Plus ne démontre pas qu'elle aurait pu utiliser à décharge pour sa défense les informations couvertes par le secret des affaires énoncées ci-dessus pour invoquer des éléments supplémentaires, de nature à influencer le déroulement de la procédure ou les appréciations portées par l'Autorité de la concurrence dans la présente décision, notamment en ce qui concerne la qualification des pratiques qui lui sont reprochées.
110. Ainsi, compte tenu de la nature des informations concernées, il n'existait pas de motif imposant la levée du secret des affaires. Il résulte de ce qui précède que le moyen tiré par Groupe Canal Plus de la violation de ses droits de la défense doit être écarté.

b) En ce qui concerne la précision des griefs notifiés

111. En premier lieu, Métropole Télévision fait valoir que la notification de griefs ne précise pas clairement si la pratique qui lui est reprochée est poursuivie à raison de son objet ou de son effet anticoncurrentiel, dès lors que la notification est entièrement fondée sur l'analyse

d'un objet anticoncurrentiel mais que le grief notifié porte à la fois sur l'objet et sur l'effet anticoncurrentiel des pratiques.

112. Un grief est un ensemble de faits, qualifiés juridiquement et imputés à une ou plusieurs entreprises. Dans son arrêt du 23 février 2010, Expedia Inc., la cour d'appel de Paris a rappelé que la notification des griefs doit « *contenir un exposé des griefs libellé dans des termes suffisamment clairs, fussent-ils sommaires, pour permettre aux intéressés de prendre effectivement connaissance des comportements qui leur sont reprochés (...)* ; le principe de la contradiction et les droits de la défense sont respectés lorsque la décision ne met pas à la charge des intéressés des infractions différentes de celles visées dans les notifications de griefs et ne retient que des faits sur lesquels ils ont eu l'occasion de s'expliquer ». La vérification de la précision d'une notification de griefs doit se faire « *au regard non seulement de la formule finale d'accusation, mais aussi du corps même de la notification de griefs* » (arrêt du 24 juin 2008, France Travaux).
113. Au cas d'espèce, la notification des griefs vise expressément dans ses motifs comme dans la formule d'accusation tant l'objet que l'effet anticoncurrentiel de la pratique d'entente reprochée à Métropole Télévision (voir par exemple, les points 579 et s. de la notification de griefs). Le grief n° 3 vise la distribution exclusive de certains services de télévision payante édités par les sociétés TFI SA et Métropole Télévision SA ainsi que les deux clauses de non-concurrence d'une durée de trois années contenues dans l'accord « Ceres » et précise que : « *cette pratique, laquelle a pour objet et pour effet d'entraver la concurrence des opérateurs de télécommunications et des distributeurs par satellite actuels et potentiels sur les marchés intermédiaires et avals de la télévision payante, est contraire aux articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du traité CE* ». Métropole Télévision ne démontre pas que cette formulation, qui identifie clairement le comportement qui lui est reproché, l'aurait empêchée de se défendre en toute connaissance de cause. Il résulte de ce qui précède que le moyen tiré de l'imprécision des griefs notifiés manque en fait et doit être écarté.
114. En second lieu, Métropole Télévision fait valoir que le rapport du 4 décembre 2009, qui propose au collège de l'Autorité deux solutions alternatives, ainsi que l'analyse de la distribution des chaînes de télévision du groupe comportent diverses contradictions, suscitant des difficultés de compréhension. Lagardère SCA et Lagardère Active soutiennent qu'elles ne sont pas, du fait de la présentation d'une alternative, en mesure d'apprécier clairement le périmètre des infractions qui leur sont reprochées et que le principe de la présomption d'innocence aurait dû amener le rapporteur à proposer l'abandon des griefs notifiés.
115. Il résulte du caractère contradictoire de la procédure que l'analyse menée dans le rapport peut évoluer par rapport à celle développée dans la notification des griefs (voir, à cet égard, la décision de l'Autorité de la concurrence n° 10-D-28 du 20 septembre 2010 relative aux tarifs et aux conditions liées appliquées par les banques et les établissements financiers pour le traitement des chèques remis aux fins d'encaissement, point 160). Le Conseil a ainsi précisé que les dispositions de l'article R. 463-11 du code de commerce « *ne font nullement obstacle au débat contradictoire qui s'ouvre dès la communication des griefs aux parties et qui se poursuit tout au long de la procédure, non seulement sur la matérialité des faits, mais aussi sur leur analyse par les services d'instruction* » (décision n° 08-D-12 du 21 mai 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la production du contreplaqué, point 118, confirmée sur ce point par l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 29 septembre 2009, Ets. A. Mathé). La cour d'appel de Paris a jugé qu'une entreprise pouvait être sanctionnée à raison d'un grief dont le rapporteur a proposé

l'abandon partiel au stade du rapport, sans que les droits de la défense ne soient méconnus, dès lors, d'une part, qu'une entreprise ne peut ignorer le principe qui résulte de l'article R. 463-11 du code de commerce, suivant lequel l'Autorité n'est pas liée par les appréciations du rapporteur et doit statuer sur la totalité des griefs notifiés, et, d'autre part, qu'elle a la faculté de présenter des observations en défense, y compris en séance (voir l'arrêt du 19 juin 2007, Philips France).

116. Au cas d'espèce, le fait que les services d'instruction aient proposé au collège de l'Autorité deux solutions alternatives afin de tenir compte des arguments avancés par les entreprises mises en cause dans le cadre du débat contradictoire ne saurait avoir porté atteinte aux droits de la défense de ces dernières, une telle proposition leur étant au contraire favorable. Par ailleurs, les mises en cause ne pouvaient ignorer que l'Autorité est tenue de statuer sur la totalité des griefs notifiés le 7 janvier 2009. Ainsi, dès lors qu'aucun grief nouveau n'a été notifié aux parties, et que celles-ci ont bénéficié du délai de deux mois prévu par l'article L. 463-2 du code de commerce pour présenter leurs observations sur les analyses des services d'instruction, aucune atteinte au principe du contradictoire ne saurait être constatée.
117. Par ailleurs, aucune atteinte au principe de la présomption d'innocence ne peut résulter du fait que les services d'instruction ont, au stade du rapport, présenté une alternative, qui a été elle-même soumise au débat contradictoire. La formulation retenue ne peut en effet être regardée comme établissant la culpabilité des entreprises.
118. Enfin, s'agissant des contradictions alléguées des analyses développées par les services d'instruction, il convient de relever qu'un tel moyen relève non de la régularité de la procédure, mais de l'analyse du bien-fondé des griefs notifiés. Aucune atteinte aux droits de la défense ne peut être relevée dès lors que Métropole Télévision a disposé de la faculté de présenter des observations en réponse, conformément aux dispositions fixées par l'article L. 463-2 du code de commerce.

4. SUR LA CONSULTATION DES AUTORITÉS SECTORIELLES

a) Les arguments des parties

119. L'ensemble des parties reprochent aux services d'instruction d'avoir procédé tardivement à la communication de la saisine de France Télécom aux autorités sectorielles compétentes, l'ARCEP et le CSA.
120. France Télécom fait valoir que la consultation des autorités sectorielles a été engagée sur le fondement des conditions dérogatoires prévues lors de la réunion préparatoire à la séance qui s'est tenue au siège de l'Autorité le 11 mars 2010 et non des dispositions de l'article R. 463-9 du code de commerce. Elle fait valoir que la rapporteure générale a procédé à cette consultation sans l'accord écrit des parties, et selon un délai réduit, en violation des termes de l'accord sollicité par le président de l'Autorité lors de la réunion du 11 mars 2010.
121. Groupe Canal Plus fait valoir que le délai de moins d'un mois accordé au CSA et à l'ARCEP ne leur permettait pas de rendre un avis parfaitement éclairé. France Télécom soutient que l'obligation de consultation a été dénaturée du fait de ce délai réduit et expéditif.
122. Par ailleurs, les parties font valoir que le rapport complémentaire du 14 avril 2010 n'a tenu aucun compte des avis émis. Selon France Télécom, les irrégularités entachant la

consultation des autorités sectorielles entraîneraient l'irrégularité du rapport complémentaire.

b) Appréciation de l'Autorité

123. Aux termes de l'article R. 463-9 du code de commerce : « *Le rapporteur général communique aux autorités administratives énumérées à l'annexe 4-6 du présent livre toute saisine relative à des secteurs entrant dans leur champ de compétence. Ces autorités administratives disposent pour faire part de leurs observations éventuelles d'un délai de deux mois, qui peut être réduit par le rapporteur général si l'urgence le nécessite. Ces observations sont jointes au dossier* ».
124. A titre liminaire, il convient de rappeler les conditions dans lesquelles se sont déroulées les consultations des autorités sectorielles dans la présente affaire.
125. La saisine d'office du Conseil de la concurrence en date du 8 janvier 2008 a été communiquée à l'ARCEP et au CSA, qui ont émis des observations respectivement le 1^{er} juillet 2008 et le 4 septembre 2008. Ces avis ont été joints à la notification des griefs adressée aux parties.
126. France Télécom a saisi le Conseil de la concurrence le 5 novembre 2008, et sa saisine a été jointe à la saisine d'office par une décision en date du 10 décembre 2008.
127. Lors de la réunion préparatoire à la séance qui s'est tenue le 11 mars 2010, le président de l'Autorité de la concurrence a, compte tenu de l'absence de communication de la saisine de France Télécom à l'ARCEP et au CSA, proposé aux parties deux options : « *maintenir la séance du 30 mars 2010, qui se traduirait par une décision du collège de l'Autorité tendant au sursis à statuer et au renvoi de l'affaire à l'instruction aux fins de communiquer la saisine au CSA et à l'ARCEP* » ou « *convenir de procéder sans attendre à la saisine pour avis du CSA et de l'ARCEP et reporter la séance, qui se tiendrait après établissement d'un rapport complémentaire accompagné des éventuelles observations de ces autorités, soumis au débat contradictoire* » (procès-verbal de la réunion du 11 mars 2010, cote 31115). Afin de ne pas retarder le traitement de l'affaire, les conseils de Métropole Télévision, Lagardère SCA, Lagardère Active, TF1, Groupe Canal Plus et France Télécom ont exprimé leur accord oral pour suivre la seconde option lors de la réunion du 11 mars 2010 et le conseil de Vivendi a fait part par téléphone de l'accord de sa cliente le 12 mars 2010.
128. La saisine de France Télécom a été communiquée à l'ARCEP et au CSA, par lettre de la rapporteure générale en date du 12 mars 2010, fixant au 6 avril 2010 la date limite de transmission des observations éventuelles. Ces autorités ont émis un avis respectivement le 30 mars 2010 et le 8 avril 2010.
129. En premier lieu, s'agissant du caractère tardif de l'information des autorités sectorielles, la Cour de cassation a jugé, dans l'affaire ayant donné lieu à la décision n° 00-D-28 relative à la situation concurrentielle dans le secteur du crédit immobilier, que « *l'article 16 du décret du 29 décembre 1986 [devenu l'article R. 463-9 du code de commerce] ne précise pas le moment auquel la saisine doit être communiquée à l'autorité administrative concernée, n'impose pas que l'avis de cette dernière soit sollicité dès le stade de la saisine du Conseil et qu'il suffit que cette disposition soit mise en œuvre dans des conditions compatibles avec le respect du caractère contradictoire de la procédure devant le Conseil, la cour d'appel, qui observe que le Conseil a estimé, en l'espèce, qu'il convenait de transmettre outre l'acte de la saisine dont il avait pris l'initiative, la notification des griefs, document propre à favoriser l'émission d'un avis éclairé par cette autorité, et qu'il n'a pas*

été porté atteinte aux droits de la défense en procédant à cette formalité le 27 novembre 1998 dès lors que celle-ci a été accomplie avant la notification du rapport, a statué à bon droit » (arrêt du 23 juin 2004). En l'espèce, la communication de la saisine de France Télécom a été effectuée avant la notification d'un rapport complémentaire aux parties le 14 avril 2010. Elle a donc été effectuée alors que l'instruction n'était pas encore close. En outre, les avis de l'ARCEP et du CSA ont été soumis au contradictoire et les parties ont pu en tenir compte pour produire des observations écrites dans le délai légal de deux mois. Il résulte de ce qui précède que les parties ne sont pas fondées à se plaindre d'une méconnaissance de leurs droits de la défense sur ce point.

130. En deuxième lieu, s'agissant du moyen soulevé par France Télécom tiré de l'absence d'accord écrit des parties pour procéder à la saisine des autorités sectorielles sans attendre la séance initialement prévue le 30 mars 2010, il convient de relever que les parties ont exprimé leur accord oral pour suivre cette procédure au cours de la réunion du 11 mars 2010, et, s'agissant de la société Vivendi, par téléphone le 12 mars 2010 (voir procès-verbal de la réunion précité). Par ailleurs, aucun texte n'impose l'accord écrit préalable des parties avant la communication d'une saisine aux autorités sectorielles, dès lors que cette communication résulte d'une obligation légale, qui s'impose à l'Autorité de la concurrence en vertu des dispositions précitées de l'article R. 463-9 du code de commerce. Enfin, et en tout état de cause, aucune atteinte concrète aux droits de la défense découlant de l'absence d'accord écrit des parties n'est établie, ni même alléguée. Ainsi, le moyen soulevé est inopérant et ne peut qu'être écarté.
131. En troisième lieu, le délai de réponse réduit accordé à l'ARCEP et au CSA pour produire leurs observations n'a pas porté d'atteinte concrète aux droits de la défense, dès lors, d'une part, que ces autorités ont pu émettre un avis motivé sur la saisine de France Télécom, et, d'autre part, que les pratiques dénoncées par France Télécom correspondaient pour la plupart au champ de l'auto-saisine du 8 janvier 2008, communiquée en 2008 aux autorités sectorielles, et qui avait déjà fait l'objet d'avis de leur part. Dans son avis du 30 mars 2010, l'ARCEP relève ainsi qu'elle « *s'est d'ores et déjà prononcée sur les principales pratiques dénoncées, par ailleurs, par la saisine de France Télécom* » dans le cadre de son avis du 1^{er} juillet 2008 (cote 31155). Il résulte de ce qui précède que les parties ne sont pas fondées à se plaindre d'une méconnaissance de leurs droits de la défense sur ce point.
132. En dernier lieu, le rapport complémentaire en date du 14 avril 2010 précise que les avis des autorités sectorielles « *renvoient pour l'essentiel aux analyses qu'elles ont développées précédemment dans la saisine 08/0006 F et n'appellent donc pas, en l'absence d'éléments nouveaux, d'observations particulières des services d'instruction* ». A supposer que les avis émis apportent, comme le soutiennent Groupe Canal Plus, TF1 et France Télécom, des éléments nouveaux qui pourraient être de nature à influencer la teneur de la décision de l'Autorité, la circonstance que le rapport complémentaire n'en tienne pas compte n'est pas de nature à porter atteinte aux droits de la défense. En effet, les parties ont eu communication de ces avis et ont donc pu présenter à l'attention des membres du collège de l'Autorité des observations écrites dans le délai légal de deux mois, puis orales au cours de la séance du 7 juillet 2010, tenant compte des éventuels éléments nouveaux issus de ces consultations pour contester les interprétations du rapporteur. Ainsi, le moyen ne peut qu'être écarté.

5. SUR LA DISJONCTION DE LA SAISINE COMPLÉMENTAIRE DE FRANCE TÉLÉCOM

133. Métropole Télévision et France Télécom contestent la décision en date du 19 février 2010 par laquelle la rapporteure générale a décidé de disjoindre la saisine complémentaire déposée par France Télécom le 18 février 2010, portant sur la reconduction des exclusivités de distribution des chaînes éditées par TF1 et Métropole Télévision au profit de Groupe Canal Plus, au motif notamment qu'une telle décision a pour effet de séparer artificiellement les pièces d'une même affaire.
134. Aux termes de l'article R. 463-3 du code de commerce : « *Le rapporteur général ou un rapporteur général adjoint peut (...) procéder à la disjonction de l'instruction d'une saisine en plusieurs affaires* ». La cour d'appel de Paris a jugé que les décisions prises en application de ce texte constituaient des décisions insusceptibles de recours, et que les moyens visant à contester la disjonction opérée étaient irrecevables à l'appui d'un recours dirigé contre la décision au fond du Conseil de la concurrence (voir l'arrêt du 29 juin 2004, Syndicat des professionnels européens de l'automobile, confirmé par l'arrêt de la Cour de cassation du 17 janvier 2006).
135. Il résulte de ce qui précède que les parties ne sont pas recevables à critiquer la décision de disjonction en date du 19 février 2010. En tout état de cause, il convient de relever que la saisine complémentaire de France Télécom porte sur des pratiques qui ont été mises en œuvre au cours de l'année 2009, c'est-à-dire postérieurement à la période des faits visés par la présente procédure. Partant, le moyen soulevé doit être écarté.

6. SUR LE SECRET DES AFFAIRES

136. Groupe Canal Plus invoque la méconnaissance de son droit à la protection de ses secrets d'affaires, qui aurait été négligé, voire violé par l'instruction.
137. La sanction qui s'attache à la violation du secret des affaires n'est pas la nullité de la procédure mais le versement éventuel d'une indemnité réparatrice, dans l'hypothèse où la divulgation de telles informations serait de nature à créer un préjudice direct et certain aux entreprises concernées (voir, en ce sens, les décisions de l'Autorité de la concurrence n° 10-D-28 du 20 septembre 2010 précitée, point 221, et n° 09-D-36 relative à des pratiques mises en œuvre par Orange Caraïbe et France Télécom sur différents marchés de services de communications électroniques dans les départements de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Guyane, point 157, confirmée sur ce point par l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 23 septembre 2010, Digicel).
138. La cour d'appel de Paris a précisé que « *la violation du secret ne saurait entraîner la nullité de la procédure, donc de la décision, que s'il résulte de cette violation une atteinte irréversible et concrète aux droits de la défense, dont la preuve incombe à l'entreprise qui s'en plaint* » (arrêt Digicel précité). A cet égard, Groupe Canal Plus n'expose nullement en quoi la violation alléguée de son droit à la protection du secret des affaires aurait porté atteinte à ses droits de la défense en l'empêchant de répondre utilement aux griefs qui lui avaient été notifiés.
139. Il résulte de ce qui précède que le moyen tiré du non-respect allégué du secret des affaires de Groupe Canal Plus doit être écarté.

B. SUR L'APPLICABILITÉ DU DROIT COMMUNAUTAIRE

140. Les articles 81 et 82 CE, en vigueur au cours de la période de commission des pratiques, s'appliquent aux accords horizontaux et verticaux et aux pratiques abusives d'entreprises qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres. Il résulte de la jurisprudence communautaire que, pour être susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, une décision, un accord ou une pratique doivent, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, permettre d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'ils puissent exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre États membres, et cela de manière à faire craindre qu'ils puissent entraver la réalisation d'un marché unique entre États membres. Il faut, en outre, que cette influence ne soit pas insignifiante (arrêts de la Cour de justice du 11 juillet 1985, Remia e.a./Commission, 42/84, Rec. p. 2545, point 22, du 28 avril 1998, Javico, C-306/96, Rec. p. I-1983, point 16, et Ambulanz Glöckner, C-475/99, Rec. p. I-8089, point 48).
141. Les parties ne contestent pas l'applicabilité du droit communautaire dans la présente affaire.

1. SUR L'EXISTENCE DE PRATIQUES SUSCEPTIBLES D'AFPECTER LE COMMERCE ENTRE ÉTATS MEMBRES

142. Les abus de position dominante commis sur le territoire d'un seul État membre sont susceptibles, dans certains cas, d'affecter le commerce intracommunautaire. Les lignes directrices de la Commission précitées exposent ainsi que « *lorsqu'une entreprise, qui occupe une position dominante couvrant l'ensemble d'un État membre constitue une entrave abusive à l'entrée, le commerce entre États membres peut normalement être affecté. En général, ce comportement abusif rendra plus difficile aux concurrents d'autres États membres la pénétration sur le marché, auquel cas les courants d'échanges sont susceptibles d'être affectés* » (paragraphe 93).
143. Par ailleurs, en ce qui concerne les accords verticaux couvrant un seul Etat membre, les lignes directrices précisent que ceux-ci « *sont notamment susceptibles d'affecter les courants d'échange entre Etats membres lorsqu'ils rendent plus difficile aux entreprises d'autres Etats membres la pénétration du marché national en cause, soit au moyen d'exportations, soit au moyen de l'établissement (effet d'éviction)* » (paragraphe 86).
144. En l'espèce, Groupe Canal Plus occupe une position dominante sur le marché aval de la distribution de services linéaires de télévision payante, qui couvre l'ensemble du territoire métropolitain (voir points 300 et s. ci-dessous). Par ailleurs, les accords verticaux conclus par Groupe Canal Plus et Vivendi avec Lagardère SCA et Lagardère Active, d'une part, et avec TF1 et Métropole Télévision d'autre part, sont de nature exclusive et couvrent l'ensemble du territoire métropolitain. Ainsi, les pratiques dénoncées, qui portent sur des pratiques d'éviction mises en œuvre par les entreprises mises en cause, sont susceptibles d'élever des barrières à l'entrée de concurrents d'autres Etats-membres sur le marché français, et, par conséquent, d'affecter le commerce intracommunautaire.
145. A cet égard, il convient de relever que des entreprises d'autres Etats membres sont présentes sur les marchés français de la télévision payante. Tel est le cas de l'opérateur de télécommunications Alice, détenu jusqu'en 2008 par la société italienne Telecom Italia, présent sur les marchés avals de la distribution et de la diffusion de chaînes thématiques payantes, de la société Métropole Télévision, détenue par la société RTL, filiale du groupe

de communication allemand Bertelsmann, présente sur les marchés intermédiaires de l'édition de chaînes, et de la chaîne thématique payante RTL 9, société de droit luxembourgeois contrôlée par Groupe AB. L'existence d'échanges entre Etats membres portant sur les services faisant l'objet des pratiques en litige est donc établie.

146. Il en résulte que les pratiques en cause dans la présente affaire ont été susceptibles d'affecter le commerce intracommunautaire au sens des articles 81 et 82 CE (devenus 101 et 102 TFUE).

2. SUR LE CARACTÈRE SENSIBLE DE L'AFFECTATION

147. L'appréciation du caractère sensible de l'affectation du commerce intracommunautaire dépend des circonstances de chaque espèce, et notamment de la nature de l'accord ou de la pratique, de la nature des produits concernés et de la position des entreprises en cause sur le marché.
148. S'agissant d'abus d'éviction, les lignes directrices de la Commission précitées indiquent que *« lors de l'appréciation du caractère sensible, il faut également tenir compte du fait que la présence de l'entreprise dominante couvrant l'ensemble d'un État membre est susceptible de rendre la pénétration du marché plus difficile. Toute pratique abusive qui rend plus difficile l'entrée sur le marché national doit donc être considérée comme affectant sensiblement le commerce »* (paragraphe 96).
149. Les accords verticaux couvrant un seul Etat membre ne sont susceptibles d'affecter sensiblement le commerce intracommunautaire *« que lorsqu'ils couvrent une proportion significative du marché »* (paragraphe 87).
150. En l'espèce, Groupe Canal Plus détient une position dominante sur le marché aval de la distribution de services de télévision payante (voir point 300 et s. ci-dessous). Dès lors que la présence de Groupe Canal Plus couvre l'ensemble de la France, et, ainsi qu'il a été relevé ci-dessus, que les pratiques abusives dénoncées sont susceptibles d'élever des barrières à l'entrée sur le marché français de concurrents d'autres Etats-membres, le caractère sensible de cette affectation est établi. Compte tenu de la part de marché détenue par Groupe Canal Plus sur le marché aval, supérieure à 50 % sur l'ensemble de la période en cause, il en est de même des accords d'exclusivité conclus par Groupe Canal Plus avec Vivendi, Lagardère SCA et Lagardère Active, d'une part, et avec TF1 et Métropole Télévision d'autre part, qui couvrent une proportion significative du marché de la distribution de services de télévision payante.
151. Il résulte de ce qui précède que les pratiques mises en œuvre par Groupe Canal Plus, Vivendi, Lagardère SCA, Lagardère Active, TF1 et Métropole Télévision sont susceptibles d'avoir affecté de manière sensible le commerce entre Etats membres et peuvent donc être qualifiées au regard des articles 81 et 82 CE (devenus 101 et 102 TFUE).

C. SUR LES PRATIQUES N'AYANT PAS FAIT L'OBJET DE GRIEFS

152. Aux termes de l'article L. 462-8 du code de commerce : *« L'Autorité de la concurrence peut (...) rejeter la saisine par décision motivée lorsqu'elle estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants »*.

153. Dans sa saisine en date du 5 novembre 2008, France Télécom dénonce le couplage qui serait pratiqué par Vivendi et Groupe Canal Plus entre leur offre de chaînes premium Canal+ le Bouquet et leur offre de bouquet multi-chaînes CanalSat. L'unique pièce justificative produite à l'appui de cette plainte est un document intitulé « Canal Plus de croissance » en date du 8 mars 2007, correspondant au support d'une présentation orale de l'opération de rapprochement avec TPS et des opportunités pour l'avenir du groupe Canal Plus, et qui fait état de la « *poursuite du couplage Canal+/CanalSat* ». Cette seule mention, qui ne vise pas l'offre Canal+ le Bouquet, ne permet pas de démontrer que Vivendi et Groupe Canal Plus mettraient en œuvre une pratique de couplage entre les offres Canal+ Le Bouquet et CanalSat. France Télécom n'a par ailleurs produit aucun élément relatif à la nature de la pratique alléguée, à la clientèle ciblée, ni aux éventuels avantages tarifaires consentis aux clients qui opteraient pour une offre couplée entre les deux bouquets.
154. Dans son avis du 13 avril 2010 précité, le CSA confirme d'ailleurs que : « *les consommateurs disposent dans tous les cas de la possibilité de s'abonner séparément aux différentes offres du groupe Canal +* ».
155. Ainsi, les faits dénoncés par la saisine ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants pour étayer l'existence de la pratique anticoncurrentielle dénoncée.
156. Il y a donc lieu, sans qu'il soit besoin de renvoyer le dossier à l'instruction, de rejeter la saisine de France Télécom sur ce point en application des dispositions précitées de l'article L. 462-8 du code de commerce.

D. SUR LE CHAMP DE L'EXAMEN AU FOND DES GRIEFS NOTIFIÉS

157. Les parties mises en cause contestent la possibilité pour l'Autorité de la concurrence de connaître d'une partie des pratiques visées par la notification de griefs en se fondant sur deux catégories d'arguments. Elles font valoir, d'une part, que ces pratiques constituent des restrictions accessoires à l'opération de concentration entre les sociétés TPS et Vivendi Universal intervenue en 2006 et qu'à ce titre, elles sont couvertes par la décision du ministre de l'économie qui a autorisé cette opération. Elles font valoir, d'autre part, que cette même décision a créé à leur bénéfice des droits acquis en ce qui concerne la mise en œuvre des pratiques en litige, qui ne peuvent être remis en cause *a posteriori* par l'Autorité.

1. SUR LA QUESTION DES RESTRICTIONS ACCESSOIRES

a) Les arguments des parties

158. Les entreprises mises en cause soutiennent que les accords conclus entre elles conformément aux prévisions des accords Ceres du 6 janvier 2006 et Lagardère du 14 mars 2006 constituent des restrictions accessoires à l'opération de concentration entre les sociétés TPS et Vivendi Universal. Elles font valoir qu'ayant été qualifiées comme telles par le ministre de l'économie dans sa décision du 30 août 2006, elles sont couvertes par la décision d'autorisation de l'opération de concentration. Elles font en outre valoir que les clauses de non-concurrence et d'exclusivité doivent, indépendamment de leur qualification par le ministre, être considérées comme des restrictions accessoires à la concentration entre

TPS et Vivendi Universal dès lors qu'elles sont directement liées et nécessaires à la réalisation de celle-ci. Par suite, l'Autorité de la concurrence ne pourrait examiner ces accords a posteriori sur le fondement des dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce.

159. France Télécom fait valoir que le ministre ne disposait pas de la base juridique nécessaire pour exempter les exclusivités au titre de la théorie des restrictions accessoires et qu'il n'a en outre pas qualifié les clauses en cause de restrictions accessoires à l'opération de concentration entre TPS et Vivendi Universal. Par ailleurs, elle soutient que l'exclusivité de distribution accordée aux actionnaires minoritaires n'était ni liée, ni nécessaire à l'opération de concentration.

b) Le droit applicable

Le droit communautaire

160. En droit communautaire, la notion de restriction accessoire couvre « *toute restriction qui est directement liée et nécessaire à la réalisation d'une opération principale* » (arrêt du Tribunal de première instance du 18 septembre 2001, Métropole Télévision, T-112/99, Rec. II-2459, points 104 et s.). Les restrictions accessoires ne font pas l'objet d'un examen distinct de celui de l'opération principale au regard du droit de la concurrence. Ainsi, si l'opération principale ne restreint pas la concurrence, les restrictions accessoires à cet accord sont compatibles avec les articles 81, paragraphe 1 et 82 CE, devenus 101 et 102 TFUE. Dans ce cadre, il incombe aux entreprises mises en cause de démontrer qu'une restriction est directement liée et nécessaire à la réalisation d'une opération principale (même arrêt, point 122).
161. Si l'application de la théorie des restrictions accessoires a été développée par la voie prétorienne dans le cadre du contrôle a posteriori effectué au regard de l'article 81 CE (voir, par exemple l'arrêt de la Cour de justice du 11 juillet 1985, Remia e.a/Commission, 42/84, Rec. p. 2545, point 17 et s.), le législateur communautaire a créé une base légale spécifique pour l'examen de restrictions considérées par les parties comme directement liées et nécessaires à une opération de concentration, examen susceptible d'être effectué a priori dans le cadre de l'approbation des opérations notifiées à la Commission.
162. Aux termes de l'article 6, paragraphe 1 sous b), et de l'article 8, paragraphes 1 et 2, du règlement n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (JO 2004, L 24, p. 1) : « *La décision déclarant la concentration compatible est réputée couvrir les restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation de la concentration* ». Ainsi, en droit communautaire des concentrations, lorsqu'une restriction est directement liée et nécessaire à la réalisation d'une opération de concentration autorisée par la Commission, celle-ci ne peut plus faire l'objet d'un examen au regard des stipulations des actuels articles 101 et 102 TFUE.
163. Le règlement n° 139/2004 pose le principe de l'appréciation du caractère accessoire des restrictions par les entreprises elles-mêmes¹⁵. Son considérant 21 précise ainsi que : « *Les décisions de la Commission déclarant des concentrations compatibles avec le marché*

¹⁵ Sous l'empire du précédent règlement n° 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (JO 1989, L 395, p. 1), les parties notifiantes indiquaient à la Commission les restrictions qu'elles considéraient comme directement liées et nécessaires à l'opération de concentration afin que celles-ci fassent l'objet d'une appréciation expresse, en même temps que l'opération de concentration elle-même.

commun en application du présent règlement devraient automatiquement couvrir ces restrictions, sans que la Commission soit tenue d'apprécier ces restrictions cas par cas. Toutefois, à la demande des entreprises concernées, la Commission devrait, dans les cas suscitant des questions inédites ou non résolues donnant lieu à une véritable insécurité, déterminer expressément si une restriction est ou non directement liée et nécessaire à la réalisation de la concentration (...) ». La communication de la Commission relative aux restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation des opérations de concentration donne aux entreprises des indications sur l'interprétation de la notion de restriction accessoire (JO 2005, C 56, p. 2).

164. Il résulte de la jurisprudence communautaire que si des restrictions doivent échapper à l'application des dispositions procédurales relatives à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues par les actuels articles 101 et 102 TFUE, la qualification de ces clauses doit nécessairement intervenir dans le cadre de la procédure prévue par le règlement communautaire sur les concentrations (voir, en ce sens, l'analyse effectuée au point 80 de l'arrêt du Tribunal de première instance du 20 novembre 2002, Lagardère SCA et Canal+/Commission, T-251/00, Rec. p. II-4825, qui demeure pertinente sous l'empire de la législation actuellement applicable). Le juge communautaire a précisé que : « *le bénéfice de la sécurité juridique doit être considéré comme s'étendant (...) aux clauses contractuelles qui ont été qualifiées de restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation d'une opération de concentration dans les motifs de la décision d'approbation* » (arrêt Lagardère SCA précité, point 102).
165. En l'absence d'une telle qualification expresse dans le cadre d'une décision déclarant une opération de concentration compatible avec le marché commun, qui, depuis l'entrée en vigueur du règlement n° 139/2004, n'intervient plus que sur demande des entreprises concernées dans les cas suscitant des questions inédites ou non résolues, la Commission, saisie d'une clause contractuelle *a posteriori* au titre du droit des pratiques anticoncurrentielles, pourra vérifier le bien-fondé de l'autoévaluation que les entreprises ont, le cas échéant, exercée au regard des dispositions du règlement n° 139/2004 et de la communication relative aux restrictions accessoires précitées. Dans ce cadre, les clauses contractuelles qui ne peuvent être considérées comme accessoires à une concentration doivent faire l'objet d'une appréciation au regard des actuels articles 101 et 102 TFUE.

Le droit interne

166. En droit interne, il n'existait jusqu'en 2009 aucune base juridique spécifique pour l'examen *a priori*, dans le cadre de l'approbation d'une opération notifiée à l'autorité de contrôle des concentrations, des restrictions considérées par les parties comme directement liées et nécessaires à l'opération de concentration. Ceci s'explique du fait que, à la différence de la Commission européenne, le ministre en charge de l'économie, compétent pour autoriser les opérations de concentration jusqu'à l'entrée en vigueur le 2 mars 2009 de la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (LME), n'était pas compétent pour apprécier la conformité de clauses contractuelles au regard des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce et 81 et 82 CE, cet examen relevant de la compétence exclusive du Conseil de la concurrence.
167. Malgré cette absence de base juridique, le ministre de l'économie a parfois fait application de la notion de restrictions accessoires, sur le modèle du régime prévu par le droit communautaire, en précisant si certaines clauses contractuelles devaient être considérées comme couvertes par la décision d'autorisation dès lors qu'elles étaient directement liées et

nécessaires à l'opération de concentration¹⁶. Il convient toutefois de relever que cette pratique ne revêt pas de caractère homogène, le ministre ne se prononçant pas toujours sur la couverture qu'il entendait accorder aux clauses notifiées, ou précisant que sa décision était sans préjudice d'un examen éventuel au titre de l'article L. 420-1 du code de commerce¹⁷.

168. La question de l'applicabilité en droit interne de la notion de restrictions accessoires est désormais tranchée pour l'avenir. Les lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations publiées le 16 décembre 2009 prévoient ainsi un examen des restrictions accessoires notifiées à l'occasion d'une opération de concentration selon des modalités inspirées du régime communautaire (points 484 et s.). Elles précisent que *« la réunion, à compter du 2 mars 2009, au sein d'une même Autorité, des compétences relatives, d'une part, à l'application du droit communautaire et national des pratiques anticoncurrentielles et, d'autre part, au contrôle des concentrations, réforme qui s'inspire du modèle communautaire dans lequel le contrôle des structures du marché et la surveillance des comportements sur ce même marché sont confiés à la même institution, permet aujourd'hui à l'Autorité d'effectuer un examen de telles restrictions dans le cadre des autorisations rendues en application des articles L. 430-5 ou L. 430-7 du code de commerce »*.
169. De même qu'en droit communautaire, les lignes directrices prévoient que *« les entreprises notifiantes n'ont pas l'obligation de porter l'existence d'une restriction accessoire à la connaissance de l'Autorité. Néanmoins, elles peuvent avoir intérêt à attirer son attention sur l'existence d'une restriction dont la compatibilité avec le droit de la concurrence peut susciter des doutes, eu égard à sa forme, à sa portée ou à sa combinaison avec d'autres, ou encore au contexte concurrentiel du ou des marchés concernés. Lorsque de telles restrictions seront portées à sa connaissance, et qu'il y aura lieu de les examiner, l'Autorité appréciera elle-même si elles sont directement liées et nécessaires à la réalisation de l'opération, sans être liée par la position des parties »* (points 486 et 487). Il faut en déduire qu'en l'absence de notification expresse dans le cadre de la procédure prévue par les articles L. 430-3 et suivants du code de commerce, les entreprises peuvent soutenir devant l'Autorité, saisie *a posteriori* au titre du droit des pratiques anticoncurrentielles, qu'une clause contractuelle constitue une restriction accessoire à une opération de concentration précédemment autorisée par l'Autorité. Il reviendra alors à l'Autorité d'apprécier le bien-fondé d'une telle qualification, au regard des critères dégagés par la jurisprudence communautaire rappelés ci-dessus (notamment, arrêt précité Métropole Télévision, point 160 et s.).

c) Appréciation en l'espèce

170. L'opération de concentration entre les sociétés TPS et Vivendi Universal autorisée par la décision du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie en date du 30 août 2006 (ci-après « décision du 30 août 2006 » ou « décision C2006-02 ») n'entraîne pas dans le

¹⁶ Voir, par exemple, les décisions du 19 mai 2008 relative à une concentration dans le secteur de la commercialisation de la viande de poulet et de dinde (C2008-27) ou du 19 décembre 2008 relative à une concentration dans le secteur de la fourniture d'aérostructures et de la construction aéronautique (C2008-123).

¹⁷ Voir, par exemple, les décisions du 26 avril 2002 relative à une concentration dans le secteur des équipements de télécommunication mobile et du 10 janvier 2003, relative à une concentration dans le secteur des technologies de l'information.

champ d'application du règlement n° 139/2004. Les parties ne sont donc pas fondées à se prévaloir des dispositions communautaires relatives aux restrictions accessoires prévues par ce texte, non applicables en l'espèce.

171. Par ailleurs, il résulte clairement des termes de la décision du 30 août 2006 que le ministre n'a pas fait application de la théorie des restrictions accessoires lorsqu'il a autorisé l'opération de concentration entre TPS et Vivendi Universal. En effet, il n'a pas qualifié les clauses d'exclusivité et les clauses de non-concurrence contenues dans les accords Ceres et Lagardère de restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation de la concentration.
172. En l'absence de qualification expresse dans les motifs de la décision du 30 août 2006, la seule circonstance que les clauses en litige aient été notifiées et examinées par le ministre ne permet pas de les qualifier de restrictions accessoires. Par ailleurs, une telle qualification ne découle nullement de la référence aux « *conditions contractuelles accessoires* » de l'accord Ceres (p. 95 de la décision), par laquelle le ministre s'est borné à désigner les conditions contractuelles négociées en même temps que l'accord principal, et contenues dans le même instrument juridique, sans les qualifier juridiquement au regard du droit de la concurrence.
173. Ainsi, et sans qu'il soit besoin de se prononcer sur la compétence du ministre de l'économie pour qualifier des clauses contractuelles de restrictions accessoires à une opération de concentration sous l'empire du régime antérieur à l'entrée en vigueur de la LME, il résulte de ce qui précède que la décision du 30 août 2006 ne couvre pas les clauses d'exclusivité et de non-concurrence des accords Ceres et Lagardère au titre des restrictions accessoires.
174. Il convient de relever que cette circonstance n'empêche pas, par principe, les parties de faire valoir que les clauses en litige constituent des restrictions directement liées et nécessaires à l'opération de concentration devant l'Autorité de la concurrence saisie au titre du droit des pratiques anticoncurrentielles. Il revient alors à l'Autorité d'apprécier le bien-fondé de cette thèse, conformément aux principes dégagés par la jurisprudence communautaire dans le cadre de l'application des articles 81 et 82 CE.
175. Au cas d'espèce, il n'est toutefois pas nécessaire, pour celles des clauses contractuelles prévues par les accords Ceres et Lagardère, expressément notifiées au ministre, d'effectuer cet examen au fond, dès lors qu'ainsi qu'il sera exposé ci-après, la mise en œuvre de ces accords a été autorisée par la décision du 30 août 2006, et que, par suite, l'Autorité ne saurait les remettre en cause sur le fondement des articles L. 420-1 du code de commerce et 81 CE.
176. En tout état de cause, et s'agissant des clauses d'exclusivité qui n'ont pas été notifiées au ministre (cf. points 198 et s. ci-dessous), il peut être relevé que les entreprises mises en cause n'ont pas démontré que les exclusivités consenties par les sociétés TF 1, Métropole Télévision et Lagardère au profit de Groupe Canal Plus étaient objectivement nécessaires à la réalisation de l'opération de concentration entre les sociétés TPS et Vivendi Universal.
177. En principe, les exclusivités de fourniture ou d'achat consenties au profit du cédant ou de l'acquéreur ne sont pas susceptibles de constituer des restrictions accessoires à une opération de concentration. Dans sa communication relative aux restrictions accessoires précitée, la Commission précise ainsi que si des obligations de livraison ou d'achat transitoires destinées à assurer la continuité d'approvisionnement de l'une des parties peuvent être considérées comme objectivement nécessaires à une opération de concentration, « *les obligations (...) prévoyant l'exclusivité ou conférant un statut*

privilegié au fournisseur ou à l'acheteur ne sont, en revanche, pas nécessaires à la réalisation de la concentration » (point 34 ; voir, dans ce sens, la décision de la Commission du 30 juillet 1998 n° IV/M.1245 Valeo/ITTI industries). Dans le cas de clauses d'exclusivité consenties par ses sociétés mères au profit de TPS lors de sa création, le juge communautaire a jugé que, si de telles exclusivités étaient directement liées à la création d'une filiale commune, elles n'étaient pas objectivement nécessaires à cette opération, au motif que des sociétés pouvaient être lancées dans le secteur sans disposer de droits de diffusion exclusive, à l'image des concurrents de TPS, CanalSat et AB-Sat (arrêt précité Métropole Télévision, point 122).

178. Au cas présent, les entreprises mises en cause ne démontrent pas que les exclusivités consenties à Groupe Canal Plus étaient nécessaires pour protéger la valeur cédée par les actionnaires de TPS, et ce, d'autant plus que certaines des chaînes éditées par TF1 et Métropole Télévision étaient distribuées sans exclusivité par CanalSat et TPS avant l'opération de concentration. Ainsi, ces clauses ne constituent pas des restrictions accessoires à l'opération de concentration entre TPS et Vivendi Universal.

2. SUR LES DROITS ACQUIS EN VERTU DE LA DÉCISION DU MINISTRE

a) Les arguments des parties

179. Les entreprises mises en cause invoquent un autre motif que l'existence de restrictions accessoires pour soutenir que l'Autorité de la concurrence ne peut examiner les clauses d'exclusivité visées par la notification de griefs : elles font valoir que, dans sa décision en date du 30 août 2006 autorisant l'opération de concentration entre TPS et Vivendi Universal, le ministre de l'économie s'est prononcé sur ces clauses, créant ainsi des droits à leur bénéfice qui ne peuvent être remis en cause dès lors que la décision ministérielle est devenue définitive.
180. A l'inverse, France Télécom soutient que la décision du ministre ne peut être opposée à l'Autorité dès lors que les exclusivités ne constituaient pas un élément de l'opération de concentration, d'une part, et en raison du non-respect des engagements consentis par les parties notifiantes, d'autre part.

b) Le droit applicable

181. La jurisprudence administrative encadre strictement la possibilité pour l'administration de remettre en cause rétroactivement une situation juridique constituée à la suite de l'édiction d'une décision administrative individuelle. Ainsi, le Conseil d'Etat a jugé que « *sous réserve de dispositions législatives ou réglementaires contraires, et hors le cas où il est satisfait à une demande du bénéficiaire, l'administration ne peut retirer une décision individuelle explicite créatrice de droits, si elle est illégale, que dans le délai de quatre mois suivant la prise de cette décision* » (Ass., 26 octobre 2001, Ternon). Cette jurisprudence est l'une des déclinaisons du principe de sécurité juridique, consacré par le Conseil d'Etat dans sa décision du 24 mars 2006, société KPMG.
182. Au cas d'espèce, la décision du ministre en date du 30 août 2006 autorisant la concentration entre les sociétés TPS et Vivendi Universal est à l'évidence une décision individuelle créatrice de droits.

183. Il convient de relever que le code de commerce comporte une disposition spécifique, qui permet à l'Autorité de la concurrence de retirer, dans certaines circonstances, une décision autorisant la réalisation d'une opération de concentration¹⁸. Ainsi, le 1° du IV de l'article L. 430-8 du code de commerce permet à l'Autorité, lorsqu'elle constate l'inexécution d'une injonction, d'une prescription ou d'un engagement figurant dans sa décision ou dans la décision du ministre ayant statué sur l'opération, de retirer la décision ayant autorisé la réalisation de l'opération. Si France Télécom fait valoir que les conditions prévues par ce texte sont réunies, Vivendi Universal et Groupe Canal Plus n'ayant pas respecté les engagements figurant dans la décision du 30 août 2006, un tel moyen n'est pas recevable dans le cadre de la présente procédure, dès lors qu'une décision de retrait ne peut intervenir que dans le cadre procédural spécifique fixé par les dispositions du IV de l'article L. 430-8 du code de commerce. A cet égard, il convient de relever qu'une procédure a été ouverte par les services d'instruction de l'Autorité sur le fondement de ces dispositions, sur saisine du ministre en charge de l'économie et saisine d'office.
184. Le principe selon lequel les droits acquis par une entreprise en vertu d'une décision administrative individuelle ne sauraient être retirés, si elle est illégale, au-delà d'un délai de quatre mois à compter de la notification de cette décision, s'impose à l'Autorité, quand bien même la mise en œuvre des droits acquis constituerait un comportement entrant dans le champ de sa compétence matérielle, et qu'elle est normalement susceptible d'apprécier au regard des dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce¹⁹.
185. Ainsi, l'Autorité de la concurrence ne peut, dans le cadre de la présente procédure, remettre en cause les droits acquis par les bénéficiaires de la décision du 30 août 2006.
186. Il convient donc de vérifier si cette décision a créé au bénéfice de Vivendi Universal et de Groupe Canal Plus, outre le droit de réaliser l'opération de concentration avec TPS, un

¹⁸ L'article L. 430-9 du code de commerce permet également à l'Autorité, en cas d'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique, d'enjoindre à l'entreprise en cause de modifier, compléter ou résilier, dans un délai déterminé, les actes par lesquels s'est réalisée la concentration de la puissance économique ayant permis les abus. Cette procédure ne peut toutefois pas être assimilée à un retrait (acte rétroactif) de l'autorisation de concentration, dès lors que ces mesures ne remettent en cause l'opération de concentration que pour l'avenir.

¹⁹ A cet égard, il peut être relevé que les clauses d'exclusivité et de non-concurrence visées par la présente procédure entrent à l'évidence dans le champ de compétence matérielle de l'Autorité. En effet, les juridictions nationales ont posé le principe de la séparation des procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles et de contrôle des concentrations, sur le fondement de l'articulation entre les titres II et III du livre IV du code de commerce. Dans les arrêts Gaumont / Pathé du 28 juin 1994 et 26 novembre 1996, la cour d'appel de Paris et la Cour de cassation ont posé le principe de l'impossibilité de contrôler une opération de concentration sur le fondement du droit des ententes. La cour d'appel a relevé que « *les procédures prévues par le titre III relatif au contrôle des ententes et par le titre V relatif au contrôle des concentrations sont différentes et inconciliables entre elles. (...) il résulte de la combinaison des textes du titre III et du titre V que les opérations répondant à la définition de concentration de l'article 39 du titre V [actuel L. 430-1] sont exclues du champ de compétence du Conseil statuant au contentieux* ». Par ailleurs, la cour a considéré que la qualification d'opération de concentration économique effectuée par le ministre « *s'impose aux requérants* ». Elle en a déduit que le Conseil était incompétent pour connaître des saisines, qui étaient « *limitées au seul aspect structurel des accords* » de cession entre Gaumont et Pathé, et qui ne citaient pas de « *comportement particulier de l'entité issue* » de cette opération. La Cour de cassation a confirmé la solution de la cour d'appel en précisant que seules les « *pratiques illicites issues de ces accords [de concentration] peuvent faire l'objet d'une saisine distincte du Conseil de la concurrence* ». Au cas d'espèce, les clauses d'exclusivité et de non-concurrence ne répondent pas à la définition de la concentration de l'article L. 430-1 du code de commerce. Par ailleurs, elles n'ont pas été qualifiées comme telles par le ministre. S'agissant de comportements distincts de l'opération de concentration, l'Autorité n'est donc aucunement incompétente *ratione materiae* pour en connaître sur le fondement du droit des pratiques anticoncurrentielles.

droit à conclure et mettre en œuvre les accords d'exclusivité et les clauses de non-concurrence visés par la notification de griefs du 7 janvier 2009.

c) En ce qui concerne les clauses d'exclusivité et les clauses de non-concurrence conclues avec les actionnaires minoritaires de Canal + France

L'existence de droits acquis

187. Les clauses d'exclusivité de distribution des chaînes éditées par les actionnaires minoritaires au profit de Groupe Canal Plus et les clauses de non-concurrence conclues entre Groupe Canal Plus, TF1 et Métropole Télévision ont été notifiées au ministre dans le cadre de l'opération de concentration entre TPS et Vivendi Universal. Elles étaient en effet incluses dans les accords Ceres et Lagardère, qui, outre les modalités du changement de contrôle des sociétés TPS et CanalSat, prévoyaient diverses obligations à la charge des cocontractants.
188. Ces clauses ont fait l'objet d'un examen spécifique de la part du ministre de l'économie, qui a identifié plusieurs préoccupations de concurrence et accepté des engagements des parties notifiantes destinés à y remédier.
189. Dans son analyse des effets horizontaux de la concentration sur les marchés de l'édition des chaînes sportives, des chaînes jeunesse et des chaînes d'information concernés par les accords d'exclusivité en cause, le ministre de l'économie a ainsi tenu compte, outre la simple addition des parts de marchés de CanalSat et TPS, des accords d'exclusivité conclus avec TF1, Métropole Télévision, Lagardère SCA et Lagardère Active dans le cadre des accords Ceres et Lagardère, pour évaluer la part de marché de la nouvelle entité (voir pages 70 et s. de la décision du 30 août 2006). Le ministre indique que TF1 et Lagardère ont refusé de dénouer les exclusivités conclues au bénéfice de Groupe Canal Plus, dans le cadre des négociations menées à la suite de l'avis du Conseil de la concurrence n° 06-A-13 du 13 juillet 2006 relatif à l'acquisition des sociétés TPS et CanalSatellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus. Prenant acte de ce refus, il a considéré que l'engagement de mettre à disposition des distributeurs tiers les chaînes Sport +, Piwi et Télétoon appartenant à Groupe Canal Plus permettait de remédier aux problèmes concurrentiels identifiés sur les marchés des chaînes sportives et jeunesse (engagement n°21 souscrit pour une durée de cinq ans). Par ailleurs, l'exclusivité relative à la chaîne d'information LCI a été considérée comme n'emportant pas de risque concurrentiel du fait de l'absence de Groupe Canal Plus sur le marché des chaînes d'information.
190. Dans son analyse du risque de coordination des actionnaires de la nouvelle entité, le ministre a également tenu compte des clauses d'exclusivité en précisant que celui-ci devait être envisagé comme le résultat de la présence des actionnaires minoritaires au capital et des conditions contractuelles accessoires de l'accord Ceres. Il a considéré que le risque concurrentiel pouvait être écarté par l'engagement n°21 précité (page 95 de la décision du 30 août 2006).
191. En conclusion de sa décision, le ministre précise que : « *il ressort de l'instruction du dossier que l'opération notifiée, compte tenu des engagements pris par les parties, qui font partie intégrante de cette décision, n'est pas de nature à porter atteinte à la concurrence. Je vous informe donc que j'autorise cette opération* » (page 99 de la décision du 30 août 2006).
192. Il ressort de ces développements que le ministre a autorisé la mise en œuvre des accords Ceres et Lagardère dans leur intégralité, sans distinguer les clauses organisant le

changement de contrôle du capital des sociétés TPS et CanalSat des autres clauses des contrats notifiés. Quel que soit le regard que l'on peut porter sur la légalité de l'appréciation à laquelle s'est livré le ministre, il en résulte que la décision du 30 août 2006 a accordé aux bénéficiaires le droit de mettre en œuvre les clauses d'exclusivité et de non-concurrence prévues par les accords Ceres et Lagardère notifiés au ministre.

193. Partant, l'Autorité de la concurrence ne peut pas examiner les clauses en litige en application des articles L. 420-1 du code de commerce et 81 CE. La circonstance, invoquée par France Télécom, que ces clauses ne faisaient pas partie de l'opération de concentration au sens de l'article L. 430-1 du code de commerce est à cet égard sans incidence, dès lors que ces clauses ont été autorisées en tant que telles par le ministre, et qu'une décision individuelle créatrice de droits ne peut être retirée au-delà du délai de quatre mois, nonobstant l'illégalité éventuelle de cette dernière.

Le champ des droits acquis

194. Les droits créés au profit des bénéficiaires de la décision du 30 août 2006 ne sauraient excéder les prévisions des accords Ceres et Lagardère notifiés au ministre.
195. Le droit pour les parties mises en cause de conclure et mettre en œuvre les clauses d'exclusivités et de non-concurrence n'est acquis que pour la seule durée prévue par les accords notifiés. L'accord Ceres prévoit ainsi la conclusion d'accords de distribution exclusive entre Groupe Canal Plus, TF1 et Métropole Télévision d'une durée de trois ans, renouvelables pour une période de deux ans, ainsi que de clauses de non-concurrence d'une durée de trois ans. L'accord Lagardère prévoit la conclusion d'accords de distribution exclusive d'une durée de quatre ans. A l'expiration de ces délais, les clauses d'exclusivité qui seraient conclues, le cas échéant, entre les entreprises mises en cause, pourraient faire l'objet d'un examen au fond par l'Autorité de la concurrence en application des dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce.

S'agissant des exclusivités sur la fibre optique

196. Groupe Canal Plus, TF 1, Métropole Télévision, Lagardère SCA et Lagardère Active soutiennent que le champ de l'autorisation du ministre couvre la distribution des chaînes sur les réseaux de fibre optique. Elles font valoir que la fibre optique est un prolongement de l'ADSL et que l'analyse concurrentielle développée par le ministre n'a pas porté sur les effets des accords sur une technologie de distribution particulière, mais sur une catégorie d'opérateurs, à savoir les opérateurs de télécommunications.
197. TF1 et Métropole Télévision font en outre valoir que les clauses d'exclusivité de distribution de leurs chaînes sur les réseaux de fibre optique font partie intégrante de l'accord Ceres notifié au ministre. En effet, l'article 11 de cet accord prévoit une exclusivité de distribution « *sur tous supports (hertzien, satellite et réseaux filaires) à l'exclusion des offres de télévision des opérateurs de réseaux câblés et des offres des opérateurs de TV mobile* ». Or, la fibre optique est un réseau filaire.
198. En premier lieu, il convient de relever que les accords notifiés au ministre de l'économie ne prévoyaient pas expressément l'exclusivité de distribution des chaînes en cause sur le réseau de fibre optique des opérateurs de télécommunications. Il en est notamment ainsi des stipulations de l'accord Ceres citées par TF 1.
199. En deuxième lieu, comme le reconnaît d'ailleurs TF1 (observations du 15 juin 2010, p. 27 et s.), la technologie de la fibre optique, si elle existait déjà au moment de l'opération de concentration entre TPS et Vivendi Universal, n'avait pas encore été techniquement

déployée et commercialisée. En effet, le déploiement technique est intervenu au cours du printemps 2007. La commercialisation par les opérateurs de télécommunications d'offres « *multiple play* » sur le réseau de la fibre optique a, quant à elle, débuté lors du dernier trimestre 2007. Ainsi, en l'absence de déploiement du réseau de fibre optique, aucun examen des éventuels effets anticoncurrentiels liés aux exclusivités de distribution sur ce réseau n'a pu être effectué par le ministre de l'économie lors du contrôle de l'opération de concentration entre TPS et Vivendi Universal précitée.

200. En troisième lieu, le réseau de la fibre optique ne peut être considéré comme un simple prolongement du réseau xDSL, indissociable de celui-ci, notamment en raison des services nouveaux qui sont susceptibles d'émerger grâce à cette nouvelle technologie.
201. Enfin, l'absence de prise en compte de la fibre optique dans la décision du 30 août 2006 est confirmée *a contrario* par la circonstance que, dans les décisions d'autorisation des opérations de concentration entre SFR et Neuf Cegetel (décision C2007-181 du ministre de l'économie du 15 avril 2008) et entre SFR et Télé 2 France (décision de la Commission n° COMP/M.4504 du 18 juillet 2007), lesquelles sont intervenues postérieurement au déploiement technique et à la commercialisation d'offres « *multiple play* », le réseau de la fibre optique est explicitement mentionné. Ainsi, dès lors que cette technologie a été déployée techniquement et commercialisée auprès des abonnés, elle a été prise en considération par les autorités de la concurrence dans leur analyse concurrentielle.
202. Partant, la décision du 30 août 2006 n'a pas conféré à Groupe Canal Plus, TF1, Métropole Télévision, Lagardère SCA et Lagardère Active le droit de conclure des clauses d'exclusivité pour la distribution de chaînes de télévision payante sur les réseaux de fibre optique.

S'agissant des exclusivités sur les services de télévision de rattrapage

203. Groupe Canal Plus, TF 1, Métropole Télévision, Lagardère SCA et Lagardère Active font valoir que les clauses d'exclusivité portant sur les services de télévision de rattrapage sont couvertes par la décision du 30 août 2006, dès lors que ces services constituent le prolongement naturel des services linéaires de télévision payante.
204. Toutefois, les accords notifiés au ministre de l'économie ne prévoyaient aucunement l'exclusivité de distribution de services de télévision de rattrapage. La décision du 30 août 2006 est d'ailleurs silencieuse sur ce point, alors qu'elle mentionne les services non linéaires de PPV et de VoD.
205. Or, les services de télévision de rattrapage ne peuvent être purement et simplement assimilés aux services linéaires de la chaîne correspondante, notamment parce qu'ils permettent de regarder, en différé et à la demande, des programmes qui ont préalablement été diffusés en mode linéaire, et ne sont donc pas contraints par les horaires fixés par la grille de diffusion des programmes linéaires de la chaîne de télévision.
206. Partant, la décision du 30 août 2006 n'a pas conféré à Groupe Canal Plus, TF1, Métropole Télévision, Lagardère SCA et Lagardère Active le droit de conclure des clauses d'exclusivité sur les services de télévision de rattrapage.

S'agissant des clauses de premier regard

207. Les accords notifiés au ministre de l'économie ne prévoyaient aucunement la conclusion de clauses de premier regard de la nature de celles qui ont ensuite été signées entre Groupe Canal Plus et TF 1, d'une part, et Groupe Canal Plus, Lagardère SCA et Lagardère Active, d'autre part. La décision du ministre du 30 août 2006 est d'ailleurs silencieuse sur ce point.

208. Partant, la décision du 30 août 2006 n'a pas conféré à Groupe Canal Plus, TF1, Lagardère SCA et Lagardère Active le droit de conclure de clauses de premier regard.

d) En ce qui concerne les clauses d'exclusivité conclues avec les éditeurs indépendants

209. Les accords d'exclusivité conclus par Groupe Canal Plus avec les éditeurs indépendants n'ont pas été notifiés au ministre de l'économie. Ils ne faisaient à l'évidence pas partie du champ de la concentration entre TPS et Vivendi Universal, s'agissant de relations contractuelles avec des tiers à l'opération. Par ailleurs, ils ont pour leur majorité été conclus postérieurement à la décision du 30 août 2006. Dans ces conditions, ces accords ne sauraient être couverts par la décision d'autorisation du 30 août 2006, qui, selon ses propres termes, ne porte que sur « *l'opération notifiée* » (voir point 191 ci-dessus).
210. Dès lors que la décision d'autorisation ne porte que sur l'opération notifiée, la circonstance que le ministre ait analysé les accords d'exclusivité en cours ou susceptibles d'être conclus par la nouvelle entité, et qu'il ait accepté des engagements destinés à remédier aux risques concurrentiels identifiés, ne saurait avoir pour effet de créer un droit à conclure des accords d'une telle nature dans le chef de Groupe Canal Plus. A cet égard, il convient de relever qu'aux termes de l'engagement n° 46, la nouvelle entité s'est engagée, pour une durée de six ans, à « *ne pas exiger de droits exclusifs de distribution de chaînes tierces lors de la négociation du contrat ou de sa reconduction* ».
211. La circonstance que le ministre (et, à compter du 2 mars 2009, l'Autorité de la concurrence) identifie dans le cadre de l'examen d'une demande d'autorisation d'une opération de concentration d'éventuels comportements anticoncurrentiels que la nouvelle entité serait susceptible de mettre en œuvre à l'issue de l'opération, et qu'il cherche à prévenir ce risque au moyen de l'acceptation d'engagements comportementaux, n'interdit pas à l'Autorité d'examiner les comportements réellement mis en œuvre par la nouvelle entité sur le fondement des dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce, et de se prononcer sur des éléments nouveaux portés à sa connaissance par des tiers, ou découverts dans le cadre d'une instruction de ses services. L'analyse des risques concurrentiels effectués par le ministre *a priori* ne saurait avoir d'incidence sur la possibilité pour l'Autorité de la concurrence d'examiner et de qualifier les comportements anticoncurrentiels reprochés à une entreprise dans le cadre de son contrôle *a posteriori*.
212. Partant, si, dans son analyse des effets non coordonnés de la concentration (pages 78 et s. de la décision), le ministre a étudié le risque de conclusion de clauses d'exclusivité avec les chaînes indépendantes les plus attractives, cet examen ne prive pas l'Autorité de la concurrence de la possibilité d'examiner le comportement réellement mis en œuvre par Groupe Canal Plus à l'issue de l'opération de concentration. Il revient à l'Autorité d'apprécier, dans le cadre d'une analyse au fond des griefs notifiés, si les faits qui lui sont soumis dans le cadre de la présente procédure permettent d'établir la réalité d'un comportement anticoncurrentiel de Groupe Canal Plus, au-delà des risques prospectifs qui avaient été analysés par la décision du ministre.
213. Ainsi, l'Autorité de la concurrence peut examiner les clauses en litige en application des articles L. 420-2 du code de commerce et 82 CE.

3. CONCLUSION SUR LE CHAMP DE L'EXAMEN AU FOND DES GRIEFS NOTIFIÉS

214. Il résulte de tout ce qui précède que l'Autorité de la concurrence peut examiner au fond dans le cadre des dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce et des stipulations des articles 81 et 82 CE (applicables au cours de la période de commission des pratiques) les pratiques suivantes :
- l'ensemble des clauses d'exclusivité conclues par Groupe Canal Plus avec les éditeurs de chaînes indépendants (grief n° 2) ;
 - les clauses d'exclusivité conclues entre Groupe Canal Plus et, respectivement, TF 1, Métropole Télévision, Lagardère SCA et Lagardère Active portant sur la distribution des chaînes payantes éditées par ces sociétés sur le réseau de la fibre optique et sur la distribution des services de télévision de rattrapage édités par ces sociétés, et les clauses de premier regard figurant dans les contrats de distribution signés entre ces entreprises (clauses visées par les griefs n° 3 et 4).
215. A l'inverse, l'Autorité de la concurrence ne peut examiner au fond dans le cadre des dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce et des stipulations des articles 81 et 82 CE (applicables au cours de la période de commission des pratiques) l'ensemble des clauses de l'accord Ceres et du protocole Lagardère ayant fait l'objet d'une notification au ministre de l'économie, et dont la mise en œuvre a été autorisée en vertu de la décision du 30 août 2006, à savoir :
- les clauses d'exclusivité conclues entre Groupe Canal Plus et, respectivement, TF 1, Métropole Télévision, Lagardère SCA et Lagardère Active portant sur la distribution des services linéaires et non linéaires de télévision payante édités par ces sociétés, à l'exception des clauses mentionnées au point 214 ci-dessus (clauses visées par les griefs n° 3 et 4).
 - les clauses de non-concurrence conclues entre Groupe Canal Plus, TF1 et Métropole Télévision (clauses visées par le grief n° 3).
216. Les griefs notifiés à Vivendi étant limités à la conclusion des seules clauses d'exclusivité et de non-concurrence prévues par les accords Ceres et Lagardère, aucune pratique anticoncurrentielle ne saurait donc être retenue à l'encontre de cette société, qui doit être mise hors de cause.

E. SUR LA RÉPONSE À APPORTER AUX GRIEFS NOTIFIÉS

217. Seront examinés successivement ci-après :
- les marchés pertinents ;
 - la position de Groupe Canal Plus sur le marché aval de la télévision payante linéaire ;
 - le couplage allégué entre les offres Canal + le Bouquet et CanalSat ;
 - l'allégation de dénigrement de la part de Groupe Canal Plus à l'égard de France Télécom ;
 - les pratiques mises en œuvre par Groupe Canal Plus à l'égard d'AB ;

- les exclusivités de distribution des chaînes thématiques payantes dont bénéficie Groupe Canal Plus.

1. SUR LES MARCHÉS PERTINENTS

218. Le secteur de la télévision payante se compose de plusieurs types de marchés :

- les marchés amont de l'acquisition des droits de diffusion sur lesquels se rencontrent l'offre des détenteurs de droits de diffusion de programmes audiovisuels et la demande des éditeurs de services de télévision payante ;
- les marchés intermédiaires de l'édition et de la commercialisation de chaînes thématiques payantes sur lesquels se rencontrent l'offre des éditeurs et la demande des distributeurs de télévision payante ;
- les marchés aval de la distribution et de la diffusion de chaînes thématiques payantes sur lesquels se rencontrent l'offre émanant des distributeurs et la demande des abonnés à une offre payante de télévision.

219. Seuls les marchés intermédiaires et aval sont concernés par les pratiques en cause dans la présente décision.

a) En ce qui concerne les marchés intermédiaires de l'édition et de la commercialisation de services de télévision payante

220. Les autorités de concurrence tant communautaire que nationale ont identifié des marchés de l'édition et de la commercialisation des chaînes thématiques destinées à la télévision payante ou encore marchés de l'acquisition des droits de distribution de chaînes de télévision payante - ci-après, les marchés de l'édition de chaînes ou « marchés intermédiaires » (voir l'avis n° 06-A-13 précité et les décisions citées au point 98).

221. « *Au stade intermédiaire, du côté de l'offre, les éditeurs de chaînes définissent une thématique (premium, information, jeunesse, etc.) et une ligne éditoriale. L'acquisition de contenus (les programmes) se fait soit en interne (autoproduction), soit auprès de tiers auxquels sont achetés des droits de diffusion audiovisuels. Le droit de distribuer les chaînes, en exclusivité ou non, est ensuite vendu à des distributeurs de télévision payante qui formulent donc leur demande sur ces marchés intermédiaires* » (décision C2007-181 précitée, p. 13).

Sur les marchés de produits

Distinction des marchés de la télévision payante et de la télévision gratuite

222. Selon la pratique décisionnelle constante des autorités de concurrence, il y a lieu de distinguer l'édition de chaînes de télévision payantes et celle de chaînes de télévision gratuites (voir, en ce sens l'avis du Conseil de la concurrence n° 06-A-13 précité, les décisions du ministre de l'économie C2006-02 et C2007-181 précitées et la décision de la Commission européenne n° COMP/M.4504 - SFR/Télé 2 France précitée). Selon la Commission : « *Cette distinction est principalement fondée sur les différences concernant les modèles économiques respectifs de ces chaînes. En effet, les chaînes gratuites sont très largement financées par les ressources publicitaires (éventuellement complétées dans le cas des chaînes publiques par des ressources publiques) alors que les chaînes payantes le*

sont principalement par les ressources issues des redevances payées par les distributeurs » (décision précitée, point 37).

En ce qui concerne la segmentation suivant le mode de diffusion

223. Les autorités de concurrence ne segmentent pas les marchés intermédiaires de la télévision payante selon le procédé technique de distribution (c'est-à-dire en distinguant les diverses plateformes de diffusion comme le câble, le satellite ou, plus récemment, le DSL). La Commission relève que « *les éditeurs souhaitent en principe obtenir la commercialisation la plus large possible de leurs chaînes afin de maximiser leur rémunération et, à tout le moins, être présents sur l'ensemble des plateformes de diffusion via des exclusivités multi-plateformes* » (décision n° COMP/M.4504 - SFR/Télé 2 France, point 44).
224. La question de la définition d'un marché intermédiaire de l'édition de services de télévision payante destinés à être distribués sur les réseaux de fibre optique, distinct des autres modes de diffusion, n'a pas été examinée par les autorités de concurrence. Les décisions rendues sont en effet antérieures au lancement de cette nouvelle plateforme de distribution.
225. La technologie de la fibre optique est susceptible de permettre l'émergence de nouveaux services de télévision payante, du fait des différences d'usage qu'autorise le très haut débit par rapport à la technologie ADSL. Dans ces conditions, un complément d'instruction apparaît nécessaire afin de rechercher si les services de télévision payante sur fibre optique forment, au stade intermédiaire, un marché pertinent au sens du droit de la concurrence, sur lequel les éditeurs de chaînes sont les offreurs et les distributeurs de télévision payante les demandeurs.

Distinction des marchés selon les thématiques des chaînes proposées

226. Il ressort de la pratique décisionnelle des autorités de concurrence qu'une offre de télévision payante ne présente une attractivité suffisante pour le consommateur que lorsqu'elle est composée de chaînes relevant de thématiques incontournables telles que cinéma, sport et jeunesse et d'un complément de chaînes relevant d'une variété de thématiques substituables les unes aux autres telles que documentaire, musique, mini-généralistes, fiction, etc. (voir l'avis n° 06-A-13, point 121, et la décision C2006-02, p. 23 précités).
227. La Commission européenne considère que « *la notion de diversité, et la disponibilité de chaînes sur l'ensemble des thématiques principales, demeure en effet une motivation d'abonnement majeure* » (voir les décisions du 13 juillet 2006 n° COMP/M.4204 - Cinven/UPC France et n° COMP/M.4504 - SFR/Télé 2 France précitée).
228. Dans le cadre de l'opération de concentration entre TPS et Vivendi Universal, le Conseil de la concurrence et le ministre de l'économie ont distingué les marchés des chaînes premium, sport, cinéma, information et jeunesse et un dernier marché comprenant les autres thématiques (avis n° 06-A-13, point 117 et s. et décision C2006-02 précités).
229. Lagardère SCA et Lagardère Active font valoir qu'il n'y a pas lieu de distinguer un marché spécifique des chaînes payantes jeunesse dès lors que la majorité des foyers abonnés n'a pas d'enfants dans la tranche des 4-14 ans, que les chaînes payantes jeunesse subissent une forte concurrence des chaînes jeunesse gratuites et des services de VoD/SVoD ainsi que des programmes diffusés par des chaînes généralistes. Toutefois, ainsi qu'il a été rappelé ci-dessus (point 222), l'édition de chaînes gratuites doit, en raison de leur modèle économique, être distinguée de celle des chaînes payantes. Le développement de chaînes

gratuites jeunesse n'est ainsi pas susceptible de remettre en cause la pertinence de la délimitation d'un marché des chaînes payantes jeunesse distinct. Par ailleurs, la spécificité du public visé par les chaînes jeunesse tend à confirmer l'existence d'une demande distincte. Ainsi, les éléments avancés par Lagardère SCA et Lagardère Active ne permettent pas de remettre en cause la segmentation des marchés intermédiaires selon les thématiques des chaînes retenue jusqu'à présent par les autorités de concurrence.

Distinction entre les services linéaires et non linéaires

230. Les services de télévision diffusés en mode non-linéaire regroupent les services à la demande : PPV (*Pay Per View*), VoD (*Video On Demand*) et SVoD (*Subscription Video On Demand*). La VoD est un service de paiement à l'acte consistant à mettre un programme pendant une durée déterminée à la disposition du téléspectateur qui peut le visionner au moment de son choix. La SVoD est un service de VoD sur abonnement. Enfin, le PPV est un service de paiement à l'acte qui consiste à diffuser un programme à une heure donnée.
231. Le Conseil de la concurrence et le ministre de l'économie ont effectué une distinction entre les services de télévision payante linéaires et les services de PPV et de VoD, en laissant ouverte la question de leur segmentation en fonction du contenu (cf. avis n° 06-A-13, point 145, et décision du ministre C2007-181 précités).

En ce qui concerne les services de télévision de rattrapage

232. Le service de télévision de rattrapage permet au consommateur de regarder, en différé et à la demande, des programmes qui ont préalablement été diffusés en mode linéaire par les chaînes de télévision. En pratique, ils permettent aux téléspectateurs de « rattraper » un programme qu'ils auraient manqué lors de sa première diffusion. Ces services sont disponibles sur différents équipements : télévision, ordinateur ou téléphone mobile.
233. Dans son avis du 5 septembre 2008 précité, le CSA relève que le modèle économique de la télévision de rattrapage n'est pas encore fixé (voir, dans le même sens, la décision C2007-181 précitée). Le CSA indique que se « pose la question de la nature de la télévision de rattrapage » et s'interroge s'il convient de considérer celle-ci comme « un nouveau service offert aux consommateurs », ou s'il s'agit d'une « offre assimilable à la vidéo à la demande » ou encore si l'on doit considérer « que la télévision de rattrapage n'est rien d'autre qu'un mode alternatif de consommation du même service, plus ou moins l'équivalent d'une diffusion décalée ».
234. La question de savoir si l'édition et la commercialisation de services de télévision de rattrapage (« *catch-up TV* » ou TVSVoD) constituent ou non un marché distinct n'a pas été tranchée par la pratique décisionnelle communautaire et nationale.
235. Les parties mises en cause estiment que le service de télévision de rattrapage ne saurait être distingué des services de télévision payante diffusés en mode linéaire.
236. A cet égard, TF 1 se prévaut notamment de la décision n° 10-DCC-11 du 26 janvier 2010 relative à la prise de contrôle exclusif par le groupe TF1 de la société NT1 et Monte-Carlo Participations (groupe AB), dans laquelle l'Autorité de la concurrence n'a pas jugé pertinent, dans le cadre de l'analyse des marchés amont de la télévision payante, de définir un marché distinct de l'acquisition de droits en vue d'une diffusion sur une télévision de rattrapage. Toutefois, l'analyse effectuée par l'Autorité dans cette décision se limite aux marchés amont de l'acquisition de droits en vue d'une diffusion télévisée. Elle n'est donc

pas nécessairement transposable aux marchés intermédiaires et aval de la télévision payante, seuls en cause dans la présente procédure.

237. Or, la question de la pertinence d'une distinction entre les services de télévision de rattrapage et les services linéaires sur les marchés intermédiaires de la télévision payante n'a pas fait l'objet d'une instruction de la part des services d'instruction. Par ailleurs, si les services d'instruction ont retenu l'existence d'une distinction entre les services de télévision de rattrapage et les services de PPV, VoD et SVoD sur les marchés intermédiaires (points 233 et s. du rapport), l'hypothèse d'une substituabilité entre les services de télévision de rattrapage et les services de vidéo à la demande, notamment lorsque la diffusion des programmes de rattrapage est éloignée dans le temps de la diffusion des programmes en linéaire, devrait être étudiée.
238. Dans ces conditions, un complément d'instruction apparaît nécessaire afin de rechercher si les services de télévision de rattrapage forment, au stade intermédiaire, un marché pertinent au sens du droit de la concurrence, sur lequel les éditeurs de chaînes sont les offreurs et les distributeurs de télévision payante les demandeurs.

Sur le marché géographique

239. En raison des facteurs linguistiques, culturels et du cadre dans lequel prend place la négociation entre opérateurs, notamment en ce qui concerne les droits de diffusion (généralement limitée au territoire français et homogène sur ce territoire, sauf exception de quelques événements sportifs à dimension supranationale), le marché pertinent est, selon la pratique décisionnelle des autorités de concurrence, de dimension nationale (avis n° 06-A-12 précité, point 151 et décision n° COMP/M.4504 - SFR/Télé 2 France précitée, point 48). Les griefs notifiés visent le seul marché de la France métropolitaine.

b) En ce qui concerne les marchés aval de la distribution de services de télévision payante

Sur les marchés de produits

240. Deux catégories d'opérateurs sont présents sur les marchés aval de la distribution de services de télévision payante : ceux dont l'activité se limite à diffuser techniquement les offres de télévision confectionnées et commercialisées par des distributeurs tiers, d'une part, et ceux ayant une activité de distribution de leurs propres bouquets de chaînes thématiques payantes, d'autre part.
241. Les premiers n'interviennent pas sur les marchés intermédiaires, leur activité se limitant à la seule diffusion technique des offres confectionnées et commercialisées par la société Groupe Canal Plus, cette dernière conservant le lien contractuel exclusif avec ses abonnés. En contrepartie de leur prestation, cette dernière verse aux diffuseurs techniques une somme forfaitaire représentant un pourcentage de l'abonnement payé par l'abonné.
242. Les seconds, dont certains ont également une activité de diffuseur technique, comme les opérateurs de télécommunications, mais également le câblo-opérateur, sont distributeurs d'une offre de télévision payante. Ainsi, les sociétés Groupe Canal Plus, SFR, Orange, Free, Bouygues Télécom, Darty et NC Numéricâble commercialisent leur offre de télévision payante directement auprès de leurs abonnés.
243. Les opérateurs de télécommunications commercialisent une offre de télévision payante « propriétaire » correspondant aux chaînes qui figurent dans le bouquet de base de leurs offres « *multiple play* ». Cette offre, située en premier niveau de service, est d'une

attractivité limitée puisque essentiellement composée des chaînes généralistes et thématiques de la TNT gratuite, des chaînes locales de France 3, de chaînes thématiques étrangères, lesquelles ne sont pas rémunérées ou le sont faiblement, et de quelques chaînes thématiques payantes. Par ailleurs, certains opérateurs commercialisent également une offre de télévision payante « propriétaire » plus riche située en second niveau de service et auxquels les abonnés de l'offre de base « *multiple play* » peuvent avoir accès via un abonnement complémentaire. L'offre de Groupe Canal Plus est également distribuée sur les plateformes des opérateurs de télécommunications en second niveau de service, l'accès aux bouquets de Groupe Canal Plus sur réseau DSL nécessitant ainsi la souscription d'un abonnement préalable « *multiple play* ».

Distinction des marchés de la télévision payante et de la télévision gratuite

244. A l'image de la distinction effectuée sur les marchés intermédiaires, les autorités de concurrence considèrent que la distribution de télévision payante et la distribution de télévision gratuite constituent des marchés de produits distincts (avis n° 06-A-13, point 160 et s., et décisions C2006-02 et C2007-181 précités). Selon la Commission européenne : « *L'argument principal utilisé au soutien d'une telle segmentation est le mode de financement différent de ces deux types de télévision. En effet, la télévision payante établit une relation commerciale entre le distributeur de télévision et le téléspectateur alors que la télévision gratuite n'établit une telle relation qu'entre le distributeur de télévision et les annonceurs publicitaires. Dans le même sens, du point de vue du téléspectateur, et sans nier les interactions entre les deux marchés de télévision, une distinction peut être opérée selon que l'offre télévisuelle est reçue sans contrepartie spécifique ou bien qu'elle résulte d'une démarche active en termes de souscription permettant l'accès à certains programmes non disponibles par ailleurs. Dès lors, les offres de télévision payante et de télévision gratuite sont peu substituables du point de vue de la demande* » (décision n° COMP/M.4504 - SFR/Télé 2 France précitée, point 45).

En ce qui concerne la segmentation par mode de diffusion

245. Les autorités de concurrence ont défini un marché global composé de l'ensemble des modes de diffusion de la télévision payante (voir les décisions de la Commission du 3 mai 2002, n° COMP/M.2766 - Vivendi Universal/ Hachette/Multithématiques, n° COMP/M.4504 - SFR/Télé 2 France et les décisions C2006-02 et C2007-181 précitées). La Commission relève ainsi « *qu'une segmentation plus fine n'a pas lieu d'être, compte tenu notamment de la convergence croissante de différentes plateformes au niveau du contenu et malgré les différences en termes techniques* » (décision n° COMP/M.4504, point 46).
246. Dans sa décision C2006-02 précitée, le ministre de l'économie a identifié un marché aval de la distribution de télévision payante sur réseau mobile, distinct des autres modes de diffusion. Dans le même sens, la Commission a relevé l'existence d'indices importants tendant à distinguer les services émergents de télévision payante sur téléphone mobile des autres formes de télévision, sans toutefois se prononcer sur la délimitation d'un marché pertinent distinct (décision n° COMP/M.4504, point 47).
247. La question de la définition d'un marché aval de la distribution de télévision payante sur les réseaux de fibre optique, distinct des autres modes de diffusion, n'a pas été examinée par les autorités de concurrence. Les décisions rendues sont en effet antérieures au lancement de cette nouvelle plateforme de distribution.

248. La technologie de la fibre optique est susceptible de permettre l'émergence de nouveaux services de télévision payante, du fait des différences d'usage qu'autorise le très haut débit par rapport à la technologie ADSL. Dans ces conditions, un complément d'instruction apparaît nécessaire afin de rechercher si les services de télévision payante sur fibre optique forment, au stade aval, un marché pertinent au sens du droit de la concurrence, sur lequel les distributeurs de télévision payante sont les offreurs et les téléspectateurs les demandeurs.

Distinction entre services linéaires et non-linéaires

249. Les autorités de concurrence ont effectué une distinction entre les services de télévision payante linéaires et les services de PPV et de VoD, le ministre distinguant un marché aval des services de VoD, un marché aval des services de PPV cinéma et un marché aval des services de PPV sport (cf. avis n° 06-A-13, points 198 à 201, et décisions C2006-02 et C2007-181 précités).

En ce qui concerne les services de télévision de rattrapage

250. De même que pour les marchés intermédiaires, la question de savoir si la distribution de services de télévision de rattrapage constitue ou non un marché distinct n'a pas été tranchée par la pratique décisionnelle communautaire et nationale.

251. Pour conclure à l'existence d'un marché aval distinct des services de télévision de rattrapage, les services d'instruction s'appuient sur la décision du ministre de l'économie C2007-181, qui a distingué, au sein des services non linéaires, les services de vidéo à la demande et les services de télévision de rattrapage pour l'analyse des marchés aval de la télévision payante. Toutefois, le ministre a laissé ouverte la question de la définition du marché pertinent dès lors que les conclusions de l'analyse concurrentielle étaient inchangées quelles que soient les délimitations retenues. A cet égard, l'hypothèse d'une substituabilité entre les services de télévision de rattrapage et les services de vidéo à la demande lorsque la diffusion des programmes de rattrapage est éloignée dans le temps de la diffusion des programmes en linéaire mériterait notamment d'être étudiée.

252. Par ailleurs, les éléments figurant au dossier ne permettent pas d'éclairer suffisamment l'Autorité quant à la pertinence d'une distinction entre les services de télévision de rattrapage et les services linéaires sur les marchés aval de la télévision payante, le rapport du 4 décembre 2009 se bornant à affirmer l'absence de substituabilité entre ces deux types de services à raison du caractère non linéaire de la télévision de rattrapage. L'hypothèse d'une substituabilité entre ces services, notamment lorsque la diffusion des programmes de rattrapage est suffisamment proche dans le temps de celle des programmes linéaires pourrait toutefois être envisagée.

253. Dans ces conditions, un complément d'instruction apparaît nécessaire afin de rechercher si les services de télévision de rattrapage forment, au stade aval, un marché pertinent au sens du droit de la concurrence, sur lequel les distributeurs de télévision payante sont les offreurs et les téléspectateurs les demandeurs.

Sur le marché géographique

254. Dès lors, d'une part, que les différents modes de diffusion des services de télévision payante couvrent l'ensemble du territoire national (satellite) ou sont amenés à couvrir progressivement ce territoire (TNT, DSL et câble), et, d'autre part, que les distributeurs de télévision payante ont une politique tarifaire uniforme sur l'ensemble du territoire, le

marché pertinent est, selon la pratique décisionnelle des autorités de concurrence, de dimension nationale (voir décision n° COMP/M.4504 - SFR/Télé 2 France, point 48).

255. Comparativement à la métropole, les départements d'outre-mer se caractérisent par des conditions de concurrence différentes, notamment en termes du nombre d'offres, de la nature des offres, des contenus et des services. Ainsi, les marchés français ultra-marins constituent des marchés distincts du marché français métropolitain (voir avis n° 06-A-13 précité, points 211 à 213). Les griefs notifiés visent le seul marché de la France métropolitaine.

c) Conclusion sur les marchés pertinents

256. En conclusion, les marchés pertinents concernés par les faits de l'espèce sont les suivants :
- Au stade intermédiaire : les marchés intermédiaires de l'édition et de la commercialisation de chaînes payantes linéaires segmentées selon leur thématique, (premium, cinéma, sport, information générale, jeunesse et autres thématiques) ; de chaînes VoD, de chaînes PPV ;
 - A l'aval : le marché de la distribution de télévision payante linéaire, le marché de la distribution de télévision payante sur terminaux mobiles, le marché des services de VoD, le marché des services de PPV sport, le marché des services de PPV cinéma.
257. Il y a lieu de procéder à un complément d'instruction afin de rechercher si les services de télévision distribués sur fibre optique, d'une part, et les services de télévision de rattrapage, d'autre part, forment aux stades intermédiaire et aval des marchés pertinents au sens du droit de la concurrence.

2. SUR LA POSITION DE GROUPE CANAL PLUS SUR LE MARCHÉ AVAL DE LA TÉLÉVISION PAYANTE LINÉAIRE

258. La notification de griefs a reproché à Groupe Canal Plus d'abuser de sa position dominante sur les marchés aval de la distribution et de la diffusion de chaînes thématiques payantes (griefs n° 2 et 3). Il n'est donc pas nécessaire, en droit et pour les besoins de la présente décision, de caractériser l'existence d'une position dominante de Groupe Canal Plus sur les marchés intermédiaires de la télévision payante.
259. Il peut être toutefois observé à titre indicatif qu'au cours de la période visée par la notification de griefs, la société Groupe Canal Plus :
- était en situation de monopole sur le marché intermédiaire de l'édition de chaînes premium ;
 - détenait sur le marché intermédiaire de l'édition de chaînes cinématographiques une part de marché en nombre de chaînes de 75 % en 2006 et de 50 % en 2008 ;
 - occupait sur le marché intermédiaire de l'édition de chaînes sportives une part de marché en chiffre d'affaires et en audience inférieure à celle de TF1, leader du marché ;
 - n'était pas présent sur le marché intermédiaire de l'édition de chaînes d'information ;
 - détenait sur le marché intermédiaire de l'édition de chaînes jeunesse, une part de marché inférieure à 25 % en parts d'audience ;

- occupait sur le marché intermédiaire de l'édition de chaînes « autres thématiques », une part de marché inférieure à 20 % en parts d'audience.

260. Par ailleurs, si les éléments recueillis au cours du supplément d'instruction ordonné ci-dessus indiquaient que les services de télévision sur fibre optique et les services de télévision de rattrapage sont échangés à l'aval sur des marchés distincts de celui des services linéaires, il y aurait lieu d'apporter au dossier les éléments permettant à l'Autorité d'apprécier la position de Groupe Canal Plus sur ce(s) marché(s).

a) Les arguments de Groupe Canal Plus

261. Groupe Canal Plus conteste avoir détenu une position dominante sur le marché aval de la télévision payante depuis 2006.
262. S'agissant de l'appréciation de ses parts de marché, elle soutient qu'il convient de tenir compte du nombre d'abonnés au bouquet CanalSat, à l'exclusion des abonnés aux autres offres du groupe que sont Canal + Le Bouquet et la chaîne Canal+ en analogique.
263. Par ailleurs, elle fait valoir que l'appréciation des parts de marché doit être effectuée dans une perspective dynamique, afin de tenir compte des mutations du secteur au cours de la période en cause. A cet égard, elle soutient qu'elle subissait des pressions concurrentielles du fait des engagements souscrits à l'occasion des opérations de concentration TPS/Vivendi Universal, SFR/Télé 2 et SFR/Neuf Cegetel, du fait du développement rapide des fournisseurs d'accès à internet, et notamment d'Orange, qui se serait imposé en tant que concurrent sérieux de Groupe Canal Plus, et enfin, du fait de la concurrence exercée par les chaînes de TNT gratuite.
264. Groupe Canal Plus indique que cette pression concurrentielle s'est traduite dans les résultats de son activité, avec l'érosion du nombre de ses abonnés. Ce constat permettrait d'établir l'absence de barrières à l'entrée et à l'expansion sur le marché aval de la télévision payante.

b) Le droit applicable

265. Il ressort de la jurisprudence des juridictions communautaires comme nationales que des parts de marché extrêmement importantes constituent par elles-mêmes, et sauf circonstances exceptionnelles, la preuve de l'existence d'une position dominante : « *la possession d'une part de marché extrêmement importante met l'entreprise qui la détient pendant une période d'une certaine durée, par le volume de production et d'offre qu'elle représente - sans que les détenteurs de parts sensiblement plus réduites soient en mesure de satisfaire rapidement la demande qui désirerait se détourner de l'entreprise détenant la part la plus considérable -, dans une situation de force qui fait d'elle un partenaire obligatoire et qui, déjà de ce fait, lui assure, tout au moins pendant des périodes relativement longues, l'indépendance de comportement caractéristique de la position dominante* » (arrêt de la Cour de justice du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche/Commission, 85/76, Rec. p. 461, point 41).
266. Les juridictions communautaires ont jugé que des parts de marché de plus de 50 % constituent des parts de marché extrêmement élevées, permettant de présumer l'existence d'une position dominante (voir l'arrêt de la Cour de justice du 3 juillet 1991, Akzo/Commission, C-62/86, Rec. p. I-3359, point 60, et les arrêts du Tribunal de première instance du 7 octobre 1999, Irish Sugar/Commission, T-228/97, Rec. p. II-2969, point 70,

et du 1er juillet 2010, AstraZeneca AB et AstraZeneca plc, T 321/05, non encore publié au Rec., point 288).

267. Lorsque l'importance de la part de marché détenue par l'entreprise ne suffit pas à elle seule à caractériser la position dominante d'une entreprise sur le marché, ce critère doit être complété par d'autres indices, tels par exemple que le rapport entre les parts de marché détenues par l'entreprise concernée et par ses concurrents, l'intensité de la concurrence et les barrières à l'entrée sur le marché concerné ou les caractéristiques propres à l'entreprise en cause (leadership sur le marché, image de marque, puissance financière...).

c) Appréciation en l'espèce

268. A titre liminaire, il convient d'écarter l'argument de Groupe Canal Plus relatif à la pression concurrentielle qui serait exercée par les chaînes gratuites de la TNT (télévision numérique terrestre). En effet, ainsi qu'il a été relevé plus haut (point 244) les chaînes de télévision gratuites, diffusées sur la TNT ou sur le réseau hertzien, ne font pas partie des marchés aval de la distribution de services de télévision payante. Dans ces conditions, le développement de chaînes gratuites sur la TNT est sans incidence sur l'appréciation du pouvoir de marché des entreprises présentes sur le marché aval de la télévision payante, et partant, sur l'existence d'une position dominante détenue par Groupe Canal Plus sur ce marché.

Les parts de marché de Groupe Canal Plus

269. Afin de déterminer les parts détenues par l'entreprise sur le marché aval de la télévision payante linéaire, il convient de tenir compte, non seulement des abonnements à l'offre CanalSat, mais également des abonnements aux offres Canal + et Canal + le Bouquet, contrairement à ce que soutient Groupe Canal Plus. En effet, les offres Canal + et Canal + le Bouquet regroupent des chaînes de télévision payante et font donc partie du marché aval de la distribution de services linéaires de télévision payante, tel qu'il a été défini ci-dessus (point 256).
270. Au lendemain de la concentration TPS/Vivendi Universal en décembre 2006, les parts de marché des différents distributeurs de télévision payante étaient les suivantes (en nombre d'abonnés) :

Distributeurs	Parts de marché
Groupe Canal Plus	[60-70]%
<i>CanalSat / TPS</i>	<i>[30-40]%</i>
<i>Canal +</i>	<i>[30-40]%</i>
Opérateurs xDSL	[10-20]%
<i>France Télécom</i>	<i>[0-10]%</i>
<i>Free</i>	<i>[0-10]%</i>
<i>Neuf Cegetel</i>	<i>[0-10]%</i>
AB Sat	[0-10]%
Câblo-opérateur	[10-20]%
Total	100 %

Source: décision de la Commission n° COMP/M.4504 – SFR/Télé 2 France, p. 20

271. La situation du marché a évolué au cours de la période visée par la notification des griefs, sans toutefois remettre en cause la position de leader de la société Groupe Canal Plus. Le rapport des services d'instruction du 4 décembre 2009 indique qu'à la fin de l'année 2008 Groupe Canal Plus détenait 56,3 % de part de marché en nombre d'abonnés. Les parts de marché des sociétés Free, Numéricâble et France Télécom étaient respectivement de 15,4 %, 13,4 % et 8,7 % en nombre d'abonnés, soit une part de marché cumulée de 37,5 %. Par ailleurs, SFR, dont Vivendi, société-mère de Groupe Canal Plus, détient 56 % du capital, a acquis à la fin de l'année 2008 les sociétés Télé 2 France et Neuf Cegetel dont la part de marché cumulée était de 6 % à cette date.
272. Si Groupe Canal Plus conteste l'exactitude de ces estimations, elle indique toutefois que sa part de marché (incluant les abonnements à CanalSat, Canal + Le Bouquet et Canal +) s'élevait à 52 % au 31 décembre 2008 (observations du 15 juin 2010, § 80). Par ailleurs, dans son avis du 13 avril 2010 précité, le CSA indique que : « *En prenant en compte les abonnements à une offre de base à la télévision par xDSL des foyers qui utilisent effectivement l'xDSL comme premier vecteur de réception de la télévision, la part de marché détenue par le groupe Canal+ s'élevait à 50 % au 31 décembre 2009. Elle s'élevait à 61% au 31 mai 2008* ».
273. Ainsi, il n'est pas contesté que la part de marché de Groupe Canal Plus était, sur l'ensemble de la période considérée, supérieure à 50 %, soit une part de marché extrêmement élevée au sens de la jurisprudence communautaire précitée (voir point 266 ci-dessus).
274. La jurisprudence communautaire considère que la baisse des parts de marché au cours de la période concernée par les pratiques n'exclut pas l'existence d'une position dominante, la réduction de parts de marché encore très importantes ne pouvant constituer, en elle-même, la preuve de l'absence de position dominante (arrêt du Tribunal de première instance du 30 janvier 2007, France Télécom/Commission, T-340/03, Rec. p. II-107, point 104).
275. Si, ainsi que le fait valoir Groupe Canal Plus, sa position sur le marché s'est érodée au cours de la période en cause, ses parts de marché en nombre d'abonnés restaient en 2008 extrêmement fortes et de très loin supérieures à celles de ses concurrents les plus proches,

puisqu'elle détenait à cette date un nombre d'abonnés plus de trois fois supérieur à celui de Free. Dans un cas comparable, le Tribunal de première instance a confirmé l'existence de la position dominante d'une entreprise, dont les parts de marché étaient passées de 64,94 % à 53,99 % au cours de la période de trois ans examinée par la Commission (arrêt précité du 1^{er} juillet 2010, AstraZeneca AB et AstraZeneca plc, point 288 et s.).

276. Par ailleurs, il convient de souligner que les données relatives aux parts de marché exposées ci-dessus sous-estiment le pouvoir de marché de Groupe Canal Plus.
277. En premier lieu, il conviendrait de tenir également compte des parts de marché des différents acteurs exprimées en valeur. En effet, en règle générale, la part de marché d'une entreprise se calcule en rapportant son chiffre d'affaires hors taxes au chiffre d'affaires hors taxes du marché (voir sur ce point les lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations précitées, point 160). Selon la communication de la Commission européenne sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (JO 1997, C 372, p. 5) : « *Par expérience, on sait que les ventes en volume et en valeur sont une information utile. En présence de produits différenciés, on considère souvent que les ventes en valeur et la part de marché correspondante donnent une meilleure idée de la position et de la puissance relatives de chaque fournisseur* » (point 55). Au cas d'espèce, les produits commercialisés sur le marché aval comprennent des offres de télévision payante différenciées.
278. Si les services d'instruction n'ont pas mis en évidence les parts de marché des différents distributeurs en termes de chiffre d'affaires, il est indéniable que la part de marché de Groupe Canal Plus en valeur est supérieure à sa part de marché calculée sur la base du nombre d'abonnés, dès lors que les prix de vente de ses offres de télévision sont supérieurs à ceux de ses concurrents (voir, sur ce point l'analyse de la Commission dans sa décision précitée n° COMP/M.4504, point 73, et du ministre de l'économie dans sa décision précitée C2007-181).
279. Dans son avis du 13 avril 2010 précité, le CSA confirme cette analyse : « *la part de marché en valeur du groupe Canal+ est certainement supérieure à celle en nombre d'abonnements, dans la mesure où le revenu moyen par abonné semble plus élevé pour le groupe Canal+ que pour ses concurrents. En 2009, le revenu moyen par abonné aux offres du groupe Canal+ était de 44,70 € par mois. Celui de la société France Télécom semblait être de 13,90 € par mois, hors abonnement à l'offre de base des forfaits multiservices* ». Si les données mentionnées par le CSA concernent l'année 2009, postérieure à la période des pratiques visées par la notification de griefs, ces différences de rémunération pouvaient très probablement être observées au cours des années 2006 à 2008.
280. En deuxième lieu, les chiffres indiqués surestiment la part de marché des opérateurs de télécommunications en nombre d'abonnés, car ils prennent en compte la totalité des abonnements aux services « *multiple play* » de ces opérateurs (qui comprennent, outre une offre de télévision payante, des services d'accès à Internet et de téléphonie mobile). Or, une partie des abonnés à ces offres ne consomme pas de services de télévision payante. Dans son avis du 1^{er} juillet 2008 précité, l'ARCEP indique que « *Le chiffre de 4,5 millions d'accès publié par l'Autorité au 31 décembre 2008 [comprendre, 2007] doit toutefois être relativisé dans la mesure où sont comptabilisés tous les abonnés « triple play », c'est-à-dire ceux disposant d'un terminal permettant la réception de services audiovisuels. Or certains abonnés disposant d'un tel équipement peuvent ne pas être éligibles à ces services du fait d'une ligne téléphonique de longueur excessive, ou encore ne pas souhaiter utiliser de services audiovisuels, inclus par défaut dans certaines offres haut débit. Ceci concerne*

en particulier aujourd'hui de nombreux abonnés de Free qui fournit systématiquement un décodeur audiovisuel à tous ses abonnés en zones dégroupées ».

281. En dernier lieu, il convient de souligner que les parts de marché des opérateurs de télécommunications mentionnées ci-dessus comprennent aussi bien les offres de télévision commercialisées en premier niveau de service, dans le cadre d'offres « *multiple play* », que les offres de télévision commercialisées en second niveau de service, dans le cadre de la souscription par les clients d'un abonnement spécifique. Dans son avis précité du 4 septembre 2008, le CSA indique que le nombre d'abonnés à une offre de second niveau de service au 31 mai 2008 était de 146 000 pour SFR/Neuf Cegetel, et de 93 000 pour Orange. A cette date, Free ne proposait pas d'offre spécifique de télévision payante, au-delà de l'offre de base « *multiple play* ». Le CSA précise que : « *Ces chiffres mettent en évidence la faible proportion d'abonnés aux bouquets payants contrôlés par les opérateurs xDSL. En effet, seuls 16,2 % des clients de SFR/Neuf Cegetel ont souscrit à l'offre « Neuf TV Sélection ». Pour Orange, cette proportion atteint 7,2%. En reprenant ces seules données, qui reflètent la position des opérateurs xDSL en tant que distributeurs éditeurs d'un bouquet payant, la part de marché de Groupe Canal+ sur le segment aval s'en trouve automatiquement renforcée ».*

Les prix pratiqués par Groupe Canal Plus

282. Ainsi qu'il a été relevé ci-dessus (point 278), les prix moyens des offres de télévision de Groupe Canal Plus étaient supérieurs à ceux de ses concurrents au cours de la période en cause. Par ailleurs, ainsi qu'elle l'indique dans ses observations, l'entreprise n'a pas baissé ses prix au cours de la période en cause, malgré certaines opérations de promotion ponctuelles (observations du 15 juin 2010, § 55).
283. Or, le fait qu'une entreprise ait été en mesure de maintenir des parts de marché largement supérieures à celles de ses concurrents tout en pratiquant des prix supérieurs à ceux des autres acteurs du marché constitue un élément pertinent indiquant que son comportement n'était pas, dans une mesure appréciable, soumis aux contraintes exercées par ses concurrents, ses clients et, finalement, les consommateurs (arrêt du Tribunal du 1^{er} juillet 2010, AstraZeneca AB et AstraZeneca plc précité, point 261).

La concurrence potentielle des opérateurs de télécommunications

284. Comme l'ont déjà relevé les autorités de concurrence, les opérateurs de télécommunications constituaient le principal vecteur de croissance de la télévision payante au cours de la période en cause. En effet, il n'est pas contesté que la pression concurrentielle exercée par l'opérateur du câble, Numéricâble, dont la part de marché a reculé entre 2006 et 2008, était moins importante que celle des fournisseurs d'accès à internet (voir sur ce point la décision C-2007/181 précitée, p. 43).
285. Les opérateurs de télécommunications jouissent en effet de plusieurs avantages comparatifs par rapport aux autres acteurs du marché, tels que les avantages commerciaux du « *multiple play* », qui offre, en sus d'un service de télévision payante, des services d'accès à internet et de téléphonie, la nécessité pour les clients de souscrire préalablement à une offre « *multiple play* » avant de pouvoir accéder aux offres de télévision payante de Groupe Canal Plus situées en second niveau de service sur le réseau DSL, ou encore les avantages techniques du réseau DSL, qui permet le lancement de services innovants (développement des offres de vidéo à la demande).

286. Cependant, le développement des opérateurs concurrents de Groupe Canal Plus est entravé par de nombreuses barrières à l'entrée et à l'expansion sur le marché aval de la télévision payante linéaire.
287. En premier lieu, les opérateurs de télécommunications font face, notamment du fait de certaines des pratiques en cause dans le présent dossier, à un insuffisant approvisionnement du marché de gros des chaînes thématiques payantes, « matière première » nécessaire à la confection de leurs offres de télévision. Or, ainsi qu'il a été souligné ci-dessus (point 226), la constitution d'une offre de télévision de qualité suppose l'acquisition de chaînes suffisamment diversifiées et attractives auprès des téléspectateurs.
288. L'accès des opérateurs de télécommunications aux chaînes de télévision payante s'est certes élargi depuis 2006 du fait de la mise à disposition de chaînes par Groupe Canal Plus, dans le cadre des engagements souscrits lors des opérations de concentration notifiées aux autorités de concurrence (voir les décisions C2006-02 et C2007-181 précitées). Ainsi, à la suite de l'opération de concentration entre TPS et Vivendi Universal en janvier 2007, les chaînes thématiques TPS Star, Télétoon, Piwi, Sport +, Cinéstar, Cinéculte et Cinétoile, éditées par Groupe Canal Plus ou par l'entité rachetée, ont été mises à disposition des opérateurs qui en feraient la demande pour une durée de cinq ans. A la suite de l'opération de concentration entre SFR et Neuf Cegetel en avril 2008, les chaînes Jimmy et Ciné Cinéma Famiz éditées par Groupe Canal Plus ont également été mises à disposition des distributeurs tiers.
289. Par ailleurs, les parties notifiantes se sont engagées en 2006 à ne pas faire obstacle au renouvellement des accords de distribution non exclusive conclus par Métropole Télévision avec des distributeurs tiers. Cet engagement ne concernait toutefois pas les nouveaux entrants sur le marché aval de la télévision payante qui n'avaient pas conclu d'accord de distribution avec Métropole Télévision à la date du rapprochement entre TPS et CanalSat, à savoir Orange, Darty Box et SFR. A l'occasion de l'opération de concentration entre SFR et Neuf Cegetel, l'engagement a été étendu au profit de l'ensemble des opérateurs de télécommunications, pour une distribution des chaînes de Métropole Télévision sur les réseaux ADSL et de fibre optique.
290. Malgré ces engagements, Groupe Canal Plus conservait au cours de la période en litige, outre l'exclusivité de distribution des chaînes qu'elle édite elle-même - à l'exception des huit chaînes mises à disposition en 2006 et des deux chaînes mises à disposition en 2008 -, l'exclusivité de distribution de 30 chaînes thématiques indépendantes, de six chaînes de TF1, de deux chaînes coéditées par TF1 et Métropole Télévision, et de trois chaînes éditées par Lagardère SCA et Lagardère Active, sur l'ensemble des modes de diffusion, à l'exclusion du câble (cf. points 55, 67, 78 et 84 ci-dessus). Or, à l'exclusion d'Orange qui a lancé à la fin de l'année 2008 six chaînes thématiques payantes, distribuées en exclusivité parmi ses abonnés, les autres opérateurs de télécommunications ne distribuaient aucune chaîne thématique payante attractive en exclusivité entre 2006 et 2008. Ainsi, les opérateurs de télécommunications ne disposaient pas des moyens de différencier leurs offres de télévision les unes des autres, et de les rendre attractives et concurrentielles au regard de celles confectionnées et commercialisées en exclusivité par la société Groupe Canal Plus.
291. Cette différence d'attractivité explique que tous les opérateurs de télécommunications proposent à leurs abonnés à une offre « *multiple play* » un abonnement complémentaire au bouquet CanalSat et au mini-bouquet Canal+, afin de satisfaire la demande de ces derniers. Dans un tel cas, la relation contractuelle avec les abonnés est entièrement contrôlée par Groupe Canal Plus, de sorte que le rôle des opérateurs de télécommunications se limite à

celui de diffuseur technique. Selon les chiffres communiqués par Groupe Canal Plus, la proportion de ces abonnés a évolué comme suit au cours de la période en cause :

- S'agissant de France Télécom/Orange, celle-ci est passée de 23 % en 2006 à 16% en 2008. Malgré cette baisse sensible, la proportion des abonnés à une offre de Groupe Canal Plus demeurait en 2008 largement supérieure à celle des abonnés à un bouquet d'Orange en second niveau de service ;
- S'agissant de SFR/Neuf Cegetel, celle-ci est passée de 5 % en 2006 à 14 % en 2008. Ce pourcentage est légèrement inférieur à celui des abonnés ayant fait le choix de s'abonner à l'offre de second niveau de service de SFR/Neuf Cegetel. Le nombre d'abonnés à l'une des offres de Groupe Canal Plus a cependant doublé entre 2007, année de l'acquisition de la société Neuf Cegetel par la société Vivendi, et 2008.

292. La faible part des clients des opérateurs de télécommunications souscrivant une offre « propriétaire » située en second niveau de service, et a contrario la part importante des clients qui souscrivent à une offre de Groupe Canal Plus, illustrent la différence d'attractivité qui existe entre les offres de Groupe Canal Plus et celles des fournisseurs d'accès à internet sur le marché aval de la télévision payante. Ainsi, l'attractivité technologique des offres « *multiple play* », liée notamment au dynamisme du marché de l'internet haut débit en France, et partant, l'importante base d'abonnés des opérateurs de télécommunications, ne se traduit pas par un fort pouvoir de marché de ces opérateurs sur le marché de la télévision payante.

293. En deuxième lieu, l'économie du secteur de la télévision payante avantage les opérateurs disposant d'une importante base d'abonnés par rapport aux nouveaux entrants dès lors que la négociation d'exclusivités de distribution avec un éditeur de chaînes ou l'acquisition de droits audiovisuels sur les marchés amont de la télévision payante, qui représentent des coûts considérables, ne sont rentables que lorsque le distributeur dispose d'une base d'abonnés suffisamment importante pour pouvoir amortir ces coûts.

294. En dernier lieu, les coûts de changement d'opérateurs sont élevés pour les téléspectateurs, et notamment pour les clients des offres satellitaires (voir sur ce point l'avis n° 06-A-13 précité, point 474). Les abonnés désireux de changer de mode de diffusion doivent en effet se défaire de leur équipement (parabole) pour changer de distributeur de télévision payante. Ces coûts de sortie, qui s'élèvent entre 45 et 100 euros, rigidifient la demande et la rendent moins élastique au prix, abaissant ainsi la pression concurrentielle sur le marché. Ils rendent plus difficilement contestable la position de Groupe Canal Plus, qui dispose de la quasi-totalité du parc des abonnés au satellite en France, qui représentent 90 % de sa clientèle. A cet égard, Groupe Canal Plus indique que le nombre de ses abonnés par satellite a décliné de seulement 1,27 % au cours des années 2006 à 2008.

Les avantages concurrentiels de Groupe Canal Plus

295. Outre les éléments relevés ci-dessus, Groupe Canal Plus dispose de plusieurs avantages concurrentiels sur le marché aval des services linéaires de télévision payante.

296. En premier lieu, la présence de Groupe Canal Plus sur l'ensemble des modes de distribution de la télévision payante (à l'exclusion du bouquet CanalSat, qui n'est pas distribué sur le câble) lui confère un avantage concurrentiel sur l'ensemble de ses concurrents. Cette présence a permis à Groupe Canal Plus de proposer une offre homogène sur l'ensemble du territoire français et de disposer d'un vivier de clientèle potentielle plus étendu que celui de ses concurrents, alors que les offres des opérateurs de

télécommunications ou du câble n'étaient accessibles que sur certaines parties du territoire raccordées à ces différents réseaux.

297. En deuxième lieu, à la différence de ses concurrents, qui disposent d'une base d'abonnés plus réduite, Groupe Canal Plus peut s'appuyer sur son importante base d'abonnés sur satellite pour négocier une distribution en exclusivité auprès des éditeurs de chaînes thématiques, assurés d'une meilleure exposition de leur chaîne, ainsi que pour amortir le coût d'acquisition de contenus ou de chaînes thématiques payantes attractifs en exclusivité. Si le nombre d'abonnés aux services « *multiple play* » des opérateurs de télécommunications a connu une importante croissance au cours de la période en litige, il existait toujours une importante asymétrie entre Groupe Canal Plus et ses concurrents sur ce point en 2008.
298. En troisième lieu, Groupe Canal Plus est un opérateur intégré présent sur l'ensemble des marchés de la télévision payante en France, ce qui lui permet, en amont, de détenir une part prépondérante des droits de diffusion de programmes, et, en aval, de sélectionner les chaînes payantes qu'il distribue auprès des consommateurs. A l'exception de France Télécom, qui a fait le choix de remonter la chaîne de valeur au moyen de l'acquisition de droits cinématographiques, audiovisuels et sportifs, et, plus modestement, de Numéricâble qui a acquis les droits des matchs de football de Ligue 2, les concurrents de Groupe Canal Plus n'héritent pas de chaînes thématiques payantes et ne détiennent pas de droits de diffusion cinématographiques, audiovisuels et sportifs. Au cours de la période en litige, Groupe Canal Plus détenait la majorité des droits de diffusion en première et en deuxième fenêtre de télévision payante des films récents produits par les studios américains, ainsi qu'une majorité des droits de diffusion en première fenêtre et en deuxième fenêtre des films récents français, du fait de son rôle d'acteur majeur du financement et de la production du cinéma français²⁰. Il détenait par ailleurs le catalogue de droits cinématographiques le plus important en France et en Europe via sa filiale StudioCanal, leader de la distribution de films en France et en Europe après le rachat des sociétés britannique Optimum Releasing en 2006 et allemande KinoWelt en 2008. Enfin, Groupe Canal Plus a obtenu dix des douze lots constituant l'appel d'offres lancé à la fin de l'année 2007 par la Ligue de football professionnelle (LFP) pour les droits de diffusion des matchs de football de Ligue 1 des saisons 2008 à 2011.
299. En dernier lieu, Groupe Canal Plus occupe une position de leader dans le secteur de la télévision payante en France, où il dispose d'une forte notoriété et d'une antériorité par rapport à ses concurrents. Il génère le chiffre d'affaires le plus important du secteur²¹. Il possède, à ce jour, une expérience, une expertise et une notoriété incomparables, qui lui confèrent une capacité de négociation plus importante que celle de ses concurrents auprès des éditeurs de chaînes ainsi qu'une attractivité plus forte auprès des téléspectateurs.

²⁰ En 2008, le président de Groupe Canal Plus a ainsi indiqué que la société Groupe Canal Plus diffusait « 95 % des films français et 90 % des films américains en exclusivité » (Le Figaro du jeudi 28 août 2008).

²¹ L'ACCeS, association regroupant des éditeurs de chaînes thématiques payantes, indique qu'en 2006 « le classement des chiffres d'affaires par groupe révèle que Canal + France, d'une part, et les Groupes TFI et M6, d'autre part, totalisent respectivement 43 % et 22 % du secteur. Viennent ensuite, les chaînes indépendantes (21 %), puis les groupes AB (7 %) et Lagardère (6 %) » (rapport annuel des chaînes thématiques payantes, année 2007).

Conclusion sur la position de Groupe Canal Plus sur le marché aval des services linéaires de télévision payante

300. S'il n'est pas contesté qu'un renforcement de la concurrence sur le marché aval des services linéaires de télévision payante a pu être observé au cours des dernières années, cette circonstance ne permet pas, à elle seule, de conclure que Groupe Canal Plus aurait perdu sa position dominante sur ce marché à la fin de l'année 2008, c'est-à-dire à la fin de la période visée par la présente procédure.
301. A cet égard, il résulte de la jurisprudence communautaire que « *l'existence d'une concurrence, même vive, sur un marché donné n'exclut pas celle d'une position dominante sur ce même marché, ladite position étant essentiellement caractérisée par la capacité de se comporter sans avoir à tenir compte, dans sa stratégie de marché, de cette concurrence et sans, pour autant, subir des effets préjudiciables du fait de cette attitude. Ainsi, l'éventuelle existence d'une concurrence sur le marché est, certes, une circonstance pertinente, notamment, aux fins d'apprécier l'existence d'une position dominante, mais elle n'est pas en soi une circonstance déterminante à cet égard* » (voir l'arrêt précité du Tribunal de première instance du 30 janvier 2007, France Télécom, point 101).
302. Si Orange est parvenue à lancer ses propres chaînes thématiques, en optant pour une stratégie de pénétration des marchés amont et intermédiaire de la télévision payante en s'appuyant sur la puissance financière du groupe France Télécom, ce lancement n'est intervenu qu'à la fin de l'année 2008. Par ailleurs, ces chaînes n'étaient disponibles qu'auprès des abonnés d'Orange sur le réseau ADSL de cet opérateur. Ainsi, l'arrivée d'Orange sur le marché ne permet pas de considérer que Groupe Canal Plus subissait une pression concurrentielle de ce nouvel arrivant telle qu'elle aurait, dès cette date, perdu la position dominante dont elle jouissait sur le marché.
303. Au contraire, le maintien de parts de marché extrêmement élevées et plus de trois fois supérieures à celle de son premier concurrent, l'existence de fortes barrières à l'entrée sur le marché, sa capacité à maintenir des prix supérieurs à ceux de ses concurrents et à reconduire de multiples contrats de distribution en exclusivité, c'est-à-dire, à se comporter de façon indépendante sur le marché, permettent d'établir que Groupe Canal Plus a détenu une position dominante sur le marché aval de la distribution de services linéaires de télévision payante pendant l'ensemble de la période considérée, qui s'étend de la fin de l'année 2006 à la fin de l'année 2008.

3. SUR L'ALLÉGATION DE DÉNIGREMENT DE LA PART DE GROUPE CANAL PLUS À L'ENCONTRE DE FRANCE TÉLÉCOM

a) Les arguments de France Télécom

304. France Télécom soutient que Groupe Canal Plus a abusé de sa position dominante afin de l'exclure des marchés de la distribution des chaînes de télévision payante au moyen d'une pratique de dénigrement systématique, accompagné de menaces et pressions à son encontre et à l'encontre de ses partenaires éventuels dans le domaine des contenus. Elle soutient que les déclarations de Groupe Canal Plus visent à présenter France Télécom comme objectivement incapable d'exercer le métier d'opérateur de télévision et donc à le discréditer auprès de ses partenaires commerciaux éventuels et des marchés financiers. France Télécom fait valoir que ces déclarations ont un impact particulièrement fort, compte tenu de la renommée et de la position historique incontournable de Groupe Canal Plus sur les marchés de la télévision payante.

b) Le droit applicable

305. Ainsi que l'a rappelé l'Autorité de la concurrence dans la décision n° 09-D-14 du 25 mars 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture de l'électricité, confirmée par l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 23 mars 2010 : « *Parmi les actes qui peuvent être regardés comme abusifs, figure le dénigrement, qui consiste à jeter publiquement le discrédit sur une personne, un produit ou un service identifié. Il se distingue de la critique dans la mesure où il émane d'un acteur économique qui cherche à bénéficier d'un avantage concurrentiel en pénalisant son compétiteur. Néanmoins, tout dénigrement mis en œuvre par une entreprise en position dominante, s'il peut relever de la concurrence déloyale et engager la responsabilité de l'entreprise vis-à-vis de ses concurrents, n'est pas nécessairement constitutif d'un abus sanctionné au titre de l'article L. 420-2 du Code de commerce. Pour qu'un dénigrement puisse être qualifié d'abus de position dominante, il convient que soit établi un lien entre la domination de l'entreprise et la pratique de dénigrement* » (points 57 et 58 de la décision ; voir, dans le même sens, la décision de l'Autorité de la concurrence n° 10-D-16 du 17 mai 2010 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Sanofi-Aventis France, et la jurisprudence citée sous les points 85 et s.).
306. Pour apprécier l'existence d'un comportement de dénigrement, l'Autorité s'attache à vérifier si le discours commercial tenu par l'acteur économique dominant relève de constatations objectives ou s'il procède d'assertions non vérifiées (voir par exemple, les décisions n° 07-D-33 du 15 octobre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'accès à Internet à haut débit, point 81, et n° 07-MC-06 du 11 décembre 2007 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Arrow Génériques, point 102, confirmée par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 5 février 2008, Société Schering Plough, et par la Cour de cassation dans un arrêt du 13 janvier 2009).
307. Afin de vérifier si le discours commercial de l'entreprise dominante est de nature à influencer la structure du marché, l'Autorité s'attache également à examiner les effets attendus ou réels de celui-ci auprès des partenaires commerciaux ou de la clientèle potentielle de son concurrent (voir, par exemple, décision n° 07-MC-06 précitée, point 97).

c) Appréciation en l'espèce

308. S'il est indéniable que certaines des déclarations de Groupe Canal Plus rapportées par la presse relevées au point 88 ci-dessus sont de nature à donner une image négative de la société France Télécom, elles ne peuvent être qualifiées de dénigrement vis-à-vis de celle-ci.
309. En effet, certains des propos tenus constituent des affirmations objectives et vérifiables, telles que les indications relatives au nombre de matches de football ou à la proportion des droits d'œuvres cinématographiques diffusées par Groupe Canal Plus en exclusivité (article publié le 3 septembre 2008 dans la revue Ecran Total). D'autres déclarations se bornent à exposer la politique commerciale du groupe, tels que les critères de sélection des projets de films financés ou coproduits par Groupe Canal Plus (article des Echos du 19 mai 2008). Ils ne relèvent donc pas d'un comportement de dénigrement.
310. Par ailleurs, certaines déclarations, soulignant la nécessité de disposer d'un savoir-faire et de créativité pour réussir dans le métier de la télévision (article des Echos du 17 avril 2008)

constituent des affirmations générales sur le secteur de la télévision payante qui ne peuvent être considérées comme un dénigrement à l'encontre de France Télécom.

311. Enfin, d'autres propos effectuent une présentation comparative des offres de Groupe Canal Plus et France Télécom défavorable à cette dernière (articles du Journal du Dimanche du 8 juin 2008 et de Satellifax du 9 avril 2008). Malgré leur caractère parfois vif, ces propos n'excèdent pas les limites de l'expression d'une rivalité normale des entreprises sur le marché. A cet égard, l'instruction n'a pas permis d'établir que le discours tenu par Groupe Canal Plus pouvait avoir pour effet de freiner l'arrivée de France Télécom / Orange sur le marché de la distribution de services de télévision payante en 2008. Il n'a pas été démontré que ces propos étaient susceptibles de revêtir un effet dissuasif, soit sur les éditeurs de chaînes, en les détournant de la conclusion d'accords de distribution avec Orange, soit sur les consommateurs, en influant négativement sur leur choix de souscription à une offre de télévision distribuée par Orange.
312. Il résulte de ce qui précède que l'existence d'une pratique anticoncurrentielle de dénigrement de la part de Groupe Canal Plus, reprochée dans le grief n° 2, n'est pas établie.

4. SUR LES PRATIQUES MISES EN ŒUVRE PAR GROUPE CANAL PLUS À L'ÉGARD D'AB

a) Les arguments de Groupe Canal Plus

313. Groupe Canal Plus fait valoir que le grief notifié procède d'une appréciation erronée des faits de la cause et méconnaît les principes de l'économie de la distribution audiovisuelle, qui repose sur le principe de la liberté de commerce et de la liberté contractuelle.
314. Elle soutient que les pratiques qui lui sont reprochées n'ont ni pour objet, ni pour effet, réel ou potentiel, d'affecter la concurrence. Selon elle, l'évolution des conditions financières de distribution des chaînes de Groupe AB se justifiait dans le contexte de la fusion des plateformes CanalSat et TPS et de l'arrivée à échéance des contrats de distribution. Par ailleurs, le nouvel accord conclu entre Groupe Canal Plus et Groupe AB en 2008 serait largement favorable à l'éditeur. Elle indique que Groupe Canal Plus assure 70 % des recettes de Groupe AB alors qu'elle ne représente que 30 à 40 % des abonnés aux chaînes de Groupe AB.
315. Par ailleurs, elle fait valoir que la baisse des redevances versées à Groupe AB, nécessairement limitée en raison des engagements souscrits par Groupe Canal Plus dans le cadre du rachat de TPS, n'a pas pour objet ni pour effet de nuire à la qualité des chaînes de Groupe AB. En tout état de cause, une baisse de la qualité des chaînes de Groupe AB ne saurait avoir pour effet d'affecter la concurrence sur le marché aval de la télévision payante.

b) Le droit applicable

316. Aux termes d'une jurisprudence constante, 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 (voir les arrêts précités de la Cour de justice du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche/Commission, point 91 et du 3 juillet 1991, Akzo/Commission, point 69).

317. Le juge communautaire a précisé que, dans des circonstances spécifiques, les entreprises en position dominante peuvent être privées du droit d'adopter des comportements, ou d'accomplir des actes, qui ne sont pas en eux-mêmes abusifs et qui seraient même non condamnables s'ils étaient adoptés, ou accomplis, par des entreprises non dominantes. Il peut en être ainsi de la demande d'exécution d'une clause d'un contrat, « *si, notamment, cette demande va au-delà de ce que les parties pouvaient raisonnablement attendre du contrat ou si les circonstances applicables lors de la conclusion du contrat ont entre-temps été modifiées* » (arrêt du Tribunal du 17 juillet 1998, ITT Promedia/Commission, T-111/96, Rec. p. II-2937, point 140).
318. Par ailleurs, les comportements discriminatoires sont spécifiquement visés par l'article 82 CE (devenu 102 TFUE) et l'article L. 420-2 du code de commerce. Dans sa décision n° 10-MC-01 du 30 juin 2010 relative à la demande de mesures conservatoires présentée par la société NavX, l'Autorité de la concurrence a rappelé que les comportements discriminatoires pouvaient relever soit de l'abus d'éviction, lorsque l'entreprise dominante cherche par ce moyen à renforcer sa position sur le marché dominé ou sur un autre marché, soit de l'abus d'exploitation, lorsque la discrimination distord le jeu concurrentiel sans que l'entreprise la mettant en œuvre ne soit directement partie prenante sur le marché affecté (points 182 à 184 de la décision). Concernant cette seconde hypothèse, la Cour de justice des communautés européennes a précisé que : « *Le comportement commercial de l'entreprise en position dominante ne doit pas fausser la concurrence sur un marché situé en amont ou en aval, c'est-à-dire la concurrence entre fournisseurs ou entre clients de cette entreprise. Les cocontractants de ladite entreprise ne doivent pas être favorisés ou défavorisés sur le terrain de la concurrence qu'ils se livrent entre eux. Par conséquent, il importe, pour que les conditions d'application de l'article 82, second alinéa, sous c), CE soient réunies, de constater que le comportement de l'entreprise en position dominante sur un marché non seulement est discriminatoire, mais encore qu'il tend à fausser ce rapport de concurrence, c'est-à-dire à entraver la position concurrentielle d'une partie des partenaires commerciaux de cette entreprise par rapport aux autres* » (arrêt du 15 mars 2007, British Airways/Commission, C-95/04, Rec. p. I-2331, points 143 et s. ; voir, dans le même sens, l'arrêt du Tribunal du 9 septembre 2009, Clearstream/Commission, T-301/04, non encore publié au Rec., point 192). Constitue par exemple un abus de position dominante l'application à l'égard de partenaires commerciaux de conditions inégales à des prestations équivalentes, leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence (arrêt du 29 mars 2001, Portugal/Commission, C-163/99, Rec. p. I-2613, point 46).

c) Appréciation en l'espèce

319. Il a été notifié à Groupe Canal Plus d'avoir abusé de sa position dominante sur les marchés aval de la télévision payante en mettant en œuvre deux types de pratiques : une politique commerciale abusive vis-à-vis de Groupe AB consistant en un refus d'appliquer les clauses des contrats de distribution conclus avant l'opération de concentration entre TPS et Vivendi Universal ou de les adapter à la nouvelle donne économique issue de cette opération, d'une part, et la mise en œuvre de conditions contractuelles et tarifaires discriminatoires à l'égard de Groupe AB, d'autre part (grief n° 1).

320. Il convient à titre liminaire de rappeler le contexte dans lequel ont été mises en œuvre les pratiques visées par le grief. L'opération de concentration entre TPS et Vivendi Universal, autorisée par le ministre de l'économie le 30 août 2006, s'est traduite par le rapprochement des activités des plateformes satellite de TPS et CanalSat avec le lancement d'une nouvelle offre commerciale CanalSat Nouveau le 21 mars 2007 et la migration commerciale et technique progressive des abonnés à l'offre TPS vers cette nouvelle offre CanalSat, entre septembre 2007 et décembre 2008. A la date de l'opération de concentration, Groupe AB avait conclu des contrats de distribution pour ses chaînes avec CanalSat d'une part et avec TPS d'autre part. Les contrats conclus avec CanalSat arrivaient à échéance le 31 décembre 2008, les contrats conclus avec TPS le 31 décembre 2006 (à l'exception des chaînes Ciné FX et Ciné Polar, dont le contrat expirait le 1^{er} mai 2008).
321. D'un commun accord, Groupe Canal Plus et Groupe AB ont prorogé jusqu'au 31 mars 2007 le contrat liant Groupe AB à TPS pour la distribution des chaînes de l'option « Passion » au sein du bouquet TPS. Groupe Canal Plus a ensuite prorogé unilatéralement ce contrat jusqu'au 31 décembre 2008. Groupe Canal Plus et Groupe AB ont conclu le 29 avril 2008 un nouveau contrat fixant les modalités de distribution des chaînes de Groupe AB dans la nouvelle offre unifiée de CanalSat.
322. En premier lieu, s'agissant de la prorogation unilatérale de l'accord de distribution conclu entre TPS et Groupe AB pour une période comprise entre le 31 mars 2007 et le 31 décembre 2008, il convient de souligner que Groupe Canal Plus n'était pas tenu de renouveler ce contrat, qui expirait le 31 décembre 2006. Alors que l'entreprise avait initialement notifié à Groupe AB en novembre 2006 son souhait de ne pas renouveler les contrats à leur date d'échéance, la prorogation du contrat jusqu'au 31 décembre 2008 était favorable à Groupe AB.
323. Par ailleurs, il n'est nullement démontré qu'une telle prorogation était de nature à influencer négativement la structure du marché aval de la télévision payante, sur lequel Groupe Canal Plus détient une position dominante. Cette prorogation n'empêchait nullement Groupe AB de conclure des contrats de distribution de ces chaînes avec les concurrents de Groupe Canal Plus, dès lors qu'il n'avait conclu aucune exclusivité au profit de cette dernière. En outre, il n'est nullement établi que les conditions de cette prorogation, qui assurait la poursuite de la commercialisation des chaînes de Groupe AB au sein du bouquet TPS, auraient été particulièrement défavorables à l'éditeur, mettant ainsi en péril l'équilibre économique des chaînes. En effet, le nombre d'abonnés aux chaînes de Groupe AB a continué à croître au cours de la période en cause. Il n'est donc pas démontré que cette prorogation était susceptible de nuire à l'attractivité de chaînes pouvant faire l'objet d'une commercialisation au sein des offres des concurrents de Groupe Canal Plus sur le marché aval de la télévision payante.
324. Les services d'instruction ont relevé que Groupe Canal Plus avait accepté de renégocier de manière anticipée certains contrats de distribution conclus avec d'autres éditeurs de chaînes thématiques au lendemain de la fusion entre les plateformes CanalSat et TPS.
325. Toutefois, cette circonstance ne permet pas de caractériser l'existence d'un comportement discriminatoire mis en œuvre par Groupe Canal Plus à l'égard de Groupe AB. En effet, les éditeurs dont le contrat de distribution a fait l'objet d'un renouvellement anticipé sont, pour leur majorité, soit des chaînes appartenant à Groupe Canal Plus, soit des chaînes appartenant aux actionnaires minoritaires de CanalSat. Pour ces derniers, le renouvellement anticipé des contrats de distribution résulte de l'application des accords Ceres et Lagardère, qui ont défini les conditions de la concentration entre les deux opérateurs du satellite. Dès lors que ces éditeurs se trouvaient par rapport à Groupe Canal

Plus dans une situation juridique différente de celle de Groupe AB, aucun traitement discriminatoire ne peut être constaté.

326. Parmi les autres éditeurs indépendants, les services d'instruction ont relevé un renouvellement anticipé des contrats de distribution de la chaîne Extrême Sport et des chaînes éditées par la société MTV. Groupe Canal Plus fait valoir que ce renouvellement anticipé était justifié par le changement du niveau de commercialisation de ces chaînes dans l'offre de Groupe Canal Plus ou la prise en compte du lancement de nouvelles versions des chaînes et que son comportement ne serait donc pas de nature discriminatoire. En tout état de cause, à supposer même que ces chaînes se trouvaient dans une situation de fait et de droit similaire à celle des chaînes de Groupe AB, il n'est pas établi que l'absence de renouvellement anticipé de son contrat de distribution aurait défavorisé Groupe AB dans la concurrence à laquelle elle se livre avec les autres éditeurs de chaînes sur les marchés intermédiaires de la télévision payante. En effet, il n'est pas établi que le comportement de Groupe Canal Plus ait eu un effet négatif sur la qualité et l'attractivité des chaînes de Groupe AB.
327. En deuxième lieu, s'agissant de la méconnaissance des clauses des contrats de distribution conclus entre les sociétés RTL 9 et AB Sat et la société TPS, repris par Groupe Canal Plus et prorogés jusqu'au 31 décembre 2008, celle-ci ne saurait caractériser l'existence d'un abus de position dominante de Groupe Canal Plus dès lors qu'aucun élément ne permet de conclure que ce litige commercial privé entre deux acteurs économiques ait eu pour effet de faire obstacle au maintien du degré de concurrence existant sur le marché aval de la télévision payante.
328. En effet, à supposer même que Groupe Canal Plus ait méconnu ses obligations contractuelles, l'existence d'une faute contractuelle ne permet pas, à elle seule, de caractériser un abus de position dominante. L'abus ne peut être constitué qu'à la condition que cette faute soit de nature à influencer la structure du marché dominé.
329. Les clauses en litige imposaient notamment à TPS des obligations de commercialisation et de promotion des chaînes. Or, il n'apparaît pas que l'arrêt du recrutement de nouveaux abonnés aux offres TPS, conséquence logique de la fusion avec la plateforme CanalSat, puisse avoir un quelconque effet d'éviction des concurrents de Groupe Canal Plus sur le marché aval de la télévision payante. Alors notamment que les chaînes de Groupe AB continuaient à être commercialisées de façon non exclusive sur la nouvelle plateforme unifiée CanalSat, il n'est pas établi que la fin de la commercialisation de l'offre TPS ait eu un effet négatif sur la qualité et l'attractivité des chaînes de Groupe AB pouvant faire l'objet d'une commercialisation au sein des offres des distributeurs concurrents de Groupe Canal Plus.
330. En troisième lieu, s'agissant de l'application par Groupe Canal Plus des conditions tarifaires issues des contrats conclus avant l'opération de concentration entre CanalSat et TPS, alors même que cette opération avait eu pour effet de modifier les circonstances applicables lors de la conclusion de ces contrats, aucun abus de position dominante ne saurait être caractérisé dès lors qu'il n'est pas établi que l'exécution de ces clauses contractuelles aurait eu pour objet ou effet de faire obstacle au maintien de la concurrence sur le marché concerné.
331. Les conditions d'application de la jurisprudence ITT Promedia exposée ci-dessus (point 317) ne sont pas réunies. En effet, si l'on peut admettre que les circonstances applicables lors de la conclusion des contrats initiaux ont été modifiées du fait de l'opération de concentration, il ne peut être déduit de ce seul fait que la demande d'exécution par Groupe Canal Plus des clauses contractuelles relatives à la rémunération des chaînes AB

distribuées au sein des offres TPS et CanalSat aurait un impact quelconque sur la structure du marché dominé. En effet, il n'apparaît pas que l'application des contrats signés aurait eu pour objet d'éliminer Groupe AB des marchés intermédiaires de la télévision payante, et, par suite, d'assécher la matière première des concurrents de Groupe Canal Plus sur les marchés aval de la télévision payante.

332. En quatrième lieu, s'agissant du refus opposé par Groupe Canal Plus aux demandes de Groupe AB de renégocier globalement les contrats de distribution de ses chaînes au sein des offres TPS et CanalSat au cours de la période transitoire de rapprochement des deux plateformes, celui-ci relève là encore d'un litige commercial privé entre deux acteurs économiques, dont il n'est pas établi qu'il soit de nature à influencer les conditions de concurrence sur les marchés concernés. En tout état de cause, il convient de relever que Groupe Canal Plus et Groupe AB ont signé le 29 avril 2008 un contrat de distribution global des chaînes de Groupe AB au sein des offres TPS et CanalSat.
333. En dernier lieu, s'agissant de la politique tarifaire adoptée par Groupe Canal Plus à l'égard des chaînes thématiques de Groupe AB, les services d'instruction ont relevé une baisse de 13 % de la rémunération de l'option « Passion » commercialisée au sein de l'offre TPS entre 2006 et 2007 (rapport du 4 décembre 2009, § 591) alors que Groupe Canal Plus accordait dans le même temps une augmentation de la rémunération des chaînes d'autres éditeurs indépendants comprise entre 2,41 % et 71,1 %.
334. Il convient de souligner que cette baisse ne résulte pas d'une renégociation des conditions tarifaires appliquées à Groupe AB, mais de l'application des clauses des contrats de distribution conclus avec TPS, prorogés par Groupe Canal Plus jusqu'au 31 décembre 2008.
335. Si les services d'instruction ont relevé une hausse de la rémunération de certaines chaînes thématiques produites par d'autres éditeurs indépendants au cours des années 2006 à 2007, cette circonstance ne permet pas, à elle seule, de caractériser l'existence d'une politique tarifaire discriminatoire vis-à-vis de Groupe AB. En effet, il n'est pas contesté qu'à l'image de Groupe AB, certains éditeurs de chaînes indépendantes ont vu leur rémunération baisser au cours de la période en cause. Par ailleurs, il n'est nullement établi que les prestations fournies par Groupe AB puissent être considérées comme équivalentes à celles des éditeurs dont la rémunération a connu une augmentation, et partant, comme devant recevoir un niveau de rémunération comparable. Les différences de rémunération ainsi que les évolutions contrastées de celles-ci peuvent recevoir une justification objective, fondée par exemple sur les différences de qualité et d'attractivité de chaque chaîne, ou encore sur le caractère favorable ou non des conditions tarifaires obtenues lors de la négociation de précédents contrats de distribution. A ce titre, Groupe Canal Plus fait valoir que la baisse de la rémunération des chaînes de Groupe AB s'explique par des raisons objectives tenant à la migration des abonnés des offres TPS vers l'offre CanalSat Nouveau.
336. Ainsi, il ne résulte pas de l'instruction que Groupe Canal Plus ait mis en œuvre une politique tarifaire discriminatoire vis-à-vis de Groupe AB au cours des années 2006 à 2007.
337. Il résulte de tout ce qui précède que le caractère anticoncurrentiel des pratiques mises en œuvre par Groupe Canal Plus à l'égard de Groupe AB n'est pas établi. Partant, il n'est pas établi que Groupe Canal Plus ait méconnu à ce titre les dispositions des articles L. 420-2 du code de commerce et 82 CE.

5. SUR LES EXCLUSIVITÉS DE DISTRIBUTION

a) Les arguments des parties

Les arguments de France Télécom

338. France Télécom fait valoir que le marché aval du secteur de la télévision payante est forclos en raison du « bloc d'exclusivités » détenu par Groupe Canal Plus sur les chaînes thématiques payantes les plus attractives. Ce bloc d'exclusivités rendrait impossible la constitution d'une « offre propriétaire » de télévision payante attractive par les concurrents actuels ou potentiels de Groupe Canal Plus. Il étoufferait la concurrence dans la distribution de télévision payante sur les réseaux à très haut débit et remettrait en cause le déploiement de ces réseaux. France Télécom fait valoir que cette pratique est discriminatoire car elle n'est pas appliquée à Numéricâble. Elle soutient que les exclusivités conduisent à l'affaiblissement des offres « multiple play » des opérateurs de télécommunications et permettent, de façon générale, de renforcer les positions dominantes détenues par Groupe Canal Plus.
339. France Télécom soutient que Groupe Canal Plus utilise sa position de monopole sur la distribution de services de télévision payante sur la plateforme du satellite pour imposer aux éditeurs de chaînes une exclusivité de distribution sur les plateformes ADSL et FTTx des opérateurs de télécommunications. Par ailleurs, elle souligne que Groupe Canal Plus a conclu des exclusivités avec neuf nouvelles chaînes en 2007 et trois nouvelles chaînes en 2008.
340. France Télécom fait valoir que les exclusivités sont imposées aux éditeurs de chaînes par le versement de primes d'exclusivité fidélisantes, dénuées de justification économique, et calculées de manière forfaitaire pour une distribution sur l'ensemble des plateformes de diffusion disponibles. Les chaînes seraient empêchées d'opter pour une distribution non exclusive, dès lors que les primes d'exclusivité versées ne peuvent être compensées par les opérateurs de télécommunications.
341. Enfin, France Télécom soutient que Groupe Canal Plus a mis en place une police des verrouillages, qui se manifeste par des pressions lors de la négociation des contrats de distribution des chaînes, un couplage entre la vente aux éditeurs des droits de diffusion de programmes détenus par Groupe Canal Plus et le bénéfice de l'exclusivité de distribution de la chaîne au sein de l'offre de Groupe Canal Plus, et, enfin, par la baisse de rémunération ou une discrimination arbitraire entre les chaînes.

Les arguments des parties mises en cause

342. Groupe Canal Plus, TF1, Métropole Télévision, Lagardère SCA et Lagardère Active font valoir que les pratiques en litige n'ont aucun objet ou effet anticoncurrentiel.
343. Les parties rappellent que les clauses d'exclusivité ne sont pas considérées comme anticoncurrentielles *per se*. Lagardère SCA et Lagardère Active font valoir que les accords de distribution conclus avec Groupe Canal Plus ne traduisent aucune intention anticoncurrentielle. Groupe Canal Plus soutient que les accords conclus avec les actionnaires minoritaires étaient destinés à protéger la valeur de l'entité cible de l'opération de concentration entre TPS et Vivendi Universal, tout objet anticoncurrentiel serait exclu.
344. Les parties soutiennent que les accords visés sont dépourvus de tout effet anticoncurrentiel dès lors que le champ de l'exclusivité, la part de la demande liée et la durée des accords

sont limités. Elles soulignent notamment que l'exclusivité ne couvre pas la distribution des chaînes sur les réseaux du câble ou de la TNT payante. Elles estiment qu'un nombre suffisant de chaînes non liées par des exclusivités peuvent être acquises par les fournisseurs d'accès pour composer des bouquets attractifs.

345. Métropole Télévision fait également valoir que ses chaînes ne sont pas distribuées sur un mode exclusif dès lors qu'elle a conclu des contrats de distribution avec Free, Neuf Telecom et Alice, et que ces accords ont été maintenus après l'opération de concentration entre TPS et Vivendi Universal, conformément à l'engagement souscrit auprès du ministre de l'économie, en contrepartie du versement d'une compensation financière à Groupe Canal Plus. Par ailleurs, à la suite des engagements souscrits par Vivendi à l'occasion de l'opération de concentration entre SFR et Neuf Cegetel en 2008, Métropole Télévision indique qu'elle a conclu en juillet et août 2008 de nouveaux accords de distribution de ses chaînes avec Darty, Orange et Bouygues Telecom.
346. Métropole Télévision, Lagardère SCA et Lagardère Active soutiennent que leurs chaînes n'étaient pas indispensables à la composition d'une offre de télévision payante attractive sur le marché aval. Métropole Télévision souligne que les autorités de concurrence ne regardent pas les chaînes appartenant au marché intermédiaire « autres thématiques » comme essentielles à la composition d'un bouquet attractif. Lagardère SCA et Lagardère Active indiquent que les barrières à l'entrée sur le marché intermédiaire des chaînes jeunesse sont faibles par rapport à celles existant sur les marchés des chaînes cinématographiques et sportives.
347. S'agissant des exclusivités de distribution sur les réseaux de fibre optique, Groupe Canal Plus fait valoir que cette technologie est un substitut de l'ADSL et que l'exclusivité sur la plate-forme ADSL ne serait pas effective si elle ne couvrait pas également la fibre optique. Selon Groupe Canal Plus, tout effet anticoncurrentiel serait exclu dès lors que les services de télévision linéaire et de rattrapage ne jouent pas un rôle déterminant dans le déploiement de cette nouvelle technologie. Par ailleurs, elle estime qu'une discrimination en faveur de l'opérateur câblé ne saurait être invoquée à son encontre, cette différence s'expliquant par des circonstances historiques qui ne lui sont pas imputables. Métropole Télévision, Lagardère SCA et Lagardère Active font valoir que les contrats en litige ont été conclus alors qu'aucune exploitation des réseaux de fibre optique n'avait cours ni même n'était prévue à court ou moyen terme. TF1 indique qu'au troisième trimestre 2008, on dénombrait 36 000 abonnés à la fibre optique en France, contre 16,3 millions d'abonnés à l'ADSL. Métropole Télévision indique que ses chaînes pouvaient être distribuées par les opérateurs de télécommunication à compter d'avril 2008, plusieurs mois avant le développement commercial de la fibre optique.
348. S'agissant des exclusivités de distribution des services de télévision de rattrapage, Groupe Canal Plus, Lagardère SCA et Lagardère Active font valoir qu'elles ont uniquement pour objet de préserver l'effectivité du principe d'exclusivité de distribution de services linéaires et sa valeur commerciale. TF1 soutient que ces exclusivités ne sauraient avoir pour effet de détourner des clients des offres de télévision des concurrents de Groupe Canal Plus alors notamment que l'ensemble des consommateurs ont accès aux services de rattrapage disponibles sur les sites internet de ses chaînes et que les distributeurs tiers peuvent acquérir les droits VoD de certains programmes directement auprès des ayants-droit. Métropole Télévision fait valoir que ses contrats exclusifs n'étaient pas susceptibles de produire un effet anticoncurrentiel dès lors qu'elle n'a jamais édité de services de rattrapage pour ses chaînes payantes.

349. S'agissant des clauses de premier regard, Groupe Canal Plus et TF1 font valoir que celles-ci seraient rendues nécessaires par le développement extrêmement rapide des réseaux de communication électroniques et des modes de consommation de la télévision payante et constitueraient donc un complément nécessaire aux clauses d'exclusivité de distribution. Groupe Canal Plus, TF1, Lagardère SCA et Lagardère Active soutiennent que ces clauses sont dépourvues de tout effet anticoncurrentiel et n'ont pas été mises en œuvre depuis l'entrée en vigueur des accords en litige.
350. A titre subsidiaire, les parties mises en cause font valoir que les accords d'exclusivité peuvent bénéficier de l'exemption prévue par l'article L. 420-4 du code de commerce et, s'agissant des griefs d'entente, par les stipulations de l'article 81, paragraphe 3 CE. Elles se prévalent des gains d'efficacité engendrés par les exclusivités, dès lors qu'elles permettent aux distributeurs de différencier leurs offres et les incitent à promouvoir les chaînes, alors que les éditeurs perçoivent des rémunérations de nature à couvrir leurs coûts fixes leur permettant d'acquérir des programmes de qualité. Elles estiment que ces gains d'efficacité, en promouvant la diversité et la qualité des chaînes, bénéficient aux consommateurs et n'éliminent pas la concurrence sur le marché, ainsi qu'en atteste le développement des offres des fournisseurs d'accès à internet.

b) Appréciation de l'Autorité

351. Selon une jurisprudence et une pratique décisionnelle constantes, les juridictions et les autorités de concurrence nationales et communautaires considèrent que les exclusivités de distribution ou d'achat ne sont pas anticoncurrentielles par elles-mêmes.
352. Dans le cadre de l'application de l'article 81 CE, la Cour de justice a ainsi jugé que des accords d'achat exclusif n'ont pas pour objet de restreindre la concurrence (voir l'arrêt du 28 février 1991, *Delimitis*, C-234/89, Rec. p. I-935, point 13 et l'ordonnance du 3 septembre 2009, *Lubricantes y Carburantes Galaicos SL/GALP Energia España SAU*, C-506/07, non encore publiée au Rec., point 30 ; 7 décembre 2000, *Neste*, C-214/99, Rec. p. I-11121, point 25).
353. Toutefois, des accords exclusifs sont susceptibles de constituer une restriction de la concurrence lorsqu'ils ont pour effet actuel ou potentiel de restreindre l'accès des concurrents au marché concerné. A cet égard, il convient d'apprécier non seulement l'effet de l'accord en cause sur le jeu de la concurrence, mais également de prendre en compte l'existence sur le marché d'autres contrats de même type, afin de déterminer si cet accord contribue à un effet cumulatif de fermeture du marché résultant de l'ensemble des contrats similaires. Les exclusivités contribuant de manière significative à un effet cumulatif de verrouillage du marché relèvent de l'interdiction posée par les règles de la concurrence.
354. La Cour de justice a ainsi précisé la méthode qu'il convenait de suivre pour l'analyse des accords d'achat exclusif au regard de l'article 81 CE, devenu 101 TFUE :

« L'appréciation des effets d'un accord d'achat exclusif implique la nécessité de prendre en considération le contexte économique et juridique au sein duquel celui-ci se situe et où il peut concourir, avec d'autres, à un effet cumulatif sur le jeu de la concurrence. Il convient, par conséquent, d'analyser les effets que produit un tel contrat, en combinaison avec d'autres contrats de même type, sur les possibilités, pour les concurrents nationaux ou originaires d'autres États membres, de s'implanter sur le marché de référence ou d'y agrandir leur part de marché. »

Il importe également d'examiner la nature et l'importance de l'ensemble des contrats similaires qui lient un nombre important de points de vente à plusieurs fournisseurs et de prendre en compte, parmi les autres éléments du contexte économique et juridique dans lequel les contrats s'insèrent, ceux qui déterminent les possibilités d'accès au marché de référence. À cet égard, il convient d'examiner s'il existe des possibilités réelles et concrètes pour un nouveau concurrent de s'infiltrer dans le faisceau de contrats. Il y a lieu de tenir compte également des conditions dans lesquelles s'accomplit le jeu de la concurrence sur le marché de référence.

Si l'examen de l'ensemble des contrats similaires révèle que le marché en cause est difficilement accessible, il convient d'apprécier dans quelle mesure les contrats conclus par le fournisseur concerné contribuent à l'effet cumulatif produit par cet ensemble de contrats. La responsabilité de cet effet de fermeture du marché doit être imputée, selon les règles de concurrence communautaires, aux fournisseurs qui y contribuent de manière significative. Les contrats conclus par des fournisseurs dont la contribution à l'effet cumulatif est insignifiante ne tombent dès lors pas sous le coup de l'interdiction de l'article 81, paragraphe 1, CE. Afin d'apprécier l'importance de la contribution des contrats conclus par un fournisseur à l'effet de blocage cumulatif, il faut prendre en considération la position des parties contractantes sur le marché. Cette contribution dépend, en outre, de la durée desdits contrats. Si cette durée est manifestement excessive par rapport à la durée moyenne des contrats généralement conclus sur le marché en cause, le contrat individuel relève de l'interdiction de l'article 81, paragraphe 1, CE » (ordonnance Lubricantes y Carburantes Galaicos SL précitée, points 30 à 32 ; voir dans le même sens, les arrêts précités Delimitis, points 13 et s, Neste, point 24 à 26, ainsi que les arrêts du Tribunal du 8 juin 1995, Langnese Iglo GmbH/Commission, T-7/93, Rec. p. II-01533, points 99 à 101, et du 23 octobre 2003, Van den Bergh Foods/Commission, T-65/98, Rec. p., point 83, confirmé par l'ordonnance de la Cour de justice Unilever Bestfoods précitée, points 84 et 85).

355. De, même, s'agissant de l'appréciation de clauses d'exclusivités au regard de l'article 82 CE, devenu 102 TFUE, le Tribunal de première instance a rappelé que : « *pour vérifier si des accords d'exclusivité (...) sont compatibles avec l'article 82 CE, il y a lieu d'analyser si, à la suite d'une appréciation de l'ensemble des circonstances et, donc, aussi du contexte dans lequel ces accords s'inscrivent, ces pratiques tendent ou sont susceptibles de restreindre ou d'écarter la concurrence sur le marché en cause* » (arrêt Tomra/Commission précité, point 215). L'existence d'un abus peut être constatée lorsque les accords « *tend[ent] à verrouiller une partie significative de la demande* », sans qu'il soit nécessaire pour l'autorité de concurrence d'examiner les effets réels des pratiques (points 218 et 219).
356. Les juridictions nationales suivent la même analyse. S'agissant de contrats de distribution identiques passés entre fournisseurs et distributeurs de glaces, la cour d'appel de Paris a ainsi considéré que « *l'effet restrictif de concurrence résultant d'un ensemble d'accords de distribution doit s'apprécier au regard de la nature et de l'importance des contrats sur le marché en cause, de l'existence de possibilités réelles et concrètes pour un nouveau concurrent de s'infiltrer dans le faisceau des contrats, et des conditions dans lesquelles s'accomplit le jeu de la concurrence sur le marché de référence, à savoir, notamment, le nombre et la taille des producteurs présents sur le marché, la fidélité de la clientèle aux marques existantes* » (arrêt du 7 mai 2002, Société Masterfoods).

357. En pratique, l'effet d'éviction ou de verrouillage que peuvent comporter les clauses d'exclusivité dépend de nombreux facteurs, parmi lesquels le champ et la portée de l'exclusivité, la part de la demande liée, la durée ou la combinaison dans le temps des contrats, les conditions de résiliation et de renouvellement, la position des opérateurs et les conditions régnant sur le marché en cause, ou encore la position des clients ou des fournisseurs d'intrants (voir, en ce sens, les décisions de l'Autorité de la concurrence n° 10-D-07 du 25 mai 2010 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de la boule de pétanque de compétition, point 79 et n° 09-D-36 du 9 décembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par Orange Caraïbe et France Télécom sur différents marchés de services de communications électroniques dans les départements de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Guyane, point 233 ainsi que les lignes directrices de la Commission européenne sur les restrictions verticales (JO C 291, 13 octobre 2010 et JO C 130, 19 mai 2010) et la communication du 24 février 2009 relative aux orientations sur les priorités retenues pour l'application de l'article 82 CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes (JO C 45, 24 février 2009), point 20).
358. Ces principes, dégagés dans le cadre d'accords d'achat exclusif, peuvent être transposés dans le cadre d'accords de fourniture exclusive, compris comme une obligation interdisant, en droit ou en fait, à un fournisseur de vendre les biens ou les services désignés dans l'accord à un autre acheteur (ou à certains acheteurs déterminés) que son cocontractant, type d'accord en cause dans la présente affaire. Pour apprécier l'existence d'une éviction anticoncurrentielle, il convient ainsi d'examiner les effets que produit un tel contrat, en combinaison avec d'autres contrats de même type, sur les possibilités pour les concurrents de l'acheteur de s'approvisionner sur le ou les marchés concernés par ces accords.
359. Enfin, il convient de rappeler que, même si ce type d'obligations peut limiter les possibilités d'échanges pour des périodes plus ou moins longues et priver des entreprises tierces de l'accès à une source d'approvisionnement, l'exclusivité peut être porteuse de gains d'efficience pour le marché en cause. En particulier, les exclusivités peuvent être nécessaires pour assurer la rentabilité d'une activité, par exemple du fait de l'existence d'investissements spécifiques ou du fait du caractère particulièrement risqué de l'activité. L'Autorité de la concurrence doit ainsi analyser les justifications apportées par les entreprises à l'appui de leur comportement.
360. Au cas d'espèce, trois catégories d'exclusivités sont contestées, qui doivent être analysées suivant les principes rappelés ci-dessus :
- l'exclusivité de distribution des chaînes éditées en propre par Groupe Canal Plus ;
 - l'exclusivité de distribution des chaînes indépendantes ;
 - l'extension de l'exclusivité de distribution des chaînes liées au réseau de la fibre optique et aux services de télévision de rattrapage, ainsi que les clauses de premier regard pour la distribution exclusive de télévision payante sur de nouveaux réseaux de diffusion ou pour la distribution exclusive de nouveaux services.

En ce qui concerne les chaînes éditées par Groupe Canal Plus

361. Dans sa saisine en date du 5 novembre 2008, France Télécom dénonce « *les exclusivités de distribution de chaînes thématiques que Groupe Canal Plus accapare dans son offre CanalSat sur les plateformes des opérateurs télécoms* » et précise que sont couvertes par sa plainte « *les exclusivités sur [l]es propres chaînes thématiques [de Groupe Canal Plus] ; les exclusivités sur les chaînes thématiques contrôlées par les actionnaires minoritaires de Canal+ France (...); et les exclusivités sur les chaînes thématiques des éditeurs tiers* ».

362. Si les exclusivités sur les chaînes thématiques éditées par les actionnaires minoritaires et par des tiers ont fait l'objet d'une analyse par les services d'instruction, qui a donné lieu à la formulation des griefs n° 2, 3 et 4, les exclusivités dont bénéficie Groupe Canal Plus pour la distribution des chaînes qu'il édite lui-même, dénoncées par France Télécom, n'ont pas été examinées par les services d'instruction. Par conséquent, elles n'ont donné lieu ni à la notification de griefs ni à une proposition de non-lieu de leur part.
363. Dans ces conditions, un complément d'instruction apparaît nécessaire afin de procéder à l'examen de l'ensemble des faits dénoncés dans la plainte de France Télécom.

En ce qui concerne les chaînes indépendantes

364. Ainsi qu'il a été exposé ci-dessus (point 209), il revient à l'Autorité d'apprécier, dans le cadre d'une analyse au fond des griefs notifiés, si les faits qui lui sont soumis dans le cadre de la présente procédure permettent d'établir la réalité d'un comportement anticoncurrentiel de Groupe Canal Plus, au-delà des risques concurrentiels qui avaient été analysés par la décision du ministre de l'économie en date du 30 août 2006.
365. Les exclusivités de distribution liant les chaînes indépendantes doivent être appréciées au regard de l'ensemble des exclusivités de distribution liant les chaînes de télévision payante, afin de déterminer si les premières contribuent, par effet de cumul, à verrouiller les marchés intermédiaires de la télévision payante, et, par voie de conséquence, à dresser des barrières à l'entrée des concurrents de Groupe Canal Plus sur le marché aval, qui se fournissent en chaînes sur les marchés intermédiaires pour composer les offres de télévision destinées à leurs abonnés. Dès lors, et ainsi que le soutient d'ailleurs Groupe Canal Plus, l'effet de la pratique doit être apprécié en tenant compte, non seulement des exclusivités conclues avec les chaînes indépendantes, mais également des modalités de distribution des chaînes liées ainsi que des chaînes éditées par Groupe Canal Plus elle-même.
366. Les éléments présents au dossier ne permettent pas à l'Autorité d'apprécier précisément l'existence et l'ampleur d'un éventuel effet de fermeture de l'accès aux marchés intermédiaires au détriment des distributeurs concurrents de Groupe Canal Plus, et particulièrement des opérateurs de télécommunication, et sont incomplets pour apprécier les justifications avancées par Groupe Canal Plus pour expliquer ses pratiques. Ainsi, un complément d'instruction apparaît également nécessaire sur ce point.

En ce qui concerne les chaînes liées

367. Ainsi qu'il a été exposé ci-dessus (point 214), peuvent seules faire l'objet d'un examen au fond par l'Autorité de la concurrence les clauses d'exclusivité conclues entre Groupe Canal Plus et, respectivement, TF 1, Métropole Télévision, Lagardère SCA et Lagardère Active portant sur la distribution des chaînes payantes éditées par ces sociétés sur les réseaux de fibre optique et sur la distribution des services de télévision de rattrapage, ainsi que les clauses de premier regard figurant dans les contrats de distribution signés entre ces entreprises.
368. En premier lieu, s'agissant des exclusivités de distribution sur les réseaux de fibre optique, l'analyse de ces clauses et de leurs éventuels effets anticoncurrentiels spécifiques ne peut être effectuée qu'après avoir défini les marchés de produits intermédiaires et aval sur lesquels s'échangent les services concernés. Ainsi qu'il a été exposé ci-dessus, l'Autorité souhaite que soit effectué un complément d'instruction sur ce point (voir point 248).

369. L'Autorité relève que les accords d'exclusivité conclus par Groupe Canal Plus avec les éditeurs de chaînes liées visent un mode de diffusion émergent, susceptible de stimuler l'intensité concurrentielle des marchés aval de la télévision payante via le renouvellement ou le développement des modes de diffusion des offres de télévision auprès des abonnés. Se pose ainsi la question de savoir si les pratiques litigieuses sont de nature à faire obstacle à la concurrence susceptible d'émerger à l'avenir sur les marchés aval grâce au déploiement de cette nouvelle technologie.
370. Si le rapport des services d'instruction du 4 décembre 2009 identifie un risque de préemption de la distribution en exclusivité sur les réseaux de fibre optique (§ 1224 et s.), les éléments présents au dossier sont insuffisants pour que l'Autorité puisse pleinement apprécier la réalité et l'ampleur des effets anticoncurrentiels, actuels ou potentiels, liés spécifiquement à ce type d'exclusivités.
371. Par ailleurs, les éléments du dossier ne permettent pas d'éclairer suffisamment l'Autorité quant à la contribution spécifique des contrats conclus avec chacun des éditeurs liés sur l'effet cumulatif de verrouillage qui serait susceptible de résulter de l'ensemble des exclusivités de même type conclues sur les marchés intermédiaires. Or, une telle analyse est nécessaire pour l'application des articles L. 420-1 du code de commerce et 81 CE aux accords d'exclusivités, ainsi qu'il a été relevé ci-dessus (point 353).
372. En deuxième lieu, s'agissant des exclusivités de distribution des services de télévision de rattrapage des chaînes liées, l'analyse de ces clauses et de leurs éventuels effets anticoncurrentiels spécifiques ne peut être effectuée qu'après avoir défini les marchés de produits intermédiaires et aval sur lesquels s'échangent les services de télévision de rattrapage. Ainsi qu'il a été exposé ci-dessus, l'Autorité souhaite également que soit effectué un complément d'instruction sur ce point (voir points 238 et 253).
373. En dernier lieu, s'agissant des clauses de premier regard, il y a lieu de relever que celles-ci concernent la distribution des chaînes sur les nouveaux réseaux de communication (accords par Groupe Canal Plus avec TF1, et Lagardère Active) ainsi que les « *nouveaux modes de consommation* » des chaînes (accords conclus par Groupe Canal Plus avec TF1). Les problématiques concurrentielles soulevées par ce type de clauses sont donc pour partie communes à celles soulevées par les exclusivités sur les réseaux de fibre optique et sur les services de télévision de rattrapage.
374. Ainsi, l'instruction devra être complétée aux fins de recueillir les éléments nécessaires pour apprécier l'existence d'un risque de préemption des modes de diffusion et des services futurs de la télévision payante, de nature à figer la situation concurrentielle sur les marchés aval de la télévision payante, et, partant d'éliminer les sources de concurrence potentielles susceptibles de remettre en cause les positions des acteurs du marché.
375. De manière générale, il conviendra d'analyser les justifications avancées par les parties à l'appui de leurs comportements.

c) Sur les remèdes aux éventuels problèmes de concurrence soulevés par les exclusivités

376. Aux termes du I de l'article L. 464-2 du code de commerce : « *L'Autorité de la concurrence peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières. (...) Elle peut infliger une sanction pécuniaire (...) Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de*

l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le présent titre. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction ».

377. En application de ces dispositions, l'Autorité de la concurrence pourrait être amenée, si les éléments recueillis au cours du complément d'instruction la conduisaient à constater une infraction au droit national et communautaire de la concurrence, à infliger une sanction pécuniaire et/ou à prononcer des injonctions aux fins de faire cesser les pratiques anticoncurrentielles en cause dans le cadre de sa future décision au fond.
378. Dans l'hypothèse où l'Autorité serait amenée à prononcer des injonctions, en complément ou en alternative à des sanctions, il est nécessaire qu'un débat contradictoire puisse avoir lieu sur les mesures de nature à faire cesser les éventuelles infractions retenues et à restaurer une concurrence effective sur les marchés affectés, afin de permettre aux parties de se défendre sur la nécessité et la proportionnalité des remèdes. Si les services d'instruction l'estimaient utile à l'appréciation des injonctions adéquates, un test de marché pourrait également être effectué auprès des tiers intéressés, afin de recueillir leurs observations quant à la pertinence des mesures envisagées.

d) Conclusion

379. L'article R. 463-7 du code de commerce dispose que : « *Lorsqu'elle estime que l'instruction est incomplète, l'Autorité de la concurrence peut décider de renvoyer l'affaire en tout ou partie à l'instruction. Cette décision n'est pas susceptible de recours* ». En application de ces dispositions, et compte tenu de ce qui précède, il y a lieu de renvoyer en partie le dossier à l'instruction aux fins de :
- rechercher si les services de télévision sur fibre optique, d'une part, et les services de télévision de rattrapage, d'autre part, forment des marchés pertinents au sens du droit de la concurrence, que ce soit au stade intermédiaire (échange des services entre les distributeurs et les éditeurs de chaînes), ou au stade aval (échange des services entre les distributeurs et les consommateurs), et, s'il s'agit de marchés distincts de celui des services linéaires, d'apprécier la position de Groupe Canal Plus sur le(s) marché(s) aval pertinent(s) ;
 - analyser les exclusivités de distribution des chaînes éditées par Groupe Canal Plus et des chaînes indépendantes, toutes plateformes de distribution confondues, ainsi que les exclusivités de distribution des chaînes liées sur les réseaux de fibre optique, les exclusivités de distribution des services de télévision de rattrapage des chaînes liées, et les clauses de premier regard conclues entre Groupe Canal Plus et TF1, d'une part, et Groupe Canal Plus et Lagardère Active, d'autre part, et analyser l'existence d'un éventuel effet cumulatif de verrouillage du marché résultant de l'ensemble de ces exclusivités ;
 - apporter les éléments nécessaires à l'appréciation des suites à donner à un éventuel constat de l'illicéité des exclusivités en cause au regard du droit de la concurrence.

DÉCISION

Article 1^{er} : Il n'appartient pas à l'Autorité, du fait des droits acquis par les parties notifiantes à raison de la décision du ministre de l'économie en date du 30 août 2006

autorisant l'opération de concentration entre les sociétés TPS et Vivendi Universal, d'examiner sur le fondement des dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce et des stipulations de l'article 81 CE devenu 101 TFUE les clauses de non-concurrence conclues entre les sociétés Groupe Canal Plus, TF1 et Métropole Télévision (visées par le troisième grief notifié), ainsi que les clauses d'exclusivité conclues entre les sociétés Groupe Canal Plus et, respectivement, TF 1, Métropole Télévision, Lagardère SCA et Lagardère Active portant sur la distribution des services linéaires et non linéaires de télévision payantes édités par ces sociétés (visées par les troisième et quatrième griefs notifiés). De tels droits acquis ne font pas obstacle, en revanche, à l'examen des clauses portant sur la distribution de services de télévision payante sur fibre optique et sur la distribution de services de télévision de rattrapage, de même que des clauses de premier regard figurant dans les contrats de distribution signés entre ces sociétés.

Article 2 : La société Vivendi SA est, en conséquence de l'article 1^{er}, mise hors de cause.

Article 3 : La saisine de la société France Télécom, enregistrée sous le numéro 08/0104 F, est rejetée en application de l'article L. 462-8, deuxième alinéa, du code de commerce en ce qu'elle dénonce une pratique de couplage mise en œuvre par la société Groupe Canal Plus entre les offres Canal + le Bouquet et CanalSat.

Article 4 : Il n'est pas établi que la société Groupe Canal Plus ait mis en œuvre une pratique de dénigrement à l'égard de la société France Télécom en méconnaissance des dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce et des stipulations de l'article 82 CE, devenu 102 TFUE.

Article 5 : Il n'est pas établi que les pratiques mises en œuvre par la société Groupe Canal Plus à l'égard de la société Groupe AB, visées par le premier grief notifié, soient contraires aux dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce ni aux stipulations de l'article 82 CE, devenu 102 TFUE.

Article 6 : Pour le surplus, les dossiers enregistrés sous les numéros 08/0006 F et 08/0104 F sont renvoyés à l'instruction, conformément aux motifs exposés au point 379 de la présente décision.

Délibéré sur le rapport oral de M. Frédérick Amiel et l'intervention de Mme Virginie Beaumeunier, rapporteure générale, par M. Bruno Lasserre, président, président de séance, Mmes Françoise Aubert, Anne Perrot et M. Patrick Spilliaert, vice-présidents.

La secrétaire de séance,
Véronique Letrado

Le président,
Bruno Lasserre