

N° 390023

REPUBLIQUE FRANÇAISE

SOCIETE NC NUMERICABLE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Pierre Lombard
Rapporteur

Le Conseil d'Etat statuant au contentieux

M. Vincent Daumas
Rapporteur public

Sur le rapport de la Section du contentieux

Séance du 4 mars 2016
Lecture du 21 mars 2016

Vu la procédure suivante :

Par une requête, un mémoire ampliatif, un mémoire en réplique et un nouveau mémoire, enregistrés les 6 mai, 2 juin, 27 octobre 2015 et 4 février 2016 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société NC Numericable demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler la délibération de la commission permanente de l'Autorité de la concurrence du 23 mars 2015 et la lettre en date du 31 mars 2015, adressée à son directeur général, du président de cette Autorité, par laquelle celle-ci a pris position sur la demande de la société Groupe Canal Plus (GCP) du 23 février 2015 concernant, dans le cadre du suivi des injonctions de la décision n° 12-DCC-100 du 23 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et CanalSatellite par Vivendi et GCP, l'incidence d'une fusion des plateformes propriétaires de Numericable et de SFR ;

2°) d'enjoindre à l'Autorité de la concurrence de lui communiquer les documents utilisés lors de l'instruction de la demande de GCP ;

3°) de mettre à la charge de l'Autorité de la concurrence la somme de 6 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

.....

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code de commerce ;
- le code de justice administrative.

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Pierre Lombard, auditeur,
- les conclusions de M. Vincent Daumas, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Delaporte, Briard, Trichet, avocat de la société NC Numericable, à la SCP Piwnica, Molinié, avocat de la société Groupe Canal Plus, de la société Vivendi et de la société Free, à la SCP Meier-Bourdeau, Lecuyer, avocat de la société Bouygues Telecom, à la SCP Célice, Blancpain, Soltner, Texidor, avocat de la société Eurosport France et à la SCP Capron, avocat de la société Orange ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 9 mars 2016, présentée par la société NC Numericable ;

1. Considérant que la société Groupe Canal Plus, la société Bouygues Telecom, la société Eurosport France, la société Free et la société Orange ont intérêt au maintien de la délibération et de la lettre attaquées ; qu'ainsi leurs interventions sont recevables ;

2. Considérant que, par la décision n° 12-DCC-100 du 23 juillet 2012, relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et CanalSatellite par Vivendi et Groupe Canal Plus (GCP), l'Autorité de la concurrence a autorisé les sociétés GCP et Vivendi Universal à regrouper au sein de la société Canal Plus les activités de télévision payante de TPS et de GCP ; qu'elle a assorti cette autorisation d'injonctions, en particulier de l'injonction 5 (a), imposant à GCP, dans les contrats de distribution conclus avec les éditeurs, de « valoriser de manière transparente et distincte la distribution sur chaque plateforme propriétaire [...] en identifiant de manière précise la valeur, le cas échéant, de l'exclusivité accordée pour la distribution sur chaque plateforme en cause », en précisant que ces offres de distribution exclusives devaient se faire sur la base de critères économiques objectifs, transparents et non-discriminatoires, prenant en compte le nombre d'abonnés desservis par les plateformes concernées par les contrats ;

3. Considérant que l'injonction 5 (a) a ainsi pour objet, d'une part, de permettre aux distributeurs alternatifs de concurrencer de manière effective GCP pour l'obtention de droits exclusifs de diffusion, en contraignant GCP à formuler des offres distinctes pour chaque plateforme, afin qu'elles soient répliquables par chaque distributeur concurrent individuellement et, d'autre part, de donner aux éditeurs la possibilité de choisir entre une distribution exclusive sur CanalSat ou une distribution, exclusive ou non, au sein des offres d'opérateurs concurrents ;

que, cependant, étant donné le choix de Numericable de ne pas proposer CanalSat en auto-distribution à ses abonnés, l'Autorité de la concurrence, dans sa décision d'agrément n° 13-DAG-01 du 7 juin 2013 de l'offre de référence élaborée par GCP en application de l'injonction 3 (c) de la décision du 23 juillet 2012, a estimé que l'acquisition par GCP de droits exclusifs pour la diffusion de chaînes sur la plateforme de Numericable aurait pour effet de priver l'opérateur de la faculté de proposer ces chaînes à ses abonnés ; que, compte-tenu de ce risque d'éviction de Numericable et des effets qui en résulteraient pour le fonctionnement concurrentiel des marchés de la télévision payante, l'Autorité de la concurrence a, dans les motifs de cette décision d'agrément, interprété l'injonction 5 (a) comme interdisant à GCP d'obtenir des droits de distribution exclusive sur la plateforme de tout opérateur qui refuserait de transporter l'offre CanalSat ; que GCP a tiré les conséquences de cette interprétation de l'injonction 5 (a) en modifiant son offre de référence et en s'abstenant, en pratique, d'acquérir des droits de diffusion exclusive sur la plateforme de Numericable ;

4. Considérant que, à la suite de la prise de contrôle exclusif de SFR par Numericable, filiale du groupe Altice, en novembre 2014, GCP a, par une lettre en date du 23 janvier 2015, demandé à l'Autorité de la concurrence de constater la fusion des plateformes de Numericable et de SFR et de prendre position sur l'incidence de cette fusion sur l'exécution de l'injonction 5 (a) à cet égard ; que, par une délibération de la commission permanente de l'Autorité de la concurrence du 23 mars 2015, dont le sens et les motifs ont été révélés à la société requérante par la lettre en date du 31 mars 2015 que lui a adressée le président de l'Autorité, cette Autorité, après avoir relevé que le parti pris par la nouvelle entité issue de l'opération de concentration entre SFR et le groupe Altice de fusionner les plateformes propriétaires de Numericable et de SFR, proposant ainsi CanalSat en auto-distribution à une partie de ses abonnés, a eu pour effet de supprimer, sur cette nouvelle plateforme fusionnée, le risque d'éviction analysé au point précédent, a constaté, selon les termes de la lettre du 31 mars 2015, « que les plateformes de Numericable ont effectivement fusionné » et que « les considérations des décisions n° 12-DCC-100 et 13-DAG-01 ayant pour effet de prévenir l'acquisition par GCP de droits exclusifs de diffusion sur la plateforme câblée de Numericable sont donc désormais sans objet » ; que la société NC Numericable doit être regardée comme demandant l'annulation de la position de l'Autorité de la concurrence adoptée par sa commission permanente dans sa délibération du 23 mars 2015 et dont les motifs ont été révélés par la lettre en date du 31 mars 2015 qui en constitue le complément ;

Sur la fin de non recevoir :

5. Considérant que les avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies, peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils revêtent le caractère de dispositions générales et impératives ou lorsqu'ils énoncent des prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance ; que ces actes peuvent également faire l'objet d'un tel recours, introduit par un requérant justifiant d'un intérêt direct et certain à leur annulation, lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent ; que, dans ce dernier cas, il appartient au juge, saisi de moyens en ce sens, d'examiner les vices susceptibles d'affecter la légalité de ces actes en tenant compte de leur nature et de leurs caractéristiques, ainsi que du pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité de régulation ; qu'il lui appartient également, si des conclusions lui sont présentées à cette fin, de faire usage des pouvoirs d'injonction qu'il tient du titre Ier du livre IX du code de justice administrative ;

6. Considérant qu'il résulte de ce qui a été dit au point 4 que la prise de position adoptée par l'Autorité de la concurrence le 23 mars 2015 a pour effet, en reconnaissant à GCP la possibilité d'acquérir des droits de distribution exclusive sur la plateforme de Numericable, de lui permettre de concurrencer la société NC Numericable sur sa plateforme ; qu'il ressort des pièces du dossier que, comme le soutient la société requérante, cette prise de position est de nature à avoir des effets économiques notables ; qu'elle a, en outre, pour objet de modifier le comportement des opérateurs sur le marché de l'acquisition de droits de distribution de chaînes de télévision ; que, dans ces conditions, la délibération attaquée doit être regardée comme faisant grief à la société NC Numericable ; que la fin de non-recevoir soulevée par l'Autorité de la concurrence doit donc être écartée ;

Sur la compétence de l'Autorité de la concurrence pour modifier la portée pratique de l'injonction 5 (a) :

7. Considérant qu'aux termes de l'article L. 430-7 du code de commerce en vigueur à la date de la délibération attaquée : « I. - *Lorsqu'une opération de concentration fait l'objet d'un examen approfondi, l'Autorité de la concurrence prend une décision dans un délai de soixante-cinq jours ouvrés à compter de l'ouverture de celui-ci. (...) III. - L'Autorité de la concurrence peut, par décision motivée : (...) autoriser l'opération en enjoignant aux parties de prendre toute mesure propre à assurer une concurrence suffisante ou en les obligeant à observer des prescriptions de nature à apporter au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence. Les injonctions et prescriptions (...) s'imposent quelles que soient les clauses contractuelles éventuellement conclues par les parties. IV. - Si l'Autorité de la concurrence n'entend prendre aucune des décisions prévues au III, elle autorise l'opération par une décision motivée. L'autorisation peut être subordonnée à la réalisation effective des engagements pris par les parties qui ont procédé à la notification.* » ;

8. Considérant qu'en vertu de ces dispositions il appartient à l'Autorité de la concurrence de veiller à la bonne exécution des engagements pris par les parties devant elle aux fins de remédier aux effets anticoncurrentiels d'une opération de concentration, des injonctions dont elle a assorti aux mêmes fins l'autorisation de l'opération, ou des prescriptions, imposées aux parties, de nature à apporter au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence, tout au long de la période d'exécution de ces engagements, injonctions ou prescriptions ; qu'elle tire de ces dispositions la faculté de les modifier pour en réduire ou même en supprimer la portée en fonction de l'évolution de la situation des marchés pertinents et de l'utilité de la poursuite de l'exécution de ces engagements, injonctions ou prescriptions ; qu'il suit de là qu'elle peut également, dans les mêmes conditions, modifier la portée pratique de ces engagements, injonctions ou prescriptions ; que, par suite, le moyen tiré de ce que l'Autorité de la concurrence n'était pas compétente pour modifier la portée pratique de l'injonction 5 (a) adressée à GCP dans le cadre de sa décision n° 12-DCC-100 du 23 juillet 2012 doit être écarté ;

Sur la régularité de la procédure suivie devant l'Autorité de la concurrence :

9. Considérant, d'une part, que pour l'instruction de la demande formulée par GCP dans son courrier du 23 janvier 2015, l'Autorité de la concurrence a consulté les différents opérateurs des marchés de la télévision payante ; que, dans ce cadre, la société NC Numericable

a présenté ses observations écrites sur la question de la fusion des plateformes de Numericable et de SFR, à l'occasion de sa réponse du 9 mars 2015 au questionnaire que l'Autorité lui avait adressé le 20 février 2015 ; qu'elle a également été en mesure de présenter, le 20 mars 2015, des observations orales à l'occasion d'une réunion avec les services d'instruction de l'Autorité ; qu'il ressort ainsi des pièces du dossier que la société NC Numericable a pu présenter ses observations préalablement à l'adoption de l'acte attaqué ; que, par suite, le moyen tiré de ce que l'Autorité aurait méconnu le principe général des droits de la défense, au motif qu'elle n'aurait pas consulté la société NC Numericable préalablement à l'adoption de sa délibération, doit être écarté ;

10. Considérant, d'autre part, que l'acte attaqué a été, comme il a été dit ci-dessus, délibéré par la commission permanente de l'Autorité de la concurrence ; que la lettre du président adressée à la société requérante a pour objet de lui notifier cet acte et de lui en donner les motifs ; que, par suite, les moyens tirés de l'incompétence du président de l'Autorité pour prendre un tel acte, de ce qu'il ne procéderait pas d'une délibération collégiale et qu'il serait entaché d'irrégularité en ce qu'il méconnaîtrait le principe de parallélisme des formes et des procédures, ainsi que le principe de parallélisme des compétences, doivent être écartés ;

Sur la légalité de la délibération attaquée :

En ce qui concerne l'effectivité de la fusion des plateformes propriétaires de SFR et de Numericable :

11. Considérant, en premier lieu, qu'au sens de la décision n° 12-DCC-100 complétée par la décision n° 13-DAG-01 prise pour son exécution, la notion de plateforme propriétaire recouvre l'ensemble des éléments de réseaux utilisés par un opérateur pour diffuser ses offres multiservices ; qu'ainsi, contrairement à ce que soutient la requérante, la plateforme propriétaire d'un opérateur peut regrouper différentes « plateformes techniques » de diffusion, notamment la fibre, le câble, ou le satellite ;

12. Considérant, en second lieu, que pour établir que les plateformes propriétaires de SFR et de Numericable ont fusionné, l'Autorité s'est, d'une part, fondée sur le fait que, sur le marché intermédiaire de la négociation des droits de distribution des chaînes de télévision, la société NC Numericable constitue l'unique interlocuteur pour la négociation de ces droits de distribution sur l'ensemble du périmètre de droits recouvrant les anciennes plateformes de SFR et de Numericable et, d'autre part, sur le fait que, sur le marché de détail, la requérante a regroupé et commercialisé, au sein d'offres « multiservices », différents services auparavant distribués séparément par SFR et Numericable ;

13. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier, d'une part, que la société NC Numericable constitue l'unique interlocuteur des chaînes de télévision pour la négociation des droits de diffusion de ces chaînes sur le périmètre de droits regroupant l'ensemble de ses éléments de réseaux ; que, d'autre part, à la date de la délibération attaquée, la société NC Numericable commercialisait des offres multiservices, notamment avec ses offres « Box TV Fibre de SFR by Numericable », proposant, en premier niveau de service, un accès à différents services auparavant distribués de façon distincte par SFR et Numericable ;

14. Considérant qu'il suit de là que l'Autorité n'a pas commis d'erreur d'appréciation en estimant que l'ensemble des éléments de réseaux utilisés par NC Numericable

appartiennent à une unique plateforme propriétaire et que, par suite, les plateformes de SFR et de Numericable ont fusionné ; que ce moyen doit donc être écarté ;

En ce qui concerne les autres moyens relatifs à la légalité de la délibération attaquée :

15. Considérant, en premier lieu, que, contrairement à ce que soutient la société requérante, et ainsi qu'il a été dit au point 12, l'Autorité de la concurrence ne s'est pas fondée sur le fait que CanalSat est proposé en auto-distribution sur la plateforme de Numericable pour démontrer que la fusion des plateformes a eu lieu ; que, par suite, le moyen tiré de ce que l'Autorité de la concurrence aurait commis une erreur d'appréciation en estimant, pour démontrer que la fusion des plateformes a eu lieu, que CanalSat est proposé en auto-distribution sur la plateforme de Numericable, doit être écarté ;

16. Considérant, en second lieu, ainsi qu'il a été dit au point 3, que l'interdiction faite à GCP d'acquérir des droits de distribution exclusifs sur la plateforme de Numericable avait pour seul objet d'éviter un effet d'éviction sur cette plateforme ; que, pour estimer si ce risque d'éviction existe toujours sur la plateforme de la requérante, l'Autorité a pris en considération l'évolution du marché liée à l'opération de concentration entre Numericable et SFR et à la fusion de leurs plateformes propriétaires ; que, par suite, le moyen tiré de ce que la prise de position de l'Autorité de la concurrence serait entachée d'erreur de droit, au motif que l'Autorité ne l'aurait pas fondée sur une nouvelle analyse de la situation de GCP sur les marchés concernés, telle qu'elle résulte de l'opération de concentration entre Numericable et SFR et de la fusion de leurs plateformes propriétaires, doit être écarté ;

17. Considérant qu'il résulte de ce qui précède, sans qu'il y ait lieu d'enjoindre à l'Autorité de la concurrence de communiquer à la société NC Numericable les documents utilisés lors de l'instruction de la demande de GCP, que la requête de la société NC Numericable doit être rejetée ;

18. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à la charge de l'Autorité de la concurrence qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante ; que la société Groupe Canal Plus, intervenant en défense, n'étant pas partie à la présente instance, ces mêmes dispositions font obstacle à ce que la société NC Numericable verse à la société Groupe Canal Plus la somme de 5 000 euros qu'elle demande à ce titre ;

D E C I D E :

Article 1^{er} : Les interventions de la société Groupe Canal Plus, de la société Eurosport France, de la société Bouygues Télécom, de la société Free et de la société Orange sont admises.

Article 2 : La requête de la société NC Numericable est rejetée.

Article 3 : Les conclusions présentées par la société Groupe Canal Plus au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à la société NC Numericable, à l'Autorité de la concurrence, à la société Groupe Canal Plus, à la société Eurosport France, à la société Bouygues Télécom, à la société Free et à la société Orange.