

Grosses délivrées
aux parties le :

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 5 - Chambre 7

ARRÊT DU 30 SEPTEMBRE 2021

(n° 37, 37 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : **20/07846 - N° Portalis 35L7-V-B7E-CB5H7**

Décision déferée à la Cour : **Décision n° 20-D-08 de l'Autorité de la concurrence** en date du **30 avril 2020**

REQUÉRANTE :

MOLOTOV S.A.S.

Prise en la personne de son président, la société JDH S.A.S., elle-même prise en la personne de son président
Immatriculée au RCS de Paris sous le numéro 807 393 111
Dont le siège est situé au 11 rue La Boétie 75008 Paris

Élisant domicile au cabinet de l'AARPI TEYTAUD-SALEH
10, rue de Rome
75008 PARIS

Représentée par Me François TEYTAUD de l'AARPI TEYTAUD-SALEH, avocat au barreau de PARIS, toque : J125
Assistée de Me Olivier FRÉGET et de Me Liliana ESKENAZI de l'AARPI FRÉGET-GLASER & ASSOCIÉS, avocats au barreau de PARIS, toque : L0261

EN PRÉSENCE DE :

L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE

Prise en la personne de sa présidente en exercice
11, rue de l'Échelle
75001 PARIS

Représentée par M. Dylan DAMAJ, dûment mandaté

LE MINISTRE CHARGÉ DE L'ÉCONOMIE

TÉLÉDOC 252 - D.G.C.C.R.F.
Bât 5, 59 boulevard Vincent Auriol
75703 PARIS CEDEX 13

Représenté par M. Lucas PIERORAZIO, dûment mandaté

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 20 mai 2021, en audience publique, devant la Cour composée de :

- Mme Frédérique SCHMIDT, présidente de chambre, présidente,
- Mme Brigitte BRUN-LALLEMAND, présidente de chambre,
- Mme Sylvie TRÉARD, conseillère,

qui en ont délibéré.

GREFFIER, lors des débats : Mme Véronique COUVET

MINISTÈRE PUBLIC : auquel l'affaire a été communiquée et représenté lors des débats par M. François VAISSETTE, avocat général

ARRÊT :

– contradictoire

– prononcé par mise à disposition au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

– signé par Mme Frédérique SCHMIDT, présidente de chambre, et par Mme Véronique COUVET, greffière à qui la minute du présent arrêt a été remise par le magistrat signataire

* * * * *

Vu la décision n° 20-D-08 du 30 avril 2020 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'édition et de la commercialisation de chaînes de télévision ;

Vu la déclaration de recours contenant un exposé sommaire des moyens déposée par la société Molotov au greffe le 24 juin 2020 ;

Vu l'exposé des moyens déposé par la société Molotov au greffe le 29 juillet 2020 ;

Vu l'arrêt du 7 janvier 2021 de cette Cour qui a déclaré les sociétés TF1 distribution, Télévision Française 1 et Métropole Télévision irrecevables en leurs interventions volontaires accessoires ;

Vu les observations déposées par l'Autorité de la concurrence au greffe le 8 février 2021 ;

Vu les conclusions en réplique et récapitulatives déposées par la société Molotov au greffe le 2 avril 2021 ;

Vu l'avis du ministère public du 17 mai 2021 transmis le même jour à la société Molotov, à l'Autorité de la concurrence et au ministre chargé de l'économie ;

Après avoir entendu à l'audience publique du 20 mai 2021 en leurs observations orales, le conseil de la société Molotov, le représentant de l'Autorité et du ministre chargé de l'économie et le ministère public, l'auteur du recours ayant été en mesure de répliquer.

*
* *

SOMMAIRE

<u>FAITS ET PROCÉDURE</u>	<u>4</u>
<u>Le secteur concerné</u>	<u>4</u>
<u>La réglementation applicable</u>	<u>4</u>
<u>L'auteur de la saisine</u>	<u>5</u>
<u>La saisine</u>	<u>7</u>
<u>L'autorisation au titre du contrôle des concentrations de la création de Salto, sous réserve du respect d'engagements</u>	<u>8</u>
<u>La décision attaquée</u>	<u>9</u>
<u>MOTIVATION</u>	<u>9</u>
<u>I. SUR LA LÉGALITÉ EXTERNE DE LA DÉCISION</u>	<u>9</u>
<u>A. Sur le refus allégué d'engager une procédure contradictoire et de faire application de l'article L.464-1 du code de commerce</u>	<u>9</u>
<u>B. Sur la mise en œuvre alléguée d'un pouvoir d'opportunité des poursuites</u>	<u>14</u>
<u>C. Sur le défaut allégué de motivation de la décision</u>	<u>15</u>
<u>II. SUR LA LÉGALITÉ INTERNE DE LA DÉCISION</u>	<u>17</u>
<u>A. Sur le refus allégué d'analyser les pratiques des parties notifiantes à une opération de concentration à l'aune du droit des pratiques anticoncurrentielles</u>	<u>17</u>
<u>B. Sur la position dominante alléguée détenue collectivement par TF1, M6 et FTV</u>	<u>20</u>
<u>1. Sur la définition des marchés pertinents</u>	<u>20</u>
<u>2. Sur l'analyse de la position dominante collective</u>	<u>22</u>
<u>3. Sur la dépendance économique alléguée de Molotov vis-a-vis des groupes TF1 et M6</u>	<u>24</u>
<u>4. Sur l'entente horizontale alléguée entre les groupes TF1 et M6</u>	<u>29</u>
<u>5. Sur la restriction verticale alléguée résultant de la volonté de M6 d'imposer une clause dite de « <i>paywall</i> »</u>	<u>32</u>

FAITS ET PROCÉDURE

1. La Cour est saisie du recours formé par la société Molotov contre la décision de l'Autorité de la concurrence (ci-après « l'Autorité ») qui, statuant sur la saisine de cette société dénonçant des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'édition et de la commercialisation de chaînes de la télévision, l'a rejetée au motif que les faits invoqués n'étaient pas appuyés d'éléments suffisamment probants.

Le secteur concerné

2. Selon l'analyse du secteur de la télévision faite par l'Autorité aux paragraphes 4 et suivants de la décision attaquée, et non contestée par les parties, ce secteur se compose traditionnellement de deux segments d'activités distinctes, la télévision payante et la télévision gratuite.

3. Les éditeurs de chaînes payantes proposent à la vente le droit de commercialiser leurs chaînes aux distributeurs, principalement des fournisseurs d'accès à internet (ci-après « FAI »). Ces derniers les distribuent sous forme de bouquets, accessibles par abonnement ou à la carte.

4. Les chaînes en clair sont distribuées gratuitement auprès des téléspectateurs et leurs éditeurs se financent pour l'essentiel par des recettes publicitaires.

5. La révolution numérique a modifié les usages dans le secteur de la télévision. De nouveaux opérateurs sont venus concurrencer les acteurs historiques en proposant des services permettant au consommateur d'accéder à une large offre de contenus. De plus, la diffusion linéaire sur téléviseur stagne alors que les contenus non linéaires (télévision de rattrapage et vidéo à la demande), principalement sur des écrans autres que le téléviseur, se développent.

La réglementation applicable

6. La loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (ci-après la « loi n° 86-1067 ») encadre les relations entre les éditeurs des services de télévision, qui acquièrent des droits de diffusion de contenus ou produisent eux-mêmes leurs propres programmes, et les distributeurs, qui constituent des offres qu'ils mettent à la disposition des consommateurs.

7. Les obligations imposées aux éditeurs et aux distributeurs sont de trois ordres :

– un « *service antenne* » dénommé « *must offer* » par câble et satellite :

Prévue par les articles 34-1 et 98-1 de la loi n°86-1067, la mise à disposition gratuite de l'offre de télévision numérique terrestre (ci-après « TNT ») nationale en clair vise principalement les publics des « *zones blanches* » ne pouvant recevoir la TNT par voie hertzienne terrestre et les habitats collectifs qui ne sont plus raccordés à une antenne.

– l'obligation « *must carry* » propre aux chaînes publiques :

Les articles 34-2 (relatif aux chaînes de France Télévisions, Arte et TV5 Monde) et 45-3 (relatif à La Chaîne Parlementaire) de la loi n° 86-1067 imposent aux distributeurs de services de visionnage, lorsque ces derniers utilisent d'autres canaux de distribution que la « *voie hertzienne terrestre en*

mode analogique », en l'occurrence la « *voie hertzienne terrestre en mode numérique* », de mettre gratuitement à disposition de leurs abonnés les services des chaînes gratuites publiques sans que ces chaînes ne puissent s'y opposer.

8. La question de l'étendue de cette obligation de reprise a été posée à l'occasion d'un différend entre PlayTV, un distributeur de contenu over the top ou « *OTT* » (en ligne, sans l'intermédiation d'un FAI) et France Télévisions, qui s'opposait à la reprise de ses programmes par celui-ci. Dans une décision n° 391519 du 24 juillet 2019, le Conseil d'État a jugé que l'article 34-2 de la loi n° 86-1067 « *subordonne (...) l'obligation de diffusion qu'il prévoit à la condition que la distribution de services soit destinée à des abonnés. Il résulte des dispositions de cet article, éclairées par les travaux préparatoires de la loi dont elles sont issues que, pour leur application, la notion d'abonnés doit s'entendre des utilisateurs liés au distributeur de services par un contrat commercial prévoyant le paiement d'un prix* ».

9. Les chaînes publiques n'ont pas, en l'état de la réglementation, l'obligation de mettre à disposition des distributeurs les services et fonctionnalités, notamment le rattrapage, qui sont développés parallèlement aux flux linéaires.

– le droit d'accès dénommé « *must deliver* » des éditeurs de la TNT gratuite :

L'article 44-4 de la loi n°86-1067 dispose :

« Sans préjudice des articles 34-1 et 34-2, tout distributeur de services fait droit, dans des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires, aux demandes des éditeurs de services de télévision ne faisant pas appel à rémunération de la part des usagers et dont la diffusion est autorisée conformément aux articles 30 ou 30-1 tendant, d'une part, à permettre l'accès, pour la réception de leurs services, à tout terminal utilisé par le distributeur pour la réception de l'offre qu'il commercialise et, d'autre part, à assurer la présentation de leurs services dans les outils de référencement de cette offre. ».

10. Cette disposition garantit un droit d'accès et de numérotation des chaînes de la TNT nationale gratuite aux offres des distributeurs de services. Ce dernier implique, pour le distributeur une obligation d'interopérabilité des décodeurs. Elle est conditionnée à une demande de l'éditeur, ne constitue pas une obligation de contracter et n'est pas exclusive d'une éventuelle rémunération.

11. Dans une décision n° 2019-395 du 31 juillet 2019 relative à un différend opposant les sociétés BFM TV, RMC Découverte et Diversité TV à la société Free, le Conseil supérieur de l'audiovisuel (ci-après le « CSA ») a relevé « *[qu'] aucune disposition législative ou réglementaire ne s'oppose à ce qu'un éditeur autorisé à exploiter un service par voie hertzienne terrestre et ne faisant pas appel à une rémunération de la part des usagers, subordonne la fourniture de ce service à une rémunération de la part d'un distributeur de services qui met à disposition du public, par un réseau n'utilisant pas des fréquences assignées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel, une offre de services de communication audiovisuelle comportant des services de télévision ou de médias audiovisuels à la demande* ».

L'auteur de la saisine

12. La plateforme de distribution de chaînes et services de télévision Molotov, qui a été lancée en 2016 par la société éponyme, diffuse une offre audiovisuelle française en OTT. Pour y accéder, le consommateur doit disposer d'un écran connecté et télécharger l'application Molotov.tv.

13. Via un portail unique, son offre, outre le mode linéaire de visionnage des contenus audiovisuels, comprend la mise à disposition d'un moteur de recherche et de fonctionnalités

telles que le rattrapage (« *replay* ») des chaînes, l'enregistrement d'un programme sur le cloud (« *NPVR* »), le visionnage d'un programme après téléchargement (« *download to go* »), la projection de l'écran d'un support tablette ou portable sur écran de télévision (« *cast to TV* ») et la reprise d'un programme depuis l'origine (retour au début ou « *start over* »).

14. Elle a recours à un modèle dénommé « *freemium* », terme qui combine free, pour désigner un service gratuit, et premium pour désigner des services augmentés (ou « *améliorés* »), et qui comprend les offres suivantes :

- l'offre basique (gratuite) : 37 chaînes de la télévision linéaire et service « *retour au début* » ;
- l'offre Molotov Plus (3,99 euros par mois) : 150 heures d'enregistrement, diffusion simultanée sur plusieurs écrans, accès aux contenus partout dans l'Union européenne ;
- l'offre Molotov Extended (9,99 euros par mois) : 40 chaînes complémentaires et certains services de télévision de rattrapage ;
- des offres de chaînes payantes supplémentaires pouvant être souscrites séparément (OCS, Ciné+...).

15. Ses sources de revenus proviennent exclusivement des souscriptions aux fonctionnalités et aux abonnements complémentaires à son offre basique. Molotov ne perçoit aucun revenu publicitaire.

16. La société Molotov (ci-après « Molotov ») a conclu, « *à titre expérimental* » des accords à durée déterminée de distribution le 5 juin 2015 avec le groupe M6 et le 23 octobre 2016 avec le groupe TF1. En contrepartie des droits cédés, Molotov s'est engagé à verser à chacun des deux groupes une rémunération globale et forfaitaire annuelle. Ces accords se sont poursuivis, par avenants puis, dans le cadre de négociations en cours, au-delà du terme fixé et ce, jusqu'au 31 mars 2018 pour M6 et jusqu'au 30 juin 2019 pour TF1.

17. Dès 2016, les groupes TF1 et M6 ont limité certaines fonctionnalités, notamment en matière d'enregistrement sur le NPVR. Certains éditeurs ont aussi interdit temporairement (NextRadio) ou définitivement (NRJ pour l'ensemble de ses chaînes et groupe Canal Plus pour sa chaîne Canal +) la diffusion de leur flux linéaire par Molotov.

18. Molotov a également conclu un accord de distribution le 27 janvier 2015 avec France Télévisions (ci-après « FTV »), reconduits par avenants du 7 avril 2017 et du 4 décembre 2018 (annexe 131 – cotes 871 à 898).

19. Dans un courrier du 30 octobre 2017, soit deux mois avant le terme du contrat, le groupe M6 a indiqué à Molotov que « *tout nouvel accord devra s'inscrire dans le cadre des conditions générales de distribution de (ses) services qui prévoient notamment que ceux-ci doivent être repris uniquement au sein d'une offre de télévision payante ne pouvant être constituée essentiellement de chaînes de la TNT en clair* ».

20. Les négociations se sont prolongées jusqu'au 31 mars 2018, date à laquelle les parties ne sont parvenues à un accord que sur les chaînes thématiques du groupe.

21. Le 14 mars 2018, Molotov a indiqué au groupe M6 : « *aucune des deux exigences exprimées par le groupe M6, à savoir que ses chaînes gratuites (M6, W9 et 6Ter) soient rémunérées d'une part et qu'elles soient obligatoirement facturées aux consommateurs d'autre part, ne peuvent être acceptées en l'état* ».

22. Les négociations intervenues entre Molotov et le groupe TF1 datent du premier semestre 2019.

23. Ce dernier ne lui a pas transmis les conditions générales de vente de l'offre TF1 Premium qu'il envisageait d'appliquer à leurs relations au motif que Molotov devait au préalable lui communiquer les chiffres de son parc d'utilisateurs.
24. Par un courriel du 10 mai 2019, Molotov a demandé l'accès aux chaînes du groupe TF1 « *sans coût pour l'utilisateur comme pour Molotov* » et a souhaité que lui soit communiquée une offre commerciale « *en distinguant le prix de chacun des services possibles* ».
25. Il lui a été répondu par un courriel du 21 mai 2019 : « *en nous demandant de vous fournir gratuitement nos chaînes, vous exigez d'être traité différemment de vos concurrents qui ont signé un accord portant sur l'offre TF1 Premium, alors que cette offre est largement acceptée par le marché. Votre demande est également en contradiction avec le contrat que vous avez signé le 23 octobre 2015. Vous exigez également une tarification par services, c'est-à-dire un démembrement de l'offre TF1 Premium, alors que nous vous avons clairement indiqué que cette offre est indivisible.* ». Il lui a également été demandé de régler la facture échue le 10 mai 2019.
26. Puis, par une lettre du 14 juin 2019, TF1 Distribution a indiqué à Molotov qu'il ne pouvait pas « *poursuivre des négociations avec un candidat distributeur qui ne règle pas ses factures, qui n'est pas dans la bonne exécution du contrat existant et qui ne semble pas vouloir négocier de bonne foi* ». Ont été notamment énumérés l'échéance impayée du 10 mai 2019 depuis plus de 30 jours, une succession d'impayés depuis un an, ainsi que plusieurs manquements à ses obligations contractuelles.

La saisine

27. Par une lettre du 12 juillet 2019, Molotov a saisi l'Autorité de pratiques mises en œuvre par les sociétés Télévision Française 1 et TF1 Distribution (ci-après, ensemble, « TF1 »), d'une part, et la société Métropole Télévision (ci-après « M6 ») d'autre part, dans le secteur de l'édition et de la commercialisation de chaînes de télévision susceptibles d'être contrairement aux dispositions des articles L.420-1, L.420-2 du code de commerce, 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après « TFUE »).
28. Ces pratiques, liées selon elle à la rupture « *brutale et abusive* » par M6 et TF1 des accords de distribution de leurs chaînes sur la plateforme Molotov, auraient été motivées par la volonté de favoriser leur propre plateforme Salto, concurrente de celle de Molotov, contrôlée conjointement par FTV, M6 et TF1 et destinée à proposer des programmes des chaînes des trois groupes et des services associés, ainsi qu'une offre de vidéo à la demande par abonnement.
29. La saisine évoque notamment les éléments suivants :
- les facteurs de corrélation économique entre TF1, M6 et FTV tenant notamment à l'exploitation historique par les trois groupes des canaux de la TNT en clair et à la nécessité de faire face au développement de formes nouvelles de concurrence ;
 - la réaction des trois groupes aux évolutions technologiques qui traduit la communauté d'intérêts existant entre eux ;
 - l'adoption d'une stratégie identique vis-à-vis des distributeurs consistant à désormais exiger une rémunération en contrepartie de la possibilité de diffuser leurs chaînes de la TNT ;
 - la clause d'un document contractuel (« *Term Sheet* ») en date du 13 février 2018 établissant la volonté de M6 de s'aligner sur le comportement de TF1 ;

- la création de Salto, annoncée le 15 juin 2018, qui constituerait une riposte commune aux plateformes OTT et aux agrégateurs concurrents tels que Molotov et MyCanal ;
 - la tentative d’acquisition de Molotov par FTV au premier semestre 2018.
30. Selon la saisissante, M6 aurait aussi, via l’adoption de nouvelles conditions générales de distribution, tenté de lui imposer la distribution de ses chaînes et services aux consommateurs dans le cadre d’offres nécessairement payantes. Molotov estime que cette proposition, qu’elle a rejetée, est incompatible avec son modèle freemium, puisque les chaînes ne pouvaient plus être reprises dans l’offre gratuite de Molotov. En outre, TF1 aurait tenté de lui imposer les conditions de son offre TF1 Premium, alors qu’en raison des particularités de son modèle d’affaires, il ne devrait pas lui être appliqué une offre similaire à celle proposée aux FAI.
31. Les faits dénoncés constitueraient une tentative abusive d’éviction de Molotov. Ils démontreraient également une collusion anticoncurrentielle entre TF1 et M6 répréhensible sur le fondement de la prohibition des ententes. Molotov serait en outre dans une situation de dépendance économique à leur égard, situation dont ces dernières auraient abusé par leur comportement. Enfin, la clause dite de « *paywall* » (« *mur de péage* ») contenue dans les conditions générales de distribution de M6 caractériserait une restriction verticale prohibée.
32. La saisine était assortie d’une demande de mesures conservatoires sur le fondement de l’article L.464-1 du code de commerce tendant à ce qu’il soit enjoint à TF1 et M6 de l’autoriser à poursuivre la diffusion des chaînes des groupes M6 et TF1 dans les conditions du contrat initial.

L’autorisation au titre du contrôle des concentrations de la création de Salto, sous réserve du respect d’engagements

33. À la date de la saisine, le service des concentrations de l’Autorité instruisait depuis le 17 juin 2019 le dossier relatif à la création de l’entreprise commune de pleine exercice dénommée Salto par les sociétés France Télévisions, TF1 et Métropole Télévision, destinée à formuler des offres, payantes, en OTT :
- de services de télévision et de médias audiovisuels à la demande (offre « *Premium* ») ;
 - de vidéo à la demande par abonnement (offre « *Intégrale* »).
34. Par la décision n° 19-DCC-157 du 12 août 2019 (ci-après « décision n° 19-DCC-157 Salto ») relative à la création d’une entreprise commune par les sociétés France Télévisions, TF1 et Métropole Télévision (ci-après « sociétés mères »), l’Autorité a autorisé, au titre du contrôle des concentrations, la création de Salto, sous réserve du respect d’une série d’engagements.
35. Dans cette décision, l’Autorité a analysé les effets de l’opération notamment sur le marché de l’édition et de la commercialisation de chaînes de la TNT en clair, dont elle a retenu l’existence à titre conservatoire. Elle a constaté que les chaînes éditées par les sociétés mères, ainsi que leurs services et fonctionnalités associées, constituaient des intrants incontournables pour permettre aux opérateurs de proposer une offre sur le marché aval de la distribution de services de télévision payante. Elle en a déduit que, sur ce marché, France Télévisions, TF1 et Métropole Télévision pourraient avoir la capacité et l’incitation d’empêcher les distributeurs concurrents de Salto d’accéder, au moins partiellement, à leurs chaînes et fonctionnalités associées.
36. L’Autorité a considéré que répondaient à ces préoccupations de concurrence l’engagement E13, aux termes duquel les sociétés mères se sont engagées à « *proposer à tout distributeur*

tiers qui en ferait la demande la distribution de ses chaînes de la TNT en clair et de ses services et fonctionnalités associées à des conditions techniques, commerciales et financières transparentes, objectives et non discriminatoires », et l'engagement E14 qui prévoit un mécanisme de fixation du prix dû par Salto à chacune des sociétés mères, permettant ainsi de s'assurer du caractère non discriminatoire de ce prix.

37. Consulté dans le cadre de la présente affaire sur le fondement des dispositions de l'article R.463-9 du code de commerce, le CSA a rendu, le 2 octobre 2019, l'avis n° 2019-08 aux termes duquel, notamment « *au cas d'espèce (...), l'engagement E13, dont Molotov peut demander l'application depuis la date de publication de la décision de l'Autorité de la concurrence, semble apporter des garanties suffisantes à Molotov pour que s'engagent des négociations pour une distribution dans des conditions techniques, commerciales et financières transparentes, objectives et non discriminatoires. (...) Les parties resteront en revanche libres de contracter ou non.* ».

La décision attaquée

38. Par la **décision n° 20-D-08 du 30 avril 2020** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'édition et de la commercialisation de chaînes de télévision (ci-après « la décision attaquée »), l'Autorité a rejeté la saisine sur le fondement de l'article L.462-8, alinéa 2 du code de commerce, au motif que Molotov n'apportait pas d'éléments suffisamment probants à l'appui de celle-ci (paragraphe 125). Elle a corrélativement rejeté la demande de mesures conservatoires, qui en est l'accessoire (paragraphe 126).

39. Molotov a formé un recours en annulation et subsidiairement en réformation de cette décision le 24 juin 2020. Dans l'exposé de ses moyens, elle demande à la Cour d'annuler la décision attaquée et de renvoyer l'affaire devant l'Autorité pour instruction.

40. M6 et TF1 sont intervenues volontairement à l'instance par déclarations déposées au greffe de la Cour les 30 juillet et 6 octobre 2020.

41. Par un arrêt du 7 janvier 2021, la Cour a déclaré les sociétés TF1, TF1 Distribution et Métropole Télévision irrecevables en leur intervention volontaire accessoire.

42. Dans leurs observations au fond, l'Autorité et le ministre chargé de l'économie demandent à la Cour de rejeter les moyens de la requérante et de confirmer la décision attaquée. Le ministère public est du même avis.

*
* *

MOTIVATION

I. SUR LA LÉGALITÉ EXTERNE DE LA DÉCISION

A. Sur le refus allégué d'engager une procédure contradictoire et de faire application de l'article L.464-1 du code de commerce

43. Le moyen, pris du refus de l'Autorité d'engager une procédure contradictoire et de l'absence d'instruction de la demande de mesures conservatoires, comprend trois branches.

44. **Molotov** soutient, en premier lieu, qu'elle a subi une atteinte irrémédiable, effective et concrète à ses droits de la défense du fait de l'adoption d'une décision de rejet de l'Autorité fondée notamment sur des affirmations des entreprises mises en cause sur lesquelles elle

n'a pas été consultée ou invitée à présenter des observations et à l'issue d'une procédure excessivement longue ayant de fait impacté négativement son activité et sa situation financière. Elle considère que le rapporteur a, de fait, refusé d'instruire la demande de mesures conservatoires, en violation de l'article L.464-1 du code de commerce et du principe de bonne administration. Or ce dernier impose, selon une jurisprudence européenne constante, un « *examen diligent et impartial* » des saisines (Tribunal de l'Union européenne ci-après « TUE » 15 septembre 1998 T-95/96, 30 janvier 2002 T-54/99).

45. Molotov invoque, en deuxième lieu, la violation de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après « CSDH ») et de l'article L.463-1 du code de commerce, garantissant le principe du contradictoire devant l'Autorité. Elle soutient que la procédure d'instruction a été entachée de plusieurs anomalies, qui ont placé les parties dans une situation d'asymétrie d'informations, ce qui a eu un impact direct sur le dossier, mais également dans les relations entre les parties qui ne sauraient être justifiées.
46. Selon elle, l'Autorité aurait tout d'abord refusé pendant quatre mois d'ouvrir une procédure contradictoire malgré plusieurs demandes de Molotov. De plus, la partie saisissante n'aurait pas eu accès aux éléments nécessaires à sa défense : les observations des TF1 et M6 ne lui ont pas été communiquées afin qu'elle puisse y répondre ; aucune question ne lui a été posée en lien ; Molotov n'a pris connaissance de ces pièces qu'au moment de la convocation à la séance devant le Collège, où elle a par ailleurs appris l'intention de l'Autorité de prononcer un non-lieu ; elle n'a notamment pas pu s'expliquer sur les manquements contractuels allégués au cours de l'instruction par TF1 et M6 ; l'Autorité ne lui pas non plus communiqué les résultats des demandes d'informations qu'elle a fait auprès d'une partie tierce à la procédure, FTV, dont les allégations contre Molotov n'ont pas pu être confrontées avec les observations de cette dernière ; elle n'a eu accès qu'à une version occultée ; certains éléments récents communiqués par Molotov n'auraient pas été versés au dossier. En outre, ces échanges qui ont eu lieu entre l'Autorité, TF1 et M6, après la convocation à la séance, n'ont pas fait l'objet d'un procès-verbal contrairement à ce qu'exigerait l'article R.463-6 du code de commerce, et n'auraient pas été communiqués à Molotov aux fins d'y apporter des observations. Certaines informations n'auraient enfin été communiquées qu'en version entièrement confidentialisée, sans résumé non confidentiel susceptible d'informer Molotov de leur teneur, et ce en violation de l'article L.463-4 du code de commerce.
47. Molotov soutient en troisième lieu que l'Autorité a commis une erreur de droit en appliquant le standard de la preuve d'une demande au fond à une demande de mesures conservatoires. Or le prononcé des mesures conservatoires n'est pas soumis à la condition de caractérisation de l'infraction, une simple potentialité des infractions au droit de la concurrence étant suffisant compte tenu de l'urgence et du dommage à éviter. De plus, la pratique décisionnelle de l'Autorité accepterait, dans des hypothèses où la preuve est difficile à recueillir, d'apporter une preuve dite intellectuelle, en montrant la « *cohérence du scénario collusif* ».
48. Elle ajoute que constitue un renversement de la charge de la preuve le rejet de la demande fondé sur l'article L.462-8 du code de commerce, sans qu'une discussion sur l'urgence et les autres conditions d'octroi d'une mesure conservatoire ne soit intervenue, alors même que l'Autorité avait constaté, dans sa décision d'autorisation de l'opération de concentration entre TF1, M6 et FTV, que des risques de coordination et de verrouillage existaient sur le marché en cause.
49. L'Autorité fait valoir en réplique, en premier lieu, que le principe de bonne administration consacré par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne s'applique qu'aux institutions et organismes de l'Union et ne saurait être invoqué utilement en l'espèce. Elle ajoute avoir, par une décision motivée, rejeté la saisine au fond, et à titre accessoire, celle portant sur les mesures conservatoires, comme elle est en droit de le faire, les circonstances invoquées par Molotov n'altérant en rien la conformité de la procédure au cas d'espèce avec l'article L.464-1 du code de commerce.

50. Elle observe qu'aucun dépassement du délai raisonnable contraire à l'article 6 de la CSDH ne peut être valablement constaté, à moins qu'il ne soit démontré une atteinte personnelle, effective et irrémédiable aux droits de la défense d'une partie. Or la partie saisissante « *ne dispose pas d'une protection des droits de la défense dans une procédure ouverte devant l'Autorité sur saisine* » (Cour de cassation, 4 octobre 2016, Société Orange, n° 15-14158). Elle rappelle enfin que le délai raisonnable au sens de cet article doit s'apprécier au regard de l'ampleur et de la complexité de la procédure selon le droit interne (Cour d'appel de Paris du 30 janvier 2007, n° 06/00566), du contexte, de la complexité et du comportement des parties, selon la jurisprudence européenne (Cour de justice de l'Union européenne ci-après « CJUE » du 15 octobre 2002, LVM, C-238/99) et que des délais sensiblement similaires sont intervenus dans des affaires récentes impliquant l'instruction de mesures conservatoires (décisions n° 19-D-16 ; n° 20-D-15 et n° 16-MC-01).
51. En deuxième lieu, l'Autorité conteste toute violation du principe du contradictoire en faisant valoir que le déroulement des procédures de rejet organisé par ses services et auquel elle s'est conformé a été validé par la Cour de cassation (arrêt du 19 janvier 2016, e-Kanopi, n° 14-21670). Elle relève que de surcroît, les services d'instruction ont rendu le dossier entièrement accessible à Molotov plus de trois semaines avant la séance.
52. S'agissant du contenu du dossier communiqué, l'Autorité rappelle que la situation de la partie saisissante doit être distinguée de celle des entreprises mises en cause (Arrêt de la Cour de cassation du 4 octobre 2016, Société Orange, précité). Le droit de communication d'un document couvert par le secret des affaires doit être mis en balance avec le droit des entreprises à la protection du secret de leurs affaires. Elle ajoute que la CJUE (arrêts des 1^{er} juillet 2010 C-407/08 Knouf Gips, 6 septembre 2017, C-413/14 Intel) a précisé, s'agissant de l'absence de documents prétendument à décharge, qu'il incombe non seulement à l'entreprise d'établir qu'elle n'a pas eu accès à ces éléments de preuve, mais également qu'elle aurait pu les utiliser pour sa défense.
53. L'Autorité fait aussi valoir qu'il ressort des articles L.450-2 et R.463-6 du code de commerce que l'établissement de procès-verbaux ne s'impose qu'en matière d'audition. En tout état de cause, Molotov n'apporte pas la preuve que ce supposé vice « *était susceptible d'exercer une influence sur le sens de la décision ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie* » (Conseil d'État, 23 décembre 2011, Danthony, n°335033). Molotov a en outre eu accès aux documents communiqués par TF1 et M6 à la suite d'échanges téléphoniques avec l'Autorité. Certains échanges entre Molotov, TF1 et M6 qui n'ont pas été versés immédiatement au dossier ont été communiqués postérieurement et y figurent cotes 2182 à 2184, 2210 et 2211.
54. En troisième lieu, l'Autorité souligne qu'en application des articles 2 du règlement (CE) n°1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence et 9 du code de procédure civile, la preuve d'une pratique anticoncurrentielle incombe à celui qui l'allègue. Son pouvoir d'instruction ne peut pas pallier l'absence d'éléments de nature à matérialiser une pratique au regard des règles de concurrence. Elle renvoie aussi à la jurisprudence de la cour d'appel de Paris (arrêt du 2 juillet 1999, RG n° 99/09574) aux termes de laquelle la partie saisissante doit apporter des éléments rendant vraisemblables les atteintes à la concurrence alléguées, car l'Autorité ne saurait suppléer la carence de la plaignante dans l'administration de la preuve.
55. Elle ajoute qu'il ressort de la décision attaquée qu'il a été procédé en l'espèce à une analyse approfondie, sur 10 pages, de l'ensemble des éléments produits par Molotov, complétée par les informations recueillies durant l'instruction. La cohérence du scénario collusif allégué ne peut notamment convaincre au regard des éléments énumérés paragraphes 109 à 115. Par ailleurs, s'agissant de la référence à la décision n° 19-DCC-157 Salto, l'Autorité relève qu'une « *incitation* » et une « *capacité* » à mettre en œuvre des pratiques anticoncurrentielles ne constituent pas des éléments rendant vraisemblable l'existence de telles pratiques.

56. **Le ministre chargé de l'économie** considère, tout d'abord, que l'instruction du dossier est intervenue dans des délais raisonnables, compte tenu, notamment de l'obligation de saisine du CSA. Il souligne également que la comparaison avec les délais de traitement dans d'autres dossiers comprenant des demandes de mesures conservatoires n'est pas opérante.
57. En outre, il indique que si l'article 6 de la CSDH protège le principe du contradictoire dans les procédures devant l'Autorité, ce principe ne s'applique qu'à partir de la notification des griefs. Il cite aussi une décision du Conseil d'État du 30 octobre 1987, n° 8664, aux termes de laquelle il a été jugé que l'Autorité ne saurait être tenue d'appliquer des dispositions de procédure incompatibles avec l'urgence qui s'attache au prononcé des mesures conservatoires. Il ajoute qu'en l'espèce, Molotov semble avoir été en capacité de présenter ses observations.
58. **Le ministère public** reprend la même argumentation. Il renvoie également à l'arrêt de la Cour de cassation du 9 octobre 2012 (n° 10-28718) qui a jugé que « *lorsque l'Autorité est saisie d'une demande de mesures conservatoires, il lui appartient de vérifier préalablement si les faits invoqués sont appuyés d'éléments suffisamment probants (article L.462-8) et, dans la négative, de rejeter la saisine, ce rejet entraînant par voie de conséquence, celui de la demande de mesures conservatoires, sans examen de celle-ci* ».

Sur ce, la Cour,

59. S'agissant, en premier lieu, du grief relatif à l'instruction de la demande de mesures conservatoires, il convient de rappeler qu'aux termes de l'article L.462-8, alinéa 2 du code de commerce, l'Autorité « *peut rejeter la saisine par décision motivée lorsqu'elle estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants* ».
60. L'article R.464-1 du même code précise que « *la demande de mesures conservatoires ne peut être formée qu'accessoirement à une saisine au fond* ».
61. Il résulte de ces textes que, lorsque l'Autorité est saisie d'une demande de mesures conservatoires, il lui appartient de vérifier préalablement si les faits invoqués sont appuyés d'éléments suffisamment probants et, dans la négative, de rejeter la saisine. Eu égard au caractère accessoire de la demande de mesures conservatoires, le rejet de la saisine par application de l'article L.462-8 du code de commerce emporte celui, par voie de conséquence, de la demande de mesures conservatoires, sans examen de celle-ci.
62. En l'espèce, il résulte des éléments du dossier que les services de l'instruction ont accompli des actes d'investigation tendant à vérifier les éléments invoqués dans la saisine afin de déterminer si ces éléments étaient de nature à rendre vraisemblables les pratiques alléguées.
63. Ainsi, suite à la désignation du rapporteur intervenue dès le 15 juillet 2019, soit 3 jours après la réception de la lettre de saisine, les représentants de la société Molotov ont été entendus le 31 juillet 2019, les services du CSA ont été saisis le 23 août 2019, il a été procédé aux auditions des représentants de M6 et de TF1 le 5 septembre 2019, le CSA a rendu son avis le 2 octobre 2019 et des questionnaires ont été envoyés à FTV les 24 et 30 octobre 2019. Un nombre important de documents et de données ont été remis à l'occasion de ces actes, éléments qui ont conduit à de nouvelles investigations, comme l'envoi de questionnaires complémentaires, ainsi qu'à la prise de 18 décisions relatives au secret des affaires.
64. Enfin, l'affaire a été évoquée devant le collège de l'Autorité lors de la séance du 30 janvier 2020 et la décision a été rendue le 30 avril 2020, soit pendant la situation de crise sanitaire liée à la pandémie de Covid-19.
65. Il résulte de l'ensemble de ces éléments que l'Autorité n'a pas refusé d'instruire la saisine de Molotov et que la durée de la procédure ne peut être utilement critiquée, étant en outre

rappelé que la saisine portait sur plusieurs pratiques dans un secteur particulièrement complexe, celui de l'audiovisuel, qui voit émerger de nouveaux modèles économiques.

66. Enfin, il ne peut être déduit de l'envoi spontané par Molotov de documents complémentaires que l'instruction présenterait un caractère lacunaire.
67. La première branche du moyen doit donc être écartée.
68. En deuxième lieu, c'est à tort que Molotov allègue une violation du principe de la contradiction et de ses droits de la défense.
69. Molotov a eu accès à la version non confidentielle du dossier à compter du 6 janvier 2020, date de l'avis de convocation à la séance qui s'est tenue le 30 janvier 2019, soit trois semaines plus tard. Elle a été informée par ce document que le rapporteur proposerait le rejet de la saisine sur le fondement de l'article L.462-8 du code de commerce, pour défaut d'éléments suffisamment probants. Molotov a donc été mise en mesure de contester cette proposition de rejet en adressant ses pièces et observations écrites à l'Autorité, ce qu'elle a fait notamment le 16 janvier 2020. Puis, elle a pu s'exprimer lors de la séance et a eu la faculté de répliquer aux observations orales du rapporteur général.
70. Il s'en déduit que Molotov a été mise en mesure de faire valoir ses arguments au soutien de sa saisine, de manière suffisante, et de présenter, à plusieurs reprises, ses observations avant la décision de rejet de celle-ci, notamment en réponse aux éléments produits par les sociétés qu'elle avait mises en cause dans la saisine.
71. S'agissant de l'accès à toutes les pièces du dossier, il convient de rappeler que le droit des parties de prendre connaissance des pièces remises à l'Autorité n'est pas un droit absolu et illimité et doit être mis en balance avec le droit des entreprises à la protection du secret des affaires. Le principe de la contradiction n'implique pas que la partie saisissante, qui n'a pas de droits de la défense à préserver dans le cadre de la procédure ouverte par l'Autorité sur sa saisine, laquelle en outre n'a pas pour objet la défense de ses intérêts privés, puisse obtenir la communication de pièces transmises par la personne qu'elle a mise en cause et qui sont protégées par le secret des affaires. Seule une partie mise en cause peut demander la communication ou la consultation de la version confidentielle d'une pièce qu'elle estime nécessaire à l'exercice de ses droits (Cass. Com, 4 octobre 2016, pourvoi n° 15-14158 ; Cass. Com, 19 janvier 2016, pourvoi n° 14-21670).
72. En l'espèce, Molotov opère dans un secteur à l'évolution très rapide, ce qui rend particulièrement stratégiques les informations récentes des entreprises et peut justifier la protection du secret des affaires. Par ailleurs, Molotov n'est pas une partie mise en cause mais la partie saisissante. C'est donc à tort qu'elle se plaint d'une violation des droits de sa défense au motif qu'elle n'a eu qu'un accès restreint à des pièces protégées par le secret des affaires.
73. S'agissant, enfin, de l'obligation de dresser des procès-verbaux, la Cour rappelle que cette obligation s'applique aux auditions auxquelles procède le rapporteur conformément aux dispositions de l'article R.463-6 du code de commerce : « *[L]es auditions auxquelles procède le rapporteur donnent lieu à un procès-verbal, signé par les personnes entendues (...)* ». L'établissement d'un procès-verbal n'est donc pas requis pour de simples contacts informels, comme ceux intervenus en l'espèce entre les services de l'instruction et les représentants de TF1 et M6. En effet, il résulte des éléments figurant au dossier de l'Autorité qu'à la suite d'échanges par téléphone entre ces derniers, auxquels des courriels, figurant au dossier, font référence (« *pour faire suite à notre entretien téléphonique, je vous prie de trouver ci-joint...* »), des pièces complémentaires ont été produites. Ces simples échanges téléphoniques qui n'ont conduit qu'à la production de pièces complémentaires, que Molotov a été mise en mesure de discuter, ne sauraient être assimilées à des auditions soumises à l'obligation de dresser un procès-verbal.

74. La deuxième branche du moyen doit donc être écartée.

75. En troisième lieu, c'est à tort que Molotov soutient que l'Autorité n'a pas, en l'espèce, en procédant à l'appréciation du caractère suffisamment probants des éléments versés à l'appui de la saisine, fait une juste application de l'article L.462-8, alinéa 2 du code de commerce et qu'elle aurait procédé à un renversement de la charge de la preuve.
76. Si la partie saisissante n'a pas à prouver l'existence des pratiques dénoncées, il est cependant nécessaire qu'elle justifie, dès le stade de sa saisine, d'éléments rendant vraisemblables les atteintes à la concurrence alléguées.
77. Les pouvoirs d'instruction de l'Autorité permettent de compléter et d'approfondir, le cas échéant, les éléments matériels dénoncés dans la saisine. Pour autant, lorsque les faits dénoncés ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants, il ne revient pas à l'Autorité de suppléer à la carence de l'auteur de la saisine dans l'administration de la preuve (Cass. Com., 19 janvier 2016, pourvoi n° 14-21670 précité).
78. En l'espèce, il ressort des paragraphes 75 à 124 de la décision attaquée que, pour statuer comme elle a fait, l'Autorité a analysé de façon détaillée les éléments versés par Molotov, enrichis par les informations complémentaires qu'elle a recueillies, si bien que le grief qui lui reproche de ne pas avoir vérifié le caractère plausible des allégations de la partie saisissante n'est pas fondé.
79. La mise en évidence de risques concurrentiels dans le cadre du contrôle de l'opération de concentration, ne suffit pas, en outre, à apporter la preuve de la vraisemblance d'une pratique anticoncurrentielle, antérieure ou contemporaine à cette opération, imputable aux parties notifiantes.
80. Enfin, ainsi qu'il a déjà été exposé paragraphe 61 du présent arrêt, l'Autorité n'a pas à instruire une demande de mesures conservatoires lorsqu'elle rejette, comme elle en a la faculté, une saisine au fond sur le fondement de l'article L.462-8, alinéa 2 du code de commerce, au motif que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants. La question du standard de preuve qu'il y a lieu d'appliquer à une demande de mesures conservatoires est, dans de telles circonstances, dépourvue de pertinence.
81. La troisième et dernière branche du moyen doivent elles aussi être écartées.

B. Sur la mise en œuvre alléguée d'un pouvoir d'opportunité des poursuites

82. **Molotov** soutient que l'Autorité, en refusant de prendre en considération tous les éléments de droit et de fait pertinents, a mis en œuvre un pouvoir d'opportunité des poursuites alors même que le droit français ne lui accorde pas une telle prérogative.
83. Elle invoque le nombre limité d'actes d'instruction ainsi que le renvoi constant à la décision n° 19-DCC-157 Salto entre TF1, M6 et FTV, sans qu'une analyse de l'opération de concentration ne soit véritablement faite. Elle dénonce l'absence de questions posées par les services d'instruction relatives à Salto ou aux relations entre les sociétés mères de l'entreprise au cours d'auditions et dans des demandes d'informations, alors qu'il se serait agi de « *l'élément central* » de son argumentation.
84. **L'Autorité** répond qu'en l'espèce, les services d'instruction ont procédé à une analyse minutieuse des éléments de fait et de droit présentés par Molotov, notamment en ce qui concerne la création de Salto. Le rapporteur demeure de surcroît libre de poser les questions qu'il estime pertinentes sans que l'on puisse reprocher à l'Autorité l'utilisation d'un pouvoir d'opportunité des poursuites, dont elle ne dispose pas.
85. **Le ministre chargé de l'économie** fait valoir que l'article L.462-8 du code de commerce autorise l'Autorité à rejeter la saisine par décision motivée, lorsqu'elle estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants.

86. **Le ministère public** observe que le rejet, sur le fondement de l'article L.462-8 alinéa 2 du code de commerce, n'est pas revêtu de l'autorité de la chose décidée et n'exclut pas une nouvelle saisine autrement étayée (voir, en ce sens, cour d'appel de Paris, 17 septembre 2008). Il ajoute que les prérogatives dont disposent les agents des services d'instruction de l'Autorité en vertu de l'article L.450-1 du même code ne sont que facultatives : « *Ils peuvent procéder à toute enquête nécessaire à l'application des dispositions des titres II et III du présent livre... Ils peuvent également, pour l'application du titre VI du présent livre, mettre en œuvre les pouvoirs d'enquête définis à l'article L.450-3* ». Il n'existe donc pas d'obligation pour le rapporteur d'entendre les intéressés ni d'entendre une partie.

Sur ce, la Cour,

87. Les saisines, ainsi qu'il est développé paragraphes 76 et suivants du présent arrêt, doivent, pour justifier la mise en œuvre d'investigations plus importantes, se fonder sur des éléments rendant vraisemblables les atteintes à la concurrence alléguées.

88. Il n'existe aucune obligation pour les services d'instruction d'entendre les intéressés ou une autre partie avant une décision de rejet. Ainsi qu'en a jugé la Cour de cassation (arrêt du 15 juin 1999, pourvoi n° 97-15185), c'est une faculté laissée à l'appréciation des services de l'instruction, eu égard au contenu du dossier. *À fortiori*, il ne peut être reproché à ces derniers de ne pas avoir été suffisamment exhaustifs au cours des auditions ou lors de l'envoi de questionnaires. Le rapporteur n'est en effet pas tenu de pallier les insuffisances de la saisine.

89. En l'espèce, la décision attaquée a considéré, notamment aux paragraphes 77 à 89, 101 à 105, 112, 113 et 122 que les éléments produits par Molotov pour rejeter sa saisine étaient insuffisants.

90. Ainsi qu'il sera développé au II du présent arrêt, l'Autorité n'a pas refusé d'analyser les faits dénoncés dans la saisine, dans le contexte de l'opération de concentration en cours de réalisation, mais a examiné l'ensemble des éléments de fait et de droit produits par la partie saisissante, y compris ceux relatifs à la création de Salto.

91. Le moyen, sous le couvert du grief pris de l'exercice d'un pouvoir d'opportunité des poursuites, ne tend qu'à remettre en cause l'appréciation par les services d'instruction puis par l'Autorité du caractère insuffisamment probant des éléments de la saisine, et dont la Cour vérifiera le bien fondé lors de l'examen des moyens de légalité interne.

92. Partant, le moyen doit être écarté.

C. Sur le défaut allégué de motivation de la décision

93. **Molotov** soutient que la décision encourt l'annulation en raison de l'absence totale de réponse/ou de motivation quelconque à l'argument de Molotov lié à une éventuelle violation de l'article L.430-8 du code de commerce alors qu'il était nécessairement lié aux autres pratiques et concernait les conditions dans lesquelles Salto avait été créée et les contrats avec Molotov résiliés.

94. Elle ajoute que la décision attaquée présente un défaut général de motivation. Cette dernière ne contiendrait pas de réponses « *à un nombre significatif d'arguments et d'éléments présentés par Molotov, ce qui affecte la crédibilité des analyses de l'Autorité et rend plus difficile la compréhension de leurs motifs* ». Même si certains comportements peuvent se recouper, l'existence d'éléments constitutifs communs n'est pas susceptible de dispenser l'Autorité d'examiner les comportements spécifiquement à l'aune de l'une ou l'autre des dispositions applicables.

95. Enfin, Molotov fait observer que l’Autorité n’a pas procédé à l’examen des critères d’octroi de mesures conservatoires et, par conséquent, n’a pas justifié le rejet de la demande.
96. **L’Autorité** se réfère en réponse à l’arrêt du 15 septembre 2016 de la cour d’appel de Paris, RG n° 2015/06968 aux termes duquel il a été retenu que l’article L.462-8 du code de commerce crée certes une obligation de motivation à l’égard de l’Autorité de concurrence lorsqu’elle prend une décision de rejet d’une saisine, mais « *ne comporte pas l’obligation de répondre à l’intégralité des arguments invoqués, que les parties pourront soumettre à la Cour au soutien de leur recours de pleine juridiction* ». Par ailleurs, elle fait valoir l’approche casuistique de la Cour européenne des droits de l’homme en la matière, qui requière que l’analyse constate, « *à la lumière des circonstances de l’espèce* », que la motivation a été insuffisante (Arrêt du 9 décembre 1994, Ruiz Torija c. Espagne, n° 18390/91, point 29).
97. L’Autorité soutient que Molotov n’apporte en l’espèce aucune preuve matérielle des infractions alléguées, notamment quant à l’existence d’un accord entre M6 et TF1, ou entre M6 et Molotov. Or cette question doit s’analyser en même temps que celle liée à une prétendue violation de l’article L.430-8 du code de commerce par M6 et TF1 qui auraient réalisé une opération de concentration prématurée. Il ressort en outre de la décision attaquée que la matérialité des faits évoqués par la requérante ne démontre pas l’existence d’une collusion entre les deux chaînes, de quelque nature qu’elle soit. Il doit être observé, par ailleurs, que conformément à l’article L.462-5 du code de commerce, l’Autorité ne peut être saisie par une entreprise d’une violation de l’article L.430-8 du code de commerce.
98. S’agissant des autres pratiques invoquées, l’Autorité observe que Molotov n’indique pas concrètement en quoi a consisté la violation de l’obligation de motivation. Elle indique avoir, conformément à la jurisprudence, énoncé les considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de la décision attaquée.
99. Enfin, concernant l’absence d’examen de critères qui seraient particuliers au rejet de mesures conservatoires, l’Autorité renvoie à l’article L.462-8 du code de commerce qui lui permet de ne pas analyser une demande de mesures conservatoires lorsqu’elle rejette une saisine au fond, « *eu égard au caractère accessoire de la demande de mesures conservatoires* » (Arrêt de la cour d’appel de Paris du 15 octobre 2008, RG n° 07/10923).
100. **Le ministre chargé de l’économie** estime que le moyen tiré du défaut de motivation de la décision de rejet tend en réalité à contester l’analyse au fond. Il fait valoir que Molotov confond de plus l’analyse faite dans le cadre d’un contrôle d’une opération de concentration, autorisée suite à des engagements structurels et comportementaux, et la survenance de pratiques anticoncurrentielles avérées constatées, que ce soit dans l’analyse au fond, ou au stade des mesures conservatoires.
101. **Le ministère public** reprend la même argumentation.

Sur ce, la Cour,

102. La Cour constate, sans se prononcer à ce stade sur son bien fondé, que la décision attaquée, qui a analysé les pratiques alléguées en prenant en considération l’opération de concentration comme il sera vu au II du présent arrêt, n’est pas dépourvue de motivation venant au soutien du rejet, et renvoie en particulier aux paragraphes 75 à 89, 96 à 107, 111 à 115, 122 à 125. Il sera rappelé, à cet égard, que l’obligation de motivation posée à l’article L.462-8, alinéa 2, du code de commerce n’implique pas celle de répondre à l’intégralité des arguments invoqués, que les parties peuvent soumettre à la Cour, au soutien de leur recours de pleine juridiction.
103. En outre, saisie d’une procédure mettant en cause des pratiques anticoncurrentielles réprimées par les articles L.420-1 et L.420-2 du code de commerce et 102 du TFUE,

l'Autorité n'était pas tenue de répondre à de simples interrogations de la saisissante, relatives à une éventuelle méconnaissance des dispositions de l'article L.430-8 du code de commerce que pourraient constituer les pratiques qu'elle dénonçait.

104. Enfin, l'Autorité n'avait pas, en raison du caractère accessoire de la demande de mesures conservatoires déjà évoqué dans les motifs qui précèdent, à motiver plus amplement, suite au rejet de la saisine de Molotov sur le fondement l'article L.462-8 du code de commerce, demande, le rejet de la demande et en particulier à examiner les conditions permettant de les prononcer.

105. Le moyen, mal fondé, est rejeté.

II. SUR LA LÉGALITÉ INTERNE DE LA DÉCISION

A. Sur le refus allégué d'analyser les pratiques des parties notifiantes à une opération de concentration à l'aune du droit des pratiques anticoncurrentielles

106. **Molotov** soutient, en premier lieu, que l'Autorité a commis une erreur de droit en refusant d'appréhender le rapprochement entre les groupes TF1, M6 et FTV à l'aune du droit des pratiques anticoncurrentielles et en limitant son analyse à une interprétation formaliste et stricte de l'obligation de suspension en droit des concentrations, ce qui l'aurait ainsi conduite à écarter d'emblée la collectivité du comportement des trois entreprises et à ne pas analyser les abus qui leur étaient reprochés alors qu'ils ont été, selon elle, caractérisés par l'Autorité elle-même dans le cadre de la décision d'autorisation de Salto.

107. Molotov fait référence à la jurisprudence de la CJUE, selon laquelle les pratiques qui ne sont pas « *nécessaires* » à une opération de concentration, constituent des comportements prohibés lorsqu'elles « *sont susceptibles d'aboutir à une coordination entre les entreprises contraire à l'article 101 (du) TFUE* » (Arrêt du 31 mai 2018, EY/KPMG, aff. C-633/16, point 49). Elle se prévaut aussi de la pratique décisionnelle de l'Autorité retenant que les comportements détachables de la concentration elle-même, mais permis par elle, peuvent être soumis au contrôle des pratiques anticoncurrentielles. Elle souligne que les pratiques reprochées à TF1 et M6 sont détachables de la réalisation de l'opération Salto en ce que, si elles ont été rendues possibles par la création à venir de Salto, elles n'ont pas contribué à un changement de contrôle au sens de l'article 3 du règlement n°139/2004 de sorte qu'elles devaient faire l'objet d'une analyse, ce que n'a pas fait l'Autorité, cette dernière se bornant à relever que l'obligation de suspension de l'opération s'imposait aux parties notifiantes jusqu'à la décision d'autorisation, que les faits dénoncés sont antérieurs à l'autorisation d'entreprise commune de sorte qu'il n'existait aucun lien structurel entre elles, et que la création de l'entreprise commune Salto a été conditionnée au respect, par les sociétés mères, d'engagements qui, rendus obligatoires par la décision n° 19-DCC-157, empêchent les parties d'adopter une ligne commune sur le marché via leur filiale commune.

108. Elle estime que les ruptures contractuelles intervenues traduisent le comportement collectif de TF1 et M6 visant à évincer Molotov en créant un nouveau concurrent, Salto, les comportements abusifs dénoncés ayant notamment été rendus possibles par la création à venir de l'entreprise commune. Elle ajoute qu'une relation d'interdépendance forte s'est créée entre TF1, M6 et FTV dès le premier trimestre 2018, sur les marchés de télévision linéaire et non linéaire, et de la fourniture agrégée de contenus et de services associés. Ainsi, il existerait, selon elle, dès cette période un intérêt d'agir d'un commun accord.

109. En second lieu, Molotov reproche à l'Autorité d'avoir refusé de tirer les conséquences de ses propres constatations dans le cadre de la décision d'autorisation de la plateforme Salto. Elle soutient que l'Autorité a rejeté à tort sa demande alors même qu'elle avait constaté dans cette dernière des risques de coordination et de verrouillage du marché du fait de la

création de Salto. Elle fait valoir notamment que l'Autorité ne pouvait pas valablement considérer que la prise des engagements avait remédié à cette situation et ainsi rejeter la saisine, dès lors que les engagements, à supposer qu'ils soient exécutés, ne produisent d'effet que pour l'avenir et que rien n'empêchait jusque-là la mise en œuvre des comportements dénoncés par Molotov et la réalisation des effets anticoncurrentiels identifiés par l'Autorité. Il lui appartenait de vérifier si l'opération de concentration n'avait pas été réalisée de façon anticipée, en violation de la décision de suspension.

110. **L'Autorité** invite la Cour à déclarer mal fondé ce moyen.

111. En ce qui concerne les faits dénoncés avant la décision d'autorisation, elle fait valoir que contrairement à ce que soutient la requérante, l'Autorité n'a pas considéré qu'un comportement collusif était « *par définition* » exclu du fait de l'obligation de suspension de l'opération de concentration avant la décision n° 19-DCC-157 Salto. Elle a estimé, sur la base d'une analyse des pratiques alléguées dans la saisine (antérieures à la réalisation de la concentration) que les liens entre TF1, M6 et FTV, étaient insuffisants, en l'état du dossier, pour qu'ils caractérisent l'existence d'une position dominante collective de ces entreprises.

112. En ce qui concerne l'analyse que l'Autorité aurait dû mener après l'autorisation de l'opération de concentration, elle soutient que la caractérisation d'une infraction anticoncurrentielle, dont l'analyse se fonde sur une logique *ex post*, répond à un standard de preuve bien différent puisqu'il implique de démontrer l'existence d'infractions au droit de la concurrence, exercice qui ne se confond pas avec l'identification *ex ante* d'un potentiel risque de collusion à venir réalisée de manière préventive au titre du contrôle des concentrations.

113. **Le ministre chargé de l'économie** soutient qu'en l'absence d'un lien structurel entre les groupes TF1, M6 et FTV avant la création de Salto, les prétendus « *facteurs de corrélation économique* » ou « *les relations d'interdépendance* » ou encore l'adoption d'un point de vue commun de la future entité, ne suffisent pas pour prouver l'existence d'une pratique anticoncurrentielle en l'état. Tout au plus ces éléments pourraient-ils constituer une concentration prématurée, ce qui n'est toutefois pas établi. Dans ces conditions, il convient de retenir que la réalisation de l'opération a été suspendue jusqu'à la réalisation de la décision n° 19-DCC-157 Salto du 12 août 2019, par application de l'alinéa 1^{er} de l'article L.430 du code de commerce qui dispose que « *la réalisation effective d'une opération de concentration ne peut intervenir qu'après l'accord de l'Autorité de la concurrence.* ».

114. Par ailleurs, la constatation des risques concurrentiels dans le cadre du contrôle de l'opération de concentration ne suffit pas pour apporter la preuve d'une pratique anticoncurrentielle antérieure ou contemporaine à cette opération.

115. **Le ministère public** développe une argumentation similaire.

Sur ce, la Cour,

116. En premier lieu, il y a lieu de constater qu'aux § 76 à 89, 98 à 107, 110 à 115 et 122 à 124 de la décision attaquée, l'Autorité a analysé les faits dénoncés dans la saisine au regard de chacune des qualifications alléguées par Molotov : abus de position dominante collective, abus de dépendance économique, entente horizontale et restriction verticale, et ce, afin de déterminer si les éléments apportés rendaient vraisemblable l'existence de pratiques prohibées par les articles L.420-1 et L.420-2 du code commerce.

117. Ainsi, l'Autorité, après examen des arguments et pièces de la saisine, a considéré que le lien structurel résultant de la création de Salto ne permettait pas d'établir l'existence d'une position dominante collective antérieure à sa création, non seulement pour des raisons tenant à la temporalité des faits dénoncés (développées paragraphes 79 à 81), mais aussi en

considération de l'absence de preuve (ainsi qu'il ressort des paragraphes 83 à 87) que les groupes FTV, M6 et TF1 auraient, comme allégué par Molotov, « *échangé bien en amont* » et mis en place une stratégie commune visant à l'exclure du marché.

118. L'Autorité a également relevé que FTV n'avait pas adopté la même position que celles prises par M6 et TF1 (paragraphes 83, 86 et 87), qu'était dépourvu de portée un article de presse se faisant l'écho d'une tentative d'acquisition de Molotov par M6, TF1 et FTV expressément démentie par les groupes M6 et TF1 (paragraphe 85) et que Molotov n'avait pas procédé à une analyse « *au cas par cas* » de sa situation de dépendance économique alléguée comme le requiert la jurisprudence (paragraphe 100). Elle a aussi retenu l'évolution du paysage audiovisuel justifiant que M6 et TF1 adoptent un nouveau positionnement (paragraphe 110), la rupture des relations contractuelles ayant pris des formes différentes et ayant eu lieu à des périodes différentes pour chacun d'eux (paragraphe 112) ainsi que l'existence de factures impayées et d'inexécutions contractuelles susceptibles de caractériser des manquements contractuels répétés de Molotov à l'origine des ruptures ou non renouvellement de contrats (paragraphe 113).

119. Il résulte des éléments qui précèdent que, contrairement à ce qui est soutenu, l'Autorité a appréhendé les comportements allégués par la partie saisissante comme étant détachables de la concentration en cours et les a analysés au regard de l'ensemble des éléments de faits et de droit pertinents pour apprécier l'existence d'une éventuelle violation des articles L.420-1 et L.420-2 du code de commerce.

120. Molotov ne saurait reprocher à l'Autorité d'avoir refusé d'analyser les facteurs de corrélation économique particulièrement marqués entre les groupes TF1, M6 et FTV, tenant par exemple à l'exploitation historique par les trois groupes des canaux de la TNT en clair et à la nécessité de faire face au développement de formes nouvelles de concurrence, qui se sont renforcés par la conception d'une nouvelle politique de distribution depuis le premier trimestre 2018 et le lancement prochain de la plateforme Salto par ces trois sociétés, dès lors que la saisine ne dénonçait que les comportements de M6 et TF1, sans y inclure FTV, laquelle n'a pas exigé de Molotov que la reprise de ses contenus se fasse dans le cadre d'abonnements payants.

121. S'agissant, en second lieu, du refus allégué de l'Autorité de tirer les conséquences de ses propres constatations dans le cadre de sa décision d'autorisation de création de l'entreprise commune Salto, la circonstance que l'Autorité a identifié des risques anticoncurrentiels que présentait cette opération et en particulier des risques de collusion visant à évincer des opérateurs concurrents, ne suffit pas à démontrer que les comportements parallèles adoptés par M6 et TF1 avant l'opération et dénoncés par Molotov rendent vraisemblable l'existence d'une telle collusion, si par ailleurs, Molotov n'apporte pas d'autres éléments permettant de l'étayer.

122. Molotov ne peut se prévaloir des « *effets anticoncurrentiels identifiés dans cette décision* » en invoquant le fait qu'ils sont « *parfaitement transposables dans le cadre de la saisine et de la demande de mesures conservatoires* » alors que ces effets n'étaient que potentiels, non actuels, et que les engagements rendus obligatoires précités ont, en l'absence de preuve contraire, eu pour finalité de prévenir la réalisation des risques identifiés par l'Autorité et non de mettre un terme à une situation en cours.

123. En constatant l'existence, pour l'avenir, d'engagements rendus obligatoires à compter de l'opération de concentration, l'Autorité n'a pas conféré à la décision n° 19-DCC-157 une portée rétroactive et ni couvert des comportements antérieurs.

124. Le moyen mal fondé est donc rejeté.

B. Sur la position dominante alléguée détenue collectivement par TF1, M6 et FTV

1. Sur la définition des marchés pertinents

125. **Molotov** soulève l'insuffisance de la définition des marchés en cause par l'Autorité. Elle observe qu'après avoir rejeté la définition des marchés proposée dans la saisine, l'Autorité a fait référence à sa décision n° 19-DCC-157 Salto, dans laquelle cette définition a été laissée ouverte. Or, elle rappelle que dans le cadre d'un abus de position dominante, la définition du marché pertinent est une étape préalable nécessaire comme l'a jugé la CJUE dans l'affaire Continental Can du 21 février 1973 (aff 6/72 point 32).

126. **Molotov** souligne en outre que la définition des marchés de manière prospective dans le cadre d'une procédure de concentration répond à des objectifs différents de ceux de l'analyse rétrospective menée dans un contentieux de pratiques anticoncurrentielles. Elle observe par ailleurs que les services de l'instruction ne lui ont pas demandé de compléter sa saisine à la lumière de la décision n° 19-DCC-157 Salto.

127. Elle soutient que les marchés pertinents suivants doivent en l'espèce être retenus :

- Le marché de l'édition des chaînes de la TNT en clair, qui se distingue par une régulation et un mode de financement spécifiques ;
- Le marché de la fourniture agrégée de contenus et services associés payants et gratuits, répondant au bouleversement de l'équilibre des marchés et de la révolution technologique en cours et dépassant ainsi la logique linéaire / non linéaire et gratuit / payant ;
- Le marché de l'acquisition des droits de diffusion nécessaires à la constitution d'une offre agrégée de contenus et services associés gratuits et payants, qui est un marché connexe sur lequel les offreurs et demandeurs sont amenés à négocier les droits des chaînes de télévision en vue de la constitution d'une offre agrégée de contenus et de services associés.

128. À la demande de la Cour, elle a précisé à l'audience que sa divergence d'analyse avec l'Autorité portait sur les marchés intermédiaires, qui aurait des implications sur la délimitation des marchés en aval.

129. **L'Autorité** fait valoir en réponse que, compte tenu de l'utilisation de mêmes outils et critères d'évaluation en droit des pratiques anticoncurrentielles et en droit des concentrations, il est pertinent, dans certains cas, de recourir à une même délimitation des marchés. Cette hypothèse se rencontre, d'ailleurs, dans sa pratique décisionnelle (décision n° 19-D-10). Cela l'est particulièrement en l'espèce compte tenu de l'identité des acteurs concernés et des circonstances temporelles.

130. Elle observe aussi que la décision attaquée, lorsqu'elle fait référence à la décision n° 19-DCC-157 Salto, renvoie à une pratique décisionnelle établie, énumérée dans des notes de bas de page, sur laquelle l'Autorité s'appuie pour parvenir à ses conclusions. Elle fait aussi valoir que **Molotov** avait toute latitude, lors du contradictoire oral, pour s'exprimer sur ces points.

131. **L'Autorité** soutient enfin que la circonstance qu'elle se soit fondée sur des définitions de marché laissées ouvertes ne constitue pas une analyse insuffisante de la saisine, dans la mesure où les éléments invoqués par **Molotov** ne permettent pas de constater des pratiques contraires aux règles de la concurrence.

132. **Le ministre chargé de l'économie** observe lui aussi que la délimitation des marchés retenue se fonde sur une pratique décisionnelle établie, qui a été reprise dans la décision n° 19-DCC-157 Salto. La référence de l'Autorité à cette décision aux fins de la définition

du marché pertinent est adaptée, Molotov ne faisant pas état de changements, intervenus dans le secteur postérieurement, qui soient de nature à justifier une nouvelle délimitation des marchés.

133. **Le ministère public** développe une argumentation similaire.

Sur ce, la Cour,

134. Si les analyses de marché réalisées dans le cadre d'opérations de concentration relèvent d'une procédure distincte et ne lient pas la Cour, rien ne lui interdit toutefois de s'y référer pour définir le marché pertinent sur lequel sont intervenues les pratiques anticoncurrentielles alléguées, dès lors qu'elles présentent des points de convergence avec la situation en cause.

135. S'agissant des marchés des services de télévision, la pratique décisionnelle constante de l'Autorité (telle qu'elle résulte, notamment, des décisions n° 10-DCC-11 du 26 janvier 2010 relative à la prise de contrôle exclusif par le groupe TF1 de la société NTI et Monte-Carlo Participations, n° 16-DCC-10 du 21 janvier 2016 relative à la prise de contrôle conjointe par TF1 et FIFL de FLCP, n° 17-DCC-29 du 3 mars 2017 relative à la prise de contrôle exclusif par la société Endemol de la société Shine France, n° 18-DCC-106 du 29 juin 2018 relative à la prise de contrôle exclusif de Newen Studios par FF1, n° 19-DCC-94 du 24 mai 2019 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Group Elephant par la société Webedia et n° 19-DCC-157 Salto) distingue :

- en amont, les marchés de l'acquisition des droits de diffusion de contenus audiovisuels, comportant une distinction selon les types de contenus audiovisuels (œuvres cinématographiques, droits sportifs, droits relatifs aux autres programmes audiovisuels) ;
- au niveau intermédiaire, les marchés de l'édition et de la commercialisation de chaînes de télévision, qui intègrent dans leur périmètre les chaînes et leurs services et fonctionnalités associées, notamment la télévision de rattrapage ;
- en aval, les marchés de la distribution des services de télévision, au sein desquels il convient de distinguer la télévision payante, qui établit une relation commerciale entre le distributeur de télévision et le téléspectateur, de la télévision gratuite, qui établit seulement une relation commerciale entre services de télévision et annonceurs publicitaires.

136. S'agissant de la délimitation des marchés intermédiaires, objets des critiques de Molotov, la pratique décisionnelle de l'Autorité considérait, traditionnellement, que l'édition et la distribution des chaînes de la TNT en clair ne constituaient pas à proprement parler un marché, en raison notamment du fait que les distributeurs de bouquets de télévision ne rémunéraient pas les éditeurs pour pouvoir distribuer leurs chaînes (décisions n° 10-DCC-11 précitée paragraphe 33, n° 17-DCC-93 du 22 juin 2017 portant réexamen des engagements de la décision n° 14-DCC-50 du 2 avril 2014 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Direct 8, Direct Star, Direct Productions, Direct Digital et Bolloré Intermédia par Vivendi SA et Groupe Canal Plus paragraphe 12), l'édition et la distribution de chaînes gratuites étant presque entièrement rémunérées par les recettes générées par la publicité télévisuelle (décision n° 14-DCC-50 du 2 avril 2014 précitée).

137. Dans sa décision n° 19-DCC-157 Salto, l'Autorité a noté qu'en raison des évolutions récentes du secteur, et notamment du constat que les éditeurs de chaînes gratuites négocient des rémunérations incluant les flux linéaires et services associés auprès des distributeurs, « *il existe des indices forts selon lesquels l'activité d'édition et de commercialisation des chaînes de la TNT pourrait constituer une activité économique susceptible de relever d'un marché pertinent* ». Elle a observé ensuite que « *le test de marché ne permet pas de trancher le périmètre de cet éventuel marché* », les différentes segmentations possibles

variant selon les répondants (§89 de la décision n° 19-DCC-157). Le CSA, saisi pour avis, s'est interrogé sur la substituabilité entre les différents services de télévision payante, gratuite et non linéaire, en analysant successivement leur modèle économique, l'organisation de la distribution des services, leur consommation et la réglementation qui s'applique à eux, pour laisser ouverte, aux termes de son avis n° 2019-05, la question de l'existence d'un marché pertinent de l'édition et de la commercialisation de chaînes de la TNT en clair, ainsi que de son éventuelle segmentation (§97 de la même décision). L'Autorité a choisi en conséquence d'examiner l'opération en cause en retenant « l'hypothèse la plus conservatrice », à savoir celle d'un marché limité à l'édition et la commercialisation des chaînes TNT en clair (§98 de la décision n° 19-DCC-157), tout en considérant que la question de la définition exacte de ce marché pouvait être laissée ouverte.

138. Cette analyse, ainsi menée dans la décision n° 19-DCC-157 Salto, est contemporaine des faits allégués et concerne les mêmes entreprises. Si elle comporte des aspects prospectifs, elle contient également des éléments permettant de mener de façon satisfaisante l'analyse rétrospective requise dans un contentieux de pratiques anticoncurrentielles.

139. C'est donc à juste titre de l'Autorité s'y est référée.

140. Pour s'en écarter, il revenait à Molotov de produire les éléments nouveaux qu'elle estimait de nature à justifier, le cas échéant, une autre délimitation du marché pertinent, ce qu'elle n'a pas fait.

141. À titre surabondant, il est observé que la circonstance que l'Autorité se soit fondée sur des définitions de marché laissées *in fine* ouvertes ne constitue pas davantage une analyse insuffisante de la saisine, dans la mesure où, comme elle l'a relevé au paragraphe 70 de la décision attaquée, les éléments communiqués au soutien de la plainte ne permettraient pas d'étayer les faits dénoncés susceptibles de constituer des pratiques anticoncurrentielles et les allégations de Molotov concernant la position dominante collective détenue par les entreprises mises en cause, ce qui sera démontré dans les paragraphes suivants.

142. Le moyen, mal fondé, doit être rejeté.

2. Sur l'analyse de la position dominante collective

143. **Molotov** soutient qu'une erreur de droit a été commise par l'Autorité dans la définition de la position dominante collective de TF1, M6 et FTV.

144. Elle considère que l'Autorité a une lecture erronée de la jurisprudence européenne dans ce domaine, car dans l'affaire Compagnie maritime belge du 16 mars 2000 (T-24/93 et C-395/96), la position dominante collective a été retenue en cas de « *liens ou facteurs de corrélation économique* » entre les entités en cause. Elle invoque également la décision Atlantic Container Line du Tribunal du 30 septembre 2003, selon laquelle « *il n'est pas, en revanche, nécessaire de démontrer que ces entreprises ont effectivement toutes adopté cette même ligne d'action en toutes circonstances* » (T-191/98, point 631).

145. Elle fait valoir que des facteurs de corrélation ont été énumérés dans sa saisine et que l'Autorité a elle-même fait référence, paragraphes 275, 276 et 336, à de tels facteurs dans la décision n° 19-DCC-157 Salto. Elle reprend, d'une part, les éléments énumérés au paragraphe 75 de la décision attaquée, y ajoutant la prise en commun d'engagements dans le cadre de l'opération Salto, qui fixe leurs comportements futurs sur le marché et réduit encore davantage leur autonomie les uns vis-à-vis des autres. Elle souligne, d'autre part, que dans sa décision n° 19-DCC-157, l'Autorité a constaté que « *TF1, M6 et FTV avaient un intérêt commun à l'adoption d'une ligne de conduite unique sur le marché* ».

146. Elle conclut que les liens unissant TF1, M6 et FTV sont suffisants pour caractériser une entité collective ayant un intérêt évident à l'adoption d'une stratégie unique de marché.

147. **L'Autorité** conteste, en réponse, l'existence d'une position dominante collective des entreprises TF1, M6 et FTV au motif que les éléments évoqués dans la saisine, tant pris isolément qu'en considération des éléments rassemblés lors de l'instruction, ne sont pas susceptibles de démontrer l'existence d'une position dominante collective au regard de la pratique décisionnelle et de la jurisprudence.
148. L'incitation des trois groupes à une coordination sur le marché est selon elle intrinsèquement liée à la mise en activité de Salto sur le marché et ne peut en elle-même être constitutive d'une dominance collective. Il ne ressort pas en outre du dossier d'instruction qu'un facteur de corrélation économique ou juridique ait pu lier TF1, M6 et FTV pendant les pratiques alléguées. La seule circonstance qu'un projet d'entité commune soit envisagé par plusieurs entreprises ne saurait suffire, avant sa concrétisation, à démontrer des facteurs de corrélation, au sens de la jurisprudence et de la pratique décisionnelle.
149. L'Autorité souligne en outre que la décision attaquée a, de façon fondée, mis en avant aux paragraphes 83 à 87, les spécificités de FTV. La lecture des cotes du dossier visées par Molotov ne permet par ailleurs pas, en l'absence de précision complémentaire de celle-ci, d'établir une position commune de FTV et des deux autres chaînes. L'Autorité ajoute qu'en tout état de cause, les décisions respectives des groupes M6 et TF1 de rompre et/ou de ne pas renouveler leurs contrats respectifs ont pris des formes différentes, sont justifiées par des raisons différentes et ont eu lieu à des périodes distinctes, ce qui traduit une action autonome des deux entités sur le marché.
150. **Le ministre chargé de l'économie** observe que la dominance collective réunit deux notions, celle de l'interdépendance et celle, plus classique, de la dominance. Il fait valoir que les similarités des situations des groupes TF1, M6 et FTV, une clause contractuelle, l'exigence d'une rémunération en contrepartie de la distribution des chaînes des fournisseurs, la création de Salto et la tentative d'acquisition collective de Molotov en 2018, constituent un ensemble « *ténu et disparate* » qui ne suffit pas à caractériser un abus de position dominante collective au regard de la jurisprudence applicable en la matière. L'addition de ces éléments montre seulement que ces acteurs opèrent sur un marché commun et ont un projet commun.
151. **Le ministère public** ajoute qu'en l'espèce, aucun élément de la saisine et du dossier d'instruction n'est susceptible de démontrer l'existence de liens structurels capitalistiques ou juridiques tels que des contrats entre TF1, M6 et FTV, à l'exception de la détention commune de la chaîne thématique série Club et de l'accord relatif à la création de Salto.

Sur ce, la Cour,

152. Aux termes de l'alinéa 1 de l'article L.420-2 du code de commerce :

« Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L.420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées. »

153. Pour apprécier l'existence d'une position dominante collective, il convient d'examiner, ainsi que l'a rappelé la Cour de justice (CJUE 31 mars 1998, aff. France et Société commerciale des potasses et de l'azote et Entreprise minière et chimique / Commission, C-68/94, point 221) si les entreprises en cause sont dans une situation telle qu'elles « *ont, ensemble, notamment en raison des facteurs de corrélation existant entre elles, le pouvoir d'adopter une même ligne d'action sur le marché et d'agir dans une mesure appréciable indépendamment des autres concurrents, de leur clientèle et, finalement, des*

consommateurs ». Il doit donc être établi non seulement que des entreprises sont suffisamment liées entre elles (en raison de liens en capital ou d'accords formalisés entre elles) pour adopter une même ligne d'action sur le marché mais également qu'elles disposent ainsi, en commun, de la possibilité d'agir dans une mesure appréciable indépendamment des autres concurrents et des consommateurs.

154. Ce n'est que dans le cas où les entreprises concernées constituent ensemble une entité collective à l'égard de leurs concurrents, de leurs partenaires commerciaux et des consommateurs sur un marché déterminé qu'il convient d'examiner si cette entité collective détient effectivement une position dominante et si celle-ci se comporte de manière abusive (arrêt du 16 mars 2000 précité, point 39).

155. Il s'en suit que si la démonstration d'une position de dominance collective n'implique pas d'établir que les entreprises concernées ont, en toutes circonstances, toutes adopté une même ligne d'action, encore faut-il que l'existence d'une ligne d'action effective commune sur le marché repose sur des éléments suffisamment convergents et constants.

156. Or il convient de constater que les éléments recensés par Molotov montrent essentiellement que M6, TF1 et FTV opèrent sur un marché commun et ont un projet commun.

157. S'il est constant qu'entre 2016 et 2018, M6 et TF1 ont exigé de leurs distributeurs une rémunération pour la mise à disposition de leurs chaînes, aucun élément, ni de la saisine, ni du dossier, ne permettent d'établir l'existence d'une telle stratégie de la part de FTV, laquelle a adopté une position distincte de M6 et TF1 en maintenant, depuis le contrat expérimental initial, sa relation contractuelle avec Molotov et en étendant même régulièrement la durée de ce contrat, tandis que, comme la justement relevé la décision attaquée, l'obligation qui pèse sur elle en application de l'article 34-2 de la loi de 1986 ne s'applique pas aux acteurs ne distribuant pas ses chaînes dans le cadre d'abonnements payants. Molotov a au demeurant indiqué au cours de son audition par le rapporteur que les comportements de FTV « *sont normaux* » et qu'elle « *ne sent pas de logique d'élimination* » (cotes VNC 531 et 544).

158. Ces éléments divergents, desquels il ressort qu'une même ligne d'action n'a pas été adoptée, excluent que puisse être caractérisée en l'espèce une entité collective comprenant FTV. La Cour relève, en outre, que Molotov n'a pas visé FTV dans sa plainte dénonçant un abus de position dominante.

159. L'Autorité a ainsi, de façon justifiée, rejeté la saisine comme n'étant pas étayée d'éléments suffisamment probants pour rendre vraisemblable l'existence d'une position dominante collective sur le marché dont il aurait été fait un usage abusif, incluant les éléments rassemblés lors de l'instruction.

160. Le moyen doit être rejeté.

3. Sur la dépendance économique alléguée de Molotov vis-à-vis des groupes TF1 et M6

161. **Molotov** soutient qu'elle se trouvait en situation de dépendance économique, à l'égard de TF1 et de M6, les quatre conditions posées par la pratique décisionnelle et la jurisprudence relative à l'article L.420-2 du code de commerce lui paraissant remplies en l'espèce. En premier lieu, elle fait valoir la notoriété de TF1 et M6, deux groupes historiques les plus importants du paysage audiovisuel français. En deuxième lieu, elle soutient que les entreprises en cause détiennent des parts d'audience et donc de marché importantes. Dans un troisième temps, elle invoque l'importance de la part de TF1 et M6 dans l'utilisation de la plateforme de Molotov du fait des audiences des chaînes. Elle soutient qu'en dépit de l'absence d'une communication de sa part du chiffre d'affaires permettant de constater avec précision la part que représentent les chaînes et services des groupes TF1 et M6 dans son chiffre d'affaires total, une situation de dépendance économique aurait dû être constatée en

prenant en compte la conjonction de l'ensemble des éléments exposés. En quatrième lieu, elle fait valoir l'impossibilité pour Molotov d'obtenir de la part d'autres éditeurs des chaînes et services associés équivalents. Elle se réfère à cet égard à l'avis n° 2019/ 08 du CSA rendu dans le cadre de la présente affaire, et observe que de nombreux clients se sont plaints de la disparition de certaines fonctionnalités, portant préjudice à sa réputation, et que certains ont résilié l'abonnement.

162. Elle ajoute que le caractère incontournable des chaînes et services associés de TF1 et M6 pour l'offre de Molotov a été établi par l'Autorité elle-même dans sa décision autorisant la plateforme commune Salto. Selon elle, l'accès aux chaînes de TF1 et M6 constitue une condition essentielle à la survie et au développement de la plateforme Molotov, qui est dans une situation de dépendance économique vis-à-vis de chacune des deux entreprises individuellement et à plus forte raison vis-à-vis des deux collectivement.

163. L'Autorité répond qu'au regard des dispositions de l'article L.420-2 alinéa 2 du code de commerce, mais aussi de la jurisprudence de la Cour de Cassation, notamment l'arrêt du 2 décembre 2008 (société Castorama, pourvoi n° 08-10731), et de la pratique décisionnelle de l'Autorité (Décision n° 08-D-31 du 10 décembre 2008 relative à une saisine de la société Concurrence, paragraphe 35 ; décision n° 01-D-81 du 19 décembre 2001 relative à une saisine du Syndicat CFDT Radio Télé), la démonstration d'une absence d'autonomie des fournisseurs ou d'une coordination de leurs comportements doit être apportée pour qu'une qualification d'abus de dépendance économique collective puisse être retenue. Or, une telle preuve n'est pas rapportée.

164. Molotov ne démontre pas non plus un abus de dépendance économique individuelle, faute de remplir les quatre critères cumulatifs posés par la Cour de cassation le 12 octobre 1993 (arrêt n° 91-16988 et 91-170090), dont l'analyse doit se faire in concreto. Deux conditions ne sont en effet pas réunies, celle tenant aux parts de marché individuelles de TF1 et M6 sur le marché concerné, qui ne sont pas particulièrement importantes, et celle relative à l'importance des services de chacune de ces deux chaînes dans le chiffre d'affaires de Molotov, laquelle n'a pas fourni de chiffre permettant de l'estimer avec précision.

165. L'Autorité considère que l'argument de Molotov selon lequel « *il est difficile d'imaginer que n'importe quel distributeur des chaînes de la TNT en clair pourrait se priver de cette offre et créer ainsi un "trou" dans son offre de services* » ne peut être pris en compte, faute pour la partie saisissante de démontrer qu'une comparaison avec les chaînes de la TNT s'appliquerait à des distributeurs OTT. La circonstance que TF1 réalise les meilleurs scores d'audience toutes chaînes confondues en 2018 et 2019 ou encore que TF1 et M6 constituent les meilleures chaînes en termes de télévision de rattrapage est sans incidence sur ce constat.

166. L'Autorité ajoute qu'en tout état de cause, les parts de marché individuelles constatées dans les précédents dans lesquels elle a déjà admis l'existence d'un état de dépendance économique (affaires n° 04-D-26 du 30 juin 2004 ; n° 20-D-04 du 16 mars 2020) étaient respectivement d'environ 90 % et d'environ 75 %, soit une proportion bien plus élevée que celle susceptible d'être reconstituée, dans la mesure du possible, en s'appuyant sur les données fournies, soit la part que représentent TF1 et M6 dans la durée de visionnage des programmes de Molotov, le nombre d'utilisateurs de Molotov et les enregistrements réalisés.

167. Enfin, l'Autorité conteste avoir, comme allégué, « *constaté à maintes reprises le caractère incontournable des chaînes et services associés de TF1 et M6* ». Les citations utilisées par Molotov visent, de manière globale, les relations entre les distributeurs et les sociétés mères de Salto. Or les situations de dépendance relevant de l'article 420-2 alinéa 2 du code de commerce doivent être évaluées au cas par cas et non pas globalement pour toute la profession.

168. Le **ministre chargé de l'économie** invite la Cour à rejeter le moyen en raison de l'impossibilité pour Molotov de remplir les critères d'une dépendance économique

notamment en ce qui concerne l'importance des services de chacune des chaînes visées dans son chiffre d'affaires. Il n'est en outre pas pertinent de retenir la part cumulée des trois éditeurs du fait de l'hétérogénéité des relations contractuelles entre Molotov et les trois chaînes et alors qu'il n'est pas soutenu que la partie saisissante soit en état de dépendance économique vis-à-vis de FTV.

169. Par ailleurs, l'auteur du recours évoque à tort les risques identifiés dans la cadre de la procédure de concentration, lesquels ne peuvent pas être pris en compte dans le cadre d'une analyse ex post, étant observé par ailleurs que l'analyse prospective envisageait l'influence des sociétés mères sur l'entité créée, ce qui inclut FTV, non mise en cause au titre de la dépendance économique dans la saisine.

170. **Le ministère public** estime que l'Autorité a pu établir à juste titre que l'état de dépendance économique dans lequel se trouverait Molotov n'est pas caractérisé en l'espèce, sans qu'il soit besoin de s'interroger sur l'existence de pratiques susceptibles d'établir un abus anticoncurrentiel à ce titre.

Sur ce, la Cour,

171. Aux termes de l'alinéa 2 de l'article L.420-2 du code de commerce :

« Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées aux articles L.442-1 à L.442-3 ou en accords de gamme. ».

172. L'abus de dépendance économique suppose donc la réunion de trois conditions cumulatives : l'existence d'une situation de dépendance économique d'une entreprise à l'égard d'une autre, une exploitation abusive de cette situation et une affectation, réelle ou potentielle du fonctionnement ou de la structure de la concurrence. En l'absence de l'une de ces trois conditions, l'abus de dépendance économique allégué n'est pas établi.

173. L'état de dépendance économique se définit, pour un distributeur, comme l'impossibilité, pour une entreprise, de disposer d'une solution techniquement et économiquement équivalente aux relations contractuelles qu'elle a nouées avec une autre entreprise. (Cass. Com., 12 février 2013, pourvoi n° 12-13.603 ; voir également Cass. Com., 3 mars 2004, pourvoi n° 02-14529). Cette condition s'identifie à celle d'absence de solution alternative équivalente, qui constitue donc une condition nécessaire et suffisante à la caractérisation d'une relation de dépendance. La possibilité de disposer d'une solution équivalente s'entend de la possibilité juridique mais aussi matérielle pour l'entreprise de développer des relations contractuelles avec d'autres partenaires. (Cass. Com., 12 février 2013, précité). Il faut rechercher si l'entreprise dispose de la possibilité de substituer à son donneur d'ordre un ou plusieurs autres donneurs d'ordre lui permettant de faire fonctionner son entreprise dans des conditions techniques et économiques comparables. (Cass. Com., 23 octobre 2007 pourvoi n° 6-14.981).

174. Si l'existence d'un état de dépendance économique s'apprécie en tenant compte de la notoriété de la marque du fournisseur, il convient également de tenir compte de l'importance de sa part dans le marché considéré et dans le chiffre d'affaires du revendeur ainsi que de l'impossibilité pour ce dernier d'obtenir d'autres fournisseurs des produits équivalents. (Cass. Com., 12 octobre 1993 pourvois n° 91-16988 et 91-17090), mais aussi de l'importance du distributeur dans la commercialisation du produit concerné et de l'existence et de la diversité éventuelle de solutions alternatives pour le fournisseur (Cass. Com., 10 décembre 1996, pourvoi n° 94-16.192).

175. Ainsi qu'il est exposé paragraphes 153 et suivants du présent arrêt, la décision attaquée retient, de façon justifiée, qu'il n'existe pas dans la saisine d'éléments suffisants de nature à étayer l'existence d'une position dominante collective sur le marché, ces derniers, tant pris isolément qu'en considération des éléments rassemblés lors de l'instruction, n'étant pas susceptibles de la démontrer. C'est en conséquence à juste titre que l'Autorité considère que l'abus d'un état de dépendance économique doit être évalué, au cas présent, de manière individuelle et non collective, et s'apprécie dans la relation bilatérale entre Molotov et M6 d'une part, et Molotov et TF1 d'autre part.
176. Concernant ces partenaires, il n'est pas contestable que TF1 et M6 disposent, chacun, d'une grande notoriété, appartenant aux deux groupes historiques les plus importants du paysage audiovisuel français.
177. Le CSA, dans son avis n° 2019-08 précité du 2 octobre 2019 observe d'ailleurs en page 3 que *« la distribution des chaînes TF1 et M6 contribue substantiellement à l'audience du service Molotov et que leur disparition pourrait en diminuer fortement l'attractivité, tant pour les consommateurs que pour les investisseurs »*.
178. Il n'est pas davantage contesté que TF1 réalise, depuis des années, les meilleurs scores d'audiences toutes chaînes confondues (ainsi, 91 des 100 meilleures audiences de 2018 et 85 des meilleures audiences de 2019). Quant au groupe M6, il dispose selon son document de référence pour l'année 2019, *« d'un portefeuille de chaînes puissantes et de marques de programmes fortes qui le rendent incontournable pour les distributeurs. La diffusion d'émissions événementielles ou l'achat de droits sportifs prisés s'inscrivent également dans ce cadre »*.
179. Selon l'Autorité, (décision n° 19-DCC-157 Salto, paragraphes 306 et 307), *« les réactions des abonnés de Canal + lors de la coupure temporaire d'accès à la chaîne TF1 confirment le caractère incontournable de ces chaînes. Lors de cet événement, la presse s'est en effet fait l'écho de la volonté de beaucoup de clients de se désabonner immédiatement de l'offre Canal +. (...) L'accès à ces chaînes est donc primordial pour permettre aux distributeurs d'offres de télévision de proposer des offres attractives »*, étant relevé que *« l'ensemble des distributeurs interrogés a indiqué que les chaînes en clair des sociétés mères (de Salto) et leurs services associés constituaient un intrant incontournable pour les distributeurs de services de télévision »* (paragraphe 320).
180. Le groupe FTV, auquel il n'est reproché aucun comportement abusif, dispose toutefois de la même notoriété.
181. Il y a également lieu de constater que les parts de marché de TF1 et M6, prises individuellement, ne sont pas particulièrement importantes sur le marché de l'édition des chaînes de la TNT en clair, en particulier sur le segment de la télévision linéaire gratuite. En effet, ainsi que l'a indiqué l'Autorité au paragraphe 102 de la décision attaquée, elles atteignent pour TF1 et M6, respectivement, 28 % et 13 % pour 2018, tandis que le groupe FTV auquel Molotov ne reproche aucun abus dispose, selon les données publiques disponibles (reprises notamment dans l'avis du CSA n° 2019-05 précité) d'une part de marché comparable à celle de TF1 et supérieure à celle de M6.
182. Concernant les caractéristiques des relations commerciales nouées avec chacun des partenaires précités, il convient d'observer, d'abord, que l'importance des services de chacun des groupes M6 et TF1 dans le chiffre d'affaires de Molotov ne peut être estimé avec précision, Molotov n'ayant fourni que trois types de données, celles sur la répartition de la durée du visionnage des programmes sur sa plateforme, celles relatives au nombre d'utilisateurs ayant regardé les chaînes de TF1 et M6 et celles relatives à la proportion des enregistrements sur la plateforme portant, pour les clients ayant souscrit l'offre *« Molotov plus »*, sur les programmes de ces deux acteurs (éléments décrits paragraphe 103 de la décision attaquée).

183. Comme le relève à juste titre l'Autorité dans ses écritures, si les données relatives à la durée de visionnage et au nombre d'utilisateurs témoignent de l'importance que peuvent revêtir les chaînes des groupes M6 et TF1 au sein de l'offre « *Molotov Basic* », ils ne permettent pas de démontrer l'importance que revêtent les services associés aux chaînes de chacun des groupes TF1 et M6, seuls à être commercialisés auprès des abonnés, dans le chiffre d'affaires total réalisé par Molotov.
184. S'agissant des offres « *Molotov Plus* » et « *Molotov Extended* », qui représentent ensemble environ deux tiers du chiffre d'affaires de Molotov, les éléments au dossier permettent difficilement d'évaluer la part attribuable respectivement aux chaînes et services de chacun des groupes M6 et TF1, puisque la souscription se fait « *en bloc* » sur l'ensemble des services et contenus des éditeurs de chaînes de télévision linéaire, conformément aux contrats conclus entre chaque éditeur et Molotov, et non à la carte, par type de contenu ou par éditeur.
185. Ensuite, la Cour relève que, conformément au modèle économique que Molotov a choisi, « *l'offre basique* » litigieuse ne génère aucun chiffre d'affaires.
186. Il n'est donc pas possible, sur la base des éléments versés au dossier, de déterminer la part du chiffre d'affaires réalisé avec le groupe TF1, pas plus que celle issue des relations commerciales nouées avec M6, étant à nouveau observé que le courant d'affaires générateur de revenus n'est pas issu de l'offre basique sur laquelle s'oppose les parties.
187. La Cour constate à cet égard, ce qui n'est pas contesté, que la situation de blocage en cause résulte exclusivement de la stratégie commerciale choisie par Molotov et concerne uniquement l'offre basique de reprise du contenu des chaînes en clair de la TNT du groupe M6, éditeur privé, au sein d'une offre de télévision gratuite, que Molotov entend maintenir, en dépit de l'évolution du paysage audiovisuel et de la reconnaissance, désormais plus affirmée, des droits voisins au bénéfice des entreprises de communication audiovisuelle.
188. Au regard de l'ensemble de ces éléments, la saisine et les éléments versés au dossier au cours de l'instruction ne permettent pas d'étayer l'existence d'une situation de dépendance économique, au sens de l'article L.420-2, alinéa 2, du commerce, de Molotov à l'égard de TF1, comme à l'égard de M6, comme l'a justement retenu la décision attaquée.
189. À titre surabondant, la Cour relève, compte tenu des points qui viennent d'être analysés, que la saisine ne contient pas davantage d'éléments établissant, de manière suffisamment probante à ce stade, l'abus reproché à TF1, comme à M6, aucune pièce ne révélant en particulier que Molotov aurait fait l'objet d'un refus de vente ou d'un traitement discriminatoire par rapport aux autres diffuseurs, de la part de chacun de ces partenaires.
190. En outre, ainsi qu'il sera démontré paragraphe 233 et suivants du présent arrêt, les textes législatifs et réglementaires régissant la communication audiovisuelle ne s'opposent pas à ce que les éditeurs privés du service gratuit par voie hertzienne puissent subordonner la distribution de leurs chaînes en clair de la TNT à une rémunération de la part du distributeur qui met à disposition du public une offre par internet. La mise en œuvre des droits conférés aux sociétés exploitant un service de communication audiovisuelle concernant la reproduction de leurs programmes et leur mise à disposition du public, dont il n'est pas soutenu qu'elle ait été appliquée de manière discriminatoire ni justifiée de manière suffisamment probante qu'elle aurait été exercée dans des conditions anormales, n'est ainsi, à elle seule, pas susceptible de caractériser un abus.
191. Enfin, outre que le risque d'éviction de Molotov du marché, qui résulterait du refus de TF1 et de M6 qu'elle inclut dans l'une de ses offres seulement (l'offre basique) la reprise intégrale de leur contenu en raison du caractère gratuit de celle-ci, n'est appuyée par aucun élément de preuve suffisamment probant, la Cour relève qu'aucun élément n'étaye davantage l'allégation selon laquelle la pratique serait susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence comme le requiert l'article L.420-2, alinéa 2, précité. À cet égard la Cour observe qu'aux termes de son avis n° 2019-08, émis

dans la présente procédure, le CSA a indiqué en page 17 que « ... dans l'hypothèse d'une disparition de Molotov, le secteur de l'édition et de la commercialisation de services de télévision en clair ne connaîtrait pas de déséquilibre majeur. Si la disparition de la plateforme Molotov liée à la perte des chaînes de la TNT gratuite des groupes TF1 et M6 priverait les éditeurs de services audiovisuels d'un distributeur, ces derniers continueraient à diffuser leurs chaînes et/ou services associés via d'autres distributeurs qui sont les principaux contributeurs à leur audience ».

192. La décision attaquée ayant à juste titre retenu que ni la saisine ni les éléments versés au dossier ne permettent d'établir la pratique alléguée à l'encontre de chacun des groupes M6 et TF1, le moyen doit être écarté.

4. Sur l'entente horizontale alléguée entre les groupes TF1 et M6

193. Aux termes de **la décision attaquée**, « aucun élément ne permet d'étayer la thèse soutenue par la saisissante, selon laquelle les décisions individuelles de chacun des groupes M6 et TF1 relatives à leur positionnement respectif par rapport à l'ensemble des distributeurs serait le résultat d'une entente anticoncurrentielle » (paragraphe 111). « Si l'Autorité n'est pas le juge des manquements contractuels susceptibles d'intervenir entre les opérateurs du marché, il n'en demeure pas moins que les éléments fournis par les groupes TF1, M6 et FTV sont susceptibles de fournir une explication plausible à la position que chacun des groupes TF1 et M6 a prise vis-à-vis de Molotov et que celle-ci dénonce dans sa saisine » (paragraphe 114). « Ainsi, s'il existe un certain parallélisme entre l'évolution des relations entre M6 et Molotov d'une part, et entre TF1 et Molotov d'autre part, dans la mesure où M6 et Molotov ont chacun à leur tour rompu leurs contrats de distribution avec Molotov, tandis que les négociations respectives en vue de la conclusion d'un nouveau contrat n'ont pas abouti, la saisine et les éléments du dossier ne contiennent aucun élément tendant à démontrer l'existence d'un accord de volonté, explicite ou tacite, entre les groupes TF1 et M6 ayant pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence, en excluant Molotov du marché » (paragraphe 115).

194. **Molotov** conteste que ses prétendus manquements contractuels aient pu constituer une explication plausible aux comportements selon elle conjoints de TF1 et M6 visant à l'évincer du marché. Elle fait valoir, s'agissant de l'allégation de TF1 relative à l'obligation de transmission de ses données mensuelles d'abonnés, que figure cote VNC 1856 du dossier un courrier qu'elle a adressé le 17 juin 2019 à TF1 dans lequel elle indique « vous recevez depuis plus de deux ans un courrier mensuel, émanant de notre service financier, qui reprend le nombre de nos usagers payants à vos offres ». S'agissant des prétendues violations « techniques » concernant « l'absence de déploiement des fonctionnalités publicitaires sur le Network Personal Video Recorder (NPVR) », elle se réfère à ce même courrier dans lequel elle estime que le reproche est « sans fondement », « les développements techniques (ayant) été assurés par Molotov depuis plusieurs mois, comme en témoigne la présence de publicités spécifiques sur les offres replay du groupe France Télévisions par exemple. Toutefois, la mise en œuvre de cette fonctionnalité ne peut être assurée par Molotov seule car elle suppose de se connecter à vos infrastructures d'ad-serving et donc d'organiser une réunion de travail avec vos équipes techniques ». Elle ajoute que TF1 et M6 n'ont jamais mis en demeure Molotov en raison de violations contractuelles.

195. Elle conteste en outre que les deux groupes aient pu avoir un doute quant à la pérennité économique de Molotov. Les observations de M6 sur ce point comportent des contradictions et des inexactitudes. Le modèle économique de Molotov y est critiqué, alors même que ce modèle est également celui de Salto. Elle considère que TF1 invoque de façon injustifiée des impayés, alors que Molotov a toujours réglé l'ensemble des factures échues, comme en atteste un courriel de son directeur général à TF1 du 24 juin 2019 (cote VNC 1862), les quelques retards de paiements intervenus allaient de quinze jours à trois mois, ce qui dans une relation commerciale habituelle n'a rien d'anormal.

196. Molotov fait valoir que dans le même temps, les services de l'Autorité se sont abstenus d'instruire les indices fournis concernant le parallélisme des comportements de TF1 et M6 qui indiquaient que ces deux groupes avaient tout fait pour appauvrir l'offre de Molotov, allant jusqu'à imposer selon elle des restrictions contractuelles identiques que le CSA et la HADOPI ont pourtant jugé illégales et injustifiées, telle que la restriction d'enregistrement via la fonction NPVR que TF1 et M6 auraient, de manière identique et arbitraire, limité à 20 heures.
197. Elle soutient également qu'il existait des indices de collusion entre TF1 et M6, qui se sont renforcés depuis l'annonce du projet Salto. Rien ne justifie, tout d'abord, qu'un éditeur « *normalement constitué* » de chaînes de la TNT gratuite, dont les revenus sont basés essentiellement sur des recettes publicitaires assises sur l'importance de l'audience générée, décide soudainement non seulement de se priver de telles recettes publicitaires (en l'occurrence générées grâce aux audiences supplémentaires apportées par Molotov), mais aussi du revenu net des redevances de distribution payées par Molotov. De plus, alors même que TF1 et M6 mettaient fin à leurs contrats respectifs avec Molotov et refusaient d'en conclure de nouveaux, l'un des engagements proposés par les chaînes dans le cadre de l'opération de concentration visait à exclure du bénéfice de l'offre qui devrait être faite à tous les distributeurs, ceux qui n'avaient plus de contrats en cours. Selon elle, ce parallélisme et cette simultanéité des comportements dénoncés ne peuvent être expliqués par d'autre raison économique que celle d'affaiblir Molotov.
198. **L'Autorité** souligne en réponse l'absence de tout élément matériel dans le dossier d'instruction permettant de constater un accord de volonté entre les deux groupes, la similarité des comportements de TF1 et M6 telle qu'alléguée par Molotov ne pouvant le caractériser. Elle se réfère à cet égard à la décision n° 19-D-18 Dstorage du 31 juillet 2019 citée au paragraphe 109 de la décision attaquée.
199. L'Autorité fait valoir en outre qu'en présence de manquements contractuels, d'impayés réguliers allant jusqu'à trois mois de retard, ou encore d'un désaccord majeur du distributeur sur la nouvelle politique de distribution de l'éditeur, il ne peut à tout le moins être exclu qu'un éditeur souhaite rompre sa relation commerciale avec son distributeur.
200. **Le ministre chargé de l'économie** indique que le comportement collusif des groupes TF1, M6 et FTV n'est pas démontré. Une concertation ne peut pas se déduire d'une simple cohérence entre deux entités ou d'un parallélisme de comportement, étant observé que l'évolution de la physionomie du marché a pu être la cause du parallélisme observé. Il renvoie à cet égard au paragraphe 110 de la décision attaquée, laquelle a aussi relevé, au titre des explications plausibles, les manquements contractuels de Molotov et l'hétérogénéité des ruptures contractuelles. En tout état de cause, la requérante n'apporte pas d'éléments supplémentaires de concertation.
201. **Le ministère public** souligne que ni la saisine, ni le dossier d'instruction ne contiennent d'éléments matériels à l'appui de la collusion que Molotov allègue. Un simple parallélisme de comportement ne suffit pas à lui seul à démontrer l'existence d'une entente anticoncurrentielle dans la mesure où ce parallélisme de comportement peut résulter de la mise en œuvre de stratégies autonomes par des entreprises souhaitant s'adapter à des évolutions de marché.

Sur ce, la Cour,

202. L'article L.420-1 du code de commerce prohibe les actions concertées ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché. Prouver une pratique collusive implique donc de rapporter la preuve d'un concours de volonté.

203. Un simple parallélisme de comportements ne suffit pas à démontrer l'existence d'une entente anticoncurrentielle. Il peut en effet être le fait de concurrents prenant des décisions autonomes, sur le fondement d'informations accessibles à tous, et selon une rationalité économique propre. Il peut notamment résulter de la stratégie autonome d'entreprises souhaitant s'adapter aux évolutions du marché.
204. En l'espèce, selon la saisine, les décisions individuelles de chacun des groupes M6 et TF1 relatives à leur positionnement respectif par rapport à l'ensemble des distributeurs seraient le résultat d'une entente anticoncurrentielle et auraient pour objet de restreindre leur capacité, et notamment celle de Molotov, à exercer une pression concurrentielle sur leur plateforme commune Salto.
205. M6 et TF1 ont, de fait, chacun changé leur positionnement vis-à-vis de l'ensemble du marché, en exigeant des distributeurs qu'ils se rémunèrent pour la commercialisation de leurs contenus auprès des consommateurs. Toutefois, comme il est observé à juste titre au paragraphe 110 de la décision attaquée, ce nouveau positionnement de chacun des deux groupes s'explique par l'évolution du paysage audiovisuel, exposé notamment dans l'avis de l'Autorité n° A-04-02 du 21 février 2019 rendu suite à la demande de la commission des affaires culturelles de l'Assemblée nationale dans le secteur de l'audiovisuel, marquée par la stagnation des ressources publicitaires des éditeurs de télévision nécessitant de rechercher de nouvelles sources de revenu.
206. En outre, le fait que TF1 et M6 aient imposé des restrictions contractuelles identiques relatives à la restriction d'enregistrement via la fonction NPVR, que M6 ait mentionné une clause de réciprocité vis-à-vis de TF1 dans le projet d'accord (Term sheet), ou encore que TF1 et M6 aient conjointement proposé à l'Autorité, dans le cadre du contrôle de l'opération Salto, une proposition d'engagement visant à exclure du bénéfice de l'offre devant être faite à tous les distributeurs ceux qui ne disposent pas d'un contrat en cours (limitation supprimée ensuite, ainsi qu'il ressort du paragraphe 473 de la décision n° 19-DCC-157 Salto), ne permet pas de rendre vraisemblable l'existence d'un accord de volontés entre M6 et TF1 propre à démontrer l'entente anticoncurrentielle alléguée.
207. La circonstance que M6 ait souhaité poser une condition de réciprocité avec TF1 dans sa relation contractuelle avec Molotov montre, à l'inverse, qu'elle n'avait pas l'assurance, par TF1 elle-même, de la position que cette dernière adopterait.
208. En outre, comme l'a justement relevé la décision attaquée aux paragraphes 112 et suivants, les décisions respectives des groupes M6 et TF1 de rompre ou de ne pas renouveler leurs contrats respectifs avec Molotov ont pris des formes différentes, ont été motivées de façon clairement distincte, ainsi qu'il ressort des paragraphes 19 et suivants : clause de « *paywall* » pour M6 à la fin de l'année 2017 et rupture des relations en mars 2018, offre Premium pour TF1 en 2016 et fin de la poursuite des négociations le 30 juin 2019, soit à plus d'un an d'intervalle.
209. Contrairement à ce que Molotov soutient, l'Autorité ne s'est pas contentée des allégations des entreprises mises en cause mais s'est référée, s'agissant des échanges entre les parties lors de la négociation, aux éléments documentaires qui ont été transmis aux services d'instruction (énumérés note de bas page 59 de la décision attaquée). Les pièces cotées VNC 1856 et 1862 auxquelles Molotov fait référence dans son recours, qui évoquent les diligences auxquelles elle a procédé et dans lesquelles elle conteste les reproches qui lui sont faits, s'articulent avec les autres éléments documentaires cités dans la décision attaquée (VNC 1851, 1852, 1854, 2076 et suivantes) relatifs à des retards de paiements, l'absence de fourniture mensuelle du nombre d'utilisateurs et d'envoi des données détaillées sur l'utilisation de la fonctionnalité d'enregistrement. Ils n'ont pas, dans ces circonstances, un caractère déterminant.
210. En outre, postérieurement à la rupture des relations, les comportements des deux groupes ont été très différents : TF1 a immédiatement interrompu la livraison du signal de ses chaînes le lendemain de l'expiration de l'accord, alors que M6 n'a pas coupé le signal de ses chaînes, lequel a été repris par Molotov sans son autorisation.

211. C'est en conséquence à juste titre que l'Autorité a retenu que la saisine, comme les pièces versées à la procédure, ne comportait aucun élément tendant à démontrer l'existence d'un accord de volonté, explicite ou tacite, entre les groupes TF1 et M6 ayant pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence, en excluant Molotov du marché.

212. Il résulte de ce qui précède que le moyen doit être écarté.

5. Sur la restriction verticale alléguée résultant de la volonté de M6 d'imposer une clause dite de « paywall »

213. Aux termes des paragraphes 122 et 123 de la décision attaquée, l'Autorité a retenu qu'il ressort des éléments du dossier que les conditions générales de distribution (ci-après « CGD ») du groupe M6 ont été adoptées par celui-ci de manière unilatérale et n'ont fait l'objet d'aucun accord explicite ou d'acquiescement tacite par Molotov, en raison précisément du rejet par celle-ci des dites CGD. En l'absence de démonstration de l'existence d'un accord de volonté entre les parties en cause, elle a estimé que toute analyse de la clause dite de « paywall » y figurant est, par définition exclue, sous l'angle des articles L.420-1 du code de commerce et 101 paragraphe 1 du TFUE.

214. Selon les éléments versés à la procédure, les CGD adressées par le groupe M6 à Molotov stipulent en leur article 3.1, la clause dite « paywall » rédigée en ces termes :

« 3.1. Offre de TV : offre de télévision (i) composée a minima d'un Bouquet Basique tel que visé à l'article 4.1.1. [bouquet accessible par 100% des abonnés éligibles à la télévision sur le canal n° 6 pour le bouquet basique M 6 ; idem pour le bouquet basique W9 accessible sur le canal n° 9 et pour le bouquet basique 6TER accessible sur le canal 22] incluant des chaînes thématiques, des services non linéaires associés à ces chaînes et des chaînes de la TNT (ce Bouquet ne pouvant être constitué essentiellement de chaînes de la TNT en clair et/ou de leurs services de télévision de rattrapage), (ii) commercialisée par le Distributeur directement auprès du public, dans le cadre d'un abonnement payant et (iii) exploités sous sa seule marque auprès de ses Abonnés. Cette offre est accessible en mode numérique via les Réseaux par l'intermédiaire des Terminaux d'accès. » (pièce n° 14 annexée à la saisine, cotes 159-199).

215. Molotov fait valoir que M6 a tenté par lettre recommandée du 27 novembre 2017 de lui imposer cette clause qui empêchait pour l'avenir que les chaînes puissent être reprises dans son offre de base gratuite. Limitant l'autonomie commerciale des distributeurs, cette clause lui paraît constituer une restriction verticale caractérisée contraire aux articles 101 du TFUE et L.420-1 du code de commerce. Elle ajoute qu'une telle qualification est conforme à la jurisprudence, notamment l'arrêt Kontiki de la cour d'appel de Paris du 16 mai 2013 (RG n° 13/19476) et à la pratique décisionnelle de la Commission (Décision du 5 juillet 2000, COMP.F.1. 36.516) car elle restreint la liberté commerciale de Molotov en lui interdisant de pratiquer un prix de revente égal à zéro.

216. Par ailleurs, elle soutient que l'absence d'accord de Molotov n'empêche pas de constater une infraction aux articles 101 du TFUE et L.420-1 du code de commerce, la politique de prix de revente minimal étant pratiquée par M6 à l'égard de tous ses autres distributeurs. Elle invoque la jurisprudence de la CJUE, notamment l'arrêt AEG (25 octobre 1983, n° C-107/82, points 33 à 39), en estimant que le refus de la clause de « paywall » ne doit pas s'analyser comme un comportement unilatéral, dès lors qu'il traduit en réalité un refus d'agrément.

217. Elle ajoute qu'en s'abstenant d'instruire cette violation, l'Autorité a commis une erreur et refusé de s'acquitter de sa mission de protection de l'ordre public économique et de mise en œuvre effective des règles de concurrence françaises et européennes. En effet, en vertu de l'article L.462-6 du code de commerce, ainsi que la pratique décisionnelle (décision n° 06-D-18 du 28 juin 2006) l'Autorité est saisie in rem ce qui signifie qu'elle ne

doit pas limiter son instruction au champ de la saisine, mais doit mener une investigation complète. Elle rappelle que la cour d'appel de Paris a d'ailleurs précisé la portée du principe de saisine in rem dans un arrêt du 22 février 2005 (RG n° 04/13460) permettant à l'Autorité de retenir les pratiques révélées par les investigations auxquelles elle procède, quoique non expressément visées dans la saisine. En refusant d'instruire de manière complète l'affaire, alors même qu'elle disposait de tous les éléments nécessaires, l'Autorité aurait violé les obligations de protection d'ordre public économique, et d'application effective des articles 101 et 102 du TFUE

218. **L'Autorité** indique en réponse, dans un premier temps, que conformément à l'article 33 du Règlement n° 1/2003, les autorités nationales de contrôle sont compétentes pour appliquer les articles 101 et 102 du TFUE. Toutefois, leur application effective est nécessairement limitée au champ matériel de sa saisine. Elle rappelle, en outre, s'agissant de la circonstance que ladite clause serait appliquée par M6 à l'égard de tous ses distributeurs, que la saisine n'est relative qu'au comportement de M6 vis-à-vis de Molotov et non de ses autres distributeurs. Aucune référence aux contrats liant M6 aux autres distributeurs n'a été faite par Molotov postérieurement à la communication du dossier d'instruction le 10 janvier 2020 jusqu'à la séance du 30 avril 2020 incluse. Ce n'est que dans le cadre du présent recours que Molotov évoque une telle pratique, sans cependant apporter d'autre élément matériel ou indice. Elle se réfère à la décision de la cour d'appel de Paris du 4 mai 2004 de laquelle il ressort que le principe de la saisine in rem du Conseil de la concurrence ne dispense pas le requérant de l'obligation de spécifier les faits soumis à son appréciation. Elle ajoute que cette position est aussi celle du TUE (Arrêt du 4 mars 2003, FENIN/Commission, T-319/99, point 43), qui ne requiert pas que la Commission prenne en considération des éléments qui n'ont pas été communiqués par le plaignant, aux fins du rejet d'une plainte.

219. Dans un second temps, elle souligne que la preuve en matière d'entente verticale requiert l'existence d'un accord de volonté restrictif de concurrence, ce qui n'est pas démontré en raison du refus de Molotov d'accepter les CGD. Elle observe en outre que la saisine n'était relative qu'au comportement de M6 vis-à-vis de Molotov et qu'aucune référence aux contrats liant M6 aux autres distributeurs, versés au dossier lors de l'instruction, n'a été faite par Molotov dans la phase contradictoire ayant précédé la séance ni durant la séance. Ce n'est que dans le cadre du présent recours que Molotov évoque une telle pratique, sans cependant apporter d'autre élément matériel ou indice.

220. L'Autorité invoque enfin l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 18 novembre 2020 (RG n° 19/04765), saisie dans le cadre du litige commercial opposant Molotov et M6, duquel il ressort que l'article 3.1 des CGD ne constitue pas une pratique prohibée de prix imposé.

221. **Le ministre chargé de l'économie** fait observer à la Cour qu'en vertu de l'article 101 du TFUE et L.420-1 du code de commerce, il est nécessaire qu'un concours de volonté soit prouvé pour qu'une entente verticale soit constatée. Or, en l'espèce, les CGD de M6 ont été adoptées de manière unilatérale et n'ont pas fait l'objet d'un accord explicite ou d'acquiescement tacite par Molotov.

222. **Le ministère public** développe une argumentation similaire.

Sur ce, la Cour,

223. En premier lieu, la Cour rappelle qu'aux termes de l'article L.462-6 du code de commerce :

« L'Autorité de la concurrence examine si les pratiques dont elle est saisie entrent dans le champ des articles L.420-1 à L.420-2-2 ».

224. L'application de ces textes est ainsi limitée au champ matériel de saisine de l'Autorité, sans préjudice de la faculté dont dispose cette dernière de poursuivre des investigations sur des pratiques qui seraient révélées à cette occasion et qui, quoique non visées dans la saisine, ont le même objet ou le même effet que celles qui lui ont été dénoncées ou de s'en saisir d'office.

225. En l'espèce, la saisine (annexe 1 de procédure) contient, notamment, les précisions suivantes (soulignements ajoutés par la Cour) :

« 5. Les comportements de TF1 et M6 caractérisent une tentative abusive d'éviction de la plateforme de Molotov ».

« 171. La position dominante collectivement détenue par, entre autres, TF1 et M6, sur le marché de l'édition de chaînes de télévision et de services accessibles en clair aux téléspectateurs, leur confère un fort pouvoir de levier et d'éviction sur le marché aval de la distribution de chaînes de télévision gratuite, et sur celui, nouveau et connexe au précédent, des plateformes télévisuelles multiservices, (...) ».

« 172. Les comportements de TF1 et M6 manifestent une utilisation abusive, par ces deux opérateurs, de ce levier qu'elles détiennent, afin d'évincer, par plusieurs moyens, une plateforme qu'ils sont amenés à concurrencer par l'intermédiaire de Salto. Ces moyens abusifs sont en particulier :

– Le refus de fournir des intrants indispensables à l'exercice d'une activité en aval, où elles sont elles-mêmes présentes ; (5.1)

– L'imposition de conditions techniques et financières d'accès à leurs services qui empêchent Molotov d'exercer une concurrence sur le marché aval des plateformes télévisuelles multiservices dans les mêmes conditions que leur propre plateforme ; (5.2)

– L'immixtion des groupes TF1 et M6 dans la politique commerciale de Molotov qui constitue un obstacle à sa capacité à faire évoluer son offre de services pour se distinguer des plateformes concurrentes, et pour parvenir à une meilleure rentabilité. (5.3) ».

« 5.1. Sur le refus de TF1 et M6 de conclure un accord de distribution avec Molotov à des conditions compatibles avec l'exercice d'une concurrence effective ».

« 188. M6 a exigé de Molotov l'application d'une clause de "Paywall" lui interdisant de proposer ses chaînes de la TNT dans le cadre d'une offre gratuite de type "Freemium", bien que cela constitue un élément de sa politique commerciale et l'essence même de son modèle économique. Le Tribunal de commerce de Paris a ainsi reconnu que cette clause manifestait une "immixtion par le GROUPE M6 dans la stratégie commerciale de MOLOTOV" et avait comme conséquence de "fragilise[r] la pertinence et la pérennité du modèle d'affaires de MOLOTOV la conduisant à devoir questionner le prix facturé à ses clients". (Pièce n°25 : jugement du tribunal de commerce de Paris du 11 février 2019).

189. Ensuite, TF1 comme M6 ont fait systématiquement obstruction à toute possibilité de négociation, et ont mis fin aux négociations ».

(...)

« 220. La clause de "Paywall" que M6 a tenté d'imposer à Molotov participe de la même logique d'intrusion et de contrôle sur la politique commerciale de Molotov, comme l'a d'ailleurs relevé expressément le Tribunal de commerce de Paris dans son jugement du 11 février 2019, sachant que l'analyse menée par le Tribunal de Commerce est tout autant transposable dans le cadre de l'article 101 TFUE, puisque

la limitation de l'autonomie commerciale de distributeurs constituent une restriction caractérisée. ».

« 222. Ces pratiques, et en particulier les obligations imposées à Molotov d'inclure les chaînes ou services dans des bouquets gratuits ou payants — ce qui relève d'une forme de contrôle tarifaire — sont assimilables à celles que France Télécom avait tenté d'imposer en 2001 aux FAI, qui consistaient à assortir leurs packs commercialisés dans la grande distribution de conditions d'assistance spécifiques de conditions tarifaires et de commissionnement encadrées par France Télécom. ».

« 223. Ces pratiques d'intrusion constituent ainsi des pratiques prohibées par l'article 102 du TFUE/L.420-2 du code de commerce, mais peuvent également être appréhendées sous l'angle de l'article 101 du TFUE/L.420-1 du code de commerce interdisant les restrictions à la liberté commerciale du revendeur dans les accords de distribution verticaux ».

226. Il ressort de ce rappel que Molotov n'a pas invoqué l'existence d'une politique restrictive imposée à tous les distributeurs amenés à contracter avec M6, mais dénoncé les comportements adoptés par deux sociétés qui, ensemble, disposaient de parts de marché importantes, leur prêtant un but commun, spécifique, d'éviction de la plateforme Molotov.

227. L'Autorité n'était ainsi pas tenue d'instruire cette saisine sous l'angle d'une entente verticale regroupant l'ensemble des distributeurs, partenaires du groupe M6, et ce d'autant qu'elle n'était étayée d'aucun élément de nature à révéler d'autres pratiques, plus amples que celles dénoncées.

228. En second lieu, la Cour rappelle qu'aux termes de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne :

« 1. Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur, et notamment ceux qui consistent à :

a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction (...) ».

229. Aux termes de l'article L.420-1 du code de commerce :

« Sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à :

1° Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;

2° Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ; (...) ».

230. Comme l'a justement indiqué la décision attaquée, de jurisprudence constante, tant en droit de l'Union qu'en droit interne, la preuve d'une entente verticale requiert la démonstration de l'accord de volontés des parties à l'entente exprimant leur volonté commune de se comporter sur le marché de manière déterminée.

231. Or, en l'espèce, il ressort des éléments de l'instruction que les CGD que le groupe M6 a transmises à Molotov, à l'échéance des accords en cours et dans la perspective de leur

renouvellement, ont été adoptées de manière unilatérale par ce groupe et n'ont fait l'objet d'aucun accord explicite ou tacite par Molotov.

232. Compte tenu du champ de la saisine qui vient d'être rappelé, il est vain d'invoquer les conditions dans lesquelles la clause de « *paywall* » pourrait être appliquée par les autres distributeurs.

233. Au surplus, il ressort du libellé de la clause litigieuse, reproduite au paragraphe 214 du présent arrêt, que cette dernière a pour objet d'inclure au sein d'une offre de télévision payante, au contenu diversifié, la distribution des chaînes de la TNT en clair éditées par M6 et leurs services de fonctionnalités associés et pour objectif, manifeste, de préserver la valorisation de leur contenu, en prévoyant que ces chaînes soient associées à d'autres programmes pour ne pas constituer un bouquet « *essentiellement composé de chaînes de la TNT en clair et/ou de leurs services de télévision de rattrapage* ». Elle a ainsi pour effet d'empêcher que le distributeur ne distribue gratuitement par internet les chaînes en clair de cet éditeur. Elle ne fait pas obstacle, en revanche, à ce que le distributeur fixe librement le prix de l'abonnement à ses offres.

234. Sur la mise à disposition des chaînes gratuites d'un éditeur privé sous conditions, la Cour rappelle tout d'abord que le Conseil d'État a jugé, à l'occasion de l'examen du recours en annulation formé contre une décision du CSA en règlement d'un différend opposant M6 à une société distributrice de services audiovisuels par satellite qu'« *aucune obligation légale de mise à disposition de son signal à un distributeur par satellite ne pesait sur l'éditeur privé du service gratuit M6* » (7 décembre 2011, n° 321349 Société Métropole télévision).

235. Par ailleurs, et comme l'a relevé le CSA dans son avis n° 19-05 du 17 juillet 2019 relatif à la création de l'entreprise commune Salto, « *l'article 34-4 de la loi n° 86-1067 prévoit un "must deliver", c'est-à-dire un droit d'accès et de numérotation des chaînes de la TNT nationale gratuite aux offres des distributeurs de services. Ce droit d'accès implique pour le distributeur une obligation d'interopérabilité technique des décodeurs. Elle est conditionnée à une demande de l'éditeur, ne constitue pas une obligation de contracter et n'est pas exclusive d'une éventuelle rémunération. (...) À l'inverse, les éditeurs privés présents en TNT ne sont pas contraints de fournir ni de proposer leur signal aux distributeurs* » (page 55).

236. L'éditeur privé du service gratuit M6 n'est ainsi tenu à aucune obligation légale ou réglementaire de mise à disposition de son signal à un distributeur par tout autre moyen que la voie hertzienne, que ce soit par satellite ou, comme en l'espèce, par internet.

237. Il s'en déduit que les textes législatifs et réglementaires régissant la communication audiovisuelle ne s'opposent pas à ce que le groupe M6, éditeur privé du service gratuit par voie hertzienne puisse subordonner la distribution de ses chaînes en clair de la TNT à certaines conditions, dès lors que, comme en l'espèce, elles n'imposent pas un niveau de rémunération pour la commercialisation de l'offre au public (que le distributeur fixe librement), se bornent à exiger des conditions d'exploitation permettant de préserver la notoriété des chaînes et contenus diffusés, laquelle participe à la valorisation des offres du distributeur (sans disproportion manifeste entre les droits et obligations réciproques des parties à l'accord), étant précisé qu'aucun élément de la procédure n'est de nature à établir une discrimination à l'égard de Molotov.

238. C'est ainsi à tort que Molotov invoque, d'une part, un prétendu principe de gratuité pour la diffusion par internet des chaînes en clair de la TNT du groupe M6, d'autre part, l'imposition d'un prix de revente minimal dans le cadre d'un système qui s'apparenterait à un réseau de distribution sélective.

239. Par ailleurs, aucun élément n'étaye les allégations de Molotov selon lesquelles elle aurait été soumise à des conditions de distribution discriminatoires par le groupe M6, en subordonnant la diffusion des chaînes en clair de ce dernier et des services non linéaires

associés au respect de la clause de « *paywall* ». Par suite, l'échec des négociations entre les parties ne peut davantage, en l'état des éléments produits, être assimilé à un refus d'agrément susceptible d'être examiné à l'aune de l'article 101 TFUE, d'autant que les éléments produits sont également insuffisants pour étayer les allégations de Molotov sur la politique d'éviction alléguée.

240. Le moyen est rejeté.

241. Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, ainsi que des développements qui précèdent qui ont exposé les motifs pour lesquels le parallélisme de comportement de TF1 et M6 ne peut suffire à apporter une preuve suffisante de l'existence d'une entente intervenue entre eux, c'est à juste titre que l'Autorité a retenu dans la décision attaquée que Molotov n'apportait pas d'éléments suffisamment probants à l'appui de ses allégations et, sur la base de l'ensemble des analyses précitées retenu qu'il y avait lieu de rejeter la saisine en application de l'article L.462-8 du code de commerce.

242. Le recours est donc rejeté dans son ensemble.

PAR CES MOTIFS

REJETTE le recours formé par la société Molotov contre la décision n° 20-D-08 du 30 avril 2020 de l'Autorité de la concurrence relatives à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'édition et de la commercialisation de chaînes de télévision ;

CONDAMNE la société Molotov aux dépens.

LA GREFFIÈRE,

LA PRÉSIDENTE,

Véronique COUVET

Frédérique SCHMIDT