

7 décembre 2022
Cour de cassation
Pourvoi n° 20-21.436

Chambre commerciale financière et économique - Formation restreinte hors
RNSM/NA

ECLI:FR:CCASS:2022:CO00741

Texte de la **décision**

Entête

COMM.

CH.B

COUR DE CASSATION

Audience publique du 7 décembre 2022

Rejet

M. VIGNEAU, président

Arrêt n° 741 F-D

Pourvoi n° P 20-21.436

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, DU 7 DÉCEMBRE 2022

1°/ la société C8, société par actions simplifiée,

2°/ la société Cstar, société par actions simplifiée,

3°/ la société Groupe Canal+,

ayant toutes les trois leur siège [Adresse 1],

ont formé le pourvoi n° P 20-21.436 contre l'arrêt rendu le 8 octobre 2020 par la cour d'appel de Paris (pôle 5, chambre 7), dans le litige les opposant :

1°/ à la société France télévisions, société anonyme, dont le siège est [Adresse 4],

2°/ à la société Métropole télévision, société anonyme, dont le siège est [Adresse 5],

3°/ à la société Télévision française 1 (TF1), société anonyme, dont le siège est [Adresse 2],

4°/ à l'Autorité de la concurrence, dont le siège est [Adresse 3],

5°/ au ministre chargé de l'économie, domicilié [Adresse 6],

défendeurs à la cassation.

Les demanderesses invoquent, à l'appui de leur pourvoi, le moyen unique de cassation annexé au présent arrêt.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de Mme Champalaune, conseiller, les observations de Me Soltner, avocat des sociétés C8, Cstar et Groupe Canal+, de la SARL Cabinet Briard, avocat de la société Télévision française 1 (TF1), de la SCP Duhamel-Rameix-Gury-Maitre, avocat de l'Autorité de la concurrence, de la SCP Piwnica et Molinié, avocat de la société France télévisions, de la SCP Spinosi, avocat de la société Métropole télévision, après débats en l'audience publique du 18 octobre 2022 où étaient présents M. Vigneau, président, Mme Champalaune, conseiller rapporteur, Mme Darbois, conseiller doyen, et Mme Labat, greffier de chambre,

la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation, composée des président etconseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt.

Exposé du litige

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Paris, 8 octobre 2020), le 6 décembre 2013, les sociétés Groupe Canal+, D8, devenue la société C8, et D17, devenue la société CStar, soutenant que des clauses contractuelles conclues entre les groupes TF1, France télévisions et Métropole télévision et les producteurs de films d'expression originale française (les films EOF), dits de « catalogue », étaient constitutives d'ententes anticoncurrentielles entre les chaînes historiques en clair et les producteurs de films EOF, ayant pour objet et pour effet cumulatif de verrouiller l'accès des chaînes de la télévision numérique terrestre (TNT), non adossées à une chaîne historique en clair, aux droits des films EOF de catalogue, en général, et aux droits des films les plus attractifs, en particulier, en ont saisi l'Autorité de la

concurrence (l'Autorité).

2. Par décision n° 19-D-10 du 27 mai 2019, l'Autorité a estimé que le marché concerné par ces pratiques était celui des achats de droits de diffusion en clair des films EOF de catalogue et décidé que les accords en cause n'étaient pas susceptibles d'avoir pour effet cumulatif d'entraver la concurrence sur ce marché. Elle en a déduit qu'il n'y avait pas lieu à poursuivre la procédure.

3. Les sociétés Groupe Canal+, C8 et CStar ont formé un recours contre cette décision.

Moyens

Examen du moyen

Sur le moyen, pris en ses troisième, quatrième et cinquième branches, ci-après annexé

Motivation

4. En application de l'article 1014, alinéa 2, du code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ces griefs qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

Moyens

Sur le moyen, pris en ses première, deuxième, sixième à huitième branches

Enoncé du moyen

5. Les sociétés Groupe Canal+, C8 et CStar font grief à l'arrêt de rejeter leur recours contre la décision n° 19-D-10 du 27 mai 2019 de l'Autorité, laquelle a dit n'y avoir lieu à poursuivre la procédure initiée à la suite de la saisine enregistrée sous le n° 13/0092 F par laquelle les sociétés Groupe Canal+, C8 et CStar ont saisi l'Autorité de certaines pratiques mises en oeuvre dans le secteur de l'acquisition de droits relatifs aux oeuvres cinématographiques d'expression originale française dites « de catalogue », alors :

« 1°/ qu'un "marché pertinent" comprend tous les produits ou les services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leurs prix et de l'usage auquel ils sont destinés ; que l'article L. 420-1 du code de commerce faisant obligation au juge de sanctionner les comportements anti-concurrentiels dont il est saisi ayant pour objet ou pour effet de fausser le jeu de la concurrence "sur un marché", il lui appartient, dans chaque cas, de rechercher quel est ce marché et d'en fixer le périmètre avec précision ; que la cour d'appel, pour exclure l'existence d'un marché portant sur les films EOF préfinancés, distinct de celui portant sur les films EOF non préfinancés, énonce, par motifs propres et adoptés, que la segmentation actuelle est "conforme à la pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence, qu'elle est approuvée par le CSA", et qu'une nouvelle segmentation n'a "jamais été retenue ni invoquée jusqu'alors" ; qu'en se déterminant par des tels motifs, quand la société Canal+ soutenait que les films EOF de catalogue préfinancés restaient majoritairement ceux qui génèrent les plus fortes audiences et bénéficient donc du plus fort potentiel

d'attractivité auprès des annonceurs, de sorte que ni ces derniers, ni les chaînes de télévision en clair, qui en acquièrent les droits, ne tiennent les autres films EOF de catalogue comme leur étant substituables, ce qui suffisait à caractériser l'existence d'un marché qui leur était propre sur la réalité duquel il entrait dans l'office du juge de se prononcer, peu important qu'il en résulte une nouvelle segmentation distincte de celle identifiée par les autorités de régulation, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 420-1 du code de commerce, 1382, devenu l'article 1240, du code civil, ensemble, l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) ;

2°/ que le périmètre d'un marché pertinent dépend de la sensibilité d'une majorité d'opérateurs actifs sur ce marché aux caractéristiques d'un produit ou d'un service, dont la substituabilité à un autre produit ou à un autre service s'apprécie au regard de leurs qualités habituelles et attendues ; qu'en l'espèce, pour exclure l'existence d'un marché propre aux films EOF préfinancés, la cour d'appel retient que les rapports ou avis produits aux débats, comme l'analyse comparative des audiences réalisées par un certain nombre de films, démontrent "l'absence d'automatisme entre le préfinancement des films par des chaînes en clair, leur prix et leur forte audience" ; qu'elle relève encore que "le potentiel d'audience d'un film lors d'une diffusion télévisée dépend de plusieurs facteurs exogènes propres aux circonstances de sa diffusion, tels que les programmes diffusés par les chaînes concurrentes dans la même fenêtre de diffusion", et que si la définition du marché "en valeur économique" revendiquée par le Groupe Canal+ peut être pertinente pour distinguer les films "inédits" de ceux diffusés en première ou deuxième fenêtres, "nul ne conteste que la multiplication des fenêtres de diffusion lors du premier cycle d'exploitation du film conduit à une plus grande "usure" lorsqu'il devient un film de catalogue, de sorte que le film est alors moins générateur d'audience" ; que la cour observe également que la chaîne C8 elle-même a parfois réalisé les meilleurs parts d'audience en première partie de soirée avec un film non préfinancé ; qu'en s'en tenant à ce seul constat, dont nul ne contestait l'exactitude, quand il lui appartenait seulement de rechercher, si, comme les études chiffrées produites par les sociétés du Groupe Canal+ le démontraient, les films EOF de catalogue préfinancés ne demeureraient pas, dans leur grande majorité et d'une manière habituelle, ceux qui, en raison des moyens de production et de réalisation qui y sont consacrés, généraient les plus fortes audiences même en rediffusion, et bénéficiaient donc du plus fort potentiel attractif auprès des annonceurs, ce qui suffisait à les différencier, en raison de cette valeur économique, des films EOF non préfinancés, et à caractériser ainsi l'existence d'un marché qui leur était propre, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 420-1 du code de commerce, 1382, devenu 1240, du code civil, ensemble l'article 101 du TFUE ; qu'il en est d'autant plus ainsi que le CSA lui-même observait dans l'Avis qu'il a émis dans la présente procédure : "La différence de prix pour l'achat de droits de diffusion d'oeuvres cinématographiques françaises entre chaînes "historiques" et chaînes de la TNT peut se situer dans un rapport de 1 à 10" et que "Les prix élevés consentis par les chaînes "historiques" leur assurent la diffusion des films qui présentent les meilleures capacités d'audience", ce qui, comme l'Autorité l'avait elle aussi admis dans la notification des griefs, justifiait "de restreindre le marché aval aux achats de droits de films EOF préfinancés par les chaînes en clair", dès lors que "la demande des chaînes en clair se concentre en priorité sur les films à fort potentiel, à savoir les films EOF préfinancés par les chaînes en clair" ;

6°/ que le marché pertinent doit être délimité dans sa situation contemporaine aux pratiques reprochées ; qu'en l'espèce, les sociétés du Groupe Canal+ dénonçaient des pratiques concertées consistant en un recours abusif aux droits de priorité et de préemption sur les droits de diffusion dans les contrats de préachat, pratiques dont la notification des griefs a retenu qu'elles avaient commencé en 2004 et s'étaient poursuivies sans discontinuer ; que la cour d'appel, pour refuser de restreindre le marché pertinent aux films EOF de catalogue préfinancés, énonce que le Groupe Canal+ dans le cadre des engagements qu'il a souscrit en 2014, « a été autorisé à bénéficier de droits de priorité et de préemption, comme les autres investisseurs » et qu'« il n'est donc pas fondé de prétendre que les chaînes de la TNT appartenant au Groupe Canal+ ne seraient pas en mesure d'accéder aux films attractifs préfinancés par Canal+ » ; que la cour relève encore qu'« il n'est pas établi que d'autres films de catalogues (dont ceux) préfinancés par des chaînes payantes ou gratuites non historiques ne seraient pas à même de satisfaire les besoins spécifiques des chaînes de la TNT non adossées à une chaîne historique » ; que l'Autorité de la relève de la même manière, pour dire n'y avoir lieu à remise en cause de la segmentation actuelle du marché, « que la quasi-totalité des films préfinancés par les nouvelles chaînes de la TNT sont également préfinancés par des chaînes payantes et, pour la majorité des films concernés en 2017, étaient également préfinancés par des chaînes

historiques gratuites » ; qu'en faisant ainsi état de ce que leur qualité de filiale de la société Canal+ avait permis aux chaînes C8 et CStar, dès 2014, et de façon plus large encore à compter de 2017, de bénéficier des droits de diffusion sur les films EOF préfinancés par le Groupe Canal+, ou en se fondant encore sur des considérations ayant trait aux pratiques des opérateurs du marché en matière de préfinancement observées en 2017, au lieu d'apprécier le marché pertinent dans sa situation contemporaine aux pratiques reprochées, lesquelles sont survenues à une époque où les sociétés Direct 8 et Direct Star n'étaient adossées à aucune chaîne historique ou payante et ne pouvaient avoir accès aux films préfinancés par celles-ci, la cour d'appel a violé de ce chef encore les articles L. 420-1 du code de commerce, 1382, devenu 1240, du code civil, ensemble l'article 101 du TFUE,

7°) qu'une entreprise qui s'auto-provisionne ou qui provisionne ses filiales dans un produit nécessaire à l'activité de celles-ci ne peut être considérée, pour la délimitation du marché pertinent, comme étant en mesure de substituer ses propres produits à ceux du marché dont elle demeure un opérateur ordinaire ; que l'appréciation de la substituabilité des produits à d'autres produits pouvant présenter des caractéristiques similaires doit par conséquent être menée en prenant en considération le comportement de l'ensemble des opérateurs intervenant sur le marché considéré, abstraction faite des sources d'approvisionnement propres pouvant bénéficier à certains ; qu'en l'espèce, pour estimer que le marché pertinent devait comprendre l'ensemble des oeuvres de catalogue EOF, sans distinction entre celles ayant été préfinancées et les autres, la cour d'appel, de même que l'Autorité, retient que l'accès aux films préfinancés par Canal+ était "à même de satisfaire les besoins de ses filiales exploitant des chaînes en clair" ; qu'en statuant ainsi, alors que pour vérifier si au sein du catalogue EOF il existait une substituabilité entre les oeuvres préfinancées et les autres, il était indifférent de relever que des oeuvres préfinancées par Canal+ pouvaient satisfaire les besoins de ses filiales, question sans lien avec la délimitation d'un éventuel marché pertinent propre aux oeuvres EOF de catalogue préfinancées, la cour d'appel a commis une erreur de droit et a violé les articles L. 420-1 du code de commerce, 1382, devenu 1240, du code civil, ensemble l'article 101 du TFUE ;

8°) qu'au surplus, et en tout état de cause, en se déterminant par des motifs tirés de la prétendue capacité d'accès propre des sociétés du Groupe Canal+ à des oeuvres préfinancées, la cour d'appel a méconnu le principe selon lequel il est interdit au juge, lorsqu'il doit définir le périmètre du marché pertinent sur lequel des agissements anticoncurrentiels sont invoqués, de se fonder sur des éléments qui relèvent exclusivement de l'appréciation de ces pratiques ou de leurs effets sur le marché, violant de ce chef encore l'article L. 420-1 du code de commerce l'article 1382, devenu 1240, du code civil, ensemble l'article 101 du TFUE. »

Motivation

Réponse de la Cour

6. L'arrêt retient, d'abord, s'agissant de la question de la valeur spécifique qui s'attacherait aux films préfinancés, que le potentiel d'audience d'un film lors d'une diffusion télévisée dépend de plusieurs facteurs exogènes propres aux circonstances de sa diffusion, tels que les programmes diffusés par les chaînes concurrentes dans la même fenêtre de diffusion, et qu'il ressort de la réponse apportée par le Centre National du Cinéma au questionnaire qui lui a été adressé par les services d'instruction de l'Autorité que les critères d'appréciation ne sont pas les mêmes en fonction des acteurs économiques et dépendent du marché sur lequel évolue l'acteur, sa stratégie éditoriale, son public. Il retient, également, que s'il est exact que les préachats visent, le plus souvent, les films aux devis les plus élevés, présumés être les plus attractifs, il doit être observé que le développement des chaînes de la TNT, filiales des grands groupes audiovisuels, a eu pour effet d'accroître le nombre de fenêtres de diffusion acquises dans le cadre des préachats pour les films EOF. Il retient, encore, que s'il n'est pas contestable que la multiplication des fenêtres de diffusion, lors du premier cycle d'exploitation du film, conduit à une plus grande « usure » lorsqu'il devient un film de catalogue, de sorte que le film est alors moins générateur d'audience, il n'est pas pertinent de poser pour principe que l'attractivité d'un film de catalogue, c'est-à-dire sa capacité à générer de l'audience, est

liée à la circonstance qu'il a fait l'objet d'un préfinancement par une chaîne historique en clair ou que ce préfinancement garantirait une « surperformance » des audiences. Il observe que les exemples fournis confirment également l'absence de toute automaticité entre préfinancement par des chaînes en clair, succès au box-office et fortes audiences télévisuelles, et qu'il n'est pas pertinent de se prévaloir de données brutes relatives aux meilleures audiences réalisées par les chaînes historiques en clair pour établir la « surperformance » des films préfinancés, dès lors que de telles données intègrent des audiences qui correspondent à des diffusions préachetées qui relèvent de marchés différents (pour une première, deuxième ou troisième fenêtre de diffusion). Il déduit du montant d'acquisition des seize titres EOF les plus chers programmés sur C8 sur la période 2013-2018, lesquels n'avaient pas été préfinancés, que la valeur d'un film n'est pas nécessairement corrélée au fait qu'il a été préfinancé.

7. Il retient, ensuite, s'agissant de la possibilité de recourir à d'autres films que ceux préfinancés pour répondre à la demande, qu'il n'est pas établi que d'autres films de catalogue (films de patrimoine, films non préfinancés ou préfinancés par des chaînes payantes ou gratuites non historiques) ne seraient pas à même de satisfaire les besoins spécifiques des chaînes de la TNT non adossées à une chaîne historique. Il relève qu'il n'est pas contestable que les chaînes gratuites de la TNT diffusent aussi bien des films de catalogue ayant fait l'objet d'un préfinancement que des films de catalogue non préfinancés, à l'exception de celles dont la ligne éditoriale les oriente vers un tout autre domaine, par exemple musical. Il retient, se fondant sur un avis n° 2015-11, du Conseil supérieur de l'audiovisuel, que quarante-quatre des films diffusés en 2014 correspondent à des films non coproduits et que les chaînes C8 et NRJ 12 ne diffusent pas une proportion plus élevée de films non coproduits que la moyenne des quatre chaînes qu'elles forment avec TMC, appartenant au groupe TF1, et W9, appartenant au groupe Métropole Télévision-M6. Il observe que la circonstance que les chaînes historiques en clair diffusent un grand nombre de films coproduits ne permet nullement de conclure que les autres films ne sont pas attractifs, mais tend davantage à établir que ces diffusions sont nécessaires pour rentabiliser les investissements initialement consentis. Il en déduit que, dans la mesure où il n'est pas contesté que les films de catalogue, non préfinancés par une chaîne historique en clair, permettent de satisfaire les quotas réglementaires pesant sur les chaînes, ni sérieusement contestable qu'ils permettent de générer des recettes publicitaires, ils sont à même de satisfaire les mêmes besoins que les films de catalogues préfinancés. Il estime qu'en définitive, le principal critère d'accès est, pour la chaîne qui convoite un film attractif, sa capacité financière à en supporter le coût de diffusion.

8. En l'état de ces constatations et appréciations, dont il ressort que l'attractivité des films préfinancés par les chaînes en clair, aurait-elle été observée de façon générale, n'était pas, à l'époque des faits, suffisamment déterminante pour restreindre le marché à ceux-là seuls, en présence de films répondant également à la demande des opérateurs en cause, et abstraction faite des motifs inopérants, mais surabondants, critiqués par les première, sixième et septième branches, la cour d'appel, qui a fait la recherche invoquée par la deuxième branche et qui ne s'est pas, contrairement aux énonciations de la huitième branche, prononcée en considération des effets des pratiques dénoncées pour opérer la délimitation du marché en cause, a légalement justifié sa décision.

9. Le moyen n'est donc pas fondé.

Dispositif

PAR CES MOTIFS, la Cour :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne les sociétés Groupe Canal+, C8 et CStar aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande formée par les sociétés Groupe Canal+, C8 et CStar et les condamne à payer à la société France télévisions, la société Métropole télévision, la

société Télévision française 1, chacune, la somme globale de 3 000 euros et à payer, in solidum, au président de l'Autorité de la concurrence la somme de 3 000 euros ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du sept décembre deux mille vingt-deux.

Moyens annexés

MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit par Me Soltner, avocat aux Conseils, pour les sociétés C8, Cstar et Groupe Canal+.

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'AVOIR, rejeté le recours formé par les sociétés Groupe Canal+, C8 et C Star contre la décision de l'Autorité de la concurrence n° 19-D-10 du 27 mai 2019, laquelle a dit n'y avoir lieu à poursuivre la procédure initiée à la suite de la saisine enregistrée sous le n° 13/0092 F par laquelle les sociétés Groupe Canal+, C8 et C Star ont saisi l'Autorité de la concurrence de certaines pratiques mises en oeuvre dans le secteur de l'acquisition de droits relatifs aux oeuvres cinématographiques d'expression originale française dites « de catalogue » ;

AUX MOTIFS PROPRES QU'il convient de rappeler que la définition du marché permet d'identifier le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre les entreprises et de déterminer s'il existe des concurrents réels, capables de peser sur le comportement des entreprises en cause ou de les empêcher d'agir indépendamment des pressions qu'exerce une concurrence effective. 112.L'effet cumulatif dénoncé auprès de l'Autorité justifie, pour apprécier la dangerosité de la pratique critiquée, de prendre en compte l'ensemble des pratiques identiques ou similaires développées sur le même marché. Il est donc nécessaire, comme l'a fait la décision attaquée, de délimiter le marché pertinent avec une précision suffisante pour être en mesure d'apprécier les possibilités pour les concurrents des entreprises mises en cause d'accéder à ce marché. 113.Il ressort d'une analyse constante, tant nationale qu'européenne, qu'un marché comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés. Il est tout aussi constant que la notion de substituabilité n'a pas à être absolue, une substituabilité parfaite entre produits s'observant rarement, comme l'a justement rappelé la décision attaquée au paragraphe 200. 114.Il n'est pas contesté que l'examen doit intervenir sur le marché de l'achat des droits de diffusion télévisuelle d'oeuvres cinématographiques, la question en débat étant uniquement de savoir s'il y a lieu de restreindre le marché de l'achat des droits de diffusion de films EOF aux seuls films préfinancés par les chaînes en clair. 115.Il convient d'observer, en premier lieu, que la nécessité d'une segmentation plus fine n'a jamais été ni retenue ni même invoquée jusqu'alors. Or, ainsi que l'ont relevé les contradicteurs des sociétés saisissantes, la segmentation actuelle a été considérée comme pertinente par le CSA à plusieurs reprises, dans son avis n° 2015-11 transmis dans la présente affaire, mais encore récemment dans l'avis n° 2019-05 précité. Le CSA connaissant parfaitement les caractéristiques et le fonctionnement du secteur, il s'agit là d'un premier élément confortant le caractère approprié de la segmentation de marché retenue. 116.La segmentation retenue n'a pas non plus été remise en cause à l'issue du test de marché réalisé auprès des opérateurs de secteur, lors du réexamen des engagements pris par les sociétés Vivendi et groupe Canal+ dans le cadre de la décision 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+. Si cette analyse de marché réalisée dans le cadre d'une opération de concentration ne lie pas la cour, elle s'avère toutefois intéressante pour éclairer celle du marché concerné par les pratiques anticoncurrentielles alléguées, dès lors qu'elle est contemporaine de ces faits et relatives aux mêmes entreprises. Cette décision a relevé qu'« il est toujours pertinent de définir un marché des droits portant sur les films EOF de catalogue, distinct de l'acquisition de films EOF par les chaînes de télévision en clair dans le cadre de préachats, compte tenu notamment de leur attractivité différente et du fait que les films de catalogue ne sont plus soumis à

la chronologie des médias » et force est de constater qu'il n'a pas non plus été revendiqué, ni même identifié, d'élément justifiant une nouvelle segmentation à cette occasion. 117. Il convient de préciser que les engagements pris dans le cadre de cette opération de concentration répondent aux préoccupations de concurrence identifiées, lesquelles sont distinctes de l'appréciation de la substituabilité des films EOF de catalogue préfinancé par les chaînes en clair et des autres types de film. L'effet de levier en cause dans les engagements résulte du fait que la société Groupe Canal+ « qui reste l'acteur dominant sur le marché de l'acquisition de droits de diffusion de films EOF récents pour la télévision payante, est toujours en mesure de faire jouer un effet de levier entre ses activités de télévision payante et de télévision gratuite ». Comme l'Autorité l'avait relevé dans la décision n° 14-DCC-50, le Groupe Canal+ était quasiment le seul acheteur de droits cinématographiques pour une diffusion en première et deuxième fenêtres de télévision payante sur le territoire français et que « [p]ris individuellement, aucun opérateur de la télévision gratuite n'a un poids supérieur à 18 % dans le préachat des films EOF, soit un montant près de trois fois inférieur à celui de GCP. » (§. 211 de la décision n° 17-DCC-93). Il est donc vain d'invoquer une contradiction entre le raisonnement appliqué au Groupe Canal+ lors de l'examen d'une situation mettant en cause l'existence possible d'un effet de levier susceptible de se manifester à l'occasion du préachat des films par le Groupe Canal+ au bénéfice des nouvelles chaînes en clair acquises, et celui relatif à la substituabilité des films de catalogue entre eux, qui s'apprécie une fois toutes les fenêtres préachetées écoulées. 118. Il doit être relevé, en deuxième lieu, que la notion de « film de catalogue attractif » n'est quant à elle pas suffisamment homogène pour justifier, ni même permettre, une sous-segmentation du marché des droits de diffusion relatifs aux films EOF de catalogue. Comme l'a justement retenu la décision attaquée, le potentiel d'audience d'un film lors d'une diffusion télévisée dépend de plusieurs facteurs exogènes propres aux circonstances de sa diffusion, tels que les programmes diffusés par les chaînes concurrentes dans la même fenêtre de diffusion. En outre, ainsi qu'il ressort de la réponse apportée par le CNC au questionnaire qui lui a été adressé par les services d'instruction de l'Autorité (pièce n° 3 de France Télévisions), les critères d'appréciation ne sont pas les mêmes en fonction des acteurs économiques et dépendent du marché sur lequel évolue l'acteur, sa stratégie éditoriale, son public. Par suite, à la question 8. « Sur la base des critères que vous avez renseignés à la question précédente, quelle est la proportion du nombre d'oeuvres cinématographiques EOF attractives rapportées au nombre total des oeuvres cinématographiques de catalogue ? » le CNC n'a été en mesure de fournir aucune réponse. 119. Ensuite, s'il est exact que les préachats visent, le plus souvent, les films aux devis les plus élevés, présumés être les plus attractifs, il doit être observé, comme le relevait déjà l'Autorité dans la décision n° 17-DCC-93 précitée, que le développement des chaînes TNT filiales des grands groupes audiovisuels a eu pour effet d'accroître le nombre de fenêtres de diffusion acquises dans le cadre des préachats pour les films EOF. Nul ne conteste que la multiplication des fenêtres de diffusion lors du premier cycle d'exploitation du film conduit à une plus grande « usure » lorsqu'il devient un film de catalogue, de sorte que le film est alors moins générateur d'audience. Il ne paraît donc pas pertinent de poser pour principe que l'attractivité d'un film de catalogue, c'est-à-dire sa capacité à générer de l'audience, est liée à la circonstance qu'il a fait l'objet d'un préfinancement par une chaîne historique en clair ou que ce préfinancement garantirait une surperformance des audiences. 120. Les exemples fournis, notamment par les sociétés Métropole Télévision et France Télévisions, qui figurent également pour certains dans la décision attaquée et qui ne sont pas contestés, confirment également l'absence de toute automaticité entre préfinancement par des chaînes en clair, succès au box-office et fortes audiences télévisuelles :

– Des films ont ainsi connu un grand succès en salle en ayant été produits sans le financement de chaînes en clair, tels « L'Arnacoeur » (plus de 3,7 millions d'entrées en salles), « Baby Sitting » (plus de 2 millions d'entrées en salles) ou encore « Carbonne » (plus de 600 000 entrées en salles) ;

– De nombreux films coproduits par une chaîne en clair aux devis élevés (supérieurs à 7 millions d'euros) ont rencontré des succès limités dans les salles, tels que « Les aventures de Philibert » (59 354 entrées en salles en France), « Les reines du ring » (266 285 entrées en salles en France) « La vérité si je mens, les débuts » (194 356 entrées en salles en France) ;

– Des films préfinancés ont pu ne pas réaliser de bons scores d'audience lors de leur première diffusion à la télévision, alors même qu'ils avaient rencontré un certain succès au box-office, tels en 2017 « Yves Saint-Laurent » (plus d'1,6 million d'entrées en salles), diffusé en première partie de programme sur la chaîne France 2, qui a réalisé une audience inférieure (-31 %) à l'audience moyenne annuelle de cette chaîne en prime time, en 2018, « Le

Petit Prince » (plus d'1,9 million d'entrées en salles), diffusé en première partie de programme sur la chaîne M6, a réalisé une audience inférieure (- 41 %) à l'audience moyenne annuelle de cette chaîne en prime time, en 2019, « L'Odyssée » (plus d'1,2 million d'entrées en salles), diffusé en première partie de programme sur la chaîne TF1, a réalisé une audience inférieure (-36 %) à l'audience moyenne annuelle de cette chaîne en prime time ;

– à l'inverse, des films de patrimoine de plus de 40 ans continuent de réaliser de très bons scores d'audience lors de leur rediffusion à la télévision, tels « Le Gendarme de Saint-Tropez » le 23 mars 2020 (2,96 millions de téléspectateur pour 11, 7 % de part d'audience, avec des résultats proches pour les autres films de la même série (« Le Gendarme et les gendarmettes » etc...), « Mais où est donc passé la 7ème Compagnie ? » le 9 avril 2020 (6,7 millions de téléspectateurs pour 25,6 % de part d'audience, avec des résultats proches pour les autres films de la même série (« On a retrouvé la 7ème compagnie » etc...)).

– outre les films préfinancés par des chaînes payantes, tels ceux préfinancés par le Groupe Canal+ : « Le Grand Bain » (près de 4 millions d'entrées), « Mia et le Lion Blanc » (plus d'1 million d'entrées), « Paddington 1 » (plus de 2,5 millions d'entrées) ou ceux préfinancés par la société Orange Cinéma Séries (OCS), tels « The Artist » (plus de 3 millions d'entrées en France), « Valérian et la cité des mille planètes » (près de 4 millions d'entrées), ou encore « Nicky Larson » (plus d'1 million d'entrées).

121. Sur ce dernier point, il convient de relever que les sociétés saisissantes ne peuvent utilement invoquer une distorsion de concurrence et le fait qu'elles ne peuvent avoir accès aux films attractifs préfinancés par le Groupe Canal+ en raison des engagements qui pèsent sur lui. Tout d'abord, si ce dernier s'est engagé à limiter à 20 films le couplage de préachats de droits en télévision payante et en clair de films EOF (engagement qui a pris fin au 1er janvier 2020), il a été autorisé à bénéficier de droits de priorité et de préemption, comme les autres investisseurs. Ce seuil de 20 films n'est pas anodin dès lors qu'il n'est pas contesté que la société TF1 préfinance un nombre similaire de films. Il n'est donc pas fondé de prétendre que les chaînes de la TNT appartenant au Groupe Canal+ ne seraient pas en mesure d'accéder aux films attractifs préfinancés par Canal+. Ensuite, et surtout, il convient de rappeler que l'effet de levier dont il s'agit n'a pas d'incidence sur l'appréciation du caractère substituable des films de catalogue entre eux, ces deux analyses intervenant à des stades et sur des marchés différents. 122. Il convient de relever, en troisième lieu, concernant l'analyse du marché en valeur, que la segmentation actuelle, qui distingue le marché de l'achat de droits de diffusion correspondant aux films de catalogue et celui du préachat de droits de diffusion qui concernent des films inédits (lui-même segmenté en deux sous-marchés comme le rappelle le paragraphe 76 du présent arrêt) repose sur une différenciation économique tenant compte de l'attractivité intrinsèque de l'inédit et, davantage encore, de la première fenêtre de diffusion par rapport aux diffusions postérieures. 123. La cour souligne également qu'il n'est pas pertinent de se prévaloir de données brutes relatives aux meilleures audiences réalisées par les chaînes historiques en clair pour soutenir la « surperformance » des films préfinancés, dès lors que de telles données intègrent des audiences qui correspondent à des diffusions préachetées qui relèvent de marchés différents (pour une première, deuxième ou troisième fenêtre de diffusion). 124. Par ailleurs, ainsi que le relève justement la société TF1, la pièce n° 16 des sociétés saisissantes, listant le montant d'acquisition des seize titres EOF les plus chers programmés sur C8 sur la période 2013-2018, comporte quatre films historiques (« PROFS », « Hibernatus », « Les sous-doués en vacances » et « Les sous-doués passent le bac ») qui n'ont pas été préfinancés, ce qui établit que la valeur d'un film n'est pas nécessairement corrélée au fait qu'il a été préfinancé. 125. L'approche en valeur, lorsqu'elle présente un degré de pertinence permettant d'identifier une catégorie autonome de produits, est donc prise en compte dans la segmentation de marché actuelle, sans qu'il soit justifié d'en définir une nouvelle sous-segmentation. 126. Comme l'a indiqué un représentant de Pathé films (audition du 22 avril 2015 pièce n° 13 de la société Métropole Télévision) et ainsi que le rappelle la décision attaquée (§§. 118 à 121), si les films EOF de catalogue se répartissent en trois grandes catégories en fonction de leur potentiel commercial et de leur valorisation, le seul critère d'un prix plus élevé que la moyenne des autres droits (films de catégorie « A » à très fort potentiel d'audiences) est toutefois insuffisant pour définir à lui seul un marché. À cet égard, il n'est pas pertinent d'invoquer la situation spécifique des droits relatifs aux compétitions sportives dites « premium », tels que les droits de la Ligue 1, pour soutenir le contraire, dans la mesure où de tels droits n'ont pas vocation à être rediffusés et présentent une nature événementielle différente des films de catalogue. En outre, au niveau des films EOF, la différenciation de valeur est, comme il a été précédemment, déjà prise en compte dans la segmentation de marché distinguant l'achat des droits de films de

catalogue des préachats, avec la sous-segmentation entre les différentes fenêtres de diffusion. L'événementiel, l'inédit, se retrouve ainsi dans la première fenêtre de diffusion. 127.À la lumière de l'ensemble de ces éléments, il est donc inexact de prétendre que l'Autorité a procédé à une analyse purement quantitative du marché, puisqu'elle a procédé à l'analyse des caractéristiques des films EOF de catalogue, et il n'est pas justifié, dans la configuration actuelle du marché, de procéder à une segmentation plus fine. 128.En quatrième lieu, et sans méconnaître le constat figurant dans l'analyse statistique des films EOF de catalogue produite par les sociétés saisissantes « selon laquelle la valeur économique des films EOF varie beaucoup d'un film à l'autre, qui est également exposée aux paragraphes 117 à 121 de la décision attaquée » force est de rappeler que pour justifier un marché restreint aux films EOF préfinancés par les chaînes historiques en clair encore faut-il établir que les chaînes de la TNT ne disposent pas de moyens alternatifs pour satisfaire leurs besoins. Or il n'est pas établi que d'autres films de catalogue (patrimoine, non-préfinancés, préfinancés par des chaînes payantes ou gratuites non historiques) ne seraient pas à même de satisfaire les besoins spécifiques des chaînes de la TNT non adossées à une chaîne historique. 129.À cet égard, il n'est pas contestable que les chaînes gratuites de la TNT diffusent aussi bien des films de catalogue ayant fait l'objet d'un préfinancement que des films de catalogue non préfinancés, à l'exception de celles dont la ligne éditoriale les oriente vers un tout autre domaine, par exemple musical. En outre, comme le révèle l'avis du CSA n° 2015-11, 44 % des films diffusés en 2014 correspondent à des films non-coproduits (page 21) et les chaînes C8 [anciennement D8] et NRJ12 ne diffusent pas une proportion plus élevée de films non-coproduits que la moyenne des quatre chaînes qu'elles forment avec TMC [groupe TF1] et W9 [groupe Métropole Télévision-M6] (même avis page 24). En outre, la circonstance que les chaînes historiques en clair diffusent un grand nombre de films coproduits ne permet nullement de conclure que les autres films ne sont pas attractifs mais tend davantage à établir que ces diffusions sont nécessaires pour rentabiliser les investissements initialement consentis. 130.Il convient également de relever, avec les sociétés intervenantes, sans que les chiffres qui suivent ne soient davantage contestés, que le 26 avril 2020, la chaîne C8 a été la première chaîne de la TNT, en termes d'audience, avec la rediffusion de « La cuisine au beurre » qui a réuni plus d'un million de téléspectateurs (1,23 million pour une part d'audience de 4,9 %, conclusions Métropole Télévision, p. 27), étant observé que cette chaîne avait déjà obtenu l'une de ses meilleures parts d'audience en 2017 avec le même film (part d'audience de 3,7 %, pièce n° 12 des sociétés saisissantes) et que ces chiffres sont à rapprocher de la part d'audience moyenne des films français diffusés en première partie de soirée qui atteignait 2,8 % en 2017, comme en 2018 (conclusion TF1, p. 18, sur la base des données fournies par Médiamétrie). Elle a, de même, réalisé à plusieurs reprises une part d'audience supérieure à la moyenne des films qu'elle a diffusés en première partie de soirée en 2017 et 2018 grâce à des films de patrimoine, tels que « Maudit tend un piège », « Adieu poulet », « Le petit monde de Don Camillo » ou « Les grandes vacances » (conclusions France Télévisions, p. 18 et pièce n° 12 des sociétés saisissantes). Les sociétés saisissantes ne sont donc pas fondées à prétendre que les films non-préfinancés seraient sous-performants en termes d'audience et donc de recettes publicitaires. 131.Dans la mesure où il n'est pas contesté que les films de catalogue, non préfinancés par une chaîne historique en clair, permettent de satisfaire les quotas réglementaires pesant sur les chaînes, ni sérieusement contestable qu'ils permettent de générer des recettes publicitaires, comme en témoignent les parts d'audience précitées, force est de conclure qu'ils permettent de satisfaire les mêmes besoins que les films de catalogues préfinancés. 132.Sur la question du potentiel publicitaire, il doit être également relevé que les sociétés saisissantes ne peuvent à la fois se prévaloir de l'interdépendance entre l'acquisition de droits, l'audience et la part de marché publicitaire, pour justifier une nouvelle segmentation du marché en considération de l'attractivité des films et leur valeur économique, et dans le même temps exclure du vivier des films attractifs à fort potentiel d'audience et de recettes publicitaires les films de patrimoine qui sont à la fois aptes à répondre aux besoins des chaînes et ne sont grevés d'aucun droit préférentiel, au motif que leur attractivité les rend très coûteux et par conséquent inaccessibles pour les chaînes de la TNT non adossées. 133.Concernant le critère d'attractivité revendiqué, ce type de film de patrimoine démontre la substituabilité entre les films qui sont préfinancés par des chaînes historiques en clair et ceux qui ne le sont pas. 134.En définitive, le principal critère d'accès est, pour la chaîne qui convoite un film attractif, sa capacité financière à en supporter le coût de diffusion. Comme l'a justement relevé la décision attaquée au paragraphe 121, le CSA fait état, dans son avis du 24 juin 2015, du fait que « les distributeurs, dans une logique d'efficacité, ciblent leurs propositions d'acquisition sur les chaînes susceptibles d'être les plus intéressées et ayant les moyens financiers de les acquérir au meilleur prix » (cote 4014). 135.À cet égard, la cour relève que si les pièces n° 15 et 16 versées aux débats par les sociétés saisissantes établissent que la chaîne C8 est en capacité d'investir

punctuellement des sommes importantes pour l'acquisition des droits de diffusion de certains films préfinancés, elles tendent également à démontrer que l'attribution des droits s'opère en faveur du mieux disant. 136. Au regard de l'ensemble des éléments précités qui ne justifient pas une segmentation plus fine, la définition de marché retenue, qui applique une segmentation issue d'une pratique constante qui demeure toujours pertinente et qui au demeurant a été approuvée par l'autorité de régulation de l'audiovisuel en France, doit être validée. 137. Le moyen est rejeté

ET AUX MOTIFS EVENTUELLEMENT ADOPTES DE LA DECISION DE L'AUTORITE DE LA CONCURRENCE QUE « Au cas particulier, rien ne justifie que soit retenue une délimitation des marchés pertinents différente de celle qui figure dans la décision no 17-DCC-93 du 22 juin 2017. En effet, la circonstance que les films préfinancés par les chaînes en clair sont plus nombreux en volume chaque année que ceux préfinancés par les chaînes de la TNT non adossées, est indifférente à l'analyse, dans la mesure où, comme rappelé aux paragraphes 74 et 75 ci-dessus, la quasi-totalité des films préfinancés par les nouvelles chaînes de la TNT sont également préfinancés par des chaînes payantes et, pour la majorité des films concernés en 2017, étaient également préfinancés par des chaînes historiques gratuites. Il en est de même des arguments des saisissantes selon lesquels l'attractivité supérieure des films préfinancés par les chaînes historiques en clair reposerait sur la circonstance que ces derniers sont, le plus souvent, des films au budget important et dont le potentiel d'audience est avéré, ainsi que sur l'existence d'un nombre limité de films de patrimoine attractifs et sur l'intérêt limité porté par les chaînes de télévision aux films non préfinancés. De fait, il peut être admis que les chaînes de télévision gratuite sont amenées, dans leur stratégie de préfinancement, à cibler les films les plus à même de réaliser des audiences conséquentes afin de maximiser la rentabilité de leurs investissements et donc à préfinancer en priorité ceux qui ont les budgets les plus élevés, la meilleure distribution et les sujets les plus familiaux. Ce constat ne remet cependant pas en cause la possibilité, pour les chaînes en clair, de substituer à ces films un nombre très important de films qui satisfont aux critères réglementaires relatifs à la diffusion rappelée aux paragraphes 82 à 84 et 87 et suivants de la présente décision. Par ailleurs, il s'excipe de la notion même de marché pertinent, que des produits situés sur le même marché pertinent en raison de leurs caractéristiques objectives, et ainsi considérés comme substituables du point de vue de la concurrence, peuvent être perçus comme différemment attractifs par les consommateurs. Une substituabilité parfaite entre des produits situés sur le même marché s'observant rarement, les autorités de concurrence considèrent comme substituables les produits ou services dont on peut raisonnablement penser que les demandeurs les considèrent comme des moyens alternatifs entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande (voir notamment en ce sens la décision no 09-D-14 du 25 mars 2009 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la fourniture de l'électricité, paragraphe 44). Ainsi, le fait quod non que les films préfinancés par les chaînes historiques seraient intrinsèquement plus attractifs ne constitue pas, à lui seul, un critère d'appréciation de leur substituabilité. Au surplus, les allégations des saisissantes quant à l'absence d'attractivité des films de catalogue non préfinancés par une ou plusieurs chaînes historiques en clair, ne sauraient être accueillies. En effet, la catégorie des films de catalogue comprend un nombre important de films de cette nature qu'il s'agisse de films de patrimoine ou de films qui n'ont été préfinancés que par des chaînes de télévision payante et qui, compte tenu de leurs succès d'audience, peuvent être considérés comme des films attractifs (voir les paragraphes 107 et suivants ci-dessus). Enfin, les allégations de GCP relatives aux difficultés d'accès auxquelles seraient confrontées les chaînes qui ne sont pas adossées à un groupe historique en clair aux films préfinancés par les chaînes historiques en clair en raison de l'existence des droits de priorité et de préemption, portent, en réalité, non sur la délimitation du marché mais sur l'effet des pratiques alléguées et seront examinées à ce titre. Compte tenu de ce qui précède, l'Autorité considère que le marché pertinent sur lequel les effets des pratiques alléguées doivent être appréciés est le marché des achats de droits de diffusion en clair de films EOF de catalogue ».

1°) ALORS QU' un « marché pertinent » comprend tous les produits ou les services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leurs prix et de l'usage auquel ils sont destinés ; que l'article L. 420-1 du code de commerce faisant obligation au juge de sanctionner les comportements anti-concurrentiels dont il est saisi ayant pour objet ou pour effet de fausser le jeu de la concurrence « sur un marché » il lui appartient, dans chaque cas, de rechercher quel est ce marché et d'en fixer le périmètre avec précision ; que la cour d'appel, pour exclure l'existence d'un marché portant sur les films EOF préfinancés distinct de celui portant sur les films EOF non préfinancés, énonce, par motifs propres et adoptés, que

la segmentation actuelle est « conforme à la pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence, qu'elle est approuvée par le CSA », et qu'une nouvelle segmentation n'a « jamais été retenue ni invoquée jusqu'alors » ; qu'en se déterminant par des tels motifs, quand la société Canal+ soutenait que les films EOF de catalogue préfinancés restaient majoritairement ceux qui génèrent les plus fortes audiences et bénéficient donc du plus fort potentiel d'attractivité auprès des annonceurs de sorte que ni ces derniers, ni les chaînes de télévision en clair qui en acquièrent les droits ne tiennent les autres films EOF de catalogue comme leur étant substituables, ce qui suffisait à caractériser l'existence d'un marché qui leur était propre sur la réalité duquel il entrait dans l'office du juge de se prononcer, peu important qu'il en résulte une nouvelle segmentation distincte de celle identifiée par les autorités de régulation, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 420-1 du code de commerce, 1382 (devenu l'article 1240) du code civil, ensemble, l'article 101 du TFUE ;

2°) ALORS QUE le périmètre d'un marché pertinent dépend de la sensibilité d'une majorité d'opérateurs actifs sur ce marché aux caractéristiques d'un produit ou d'un service, dont la substituabilité à un autre produit ou à un autre service s'apprécie au regard de leurs qualités habituelles et attendues ; qu'en l'espèce, pour exclure l'existence d'un marché propre aux films EOF préfinancés, la cour d'appel retient que les rapports ou avis produits aux débats, comme l'analyse comparative des audiences réalisées par un certain nombre de films, démontrent « l'absence d'automatisme entre le préfinancement des films par des chaînes en clair, leur prix et leur forte audience » ; qu'elle relève encore que « le potentiel d'audience d'un film lors d'une diffusion télévisée dépend de plusieurs facteurs exogènes propres aux circonstances de sa diffusion, tels que les programmes diffusés par les chaînes concurrentes dans la même fenêtre de diffusion », et que si la définition du marché « en valeur économique » revendiquée par le Groupe Canal+ peut être pertinente pour distinguer les films « inédits » de ceux diffusés en première ou deuxième fenêtres, « nul ne conteste que la multiplication des fenêtres de diffusion lors du premier cycle d'exploitation du film conduit à une plus grande « usure » lorsqu'il devient un film de catalogue, de sorte que le film est alors moins générateur d'audience » ; que la cour observe également que la chaîne C8 elle-même a parfois réalisé les meilleurs parts d'audience en première partie de soirée avec un film non préfinancé ; qu'en s'en tenant à ce seul constat, dont nul ne contestait l'exactitude, quand il lui appartenait seulement de rechercher, si, comme les études chiffrées produites par les sociétés du Groupe Canal+ le démontraient, les films EOF de catalogue préfinancés ne demeuraient pas dans leur grande majorité et d'une manière habituelle ceux qui, en raison des moyens de production et de réalisation qui y sont consacrés, généraient les plus fortes audiences même en rediffusion, et bénéficiaient donc du plus fort potentiel attractif auprès des annonceurs, ce qui suffisait à les différencier, en raison de cette valeur économique, des films EOF non préfinancés, et à caractériser ainsi l'existence d'un marché qui leur était propre, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 420-1 du code de commerce, 1382 (devenu 1240) du code civil, ensemble l'article 101 du TFUE.

Alors qu'il en est d'autant plus ainsi que le CSA lui-même observait dans l'Avis qu'il a émis dans la présente procédure : « La différence de prix pour l'achat de droits de diffusion d'oeuvres cinématographiques françaises entre chaînes « historiques » et chaînes de la TNT peut se situer dans un rapport de 1 à 10 » et que « Les prix élevés consentis par les chaînes « historiques » leur assurent la diffusion des films qui présentent les meilleures capacités d'audience », ce qui, comme l'Autorité de la concurrence l'avait elle aussi admis dans la notification des griefs justifiait « de restreindre le marché aval aux achats de droits de films EOF préfinancés par les chaînes en clair » dès lors que « la demande des chaînes en clair se concentre, en priorité sur les films à fort potentiel, à savoir les films EOF préfinancés par les chaînes en clair » ;

3°) ALORS QU'en outre n'est pas substituable à un autre le produit ou le service auquel un opérateur doit légalement pouvoir accéder ; qu'en retenant une définition du marché pertinent permettant aux auteurs des pratiques incriminées d'empêcher les chaînes en clair non adossées à un groupe « historique » d'accéder à des oeuvres à valeur commerciale, artistique ou à caractère culturel majeures que constituent les films d'expression originale française préfinancés, sans limitation de durée, et ce en méconnaissance de l'objectif constitutionnel de pluralisme des courants d'expression et d'opinion qui implique « l'accès du plus grand nombre de téléspectateurs à des programmes diversifiés » (Cons. const., 27 févr. 2007, n° 2007-550 DC) objectif au respect duquel les chaînes de télévisions sont tenues, ce qui suppose que l'accès à ces oeuvres soit garanti à toutes dans le respect des règles de la concurrence, la cour d'appel a violé les articles L. 420-1 du code de commerce, 1382 (devenu 1240) du code civil, ensemble l'article 101 du TFUE, l'article 11 de la déclaration de 1789 et l'objectif constitutionnel de pluralisme

des courants de pensée et d'expression ;

4°) ALORS QU'un marché pertinent correctement défini ne doit pas nécessairement comprendre tous les produits interchangeables d'un point de vue fonctionnel, l'interchangeabilité entre produits ne définissant que les frontières extérieures du marché ; que lorsque des produits peuvent être utilisés dans un même but mais différent en termes de prix, de qualité, d'attractivité ou de préférences pour les acquéreurs, ils doivent être considérés comme distincts ; que la cour d'appel, pour conclure à la substituabilité de l'ensemble des films EOF du catalogue, et refuser de distinguer entre ceux ayant été préfinancés et les autres, énonce encore que les sociétés C 8 et C Star, même non adossées à une chaîne « historique », peuvent avoir accès à des films suffisamment attractifs en terme d'audience au moyen du « vivier » que constitue le catalogue EOF contenant notamment des films « de patrimoine » à fort potentiel attractif ; qu'en statuant ainsi, sans répondre aux moyens des exposantes faisant valoir que les chaînes en clair de la TNT ne pouvaient avoir un accès effectif aux films dits « de patrimoine », soit parce que nombre d'entre eux étaient aussi des films préfinancés, soit parce que leur prix, pour ceux ayant acquis une grande notoriété, les rendait tout aussi inaccessibles et constituaient un « monopole » réservé aux chaînes historiques (Le jour le plus long, Rabbi Jacob etc.), de sorte qu'il n'existait dans les faits aucune réelle substituabilité entre les films EOF préfinancés et les autres, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

5°) ALORS QUE, aux termes de l'engagement 2.2.1. souscrit par la société Groupe Canal+ à l'égard de l'Autorité de la concurrence (décision 14 DCC 50 du 14 avril 2014) elle s'est engagée à « ne pas procéder au préachat de droits de diffusion en télévision payante et en télévision en clair pour le même film EOF, pour plus de 20 films au cours d'une année calendaire » ; qu'aux termes de l'engagement 2.2.2, la société Groupe Canal+ a accepté de « Renoncer à toute Clause de Prémption au bénéfice des Chaînes Concernées associée à la diffusion d'un film d'expression originale française dès lors qu'elles n'auraient pas préacheté le droit relatif à la première diffusion en clair de ce film » ; que ce dernier engagement a été révisé en 2017 (décision du 22 juin 2017 n° 17 DCC 93), la condition de préachat étant étendue aux droits portant sur les deuxième et troisième fenêtres de diffusion ; qu'en énonçant (§. 121), que les sociétés C8 et CStar ne peuvent utilement invoquer une distorsion de concurrence et soutenir qu'elles ne peuvent avoir accès aux films attractifs préfinancés par le Groupe Canal+ dès lors que celui-ci a été autorisé à bénéficier de droits de priorité et de préemption « comme les autres investisseurs », la cour d'appel a dénaturé les engagements dont les termes ont été ci-dessus reproduits, en violation de l'article 1134 (devenu 1103) du code civil, ensemble le principe qui interdit au juge de dénaturer l'écrit qui lui est soumis ;

6°) ALORS QUE le marché pertinent doit être délimité dans sa situation contemporaine aux pratiques reprochées ; qu'en l'espèce, les sociétés du Groupe Canal+ dénonçaient des pratiques concertées consistant en un recours abusif aux droits de priorité et de préemption sur les droits de diffusion dans les contrats de préachat, pratiques dont la notification des griefs a retenu qu'elles avaient commencé en 2004 et s'étaient poursuivies sans discontinuer (p. 117) ; que la cour d'appel, pour refuser de restreindre le marché pertinent aux films EOF de catalogue préfinancés, énonce (§. 121) que Groupe Canal+ dans le cadre des engagements qu'il a souscrit en 2014, « a été autorisé à bénéficier de droits de priorité et de préemption, comme les autres investisseurs » et qu'« il n'est donc pas fondé de prétendre que les chaînes de la TNT appartenant au Groupe Canal+ ne seraient pas en mesure d'accéder aux films attractifs préfinancés par Canal+ » ; que la cour relève encore (§ 132) qu'« il n'est pas établi que d'autres films de catalogues (dont ceux) préfinancés par des chaînes payantes ou gratuites non historiques ne seraient pas à même de satisfaire les besoins spécifiques des chaînes de la TNT non adossées à une chaîne historique » ; que l'Autorité de la concurrence relève de la même manière, pour dire n'y avoir lieu à remise en cause de la segmentation actuelle du marché (§. 197) « que la quasi-totalité des films préfinancés par les nouvelles chaînes de la TNT sont également préfinancés par des chaînes payantes et, pour la majorité des films concernés en 2017, étaient également préfinancés par des chaînes historiques gratuites » ; qu'en faisant ainsi état de ce que leur qualité de filiale de la société Canal+ avait permis aux chaînes C8 et C Star, dès 2014, et de façon plus large encore à compter de 2017, de bénéficier des droits de diffusion sur les films EOF préfinancés par le Groupe Canal+, ou en se fondant encore sur des considérations ayant trait aux pratiques des opérateurs du marché en matière de préfinancement observées en 2017, au lieu d'apprécier le marché pertinent dans sa situation contemporaine aux pratiques reprochées, lesquelles étaient intervenues à une époque où les sociétés Direct 8 et Direct Star n'étaient adossées à aucune chaîne historique ou payante, et n'avaient pas accès à des films

préfinancés par celles-ci la cour d'appel a violé de ce chef encore les articles L. 420-1 du code de commerce, 1382 (devenu 1240) du code civil, ensemble l'article 101 du TFUE :

7°) ALORS QU'une entreprise qui s'auto-provisionne ou qui provisionne ses filiales dans un produit nécessaire à l'activité de celles-ci ne peut être considérée, pour la délimitation du marché pertinent, comme étant en mesure de substituer ses propres produits à ceux du marché dont elle demeure un opérateur ordinaire ; que l'appréciation de la substituabilité des produits à d'autres produits pouvant présenter des caractéristiques similaires doit par conséquent être menée en prenant en considération le comportement de l'ensemble des opérateurs intervenant sur le marché à considérer, abstraction faite des sources d'approvisionnement propres pouvant bénéficier à certains ; qu'en l'espèce, pour estimer que le marché pertinent devait comprendre l'ensemble des oeuvres de catalogue EOF, sans distinction entre celles ayant été préfinancées et les autres, la cour d'appel, de même que l'Autorité, retient que l'accès aux films préfinancés par Canal+ était « à même de satisfaire les besoins » de ses filiales exploitant des chaînes en clair ; qu'en statuant ainsi, alors que pour vérifier si au sein du catalogue EOF il existait une substituabilité entre les oeuvres préfinancées et les autres, il était indifférent de relever que des oeuvres préfinancés par Canal+ pouvaient satisfaire les besoins de ses filiales, question sans lien avec la délimitation d'un éventuel marché pertinent propre aux oeuvres EOF de catalogue préfinancées, la cour d'appel a commis une erreur de droit et a violé les articles L. 420-1 du code de commerce, 1382 (devenu 1240) du code civil, ensemble l'article 101 du TFUE,

8°) ALORS QU'au surplus, et en tout état de cause en se déterminant par des motifs tirés de la prétendue capacité d'accès propre des sociétés du Groupe Canal+ à des oeuvres préfinancées, la cour d'appel a méconnu le principe selon lequel il est interdit au juge, lorsqu'il doit définir le périmètre du marché pertinent sur lequel des agissements anticoncurrentiels sont invoqués, de se fonder sur des éléments qui relèvent exclusivement de l'appréciation de ces pratiques ou de leurs effets, violant de ce chef encore l'article L. 420-1 du code de commerce l'article 1382 (devenu 1240) du code civil, ensemble l'article 101 du TFUE ;

Décision **attaquée**

Cour d'appel de paris i7
8 octobre 2020 (n°19/11688)

Les **dates clés**

- [Cour de cassation Chambre commerciale financière et économique07-12-2022](#)
- Cour d'appel de Paris I7 08-10-2020