

Arrêté du 17 novembre 2008 relatif à l'inexécution par les sociétés TF1 et AB Groupe de leurs engagements déposés au titre du contrôle des concentrations

NOR : ECEC0826404 A

Le Ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi,

Vu le Titre III du Livre IV du Code de commerce, et notamment son article L.430-8;

Vu la partie réglementaire du Code de commerce relative à la concentration économique, et notamment son article R.430-10 ;

Vu la lettre du 26 octobre 2004 du conseil des sociétés Télévision Française 1 (TF1) et AB Groupe par laquelle celles-ci prennent un ensemble d'engagements remédiant aux risques d'atteinte à la concurrence soulevés par leur projet d'acquisition de 80% du capital de la société Télé Monte Carlo et de transfert de cette participation à une société commune créée à cet effet, Monte Carlo Participations, détenue à parité par les sociétés TF1 et AB ;

Vu la décision du Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie du 27 octobre 2004, autorisant l'opération projetée par les sociétés TF1 et AB Groupe sous réserve de l'ensemble des engagements pris par ces sociétés ;

Vu la décision du Conseil d'Etat statuant au contentieux en date du 27 juin 2007 rejetant le recours formé contre la décision ministérielle d'autorisation du 27 octobre 2004, dont les engagements pris par TF1 et AB Groupe font partie intégrante ;

Vu la lettre de saisine du Conseil de la concurrence du 26 avril 2007, relative à l'exécution des engagements souscrits par les sociétés TF1 et AB Groupe ;

Vu l'avis du Conseil de la concurrence n° 08-A-01 du 28 janvier 2008 ;

Vu les observations écrites du 10 octobre 2008 du conseil des sociétés TF1 et AB Groupe sur le projet du présent arrêté ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Considérant que le Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie (ci-après « le Ministre ») avait autorisé l'acquisition de 80% du capital de la société Télé Monte Carlo (ci-après « TMC ») et le transfert de cette participation à la société commune Monte Carlo Participations (ci-après « MCP »), par une décision du 27 octobre 2004 (ci-après « la Décision ») ;

Considérant que l'autorisation était conditionnée à la réalisation d'un ensemble d'engagements pris par les sociétés TF1 et AB Groupe par lettre du 26 octobre 2004, aux termes desquels, en particulier, la régie des espaces publicitaires de TMC serait exploitée de façon autonome, la commercialisation de ces espaces publicitaires serait totalement indépendante de la société TF1 Publicité et aucune commercialisation de ces espaces ne serait effectuée en couplage avec la chaîne TF1, pour une durée de [...] ans renouvelable tacitement pour des périodes de [...] ans, et aux termes desquels les stipulations de la convention du 6 juillet 2004 entre les sociétés TF1 et AB Groupe selon lesquelles la « centrale d'achat des programmes » est une prestation rendue par AB Groupe ne seraient pas modifiées pendant [...] ans ;

Considérant qu'aux termes du premier engagement pris par les sociétés TF1 et AB Groupe, la régie des espaces publicitaires de TMC serait exploitée de manière autonome soit directement au sein de cette société, soit par l'intermédiaire d'une filiale de cette société, soit par l'intermédiaire d'une société tierce capitalistiquement indépendante de la société TF1 ; et considérant que, dans le cadre du premier engagement, la convention du 6 juillet 2004 conclue entre les sociétés TF1 et AB Groupe serait modifiée sur plusieurs points ;

Considérant qu'aux termes du deuxième engagement pris par les sociétés TF1 et AB Groupe, la commercialisation des espaces publicitaires de la régie publicitaire de TMC serait totalement indépendante de la société TF1 Publicité en ce qui concerne, d'une part, les conditions générales de vente et les conditions commerciales, et, d'autre part, les personnels, qui seraient recrutés sur le marché extérieur et seraient employés directement par TMC ou par l'une de ses filiales ;

1. LE DISPOSITIF DES ENGAGEMENTS

Considérant que la lettre d'engagements est formulée en les termes suivants :

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

Dans ce cadre, TF1 et AB Groupe s'engagent à modifier, à la date de la réalisation de l'opération, la convention du 6 juillet 2004 comme suit :

(i) à l'article 3.3 :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. APPLICATION DE L'ARTICLE L.430-8 IV DU CODE DE COMMERCE

Considérant que, conformément à l'article L.430-8-IV du code de commerce, le Ministre chargé de l'économie peut saisir pour avis le Conseil de la concurrence s'il estime que les parties à une opération de concentration « n'ont pas exécuté dans les délais fixés une injonction, une prescription ou un engagement », et que, suite à l'instruction menée par ses services dans le cadre du suivi de l'exécution des engagements pris par les sociétés TF1 et AB Groupe, le Ministre a estimé nécessaire une telle saisine ;

Considérant que, par lettre du 26 avril 2007, le Ministre a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis relative à l'exécution des engagements souscrits le 26 octobre 2004 par les sociétés TF1 (ci-après « TF1 ») et AB Groupe (ci-après « AB »), en application de l'article L. 430-8-IV du code de commerce ;

Considérant qu'aux termes de l'instruction menée par ses services, dans un avis du 28 janvier 2008 (ci-après « l'Avis »), le Conseil conclut que TF1 et AB n'ont pas respecté les premier et deuxième engagements auquel le Ministre avait, dans sa décision du 27 octobre 2004, subordonné l'acquisition de 80% du capital de TMC et le transfert de cette participation à MCP (ci-après « l'Opération ») ; qu'il constate en effet que TF1 et AB n'ont :

- « pas assuré de séparation suffisante entre TF1 et TMC Régie, ce qui a eu pour conséquence que TF1 a pris certaines décisions stratégiques et opérationnelles relatives à la régie de TMC, concernant l'exploitation de cette dernière et le recrutement de son personnel ;
- pas respecté l'autonomie des deux régies, en faisant participer Mme B, présidente de TF1 Publicité, à des réunions concernant la régie de TMC et en recrutant du personnel en provenance de TF1 Publicité » ;

Considérant que le Ministre a considéré que l'Opération était susceptible, en renforçant la position dominante de TF1, de porter atteinte à la concurrence sur le marché de la publicité télévisée ; qu'il a toutefois estimé, en particulier, que les trois premiers engagements de TF1 et AB auraient pour effet d'empêcher tout lien entre la politique commerciale publicitaire développée par la régie actuelle ou future de TF1 et celle développée par la régie publicitaire de TMC ; que le Ministre a conclu à l'issue de son analyse que l'ensemble des engagements proposés par TF1 et AB permettaient de « remédier aux atteintes à la concurrence identifiées » ; et considérant que le Ministre a autorisé l'Opération sous réserve du respect de l'ensemble des engagements proposés par TF1 et AB, qui font partie intégrante de la décision ministérielle ;

Considérant que TF1 et AB ont soutenu dans leurs observations sur le rapport établi par le Rapporteur chargé de l'instruction par le Conseil de la concurrence que les trois premiers engagements formeraient un « tout indivisible » visant à amender le pouvoir de marché de TF1 et « qu'ils ne peuvent pas être analysés indépendamment les uns des autres » ; que pour TF1 et AB, l'exploitation

autonome de la régie serait ainsi, comme l'indique le Conseil de la concurrence, « *un engagement de principe visant à séparer les régies de TF1 et de TMC, dont les modalités seraient ensuite déclinées dans la deuxième partie du premier engagement et dans les deuxième et troisième engagements* » ;

Mais considérant que le Conseil de la concurrence rappelle dans l'Avis que « *les engagements, comme les injonctions, sont d'interprétation stricte, ainsi que la cour d'appel de Paris l'a rappelé dans un arrêt du 10 septembre 1996, (société méditerranéenne de béton) (« (...) une injonction, constituant par nature une mesure contraignante pour celui qui la subit, est d'interprétation stricte (...)* »), et que, comme l'observe le Conseil, la décision du ministre, confirmée par le Conseil d'Etat, énonce clairement que tous les engagements spécifiés sont nécessaires pour remédier aux problèmes de concurrence identifiés ; et considérant qu'il convient donc, pour l'application de l'article L.430-8-IV du code de commerce, d'examiner si chacun des engagements souscrits a été exécuté ;

a) Sur l'exécution du premier engagement

Considérant que, comme le relève le Conseil de la concurrence dans l'Avis, TF1 et AB ont confié l'exploitation de la régie des espaces publicitaires de TMC à une filiale de cette société, conformément à l'une des trois options ouvertes par le premier engagement ; qu'en effet la régie des espaces publicitaires de TMC a été tout d'abord confiée à la société Monégasque des Ondes (ci-après « MDO »), filiale à 100% de TMC puis, TMC et MDO ayant fusionné en juin 2006, à une nouvelle filiale créée à cet effet, TMC Régie ;

Considérant que, comme le relève le Conseil, TF1 et AB ont modifié les stipulations de la convention du 6 juillet 2004 (ci-après « le Pacte d'actionnaires ») conformément à ce que prévoyait à cet égard leur premier engagement, par la signature d'un avenant le 12 janvier 2005, faisant ainsi sortir des décisions prises en commun par TF1 et AB toutes les décisions relatives à la commercialisation des espaces publicitaires de TMC mentionnées dans le Pacte ;

Considérant que TF1 et AB, dans leurs observations en réponse au rapport établi par le Rapporteur chargé de l'instruction par le Conseil de la concurrence, ont contesté la portée de leur premier engagement ; que ces sociétés ont en effet soutenu que le seul objectif des engagements aurait été de créer une « séparation » entre la régie de TF1 et celle de TMC ; qu'elles ont également soutenu que ce point aurait été confirmé par la décision du Conseil d'Etat rejetant le recours formé contre la décision ministérielle d'autorisation, selon laquelle « *en estimant que de tels engagements, [...] qui ont pour effet d'interdire tout lien organique ou commercial entre la régie publicitaire de TF1 et celle de TMC, étaient de nature, malgré l'existence des liens organiques entre les éditeurs de chaînes TF1 et TMC eux-mêmes, à remédier aux effets anticoncurrentiels de l'opération envisagée sur le marché de la publicité télévisée, le ministre n'a pas commis d'erreur d'appréciation* » ; et considérant que TF1 et AB ont en outre indiqué qu'elles considéraient que « *si l'obligation d'autonomie de la régie de TMC devait être comprise comme exigeant une autonomie par rapport au groupe TF1, cela viderait de sa substance l'opération de concentration elle-même, TF1 n'ayant jamais entendu limiter à ce point ses prérogatives d'actionnaire* » ;

Mais considérant que, comme le relève le Conseil de la concurrence dans l'Avis, « *le premier engagement poursuit un objectif distinct, bien que complémentaire, du second* » ; qu'en effet, si le deuxième engagement concerne spécifiquement et explicitement l'indépendance de la régie des espaces publicitaires de TMC vis-à-vis de TF1 Publicité, régie publicitaire de TF1, le premier engagement vise plus généralement l'autonomie de la régie publicitaire de TMC ; qu'en outre, comme le rappelle le Conseil en citant son avis 98-A-05 du 28 avril 1998 sur l'ouverture du marché de l'électricité, une entreprise autonome « *est affranchi(e) des directions et contrôles de la société à laquelle (elle) est subordonné(e)* » et « *joui(t) de la pleine liberté de contracter, de décider de ses investissements et du pouvoir de définir sa propre stratégie industrielle et commerciale* », et qu'une exploitation autonome peut être mise en place via une direction autonome, une filiale spécialisée ou une entité totalement distincte, soit précisément les trois options ouvertes par le premier engagement ; considérant que le Conseil estime qu'il ne peut par ailleurs être inféré de la citation extraite par TF1 et AB de la décision du Conseil d'Etat que les engagements souscrits se limiteraient à l'interdiction de tout lien organique ou commercial entre la régie publicitaire de TF1 et celle de TMC, dans la mesure

où le juge administratif ne s'est pas prononcé, à l'occasion de ce contentieux portant sur la légalité de la décision d'autorisation, sur la nature des liens permis par les engagements entre la société TF1 et la régie de TMC mais a validé, notamment, le premier engagement et a renvoyé aux autorités de concurrence le soin de connaître « *d'éventuelles méconnaissances des règles fixées* » ; considérant que le Conseil de la concurrence en a déduit dans l'Avis qu'il lui appartenait « *de vérifier si le « cloisonnement » mis en place par les parties est suffisamment étanche pour satisfaire aux engagements souscrits* » ; considérant enfin que, comme le relève le Conseil, « *tout engagement de faire ou de ne pas faire limite, par nature, la liberté d'action de qui y a souscrit* » et que arguer, comme le fait TF1, de la restriction à sa liberté d'action ou à ses « *prérogatives d'actionnaire* » qu'entraînerait l'application des engagements reviendrait, comme le relève le Conseil dans l'Avis, à « *remettre en cause les engagements eux-mêmes* » ; que l'opération a été autorisée uniquement sous réserve du respect par TF1 et AB de leurs engagements, qui font partie intégrante de la décision du Ministre ; que dans leur premier engagement TF1 et AB ont proposé elles-mêmes que les décisions concernant la régie publicitaire de TMC soient prises sans intervention préalable de TF1 ;

Considérant que TF1 et AB ont institué des « *Comités stratégiques de MCP* » dont elles affirment, d'après les déclarations recueillies par le Rapporteur chargé de l'instruction par le Conseil de la concurrence au cours de l'audition du secrétaire général du groupe TF1, du directeur général délégué de TF1 Digital et du secrétaire général du groupe AB, qu'ils : « *permettent de préparer les conseils d'administration de MCP, afin que TF1 et AB parlent d'une seule voix* », qu'il s'agit de « *réunions informelles où les administrateurs de MCP se mettent d'accord sur les points énumérés à l'article 3.3 du pacte d'actionnaires (décisions pour lesquelles il faut l'autorisation préalable du conseil d'administration)* » et que « *les personnes qui assistent à ces comités sont les membres du conseil d'administration de MCP et le cas échéant les cadres de direction de TMC et TMC Régie* » ; et considérant que le Conseil de la concurrence constate dans l'Avis que ces comités sont « *non seulement des réunions de préparation des conseils d'administration de MCP mais également de TMC et MDO, les administrateurs de ces trois sociétés étant les mêmes (mise à part la principauté monégasque pour TMC). On peut d'ailleurs constater une certaine confusion dans l'intitulé de ces comités* » ;

Considérant que le Conseil de la concurrence constate qu'il ressort des comptes rendus des comités stratégiques de MCP que « *des représentants de TF1 et de AB sont intervenus lors de la mise en place de la régie de TMC, notamment en validant certains points stratégiques ou opérationnels* », que ces documents établissent en effet que « *la régie de TMC n'a pas été mise en place ni exploitée à l'origine de façon autonome vis à vis de TF1 et AB* » et que Mme Z, directeur de TMC Régie et directeur général adjoint de TMC, « *ne s'est pas limitée à informer les actionnaires de l'évolution du marché et des objectifs atteints au cours de ces réunions. En effet, le comité a approuvé l'organisation proposée par Mme Z, et les représentants de TF1 et AB ont décidé de rencontrer les agences média, mission qui relève des activités opérationnelles d'une régie. Ces comités ont permis à TF1 et AB de prendre des décisions pourtant exclues, par les engagements, du périmètre des conseils d'administration* » ;

Considérant que le Conseil de la concurrence relève que « *TF1 et AB soutiennent qu'il convient de distinguer entre la mise en place de la régie de TMC, à laquelle TF1 a pu participer, et son exploitation, dont TF1 se serait tenue à l'écart. Elles allèguent ensuite que les seuls éléments du dossier, dont elles ne contestent pas la matérialité, sont à eux seuls insuffisants pour caractériser une violation de l'engagement* » ;

Mais considérant que le Conseil relève que la mise en place de la régie constitue une première phase de son exploitation qui ne peut en être distinguée et que la circonstance que seuls deux des comptes rendus des Comités stratégiques, ceux des 7 et 27 avril 2005, établissent que la régie des espaces publicitaires de TMC n'a pas été exploitée de façon autonome n'est pas de nature à remettre en cause la force probante de ces pièces ; que cette circonstance ne peut être considérée que pour l'évaluation des effets du manquement à l'engagement ;

Considérant que le Conseil de la concurrence relève que le Pacte d'actionnaires prévoyait que TF1 désignerait le directeur général de TMC, et que ce poste a été occupé par M. X puis, à partir de septembre 2006, par M. Y ; considérant en outre que le recrutement des personnels de la régie des espaces publicitaires de TMC a débuté aux mois de mars et avril 2005 et que Mme Z a été recrutée en avril 2005 par MDO en tant que Directeur général adjoint de TMC et directeur de la régie publicitaire, son contrat ayant été signé par le directeur général de TMC ; et considérant que les contrats de travail des autres personnels recrutés pour la régie publicitaire ont été signés par le directeur général de TMC ;

Considérant que le Conseil de la concurrence établit que la direction des ressources humaines de TF1 a pris en charge, en matière de recrutement des personnels de la régie publicitaire de TMC, les prestations de mise en ligne des postes à pourvoir, de réception et de tri des candidatures, de réalisation des tests psychotechniques, de constitution des dossiers personnels et de gestion de la paye, et que, par ailleurs, un visa de TF1 et de AB était exigé avant chaque recrutement ;

Considérant qu'il ressort des déclarations recueillies par le rapporteur chargé de l'instruction au cours de l'audition du secrétaire général du groupe TF1, du directeur général délégué de TF1 Digital et du secrétaire général du groupe AB que, selon TF1 et AB, Z serait seule responsable du recrutement des salariés de TMC Régie, et que le rôle de TF1 et AB se limiterait à un contrôle des coûts ;

Mais considérant que, en matière de recrutement des personnels de la régie publicitaire de TMC, le Conseil de la concurrence constate dans l'Avis que *« si c'est bien Mme Z qui fait passer les entretiens d'embauche, les contrats de travail sont signés par M. X ou M. Y. Or, ces deux personnes sont - au moins jusqu'en septembre 2006 pour le second – salariés de TF1 »* ; et considérant que le Conseil constate en outre, sur le fondement d'un message électronique envoyé par une des employées de TMC Régie, que *« M. X est intervenu dans la négociation et la validation des conditions contractuelles des employés de TMC Régie »* ; que le Conseil constate également qu'il ressort de deux comptes rendus du comité stratégique de MCP du 17 mars 2005 que *« M.X a participé de façon active aux recrutements du personnel chargé de la régie »* ; qu'en effet le compte rendu du 17 mars 2005 indique que Mme Z a rencontré *« les personnes sélectionnées par X pour les postes de chargés de programmation et de mise à l'antenne (...) »* et que celui du 31 mars 2005 mentionne que *« les contrats des collaborateurs non commerciaux (deux chargés de programmation, un chargé de la mise à l'antenne, un chargé de marketing) ont été signés »*, alors que Mme Z n'avait pas encore été recrutée à cette date, ce qui indique que ces recrutements ont du être le fait de Monsieur X, directeur général de TMC et salarié de TF1 ; qu'ainsi, M. X puis M. Y, salariés de TF1, ont participé activement au recrutement du personnel de la régie de TMC, notamment en signant les contrats de travail des membres de ce personnel ;

Considérant que le rôle joué par TF1 en matière de recrutement des personnels de la régie publicitaire n'a donc pas été, contrairement à ce qu'ont soutenu TF1 et AB devant le Conseil de la concurrence, purement et simplement administratif ; considérant en outre que le Conseil considère qu'*« il appartenait à TF1 et AB de créer la séparation juridique nécessaire entre TMC Régie et TMC afin que les décisions concernant TMC Régie ne soient pas prises ou validées, directement ou indirectement, par TF1 »* ;

Considérant qu'il ressort ainsi des constatations du Conseil de la concurrence que TF1 s'est impliquée dans la gestion de la régie publicitaire de TMC, à l'occasion de la tenue de comités stratégiques de MCP et du recrutement du personnel de la régie, et que TF1 et AB n'ont donc pas respecté le premier engagement souscrit ;

b) Sur l'exécution du deuxième engagement

Considérant que le deuxième engagement impose l'indépendance totale de la commercialisation des espaces publicitaires de TMC vis-à-vis de TF1 Publicité ;

Considérant que le Conseil constate dans l'Avis qu'il ressort des comptes rendus des comités stratégiques que la présidente de TF1 Publicité, Mme B, a assisté à deux comités, ceux des 21 avril et

19 mai 2005 ; que lors du comité du 21 avril 2005 Mme Z a présenté l'état des lieux de la régie publicitaire de TMC et que le comité a approuvé l'organisation proposée ;

Considérant que le Conseil relève que TF1 et AB expliquent la présence de Mme Cohen à ces deux comités comme suit : « *Madame B, présidente de TF1 Publicité a assisté à deux de ces comités pour donner sa vision d'expert, à une époque où la régie venait d'être créée* » ; que TF1 et AB considèrent ainsi que cette présence ne constituerait pas une violation du deuxième engagement, dans la mesure où Madame B ne serait pas intervenue dans la commercialisation des espaces publicitaires de TMC ;

Mais considérant que le Conseil constate que « *la présence de TF1 Publicité aux réunions de TMC, et notamment à celles concernant la mise en place de la régie, est contraire au premier volet du deuxième engagement, qui exige une totale indépendance entre les deux régies publicitaires* » ;

Considérant que le Conseil de la concurrence constate par ailleurs que trois personnes venant de TF1 Publicité, Mme D, M. F et Mme G, ont été recrutées pour occuper des fonctions dans la régie publicitaire de TMC ;

Considérant que Mme D, recrutée le 1er avril 2005 par MDO, a notamment occupé, entre les mois d'octobre 2002 et mars 2005, le poste de « *responsable de programmation de la publicité sur les chaînes thématiques de la régie TF1 Publicité (LCI, Télétoon, Eurosport, TF6, Pink-TV, Boomerang, Télétoon...)* - *Suivi d'un portefeuille de clients et du respect des accords commerciaux. Relation avec les agences de pub, les commerciaux, la mise à l'antenne et l'administration des ventes* » ; que M. F, qui a été recruté par MDO le 1er juin 2005 et a mis fin à son contrat avec TMC Régie le 9 janvier 2007, a exercé, d'avril 1998 à septembre 2002, les fonctions de directeur de clientèle sur les chaînes thématiques du groupe TF1 et de septembre 2002 à juin 2005, de directeur de clientèle pour les campagnes sur TF1 et les chaînes thématiques du groupe ; que ces personnes ont ainsi occupé, comme le constate le Conseil de la concurrence, des postes stratégiques au sein de TF1 Publicité ; et considérant que ces deux personnes bénéficient de surcroît d'une clause de retour chez TF1, leur permettant, comme le constate le Conseil sur le fondement des dispositions particulières figurant en annexe à leur contrat de travail, de « *réintégrer le groupe TF1 en priorité pendant une période de 12 mois à compter de la date de leur embauche chez MDO* » ;

Considérant que le Conseil de la concurrence constate qu'« *au moins deux salariés gardaient des liens avec TF1, matérialisés par l'existence d'un droit de retour pendant une période de 12 mois* » ; que cette situation est précisément celle que les parties s'étaient engagées à ne pas créer en recrutant les personnels chargés de la commercialisation des espaces publicitaires de TMC « sur le marché extérieur » ;

Considérant que le Conseil constate que Mme G a été recrutée par MDO le 26 avril 2005 et qu'elle a occupé jusqu'à cette date les postes de secrétaire commerciale (de novembre 2003 à novembre 2004) puis d'assistante de gestion (de novembre 2004 à avril 2005) chez TF1 Publicité ; et considérant que, comme le constate le Conseil sur le fondement des mentions portées sur son curriculum vitae, les entretiens de recrutement la concernant semblent avoir eu lieu pendant qu'elle était encore en poste chez TF1 Publicité ;

Considérant que TF1 considère que Mme G n'était plus une salariée de TF1 Publicité à la date de son embauche, son contrat à durée déterminée dans cette société venant de prendre fin ;

Mais considérant que le Conseil constate toutefois qu'« *aucun élément du dossier ne permet d'établir que cette personne était en contrat à durée déterminée chez TF1 Publicité puisqu'elle travaillait pour cette société depuis plus d'un an* ».

Considérant que le Conseil constate donc que les trois recrutements précités sont contraires au deuxième engagement, qui prévoit que « *la commercialisation des espaces publicitaires de TMC sera totalement indépendante de la société TF1 Publicité* », notamment « *en ce qui concerne les personnels, qui seront recrutés sur le marché extérieur* » ;

Considérant qu'il ressort ainsi des constatations du Conseil de la concurrence que le second volet du deuxième engagement, visant à créer une séparation entre TF1 Publicité et la régie de TMC en empêchant les salariés de TF1 de venir constituer le personnel de la régie de TMC, n'a pas été respecté ;

Considérant en conclusion que le Conseil de la concurrence ayant constaté l'inexécution par TF1 et AB de leurs premier et deuxième engagements, le Ministre peut retirer la décision ayant autorisé l'Opération ou enjoindre sous astreinte à TF1 et AB d'exécuter dans un délai fixé les engagements en cause ;

c) Sur les options offertes au Ministre par l'article L.430-8 IV du code de commerce et sur la sanction

Considérant que le retrait de la décision du 27 octobre 2004 donnerait lieu à une nouvelle notification de l'Opération et impliquerait une analyse nouvelle en tenant compte des évolutions intervenues depuis sa réalisation ; qu'il n'apparaît pas que l'analyse du Ministre soit fondamentalement remise en cause à ce stade par les évolutions intervenues depuis la réalisation de l'opération ; que, comme l'a indiqué le Conseil de la concurrence dans l'Avis, et comme l'ont souligné TF1 et AB dans leurs observations en date du 10 octobre 2008 sur le projet du présent arrêté, aucun élément du dossier ne permet de soutenir que les troisième et quatrième engagements n'ont pas été respectés ; et considérant qu'une injonction d'exécution des engagements, contraignant TF1 et AB à se conformer dans un délai bref et sous astreinte aux engagements non exécutés, paraît au cas d'espèce plus efficace et ce d'autant plus que TF1 et AB ont indiqué aux services du Ministre vouloir mettre en œuvre, à bref délai, de nouvelles règles de fonctionnement pour TMC Régie garantissant l'autonomie de cette dernière ;

Considérant que, conformément à l'article L.430-8 IV du code de commerce, si le Conseil constate l'inexécution des engagements, le Ministre peut, outre prendre l'une des deux décisions précitées, « *infliger aux personnes auxquelles incombe l'obligation non exécutée une sanction pécuniaire qui ne peut dépasser le montant le montant de la sanction défini au I¹.* » ;

Considérant que TF1 et AB ont fait valoir, dans leurs observations en date du 10 octobre, qu'« *il n'a pas été établi par l'enquête que le non respect des deux premiers engagements ait eu un effet sur le marché* » et que « *si le Ministre avait pu en 2004 constater que le nombre de chaînes et les acteurs en présence continueraient à garantir une concurrence effective* », cette situation serait aujourd'hui « *encore plus vraie car le nombre et la puissance des acteurs se sont accrus, de sorte que les effets du non respect des premier et deuxième engagements est nécessairement limité* » ;

Considérant toutefois que le Ministre a considéré, comme cela a déjà été souligné, que l'Opération était susceptible, en renforçant la position dominante de TF1, de porter atteinte à la concurrence sur le marché de la publicité télévisée ; qu'il a toutefois estimé, en particulier, que les trois premiers engagements de TF1 et AB auraient pour effet d'empêcher tout lien entre la politique commerciale publicitaire développée par la régie actuelle ou future de TF1 et celle développée par la régie publicitaire de TMC ; que le Ministre a conclu à l'issue de son analyse que l'ensemble des engagements proposés par TF1 et AB permettaient de « *remédier aux atteintes à la concurrence identifiées* » ; qu'il a autorisé l'Opération sous réserve du respect de l'ensemble des engagements proposés par TF1 et AB, qui font partie intégrante de la décision ministérielle ; et que, comme l'observe le Conseil de la concurrence, la décision du Ministre énonce clairement que tous les engagements spécifiés sont nécessaires pour remédier aux problèmes de concurrence identifiés ; que, au surplus, il appartenait à TF1 et AB, si ces groupes avaient constaté une modification substantielle des conditions de concurrence, de demander au Ministre que ses services réexaminent les engagements « *en fonction de la situation concurrentielle du marché* », voire qu'ils y mettent fin, avant la fin d'une période de [...] ans à compter de la réalisation de l'Opération, comme TF1 et AB l'avaient eux-mêmes

¹ Soit 5% de leur chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France, augmenté, le cas échéant, de celui qu'a réalisé en France durant la même période la partie acquise.

proposé au Ministre s'agissant des trois premiers engagements ; que les services du Ministre n'ont été saisis d'aucune demande en ce sens ;

Considérant que TF1 et AB soulignent, dans leurs observations en date du 10 octobre 2008, que le Conseil d'Etat a jugé dans sa décision en date du 27 juin 2007 qu' « *en admettant même que, comme le soutint la société requérante, la filiale de TMC créée pour assurer la régie publicitaire de la chaîne soit dirigée par d'anciens cadres de la société TF1, une telle circonstance n'est pas en elle-même de nature à priver de leur portée les engagements pris* » ;

Considérant toutefois que la société requérante (Métropole Télévision) soutenait notamment devant le Conseil d'Etat, comme le relève ce dernier, que les engagements pris par TF1 et AB étaient « *insuffisants pour pallier les atteintes à la concurrence (...) identifiées* » sur le marché de la publicité télévisée, en soulignant notamment que la régie publicitaire de TMC était de fait dirigée par d'anciens cadres de TF1 en dépit des engagements souscrits ; que, dans le passage extrait par TF1 et AB de sa décision du 27 juin 2007, la Haute juridiction ne faisait dès lors que préciser que ce fait, même s'il était avéré, ne prouvait en rien que les engagements acceptés par le Ministre étaient insuffisants au regard des risques d'atteintes à la concurrence identifiés ; que le Conseil d'Etat précise ainsi dans la phrase suivante de sa décision qu' « *il appartiendrait en tout état de cause aux autorités de concurrence de connaître d'éventuelles méconnaissances des règles fixées* » ; que le Conseil examinait donc la légalité de la décision, dont les engagements font partie intégrante, en tant que juge de l'excès de pouvoir, et ne se prononçait pas sur l'exécution de ces engagements ;

Considérant que TF1 et AB se sont toutes deux engagées à respecter les engagements conditionnant l'autorisation ministérielle du 27 octobre 2004 ; considérant toutefois qu'il convient de déterminer le montant de la sanction à infliger au cas d'espèce à TF1 et AB en tenant compte du rôle joué par chacune de ces sociétés dans les comportements qui ont amené le Conseil de la concurrence à constater l'inexécution de leurs premier et deuxième engagements, ainsi que de leur puissance économique, sur le fondement en particulier du chiffre d'affaires des groupes auxquels ces sociétés appartiennent ;

Considérant enfin que le non respect des engagements ou injonctions pris en application du titre relatif à la concentration économique par la partie à laquelle ils incombent revêt un caractère particulièrement grave ;

Considérant toutefois que TF1 et AB ont transmis au Ministre le 31 juillet 2008 un document intitulé « *règles de fonctionnement établies par TF1 et AB afin de garantir une complète autonomie de TMC Régie SAS* » ; qu'il ressort de ce document que TF1 et AB envisagent à très brève échéance d'apporter des modifications aux règles de gouvernance et de gestion de TMC Régie, dont certaines recevront une traduction immédiate dans les statuts de cette société, qui seront modifiés de manière substantielle ; que ces règles consistent notamment (i) à doter TMC Régie d'une direction autonome en la personne d'un Directeur général disposant des pouvoirs nécessaires pour définir et mettre en œuvre la gestion opérationnelle de cette société, (ii) à limiter l'intervention éventuelle de ce Directeur général aux comités stratégiques précités ainsi que les sujets qu'il pourra aborder à cette occasion, et (iii) à établir une séparation claire entre, d'une part, TMC, MCP et ses actionnaires TF1 et AB et, d'autre part, TMC Régie ; que, comme cela a déjà été relevé, le Conseil de la concurrence a notamment indiqué dans l'Avis qu' « *il appartenait à TF1 et AB de créer la séparation juridique nécessaire entre TMC Régie et TMC afin que les décisions concernant TMC Régie ne soient pas prises ou validées, directement ou indirectement, par TF1* » et qu'une entreprise autonome « *est affranchi(e) des directions et contrôles de la société à laquelle (elle) est subordonné(e)* » et « *joui(t) de la pleine liberté de contracter, de décider de ses investissements et du pouvoir de définir sa propre stratégie industrielle et commerciale* » ; qu'il ressort de l'instruction menée par les services du Ministre que l'ensemble des propositions de TF1 et d'AB visant à modifier les « règles de fonctionnement » précitées crée la « *séparation juridique nécessaire entre TMC Régie et TMC* » et confère à TMC Régie le caractère d' « entreprise autonome » au sens indiqué par le Conseil ; que, de manière générale, l'ensemble de ces propositions est de nature à garantir de manière pérenne une exploitation autonome

de TMC Régie ainsi qu'une commercialisation des espaces publicitaires de TMC totalement indépendante de la société TF1 Publicité ;

Arrête :

Article 1^{er} – TF1 et AB n'ont pas respecté les premier et deuxième engagements conditionnant l'autorisation ministérielle du 27 octobre 2004.

Article 2 – Il est enjoint à TF1 et AB de mettre en œuvre, dans un délai d'un (1) mois à compter de la date de la notification du présent arrêté, les mesures proposées le 31 juillet 2008 pour assurer l'exécution de leurs premier et deuxième engagements, sous astreinte de cinq mille (5000) euros par jour de retard pour chacune de ces sociétés.

Article 3 – L'astreinte sera levée lorsque, au vu d'un rapport détaillé établi par TF1 et AB, le Ministre constatera que ces sociétés ont mis en œuvre les mesures en cause et exécutent ainsi leurs premier et deuxième engagements. Ce rapport devra comporter tous les éléments nécessaires pour permettre au Ministre de s'assurer que les mesures ont effectivement été prises.

Article 4 – Il est infligé une sanction pécuniaire de deux cent cinquante mille (250 000) euros à TF1 et de quinze mille (15 000) euros à AB pour n'avoir pas exécuté leurs premier et deuxième engagements.

Article 5 – Le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes est chargé de l'exécution du présent arrêté, qui sera publié au Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

Article 6 – Les intéressées disposent d'un délai de deux mois pour déposer un recours contre le présent arrêté devant le Conseil d'État.

Fait à Paris, le 17 novembre 2008

Le Ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi
Pour le ministre et par délégation
Le chef de service
FRANCIS AMAND

NOTA : Des informations relatives au secret des affaires ont été occultées à la demande des parties notifiantes. Ces informations relèvent du « secret des affaires », en application de l'article R. 430-7 fixant les conditions d'application du livre IV du Code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence.