

ARRÊT DU TRIBUNAL (troisième chambre)  
18 septembre 2001 \*

Dans l'affaire T-112/99,

Métropole télévision (M6), établie à Neuilly-sur-Seine (France),

Suez-Lyonnaise des eaux, établie à Nanterre (France),

France Télécom, établie à Paris (France),

représentées par M<sup>c</sup> D. Théophile, avocat, ayant élu domicile à Luxembourg,

Télévision française 1 SA (TF1), établie à Paris, représentée par M<sup>es</sup> P. Dunaud et  
P. Elsen, avocats, ayant élu domicile à Luxembourg,

parties requérantes,

contre

Commission des Communautés européennes, représentée par MM. É. Gippini  
Fournier et K. Wiedner, en qualité d'agents, ayant élu domicile à Luxembourg,

partie défenderesse,

\* Langue de procédure: le français.

soutenue par

CanalSatellite, établie à Paris, représentée par M<sup>es</sup> L. Cohen-Tanugi et F. Brunet, avocats, ayant élu domicile à Luxembourg,

partie intervenante,

ayant pour objet une demande d'annulation des articles 2 et 3 de la décision 1999/242/CE de la Commission, du 3 mars 1999, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CE (IV/36.237 — TPS) (JO L 90, p. 6),

LE TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE  
DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES (troisième chambre),

composé de MM. J. Azizi, président, K. Lenaerts et M. Jaeger, juges,

greffier: M<sup>me</sup> D. Christensen, administrateur,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 18 janvier 2001,

rend le présent

## Arrêt

### Cadre général de l'affaire

#### A — Description de l'opération

- 1 Cette affaire a trait à la décision 1999/242/CE de la Commission, du 3 mars 1999, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CE (IV/36.237 — TPS) (JO L 90, p. 6) (ci-après la «décision attaquée»), concernant la création de la société Télévision par satellite (ci-après «TPS»), dont l'objet est de concevoir, développer et diffuser, en mode numérique et par satellite, une offre de programmes et de services télévisuels payants à destination des téléspectateurs européens francophones (considérant 76 de la décision attaquée).
  
- 2 Cette société, qui a été constituée sous la forme d'une société en nom collectif (SNC) de droit français par six grandes sociétés françaises actives dans les secteurs de la télévision [Métropole télévision (M6), Télévision française 1 SA (TF1), France 2 et France 3] et de la télécommunication et câblodistribution (France Télécom et Suez-Lyonnaise des eaux), se présente comme un nouvel entrant sur des marchés fortement dominés par un opérateur historique, à savoir la société Canal+ et sa filiale CanalSatellite.

## B — *Marchés affectés et structure de ces marchés*

- 3 Il ressort de la décision attaquée que le principal marché de produits affecté par la création de TPS est celui de la télévision à péage (considérants 23 et 24 de la décision attaquée). L'opération affecte, par ailleurs, le marché de l'acquisition des droits de diffusion ainsi que celui de la commercialisation de chaînes thématiques.
  
- 4 Quant au marché géographique affecté, la défenderesse a précisé dans la décision attaquée que, au moment de l'adoption de celle-ci, ces différents marchés devaient être appréciés sur une base nationale, de sorte qu'en l'espèce ils se limitaient à la France (considérants 40 à 43 de la décision attaquée).

### *1. Marché de la télévision à péage en France*

- 5 Ainsi qu'il ressort du considérant 25 de la décision attaquée, ce marché constitue un marché de produits distinct de celui de la télévision de libre accès (également appelée «télévision en clair»). En effet, contrairement à ce dernier marché où la relation commerciale s'établit entre le radiodiffuseur et l'annonceur, dans le cas du marché de la télévision à péage il existe une relation entre le radiodiffuseur et le téléspectateur en tant qu'abonné. Les conditions de concurrence sont, dès lors, différentes sur ces deux marchés.

- 6 La décision attaquée précise également que, au moment de son adoption, le marché de la télévision à péage incluait les trois modalités de diffusion (hertzienne, par satellite et par câble), et que ces différentes modalités de diffusion ne constituaient pas des marchés distincts (considérant 30 de la décision attaquée).
  
- 7 L'opérateur le plus ancien sur le marché de la télévision à péage en France est la société Canal+, qui bénéficie d'une image très fortement implantée ainsi que d'un savoir-faire très développé en matière de gestion (considérant 44 de la décision attaquée). Le groupe Canal+ opère également dans le secteur de la câblodistribution puisqu'il contrôle le réseau NumériCâble. De plus, par sa filiale CanalSatellite, Canal+ offre un bouquet de chaînes payantes par satellite en qualité numérique (ci-après le «bouquet numérique») (considérant 46 de la décision attaquée). Il ressort de la décision attaquée que, en «terme d'abonnés, le groupe Canal+, incluant la chaîne premium Canal+, CanalSatellite et le réseau Numéricâble, représentait fin juin 1998, 70 % environ du marché français de la télévision à péage» (considérant 47).
  
- 8 Un autre opérateur sur le marché de la télévision à péage, la société AB-Sat, a été lancé en avril 1996 par le groupe français AB, dont l'activité essentielle repose sur la production de programmes et la distribution de droits télévisés. AB-Sat comptait 100 000 abonnés fin juin 1998 (considérant 49 de la décision attaquée).
  
- 9 Enfin, la société TPS enregistrait 457 000 abonnés fin juillet 1998 et prévoyait 600 000 abonnés pour la fin de l'année 1998 (considérant 50 de la décision attaquée).

*2. Marché de l'acquisition de droits de diffusion, notamment de cinéma et de sport*

- 10 Dans la mesure où le cinéma et le sport constituent les deux produits phares de la télévision à péage, l'acquisition de droits de diffusion relatifs à de tels programmes est nécessaire pour la constitution d'une offre suffisamment attrayante pour convaincre de futurs abonnés de payer pour la réception de services de télévision (considérant 34 de la décision attaquée).
  
- 11 Il ressort de la décision attaquée que les principaux concurrents de TPS sur ce marché, en particulier dans le domaine de l'achat de droits de diffusion de films américains et français et d'événements sportifs, sont Canal+ et les chaînes thématiques dans lesquelles Canal+ a une participation (considérant 58 de la décision attaquée). La Commission précise encore dans la décision attaquée que «le groupe Canal+ a une position particulièrement forte sur ce marché» et que la société AB-Sat ainsi que les chaînes généralistes y sont également présentes (considérant précité).

*3. Marché de la commercialisation et de l'exploitation des chaînes thématiques*

- 12 Il ressort de la décision attaquée que les chaînes thématiques sont indispensables à la constitution d'offres de télévision à péage attrayantes et que le marché de la commercialisation et de l'exploitation de chaînes thématiques est en pleine expansion en France, notamment en raison de l'introduction de la technologie numérique (considéranants 37 à 39 et 65 à 69 de la décision attaquée).

13 En ce qui concerne la structure du marché, la décision attaquée précise:

«Depuis l'émergence des plates-formes satellite, les acteurs de la télévision à péage ont tous des participations dans les chaînes thématiques exploitées sur le marché. Le nombre de participations détenues par les principaux acteurs sur ce marché est assez homogène. Toutefois, le groupe Canal+ est un acteur important, car il détient des participations dans les chaînes les plus anciennes et qui bénéficient de la meilleure pénétration sur le câble et du plus grand nombre d'abonnés.» (Considérants 67 et 68 de la décision attaquée.)

#### C — *Notification et accords notifiés*

14 La création de TPS a d'abord fait l'objet de contacts avec la défenderesse dans le courant de l'été 1996 en vue d'une notification au titre du règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises [JO 1990, L 257, p. 13, modifié en dernier lieu par le règlement (CE) n° 1310/97 du Conseil, du 30 juin 1997 (JO L 180, p. 1)] (considérant 1 de la décision attaquée). Toutefois, les sociétés participant à la création de TPS ayant été informées par la défenderesse que celle-ci ne constituait pas une entreprise commune au sens d'une entreprise soumise au contrôle conjoint de ses associés, elles ont notifié l'opération, le 18 octobre 1996, en vue de l'obtention d'une attestation négative ou, à titre subsidiaire, d'une exemption au titre du règlement n° 17 du Conseil, du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité (JO 1962, 13, p. 204) (considérant précité).

15 Les accords notifiés sont au nombre de quatre. Les principes essentiels régissant le fonctionnement de TPS sont contenus dans la convention des 11 et 18 avril 1996 (ci-après la «Convention»); ils ont été concrétisés et structurés postérieurement

dans le pacte d'associés signé le 19 juin 1996, ainsi que dans les statuts de la société TPS et de la société TPSG, signés à la même date (considérant 70 de la décision attaquée). La durée des accords est de dix ans (considérant 71 de la décision attaquée).

- 16 Trois clauses prévues par ces accords ont, en particulier, retenu l'attention de la défenderesse dans la décision attaquée. Il s'agit, premièrement, de la clause de non-concurrence, deuxièmement, de la clause relative aux chaînes thématiques et, troisièmement, de la clause d'exclusivité.

### 1. *Clause de non-concurrence*

- 17 Cette clause est reprise à l'article 11 de la Convention et à l'article 5.3 du pacte d'associés, précité, et a été précisée, à la demande de la défenderesse, par avenant du 17 septembre 1998. Elle est rédigée comme suit:

«Sauf pour les cas existant à la date de conclusion des accords et sauf pour vendre les programmes et services nouveaux qui n'auraient pas fait l'objet de contrats avec TPS, les parties s'engagent à ne pas participer, directement ou indirectement, à quelque titre que ce soit, et aussi longtemps qu'elles demeureront actionnaires de TPS, à des sociétés ayant pour activité ou objet social la diffusion et la commercialisation d'une offre de programmes et de services audiovisuels payants en mode numérique et par satellite à destination des foyers européens francophones.» (Considérant 77 de la décision attaquée.)

## 2. *Clause relative aux chaînes thématiques*

- 18 L'article 6 de la Convention (sous le titre «Programmes et services de l'offre numérique») et l'article 5.4 du pacte d'associés, précité, prévoient que TPS dispose d'un droit de priorité et d'un droit de dernier refus à l'égard de la production de chaînes thématiques et de services télévisuels par ses actionnaires. Cette clause est libellée comme suit:

«Afin de fournir à TPS les programmes nécessaires à son activité, chacune des parties s'engage à proposer en priorité à TPS les chaînes et services qu'elle exploite ou pour lesquels elle dispose effectivement du pouvoir de décision au sein de la société éditrice, ainsi que ceux qu'elle pourra créer. TPS dispose également d'un droit de dernier refus ou d'acceptation aux meilleures conditions proposées par des concurrents, sur tous les services ou chaînes que les actionnaires de TPS proposeraient à des tiers. En cas de reprise, qu'elle soit à titre exclusif ou non exclusif, TPS appliquera à ces services des conditions financières et contractuelles au moins équivalentes à celles dont ces programmes et services pourraient bénéficier par ailleurs.

Pour ce qui concerne la reprise de ces chaînes et services, TPS se déterminera librement en fonction de sa propre appréciation pour accepter ou refuser de contracter leur intégration dans son offre numérique, que ce soit à titre exclusif ou non exclusif, étant entendu que les parties affirment leur objectif de pouvoir disposer de chaînes et services en exclusivité dans l'offre numérique de TPS.» (Considérants 78 et 79 de la décision attaquée.)

## 3. *Clause d'exclusivité*

- 19 Enfin, l'article 6 de la Convention prévoit que les chaînes généralistes qui ont participé à la création et au lancement de TPS, à savoir M6, TF1, France 2 et

France 3, seront diffusées en exclusivité par celle-ci (considérant 81 de la décision attaquée). TPS prendra en charge les coûts techniques afférents à leur transport et diffusion, mais ne les rémunérera pas (considérant précité).

D — *Décision attaquée*

- 20 Le 3 mars 1999, la défenderesse a adopté la décision attaquée.
- 21 Ainsi qu'il ressort de l'article 1<sup>er</sup> de cette décision, la défenderesse a estimé que, sur la base des informations dont elle disposait, il n'y avait pas lieu pour elle d'intervenir, en vertu de l'article 85, paragraphe 1, du traité CE (devenu article 81, paragraphe 1, CE), à l'égard de la création de TPS.
- 22 En revanche, s'agissant des clauses contractuelles décrites ci-dessus aux points 17 à 19, la défenderesse a conclu que:
- en ce qui concerne la clause de non-concurrence, il n'y avait pas lieu d'intervenir à l'égard de cette clause pendant une période de trois ans, soit jusqu'au 15 décembre 1999 (article 2 de la décision attaquée);

- en ce qui concerne la clause d'exclusivité ainsi que la clause relative aux chaînes thématiques, ces dispositions pouvaient bénéficier d'une exemption au titre de l'article 85, paragraphe 3, du traité, pour une durée de trois ans, soit jusqu'au 15 décembre 1999 (article 3 de la décision attaquée).

### Procédure et conclusions des parties

- 23 Par requête déposée au greffe du Tribunal le 10 mai 1999, les requérantes ont introduit le présent recours.
  
- 24 Par acte déposé au greffe du Tribunal le 5 novembre 1999, la société CanalSatellite a demandé à intervenir dans la présente procédure au soutien des conclusions de la Commission.
  
- 25 Par ordonnance du 31 janvier 2000, le président de la troisième chambre du Tribunal a admis cette intervention et a partiellement fait droit à la demande de traitement confidentiel, déposée par les requérantes, de certains éléments figurant dans la requête et les annexes de celle-ci.
  
- 26 La partie intervenante a déposé son mémoire en intervention le 24 mars 2000. La Commission, TF1 et M6 ont déposé leurs observations sur ce mémoire, respectivement, les 4, 5 et 8 mai 2000.

27 Sur rapport du juge rapporteur, le Tribunal (troisième chambre) a décidé d'ouvrir la procédure orale. Dans le cadre des mesures d'organisation de la procédure prévues à l'article 64 de son règlement de procédure, il a invité les parties à répondre à des questions et la défenderesse à produire un document. Il a été satisfait à ces demandes dans le délai imparti.

28 Les parties ont été entendues en leurs plaidoiries et en leurs réponses aux questions du Tribunal lors de l'audience qui s'est déroulée le 18 janvier 2001.

29 Les requérantes concluent à ce qu'il plaise au Tribunal:

— annuler les articles 2 et 3 de la décision attaquée;

— condamner in solidum la défenderesse et la partie intervenante aux dépens.

30 La défenderesse et la partie intervenante concluent à ce qu'il plaise au Tribunal:

— rejeter le recours,

— condamner les requérantes aux dépens.

## En droit

### A — *Quant à la recevabilité du recours*

#### *Arguments des parties*

- 31 La défenderesse, soutenue à cet égard par la partie intervenante, excipe de l'irrecevabilité du recours introduit par les requérantes. Elle relève en effet que, selon une jurisprudence constante, seuls sont attaquables les actes susceptibles de produire des effets juridiques obligatoires affectant les intérêts des requérantes. Elle fait également observer que, ainsi qu'il ressort des arrêts du Tribunal du 17 septembre 1992, NBV et NVB/Commission (T-138/89, Rec. p. II-2181, point 31), et du 22 mars 2000, Coca-Cola/Commission (T-125/97 et T-127/97, Rec. p. II-1733, point 79), seul le dispositif de l'acte est susceptible de produire des effets juridiques et, par voie de conséquence, de faire grief. En revanche, les motifs de la décision en cause ne pourraient être soumis au contrôle de la légalité du juge communautaire que dans la mesure où, en tant que motifs d'un acte faisant grief, ils constituent le support nécessaire de son dispositif.
- 32 Or, selon la défenderesse, le dispositif d'une décision octroyant une attestation négative et une exemption, telle que celle attaquée dans le cadre du présent recours, ne fait pas grief à son destinataire. Dès lors, le recours en annulation introduit par les requérantes serait irrecevable.
- 33 La défenderesse estime que cette conclusion s'impose d'autant plus que, depuis le 15 décembre 1999, la décision attaquée a épuisé tous les effets juridiques qu'elle produisait. L'intérêt de la présente affaire serait, dès lors, purement théorique.

- 34 Les requérantes contestent que le présent recours soit irrecevable. Elles relèvent que la décision attaquée a des effets juridiques obligatoires affectant leurs intérêts (arrêt de la Cour du 11 novembre 1981, IBM/Commission, 60/81, Rec. p. 2639, point 9) puisque l'attestation négative et l'exemption ne sont octroyées que pour une durée de trois ans. Elles font observer, en outre, que, dans l'arrêt du Tribunal du 15 septembre 1998, European Night Services e.a./Commission (T-374/94, T-375/94, T-384/94 et T-388/94, Rec. p. II-3141), lequel portait également sur des recours en annulation contre une décision d'exemption introduit par les bénéficiaires de cette exemption, les recours ont été jugés recevables.

### *Appréciation du Tribunal*

- 35 Il convient de rappeler que, selon une jurisprudence constante, constituent des actes ou décisions susceptibles de faire l'objet d'un recours en annulation au titre de l'article 173 du traité CE (devenu, après modification, article 230 CE) les mesures produisant des effets juridiques obligatoires de nature à affecter les intérêts du requérant, en modifiant de manière caractérisée la situation juridique de celui-ci (arrêts de la Cour IBM/Commission, cité au point 34 ci-dessus, point 9, et du 31 mars 1998, France e.a./Commission, C-68/94 et C-30/95, Rec. p. I-1375, point 62; arrêts du Tribunal du 4 mars 1999, Assicurazioni Generali et Unicredito/Commission, T-87/96, Rec. p. II-203, point 37, et Coca-Cola/Commission, cité au point 31 ci-dessus, point 77).
- 36 Ainsi, toute personne physique ou morale est recevable à introduire un recours en annulation contre la décision d'une institution communautaire qui ne fait pas droit, en tout ou en partie, à une demande précise et claire émanant de cette personne et relevant de la compétence de ladite institution (voir, en ce sens, en ce qui concerne une demande sur la base de l'article 3, paragraphe 2, sous b), du règlement n° 17, arrêt de la Cour du 25 octobre 1977, Metro/Commission, 26/76, Rec. p. 1875, point 13). En effet, dans une telle situation, le rejet partiel ou total de la demande produit des effets juridiques obligatoires de nature à affecter les intérêts de son auteur.

37 Il convient de vérifier, à la lumière de ces principes, si le présent recours en annulation est recevable.

38 En l'espèce, les requérantes ont notifié à la défenderesse les accords relatifs à la création de TPS et les restrictions qu'elles considéraient comme étant accessoires à cette opération en vue d'obtenir, au titre de l'article 2 du règlement n° 17, une attestation négative pour toute la durée de ces accords, c'est-à-dire pour une durée de dix ans, ou, à défaut, afin d'obtenir, au titre de l'article 4, paragraphe 1, du même règlement, une exemption individuelle d'une durée identique.

39 Or, il ressort du dispositif de la décision attaquée que tant l'attestation négative relative à la clause de non-concurrence (article 2) que l'exemption individuelle relative à la clause d'exclusivité et à la clause relative aux chaînes thématiques (article 3) ne sont octroyées que pour une durée de trois ans.

40 Il résulte de cette limitation de la durée de l'attestation négative et de l'exemption prévues aux articles 2 et 3 susvisés que les requérantes ne bénéficient que pour une période beaucoup plus courte que celle initialement escomptée de la sécurité juridique découlant de telles décisions. En outre, les requérantes ont affirmé, sans être contredites à cet égard par la défenderesse, que cet état de fait a également affecté le calcul de la rentabilité des investissements ayant présidé à la conclusion des accords notifiés.

41 Dès lors, cette partie du dispositif de la décision attaquée produit des effets juridiques obligatoires de nature à affecter les intérêts des requérantes.

42 Il importe peu, à cet égard, que les requérantes puissent éventuellement, à la suite d'une nouvelle notification des restrictions litigieuses, obtenir une nouvelle

attestation négative ou exemption d'une durée inférieure, égale, voire même supérieure à celle initialement octroyée. En effet, dès lors qu'elles ne disposent pas, d'ores et déjà, de la sécurité juridique dont elles auraient bénéficié si l'attestation négative et l'exemption prévues, respectivement, aux articles 2 et 3 de la décision attaquée avaient été octroyées pour une durée de dix ans, leurs intérêts sont affectés de manière certaine par cette partie du dispositif de la décision attaquée.

- 43 Enfin, il convient d'observer que, contrairement aux demandes dans les affaires ayant donné lieu aux arrêts NBV et NVB/Commission et Coca-Cola/Commission, cités au point 31 ci-dessus, le recours en annulation introduit par les requérantes vise le dispositif et non les motifs de la décision attaquée. En effet, dans leurs conclusions, les requérantes demandent l'annulation des articles 2 et 3 du dispositif de la décision attaquée. En outre, s'il est vrai que, dans l'arrêt NBV et NVB/Commission, précité (point 32), le Tribunal a considéré qu'une décision d'attestation négative «donn[ait] satisfaction au demandeur et, par sa nature, n'[était] susceptible ni de modifier sa situation juridique ni de lui faire grief», il convient d'observer que, dans l'affaire ayant donné lieu audit arrêt, l'attestation négative avait été délivrée pour une durée qui correspondait à celle demandée par les parties intéressées. En revanche, ainsi qu'il a été rappelé ci-dessus, dans la présente affaire, l'attestation négative n'est octroyée que pour une durée de trois ans, alors que les requérantes avaient demandé qu'elle le soit pour une durée de dix ans.

- 44 Il résulte de ce qui précède que le présent recours est recevable.

## B — *Quant au fond*

- 45 Le Tribunal décide d'analyser d'abord les moyens visant à l'annulation de l'article 3 de la décision attaquée, c'est-à-dire ceux relatifs à la clause d'exclusivité

et à la clause relative aux chaînes thématiques. Ensuite, le Tribunal portera son examen sur le moyen invoqué à l'encontre de l'article 2 de la décision attaquée, concernant la clause de non-concurrence.

*1. Sur les moyens visant à l'annulation de l'article 3 de la décision attaquée*

46 En ce qui concerne l'article 3 de la décision attaquée, les requérantes invoquent deux moyens, tirés de la méconnaissance des dispositions de l'article 85, paragraphes 1 et 3, du traité. Dans le cadre du premier moyen, elles font valoir que la défenderesse a violé l'article 85, paragraphe 1, du traité, dans la mesure où elles considèrent, à titre principal, que la clause d'exclusivité et la clause relative aux chaînes thématiques ne constituent pas des restrictions de concurrence au sens de cette disposition et, à titre subsidiaire, que ces engagements doivent être qualifiés de restrictions accessoires à la création de TPS. Dans le cadre du second moyen, les requérantes estiment que la défenderesse a violé l'article 85, paragraphe 3, du traité, en ce qu'elle n'a pas appliqué correctement les critères d'exemption prévus par cette disposition et a commis une erreur d'appréciation en ce qui concerne la durée de l'exemption.

a) Sur le premier moyen, tiré de la violation de l'article 85, paragraphe 1, du traité

i) Sur l'argumentation, invoquée à titre principal, tirée de ce que la clause d'exclusivité et la clause relative aux chaînes thématiques ne constituent pas des restrictions de concurrence au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité

47 Les requérantes font valoir que, afin de constater dans la décision attaquée que la clause d'exclusivité et la clause relative aux chaînes thématiques constituent des

restrictions de concurrence au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité, la défenderesse s'est fondée sur des appréciations erronées, d'une part, et a fait une application incorrecte de cette disposition, d'autre part.

- 48 La défenderesse, soutenue par la partie intervenante, conteste le bien-fondé de ces deux griefs.

— Sur le grief tiré de l'existence d'appréciations erronées

#### Arguments des parties

- 49 Les requérantes relèvent que, afin de constater le caractère restrictif de concurrence de la clause d'exclusivité, la défenderesse s'est efforcée de démontrer, aux considérants 102 à 107 de la décision attaquée, que les chaînes généralistes constituaient des programmes attrayants pour les téléspectateurs et que cette clause avait pour effet de priver les concurrents de TPS de l'accès à de tels programmes. Or, selon les requérantes, cette constatation est fondée sur des appréciations erronées.
- 50 Elles font en effet valoir, en premier lieu, que la constatation selon laquelle l'attrait des chaînes généralistes dans l'offre de TPS s'explique par l'existence de zones d'ombre en France, c'est-à-dire de zones où la réception hertzienne de ces chaînes est de mauvaise qualité ou déficiente, est inexacte. Selon les requérantes, les chiffres de l'étude réalisée par l'institut Médiamétrie de novembre/décembre 1997, relative au suivi bimestriel de l'initialisation (ci-après l'«étude Médiamétrie»), cités par la défenderesse sont erronés et ne tiennent pas compte du fait que presque tous les Français reçoivent TF1, France 2 et France 3 dans de bonnes

conditions. À l'appui de cette affirmation, les requérantes ont soutenu, à l'audience, que, d'une part, l'étude Médiamétrie ne précisait pas selon quels principes méthodologiques elle avait été établie et, d'autre part, que la qualité d'émission des programmes télévisuels par les chaînes de télévision françaises était vérifiée tous les cinq ans par le Conseil supérieur de l'audiovisuel dans le cadre de la procédure d'autorisation ou de prolongation d'autorisation.

- 51 En deuxième lieu, les requérantes font observer que, contrairement à ce que la défenderesse indique dans la décision attaquée, il ressort des études de marché que les téléspectateurs optent pour TPS plus en raison de la richesse de l'offre que de la réception en qualité numérique des chaînes généralistes.
- 52 En troisième lieu, les requérantes estiment que l'affirmation de la défenderesse, selon laquelle les deux autres bouquets numériques, à savoir CanalSatellite et AB-Sat, ont pu être lancés avec succès sans diffusion exclusive des chaînes généralistes, est dénuée de pertinence en l'espèce. Elles relèvent en effet que, d'une part, CanalSatellite a bénéficié de nombreuses exclusivités cinématographiques et sportives lors de son lancement et a toujours l'exclusivité de la diffusion de la chaîne Canal+ et que, d'autre part, AB-Sat s'est constituée sur un segment de marché différent.
- 53 Les requérantes exposent, en dernier lieu, que, contrairement à ce qu'a constaté la défenderesse dans la décision attaquée, le fait que les quatre chaînes généralistes, lesquelles représentent 90 % de l'ensemble des téléspectateurs et environ 75 % de l'audience sur le câble, sont diffusées en exclusivité par TPS n'implique pas nécessairement que l'accès des concurrents aux programmes de ces chaînes soit limité. Elles font remarquer, en effet, que le marché de la télévision en clair et celui de la télévision à péage sont deux marchés distincts, de sorte qu'il ne saurait y avoir un tel lien de cause à effet. De plus, selon les requérantes, il n'est pas certain que, au cas où les quatre chaînes généralistes n'auraient pas été engagées dans la création de TPS, elles auraient accepté de participer à un autre bouquet numérique. Elles notent, par ailleurs, que, ainsi que le démontre la situation dans les autres pays européens, où un seul opérateur est en situation de monopole sur le marché de la télévision à péage, une nouvelle entrée sur le marché de la télévision à péage en France n'est plus possible.

- 54 La défenderesse, soutenue par la partie intervenante, conteste que la constatation, dans la décision attaquée, selon laquelle l'exclusivité de diffusion des quatre chaînes généralistes constitue une restriction de concurrence repose sur des appréciations erronées.

### Appréciation du Tribunal

- 55 Il convient de relever que les éléments factuels invoqués par les requérantes afin de démontrer que la constatation, par la défenderesse, du caractère restrictif de concurrence de la clause d'exclusivité repose sur des appréciations erronées sont soit inexacts, soit dénués de pertinence.
- 56 Ainsi, il y a lieu de souligner, en premier lieu, que, à défaut d'éléments probants appuyant leur thèse, les requérantes ne sauraient être suivies lorsqu'elles affirment que les données de l'étude Médiamétrie relatives à l'existence de zones d'ombre en France, qui ont été reprises au considérant 104 de la décision attaquée, sont inexactes et que presque tous les téléspectateurs en France reçoivent TF1, France 2 et France 3 dans de bonnes conditions.
- 57 La partie intervenante a, en effet, précisé à l'audience, sans être contredite par les requérantes, que l'institut Médiamétrie est l'unique institut de sondage qui, en France, élabore des études d'audience, et que ces études constituent la référence pour toutes les chaînes de télévision françaises qui les utilisent, notamment, pour le calcul de leurs revenus publicitaires.
- 58 De plus, contrairement à ce que font valoir les requérantes, les contrôles effectués tous les cinq ans par le Conseil supérieur de l'audiovisuel dans le cadre de la procédure d'autorisation ou de prolongation d'autorisation ne constituent pas

une preuve de l'inexactitude de ces données. En effet, ainsi qu'elles l'ont d'ailleurs reconnu à l'audience, le contrôle effectué par ledit Conseil ne porte que sur la qualité d'émission des chaînes de télévision et non sur la qualité de réception de ces chaînes par les téléspectateurs français.

- 59 Il y a également lieu d'observer que l'existence d'importantes zones d'ombre en France, relevée par l'étude Médiamétrie, semble confirmée par l'étude de marché produite par les requérantes, puisqu'il ressort de cette étude que [...] <sup>1</sup> des personnes interrogées se sont abonnées à TPS «pour recevoir les chaînes nationales correctement».
- 60 En outre, la défenderesse a clairement précisé dans la décision attaquée que les chiffres publiés dans l'étude Médiamétrie n'avaient pour elle «qu'une valeur indicative car, outre les quatre chaînes généralistes diffusées en exclusivité sur TPS, ces données concernent également Arte et la Cinquième, dont le taux d'initialisation est de 80,6 % des foyers, ainsi que Canal+ hertzien, qu'environ [...] de foyers recevraient dans de mauvaises conditions» (considérant 104 de la décision attaquée).
- 61 Il convient de relever, en deuxième lieu, que le fait que, selon les différentes études de marché commandées par TPS (notamment l'étude BVA), la motivation des personnes qui se sont abonnées à TPS tient d'abord à la richesse de son offre et non à la possibilité de recevoir aussi des chaînes généralistes, ainsi que le font valoir les requérantes, n'infirme pas la constatation faite par la défenderesse. En effet, dans la mesure où les programmes des chaînes généralistes permettent d'enrichir l'offre de TPS, celles-ci contribuent à l'attrait de cette offre. De plus, ainsi qu'il a été constaté ci-dessus au point 59, il ressort des mêmes études de marché qu'une partie importante des personnes interrogées ont déclaré qu'elles avaient décidé de s'abonner à TPS afin de recevoir correctement les chaînes généralistes.

1 — Données confidentielles occultées.

- 62 En troisième lieu, en ce qui concerne l'argument des requérantes selon lequel le fait que CanalSatellite et AB-Sat ont pu être lancés sur le marché sans diffusion exclusive des chaînes généralistes serait dénué de pertinence pour le cas d'espèce, il convient de préciser que cet élément a été avancé par la défenderesse afin de démontrer que les chaînes généralistes ne constituaient «pas une catégorie de programmes distincte ni un type de contenu essentiel pour la télévision à péage» (considérant 106 de la décision attaquée). S'il est vrai que cet élément revêt une importance relativement secondaire en ce qui concerne la détermination du caractère restrictif de concurrence de la clause d'exclusivité, il permet toutefois d'établir que cette clause n'est pas objectivement nécessaire à la création de TPS, de sorte qu'elle ne saurait être considérée comme une restriction accessoire (voir, en ce sens, les points 118 et suivants ci-après).
- 63 Enfin, il y a lieu de rejeter les arguments factuels avancés par les requérantes afin de démontrer que la clause d'exclusivité n'a pas pour effet, contrairement à ce que la Commission a retenu dans la décision attaquée, de priver «les concurrents de TPS de l'accès à des programmes attrayants».
- 64 Il est, en effet, manifeste que, dans la mesure où seule TPS est autorisée à diffuser les chaînes généralistes en raison de l'exclusivité dont elle bénéficie, les concurrents de TPS sont privés de l'accès à des programmes considérés comme attrayants par de nombreux téléspectateurs français.
- 65 En outre, les requérantes n'ont pas apporté d'éléments à l'appui de leur affirmation selon laquelle il ne serait pas à exclure que les chaînes généralistes refusent d'être diffusées par les autres bouquets numériques.
- 66 Au vu de ce qui précède, les requérantes n'ont pas démontré que la défenderesse s'était fondée sur des appréciations erronées afin de constater que la clause d'exclusivité constituait une restriction de concurrence au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité.

67 Ce grief doit, en conséquence, être rejeté.

— Sur le grief tiré de l'application erronée de l'article 85, paragraphe 1, du traité (non-application d'une règle de raison)

### Arguments des parties

68 Les requérantes font valoir que la défenderesse aurait dû faire application de l'article 85, paragraphe 1, du traité à la lumière d'une règle de raison plutôt que d'en faire une application abstraite. Conformément à une telle règle, une pratique anticoncurrentielle échapperait à l'interdiction édictée à l'article 85, paragraphe 1, du traité, si elle présente plus d'effets positifs que négatifs pour la concurrence sur un marché donné. Elles considèrent que l'existence d'une règle de raison en droit communautaire de la concurrence a déjà été confirmée par la Cour (arrêts de la Cour du 8 juin 1982, Nungesser et Eisele/Commission, 258/78, Rec. p. 2015, et du 6 octobre 1982, Coditel e.a., 262/81, Rec. p. 3381, point 20). Elles affirment, par ailleurs, que, contrairement à ce que fait valoir la défenderesse, ces deux arrêts sont pertinents en l'espèce parce que la création de TPS s'est également réalisée dans des conditions et sur un marché tout à fait particuliers.

69 Les requérantes font valoir que l'application d'une règle de raison aurait permis de conclure à l'inapplicabilité de l'article 85, paragraphe 1, du traité à la clause d'exclusivité et à la clause relative aux chaînes thématiques. Elles relèvent, en effet, que, ainsi qu'il ressort implicitement du raisonnement adopté par la défenderesse en ce qui concerne l'article 85, paragraphe 3, du traité, plutôt que de restreindre la concurrence sur le marché de la télévision à péage en France, ces clauses favorisent une telle concurrence puisqu'elles permettent à un nouvel opérateur d'accéder à un marché jusque-là dominé par un seul opérateur, à savoir

CanalSatellite et sa société mère Canal+, l'offre d'AB-Sat n'étant pas réellement concurrente, mais plutôt complémentaire de celle de Canal+.

- 70 Selon les requérantes, ce raisonnement relatif à l'inapplicabilité de l'article 85, paragraphe 1, du traité à la clause d'exclusivité et à la clause concernant les chaînes thématiques s'impose d'autant plus au vu de la jurisprudence de la Cour. Il ressortirait, en effet, de cette jurisprudence que, d'une part, une clause d'exclusivité de vente doit faire l'objet d'une évaluation économique et ne tombe pas nécessairement sous le coup de l'article 85, paragraphe 1, du traité (arrêt de la Cour du 30 juin 1966, Société technique minière, 56/65, Rec. p. 337) et que, d'autre part, un droit exclusif accordé en vue de pénétrer un nouveau marché ne relève pas de l'interdiction édictée à cet article (arrêts Nungesser et Eisele/Commission, cité au point 68 ci-dessus, et Société technique minière, précité; de manière plus générale, sur la portée de l'article 85, paragraphes 1 et 3, du traité, arrêt de la Cour du 12 décembre 1995, Oude Luttikhuis e.a., C-399/93, Rec. p. I-4515, point 10, et arrêts du Tribunal du 14 mai 1997, VGB e.a./Commission, T-77/94, Rec. p. II-759, point 140, et European Night Services e.a./Commission, cité au point 34 ci-dessus, point 136).
- 71 La défenderesse conteste avoir violé l'article 85, paragraphe 1, du traité, en ne faisant pas application d'une règle de raison, telle que suggérée par les requérantes, dans le cadre de l'examen de la compatibilité de la clause d'exclusivité et de la clause relative aux chaînes thématiques avec cette disposition.

#### Appréciation du Tribunal

- 72 Selon les requérantes, l'existence d'une règle de raison en droit communautaire de la concurrence implique que, dans le cadre de l'application de l'article 85, paragraphe 1, du traité, il convient de procéder à une mise en balance des effets pro- et anticoncurrentiels d'un accord afin de déterminer si celui-ci tombe sous le

coup de l'interdiction édictée à cet article. Or, il y a lieu de relever, à titre liminaire, que, contrairement à ce qu'affirment les requérantes, l'existence d'une telle règle n'a, en tant que telle, pas été confirmée par les juridictions communautaires. Bien au contraire, dans divers arrêts, la Cour et le Tribunal ont pris soin d'indiquer le caractère douteux de l'existence d'une règle de raison en droit communautaire de la concurrence [voir arrêts de la Cour du 8 juillet 1999, *Montecatini/Commission*, C-235/92 P, Rec. p. I-4539, point 133 («à supposer même que la 'rule of reason' ait sa place dans le cadre de l'article 85, paragraphe 1, du traité»), et du Tribunal du 10 mars 1992, *Montedipe/Commission*, T-14/89, Rec. p. II-1155, point 265, et du 6 avril 1995, *Tréfilunion/Commission*, T-148/89, Rec. p. II-1063, point 109].

- 73 Ensuite, il y a lieu de souligner qu'une interprétation de l'article 85, paragraphe 1, du traité, telle que préconisée par les requérantes, s'avère difficilement conciliable avec la structure normative de cette disposition.
- 74 En effet, l'article 85 du traité prévoit explicitement, dans son paragraphe 3, la possibilité d'exempter des accords restrictifs de concurrence lorsque ceux-ci satisfont à un certain nombre de conditions, notamment lorsqu'ils sont indispensables à la réalisation de certains objectifs et ne donnent pas à des entreprises la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Ce n'est que dans le cadre précis de cette disposition qu'une mise en balance des aspects pro- et anticoncurrentiels d'une restriction peut avoir lieu (voir, en ce sens, arrêts de la Cour du 28 janvier 1986, *Pronuptia*, 161/84, Rec. p. 353, point 24; du Tribunal du 15 juillet 1994, *Matra Hachette/Commission*, T-17/93, Rec. p. II-595, point 48, et *European Night Services e.a./Commission*, cité au point 34 ci-dessus, point 136). L'article 85, paragraphe 3, du traité perdrait en grande partie son effet utile si un tel examen devait déjà être effectué dans le cadre de l'article 85, paragraphe 1, du traité.
- 75 Il est vrai que, dans un certain nombre d'arrêts, la Cour et le Tribunal se sont exprimés en faveur d'une lecture plus souple de l'interdiction édictée à l'article 85, paragraphe 1, du traité (voir, notamment, arrêts *Société technique minière* et *Oude Luttikhuis e.a.*, cités au point 70 ci-dessus, *Nungesser et Eisele/*

Commission et Coditel e.a., cités au point 68 ci-dessus, Pronuptia, cité au point 74 ci-dessus, et European Night Services e.a./Commission, cité au point 34 ci-dessus, ainsi que arrêt de la Cour du 15 décembre 1994, DLG, C-250/92, Rec. p. I-5641, points 31 à 35).

- 76 Ces arrêts ne sauraient, toutefois, être interprétés comme consacrant l'existence d'une règle de raison en droit communautaire de la concurrence. Ils s'inscrivent plutôt dans un courant jurisprudentiel plus large selon lequel il n'y a pas lieu de considérer, de manière complètement abstraite et indistincte, que tout accord restreignant la liberté d'action des parties ou de l'une d'elles tombe nécessairement sous le coup de l'interdiction édictée à l'article 85, paragraphe 1, du traité. Il incombe, en effet, aux fins de l'analyse de l'applicabilité de cette disposition à un accord, de tenir compte du cadre concret dans lequel il déploie ses effets, et notamment du contexte économique et juridique dans lequel opèrent les entreprises concernées, de la nature des produits et/ou services visés par cet accord ainsi que des conditions réelles du fonctionnement et de la structure du marché (voir, notamment, arrêts *European Night Services e.a./Commission*, cité au point 34 ci-dessus, point 136, *Oude Luttikhuis e.a.*, cité au point 70 ci-dessus, point 10, *VGB e.a./Commission*, cité au point 70 ci-dessus, point 140, ainsi que arrêt de la Cour du 28 février 1991, *Delimitis*, C-234/89, Rec. p. I-935, point 31).
- 77 Cette interprétation permet en effet, tout en respectant la structure normative de l'article 85 du traité et, en particulier, l'effet utile de son paragraphe 3, d'éviter que l'interdiction prévue au paragraphe 1 de cette disposition ne s'étende, de manière complètement abstraite et indistincte, à tous les accords ayant pour effet de restreindre la liberté d'action des parties ou de l'une d'entre elles. Il y a pourtant lieu de souligner qu'une telle approche n'implique toutefois pas une mise en balance des effets pro- et anticoncurrentiels d'un accord aux fins de déterminer l'applicabilité de l'interdiction édictée à l'article 85, paragraphe 1, du traité.
- 78 Au vu de ce qui précède, il y a lieu de considérer que, contrairement à ce que font valoir les requérantes, la défenderesse a fait, dans la décision attaquée, une application correcte de l'article 85, paragraphe 1, du traité à la clause d'exclu-

sivité et à la clause relative aux chaînes thématiques dans la mesure où il ne lui incombait pas de procéder à une mise en balance des aspects pro- et anticoncurrentiels de ces engagements en dehors du cadre précis de l'article 85, paragraphe 3, du traité.

- 79 Elle a, en revanche, conformément à la jurisprudence, évalué le caractère restrictif de concurrence de ces clauses dans leur contexte économique et juridique. Ainsi, elle a constaté, à juste titre, que les chaînes généralistes présentaient des programmes attrayants pour les abonnés à une société de télévision à péage et que la clause d'exclusivité avait pour effet de priver les concurrents de TPS de l'accès à de tels programmes (considérants 102 à 107 de la décision attaquée). Quant à la clause relative aux chaînes thématiques, la défenderesse a constaté qu'elle conduisait à une limitation de l'offre de telles chaînes sur ce marché pendant une période de dix ans (considérant 101 de la décision attaquée).
- 80 Ce grief doit, en conséquence, être rejeté.

ii) Sur l'argumentation, invoquée à titre subsidiaire, tirée de ce que la clause d'exclusivité et la clause relative aux chaînes thématiques constituent des restrictions accessoires

#### — Arguments des parties

Sur la notion de restriction accessoire

- 81 En ce qui concerne la notion de restriction accessoire, les requérantes estiment qu'il y a lieu de se référer au *XXIV<sup>e</sup> Rapport sur la politique de concurrence* de la

Commission, de 1994 (p. 120, point 166), dont il ressort que les «restrictions de concurrence afférentes aux entreprises communes» sont des «restrictions qui ne sont imposées qu'aux parties ou à l'entreprise commune (à l'exclusion des tiers) et qui sont objectivement nécessaires au bon fonctionnement de l'entreprise commune; elles sont donc, de par leur nature même, inhérentes à l'opération envisagée».

82 Les requérantes font également référence à la communication de la Commission du 16 février 1993 sur le traitement des entreprises communes à caractère coopératif au regard de l'article 85 du traité CEE (JO 1993, C 43, p. 2, ci-après la «communication sur les entreprises communes coopératives»), dans laquelle la défenderesse a précisé que les accords «qui sont directement liés à l'entreprise commune et nécessaires à son existence doivent être appréciés ensemble avec cette dernière. Du point de vue du droit de la concurrence, ils sont à considérer comme restrictions accessoires, dans la mesure où ils restent subordonnés à l'objet principal de l'entreprise commune» (point 66).

83 Les requérantes relèvent, de plus, qu'il ressort de la communication sur les entreprises communes coopératives que, d'une part, une licence exclusive d'exploitation accordée à l'entreprise commune pour une durée illimitée a été considérée comme indispensable à la création et à l'activité de cette entreprise et que, d'autre part, la théorie des restrictions accessoires sera, en général, appliquée dans le cas d'une entreprise commune avec de nouvelles activités pour lesquelles les fondateurs ne sont pas des concurrents actuels ou potentiels de ladite entreprise (point 76 de la communication sur les entreprises communes coopératives).

84 Selon les requérantes, la pratique décisionnelle de la défenderesse témoigne d'une application fidèle de ces principes.

85 Les requérantes relèvent en effet que, dans la décision 94/895/CE de la Commission, du 15 décembre 1994, relative à une procédure d'application de

l'article 85 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE (IV/34.768 — International Private Satellite Partners) (JO L 354, p. 75, point 61), il a été estimé que des clauses restrictives de concurrence devaient être considérées comme accessoires lorsqu'elles sont indispensables à l'entreprise commune et ne vont pas au-delà de ce que la création et l'exploitation de cette société exigent [voir également la décision 97/39/CE de la Commission, du 18 décembre 1996, concernant une procédure en vertu de l'article 85 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE (IV/35.518 — Iridium) (JO 1997, L 16, p. 87, points 48 et suivants) et la décision de la Commission du 6 avril 1995 déclarant la compatibilité avec le marché commun d'une concentration sur la base du règlement n° 4064/89 (IV/M.564 — Havas Voyages/American Express) (JO C 117, p. 8)].

- 86 Les requérantes soutiennent, par ailleurs, que les décisions et les arrêts cités par la défenderesse sont, en général, dénués de pertinence pour la présente affaire.
- 87 Les requérantes exposent, en effet, que l'arrêt *Pronuptia* (cité au point 74 ci-dessus) et l'arrêt de la Cour du 11 juillet 1985, *Remia e.a./Commission* (42/84, Rec. p. 2545), ont trait aux critères d'application de l'article 85, paragraphes 1 et 3, du traité, sans qu'aucune référence ne soit faite à la problématique des restrictions accessoires. Elles notent, ensuite, que la décision 87/100/CEE de la Commission, du 17 décembre 1986, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/31.340 — *Mitchell Cotts/Sofiltra*) (JO 1987, L 41, p. 31, point 23), n'apporte aucun élément nouveau. Quant à la décision 90/410/CEE de la Commission, du 13 juillet 1990, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/32.009 — *Elopak/Metal Box-Odin*) (JO L 209, p. 15, point 31), de l'avis des requérantes, elle confirme, plutôt qu'elle n'infirme, le principe mis en évidence dans les décisions qu'elles ont évoquées.
- 88 Enfin, les requérantes considèrent que, contrairement à ce que suggèrent la défenderesse et la partie intervenante, la qualification d'une clause de restriction accessoire ne doit pas correspondre à une analyse abstraite de celle-ci mais nécessite une analyse approfondie du marché.

- 89 Les requérantes soulignent d'ailleurs que la défenderesse a procédé à un tel examen dans la décision attaquée. Elles notent également que l'ensemble des décisions et arrêts cités par la partie intervenante illustrent le fait que le contexte du marché est pris en compte dans le cadre de la qualification des «restrictions accessoires». Ainsi, dans l'arrêt *Remia e.a./Commission*, cité au point 87 ci-dessus, la Cour aurait refusé, au vu des circonstances de l'espèce, de qualifier de restriction accessoire une clause de non-concurrence d'une durée supérieure à quatre années. Dans la décision 1999/329/CE de la Commission, du 12 avril 1999, relative à une procédure d'application des articles 85 et 86 du traité CE et des articles 53 et 54 de l'accord EEE (IV/D-1/30.373 — Clubs de protection et d'indemnisation: accord du Groupe international et IV/D-1/37.143 — Clubs de protection et d'indemnisation: accord de mise en commun) (JO L 125, p. 12), il aurait été décidé, après un examen des prix et des conditions de vente sur le marché de la réassurance, que la souscription conjointe de contrats de réassurance était, en l'espèce, une restriction accessoire. Dans la décision 1999/574/CE de la Commission, du 27 juillet 1999, relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE (IV/36.581 — Télécom développement) (JO L 218, p. 24, ci-après la «décision Télécom développement»), la défenderesse se serait livrée à une appréciation économique et concurrentielle de la position de la société Télécom développement sur le marché de la téléphonie vocale, pour conclure que les clauses notifiées relevaient de la qualification de restrictions accessoires. Enfin, dans la décision 97/39, ce serait également au vu des conditions particulières du cas d'espèce que la défenderesse aurait décidé de qualifier les clauses notifiées de restrictions accessoires.
- 90 La défenderesse, soutenue par la partie intervenante, conteste l'interprétation de la notion de restriction accessoire défendue par les requérantes.

#### Sur les conséquences de la qualification de restriction accessoire

- 91 Les requérantes soulignent qu'il ressort tant des publications émanant de la défenderesse que de sa pratique décisionnelle que les engagements qui sont qualifiés de restrictions accessoires doivent faire l'objet d'un traitement identique à celui de l'opération principale.

- 92 Les requérantes relèvent en effet que, dans son *XXIV<sup>e</sup> Rapport sur la politique de concurrence*, la défenderesse a souligné que les restrictions accessoires ne font pas «l'objet d'un examen distinct sous l'angle de l'article 85, paragraphe 1, si l'entreprise commune elle-même ne viole pas ce même article ou si elle bénéficie d'une exemption en vertu de l'article 85, paragraphe 3. Si ces restrictions ne sont normalement acceptées que pour une durée limitée, quand il s'agit d'entreprises communes, elles sont, en général, autorisées pour toute la durée de l'entreprise commune». De même, elles font observer que, dans la communication sur les entreprises communes coopératives, la défenderesse a précisé que, «si l'entreprise commune en tant que telle ne relève pas de l'article 85, paragraphe 1, du traité CEE, les accords additionnels, qui, pris en eux-mêmes, sont des restrictions de concurrence mais sont à considérer comme accessoires au sens défini ci-dessus, y échappent également» (point 67) et qu'ils «doivent être appréciés ensemble avec [la société commune]» (point 66).
- 93 Les requérantes font remarquer, par ailleurs, que la défenderesse a fait application de ces principes au niveau de sa pratique décisionnelle. Ainsi, au considérant 62 de la décision 94/895, la défenderesse aurait considéré que, dans la mesure où l'entreprise commune ne tombait pas sous le coup de l'interdiction édictée à l'article 85, paragraphe 1, du traité, il en allait de même pour les clauses litigieuses (voir également la décision 97/39, considérant 48).
- 94 La défenderesse souligne que, s'il est vrai que la conséquence juridique de l'application de la notion de restriction accessoire est de faire tomber hors du champ d'application de l'article 85 du traité des clauses contractuelles a priori restrictives de concurrence et susceptibles d'affecter de manière sensible le commerce entre États membres, cela ne signifie toutefois pas que ces clauses bénéficient nécessairement d'une attestation négative pour une durée identique à celle de l'opération principale. En effet, selon la Commission, ainsi qu'il ressort de l'arrêt *Remia e.a./Commission*, cité au point 87 ci-dessus, et de la décision attaquée, la durée d'une restriction peut être un paramètre essentiel pour déterminer si elle est ou non accessoire.

## Sur la qualification de la clause d'exclusivité de restriction accessoire

- 95 Les requérantes estiment qu'il ne fait pas de doute que la défenderesse aurait dû qualifier la clause d'exclusivité de restriction accessoire.
- 96 Elles exposent que, en effet, au vu de la position dominante de Canal+, notamment sur le marché des droits de diffusion du cinéma français et américain, cette exclusivité constituait le seul moyen d'entrer sur le marché de la télévision à péage en France et d'y rester en conservant une offre attractive. Le caractère tout à fait particulier de cet avantage ressortirait également du fait qu'il aurait été octroyé à TPS par ses actionnaires, sans paiement de part et d'autre, afin d'assurer son succès sur ce marché.
- 97 Selon les requérantes, l'argument principal avancé par la défenderesse afin de contester le caractère accessoire de la clause d'exclusivité, à savoir que la création d'une entreprise active dans le secteur de la télévision numérique par satellite serait concevable sans la diffusion à titre exclusif des quatre chaînes généralistes, est erroné. Elles relèvent, en effet, qu'elles ne disposaient pas — et ne disposent toujours que de très peu — d'exclusivités cinématographiques et sportives lorsqu'elles ont décidé de créer TPS, de sorte que leur seule arme concurrentielle était (et est encore) la diffusion exclusive des chaînes généralistes. Cette clause serait, dès lors, directement liée à la création de TPS et nécessaire à son bon fonctionnement.
- 98 La défenderesse conteste qu'elle ait commis une erreur d'appréciation en ne qualifiant pas la clause d'exclusivité de restriction accessoire.

Sur la qualification de la clause relative aux chaînes thématiques de restriction accessoire

99 Les requérantes considèrent que la défenderesse a commis une erreur d'appréciation en ne qualifiant pas la clause relative aux chaînes thématiques de restriction accessoire.

100 Selon les requérantes, la défenderesse n'a, en effet, pas tenu compte du fait que cette clause était indispensable à la création et à l'exploitation de TPS dans la mesure où cet accès prioritaire aux chaînes et aux programmes de ses actionnaires ainsi que le droit de dernier refus constituaient le seul moyen pour TPS de sécuriser son approvisionnement en chaînes thématiques, au vu notamment de la position particulièrement forte du groupe Canal+ sur le marché de ces chaînes.

101 À cet égard, les requérantes estiment qu'il est utile de se référer à la décision 1999/573/CE de la Commission, du 20 mai 1999, relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE (IV/36.592 — Cégétel +4) (JO L 218, p. 14, ci-après la «décision Cégétel»), et à la décision Télécom développement. En effet, d'une part, ces décisions se rapporteraient à des situations concurrentielles assez semblables au cas d'espèce, à savoir des marchés dominés par un opérateur historique, et, d'autre part, dans ces décisions, l'analyse de la défenderesse porterait sur des clauses pouvant être rapprochées de la clause relative aux chaînes thématiques, puisqu'il s'agit, dans la décision Télécom développement, d'une clause prévoyant un accès préférentiel à une infrastructure et, dans la décision Cégétel, d'une clause prévoyant un achat préférentiel de l'entreprise commune auprès de ses actionnaires. Les requérantes notent que, contrairement à ce qu'elle a décidé dans la présente affaire, la défenderesse n'a pas hésité à qualifier ces clauses de restrictions accessoires et à leur réserver un traitement strictement identique à celui de l'entreprise commune (voir également la décision 1999/329).

- 102 La défenderesse conteste qu'elle ait commis une erreur d'appréciation en ne qualifiant pas la clause relative aux chaînes thématiques de restriction accessoire.

— Appréciation du Tribunal

- 103 Il convient, d'abord, de préciser la portée de la notion de restriction accessoire en droit communautaire de la concurrence ainsi que les conséquences découlant d'une telle qualification. Ensuite, il conviendra d'appliquer les principes ainsi établis à la clause d'exclusivité et à la clause relative aux chaînes thématiques afin de déterminer si, ainsi que le font valoir les requérantes, la défenderesse a commis une erreur d'appréciation en ne qualifiant pas ces engagements de restrictions accessoires.

Sur la notion de restriction accessoire

- 104 En droit communautaire de la concurrence, la notion de restriction accessoire couvre toute restriction qui est directement liée et nécessaire à la réalisation d'une opération principale [voir, en ce sens, la communication de la Commission du 14 août 1990 relative aux restrictions accessoires aux opérations de concentration (JO 1990, C 203, p. 5, ci-après la «communication sur les restrictions accessoires», point I), la communication sur les entreprises communes coopératives (point 65), ainsi que les articles 6, paragraphe 1, sous b), et 8, paragraphe 2, deuxième alinéa, du règlement n° 4064/89].
- 105 Dans sa communication sur les restrictions accessoires, la Commission a souligné à juste titre que, par restriction directement liée à la réalisation d'une opération principale, il convient d'entendre toute restriction qui est subordonnée en

importance par rapport à la réalisation de cette opération et qui comporte un lien évident avec celle-ci (point II 4).

- 106 Quant à la condition relative au caractère nécessaire d'une restriction, celle-ci implique un double examen. En effet, il convient de rechercher, d'une part, si la restriction est objectivement nécessaire à la réalisation de l'opération principale et, d'autre part, si elle est proportionnée par rapport à celle-ci (voir, en ce sens, arrêt *Remia e.a./Commission*, cité au point 87 ci-dessus, point 20; voir également points II 5 et II 6 de la communication sur les restrictions accessoires).
- 107 En ce qui concerne le caractère objectivement nécessaire d'une restriction, il convient de souligner que, dans la mesure où, ainsi qu'il a été démontré ci-dessus aux points 72 et suivants, l'existence d'une règle de raison en droit communautaire de la concurrence ne saurait être admise, il serait erroné d'interpréter, dans le cadre de la qualification des restrictions accessoires, la condition de la nécessité objective comme impliquant une mise en balance des effets pro- et anticoncurrentiels d'un accord. Ce n'est, en effet, que dans le cadre spécifique de l'article 85, paragraphe 3, du traité qu'une telle analyse peut avoir lieu.
- 108 Cette position est justifiée non seulement afin de respecter l'effet utile de l'article 85, paragraphe 3, du traité, mais également pour des motifs de cohérence. En effet, dès lors que l'article 85, paragraphe 1, du traité n'implique pas une analyse des effets positifs et négatifs pour la concurrence d'une restriction principale, un même constat s'impose en ce qui concerne l'analyse des restrictions qui l'accompagnent.
- 109 Dès lors, ainsi que le fait valoir à juste titre la défenderesse, l'examen du caractère objectivement nécessaire d'une restriction par rapport à l'opération principale ne peut être que relativement abstrait. Il s'agit non pas d'analyser si, au vu de la situation concurrentielle sur le marché en cause, la restriction est indispensable

pour le succès commercial de l'opération principale, mais bien de déterminer si, dans le cadre particulier de l'opération principale, la restriction est nécessaire à la réalisation de cette opération. Si, en l'absence de la restriction, l'opération principale s'avère difficilement réalisable voire irréalisable, la restriction peut être considérée comme objectivement nécessaire à sa réalisation.

110 Ainsi, dans son arrêt *Remia e.a./Commission*, cité au point 87 ci-dessus (point 19), la Cour a considéré qu'une clause de non-concurrence était objectivement nécessaire à la réalisation d'une cession d'entreprises, dans la mesure où, en l'absence d'une telle clause, «et lorsque le vendeur et l'acheteur demeur[ent] en concurrence après la cession, il apparaît que l'accord de cession d'entreprise ne pourrait être réalisé. En effet, le vendeur, qui connaît particulièrement bien les particularités de l'entreprise cédée, conserverait la possibilité d'attirer à nouveau vers lui son ancienne clientèle immédiatement après la cession et de rendre ainsi non viable cette entreprise».

111 De même, la défenderesse a pu constater, dans le cadre de sa pratique décisionnelle, qu'un certain nombre de restrictions étaient objectivement nécessaires à la réalisation de certaines opérations. En effet, en l'absence de telles restrictions, l'opération en cause «ne pourrait pas être réalisée ou ne le serait que dans des conditions plus aléatoires, à des coûts substantiellement plus élevés, dans un délai nettement plus long ou avec des chances de réussite de loin moins sûres» (point II 5 de la communication sur les restrictions accessoires; voir également, à titre d'exemple, la décision 90/410, points 22 et suivants).

112 Contrairement à ce qu'affirment les requérantes, aucune des différentes décisions auxquelles elles se réfèrent ne témoigne du fait que la défenderesse aurait procédé à une analyse concurrentielle afin de qualifier les clauses concernées de

restrictions accessoires. Bien au contraire, ces décisions témoignent du caractère relativement abstrait de l'analyse de la défenderesse. Ainsi le point 77 de la décision 1999/329 énonce ce qui suit:

«En fait, un accord de partage des sinistres ne peut fonctionner correctement sans qu'un niveau de couverture au moins soit fixé d'un commun accord entre les parties. En effet, aucune des parties ne serait prête à partager des sinistres provenant d'autres clubs, dont le montant serait supérieur à ceux qu'elle peut elle-même soumettre au groupement.»

113 Dès lors qu'une restriction est objectivement nécessaire à la réalisation d'une opération principale, il convient encore de vérifier si sa durée et son champ d'application matériel et géographique n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour la réalisation de ladite opération. Si la durée ou le champ d'application de la restriction excèdent ce qui est nécessaire pour la réalisation de l'opération, elle doit faire l'objet d'une analyse séparée dans le cadre de l'article 85, paragraphe 3, du traité (voir, en ce sens, arrêt du Tribunal du 2 juillet 1992, Dansk Pelsdyravlerforening/Commission, T-61/89, Rec. p. II-1931, point 78).

114 Enfin, il y a lieu de relever que, dans la mesure où l'appréciation du caractère accessoire d'un engagement particulier par rapport à une opération principale implique des appréciations économiques complexes de la part de la défenderesse, le contrôle juridictionnel de cette appréciation se limite à la vérification du respect des règles de procédure, du caractère suffisant de la motivation et de l'exactitude matérielle des faits, de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation et de détournement de pouvoir (voir, en ce sens, en ce qui concerne l'appréciation de la durée admissible d'une clause de non-concurrence, arrêt Remia e.a./Commission, cité au point 87 ci-dessus, point 34).

## Sur les conséquences de la qualification de restriction accessoire

- 115 S'il est établi qu'une restriction est directement liée et nécessaire à la réalisation d'une opération principale, la compatibilité de cette restriction avec les règles de concurrence doit être examinée avec celle de l'opération principale.
- 116 Ainsi, lorsque l'opération principale ne tombe pas sous le coup de l'interdiction édictée à l'article 85, paragraphe 1, du traité, il en va de même pour les restrictions directement liées et nécessaires à cette opération (voir, en ce sens, arrêt *Remia e.a./Commission*, cité au point 87 ci-dessus, point 20). Si, en revanche, l'opération principale constitue une restriction au sens de cette disposition mais bénéficie d'une exemption au titre de l'article 85, paragraphe 3, du traité, cette exemption couvre également lesdites restrictions accessoires.
- 117 En outre, lorsque les restrictions sont directement liées et nécessaires à une opération de concentration au sens du règlement n° 4064/89, il ressort tant de l'article 6, paragraphe 1, sous b), que de l'article 8, paragraphe 2, deuxième alinéa, de ce règlement que ces restrictions sont couvertes par la décision de la Commission déclarant l'opération compatible avec le marché commun.

## Sur la qualification de la clause d'exclusivité de restriction accessoire

- 118 Il convient d'examiner, au vu des principes évoqués ci-dessus aux points 103 à 114, si, dans le cas d'espèce, la défenderesse a commis une erreur manifeste d'appréciation en ne qualifiant pas la clause d'exclusivité de restriction accessoire à la création de TPS.

- 119 Les requérantes considèrent que la clause d'exclusivité est accessoire à la création de TPS dans la mesure où, en l'absence d'exclusivités cinématographiques et sportives de premier plan, cette clause est indispensable afin de permettre à TPS de pénétrer le marché de la télévision à péage en France.
- 120 Il convient toutefois de relever, à titre liminaire, que le fait que la clause d'exclusivité serait nécessaire afin de permettre à TPS de s'installer durablement sur ce marché est sans pertinence pour la qualification de ladite clause de restriction accessoire.
- 121 En effet, ainsi qu'il a été souligné ci-dessus au point 106, de telles considérations, qui ont trait au caractère indispensable de la restriction au vu de la situation concurrentielle sur le marché en cause, ne relèvent pas de l'analyse du caractère accessoire de la restriction. Elles ne peuvent être prises en compte que dans le cadre de l'article 85, paragraphe 3, du traité (voir, à cet égard, arrêts Pronuptia, cité au point 74 ci-dessus, point 24, et Dansk Pelsdyravlerforening/Commission, cité au point 113 ci-dessus, point 78).
- 122 Ensuite, il y a lieu de relever que, si, en l'espèce, les requérantes ont pu établir à suffisance de droit que la clause d'exclusivité était directement liée à la constitution de TPS, en revanche, elles n'ont pas démontré que la diffusion exclusive des chaînes généralistes était objectivement nécessaire à cette opération. À cet égard, il convient de relever, ainsi que le souligne à juste titre la défenderesse, qu'une société active dans le secteur de la télévision à péage peut être lancée en France sans disposer de la diffusion exclusive des chaînes généralistes. Telle est la situation pour CanalSatellite et AB-Sat, les deux autres opérateurs sur ce marché.

- 123 À supposer même que la clause d'exclusivité ait été objectivement nécessaire à la création de TPS, la défenderesse n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en considérant que cette restriction n'était pas proportionnée par rapport à cet objectif.
- 124 En effet, la clause d'exclusivité a une durée initiale de dix ans. Or, ainsi que le constate la défenderesse au considérant 134 de la décision attaquée, une telle durée paraît excessive dans la mesure où «l'implantation de TPS [doit] se réaliser avant la fin de cette période». Il est, en effet, assez probable que le désavantage concurrentiel de TPS, principalement en ce qui concerne l'accès aux exclusivités sportives et cinématographiques, va s'amenuiser au cours du temps (voir, en ce sens, considérant 133 de la décision attaquée). Il n'est, dès lors, pas à exclure que la diffusion exclusive des chaînes généralistes, bien que destinée initialement à renforcer la position concurrentielle de TPS sur le marché de la télévision à péage, lui permette éventuellement, après quelques années, d'éliminer la concurrence sur ce marché.
- 125 En outre, la clause d'exclusivité est également disproportionnée dans la mesure où elle a pour effet de priver les concurrents de TPS, tant actuels que potentiels, de tout accès à des programmes considérés comme attrayants par un grand nombre de téléspectateurs français (voir, en ce sens, arrêt *Oude Luttikhuis e.a.*, cité au point 70 ci-dessus, point 16). En outre, ce caractère excessif de l'engagement est renforcé par l'existence de zones d'ombre. En effet, les téléspectateurs habitant dans ces zones et qui souhaitent s'abonner à une société de télévision à péage qui diffuse également les chaînes généralistes ne peuvent s'adresser qu'à TPS.
- 126 Dès lors, il y a lieu de considérer que la défenderesse n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en ne qualifiant pas la clause d'exclusivité de restriction accessoire à la création de TPS.

127 Cette partie de l'argumentation des requérantes doit, en conséquence, être rejetée.

Sur la qualification de la clause relative aux chaînes thématiques de restriction accessoire

128 Il convient également d'examiner, au vu des principes évoqués ci-dessus aux points 103 à 114, si, dans le cas d'espèce, la défenderesse a commis une erreur manifeste d'appréciation en ne qualifiant pas la clause relative aux chaînes thématiques de restriction accessoire.

129 À cet égard, il convient de rappeler que, dans la décision attaquée (considérant 101), la défenderesse a indiqué:

«On peut se demander si l'obligation des associés de proposer leurs chaînes thématiques en priorité à TPS ne constitue pas une clause accessoire à la création de la plate-forme; néanmoins, cette obligation, qui est imposée pour une durée de dix ans, conduit à une limitation de l'offre de chaînes thématiques et de services télévisuels. À ce titre, la clause examinée tombe dans le champ d'application de l'article 85, paragraphe 1.»

130 Il ressort de ce considérant que c'est principalement en raison de l'impact négatif de cette clause sur la situation des tiers pendant une durée assez longue que la défenderesse a refusé de la qualifier de restriction accessoire.

- 131 Or, les requérantes, bien que la charge de la preuve à cet égard leur incombe, n'apportent aucun élément qui permettrait d'invalider cette appréciation.
- 132 Elles se limitent, en effet, à affirmer que, en raison de la politique d'exclusivité pratiquée par CanalSatellite, les chaînes thématiques exploitées ou créées par leurs soins sont les seules auxquelles TPS a accès, de sorte que la clause litigieuse est indispensable pour la survie de celle-ci. En admettant qu'une telle affirmation soit exacte, une telle considération relative à la situation concurrentielle de TPS ne saurait être prise en compte aux fins de la qualification de cette clause de restriction accessoire. En effet, ainsi qu'il a été précisé ci-dessus aux points 107 à 112, le caractère objectivement nécessaire de la clause se vérifie sans égard à la situation concurrentielle.
- 133 De plus, dans la mesure où le marché de la commercialisation des chaînes thématiques est caractérisé par une expansion rapide (considérant 65 de la décision attaquée), la défenderesse n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en considérant que l'obligation pour les actionnaires de TPS de proposer leurs chaînes thématiques en priorité à TPS pendant une durée de dix ans excédait ce qui était nécessaire pour la création de celle-ci.
- 134 Enfin, ainsi que le souligne à juste titre la défenderesse, les requérantes se réfèrent à tort aux décisions Cégétel et Télécom développement dans la mesure où celles-ci ont trait à des situations factuelles différentes. Ainsi, la situation de TPS ne saurait être comparée à celle d'un nouvel entrant sur un marché qui est dominé par une société en situation de monopole historique et qui requiert un accès à une infrastructure essentielle. En effet, Canal+ ne dispose pas d'un monopole historique sur le marché de la commercialisation des chaînes thématiques et l'entrée sur ce marché ne requiert pas l'accès à une infrastructure essentielle. De plus, dans les décisions Cégétel et Télécom développement, les clauses analysées n'avaient pas pour effet de priver les tiers de toute possibilité d'accès aux services des actionnaires. Il s'agissait seulement d'une préférence.

- 135 Dès lors, il y a lieu de considérer que la défenderesse n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en ne qualifiant pas la clause relative aux chaînes thématiques de restriction accessoire à la création de TPS.
- 136 Cette partie de l'argumentation subsidiaire des requérantes doit, en conséquence, être rejetée.

### iii) Conclusion

- 137 Au vu de ce qui précède, le présent moyen doit être rejeté comme non fondé.

b) Sur le second moyen, tiré de la violation de l'article 85, paragraphe 3, du traité

i) Sur l'argument tiré de l'application erronée des critères d'exemption prévus à l'article 85, paragraphe 3, du traité

### Arguments des parties

- 138 Les requérantes font valoir, en premier lieu, que la défenderesse a violé l'article 85, paragraphe 3, du traité en tenant compte, au niveau de l'application

de cette disposition, d'appréciations relatives à la concurrence sur le marché de la télévision à péage, qui, selon elles, relèvent du paragraphe 1 de cette disposition.

- 139 Les requérantes relèvent ensuite que, conformément à la jurisprudence (arrêt du Tribunal du 11 juillet 1996, *Métropole télévision e.a./Commission*, T-528/93, T-542/93, T-543/93 et T-546/93, Rec. p. II-649, point 114), les éléments que retient la défenderesse pour appliquer l'article 85, paragraphe 3, du traité doivent être pertinents et se reporter à cet article. Or, selon les requérantes, au lieu d'examiner si la clause d'exclusivité et la clause relative aux chaînes thématiques, qu'elle avait jugées contraires à l'article 85, paragraphe 1, du traité, satisfaisaient aux conditions d'exemption prévues au paragraphe 3 de cet article, la défenderesse a, en réalité, analysé si la création de TPS sur le marché satisfaisait à ces conditions.
- 140 La défenderesse conteste qu'elle ait fait une application erronée des critères d'exemption prévus à l'article 85, paragraphe 3, du traité.

### Appréciation du Tribunal

- 141 En ce qui concerne l'argumentation des requérantes quant à l'obligation pour la défenderesse de procéder, dans le cadre de l'application de l'article 85, paragraphe 1, du traité plutôt que de l'article 85, paragraphe 3, du traité, à une mise en balance des effets pro- et anticoncurrentiels d'une restriction, il y a lieu de se référer aux développements présentés ci-dessus aux points 72 et suivants.

142 Quant à la question de savoir si la défenderesse a correctement vérifié si les conditions d'exemption étaient satisfaites en ce qui concerne la clause d'exclusivité et la clause relative aux chaînes thématiques, il convient d'observer, en premier lieu, que, contrairement à ce qu'affirment les requérantes, la défenderesse a examiné si ces conditions étaient remplies pour chacune de ces clauses.

143 Ainsi, en ce qui concerne la condition relative à la contribution à l'amélioration de la production ou de la distribution ou à la promotion du progrès technique ou économique, la défenderesse a constaté que cette condition était satisfaite dans la mesure où en «favorisant le lancement réussi d'une nouvelle plate-forme sur le marché de la télévision à péage [la clause d'exclusivité et la clause relative aux chaînes thématiques] permettent l'émergence d'un nouvel opérateur et élargissent l'offre de services de télévision payante pour les téléspectateurs français» (considérant 114 de la décision attaquée).

144 Ces clauses ont également un effet bénéfique pour les consommateurs dans la mesure où elles ont conduit à une «augmentation de l'offre et au développement de nouveaux services basés sur l'usage d'une nouvelle technologie» (considérant 118 de la décision attaquée) et à une «concurrence très vive qui s'est instaurée dès la création de TPS entre cette plate-forme et CanalSatellite/Canal+» (considérant 119 de la décision attaquée).

145 Quant au caractère indispensable des clauses litigieuses, la défenderesse a constaté, notamment, que, «[s]ans l'accès préférentiel à ces chaînes [thématiques], TPS se serait vue contrainte d'éditer elle-même un grand nombre de chaînes, ce qui aurait accru de façon inconsidérée les coûts déjà très élevés du lancement de la plate-forme» (considérant 122 de la décision attaquée) et que «la diffusion

exclusive des chaînes généralistes, en tant que produit d'appel et élément différenciateur de l'offre de TPS, est indispensable à l'implantation de cette dernière sur le marché français de la télévision à péage» (considérant 132 de la décision attaquée).

<sup>146</sup> Il est vrai que, en ce qui concerne la quatrième condition prévue par l'article 85, paragraphe 3, du traité, tenant à l'absence d'élimination de la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause, la défenderesse n'a pas explicitement fait référence à la clause d'exclusivité et à la clause relative aux chaînes thématiques. Elle s'est contentée de constater que «l'accord TPS, loin d'éliminer la concurrence, la favorise» (considérant 135 de la décision attaquée). Il ressort toutefois implicitement de l'analyse de la défenderesse que, aux fins de cette conclusion, elle a tenu compte de ces clauses en estimant que celles-ci étaient indispensables au succès de TPS.

<sup>147</sup> En second lieu, il est opportun de relever que, même si la défenderesse a, à juste titre, considéré que la clause d'exclusivité et la clause relative aux chaînes thématiques ne pouvaient être considérées comme des restrictions accessoires à la création de TPS pour les raisons évoquées ci-dessus aux points 118 à 137, ces restrictions sont toutefois directement liées à cette opération. Dès lors, l'analyse de la satisfaction des différentes conditions prévues par l'article 85, paragraphe 3, du traité devait être faite eu égard à l'opération principale à laquelle se rattachent ces clauses.

<sup>148</sup> Il convient d'ailleurs d'observer que l'argumentation des requérantes, à cet égard, est contradictoire. En effet, elles affirment, d'une part, que la défenderesse aurait dû considérer ces clauses comme des restrictions accessoires à la création de TPS, et, d'autre part, que la défenderesse aurait dû vérifier, sans égard à l'opération principale, si les conditions prévues à l'article 85, paragraphe 3, du traité étaient satisfaites en ce qui les concerne.

149 Cette contradiction repose sur une interprétation erronée de la notion de restriction accessoire. En effet, selon les requérantes, dès lors qu'une restriction ne peut être qualifiée de restriction accessoire, elle doit nécessairement être analysée de manière séparée. Or, comme il a été rappelé ci-dessus au point 147, une telle conception ne tient toutefois pas compte du fait que, si certaines restrictions qui sont directement liées à une opération ne peuvent pas être qualifiées de restrictions accessoires parce qu'elles ne sont pas objectivement nécessaires ou qu'elles ne sont pas proportionnées par rapport à la réalisation de l'opération principale, elles restent néanmoins indissociablement liées à cette dernière. Il est, dès lors, normal qu'elles soient analysées en tenant compte du contexte économique et juridique de cette dernière.

150 Cette partie de l'argumentation des requérantes doit, en conséquence, être rejetée.

ii) Sur l'argument tiré de l'erreur d'appréciation en ce qui concerne la durée de l'exemption individuelle

#### Arguments des parties

151 Les requérantes estiment que la défenderesse a commis une erreur d'appréciation en considérant dans la décision attaquée que la durée de l'exemption pour la clause d'exclusivité devait être fixée à trois ans. Ainsi, les motifs avancés par la défenderesse, selon lesquels, d'une part, cette restriction n'est indispensable pour TPS que durant la période de lancement et, d'autre part, ce caractère indispensable s'amenuisera au fil du temps dans la mesure où TPS pourra recruter des abonnés, acquérir de l'expérience dans le domaine de la télévision à péage, ce qui lui permettra d'améliorer son offre, seraient erronés.

- 152 Selon les requérantes, le caractère indispensable de l'exclusivité ne va pas diminuer, mais, bien au contraire, s'accroître, eu égard aux positions incontournables que le groupe Canal+ occupe sur le marché. Elles relèvent que, sans l'exclusivité de diffusion des chaînes généralistes, la viabilité de TPS est en péril.
- 153 À cet égard, les requérantes estiment qu'il y a lieu de se référer à la décision Cégétel dans laquelle une clause de distribution exclusive de certains services téléphoniques a été exemptée pour une période de dix ans, notamment au motif que la société Cégétel ne pourra rentabiliser les investissements consentis dans les services de télécommunication qu'à l'issue d'une période très longue.
- 154 Les requérantes considèrent également que la défenderesse a commis une erreur d'appréciation en limitant à trois ans, c'est-à-dire à la période de lancement, la durée de l'exemption pour la clause relative aux chaînes thématiques. Elles estiment, en effet, que le caractère indispensable de cette clause ne se limite pas à la période de lancement, ainsi que l'affirme la défenderesse, mais s'applique à toute la période d'exploitation de TPS dans la mesure où, pour celle-ci, cette clause est le seul moyen de sécuriser son approvisionnement en chaînes thématiques.
- 155 La défenderesse conteste qu'elle ait commis une erreur d'appréciation en fixant la durée de l'exemption à trois ans.

### Appréciation du Tribunal

- 156 Il convient de relever, en premier lieu, que, selon une jurisprudence constante, l'exercice des pouvoirs de la défenderesse dans le cadre de l'article 85, paragraphe 3, du traité repose nécessairement sur des appréciations économiques

complexes, ce qui implique que le contrôle juridictionnel de ces appréciations doit se limiter, en particulier, à l'examen de la matérialité des faits et des qualifications juridiques que la défenderesse en déduit (voir, notamment, arrêt de la Cour du 13 juillet 1966, *Consten et Grundig/Commission*, 56/64 et 58/64, Rec. p. 429, 501, et arrêt *Matra Hachette/Commission*, cité au point 74 ci-dessus, point 104).

157 Ce principe vaut, notamment, en ce qui concerne la détermination par la défenderesse de la période durant laquelle une restriction est jugée indispensable (arrêt *Remia e.a./Commission*, cité au point 87 ci-dessus, point 34).

158 En deuxième lieu, il convient de rappeler que, dans son arrêt *Matra Hachette/Commission*, cité au point 74 ci-dessus (point 104), le Tribunal a jugé qu'«il appartient aux entreprises notifiantes de fournir à la Commission les éléments établissant que les conditions prévues par l'article 85, paragraphe 3, sont réunies [arrêt de la Cour du 17 janvier 1984, *VBVB et VBBB/Commission*, 43/82 et 63/82, Rec. p. 19], cette obligation devant s'apprécier, dans le cadre de la procédure contentieuse, compte tenu de la charge qui incombe, à la partie requérante, d'avancer des éléments de nature à remettre en cause l'appréciation de la Commission».

159 Or, force est de constater que les requérantes se contentent d'affirmer que la défenderesse a commis une erreur d'appréciation dans la mesure où, plutôt que de s'amenuiser, ainsi que la défenderesse l'a constaté au considérant 133 de la décision attaquée, le caractère indispensable de l'exclusivité va, selon elles, au contraire s'accroître, eu égard aux positions incontournables que le groupe Canal+ occupe sur le marché. Quant à la clause relative aux chaînes thématiques, elles font valoir que celle-ci serait nécessaire afin de sécuriser l'approvisionnement

de TPS en chaînes de ce type. Elles n'apportent, toutefois, aucun élément probant afin de démontrer l'exactitude de cette affirmation qui, de plus, ne tient pas compte de l'évolution du marché. Enfin, les requérantes ne contestent aucun des éléments factuels sur la base desquels la défenderesse, d'une part, a considéré que le caractère indispensable de ces clauses allait nécessairement s'amenuiser au fil du temps et, d'autre part, a conclu que trois ans constituaient la durée minimale pendant laquelle elles étaient indispensables pour TPS (considérant 134 de la décision attaquée).

- 160 En troisième lieu, il convient d'observer que les requérantes se réfèrent à tort à la décision Cégétel. En effet, ainsi que le souligne à juste titre la défenderesse, dans cette décision, seule l'exclusivité de distribution de certains produits faisait l'objet d'une exemption, et la distribution de ces produits ne constituait qu'une partie réduite des activités de la société Cégétel, alors que l'exclusivité de diffusion des chaînes généralistes constitue un élément essentiel de l'offre de TPS.
- 161 Dès lors, il y a lieu de considérer que la défenderesse n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en limitant la durée de l'exemption à trois ans.
- 162 Cette partie de l'argumentation des requérantes doit, en conséquence, être rejetée.

### iii) Conclusion

- 163 Au vu de ce qui précède, il y a lieu de rejeter le présent moyen comme non fondé.

2. *En ce qui concerne le moyen relatif à l'article 2 de la décision attaquée, tiré de la violation du principe de sécurité juridique*

Arguments des parties

<sup>164</sup> Les requérantes estiment que, en délivrant une attestation négative d'une durée limitée à trois ans au motif que la clause de non-concurrence ne pouvait être qualifiée de restriction accessoire à la création de TPS que durant la période de lancement, la défenderesse ne s'est pas conformée aux règles qu'elle avait formulées dans son *XXIV<sup>e</sup> Rapport sur la politique de concurrence*. Elles relèvent, en effet, que la défenderesse a précisé dans ce document, qui la lie, que, «quand il s'agit d'entreprises communes, [les restrictions accessoires] sont, en général, autorisées pour toute la durée de l'entreprise commune» (p. 120, point 166).

<sup>165</sup> Selon les requérantes, il ressort de la jurisprudence (arrêts du Tribunal du 17 décembre 1991, *Hercules Chemicals/Commission*, T-7/89, Rec. p. II-1711, et du 10 mars 1992, *Hüls/Commission*, T-9/89, Rec. p. II-499), qu'en ne respectant pas cette règle dans le cas d'espèce la défenderesse a violé le principe de sécurité juridique.

<sup>166</sup> Les requérantes relèvent que la position de la défenderesse dans la présente affaire est d'autant plus critiquable que ladite règle est toujours d'actualité, ainsi qu'il ressort des décisions *Cégétel* et *Télécom développement*. En effet, dans ces

décisions, deux clauses de non-concurrence auraient été qualifiées de restrictions accessoires et auraient fait l'objet du même traitement que l'entreprise commune.

- 167 La défenderesse conteste qu'elle ait violé le principe de sécurité juridique ou commis une erreur d'appréciation, en considérant que la clause de non-concurrence constituait une restriction accessoire seulement durant la période de lancement, c'est-à-dire durant les trois premières années.

#### Appréciation du Tribunal

- 168 À titre liminaire, il y a lieu de relever qu'il ressort de l'extrait du *XXIV<sup>e</sup> Rapport sur la politique de concurrence* cité par les requérantes, selon lequel les restrictions accessoires «sont, en général, autorisées pour toute la durée de l'entreprise commune», ainsi que du cadre concret dans lequel il s'insère, l'analyse de cinq constitutions d'entreprises communes dans le secteur de la recherche et du développement, que la partie du rapport dans lequel s'insère cet extrait ne contient pas des règles strictes que la défenderesse se serait imposées quant à la qualification d'un engagement de restriction accessoire. Il s'agit plutôt de la simple description d'un certain nombre de principes que la défenderesse suit normalement dans le cadre de son analyse de certaines clauses qu'elle considère comme accessoires à une opération principale.
- 169 Contrairement à ce que font valoir les requérantes, le cas d'espèce ne saurait, dès lors, être rapproché de l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Hercules Chemicals/Commission*, cité au point 165 ci-dessus. Dans cette affaire, la défenderesse avait en effet communiqué, par le biais de son rapport annuel sur la politique de concurrence, un certain nombre de règles relatives à l'accès au dossier en matière de concurrence, qu'elle s'était imposées.

170 Il ressort d'ailleurs de l'extrait du *XXIV<sup>e</sup> Rapport sur la politique de concurrence*, cité par les requérantes, que celui-ci ne fait que reprendre, de manière quasi littérale, les principes développés par la défenderesse au point 67 de la communication sur les entreprises communes coopératives. Or, ainsi qu'il ressort clairement de cette communication, celle-ci n'a qu'une valeur indicative en ce qui concerne la manière dont la défenderesse applique la théorie des restrictions accessoires en pratique.

171 Il s'ensuit que les requérantes ne sauraient se fonder sur l'extrait susvisé afin de démontrer que la défenderesse a violé le principe de sécurité juridique à leur égard.

172 Au vu de ce qui précède, le présent moyen doit être rejeté comme non fondé.

173 L'ensemble des moyens invoqués par les requérantes étant non fondés, le recours doit être rejeté.

### Sur les dépens

174 Aux termes de l'article 87, paragraphe 2, premier alinéa, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens. Les requérantes ayant succombé, il y a donc lieu de les condamner à supporter, outre leurs propres dépens, les dépens exposés par la défenderesse et la partie intervenante, conformément aux conclusions de celles-ci.

Par ces motifs,

LE TRIBUNAL (troisième chambre)

déclare et arrête:

- 1) Le recours est rejeté.
  
- 2) Les requérantes supporteront leurs propres dépens ainsi que ceux exposés par la défenderesse et par la partie intervenante.

Azizi

Lenaerts

Jaeger

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 18 septembre 2001.

Le greffier

Le président

H. Jung

J. Azizi

II - 2517

## Table des matières

Cadre général de l'affaire .....	II-2466
A — Description de l'opération .....	II-2466
B — Marchés affectés et structure de ces marchés .....	II-2467
1. Marché de la télévision à péage en France .....	II-2467
2. Marché de l'acquisition de droits de diffusion, notamment de cinéma et de sport .....	II-2469
3. Marché de la commercialisation et de l'exploitation des chaînes thématiques .....	II-2469
C — Notification et accords notifiés .....	II-2470
1. Clause de non-concurrence .....	II-2471
2. Clause relative aux chaînes thématiques .....	II-2472
3. Clause d'exclusivité .....	II-2472
D — Décision attaquée .....	II-2473
Procédure et conclusions des parties .....	II-2474
En droit .....	II-2476
A — Quant à la recevabilité du recours .....	II-2476
Arguments des parties .....	II-2476
Appréciation du Tribunal .....	II-2477
B — Quant au fond .....	II-2479
1. Sur les moyens visant à l'annulation de l'article 3 de la décision attaquée ...	II-2480
a) Sur le premier moyen, tiré de la violation de l'article 85, paragraphe 1, du traité .....	II-2480
i) Sur l'argumentation, invoquée à titre principal, tirée de ce que la clause d'exclusivité et la clause relative aux chaînes thématiques ne constituent pas des restrictions de concurrence au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité .....	II-2480
— Sur le grief tiré de l'existence d'appréciations erronées .....	II-2481
Arguments des parties .....	II-2481
Appréciation du Tribunal .....	II-2483
— Sur le grief tiré de l'application erronée de l'article 85, paragraphe 1, du traité (non-application d'une règle de raison) .....	II-2486
Arguments des parties .....	II-2486
Appréciation du Tribunal .....	II-2487

ii) Sur l'argumentation, invoquée à titre subsidiaire, tirée de ce que la clause d'exclusivité et la clause relative aux chaînes thématiques constituent des restrictions accessoires .....	II - 2490
— Arguments des parties .....	II - 2490
Sur la notion de restriction accessoire .....	II - 2490
Sur les conséquences de la qualification de restriction accessoire ...	II - 2493
Sur la qualification de la clause d'exclusivité de restriction accessoire	II - 2495
Sur la qualification de la clause relative aux chaînes thématiques de restriction accessoire .....	II - 2496
— Appréciation du Tribunal .....	II - 2497
Sur la notion de restriction accessoire .....	II - 2497
Sur les conséquences de la qualification de restriction accessoire ...	II - 2501
Sur la qualification de la clause d'exclusivité de restriction accessoire	II - 2501
Sur la qualification de la clause relative aux chaînes thématiques de restriction accessoire .....	II - 2504
iii) Conclusion .....	II - 2506
b) Sur le second moyen, tiré de la violation de l'article 85, paragraphe 3, du traité .....	II - 2506
i) Sur l'argument tiré de l'application erronée des critères d'exemption prévus à l'article 85, paragraphe 3, du traité .....	II - 2506
Arguments des parties .....	II - 2506
Appréciation du Tribunal .....	II - 2507
ii) Sur l'argument tiré de l'erreur d'appréciation en ce qui concerne la durée de l'exemption individuelle .....	II - 2510
Arguments des parties .....	II - 2510
Appréciation du Tribunal .....	II - 2511
iii) Conclusion .....	II - 2513
2. En ce qui concerne le moyen relatif à l'article 2 de la décision attaquée, tiré de la violation du principe de sécurité juridique .....	II - 2514
Arguments des parties .....	II - 2514
Appréciation du Tribunal .....	II - 2515
Sur les dépens .....	II - 2516