



II-3.6: L'autorité française de la concurrence ordonne la déconcentration entre TPS/CanalSatellite et VIVENDI/Canal +, pour non-respect des engagements fixés dans l'autorisation précédente de concentration.

Information principale

Le 20 septembre 2011, l'Autorité de la concurrence examine le respect des engagements que VIVENDI, Universal et Canal Plus avaient pris pour obtenir l'autorisation d'acquérir TPS et CanalSatellite. Cette autorisation avait été donnée par le ministre de l'économie le 30 août 2006 sous réserve d'engagement, l'Autorité de concurrence s'étant saisie d'office en 2009 de la question de leur respect. Elle estime qu'il y a manquements à certains engagements souscrits et ordonne la déconcentration, assortie d'une sanction pécuniaire. En cela, l'autorité de concurrence exerce un office de régulateur.

Contexte et résumé

Le droit français a longtemps confié au Ministre de l'économie le pouvoir de contrôle des concentrations, l'autorité de concurrence ne formulant qu'un avis à ce propos, avis lui-même limité à la dimension concurrentielle de l'opération. La dissociation des pouvoirs s'expliquait par la dissociation des offices, le contrôle des concentrations relevant de la politique économique, donc d'un pouvoir ministériel, alors que le contrôle de la concurrence pouvait être confié à un organisme administratif. Les rôles étaient clairs, puisque le pouvoir politique exerçait un pouvoir *ex ante* de régulation, intégrant dans une perspective de politique économique la dimension concurrentielle que lui enseignait l'avis de l'autorité de la concurrence.

L'organisation fût bouleversée par la *Loi de modernisation de l'économie (LME)* du 4 août 2008¹, qui transféra à l'Autorité de la concurrence le pouvoir de contrôle des concentrations, ne laissant au Ministre qu'un pouvoir de réaction. Dès lors doté d'un pouvoir *ex ante* en la matière, il devenait difficile de présenter, comme naguère, le contrôle des concentration, comme la seule anticipation de comportements anticoncurrentiels futurs, sur le mode « il faut mieux prévenir que guérir ». Se dessinait plutôt le rapprochement du contrôle des concentrations avec la régulation, c'est-à-dire une politique structurelle d'un marché, ou d'un secteur, pour que celui-ci serve des intérêts dignes de prospérer, comme l'innovation, la protection des entreprises faibles, l'information, etc. Ces finalités, pour la satisfaction desquelles sont d'ordinaire constitués des régulateurs sectoriels, au-delà même des phases de libéralisation², sont ainsi reprises par l'Autorité de concurrence, dès l'instant que le législateur lui confie le contrôle des concentration.

¹ See J.-P. de La Laurencie, *The Competition Authority between "regulation" and competition policy*, *The Journal of Regulation*, 2011, I-1.31.

² Et ce d'autant plus que l'on soutient désormais que le secteur des télécommunications et des médias mérite de quitter le mécanisme de la « régulation asymétrique », instrument temporaire et propre à la libéralisation d'un secteur, pour aller vers celui de la « régulation symétrique », instrument définitif manié par un régulateur qui entend « gouverner » un secteur vers des buts non spontanément servis.

Le contrôle des concentrations lui-même n'est pas une procédure unilatérale mais une sorte de longue négociation entre les entreprises concernées et l'Autorité, au terme de laquelle les engagements encadrent l'autorisation. Ainsi, le contrôle des concentrations participe à la contractualisation de l'action publique.

C'est pourquoi l'Autorité de concurrence tient son pouvoir en premier lieu dans son pouvoir de contrôler les concentrations, en deuxième lieu dans son pouvoir de dessiner les engagements, en troisième lieu dans son pouvoir de contrôler le respect des engagements. Si le troisième pan du triptyque, l'ensemble du contrôle et du pouvoir n'a pas d'effectivité. L'essentiel est donc d'une part dans le contrôle du respect des engagements et d'autre part dans la sanction en cas de non-respect.

Ainsi, l'Autorité doit inciter l'entreprise à ne pas avoir intérêt à méconnaître ses engagements. Elle dispose pour cela d'une « bombe atomique » : la déconcentration. On se souvient que le Juge *Green* avait, sur le seul fondement de l'abus de position dominante, démantelé l'entreprise AT&T. En droit français, l'article 430-8 du Code de commerce prévoit notamment que le non-respect d'un engagement peut être sanctionné notamment par un retrait de l'autorisation de concentration. Cet article ne fût utilisé jusqu'ici pour sanctionner le non-respect d'un engagement, qu'une seule fois, par un arrêté du Ministre de l'Economie du 21 août 2007.

L'Autorité de concurrence, dans cette décision du 20 septembre 2011, utilise donc d'une façon spectaculaire et maximale son pouvoir, certes dûment conféré par la loi, (retrait d'autorisation de concentration et sanction de 30 millions d'amende administrative). Un recours est possible devant le Conseil d'Etat.

La décision de l'Autorité de concurrence rappelle que lors de la décision d'autorisation de concentration du 30 août 2006, avaient été soulignés des risques d'atteintes à la concurrence, aussi bien sur les marchés amont d'acquisition des droits audiovisuels que sur le marché aval de distribution des chaînes payantes, aboutissant en la matière à un quasi-monopole. L'autorisation avait été accordée sous condition de 59 engagements souscrits le 24 août par les acquéreurs, afin que les fournisseurs d'accès à Internet puissent continuer à offrir des offres attractives de bouquets de chaînes payantes sur le marché aval.

Ces engagements concernent ainsi l'accès des concurrents aux droits cinématographiques, aux droits sportifs et à ceux relatifs aux séries américaines. Ainsi, les acquéreurs se privent de nombreux types de clauses contractuels (exclusivité, durée des contrats, etc.), pour permettre l'accès des concurrents à ces contenus attractifs sur le marché aval. En outre, les acquéreurs doivent mettre un certain nombre de chaînes de certains types (cinéma, sport, jeunesse) à disposition de distributeurs concurrents. Cela doit permettre « l'émergence d'un marché de gros de chaînes thématiques ... seul capable d'animer la concurrence en aval ». Enfin, l'entreprise issue de la concentration s'engage à reprendre des chaînes indépendantes qui lui en font la demande raisonnable et distribuent dans des conditions transparentes et non-discriminatoires les chaînes tierces, permettant à celles-ci de se développer sur le marché aval.

Un mandataire a été désigné pour suivre l'exécution des engagements.

Le 4 juillet 2008, le Ministre de l'économie a saisi l'Autorité de la concurrence pour éventuels manquements de la part des acquéreurs. L'évolution des textes, précédemment décrite, ayant transféré à l'Autorité le pouvoir de contrôle en la matière, celle-ci s'est saisie d'office du dossier.

On ne peut ici reproduire l'ensemble de l'analyse des engagements à laquelle procède la décision. On en prendra les plus remarquables et celles qui jouxtent le plus les questions de régulation, notamment en ce que cela concerne l'accès, le rapport avec le droit du contrat, le pouvoir ou non d'interpréter largement les engagements.

En effet, l'Autorité observe tout d'abord que le respect des engagements comportementaux est plus difficile à analyser que celui des engagements structurels, et qu'il convient de les apprécier non globalement mais un par un. C'est pourquoi quand bien même une majorité des engagements aurait été respectée ne suffit pas à écarter la qualification à retenir d'inexécution et symétriquement, si tous les engagements sont à la lettre respectés mais qu'ils sont par ailleurs vidés de leur portée par l'entreprise, il y aurait, selon l'Autorité, pareillement inexécution.

Ces deux éléments affirmés par l'Autorité sont très importants car ils sont nouveaux et de nature méthodologique. On sait que les engagements comportementaux sont plus difficiles à contrôler que les obligations structurelles, ne seraient-ce que parce que celles-ci s'exécutent en un moment précis (exemple de la cession d'actif), ce qui n'est pas le cas des engagements comportementaux (c'est pourquoi le droit de l'Union européenne a mis en place une procédure d'arbitrage accessible aux entreprises tierce en cas de non-respect).

La deuxième affirmation selon laquelle en quelque sorte « ne pas respecter tout, ce n'est respecter rien », est admissible car on peut considérer que cela correspond à la notion de force obligatoire, même s'il est vrai que la sanction est ici peu proportionnée, en raison du nombre d'engagements dont l'Autorité reconnaît qu'ils ont été respectés et ceux dont elle estime qu'ils ne l'ont pas été.

La troisième affirmation est plus surprenante : si tous les engagements ont été respectés, cela pourrait ne pas suffire ? L'Autorité l'affirme expressément, dès l'instant que l'entreprise aurait pris des dispositions aboutissant à vider la décision d'autorisation recueillant les engagements de son sens. C'est reprendre l'idée de la théorie de « l'effet utile ». Mais n'est-ce pas plutôt évoquer l'hypothèse d'une fraude, laquelle requiert alors des objets et moyens de preuves très spécifiques.

Il demeure que la décision du 20 septembre 2011 analyse ce qu'elle estime être des manquements aux engagements souscrits. Ainsi, sur l'engagement de mise à disposition des plates-formes, l'Autorité estime que l'engagement obligeait à une « disposition effective des chaînes auprès des distributeurs tiers », alors que les acquéreurs soutenaient qu'ayant ouvert des négociations contractuelles en vue de cet accès, de nature contractuelle, l'engagement était respecté, le délai du calendrier de négociation n'étant pas reprochable³. Une dispute analogue, juridique et technique, est menée à propos des engagements des acquéreurs au profit des fournisseurs d'accès à Internet. L'Autorité pose que l'engagement contraignait les premiers à « mettre à disposition » les chaînes, faisant peser sur eux le poids de cette obligation d'effectivité, même s'il y a des négociations nécessaires avec des tiers, modifiant de fait les délais. Cette question de la distinction entre le moment où la mise en conformité est obtenue et le moment où des négociations contractuelles sont

³ Cela renvoie à la vaste question du rapport entre la régulation et le contrat, l'accès à une facilité essentielle étant au centre de cela.

entamées pour ce faire, ce qui pourrait suffire à satisfaire l'engagement (en l'espèce, les acquéreurs le soutiennent, l'Autorité le récuse), voire la seule ouverture de négociation pourrait suffire à satisfaire l'engagement même si elles n'aboutissent pas faute d'accord, se pose également à propos de l'accès des concurrents aux séries américaines, car les acquéreurs ont du renégocier leurs contrats avec les producteurs concernés pour mettre fin aux exclusivités, les délais conduisant l'Autorité à estimer que l'engagement n'était pas satisfait.

L'Autorité, s'appuyant notamment sur l'avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), estime ensuite disposer d'éléments objectifs montrant que l'engagement des acquéreurs de conserver à la chaîne concurrente TPS Star une qualité attractive équivalente à celle des leurs, pour conserver la concurrence sur le marché aval, n'a pas été respecté, les défendeurs protestant contre le caractère subjectif de ce qu'est une « chaîne de qualité ».

Après avoir relevé ce qu'elle estime être des manquements aux engagements pris par les acquéreurs, l'Autorité de la concurrence rappelle que l'article L.430-8 du Code du commerce lui permet de retirer la décision ayant autorisé la concentration, les parties devant alors soit revenir à l'état antérieur à l'autorisation soit notifier de nouveau l'opération de concentration pour solliciter l'autorisation. Le texte lui permet aussi d'enjoindre les parties à exécuter l'engagement inexécuté. Enfin, l'Autorité peut de surcroît prononcer une sanction pécuniaire.

Dans cette affaire, l'Autorité de concurrence, se référant ce qu'elle désigne comme « l'économie de ces dispositions », estime qu'une décision de retrait et une injonction sont des options alternatives. Concernant la possibilité des sanctions, l'Autorité, adoptant ouvertement une perspective d'analyse économique du droit, pose que « la sanction ... doit être déterminée de telle sorte que l'entreprise ayant pris les engagements ne soit pas incitée à se livrer à un calcul économique consistant à les proposer à l'Autorité en vue d'obtenir l'autorisation de la concentration, mais sans vouloir les exécuter effectivement ou sans prendre les mesures nécessaires à cet effet. »

L'Autorité rappelle que « les engagements inexécutés étaient des mesures de nature comportementale visant à réguler les comportements concurrentiels de l'entreprise issue de la concentration ». Dès, l'injonction est une arme qui lui paraît insuffisante, en ce qu'elle n'aurait qu'une application très brève, puisque nous sommes désormais en 2011 et que l'engagement avait été pris en 2006. L'Autorité estime que certains manquements sont graves, notamment les retards d'exécution, alors que les engagements devaient prévenir les dommages concurrentiels sur les marchés amont et aval.

Décision est donc prise de retirer l'autorisation de concentration. Soit les parties reviennent à l'état antérieur, soit elles déposent dans le mois qui suit la notification de la décision une notification pour obtenir un nouvel accord de concentration.

Quant à la sanction, l'Autorité estime qu'il convient de ne l'affliger qu'à Canal plus et à ses filiales, pour un montant de 30 millions d'Euros.

Bref commentaire

Indépendamment de son intérêt propre, cette décision montre d'une façon exemplaire la confluence du droit de la concurrence et du droit de la régulation. En effet, une situation de ce type devrait relever d'une perspective de régulation, à savoir une projection *ex ante* de l'organisation d'un secteur particulier, l'audiovisuel, dans lequel l'innovation ou le pluralisme doivent être conservés.

Du fait que le législateur a confié en France à l'Autorité de la concurrence le pouvoir de contrôler les concentrations, et que le président de cette Autorité affirme qu'il est un « régulateur horizontal », cette autorité a désormais tendance à construire les marchés, plutôt que de garder, même par anticipation, contre les comportements anticoncurrentiels.

Sans doute est-il difficile d'aller contre le vent et de soutenir que l'autorité de concurrence n'est pas une autorité de régulation, puisque c'est le législateur lui-même qui, par la loi du 4 août 2008 *relative à la modernisation de l'économie*, a confié à l'Autorité un pouvoir de contrôle *ex ante*.

En outre, lorsqu'il s'agit d'engagements structurels (cession d'actif, etc.), on pourrait considérer que son pouvoir de régulation est, comme dans les hypothèses de libéralisation, brutal mais passager. Lorsqu'il s'agit d'engagements comportementaux, l'Autorité de la concurrence se transforme non plus seulement en autorité de régulation du secteur mais encore en autorité de supervision des acteurs économiques de celui-ci. C'est ainsi qu'il se met à contrôler les contrats de ceux, à les écrire. Ainsi, l'Autorité de la concurrence, dépassant l'autorité de régulation, devient une autorité de supervision des secteurs régulés. L'enjeu de pouvoir institutionnel est net.

Il l'est d'autant plus que l'outil, si ce n'est l'arme, principalement utilisé, est l'engagement. L'engagement est la figure archaïque du contrat. Le contrat est en train de devenir ce par quoi les systèmes de régulation s'élaborent, les régulateurs contractant avec les entreprises, ici par des engagements lors des prises de contrôles.

Tous les régulateurs disposent, sans contradictions, du pouvoir à la fois de sanction et de transition (la transaction n'étant elle-aussi qu'une forme de contrat), comme on peut l'observer à propos des pouvoirs de l'Autorité des Marchés Financiers.

La décision de l'Autorité de la concurrence du 20 septembre 2011 l'illustre ici parfaitement, si ce n'est peut-être pas juridiquement irréprochable : le maniement dans le même temps des engagements, de la supervision, de la sanction et de l'invitation forcée à renégocier de nouveaux engagements.

Cette dialectique conduit à une puissance toujours accrue d'une autorité de concurrence qui se comporte définitivement comme une autorité de régulation qui gouverne *ex ante* les secteurs pour mieux les ouvrir et les construire.