

CAPITAL FINANCE

9 juillet 2007

AVIS D'EXPERT

Contrôle des concentrations

FA Vers un meilleur suivi des engagements

Afin de résoudre des problèmes de concurrence, les entreprises proposent fréquemment des engagements. Au moment où la Commission européenne affine ses moyens d'action en la matière, la DGCCRF semble également s'orienter vers un meilleur suivi de ceux-ci.

Au-delà de certains seuils, les opérations de concentration doivent être autorisées préalablement par la Commission européenne ou par le ministre de l'Économie et, le cas échéant, par d'autres autorités de concurrence. En cas d'identification d'un problème de concurrence, la transaction ne peut être autorisée, sauf si les parties prennent des engagements vis-à-vis de l'autorité de concurrence, qui permettent de remédier au problème ainsi identifié. On distingue classiquement les engagements structurels qui consistent en une cession d'actifs (fonds de commerce, site de production, licences) et les engagements comportementaux, *i.e.* les différentes mesures pouvant être mises en œuvre lorsque des engagements de nature structurelle s'avèrent impossibles ou inadaptés (engagement de non couplage, encadrement des conditions de distribution, aménagement de l'accès à des licences ou technologies, etc.). La récente décision Vivendi/TPS montre l'accueil favorable qui peut être fait par les autorités françaises aux engagements comportementaux. En effet, le ministre a autorisé la concentration des deux seuls opérateurs français de télévision par satellite, créant donc un monopole, sous réserve d'une liste impressionnante de 59 engagements comportementaux. Il s'agissait notamment d'engagements liés aux clauses des contrats avec les producteurs de contenu, ou encore de mise à disposition de chaînes dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires.

Besoin d'un suivi rigoureux

Des remèdes aussi sophistiqués appellent un suivi rigoureux de leur mise en œuvre sur le long terme, d'autant que les problèmes d'exécution qui peuvent surgir sont nombreux (actif intrinsèquement peu viable, problème d'agrément du repreneur par la DGCCRF, difficultés d'interprétation des engagements, etc.). En effet, un engagement non exécuté – ou exécuté avec retard – peut causer un réel préjudice sur le marché concerné, puisqu'il constituait précisément pour l'autorité de concurrence une garantie *sine qua non* du maintien de la concurrence sur le marché. Dans d'autres cas, des opérations de concentration ultérieures font évoluer les structures

du marché, et justifieraient une adaptation, voire une suppression anticipée, des engagements consentis antérieurement par d'autres acteurs du marché. En France, les textes et les pratiques de l'administration en matière de suivi des engagements n'ont pas évolué lors de la réforme d'ampleur du système réalisé par la loi sur les Nouvelles réglementations économiques (NRE) en 2001, ni depuis lors. Cette situation tranche avec la vaste étude réalisée par la Commission européenne sur le suivi des engagements, et avec les révisions successives des textes auxquelles elle a procédé dans le sens de l'amélioration de leur efficacité. Il ressort, cependant, d'une récente conférence à laquelle participait Guillaume Cerutti, directeur général de la DGCCRF, que l'administration s'oriente elle-même aujourd'hui vers des propositions de réforme et un renforcement de ses moyens d'action en la matière².

Améliorer les moyens matériels

Si les lignes directrices en matière de contrôle des concentrations prévoient qu'*« il appartient à l'autorité de contrôle de veiller au respect des engagements »*, il n'existe pas actuellement d'équipe spécialisée ou de coordinateur en matière d'engagements au sein du bureau B-3 de la DGCCRF. En outre, il convient de noter que, si le suivi des engagements structurels est réalisé par l'équipe qui a traité le dossier lors de la notification de l'opération, celui des engagements comportementaux est réalisé par les bureaux dits « sectoriels » de la DGCCRF, lesquels sont compétents pour l'ensemble des questions de concurrence concernant le secteur qui leur est attribué. Lors de la conférence précitée, le directeur général a indiqué ne pas être favorable à la création d'une équipe distincte ou à la nomination d'un « chef engagements ». Il privilégie plutôt l'organisation matricielle de la DGCCRF, pour apporter la compétence spécifique des unités sectorielles au travail mené par les équipes en charge des concentrations. Néanmoins, il a également observé que l'organisation entre le bureau B-3 et les bureaux sectoriels pouvait être améliorée.

En outre, en cas d'inexécution liée à une absence de volonté de l'entreprise de se conformer à ses enga-

Notes:

- 1- Lettre du ministre de l'Économie du 30 août 2006, *Vivendi Universal/Canalsat/TPS*.
- 2- Conférence du 11 juin 2007 sur le suivi de l'exécution des engagements en matière de contrôle de la concentration, organisée par la revue *Concurrences*, le cabinet Sokolow Carreras & Associés et Pricewaterhouse-Coopers.
- 3- Disponible en ligne: http://alize.finances.gouv.fr/concentration/lignesdirectrices_2007.pdf, point 484.

CAPITAL FINANCE

9 juillet 2007

AVIS D'EXPERT

gements, la DGCCRF ne dispose d'aucun outil procédural propre. Son seul moyen d'action suppose une saisine préalable, pour avis, du Conseil de la concurrence, pour que celui-ci constate l'inexécution (article L 430-8 du Code de commerce). Ce n'est qu'à l'issue de cette procédure que le ministre peut agir. Pour l'heure, cette procédure n'aurait fait l'objet que d'un précédent, non publié. Le directeur général a notamment indiqué que l'absence de délai maximum de cette procédure d'avis devrait, à son sens, faire l'objet d'une modification législative, ou d'une précision dans la Charte de coopération et d'objectifs réglant les échanges entre la DGCCRF et le Conseil de la concurrence. Il a également souligné que le ministre disposait de moyens d'enquête propres, puisque les pouvoirs d'enquête lourde et simple de la DGCCRF pouvaient également être utilisés dans ce contexte.

Prévoir des mécanismes adaptés en amont

Si les lignes directrices rappellent quelques mécanismes régulièrement utilisés dans le cadre des engagements (« *crown jewels* », « *up-front buyer* » ou « *hold-separate* »), on ne dispose pas de textes détaillés ni de modèles comparables à ceux qui existent au niveau communautaire. Une plus grande précision des textes ou des lignes directrices en la matière pourrait donc permettre de fixer des principes généraux, afin de concentrer la discussion avec la DGCCRF sur les véritables questions fondamentales. Cela aurait aussi le mérite d'harmoniser des engagements qui sont, pour l'instant, très disparates dans leur formulation et dans les droits et obligations qui les accompagnent. Le directeur général a toutefois indiqué qu'il n'était pas favorable à une codification rigide en la matière, parce que la flexibilité est nécessaire afin de pouvoir traiter la diversité des cas qui se présentent. Pour autant, il a considéré que la publication de modèles types pouvait être étudiée, de même qu'une clarification des lignes directrices. Le directeur général a également évoqué le fait que plusieurs propositions sont actuellement à l'étude, comme la systématisation de l'intervention d'un mandataire indépendant des parties agréé par la DGCCRF et, lorsque cela est opportun, la publication de son existence et d'un résumé de son mandat, à l'image de ce qui a été fait dans l'affaire Vivendi/TPS.

Le silence des textes est aujourd'hui problématique sur un autre point fondamental, qui est celui de la révision a posteriori des engagements. Il peut

en effet arriver que des difficultés d'exécution ou un changement de la structure du marché justifient une révision de ceux-ci. Si ces derniers prévoient fréquemment une clause de « rendez-vous », la possibilité pour le ministre d'adopter formellement une décision de révision des engagements n'est pas certaine en l'état des textes, et aucun précédent ne peut être relevé. Il semblerait que cette question soit également examinée. Plus largement, le directeur général a annoncé que l'étude – actuellement en cours dans ses services – sur l'analyse a posteriori de l'efficacité des engagements serait achevée pour la fin de l'année 2007. Il a également indiqué être favorable à la publication d'un compte-rendu annuel sur l'exécution des engagements, comparable à celui qu'il réalise aujourd'hui sur l'exécution des décisions d'injonction et des sanctions pécuniaires du Conseil de la concurrence. Enfin, le directeur général étudie l'éventualité d'une consultation de la communauté des affaires par le biais de l'Association française d'étude de la concurrence (Afec) sur un certain nombre des sujets évoqués, notamment sur la définition d'un socle pragmatique s'agissant du mandat des mandataires indépendants, ou encore sur le fonctionnement de la procédure prévue à l'article L 430-8. Ces différentes annonces montrent que la question est étudiée de manière étroite par la DGCCRF et que cette dernière a tout à fait conscience de la marge d'amélioration qui existe aujourd'hui. Un processus comparable à celui engagé au plan communautaire se profile donc pour les mois et les années à venir, avec tout d'abord une étude exhaustive permettant de mettre en lumière les difficultés les plus récurrentes, puis vraisemblablement des propositions de réforme ou d'évolution de la pratique administrative. Il n'est cependant pas certain que ces efforts conduiront à un alignement de la pratique française sur le standard communautaire, qui est pour l'heure beaucoup plus avancé et structuré, sauf à ce que des initiatives de même nature soient prises au niveau international. Il semble, en effet, que la question soit à l'étude de plusieurs instances, notamment de l'OCDE, ainsi qu'au sein d'autres autorités de concurrence en Europe. Or, les discussions menées entre autorités au niveau international produisent généralement un effet d'accélération de l'évaluation des systèmes nationaux, de même qu'ils entraînent naturellement un phénomène de plus grande cohérence entre les systèmes. ■

Notes:

- 4- Disponible en ligne:
ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/best_practice.html
 5- Communiqué de presse de la DGCCRF du 18 mai 2007, disponible à l'adresse suivante:
http://www.minefi.gouv.fr/DGCCRF/03_publications/com_ddp/mediateur_canal_tps.pdf



Nathalie Jalabert-Doury,
avocat associé,
 Laurent Nouvel,
avocat,
 Sokolow Carreras & Associés