

**N° 353856**  
**Société Groupe Canal Plus**  
**Société Vivendi**

**Assemblée du contentieux**  
**Séance du 14 décembre 2012**  
**Lecture du 21 décembre 2012**

## **CONCLUSIONS**

**Vincent Daumas, rapporteur public**

Les affaires inscrites au rôle d'aujourd'hui sont exceptionnelles à plusieurs égards. Elles le sont au regard des enjeux économiques pour le secteur de la télévision payante. Elles le sont au regard du caractère inédit des questions posées. Elles le sont aussi au regard du volume des écritures et des pièces produites et du nombre de moyens soulevés. Nous avons fait le choix de nous concentrer sur les questions qui nous ont paru les plus délicates, quitte à passer très rapidement sur d'autres, voire à ne pas même faire mention de certains moyens manifestement infondés. Précisons qu'une partie des questions posées par ces affaires ont déjà fait l'objet d'une audience de plus de cinq heures tenue par votre juge des référés et que leur instruction écrite a été complétée par une audience d'instruction diligentée par la 3<sup>e</sup> sous-section de votre section du contentieux.

### **1. Un bref rappel du cadre du litige s'impose.**

Par une décision du 30 août 2006, le ministre chargé de l'économie a autorisé une opération de concentration aboutissant à réunir en une même main les activités de télévision payante de Canal Plus et celles de son principal concurrent, TPS. Le nouvel ensemble était contrôlé par la société Groupe Canal Plus (GCP), elle-même filiale de la société Vivendi Universal. Cette autorisation était toutefois assortie de cinquante-neuf engagements pris par ces sociétés, destinés à encadrer le comportement de GCP sur les différents marchés de la télévision payante.

Un autre genre de concentration est intervenu peu de temps après : alors qu'auparavant, le contrôle *a priori* des opérations de concentration appartenait au ministre chargé de l'économie et la répression *a posteriori* des pratiques concurrentielles, au Conseil de la concurrence, le législateur est intervenu par la loi (n° 2008-776) du 4 août 2008 de modernisation de l'économie pour créer une nouvelle autorité administrative indépendante, l'Autorité de la concurrence, chargée d'exercer ces deux compétences. Le ministre ne conservait plus qu'un pouvoir résiduel d'évocation des affaires examinées par l'Autorité de la concurrence dans le cadre du contrôle des concentrations. Nous reviendrons sur ce pouvoir, prévu par les dispositions de l'article L. 430-7-1 du code de commerce.

La nouvelle Autorité de la concurrence a décidé en 2009 de se saisir d'office afin de contrôler la bonne exécution par GCP des engagements figurant dans la décision ministérielle de 2006. Par une décision (n° 11-D-12) du 20 septembre 2011, elle a constaté l'inexécution de dix de ces engagements. En conséquence elle a retiré, sur le fondement des dispositions du IV de l'article L. 430-8 du code de commerce, la décision ministérielle d'autorisation de 2006 et

infligé une amende de 30 millions d'euros. Cette décision est apparemment sans précédent : c'est semble-t-il la première fois que se trouve retirée une autorisation de concentration en raison du non-respect des engagements pris par les parties à l'opération. Sous le n° 353856 qui a été appelé en premier, les sociétés GCP et Vivendi ont contesté cette décision.

A l'appui de leur demande elles ont soulevé, par deux mémoires distincts, deux questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) portant sur les pouvoirs et la composition de l'Autorité de la concurrence. Vos 3<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> sous-sections réunies ont renvoyé ces QPC au Conseil constitutionnel<sup>1</sup> qui, par une décision du 12 octobre dernier, a déclaré conformes à la Constitution les dispositions contestées (décision n° 2012-280 QPC).

Ces sociétés ont également demandé, le 30 août dernier, que l'exécution de la décision de l'Autorité de la concurrence fût suspendue sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-1 du code de justice administrative. Votre juge des référés a rejeté cette demande, faute d'urgence, par une ordonnance du 17 septembre 2012.

Il vous faut aujourd'hui statuer au fond sur le recours introduit par GCP et Vivendi contre la décision de l'Autorité de la concurrence du 20 septembre 2011.

**2.** Mais avant d'aborder cette première affaire, il est nécessaire de présenter, dans ses grandes lignes, le fonctionnement du secteur de la télévision payante.

Celui-ci est structuré selon une « chaîne de valeur descendante » qui part, tout en amont, des contenus (films, séries, sport, documentaires, divertissements... autrement dit les matières premières), pour aboutir, tout en aval, aux consommateurs finaux, c'est-à-dire les téléspectateurs. De l'amont à l'aval s'étagent trois niveaux de marchés. En amont, les marchés primaires où s'échangent les droits de diffusion des différents contenus. L'offre des détenteurs de droits (les studios américains, les divers producteurs français et européens, la Ligue de football professionnel pour les droits de la Ligue 1, etc.) y rencontre la demande des éditeurs de chaînes. Ces derniers ont pour métier, à partir des droits de diffusion qu'ils ont achetés, d'agréger différents contenus pour en faire des chaînes de télévision, qu'ils commercialisent sur les marchés intermédiaires ou « marchés de gros ». Ils sont cette fois, sur ces marchés, en position d'offreurs. Du côté de la demande, on trouve les distributeurs de services de télévision payante. Leur métier est de constituer, à partir des chaînes achetées aux éditeurs, des bouquets de chaînes qu'ils proposeront aux consommateurs finaux sur le marché aval, dit encore « marché de détail ».

Comme TPS l'était avant qu'il ne l'absorbe, le Groupe Canal Plus présente la particularité d'être un acteur intégré verticalement et présent à tous les niveaux de la chaîne de valeur, depuis la production de films – ce qui en fait un détenteur de droits – jusqu'à la distribution d'offres de télévision payante. Il détient des positions particulièrement fortes sur le marché aval, où ses deux principales offres, « Les chaînes Canal + » d'une part, CanalSatellite d'autre part, font office de références.

GCP s'est attaché, notamment, à ne manquer aucun des tournants technologiques qui ont affecté le secteur ces dernières années. Notamment, alors que le marché de détail s'était fortement structuré, en France, autour du mode de diffusion par satellite, avec la plate-forme Canal + / CanalSat, puis celle de son concurrent TPS, ce mode de diffusion, toujours

---

<sup>1</sup> Décision n° 353856 QPC du 17 juillet 2012.

prépondérant en nombre d'abonnés desservis, est concurrencé depuis le début des années 2000 par le développement de la télévision par Internet qu'a permis le déploiement des réseaux à haut débit (technologie ADSL puis fibre optique). Les principaux fournisseurs d'accès à Internet (FAI) en ont profité pour élaborer leurs propres offres de télévision payante, mais GCP s'est adapté en proposant ses bouquets de chaînes Canal + et CanalSat sur les plates-formes de ces opérateurs, en auto-distribution, c'est-à-dire en conservant une relation commerciale directe avec les abonnés, les FAI jouant le simple rôle de prestataires de services en transportant le signal, pour le compte de GCP, jusqu'aux consommateurs finaux.

Le secteur connaît aussi des bouleversements dans les modes de consommation des services de télévision payante. A côté du modèle historique de la télévision linéaire, dans lequel les dates et heures de diffusion des programmes sont fixées par le distributeur, sont venus s'ajouter des services nouveaux permettant d'adapter le moment de la diffusion aux préférences du consommateur : il s'est agi d'abord des chaînes dites « de rattrapage » qui rediffusent les programmes en décalé, puis des services de type « *pay per view* », aujourd'hui supplantés par les services de vidéo à la demande, à l'acte ou par abonnement, qui sont en plein développement. La dernière évolution technologique en cours est la « télévision connectée », qui permet la navigation sur Internet depuis le téléviseur et l'accès par ce biais, à la fois, à des offres de vidéo et à des applications en ligne. Les ménages sont en train de s'équiper du matériel nécessaire.

\*\*\*

Revenons à la requête des sociétés GCP et Vivendi.

**3.** La première question que vous devrez trancher concerne la nature de la décision attaquée.

L'Autorité de la concurrence a-t-elle pris, le 20 septembre 2011, une mesure de police ou une sanction ? En tant que sa décision prononce une amende de trente millions d'euros, il est certain qu'il s'agit d'une sanction. En tant qu'elle retire l'autorisation donnée à la concentration, le doute était permis. Du moins, croyons-nous, jusqu'à la décision du Conseil constitutionnel statuant sur les QPC que vous lui avez renvoyées.

Cette question ne lui était pas posée et elle n'a pas été débattue devant lui. Mais le juge constitutionnel a considéré, très clairement, que les mesures prévues par l'article L. 430-8 du code de commerce étaient constitutives d'un régime de sanctions. Le commentaire de sa décision aux Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel est dans le même sens.

3.1. Il nous semble que cette interprétation des dispositions de l'article L. 430-8 du code de commerce s'impose à vous.

Votre jurisprudence ne manifeste aucune réticence à reconnaître l'autorité qui, en vertu de l'article 62 de la Constitution, s'attache aux décisions du Conseil constitutionnel. Certes, vous avez refusé de faire jouer une réserve d'interprétation « par ricochet » (CE section, 22 juin 2007, M. L..., n° 288206, au Recueil p. 253). Mais c'est que vous entendez vous en tenir aux critères classiques selon lesquels l'autorité de chose jugée ne s'attache qu'au dispositif des décisions rendues par le Conseil constitutionnel et aux motifs qui en sont le soutien nécessaire.

Cette autorité est la même, que le Conseil constitutionnel se prononce sur la conformité à la Constitution d'une loi avant sa promulgation ou selon la procédure de QPC. Vous jugez ainsi que, lorsque le Conseil constitutionnel, saisi sur le fondement des dispositions de l'article 61-1 de la Constitution, déclare une disposition législative conforme à celle-ci moyennant une réserve d'interprétation, cette réserve est revêtue de l'autorité absolue de chose jugée et lie le juge administratif pour l'application et l'interprétation de cette disposition (CE 26 mars 2012, Mme D..., n° 340466, à publier au Recueil – solution implicite).

Cette autorité, en outre, ne s'attache pas qu'aux réserves d'interprétation formellement émises par le Conseil constitutionnel. Elle s'étend aussi aux motifs de sa décision par lesquels il donne de la loi une interprétation conforme à la Constitution (voyez, à propos d'une interprétation conforme au droit de grève de la loi du 21 août 2007 instaurant un « service minimum » dans les services publics de transport terrestre régulier de voyageurs, CE 19 mai 2008, Syndicat Sud-RATP, n° 312329, aux tables du Recueil).

Il nous semble que, de cette hypothèse à celle devant laquelle vous vous trouvez aujourd'hui, il n'y a qu'un pas qu'il faut franchir. Le Conseil constitutionnel a jugé conformes à la Constitution les dispositions législatives qui lui étaient soumises en partant de la prémisse qu'il se trouvait devant un régime de sanctions. Il nous paraît difficile de considérer que ce motif ne constitue pas le soutien nécessaire du dispositif de sa décision. Juger le contraire reviendrait à raisonner en faisant le pari que, partant d'une autre prémisse que celle qu'il a faite sienne, le Conseil constitutionnel aurait abouti à la même conclusion. Un tel raisonnement hypothétique pourrait sembler tentant en l'espèce car les principes constitutionnels qui encadrent un régime de sanctions administratives sont plus exigeants que ceux qui s'appliquent à un régime de police. Mais, à notre avis, il faut résister à la tentation : ce raisonnement hypothétique, dans son principe même, nous semble contestable, dès lors qu'il conduit à s'arroger la place du Conseil constitutionnel.

3.2. Au demeurant, à supposer que vous ne vous considériez pas liés par les motifs de la décision du Conseil constitutionnel, nous croyons que cela ne changerait pas l'analyse.

Même si vous jugez que vous n'êtes pas tenus de vous conformer à la décision du Conseil constitutionnel en ce qui concerne la qualification des mesures prévues par les dispositions du IV de l'article L. 430-8 du code de commerce, reste l'« autorité jurisprudentielle persuasive », selon la formule du président Genevois, des décisions du Conseil constitutionnel. Au nom de la cohérence de l'ordre juridique interne, il vous faut de sérieux motifs pour vous écarter de l'interprétation que donne celui-ci, non seulement de la Constitution elle-même, mais aussi d'une loi qu'il a examinée. En l'occurrence, nous n'apercevons aucune raison sérieuse d'adopter une interprétation du régime de mesures défini au IV de l'article L. 430-8 qui s'écarterait de celle donnée par le Conseil constitutionnel.

Tout d'abord, sont en cause des mesures qui ne peuvent intervenir qu'en cas de méconnaissance d'une obligation. Cela résulte des termes mêmes de la loi : l'Autorité de la concurrence ne peut prendre aucune de ces mesures, qu'il s'agisse d'une injonction, d'un retrait d'autorisation ou d'une amende, s'il n'y a pas, d'abord, le constat d'un manquement à une obligation contenue dans la décision d'autorisation de la concentration. Outre cette clé d'entrée typique d'un régime de sanctions, on peut aussi relever qu'il s'agit, pour l'Autorité, d'apprécier le comportement des entreprises à qui ces obligations s'imposaient. Enfin, on trouve dans les travaux préparatoires de la loi (n° 2001-420) du 15 mai 2001 relatives aux nouvelles régulations économiques, d'où sont issues les dispositions en cause, un appui dans

le sens de l'interprétation selon laquelle le législateur a bien entendu instaurer un régime de sanctions administratives<sup>2</sup>.

Que vous soyez liés ou pas par les termes de la décision rendue par le Conseil constitutionnel, nous vous proposons donc de considérer que les dispositions du IV de l'article L. 430-8 du code de commerce instituent un régime de sanctions.

4. Si vous admettez être devant une décision qui ne fait qu'infliger des sanctions, il nous semble que vous en déduirez presque immédiatement la nature du recours dont vous êtes saisis.

Notons que cette question aussi est inédite dans votre jurisprudence puisque vous n'avez jamais été saisis, jusqu'à présent, d'un recours contre une sanction prononcée en raison de la méconnaissance d'engagements, d'injonctions ou de prescriptions au respect desquels était conditionnée une autorisation de concentration. Cela n'est pas étonnant, compte tenu de l'extrême rareté de telles décisions.

La réponse à la question de la nature du recours n'est pas dictée par les textes. Ceux-ci, très souvent, définissent les voies de recours ouvertes contre les décisions, notamment les sanctions, prises par les autorités administratives indépendantes. Le plus souvent, ils vous confient le soin d'en connaître par le biais d'un recours de plein contentieux. Mais tel n'est pas le cas en l'occurrence. Les textes sont muets.

Cependant, votre jurisprudence récente nous paraît conduire à regarder le présent recours comme un recours de plein contentieux. Vous jugez, en effet, que lorsque le juge administratif est saisi de la contestation d'une sanction que l'administration a infligée à un administré, il se prononce comme juge de plein contentieux et non comme juge de l'excès de pouvoir (CE assemblée, 16 février 2009, société *ATOM*, n° 274000, au Recueil p. 25). Par cette jurisprudence, vous n'avez pas entendu faire basculer dans le champ du plein contentieux l'ensemble des sanctions administratives : continuent de relever de l'excès de pouvoir les sanctions infligées à des professionnels (CE section, 22 juin 2007, *M. A...*, n° 272650, au Recueil p. 263), celles qui frappent les agents publics (CE section, 1er février 2006, *M. T...*, n° 271676, au Recueil p. 38), celles qui sont prononcées par l'administration pénitentiaire à l'encontre des personnes détenues (CE 20 mai 2011, *M. L... B...*, n° 326084, au Recueil p. 246) ou encore celles que prennent les fédérations sportives à l'égard de leurs ressortissants (CE 2 mars 2010, Fédération française d'athlétisme, n° 324439, aux tables du Recueil).

Seules sont donc soumises à la jurisprudence *ATOM*, mais c'est déjà beaucoup, les sanctions infligées à des personnes ne relevant pas d'une catégorie préalablement délimitée. Il nous semble que tel est le cas en l'espèce. Pour reprendre la typologie dressée par Mattias Guyomar dans ses conclusions sur l'affaire *Petit* tranchée par votre section du contentieux le 25 septembre 2009 (*M. P...*, n° 311641, au Recueil p. 367 avec ces conclusions), vous n'êtes certainement pas devant des sanctions de type organisationnel comme celles que prononcent les fédérations sportives, ni devant des sanctions institutionnelles comme celles qui frappent les agents publics (ou les détenus...). Vous pourriez hésiter, un instant, à les exclure de la catégorie des sanctions de type professionnel. Un instant seulement : en effet, d'une part, les obligations imposées aux entreprises concernées par une concentration soumise à notification

---

<sup>2</sup> Voir le rapport n° 5 de Philippe Marini au nom de la commission des finances du Sénat déposé le 4 octobre 2000 et rapport n° 2327 d'Eric Besson au nom de la commission des finances de l'Assemblée nationale déposé le 6 avril 2000.

résultent de la nature d'une opération économique et non de celle de l'activité qu'elles exercent ; d'autre part, il s'agit d'obligations élaborées ponctuellement, pour une durée limitée et qui ne s'adressent qu'aux parties à l'opération, non d'un corps de règles stables s'imposant à une catégorie de personnes déterminées, prises dans leur généralité.

Bref, nous croyons que les sanctions contestées sont au nombre de celles « infligées par l'administration à un administré », au sens de votre jurisprudence *ATOM*. Vous êtes donc juges de plein contentieux.

5. Ces préalables relatifs à la nature de la requête étant posés, nous pouvons en venir aux moyens soulevés à son appui. Nous prenons la liberté de les exposer dans un ordre parfois un peu différent de celui retenu par les sociétés requérantes.

5.1. Un premier moyen conteste la compétence de l'Autorité de la concurrence.

En le soulevant, les requérantes tentent d'exploiter une malfaçon textuelle qui, bien que réelle, nous paraît vénielle. Cette malfaçon affecte les dispositions du IV de l'article L. 430-8 du code de commerce.

Selon ces dispositions, l'Autorité peut exercer les pouvoirs de sanctions qu'elles prévoient lorsqu'elle estime que les parties à l'opération n'ont pas exécuté dans les délais « une injonction, une prescription ou un engagement figurant dans sa décision ou dans la décision du ministre ayant statué sur l'opération en application de l'article L. 430-7-1 » (nous soulignons). Les requérantes font valoir que les engagements qu'elles auraient méconnus figurent dans la décision ministérielle du 30 août 2006, laquelle n'est ni une décision de l'Autorité de la concurrence, qui n'existait pas à l'époque, ni une décision du ministre prise dans le cadre de ses pouvoirs d'évocation, qui n'existaient pas non plus et n'avaient pas lieu d'être puisqu'il était seul compétent pour autoriser une concentration.

Le législateur, lorsqu'il a repris la rédaction de l'article L. 430-8 pour y remplacer les références faites au ministre chargé de l'économie par des références à l'Autorité de la concurrence, a donc omis de désigner l'autorité compétente pour tirer les conséquences d'éventuels manquements à des engagements figurant dans une décision ministérielle d'autorisation prise avant l'entrée en vigueur de la réforme (c'est-à-dire avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008).

Faut-il en déduire, comme le soutiennent les requérantes, l'incompétence de l'Autorité de la concurrence pour prendre les sanctions qu'elles contestent ? Nous pensons que non, pour deux raisons. La première est tirée de l'orientation générale de votre jurisprudence, la seconde d'un argument de texte.

Votre section du contentieux a posé, en des termes très nets, le principe suivant lequel l'autorité administrative compétente pour modifier, abroger ou retirer un acte administratif est celle qui, à la date de la modification, de l'abrogation ou du retrait, est compétente pour prendre un tel acte (CE section, 30 septembre 2005, M. I..., n° 280605, au Recueil p. 402). Ainsi, en cas de transfert d'une compétence et sauf si un texte en dispose autrement, c'est l'autorité bénéficiaire de ce transfert qui seule peut modifier, abroger ou retirer l'acte pris par l'autorité initialement compétente<sup>3</sup>. Bien sûr, cette jurisprudence n'est pas transposable en

---

<sup>3</sup> Voir aussi, suivant la même logique, CE section, 7 octobre 1994, M. J..., n° 90344, au Recueil p. 494.

l'état : la décision de retirer l'autorisation de concentration initialement donnée par le ministre et d'infliger une sanction pécuniaire aux parties à l'opération n'est pas le retrait de l'autorisation initiale, ni sa modification, ni son abrogation ; il s'agit d'une décision d'une nature différente de celle qui consiste à autoriser l'opération sous réserve du respect d'engagements. Mais la jurisprudence que nous avons rappelée manifeste votre souci, en cas de transfert d'une compétence entre deux autorités administratives, d'éviter toute solution de continuité en privilégiant la compétence de l'autorité bénéficiaire de ce transfert, regardée comme détentrice de principe de la compétence. En l'occurrence, cette compétence de principe appartient bien, depuis la réforme de 2008, à l'Autorité de la concurrence.

Second argument, tiré cette fois de la loi elle-même. Les dispositions de l'article L. 462-5 du code de commerce définissent les modalités de saisine de l'Autorité de la concurrence. Or celles du I de cet article, dans leur rédaction issue de l'ordonnance du 13 novembre 2008, prévoient que l'Autorité peut être saisie par le ministre chargé de l'économie, notamment, « des manquements aux engagements (...) pris en application des décisions de concentration intervenues avant l'entrée en vigueur de [cette ordonnance] »<sup>4</sup>, c'est-à-dire des décisions prises par le ministre alors qu'il était compétent. De même, les dispositions du III de cet article prévoient que l'Autorité peut se saisir d'office « des manquements aux engagements pris en application des décisions autorisant des opérations de concentration intervenues avant l'entrée en vigueur [de l'ordonnance de 2008] »<sup>5</sup>. On ne voit pas de quelle utilité seraient ces saisines si l'Autorité, à l'issue de la procédure ainsi ouverte, n'avait pas le pouvoir de constater des manquements ni celui de prendre une sanction en conséquence. On ne voit pas plus quels pouvoirs elle pourrait mettre en œuvre à cette occasion, en l'absence de toute autre précision donnée par la loi, sinon ceux prévus par les dispositions du IV de l'article L. 430-8. La seule manière de donner un sens aux dispositions de l'article L. 462-5 est de considérer que l'Autorité est bien compétente pour exercer les pouvoirs prévus au IV de l'article L. 430-8 en cas de manquements à des engagements figurant dans une décision ministérielle d'autorisation prise avant l'entrée en vigueur de la réforme de 2008.

Vous écarterez ce premier moyen.

5.2. Le second moyen soulevé est tiré de la méconnaissance du principe d'impartialité protégé par les stipulations de l'article 6 § 1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH). Les requérantes soutiennent que la procédure suivie par l'Autorité de la concurrence pour prendre les sanctions contestées a méconnu le principe d'impartialité sur plusieurs points, de sorte que leur moyen se subdivise en plusieurs branches – quatre branches, précisément.

Avant de les examiner une à une, il faut vérifier si l'invocation des stipulations de l'article 6 § 1 de la CEDH est bien opérante. La réponse est affirmative au vu de votre jurisprudence, comme de celle de la Cour de cassation<sup>6</sup>. D'une part, la décision contestée est une décision de sanction et dès lors, en l'adoptant, l'Autorité de la concurrence s'est prononcée sur le « bien-fondé d'une accusation en matière pénale », au sens de ces stipulations. D'autre part, si vous jugez qu'en règle générale, leur champ d'application ne s'étend pas à la procédure administrative d'établissement de la sanction, vous admettez que la méconnaissance dès ce

---

<sup>4</sup> Nous soulignons.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> S'agissant des sanctions prononcées par le Conseil de la concurrence dans son rôle de répression des pratiques anti-concurrentielles, voyez Cass. com., 5 octobre 1999, SNC Campenon Bernard Sge, n° 97-15.617 et autres, Bull. civ. 1999, IV, n° 159.

stade de certains des principes qu'elles protègent peut conduire à vicier irrémédiablement le contrôle juridictionnel de la sanction au regard du droit à un procès équitable – et vous rangez au nombre de ces principes le principe d'impartialité (CE assemblée, 3 décembre 1999, M. D..., n° 207434, au Recueil p. 399).

De quelles méconnaissances du principe d'impartialité les requérantes se plaignent-elles ?

5.2.1. En premier lieu, les requérantes font valoir que l'Autorité de la concurrence, en décidant de se saisir d'office des manquements au regard desquels elle a prononcé les sanctions litigieuses, a nécessairement préjugé l'existence de ces manquements.

La question de savoir si une autorité administrative peut, sans méconnaître le principe d'impartialité protégé par l'article 6 § 1, se saisir de son propre mouvement des faits susceptibles de fonder une sanction a donné lieu à une jurisprudence abondante.

Votre jurisprudence, celle de la Cour de cassation et celle de la Cour européenne des droits de l'homme convergent pour admettre que ce principe d'impartialité ne fait pas obstacle, en lui-même, à ce qu'une autorité se saisisse de son propre mouvement de faits susceptibles de donner lieu à l'infliction, par cette même autorité, d'une sanction (CE section, 20 octobre 2000, société *Habib Bank Limited*, n° 180122, au Recueil p. 433 ; CE section, 25 juillet 2007, société *Dubus SA*, n° 266735, au Recueil p. 386 ; Cass. 1re civ., 4 janvier 2005, M. K..., n° 01-16.464, Bull. 2005, I, n° 3, p. 2 ; Cass. com., 16 mai 2006, M. C..., n° 05-16.668, Bull. 2006, IV, n° 123 p. 126 ; Cour EDH, 11 juin 2009, société *Dubus c/ France*, n° 5242/04, § 57-58). Avant l'intervention de ce dernier arrêt de la cour de Strasbourg, vous jugiez déjà que, si ce cumul de fonctions est en principe possible, c'est à la condition que l'acte par lequel l'autorité décide de se saisir ne donne pas à penser que les faits visés seraient d'ores et déjà établis ou que leur caractère répréhensible au regard des règles ou principes à appliquer serait d'ores et déjà reconnu (décision *Société Habib Bank* précitée ; CE 22 juin 2001, société *Athis*, n° 193392, au Recueil p. 276 ; CE 17 novembre 2004, M. M..., n° 261349, aux tables du Recueil sur un autre point). Avec cet arrêt *Société Dubus* du 11 juin 2009, la cour de Strasbourg n'a pas remis en cause la faculté d'auto-saisine de certaines autorités ayant le pouvoir de prononcer des sanctions. Mais elle a jugé « nécessaire d'encadrer plus précisément le pouvoir de se saisir d'office [de la Commission bancaire] de manière à ce que soit effacée l'impression que la culpabilité de la requérante a été établie dès le stade de l'ouverture de la procédure », parce que ce seraient « les mêmes personnes qui l'ont poursuivie et jugée ». La Cour européenne des droits de l'Homme a donc mis l'accent sur la circonstance que, lorsqu'une autorité répressive est dotée d'un pouvoir d'auto-saisine, son organisation interne, à la fois en termes de compétences et de procédures, peut suffire à donner l'impression d'un pré-jugement.

Postérieurement à cet arrêt *Société Dubus*, vous avez jugé à propos de la Commission bancaire, en reprenant l'analyse de la Cour EDH, que son pouvoir d'auto-saisine « doit être suffisamment encadré pour ne pas donner à penser que les membres de la formation disciplinaire tiennent les faits visés par la décision d'ouverture de la procédure ou la notification subséquente des griefs comme d'ores et déjà établis ou leur caractère répréhensible au regard des règles ou principes à appliquer comme d'ores et déjà reconnu » ; ce qui a conduit, en l'occurrence, à la censure de la décision contestée, faute de garanties suffisantes encadrant le pouvoir d'auto-saisine (CE 8 novembre 2010, Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance, n° 329384-330042, inédite au Recueil). Vous avez suivi la même analyse, pour aboutir à une conclusion identique, s'agissant de l'Autorité de contrôle

des assurances et des mutuelles (ACAM), avant que ses fonctions fussent reprises, comme l'ont été celles de la Commission bancaire, par l'Autorité de contrôle prudentiel (CE 22 décembre 2011, Union mutualiste générale de prévoyance, n° 323612, aux tables du Recueil). En revanche, vous avez estimé que les conditions dans lesquelles l'Agence française de lutte contre le dopage peut se saisir de son propre mouvement d'une décision prise par une fédération sportive n'étaient pas de nature à faire naître des doutes objectivement fondés quant à la circonstance que les faits visés seraient d'ores et déjà établis ou que leur caractère répréhensible au regard des règles ou principes à appliquer serait d'ores et déjà reconnu (CE 9 novembre 2011, M. B..., n° 341658, aux tables du Recueil).

Qu'en est-il, à l'aune de cette jurisprudence, de l'Autorité de la concurrence ?

L'Autorité présente il est vrai la particularité, comme la Commission bancaire ou l'ACAM, de ne comporter qu'un seul collège, sans séparation organique en son sein d'une autorité qui serait chargée de prononcer les sanctions. Toutefois, il nous semble que la distinction entre les différentes fonctions incombant à l'Autorité de la concurrence est organisée beaucoup plus clairement par les textes. C'était d'ailleurs précisément l'objet de la loi (n° 2009-526) du 12 mai 2009 de simplification et d'allègement des procédures, qui a profondément remanié l'organisation interne des services de l'Autorité.

Nous l'avons déjà dit, l'Autorité peut soit être saisie par le ministre chargé de l'économie, soit se saisir d'office de manquements aux engagements figurant dans des décisions d'autorisation de concentration. La décision de saisine d'office intervient, aux termes des dispositions du III de l'article L. 462-5 du code de commerce, sur proposition du rapporteur général. En vertu des dispositions de l'article L. 461-4, ce dernier est nommé par le ministre de l'économie après un simple avis du collège de l'Autorité. Ces mêmes dispositions, ainsi que le Conseil constitutionnel l'a relevé dans sa décision QPC, organisent une véritable indépendance des services d'instruction de l'Autorité à l'égard de son collège : elles prévoient que c'est le rapporteur général qui dirige les services d'instruction ; c'est lui qui nomme les rapporteurs généraux adjoints, les rapporteurs et les enquêteurs des services d'instruction ; c'est à lui que le président de l'Autorité délègue l'ordonnancement des dépenses des services d'instruction. Le code de commerce ne prévoit pas, par ailleurs, que le collège puisse orienter l'action des services d'instruction : tout au plus peut-il renvoyer l'affaire à l'instruction lorsqu'il estime qu'elle n'est pas complète.

Pour revenir au déroulement de la procédure, il n'existe pas l'équivalent d'une « notification des griefs » lorsqu'est en cause la bonne exécution d'engagements pris dans le cadre d'une décision autorisant une concentration. L'étape qui suit la décision de saisine d'office prise par le collège est la désignation d'un rapporteur par le rapporteur général et la réalisation d'investigations sous l'autorité de ce dernier. Au terme de ces investigations, un rapport est établi, qui est notifié aux parties (art. L. 463-2, 2<sup>e</sup> alinéa) par le rapporteur général (art. R. 463-11). Les parties disposent de quinze jours ouvrés pour présenter leurs observations sur ce rapport (art. L. 430-8, IV, avant-dernier alinéa). Une audience non publique est ensuite organisée, à l'occasion de laquelle les parties peuvent demander à être entendues par l'Autorité et à l'issue de laquelle le collège délibère (art. L. 463-7). Le rapporteur et le rapporteur général ne peuvent assister au délibéré lorsqu'il y a eu auto-saisine (art. L. 463-7, dernier alinéa). Si l'Autorité constate l'inexécution des engagements, elle peut retirer la décision d'autorisation, prononcer des injonctions ou infliger une sanction pécuniaire.

Pour nous résumer, vous constaterez le collège de l'Autorité de la concurrence décide de l'ouverture de la procédure de vérification du respect des engagements et à son issue, le cas échéant, prononce des sanctions. Mais elle n'exerce à aucun moment de fonctions de poursuite ou d'instruction. Il n'y a d'ailleurs pas, à proprement parler, de décision de poursuite dans cette procédure d'auto-saisine. Quant aux pouvoirs d'instruction, ils sont entièrement entre les mains des services d'instruction, dans le fonctionnement desquels le collège de l'Autorité n'a aucune part. Cette architecture ne nous paraît en aucune manière en délicatesse avec le principe d'impartialité protégé par les stipulations de l'article 6 § 1 de la CEDH. Nous vous proposons de juger que la faculté d'auto-saisine de l'Autorité de la concurrence fait l'objet, au regard de ce principe, d'un encadrement suffisant. Précisons que le Conseil constitutionnel, statuant dans sa décision QPC au regard des principes d'indépendance et d'impartialité découlant de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC), dont les implications nous paraissent aussi exigeantes que celles du principe d'impartialité conventionnellement protégé, est d'ailleurs parvenu à la même conclusion.

Une fois ce point tranché, nous n'avons pas encore tout à fait répondu à la première branche du moyen soulevé. Il reste en effet à se pencher sur les termes dans lesquels l'Autorité a décidé, en l'espèce, de se saisir de la question du respect des engagements. Ces termes sont critiqués et il est vrai qu'ils ne sont pas très heureux, compte tenu de la jurisprudence que nous avons rappelée. La décision de saisine d'office du 28 octobre 2009, après avoir visé, entre autres, le III de l'article L. 462-5 du code de commerce, comporte en effet un article unique ainsi rédigé : « L'Autorité de la concurrence se saisit d'office des manquements aux engagements pris en application de la décision du ministre chargé de l'économie en date du 30 août 2006 (...) ». L'Autorité n'a donc pas pris la précaution d'évoquer des faits « susceptibles » de constituer des manquements ou de qualifier ces derniers d'« éventuels ». Pour autant, nous ne croyons pas que cela suffise à donner objectivement à penser que l'Autorité, dès la décision de s'autosaisir, tenait déjà les manquements évoqués dans cette décision comme établis. D'une part, la rédaction de la décision reprend mot pour mot la formule qui figure au III de l'article L. 462-5 du code de commerce, selon laquelle l'Autorité peut se saisir d'office « des manquements aux engagements pris en application des décisions autorisant des opérations de concentration » ; d'autre part, cette décision n'est absolument pas motivée, ne mentionne aucun fait particulier et ne qualifie aucune circonstance précise. Ainsi, dès lors que l'on met de côté sa formulation un peu abrupte, qui s'explique comme nous venons de le dire, rien ne permet de penser que le collège de l'Autorité aurait jugé les manquements établis dès sa décision de s'autosaisir.

Par suite, la circonstance que plusieurs membres du collège de l'Autorité auraient pris part, à la fois, à la décision d'auto-saisine et à la décision de sanction ne révèle aucune méconnaissance du principe d'impartialité. Les requérantes critiquent aussi la circonstance que c'est un même rapporteur qui a été chargé, dans un premier temps, de rassembler les éléments permettant à l'Autorité d'apprécier s'il y avait lieu d'ouvrir une procédure d'examen du respect des engagements puis, dans un second temps, d'instruire cette procédure. Mais dès lors que ce rapporteur ne joue aucun rôle dans la décision, ni au stade de l'auto-saisine, ni à celui de la sanction, nous ne voyons absolument pas, en tout état de cause, en quoi cela pourrait jeter un doute sur l'impartialité de l'Autorité.

Vous écarterez cette première branche du deuxième moyen.

5.2.2. et 5.2.3. Les deux critiques suivantes vous retiendront moins longtemps. Elles sont relatives aux services d'instruction de l'Autorité.

Les requérantes font valoir, en premier lieu, que le principe d'impartialité aurait été méconnu au motif que le rapporteur général et les rapporteurs sont placés sous l'autorité du président de l'Autorité compte tenu de leur mode de nomination, tel qu'il est prévu à l'article L. 461-3 du code de commerce. Ils ne présenteraient pas, pour ce motif, toutes les garanties d'indépendance requises pour l'exercice de leurs fonctions d'instruction. Mais les requérantes se prévalent de la version de cet article antérieure à la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, version qui n'est pas applicable à la présente affaire. Nous vous l'avons dit, le rapporteur général est désormais nommé par le ministre sur avis du collège de l'Autorité et les rapporteurs sont nommés par le rapporteur général. Contrairement à ce qui est soutenu, le président de l'Autorité n'intervient plus dans ces nominations.

Les requérantes font valoir, en second lieu, que le rapporteur général adjoint et les rapporteurs auraient assisté au délibéré qui s'est ouvert à l'issue de la séance du 24 mai 2011, en méconnaissance non seulement du principe d'impartialité mais aussi des dispositions du dernier alinéa de l'article L. 462-5 du code de commerce, que nous avons déjà citées. Le moyen manque, en tout état de cause, en fait : il ressort du procès-verbal de cette séance que les rapporteurs n'ont pas assisté au délibéré et les requérantes n'apportent aucun élément permettant d'en douter.

5.2.4. La critique qui suit est encore présentée au regard du principe d'impartialité rappelé par l'article 6 § 1 de la CEDH – c'est la quatrième et dernière branche du deuxième moyen de la requête. Les requérantes pointent la circonstance que plusieurs des personnes intervenues, à divers titres, dans la procédure ayant conduit à l'adoption de la décision de sanction contestée avaient également joué un rôle dans l'adoption de l'avis rendu par le Conseil de la concurrence au vu duquel a été prise la décision ministérielle du 30 août 2006 autorisant la concentration. Cet avis<sup>7</sup> avait pour objet d'éclairer le ministre, avant qu'il prenne sa décision, sur le point de savoir si l'opération de concentration soumise à son autorisation était de nature à porter atteinte à la concurrence et sur son éventuelle contribution au progrès économique.

Même si les requérantes présentent leur contestation en ces termes, il nous semble que la configuration critiquée est assez éloignée de la problématique, que vous connaissez bien, du cumul de fonctions consultatives d'une part, de fonctions juridictionnelles d'autre part (sur cette problématique, voir Cour EDH, 28 septembre 1995, Procola c/ Luxembourg, n° 14570/89, § 41-46 ; Cour EDH, 8 février 2000, McGonnell c/ Royaume-Uni, n° 28488/95, § 46-58 ; Cour EDH, 9 novembre 2006, Sacilor-Lormines c/ France, n° 65411/01, § 70-74 ; CE 11 août 1864, ville de Montpellier, au Recueil p. 767). En effet, la décision du 20 septembre 2011 de l'Autorité de la concurrence ne statue pas sur la légalité de la décision ministérielle du 30 août 2006. Elle prend position sur la question de savoir si les engagements dont cette décision d'autorisation était assortie ont été correctement exécutés par ses bénéficiaires.

La critique soulevée par les requérantes nous paraît bien plutôt rejoindre celle visant le cumul par une autorité administrative du pouvoir de fixer les règles dans un domaine déterminé et d'en assurer elle-même le respect, par l'exercice d'un pouvoir de contrôle des activités exercées dans ce domaine et de sanction des manquements constatés. Certes, la décision du 30

---

<sup>7</sup> N° 06-A-13 du 28 juillet 2006.

août 2006 a été prise par le ministre et les engagements ont initialement été proposés par les parties avant d'être acceptés par lui. Toutefois, le Conseil de la concurrence a pris parti, dans son avis, sur les risques que ferait courir à la concurrence une autorisation sans réserve de la concentration, ainsi que sur les engagements qui permettraient d'y remédier.

Il nous semble donc que, pour répondre au moyen, vous devrez commencer par rappeler que le seul fait qu'une autorité administrative dispose du pouvoir de fixer les règles dans un domaine déterminé et d'en assurer elle-même le respect ne contrevient pas aux exigences de l'article 6 § 1 de la CEDH, dès lors que son pouvoir de sanction est aménagé de telle sorte que soient assurés le respect des droits de la défense, le caractère contradictoire de la procédure et l'impartialité de la décision (CE 30 juillet 2003, Banque d'escompte et Wormser Frères réunis, n° 238169, au Recueil p. 351 ; CE 26 juillet 2007, M. P..., n° 293908, aux tables du Recueil sur un autre point). Ce rappel nous semble d'autant plus utile que, dans l'état actuel des textes, c'est désormais l'Autorité de la concurrence qui est compétente, tout à la fois, pour autoriser les concentrations soumises à notification, le cas échéant sous réserve d'engagements, d'injonctions ou de prescriptions et pour apprécier, par la suite, si ces engagements, injonctions ou prescriptions ont été méconnus. Signalons que la position adoptée par le Conseil constitutionnel dans sa décision QPC sur la question de la conformité aux principes d'indépendance et d'impartialité découlant de l'article 16 de la DDHC du cumul d'un pouvoir de réglementation et d'un pouvoir de sanction (cons. 16 de sa décision 2012-280 QPC) rejoint la jurisprudence que nous venons de rappeler, rendue à propos de l'article 6 § 1 de la CEDH.

Au-delà de cette position de principe relative au cumul des fonctions de réglementation et de sanction, il vous appartient de vérifier concrètement, conformément à votre jurisprudence et à celle de la Cour EDH, si les interventions successives de l'avis rendu en 2006 puis de la décision de 2011 ont donné lieu à l'examen de la même affaire ou des mêmes questions (outre les arrêts précités voir par exemple Cour EDH gr. ch., 6 mai 2003, Kleyn et autres c/ Pays-Bas, n° 39343/98 et autres, § 190-202 ; Cour EDH, 10 février 2004, D.P. c/ France, n° 53971/00, § 29-42 ; en ce qui concerne votre jurisprudence, par exemple CE assemblée, 23 février 2000, Société Labor Metal, n° 195715, au Recueil p. 832 ; CE 7 juillet 2004, M. L..., n° 225937, p. 312 ; CE 4 février 2005, société GSD Gestions, n° 269001, p. 28 ; CE 20 mai 2011, société Euroland Finances, n° 316522, aux tables du Recueil sur un autre point). Nous n'avons aucun doute pour affirmer que non. Le Conseil de la concurrence s'est livré en 2006 à une analyse prospective des effets de la concentration envisagée. Certes, il a pris parti sur les engagements qui, de son point de vue, seraient nécessaires pour contrer les effets anticoncurrentiels identifiés et il est certain que cela a directement influé sur la teneur des engagements finalement proposés par les parties et retenus par le ministre pour autoriser l'opération. Mais la question n'était nullement celle de savoir si, ultérieurement, les engagements pris par les parties dans le cadre de l'autorisation de cette opération seraient respectés. Par suite, la circonstance que plusieurs membres du collège de l'Autorité ayant pris part au prononcé des sanctions contestées auraient également pris part, en 2006, à l'adoption de l'avis donné sur le projet de concentration ne caractérise en rien un pré-jugement. Il en va de même, pour les mêmes raisons, de la circonstance que le rapporteur général adjoint de l'Autorité ait occupé en 2006 les fonctions de chef du bureau de la concurrence au sein du ministère de l'économie et aurait pris part, à ce titre, à la décision d'autorisation de la concentration.

Deux moyens de procédure sont encore soulevés.

5.3. Vous écarterez celui selon lequel l’Autorité aurait dû, avant toute sanction, adresser une mise en demeure aux requérantes de respecter leurs engagements. D’une part, en effet, vous jugez qu’une telle exigence procédurale doit, en principe, résulter d’un texte (CE 27 novembre 1996, Epoux W..., n° 170209, au Recueil p. 462). Tel n’est pas le cas en l’occurrence. D’autre part, contrairement à ce qui est soutenu, le Conseil constitutionnel n’a pas dégagé, dans sa décision du 17 janvier 1989 relative au Conseil supérieur de l’audiovisuel (n° 88-248 DC, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication), un principe de mise en demeure préalable avant toute sanction administrative. Comme plusieurs de nos prédécesseurs l’ont fait valoir<sup>8</sup>, il a interprété la loi déferée, qui définissait de manière excessivement vague les infractions pouvant donner lieu à sanction, conformément aux principes de légalité des délits et des peines et de respect des droits de la défense. Il en a déduit que la mise en demeure mentionnée par ce texte, qui semblait prévue à titre seulement facultatif, était obligatoire avant le prononcé de toute sanction par le Conseil supérieur de l’audiovisuel (CSA). En l’occurrence, rien ne justifierait que vous dégagez, de manière purement prétorienne, la nécessité d’une mise en demeure préalable : les obligations dont la méconnaissance peut donner lieu à sanction par l’Autorité de la concurrence sont établies limitativement dans la décision autorisant la concentration, donc bien identifiées ; et les textes applicables, nous les avons décrits, organisent une procédure contradictoire préalable à toute sanction.

5.4. Vous écarterez également le dernier moyen de procédure soulevé par les requérantes, qui est tiré d’une méconnaissance du principe du contradictoire. Cette méconnaissance proviendrait de ce que le rapport établi par les services d’instruction de l’Autorité, qui leur a été notifié pour observations avant que celle-ci prenne la décision litigieuse, n’évoquait pas la possibilité d’un retrait de l’autorisation de concentration, ni ne discutait du bien-fondé d’une telle sanction. Mais s’agissant de la Commission bancaire, vous avez déjà jugé que l’absence de mention, dans la notification des griefs, de la sanction encourue n’empêche aucunement la personne poursuivie de présenter utilement sa défense (CE section, 25 juillet 2007, société Dubus, n° 266735, précitée). En l’espèce, le rapport notifié aux parties comportait la citation intégrale des dispositions du IV de l’article L. 430-8 du code de commerce, qui définissent les sanctions encourues. Les requérantes étaient donc informées de l’éventualité d’une sanction de retrait. Elles pouvaient utilement discuter l’existence de manquements et faire état de circonstances particulières en atténuant la gravité. Elles pouvaient aussi indiquer les motifs pour lesquels telle ou telle sanction leur paraissait adaptée ou disproportionnée au regard de leur situation et de leur comportement. Aucune méconnaissance du contradictoire ne peut être retenue.

5.5. Nous en venons, avec le moyen suivant, à la critique du bien-fondé de la décision attaquée. Les requérantes reprochent à l’Autorité de la concurrence d’avoir commis une erreur de droit dans la méthode suivie pour interpréter les engagements souscrits dans le cadre de l’opération de concentration.

Cette critique est dirigée contre un passage de la décision attaquée dans lequel l’Autorité expose, à titre liminaire, les principes qu’elle entend suivre pour mettre en œuvre le contrôle de ces engagements. Si de tels motifs sont très opportuns, ils ne sont pas le support nécessaire du dispositif de la décision attaquée. Seule compte l’interprétation que l’Autorité a effectivement retenue de chacun des engagements dont elle a relevé la méconnaissance. Le

---

<sup>8</sup> Voir notamment les conclusions de Denis Piveteau sur CE 21 février 1996, Mutuelle antillaise d’assurances, n° 171138, aux tables du Recueil p. 737 ; celles de Patrick Frydman sur CE assemblée, 11 mars 1994, société La Cinq, n° 115052, au Recueil p. 118.

moyen, tel qu'il est formulé, nous paraît donc inopérant et c'est au stade de l'examen de chacun des manquements contestés que nous vous invitons à procéder au contrôle de cette interprétation.

Mais ce moyen est un bon prétexte pour évoquer ce que doivent être à nos yeux les principes qui s'appliquent à l'interprétation des engagements et à la qualification des faits constitutifs de manquements à ces engagements.

Revenons un instant au texte. Nous avons renoncé, pour les raisons que nous avons dites, à voir dans le dispositif du IV de l'article L. 430-8 du code de commerce un régime de police. Il s'agit d'un régime de sanctions. Mais, c'est important, il est mis au service d'un pouvoir de police – ou, si vous préférez, de régulation. Notons que votre jurisprudence a déjà eu l'occasion d'appréhender des régimes de sanctions « à double visage » tels que celui-ci : vous vous êtes déjà appuyés sur les particularités de tels régimes pour dégager des solutions originales, comme dans une affaire de section du 30 novembre 2007 (M. T... et autres, n° 293952, au Recueil p. 459), où vous avez expressément relevé que l'objet du pouvoir de sanction de l'ACAM qui était en cause « ne se borne pas à punir certains comportements mais consiste, eu égard notamment à la nature des mesures susceptibles d'être prononcées, à assurer la sécurité d'un marché ». En ce qui concerne le régime en cause dans la présente affaire, le Conseil constitutionnel a parfaitement vu ce double objet, comme en témoigne la motivation adoptée à l'appui de sa décision QPC. Tout en considérant être en présence d'un régime de sanctions, il a jugé, d'une part, que le législateur, en adoptant ces dispositions, avait « entendu assurer le respect effectif des injonctions, prescriptions ou engagements dont sont assorties les autorisations de concentration », d'autre part, que ces dispositions « ont pour objet d'assurer un fonctionnement concurrentiel du marché dans un secteur déterminé ». Vous devez tenir compte de ces motifs, qui sont revêtus de l'autorité de chose jugée : le Conseil constitutionnel s'est directement appuyé, en effet, sur l'objectif à valeur constitutionnelle de préservation de l'ordre public économique pour juger que les dispositions législatives en cause ne portent pas une atteinte excessive à la liberté d'entreprendre.

C'est en ayant en tête cet objet des obligations figurant dans l'autorisation de concentration que nous abordons la question de leur interprétation et celle de la qualification des manquements à ces obligations.

5.5.1. En ce qui concerne tout d'abord l'interprétation des engagements, prescriptions ou injonctions figurant dans la décision d'autorisation, une lecture étroite s'impose.

Elle s'impose eu égard au principe constitutionnel de légalité des délits. Ce principe implique que l'infraction soit « définie en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire » (Cons. const., 25 février 1992, décision n° 92-307 DC, Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, cons. 27). Relevons que, dans le cas d'un régime d'autorisation administrative comme celui qui est en cause en l'espèce, le Conseil constitutionnel a admis que cette exigence soit satisfaite par la référence à des obligations « dont le respect est expressément imposé par la décision d'autorisation » (décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, cons. 33-38).

Plaide également pour une interprétation stricte des engagements, prescriptions ou injonctions leur caractère de restrictions à la liberté du commerce et de l'industrie, qui est la règle. En ce

qu'elles constituent une limitation à cette liberté, les obligations imposées aux parties notifiantes dans la décision d'autorisation doivent être interprétées strictement : il s'agit, en effet, de mesures de police qui ne sont légales que si elles sont strictement proportionnées à leur objet – maintenir l'ordre public économique. Précisons, sur ce point, que nous ne croyons pas qu'il faille distinguer selon qu'il s'agit d'engagements d'une part, d'injonctions ou de prescriptions de l'autre : certes, les engagements émanent des parties à l'opération de concentration, mais dès lors qu'ils sont repris dans l'autorisation de concentration ils deviennent des obligations qui leur sont imposées au même titre que les injonctions ou les prescriptions. Il n'y a donc certainement pas lieu de leur appliquer les principes d'interprétation qui jouent en matière de contrats.

Quelle est la portée du principe d'interprétation stricte que nous vous proposons de retenir ? Il s'oppose à une interprétation d'un engagement qui irait à l'encontre de sa lettre. Ainsi, lorsque cette lettre est claire et précise, l'Autorité de la concurrence ne saurait se prévaloir de l'objectif qui avait sous-tendu la reprise de cet engagement dans la décision d'autorisation pour retenir une interprétation autre que celle qui résulte de sa lettre (dans la logique, *mutatis mutandis*, de votre jurisprudence *Commune de Houdan*<sup>9</sup> rendue à propos du recours, pour éclairer le sens d'un texte, à ses travaux préparatoires). En particulier, il ne saurait être question d'invoquer l'objectif poursuivi par un engagement dont la lettre est claire et précise pour tenter de remédier au constat *a posteriori* que cet engagement a été mal choisi ou défini de manière insatisfaisante et ne permet pas d'atteindre le but qui était recherché.

Interprétation stricte, toutefois, ne veut pas dire strictement littérale. Lorsque la lettre d'un engagement, contrairement à ce qu'elle devrait être, n'est pas claire et précise, sa portée exacte pourra être éclairée par référence soit à son contexte, c'est-à-dire sa place dans l'ensemble du dispositif d'obligations découlant de la décision d'autorisation, soit à l'objectif poursuivi par l'auteur de cette décision, à la condition bien sûr que cet objectif ait été explicité. Tout cela sans perdre de vue que, lorsque l'on se trouve dans cette hypothèse où un effort d'interprétation de l'engagement au-delà de sa lettre est admissible, cet effort ne doit pas conduire à lui donner une portée allant au-delà de ce qui, à l'époque où il a été souscrit, paraissait adapté, nécessaire et proportionné pour assurer une concurrence suffisante sur les marchés.

Ajoutons que cette lecture à la lumière du contexte ou de l'objectif poursuivi devra bien sûr permettre, pour être concluante, de dégager une obligation suffisamment claire et précise.

5.5.2. En ce qui concerne ensuite la qualification des faits constitutifs de manquements aux engagements, nous vous proposons d'adopter une approche strictement objective.

Cette approche objective est celle que vous adoptez, classiquement, en matière de sanctions administratives. Elle est d'autant plus justifiée, ici, qu'il s'agit de garantir le respect de règles destinées à assurer le bon fonctionnement d'un marché : ce qui importe est que les engagements soient respectés afin que l'objectif de maintien ou de rétablissement de la concurrence qu'ils poursuivent soit atteint, quelle que soit la conscience qu'ont les parties de méconnaître un engagement ou leur intention de ce faire.

Cette appréciation objective du manquement doit aussi exclure toute discussion sur la pertinence de l'engagement. Notamment, les parties auxquelles il s'impose ne peuvent

---

<sup>9</sup> CE section, 27 octobre 1999, commune de Houdan, n° 188685, au Recueil p. 326.

utilement exciper, selon nous, de son caractère impossible ou excessivement difficile à exécuter pour prétendre s'exonérer de l'obligation de le respecter – sauf, sans doute, force majeure. Cela paraît évident s'agissant d'une mesure corrective qu'elles ont elles-mêmes proposée afin de remédier aux effets anticoncurrentiels de l'opération de concentration. Mais cela est vrai aussi, à notre avis, pour les injonctions et les prescriptions. En effet ces obligations, dès lors qu'elles conditionnent l'autorisation de concentration, peuvent être contestées devant le juge dans les délais de recours contentieux (CE section, 31 mai 2000, société Koramic-Building-Product SA et société Wienerberger-Baustoffindustrie AG, n° 211871, au Recueil p. 20). Par ailleurs, toutes les mesures correctives, qu'il s'agisse d'engagements, d'injonctions ou de prescriptions, peuvent faire l'objet de demandes tendant à ce qu'elles soient adaptées afin de tenir compte de changements dans la situation de droit ou de fait (vous ne l'avez pas jugé mais il nous semble que votre décision de section *Association "Les Verts"*<sup>10</sup> trouverait à s'appliquer) – tout cela, naturellement, sous le contrôle du juge. Des voies de recours existent donc permettant de contester utilement les engagements, injonctions ou prescriptions. En revanche, les parties ne nous semblent pas pouvoir exciper, à l'appui de la contestation d'un manquement, de l'illégalité de l'obligation qu'elles ont méconnue.

Compte tenu de l'objet des engagements, injonctions ou prescriptions et de la plasticité des comportements de marché, il nous semble par ailleurs nécessaire d'admettre, comme le défend l'Autorité de la concurrence, que soient qualifiés de manquements les comportements consistant, derrière un respect formel de l'obligation, à contourner cette dernière.

Peut-être est-il possible de voir une invitation en ce sens dans les motifs par lesquels le Conseil constitutionnel, dans sa décision QPC, a mentionné la nécessité d'un respect « effectif » des engagements. Surtout, votre propre jurisprudence paraît déjà engagée sur cette voie. Ainsi, à propos des obligations qui pèsent sur un service de télévision en vertu des autorisations délivrées par le CSA et des engagements figurant dans les conventions conclues entre le CSA et l'opérateur, votre section du contentieux a jugé qu'une obligation de diffusion annuelle d'œuvres pour 50 % d'expression originale française et pour 70 % de provenance communautaire ne saurait être regardée comme remplie, compte tenu de son objet, lorsque cette diffusion a lieu de manière massive pendant la nuit (CE section, 20 janvier 1989, Commission nationale de la communication et des libertés c/ TF1, n° 103063, au Recueil p. 9). Relevons que, si les conclusions du commissaire du gouvernement et l'analyse de cette décision au Recueil paraissent placer la solution retenue sur le terrain de la fraude à la loi, les termes mêmes de cette décision sont plus neutres. Vous vous bornez en effet, sans relever l'objectif poursuivi par la société TF1, à reconnaître que l'obligation qui lui incombait n'a pas été respectée. Notons enfin que le contournement des obligations au respect desquelles l'autorisation de concentration est subordonnée paraît également faire l'objet de sanctions dans d'autres systèmes juridiques que le nôtre. Ainsi la loi allemande relative à la concurrence<sup>11</sup> prévoit que l'autorisation de concentration peut-être retirée, notamment, en cas de fraude. Dans un système très différent comme celui des Etats-Unis, les *consent decrees* ou *consent orders*, qui sont l'équivalent des engagements, doivent être exécutés de bonne foi par l'entreprise qui y est soumise<sup>12</sup>.

Comment caractériser le « contournement » d'un engagement ? Cette caractérisation doit être exigeante évidemment. Il ne faut pas que, tout en affichant une interprétation stricte des obligations qui s'imposent aux parties en vertu des engagements souscrits, vous admettiez à tout bout de champ qu'en dépit du respect de sa lettre, un engagement a été méconnu – cela

---

<sup>10</sup> CE section, 30 novembre 1990, association « Les Verts », n° 103889, au Recueil p. 339.

<sup>11</sup> *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, art. 40 (3a), ii.

<sup>12</sup> En ce sens le jugement rendu par la District Court du Massachusetts en 2003 dans l'affaire *USA vs Boston Scientific Corporation* (253 F. Supp.2d 85).

reviendrait à faire prévaloir, en réalité, l'esprit des engagements sur leur lettre. Nous vous proposons de définir le contournement de l'engagement par la réunion de deux critères : il faut que, derrière le respect formel de l'engagement, les parties aient adopté des mesures ou un comportement ayant pour conséquence de le priver de toute portée et que ces mesures ou ce comportement aient eu pour effet de produire les effets anticoncurrentiels que l'engagement entendait prévenir. Il y a évidemment, derrière un tel comportement, un parfum de fraude. Nous récusons ce terme, cependant, car la fraude implique en principe que soit établie l'intention de contourner la règle. Or, de même que pour répondre à la question de savoir si un engagement a été formellement respecté, et pour les mêmes raisons, nous vous invitons ici aussi à adopter une approche strictement objective du manquement.

Si vous admettez de qualifier de manquement les comportements assimilables au contournement d'un engagement, il nous semble que vous devrez, symétriquement, réserver un cas dans lequel cette qualification est exclue. C'est le cas où l'engagement se retrouve privé d'objet en raison de l'évolution des conditions de marché. Nous pensons, par exemple, à un engagement consistant dans l'insertion, lors du renouvellement de certains contrats passés par l'entité issue de la concentration, d'une clause particulière. En raison des évolutions technologiques ou d'un changement dans les préférences des consommateurs, lorsqu'intervient le renouvellement des contrats en cause, l'objet de ces contrats voire le marché lui-même a disparu. A condition du moins que ces évolutions ne soient pas le seul fait du comportement adopté par les parties, elles doivent conduire à constater que l'engagement correspondant est privé de tout objet. La circonstance qu'il n'ait pas été respecté ne pourrait alors donner lieu à un constat de manquement.

\*

Ce cadre précisé, nous abordons les moyens par lesquels les requérantes contestent, de manière quasi-systématique, les manquements relevés par l'Autorité de la concurrence à dix des cinquante-neuf engagements au respect desquels l'autorisation ministérielle de concentration du 30 août 2006 était subordonnée.

5.6. Les requérantes contestent tout d'abord qu'elles aient manqué à l'engagement n° 3. Cet engagement était relatif aux contrats-cadres<sup>13</sup> conclus, sur les marchés amont, avec des détenteurs de droits portant sur des films américains récents. Il obligeait GCP à entamer « sans délai » des négociations de bonne foi avec ces détenteurs de droits en vue de parvenir à la levée des exclusivités conclues pour la diffusion des œuvres concernées en « *pay per view* » (PPV) ou vidéo à la demande (VàD).

Vous écarterez le moyen tiré d'une inexacte interprétation de cet engagement : contrairement à ce qui est soutenu, il ne ressort pas de la décision attaquée que l'Autorité de la concurrence l'aurait interprété comme une obligation d'aboutir dans des délais raisonnables à la levée des exclusivités. L'Autorité a bien considéré qu'il découlait de cet engagement une simple obligation de moyens. Si elle mentionne à plusieurs reprises la date à laquelle ont été conclus les avenants à ces contrats, c'est pour souligner les conséquences du retard mis par GCP pour engager les négociations.

Ce retard, pour trois des contrats en cause, est bien réel. Les engagements ayant été souscrits pour une période commençant à courir « au plus tard quatre-vingt-dix jours après la date de

---

<sup>13</sup> Les « contrats-cadres » sont des contrats pluriannuels relatifs à l'acquisition par avance, auprès d'un studio, des droits de diffusion de tout ou partie de sa production à venir de films ou de séries.

réalisation de l'opération », soit au plus tard le 4 avril 2007, GCP devait engager des négociations rapides, à compter de cette date, en vue de parvenir à la levée des exclusivités. Or, comme l'a relevé l'Autorité, s'agissant du contrat conclu avec la société Spyglass, les négociations n'ont débuté qu'à l'automne 2007, soit plus de six mois après. En ce qui concerne la société New Line/Metropolitan, il est constant qu'aucune négociation en vue de la levée des exclusivités n'a été entreprise au cours de l'année 2007. Enfin, s'agissant de la société Sony, si les requérants se prévalent d'un courrier du 12 février 2007 adressé à cette société, faisant état de la volonté de GCP de réviser les « conditions financières » des droits PPV, cette circonstance n'est pas suffisante, compte tenu du flou des termes employés, pour établir que GCP aurait tenté d'engager des négociations avec Sony sur la question de la levée des exclusivités attachées à ces droits, alors que la société Sony a indiqué aux services d'instruction de l'Autorité qu'elle n'avait pas été informée d'une telle demande avant le 4 avril 2008. L'Autorité n'a donc pas non plus commis d'erreur de qualification juridique en relevant l'existence d'un manquement à l'engagement n° 3.

5.7. Les requérantes soutiennent ensuite que l'Autorité de la concurrence a commis une erreur de qualification juridique en retenant l'existence d'un manquement à l'engagement n° 14. Celui-ci est également relatif aux marchés « amont » sur lesquels sont négociés les droits de diffusion des programmes. Il obligeait les parties, pour les contrats futurs portant sur des événements sportifs annuels réguliers, à limiter leur durée à trois ans ou, à défaut, à autoriser l'autre partie à résilier le contrat sans pénalité au bout de trois ans.

Sur ce point, l'Autorité de la concurrence a relevé que GCP avait conclu en 2009, avec la société détentrice des droits de diffusion des matchs de la Ligue des champions de handball, un contrat de trois ans renouvelable pour une saison supplémentaire sur option exercée par l'une ou l'autre des parties, sans que l'autre puisse s'opposer à ce renouvellement. Il ressort ainsi de l'économie de ce contrat que GCP pouvait imposer sa prolongation pour une quatrième année, en méconnaissance de l'engagement souscrit. L'Autorité de la concurrence n'a donc pas commis d'erreur de qualification en retenant l'existence d'un manquement. Est sans incidence sur ce point la circonstance que GCP n'aurait pas eu l'intention de faire usage de cette clause de renouvellement.

5.8. Les requérantes s'attaquent ensuite au manquement identifié par l'Autorité de la concurrence s'agissant de l'engagement n° 20. Il est soutenu que l'Autorité aurait méconnu sa portée.

En vertu de l'engagement n° 21, GCP devait mettre à disposition de certains distributeurs qui lui en feraient la demande sept des chaînes éditées par la nouvelle entité : la « chaîne premium TSP Star », trois chaînes cinéma, deux chaînes jeunesse et une chaîne de sport. Selon l'engagement n° 20, qui s'appliquait à l'ensemble des distributeurs exerçant leur activité en métropole, « la mise à disposition de l'ensemble des chaînes ci-dessous devra garantir l'absence de discrimination entre les plateformes détenues par la Nouvelle Entité et les plateformes détenues par des tiers, notamment en ce qui concerne les avancées technologiques (Haute Définition notamment) ».

L'Autorité a reproché sur ce point à GCP une discrimination temporelle. Faisant suite à l'opération de concentration, GCP a lancé une nouvelle offre commerciale dès le 21 mars 2007, comportant plusieurs des chaînes auparavant distribuées par TPS. Mais elle n'a communiqué aux fournisseurs d'accès à Internet les cahiers des charges des sept chaînes mentionnées par l'engagement n° 21 que le 2 avril 2007. Les FAI n'ont donc pu élaborer leurs

propres offres commerciales suffisamment tôt pour prétendre concurrencer immédiatement la nouvelle offre de GCP.

Les requérantes font valoir qu'on ne pouvait déduire de l'engagement n° 20 une obligation de mise à disposition au profit de tous les distributeurs, sur une base non-discriminatoire, des chaînes en question. Sur ce point, nous pensons qu'effectivement, l'Autorité a interprété trop largement l'engagement n° 20, eu égard non seulement à sa lettre, qui paraît claire, mais aussi à son contexte. Lu littéralement, cet engagement porte seulement, en effet, sur un principe de non-discrimination entre les plateformes de GCP et celles des autres distributeurs au profit desquels les sept chaînes mentionnées par l'engagement n° 21 ont été mises à disposition. Mais il ne dit rien d'une quelconque obligation de mise à disposition de ces chaînes. Une telle obligation est bien prévue par la décision du 20 août 2006, avec des contraintes de calendrier sur lesquelles nous allons revenir, mais elle figure à l'engagement n° 21 et n'est prévue qu'au bénéfice de certains distributeurs, à savoir les FAI et les opérateurs satellites, pas les opérateurs de télévision numérique terrestre (TNT) ni les câblo-opérateurs. Il nous semble donc bien, ainsi que le soutiennent les requérantes, que la société GCP devait seulement, en vertu de l'engagement n° 20, garantir dans la durée l'absence de discrimination entre ses propres plateformes de diffusion et celles de tiers à qui les chaînes visées à l'engagement n° 21 ont été mises à disposition, notamment en termes de format, de disponibilités techniques, d'évolutions des contenus, etc. En revanche, cet engagement ne concernait pas le principe même de la mise à disposition de ces chaînes, ni *a fortiori* le calendrier de cette mise à disposition.

Vous en déduisez que les faits relevés par l'Autorité de la concurrence à l'encontre de GCP n'étaient pas de nature à caractériser un manquement à l'engagement n° 20.

5.9. Le moyen suivant critique, précisément, un manquement relatif au délai dans lequel GCP a mis à disposition des FAI les chaînes mentionnées par l'engagement n° 22. L'obligation de mise à disposition figurait à l'engagement n° 22. Le calendrier de cette mise à disposition découlait de l'engagement n° 56 qui prévoyait, de manière générale, l'application dans le temps des engagements : ceux-ci prenaient effet, nous l'avons déjà dit, quatre-vingt-dix jours après la date de réalisation de l'opération, soit une prise d'effet au 4 avril 2007.

L'Autorité de la concurrence reproche à GCP de n'avoir transmis aux FAI les cahiers des charges de mise à disposition de ces chaînes qu'à compter du 2 avril 2007. Ces cahiers des charges constituaient la base de toute négociation en vue d'une reprise par les FAI de ces chaînes dans leurs offres de télévision. C'est dire que, pour que les chaînes en question pussent être considérées comme effectivement mises à la disposition des FAI à la date du 4 avril 2007, il fallait transmettre ces cahiers des charges beaucoup plus tôt. Les requérantes reprochent à l'Autorité, là aussi, de lire trop largement les engagements souscrits. D'après elles, il en résulte seulement qu'elles devaient formuler une proposition de mise à disposition des chaînes le 4 avril 2007 au plus tard. Sur ce point, nous ne les suivons pas. La combinaison des engagements n° 21 et 56, lus strictement, impliquait une mise à disposition effective au 4 avril 2007. Certes, cela n'impliquait pas qu'à cette date les FAI eussent effectivement repris les chaînes dans leurs offres puisque cela ne dépendait que d'eux. Mais cela impliquait qu'à cette date ils pussent effectivement reprendre ces chaînes. Il fallait donc que GCP prît en compte les délais normaux de négociation avec ces distributeurs et qu'elle transmitt les cahiers des charges de mise à disposition plusieurs semaines voire quelques mois avant cette échéance. Dès lors, c'est sans erreur de qualification que l'Autorité de la concurrence a retenu, sur ce point, l'existence d'un manquement.

5.10. La dispute entre les requérantes et l'Autorité de la concurrence à propos de la portée des engagements atteint son paroxysme avec le moyen suivant, qui porte sur la combinaison des engagements n° 21 et 22.

Nous l'avons déjà dit, l'engagement n° 21 comportait l'obligation de mettre à disposition sept chaînes, parmi lesquelles « la chaîne premium TPS Star ». L'engagement n° 22 en est le complément indispensable puisqu'il vise à garantir le maintien de la qualité de ces chaînes. Son premier alinéa est ainsi rédigé : « D'une manière générale, les Parties garantissent le maintien de la qualité des chaînes mises à disposition des tiers, sur la base de critères objectifs facilement identifiables et vérifiables ». Les alinéas qui suivent comportent des obligations quantitatives précises imposant le maintien, pour la chaîne TPS Star, de la diffusion de certains contenus cinématographiques d'une part, sportifs d'autre part. Des obligations particulières, quoique moins précises, sont également définies pour les autres chaînes devant être mises à disposition.

L'Autorité de la concurrence a identifié trois manquements liés à la chaîne TPS Star. En premier lieu, GCP n'aurait pas respecté l'obligation générale de maintien de la qualité de cette chaîne posée au premier alinéa de l'engagement n° 22, qui selon elle irait au-delà des seules obligations quantitatives expressément énumérées aux alinéas suivants. En deuxième lieu, GCP n'aurait pas respecté les seuils minimaux de diffusion de contenus sportifs posés par l'engagement n° 22. En troisième lieu, GCP n'aurait pas garanti le maintien de la qualité de « chaîne premium » de TPS Star exigé par la combinaison des engagements n° 21 et 22.

5.10.1. Examinons tout d'abord la critique portant sur le deuxième manquement retenu par l'Autorité à propos du contenu de TPS Star, qui est la moins délicate.

L'Autorité a estimé que GCP n'avait respecté ni l'obligation de diffusion d'un volume horaire hebdomadaire de « contenus sportifs attractifs » d'au moins six heures, ni celle de retransmettre un nombre donné de « matchs phares » en direct et en exclusivité, ni l'interdiction de co-diffusion de ces contenus avec Sport +, la chaîne de sport généraliste également concernée par l'obligation de mise à disposition.

Sur le premier point, le différend porte sur la notion de « contenus sportifs attractifs », qui n'est pas définie par l'engagement. Pour contester le manquement relevé par l'Autorité, les requérantes soutiennent que ces « contenus sportifs attractifs » ne désignent que des matchs de football et elles en déduisent que l'obligation de diffusion correspondante ne s'appliquait pas tout au long de l'année mais seulement pendant les périodes des principaux championnats de football européens. Nous ne sommes pas convaincu par cette argumentation. La lettre même de l'engagement n'est pas en ce sens qu'il ne porterait que sur des compétitions de football. Si tel avait été le cas il aurait seulement mentionné des « matchs de football attractifs ». Ajoutons qu'un autre passage de la décision du 30 août 2006 conforte cette analyse : le ministre y relève<sup>14</sup> que « les parties se sont également engagées à garantir un contenu sportif minimal sur la chaîne premium, y compris du football (engagement n° 22) » (nous soulignons).

Sur le deuxième point, le différend porte sur la notion de « match phare », qui elle non plus n'est pas définie par l'engagement. Pour contester le manquement relevé par l'Autorité, les

---

<sup>14</sup> p. 60 de sa décision.

requérantes soutiennent que tout match de football de l'un des championnats ou de l'une des coupes mentionnés par l'engagement n° 22 (il s'agit des coupes et championnats européens les plus prestigieux), remplit la définition de « match phare ». Nous ne les suivons pas non plus sur ce point. La lecture qu'elle défend, en effet, est contre la lettre même de l'engagement, qui mentionne une obligation de diffusion de matchs phares parmi ceux disputés dans le cadre de ces coupes ou championnats et pas seulement celle de diffuser des matchs de l'une de ces compétitions. On en déduit que la notion de « match phare » désigne un match d'un retentissement particulier au sein d'une compétition, c'est-à-dire un match qui confronte deux équipes parmi les meilleures qui sont en lice. C'est bien ainsi que l'entendent la presse spécialisée et les fédérations sportives.

Enfin, les requérantes ne contestent pas le troisième point sur lequel l'Autorité s'est appuyée pour caractériser un manquement en ce qui concerne les contenus sportifs diffusés sur TPS Star, à savoir la méconnaissance de l'interdiction de co-diffusion de ces contenus sur Sport +.

Vous écarterez donc toute erreur de qualification s'agissant du constat d'un manquement à l'obligation de diffuser certains contenus sportifs sur TPS Star.

5.10.2. En ce qui concerne les deux autres manquements identifiés à propos du contenu de la chaîne TPS Star, en revanche, nous ne suivons pas entièrement l'Autorité de la concurrence. Celle-ci interprète le premier alinéa de l'engagement n° 22 relatif au maintien de la qualité des chaînes mises à disposition comme instituant une obligation autonome de maintien de cette qualité, indépendamment des obligations quantitatives énumérées par les alinéas suivants et dont le respect pourrait s'apprécier au regard d'autres indicateurs. Il en irait ainsi, en particulier, du caractère de « chaîne premium » de TPS Star, qui est désignée en ces termes par l'engagement n° 21.

Toutefois, compte tenu du principe d'interprétation stricte des engagements, il nous semble que ce serait solliciter excessivement la lettre de l'engagement n° 22. A la lumière de ce principe, son premier alinéa nous paraît devoir se lire simplement, ainsi que le soutiennent les requérantes, comme l'annonce des critères quantitatifs énumérés par les alinéas qui suivent. Par suite, nous sommes d'avis que l'obligation de maintien de la qualité des chaînes mises à disposition et, s'agissant plus particulièrement de TPS Star, de son caractère de « chaîne premium », doit être regardée comme satisfaite, en principe, dès lors que ces critères quantitatifs détaillés ont été respectés.

Cela n'est pas suffisant, néanmoins, pour écarter tout manquement. Les indicateurs non prévus par l'engagement qui sont mis en avant par l'Autorité de la concurrence nous paraissent en effet établir que GCP, tout en respectant formellement les critères quantitatifs détaillés portant sur la diffusion de contenus cinématographiques, a contourné cet engagement.

Avant de les examiner, il faut dire un mot de cette notion de « chaîne premium » et de l'objectif poursuivi par les engagements n° 21 et 22 prévoyant la mise à disposition des distributeurs tiers, à qualité constante, de la « chaîne premium » TPS Star. La « chaîne premium » est une chaîne dont la ligne éditoriale mime celle de la chaîne Canal +, modèle historique de la télévision payante en France, c'est-à-dire une chaîne qui mise principalement sur les contenus cinématographiques et sportifs considérés comme les plus attractifs par les téléspectateurs. En résumé : beaucoup de films à forte audience, principalement américains, et beaucoup de football. Dans le modèle économique de la télévision payante, ce sont ces

contenus qui constituent les principaux moteurs d'abonnement, autrement dit ceux pour l'accès auxquels les consommateurs consentent à payer un service de télévision. L'opération de concentration de 2006 aboutissait à rassembler en une même main les deux seules chaînes premiums disponibles sur le marché. Les engagements n° 21 et 22 poursuivaient donc l'objectif de garantir que GCP permît aux autres distributeurs, sur le marché intermédiaire de la commercialisation des chaînes, d'avoir accès au moins à une chaîne premium afin de pouvoir constituer des bouquets attractifs à offrir aux téléspectateurs.

Pour faire grief à GCP de n'avoir pas respecté l'engagement relatif au maintien de la qualité de TPS Star, l'Autorité de la concurrence a relevé, tout d'abord, que les « coûts de grille » de la chaîne, c'est-à-dire les coûts engagés pour l'acquisition des programmes diffusés sur TPS Star, avaient diminué de manière continue et significative à compter de 2007. Elle a également fait valoir que la part des films diffusés en première exclusivité ayant réalisé le plus grand nombre d'entrées en salles avait également diminué significativement. Elle a aussi constaté que la chaîne avait diffusé des séries américaines nettement moins attractives, en se référant sur ce point au taux d'abandon de diffusion à compter de la deuxième saison de la série. Elle a ensuite souligné que GCP n'avait pas mis en place, pour TPS, les innovations techniques dont il a fait bénéficier la chaîne Canal +, notamment le service de télévision de rattrapage et la diffusion en haute définition. Enfin elle a pointé la circonstance que les dépenses de promotion de TPS Star avaient été drastiquement réduites, alors que celles consenties pour la chaîne Canal + restaient stables. Ces décisions de gestion ne sont pas restées sans effet sur l'audience de TPS Star, qui a diminué de manière substantielle.

L'exactitude matérielle de ces constatations n'est pas contestée par les requérantes. Elles établissent que GCP a retiré à TPS Star ses contenus les plus attractifs et, de la sorte, a dégradé significativement sa qualité au point de lui faire perdre son caractère de chaîne généraliste premium. Les requérantes ne contestent d'ailleurs pas non plus ce dernier point – elles ne le peuvent guère puisque GCP a lui-même tiré les conséquences de la perte d'attractivité de TPS Star en cessant sa diffusion à compter du 4 avril 2012. C'est donc sans hésitation que nous vous invitons à juger que GCP a adopté des mesures ayant pour effet de priver de toute portée l'engagement de maintien de la qualité de TPS Star et de produire, précisément, les conséquences que cet engagement entendait prévenir.

Précisons, pour en terminer avec les engagements n° 21 et 22, que l'Autorité de la concurrence, dans sa décision, a également reproché à GCP d'avoir adopté des mesures ayant pour effet de priver de toute portée l'engagement de maintien de la qualité des trois chaînes de cinéma concernées par l'obligation de mise à disposition et de produire les conséquences qu'il entendait prévenir. Ce manquement relevé par l'Autorité de la concurrence n'est pas contesté par les requérantes.

5.11. Si vous nous avez suivi jusqu'à présent, vous écarterez le moyen suivant, par lequel les requérantes contestent l'existence d'un manquement à l'engagement n° 34.

Celui-ci concerne les relations entre GCP et Parabole Réunion, un distributeur satellite concurrent actif sur les territoires français de l'océan Indien. Parabole Réunion distribuait, avant l'opération de concentration, les chaînes éditées par TPS. L'engagement n° 34 obligeait les parties à renouveler les contrats correspondants, à leur échéance, sur demande de Parabole Réunion, dans des conditions au moins aussi favorables. Il précisait que, « dans l'hypothèse où l'une ou plusieurs des chaînes concernées (...) ne serait (aient) pas conservée(s) par la Nouvelle Entité, les Parties s'engagent à proposer une chaîne d'une attractivité équivalente ».

Il s'agissait de garantir que Parabole Réunion continuât, malgré l'opération, de disposer de chaînes attractives lui permettant de proposer aux téléspectateurs une offre susceptible de concurrencer effectivement celles de GCP.

Ainsi que le font valoir les requérantes, on ne peut déduire de cet engagement, comme l'a fait l'Autorité de la concurrence, une obligation de maintenir à un niveau inchangé la qualité des chaînes fournies à Parabole Réunion. Lu strictement, comme il se doit, cet engagement impliquait seulement, en cas d'abandon de l'édition d'une de ces chaînes, d'en proposer une autre d'une attractivité équivalente. Toutefois, il est possible d'identifier, ici aussi, un contournement de l'engagement, s'il est établi que les parties, tout en maintenant l'édition d'une des chaînes concernées, ont pris des mesures qui ont eu pour effet d'en dégrader fortement la qualité et de produire, précisément, les conséquences que cet engagement visait à prévenir.

Tel est le cas s'agissant de la chaîne TPS Star, sur l'évolution de laquelle nous nous sommes déjà assez longuement attardé : si GCP l'a maintenue à disposition de Parabole Réunion, c'est en la vidant de ses contenus les plus attractifs et par ce comportement, GCP doit être regardé comme ayant méconnu aussi, sur ce point, l'engagement n° 34.

GCP a procédé encore plus radicalement s'agissant de la chaîne TPS Foot, dont l'Autorité a estimé qu'elle avait été « vidée de toute substance », appréciation que les requérantes ne contestent pas. Là aussi, vous retiendrez que les parties ont contourné l'engagement n° 34 en adoptant des mesures qui ont eu pour effet, derrière un respect formel de cet engagement, de produire les conséquences qu'il tendait à prévenir.

Enfin, mentionnons que l'Autorité de la concurrence a également relevé, à l'appui du manquement, que GCP avait cessé d'éditer la chaîne TPS Cinéstar tout en proposant à Parabole Réunion une autre chaîne de cinéma, Cinécinéma Star, qui n'était pas d'une attractivité équivalente. Les requérantes ne contestent pas ce point.

Dès lors, l'Autorité n'a pas commis d'erreur de qualification juridique en retenant un manquement à l'engagement n° 34.

5.12. La critique suivante porte sur un manquement à l'engagement n° 41, relatif aux modalités de rémunération des « chaînes indépendantes ».

Ce dernier terme est défini par la décision : il s'agit, pour le dire très brièvement, des chaînes qui ne sont éditées ni par la nouvelle entité, ni par des détenteurs de droits liés à celle-ci par des contrats-cadres. La décision du ministre relevait à ce propos la puissance d'achat de la nouvelle entité sur les marchés intermédiaires, c'est-à-dire en tant qu'acheteur de chaînes destinées à constituer les offres qu'elle proposerait ensuite, en tant que distributeur, sur le marché aval. Le ministre en déduisait un risque que GCP pût imposer aux chaînes distribuées par lui mais éditées par d'autres que lui une détérioration de leurs conditions de rémunération. Et il étayait cette analyse par le constat que le mode de rémunération de plusieurs de ces chaînes était déjà passé, récemment, « d'une indexation du niveau de la redevance au nombre d'abonnés à un système de paiement au forfait », moins avantageux. L'engagement n° 41 en tire la conséquence : il impose à GCP de distribuer les chaînes indépendantes dans des conditions transparentes, objectives et non-discriminatoires par rapport aux chaînes qu'il édite, notamment en termes de rémunération ; l'engagement indique incidemment que ces

rémunérations doivent être « déterminées selon des modalités comparables à celles prévalant avant l'opération ».

L'insertion de cette incise, relative à une règle de fond, dans un engagement qui pose un principe de non-discrimination est un peu curieuse. Pour autant, compte tenu des motifs de la décision du ministre que nous avons rappelés, il nous semble que la portée exacte de l'engagement ne faisait pas de doute. Il s'agissait bien de « geler » les modes de rémunération des chaînes indépendantes. Par suite, l'Autorité de la concurrence n'a pas inexactly interprété cet engagement ni commis d'erreur de qualification juridique en regardant comme un manquement la circonstance que la rémunération de plusieurs chaînes indépendantes était passée d'une indexation selon le nombre d'abonnés à une logique forfaitaire. Les circonstances invoquées par GCP pour vous convaincre du contraire sont sans incidence sur ce constat de manquement. Elles tendent à démontrer que cet engagement était peut-être mal calibré, mais ce n'est pas la question ici.

5.13. GCP conteste également avoir manqué à l'engagement n° 42. Celui-ci portait également sur les relations entre GCP et les éditeurs de chaînes indépendantes et visait à assurer une plus grande transparence des positions de négociation de GCP.

Pour ce faire, il imposait à GCP, notamment, de « communiquer les conditions générales relatives à la distribution commerciale et au transport des Chaînes Indépendantes ». L'Autorité de la concurrence a considéré que ces conditions générales incluaient les conditions de rémunération des chaînes indépendantes et qu'en ne leur communiquant pas ses conditions tarifaires préalablement aux négociations, GCP avait manqué à cet engagement. Ce faisant, l'Autorité ne nous semble pas avoir inexactly interprété l'engagement : d'une part, l'interprétation retenue n'est pas incompatible avec la lettre de l'engagement ; d'autre part, on la déduit sans difficulté du contexte de cet engagement, puisqu'il vient après l'engagement n° 41 qui, nous vous l'avons dit, prévoyait déjà, tout à fait expressément, que la distribution par GCP des chaînes indépendantes devait se faire dans des conditions transparentes, objectives et non-discriminatoires et que ces conditions incluaient les rémunérations. Si les requérantes contestent cette interprétation en faisant valoir qu'il est impossible d'établir un document général des conditions tarifaires de reprise des chaînes indépendantes, qui lierait GCP en cas d'acceptation par l'une de ces chaînes, telle n'est pas la portée de l'engagement et ce n'est pas ainsi que l'Autorité de la concurrence l'a lu : il s'agissait simplement de communiquer les critères généraux de détermination des modalités et du niveau des rémunérations que GCP pratique habituellement à l'égard des chaînes indépendantes et qui lui servent de repère dans la négociation, voire, dans la mesure du possible, des indications chiffrées de type « barèmes » servant de base à cette négociation. Cela ne paraissait pas inatteignable. L'Autorité de la concurrence n'a pas commis d'erreur de qualification juridique en estimant que GCP, faute d'avoir communiqué ces critères de rémunération, avait manqué à l'engagement n° 42.

5.14. L'engagement n° 44 concerne encore les relations entre GCP et les chaînes distribuées dans ses offres. Il tendait à éviter que GCP liât la question de la distribution commerciale d'une chaîne avec celle de la fourniture des services de transport du signal de cette chaîne. A cette fin, l'engagement impose à GCP de conclure des contrats séparés pour la distribution commerciale d'une part, les prestations de transport associées d'autre part, sans conditionner la distribution commerciale d'une chaîne à la signature d'un contrat de prestation de transport.

Un premier désaccord porte sur le périmètre des chaînes concernées. Selon l'intitulé même sous lequel figure l'engagement, il s'applique aux « chaînes tierces », définies comme « l'ensemble des chaînes qui ne sont pas adossées à la Nouvelle Entité ». Les « chaînes adossées », quant à elles, sont définies comme celles contrôlées directement ou indirectement par les sociétés actionnaires de la nouvelle entité détenant au moins 5 % de son capital. Contrairement à ce qui est soutenu, cette définition nous paraît claire et il n'y a pas lieu de limiter son champ aux chaînes de langue française conventionnées par le CSA. Si la définition des chaînes indépendantes comporte une telle limitation, ce n'est pas le cas pour celle des chaînes tierces.

Un deuxième débat porte sur la portée exacte de l'engagement. Les requérantes s'entendent avec l'Autorité de la concurrence pour estimer que l'obligation de conclure des contrats séparés de distribution et de transport n'imposait pas la renégociation des contrats en cours qui cumulaient ces deux objets. On ne peut que les suivre au regard du principe d'interprétation stricte des engagements que nous vous avons proposé d'adopter<sup>15</sup>. Toutefois, les parties divergent sur la réponse à la question de savoir si la conclusion d'un avenant à un contrat en cours est de nature à obliger GCP à se conformer à l'engagement n° 44. Il nous semble qu'en réalité, tout dépend de l'objet de l'avenant en question : si celui-ci prolonge la durée d'un contrat qui porte à la fois sur la distribution et le transport d'une chaîne ou s'il aboutit, pour un contrat pour lequel ce n'est pas le cas, à lier distribution et transport, alors l'engagement s'applique ; si l'avenant n'a aucun de ces effets, il ne s'applique pas.

Vous en déduirez que c'est sur le fondement d'une interprétation trop large de l'engagement n° 44 que l'Autorité de la concurrence a estimé que GCP avait commis un manquement en ne révisant pas ses relations contractuelles avec l'éditeur de la chaîne 13<sup>e</sup> Rue. En effet, GCP a modifié le contrat conclu pour la distribution et le transport de cette chaîne par un avenant signé postérieurement au 4 avril 2007, date de prise d'effet des engagements. Mais il est constant que cet avenant n'avait pas pour effet de prolonger la durée du contrat. De même, c'est à tort que l'Autorité de la concurrence a retenu l'existence d'un manquement s'agissant de la chaîne French Lover. En ce qui concerne cette chaîne, il est constant que des contrats séparés de distribution et de transport ont été conclus le 11 décembre 2009, comme l'Autorité en convient devant vous. Quant à la période antérieure, il ne résulte pas de l'instruction qu'elle aurait été couverte par un contrat signé après la date de prise d'effet des engagements ou ayant fait l'objet d'une prolongation ou d'une reconduction durant cette période.

En revanche, l'Autorité de la concurrence a exactement qualifié les faits en ce qui concerne, d'une part, les chaînes Disney Channel, Playhouse Disney, Disney CineMagic, ESPN Classic et ESPN America, d'autre part, la chaîne Discovery Channel. La distribution des premières a fait l'objet d'un contrat du 20 juillet 2007. Il prévoyait la transmission temporaire des signaux par GCP, dans l'attente de la signature d'un contrat de transport séparé qui n'a jamais vu le jour, de sorte que depuis cette date, GCP assure à la fois la distribution et le transport de ces chaînes. La situation est comparable s'agissant de Discovery Channel. La distribution de cette chaîne a fait l'objet d'une lettre-accord signée en mars 2010, qui elle aussi fixait à titre provisoire les conditions de transport du signal et prévoyait le principe de la conclusion d'un contrat séparé pour le transport, mais ce dernier n'a jamais été signé.

---

<sup>15</sup> Voir aussi, dans le même sens, à propos des engagements conclus pour remédier à des pratiques anticoncurrentielles, CA Paris, 10 septembre 1996, Société méditerranéenne de béton, BOCCRF du 3 octobre 1996.

Toujours sous la bannière du manquement à l'engagement n° 44, les requérantes présentent aussi une critique de l'appréciation portée par l'Autorité de la concurrence s'agissant des relations de GCP avec les chaînes Extreme Sport Channel, National Geographic et Yacht and Sail. Toutefois, si les motifs de la décision de l'Autorité ne sont pas parfaitement clairs, il nous semble qu'elle n'a pas retenu de manquements sur ces points.

5.15. Par le moyen suivant, les requérantes contestent la proportionnalité des sanctions qu'a prononcées l'Autorité de la concurrence. Il pose la question de la manière dont vous devez contrôler cette proportionnalité.

A la lecture des dispositions du IV de l'article L. 430-8 du code de commerce, vous constaterez que vous n'êtes pas devant un système qui, à une infraction donnée, fait correspondre une sanction particulière. La logique est plus globale. Les infractions sont définies comme l'ensemble des manquements aux obligations découlant de l'autorisation de concentration, qu'il s'agisse d'engagements, d'injonctions ou de prescriptions. Pour les réprimer, l'Autorité de la concurrence dispose d'une panoplie de sanctions : injonctions sous astreinte de respecter l'une de ces obligations ; retrait de l'autorisation de concentration ; sanction pécuniaire – cette dernière étant, à notre avis, une sanction à part entière et non une peine complémentaire dont l'infliction serait subordonnée au prononcé d'une des deux autres prévues par le texte. Nous avons dit « panoplie » plutôt qu'« échelle » de sanctions et c'est à dessein. Car nous ne pensons pas qu'il y ait, dans l'absolu, une gradation en termes de gravité des différentes sanctions mentionnées par le IV de l'article L. 430-8. Il s'agit de sanctions très différentes par leur nature, qui chacune répond à une logique propre.

Nous avons déjà attiré votre attention sur le « double visage » de ce régime de sanctions. Régime de sanctions certes, mais dont le seul objet est d'assurer le respect des obligations dont a été assortie une autorisation de concentration. Régime de sanctions, donc, directement mis au service d'obligations de police. Pour apprécier le bien-fondé de la sanction prononcée, il nous semble qu'il y a lieu, par suite, d'opérer un double contrôle de proportionnalité : d'une part, au regard de la gravité des manquements constatés, d'autre part, au regard des exigences de maintien ou de rétablissement d'une concurrence suffisante sur les marchés.

Nous concevons en effet tout à fait des hypothèses dans lesquelles la sanction d'injonction sous astreinte et la sanction de retrait de l'autorisation seraient l'une comme l'autre proportionnées à la gravité des manquements constatés, sans pour autant être d'une égale pertinence au regard des exigences de la concurrence. On peut envisager, par exemple, l'hypothèse dans laquelle un seul des engagements figurant dans la décision d'autorisation a été méconnu. Mais il se trouve que cet engagement était au cœur du système de remèdes destiné à contrecarrer les effets anticoncurrentiels de l'opération, que cette méconnaissance a été massive et constante et qu'elle a effectivement entraîné des effets néfastes sur la concurrence. Dans une telle hypothèse, ni l'injonction sous astreinte de respecter, à l'avenir, l'engagement méconnu, ni le retrait de l'autorisation ne paraissent disproportionnés au seul regard de la gravité des manquements constatés. Mais la proportionnalité de la mesure, eu égard à son objet de police, n'est pas assurée par ce constat. Pour l'apprécier, il faut se pencher sur la situation concurrentielle des marchés à la date à laquelle la sanction est prononcée. Par exemple, si l'Autorité de la concurrence choisit d'enjoindre au contrevenant, sous astreinte, de respecter l'engagement méconnu, il faut vérifier, d'une part, que l'effet anticoncurrentiel initialement identifié auquel cet engagement avait pour objet de répondre perdure, en dépit des changements intervenus sur les marchés depuis l'opération de concentration, d'autre part, que l'engagement en question est toujours de nature à remédier à

cet effet. Si l'effet anticoncurrentiel a disparu, par exemple en cas d'entrée brutale de nouveaux concurrents sur le marché, il n'y a lieu ni à injonction ni à retrait. Les manquements constatés, pour graves qu'ils soient, ne pourront donner lieu qu'à sanction pécuniaire. Si l'effet anticoncurrentiel existe toujours mais que l'engagement ne permet plus d'y remédier effectivement, rien ne sert de prononcer une injonction de le respecter. Seul un retrait de l'autorisation initialement donnée apparaît adéquat.

Le principe de ce double contrôle étant acquis, reste à en définir les modalités. Nous vous proposons d'y procéder d'un seul mouvement en utilisant un ensemble de trois critères : l'importance des engagements méconnus, l'ampleur des manquements constatés et les conséquences de ces manquements sur l'état de la concurrence. Par importance des engagements méconnus, il faut bien sûr entendre la place qu'ils occupaient dans le dispositif constitué par l'ensemble des engagements pris pour remédier aux effets anticoncurrentiels de l'opération. L'ampleur des manquements est l'écart existant entre les comportements qui étaient prescrits et ceux qui ont été constatés, y compris sous son aspect dynamique (ainsi un manquement à un engagement sera d'autant plus ample qu'il a duré longtemps et, le cas échéant, dure encore à la date à laquelle l'Autorité de la concurrence prononce la sanction). Enfin l'examen des conséquences des manquements sur la concurrence doit permettre de prendre en compte leurs effets réels sur la situation des marchés, compte tenu, le cas échéant, d'évolutions indépendantes des comportements des parties soumises aux engagements, évolutions qui auront pu contribuer à aggraver ou au contraire à atténuer ces conséquences.

Ce cadre posé, il s'agit de passer en revue, l'un après l'autre, les manquements relevés par l'Autorité et dont nous estimons que vous devez confirmer, en tout ou partie, le bien-fondé.

Si vous nous avez suivi, vous avez écarté le manquement à l'engagement n° 20. Et vous avez écarté en partie le manquement identifié par l'Autorité à l'engagement n° 44, en ce qu'elle a cru pouvoir critiquer les relations entre GCP et les chaînes 13<sup>e</sup> Rue et French Lover. Il en reste tout de même un certain nombre. Nous insisterons sur trois d'entre eux.

Le manquement aux engagements n° 21 et 56 est d'une gravité certaine : alors que GCP a proposé dès le printemps 2007 son offre « le nouveau CanalSat » reprenant une partie des chaînes de TPS, ce manquement a repoussé au plus tôt à la fin du premier semestre 2007 l'intégration dans les offres des distributeurs tiers des chaînes que GCP devait mettre à leur disposition. Il a donc permis à la nouvelle entité de bénéficier d'un avantage concurrentiel qui a pu produire des effets durables.

Le manquement aux engagements n° 21 et 22, en ce qui concerne la qualité de TPS Star mais aussi celle des trois chaînes de cinéma concernées par l'obligation de mise à disposition des distributeurs tiers, est particulièrement grave. Ces engagements étaient placés au cœur du système de remèdes prévu par le ministre en 2006, ils étaient donc particulièrement importants. En ne les respectant pas, GCP a empêché les distributeurs tiers d'avoir accès à des chaînes d'une attractivité équivalente à celles qu'il proposait et, de la sorte, a très substantiellement porté atteinte à leur capacité à le concurrencer. L'évolution de la situation sur le marché aval de la distribution n'est pas de nature à remettre en cause ce constat, GCP détenant environ 90 % des parts de marché en valeur et 79 % des parts de marché en nombre d'abonnements. Un constat similaire peut être fait s'agissant du marché de l'océan Indien, à propos du manquement à l'engagement n° 34.

Le manquement à l'engagement n° 42 est grave, lui aussi. En ne communiquant pas aux éditeurs de chaînes indépendantes les critères de rémunération devant servir de référence pour négocier les conditions de reprise de ces chaînes dans l'offre CanalSat, GCP a contribué à entretenir l'opacité de ses relations contractuelles avec les éditeurs sur l'ensemble des marchés intermédiaires. Le manquement partiel à l'engagement n° 44 relatif à la séparation des contrats de distribution et de transport, s'il est en soi d'une moindre gravité, a eu des effets combinés avec ceux du manquement à l'engagement n° 42. Quant à l'évolution de la situation concurrentielle sur ces marchés intermédiaires, elle ne nous semble pas non plus de nature à atténuer la gravité des conséquences des manquements reprochés à GCP.

Aucun des autres arguments que font valoir les requérantes pour contester la gravité des manquements qui sont reprochés à GCP ne nous semble sérieux : notamment, les difficultés d'interprétation des engagements, si elles étaient réelles pour certains d'entre eux, ne sont pas à l'origine, en tout état de cause, des trois principaux manquements que nous venons de mentionner ; et il est impossible de soutenir, comme le font avec insistance les requérantes, que le délai mis par l'Autorité de la concurrence pour statuer aurait conduit, en lui-même, à une aggravation des manquements et donc de la sanction finalement prononcée.

Vous constaterez qu'appréciés globalement, les manquements reprochés à GCP sont d'une particulière gravité et rendent nécessaires, compte tenu de l'état actuel de la concurrence, un nouvel examen de l'opération de concentration. Nous sommes donc d'avis de confirmer la sanction de retrait de l'autorisation de concentration, qui nous paraît proportionnée, à la fois, à la gravité des manquements reprochés et aux exigences du maintien d'une concurrence suffisante sur les marchés concernés.

En revanche, compte tenu de la circonstance que vous avez infirmé certains des manquements retenus par l'Autorité de la concurrence à l'encontre de GCP, il nous semble qu'il y a lieu de réduire la sanction financière prononcée. Les manquements confirmés restent particulièrement graves, nous l'avons dit. Nous vous proposons de réduire l'amende de 30 à 28 millions d'euros, montant qui nous semble proportionné, à la fois, à la gravité des manquements et aux capacités financières de GCP.

5.16. Vous écarterez enfin le moyen tiré d'un détournement de pouvoir, qui n'est pas établi.

\*\*\*

Si vous nous suivez vous réduirez le montant de la sanction pécuniaire prononcée et rejetterez le surplus des conclusions de la requête. Les requérantes perdant pour l'essentiel, vous devrez rejeter leurs conclusions tendant au bénéfice des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. En revanche vous pourrez faire droit en partie à celles présentées par l'Autorité de la concurrence.

Par ces motifs nous concluons :

- à ce que la sanction pécuniaire infligée par l'Autorité de la concurrence soit réduite à la somme de 28 millions d'euros ;
- au rejet du surplus des conclusions dirigées contre la décision de l'Autorité de la concurrence du 20 septembre 2011 ;
- à ce qu'une somme de 2 500 euros soit mise à la charge de chacune des sociétés requérantes, au profit de l'Etat (pour l'Autorité de la concurrence), au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du CJA.