

UNIVERSITÉ PARIS II PANTHÉON-ASSAS

INSTITUT DE DROIT COMPARÉ

MASTER II Droit Européen Comparé



Mémoire de recherche

**La prise d'engagements dans le cadre du contrôle des concentrations:
l'exemple comparé du secteur des télécommunications en droit
américain et européen**

Pauline DEBIEVRE

Sous la direction du Professeur Laurent BENZONI

Année universitaire 2017/2018

RÉSUMÉ

La prise d'engagements dans le cadre du contrôle des concentrations dans le secteur des télécommunications se révèle assez similaire dans le système américain et le système européen. Ils possèdent tous deux une législation semblable, bien que les marchés aient évolué différemment. En effet, après être partis du même postulat de départ, le besoin de libéraliser le secteur des communications électroniques, les Etats-Unis et l'Union Européenne ont vu leurs marchés s'orienter dans des directions différentes. Néanmoins, malgré le fait que les problématiques qui se posent aux autorités concurrentielles ne soient pas toujours les mêmes - que ce soit la question du nombre d'opérateurs ou l'harmonisation - une nette préférence pour les engagements structurels s'est très vite dessinée des deux côtés de l'Atlantique.

Cette préférence s'est vue remise en question dans les dernières années, à des degrés divers. Il ressort de cette étude que cette remise en question découle autant de problématiques de politiques publiques que de changement de vision économique, et ce, dans les deux systèmes. Finalement, la prise d'un certain type d'engagement plutôt qu'un autre repose plus sur des considérations extérieures au droit ou à l'économie, et là constitue le point de comparaison le plus saillant.

Pour conclure, les Etats-Unis et l'Union Européenne verront leur plus gros rapprochement - et leur plus gros défi - dans la phase de convergence des médias qui s'annonce. En effet, outre l'émergence d'un type d'engagement peu ou pas utilisé, c'est une remise en cause de la régulation concurrentielle qui se profile.

L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans le mémoire ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

REMERCIEMENTS

J'adresse mes plus sincères remerciements,

A Monsieur le Professeur Laurent Benzoni, pour toute l'aide qu'il m'a apporté durant la rédaction de ce mémoire, mais aussi pour sa disponibilité et ses précieux conseils,

A toute l'équipe de l'Institut Comparé, et notamment M. Michel Corbellini et Mme Christine Lesaux pour leur gentillesse et leur aide tout au long de l'année,

A ma famille, pour son soutien de chaque instant durant ces longues années d'études,

A mes quatre colocataires de Boston, pour ces belles heures passées ensemble,

A Grégoire, toujours.

SOMMAIRE

| | |
|---|-----|
| Résumé..... | 2 |
| Remerciements..... | 3 |
| Sommaire..... | 4 |
| Introduction..... | 5 |
| Titre I. La régulation concurrentielle des télécoms en droit américain et européen..... | 19 |
| Chapitre 1. Une évolution parallèle..... | 20 |
| Chapitre 2. Etats-Unis et Union Européenne: des marchés aux logiques différentes..... | 40 |
| Titre II. La remise en question du rapprochement des systèmes..... | 58 |
| Chapitre 1. Le rapprochement des systèmes..... | 58 |
| Chapitre 2. Vers la convergence des médias : le bouleversement des systèmes..... | 81 |
| Conclusion..... | 97 |
| Table des Matières..... | 98 |
| Bibliographie..... | 100 |

Introduction

“But it is an ideal, and without ideals what is life worth? They furnish us our perspectives and open glimpses of the infinite. It often is a merit of an ideal to be unattainable. Its being so keeps forever before us something more to be done, and saves us from the ennui of a monotonous perfection”¹

“Every legal system that has merger regulation faces the same problem: how to interpret the cloud within the crystal ball”² expliquait Diane P. Wood, juge fédérale de la Cour d’Appel du 7ème Circuit, et souvent pressentie pour la Cour Suprême des États-Unis. En soulignant la difficulté rencontrée par tous les systèmes ayant mis en place un contrôle des concentrations à prévoir les conséquences futures d’une décision, cette spécialiste américaine du droit de la concurrence rappelle ainsi l’humilité nécessaire en matière de régulation concurrentielle *ex ante*. Si les autorités de concurrence disposent aujourd’hui d’une longue expérience en la matière, il n’est jamais possible de totalement prévoir les conséquences d’une concentration, c’est à dire d’un “*changement durable du contrôle*”³ selon un vocabulaire européen, au regard notamment des bouleversements économiques, technologiques, légaux et politiques des marchés. Et il est encore plus complexe de s’aventurer sur le terrain des engagements demandés par les autorités pour protéger la concurrence en cas de concentration “*susceptible d’entraver de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci*”⁴. Toutes ces difficultés font néanmoins des engagements en

¹ Oliver Wendell Holmes, 1899, Harvard Law Review, Vol.12, No. 7 (Feb. 25, 1899), pp. 443- 463

² Diane P.Wood, *Comparison of Merger review and remedies procedures in the US and the EC*, in ‘Merger remedies in American and European Union Competition Law’ Cheltenham, UK : Northampton, MA : E. Elgar Pub., c2003

³ Règlement CE 139/2004, Article 3

⁴ Règlement CE 139/2004, considérant (5)

matière de contrôle des concentrations un sujet passionnant, à la croisée du droit, de l'économie et des politiques publiques.

Dans leur ouvrage, Levêque et Shelanski soulignaient ainsi la double importance des engagements: d'un point de vue pratique, peu de concentrations majeures ont aujourd'hui l'aval des autorités de concurrence sans la présence de remèdes⁵ ; d'un point de vue théorique, la théorie économique derrière la régulation n'est pas toujours applicable à certaines opérations spécifiques, pour lesquelles les engagements *ex ante* peuvent être "taillés sur mesure"⁶.

En matière d'engagements et de contrôle des concentrations, un secteur en particulier se prête à la réflexion: celui des télécommunications. Il convient à ce stade de noter que la Commission Européenne, dans son cadre de référence en 2002, a choisi comme terme "communications électroniques" plutôt que télécommunications, pour y inclure le secteur des médias, au regard de la convergence entre les distributeurs de contenus et les opérateurs téléphoniques. Nous utiliserons les deux termes pour désigner le secteur des télécommunications, en ce compris dans sa convergence avec les médias⁷.

Ce secteur des télécommunications ("télécoms") a en effet la particularité d'avoir subi deux changements fondamentaux, l'un législatif, l'autre technologique. Concernant le changement législatif, pour reprendre le prix Nobel d'économie Jean Tirole, le secteur des télécommunications était considéré comme un "*monopole naturel qui nécessitait pour fonctionner correctement la sujétion à un régulateur spécifique*"⁸. Ce secteur possédait ainsi la particularité d'être un monopole historique, sous le contrôle de l'Etat.

⁵ Bien que l'actualité très récente d'AT&T et Time Warner - dont nous étudierons les impacts plus loin dans ce mémoire - aille à l'encontre de cette assertion.

⁶ Leveque et Shelanski, *Merger remedies in American and European Union Competition Law*, Cheltenham, UK : Northampton, MA : E. Elgar Pub., c2003

⁷ Dusan Popovic, 'Merger Remedies and Regulatory Measures in the EU Electronic Communications Sector: A Critical Assessment', *European Business Organization Law Review*, 10: 575-594, 2009 - citant EC Merger Study, p.164 précitée

⁸ Discours de Jean Tirole, 1999, in *Four to Three Telecoms Mergers: Substantial Issues in EU Merger Control in the Mobile Telecommunications Sector*, K. Tyagi, 1er Février 2018 « *traditionally the telecommunications sector was viewed as a natural monopoly that in order to function effectively needed to be subject to sector-specific regulation*

L'ouverture à la concurrence en Europe et aux États-Unis a vu les acteurs étatiques rencontrer des problèmes similaires concernant l'émergence - et la survie - des concurrents potentiels. De même, le secteur des communications électroniques a vu de nombreux changements technologiques bouleverser les modes de communications (et notamment l'émergence d'internet).

L'intérêt de relier ce secteur des communications électroniques aux engagements en matière de contrôle des concentrations réside notamment dans l'interventionnisme des autorités américaines et européennes, ainsi que dans le large panel des problèmes posés. Ainsi, le professeur Alexandre de Streel rappelle la place importante de la Commission Européenne dans le marché des télécoms: *"The Commission has been more severe (read interventionist) in the electronic communications sector than in the economy as a whole because between 1990 and 2006, it blocked 2.2% of the ICT [Information and Communication Technologies] operations (instead of 0,6% on average) and imposed remedies in 8.4% of the ICT cases (instead of 7% on average)"*⁹. La forte présence de la Commission Européenne souligne l'importance économique, légale et politique du secteur. Elle permet également d'avoir un regard complet sur ce sujet, qui, au regard des "méga-fusions" sur le marché américain, apparaît être d'une actualité essentielle.

Le marché des télécoms présente donc les particularités d'avoir été ouvert à la concurrence dans les deux systèmes que nous entendons comparer dans ce mémoire, les États-Unis et l'Union Européenne. Ces deux systèmes ont rencontré des problèmes similaires et un certain nombre de ces difficultés sont révélées notamment par la prise d'engagements dans le cadre du contrôle des concentrations.

Quant au choix des deux systèmes légaux comparés étudier la prise d'engagements, il découle d'un certain nombre de facteurs, et notamment de la proximité des législations, ainsi que du fait que les États-Unis et l'Union Européenne ont sur leur

⁹ A. De Streel *"The relationship between competition law and sector specific regulation: the case of electronic communications"* XLVII, Reflets et Perspectives de la vie économique (2008), p.61

sol les plus gros opérateurs du monde, permettant la réalisation d'opérations posant des problèmes de concurrence évidents qu'il s'agira pourtant de résoudre.

De même, le droit de la concurrence étant harmonisé au niveau européen - et s'agissant d'une compétence exclusive de la Commission - il est plus intéressant de se pencher sur le droit européen de la concurrence plutôt que sur les droits nationaux, bien que des exemples spécifiques peuvent être utilisés. Cette unification est également liée au sujet des engagements au regard des différences faites par les autorités nationales. Enfin, comme le rappelle le professeur Diane Wood, s'il existe de nombreuses similarités entre les deux systèmes, "*it would be wrong to assume that because we share many ideas and priorities, that we share all of them*"¹⁰. En effet, et c'est là que réside le point le plus important dans la comparaison du droit américain et européen: les similitudes existent, mais les différences aussi, et c'est là que se révèlent les visions américaine et européenne concernant la politique économique du marché des télécoms.

Contrôle des concentrations et engagements structurels et comportementaux

Le contrôle des concentrations existe autant en droit américain qu'en droit européen, qui s'est par ailleurs beaucoup inspiré des premières réglementations de ce dernier, avant de commencer à acquérir une expérience propre.

Le contrôle des concentrations est intimement lié au droit de la concurrence, et trouve ainsi son origine - distante - dans le Sherman Act de 1890. Ce dernier visait à empêcher la création de trusts dominants tout un secteur économique et bouleversant son équilibre. C'est ainsi qu'en réaction aux grands trusts de l'époque, dont le plus connu est la *Standard Oil Company* de Rockefeller, le Congrès américain a posé les premières fondations de l'*antitrust*, lequel visait notamment à empêcher les ententes et les abus de domination¹¹. Ce Sherman Act s'est vu adjoindre, en 1950, le Clayton Act, lequel traite

¹⁰ Diane P. Wood, *Comparison of Merger review and remedies procedures in the US and the EC*, in 'Merger remedies in American and European Union Competition Law' Cheltenham, UK : Northampton, MA : E. Elgar Pub., c2003, p.67

¹¹ Selon 15 U.S.C 12, l'*antitrust law* vise ainsi à "*to protect trade and commerce against unlawful restraints and monopolies*", donc principalement ce que le droit européen et le droit national définissent comme les ententes ou les abus de domination

du contrôle des concentrations, c'est à dire du rapprochement entre des entreprises, par une fusion, une prise de participation à travers le rachat d'actifs ou d'actions ou tout autre changement de contrôle. Il est rapidement apparu que ce contrôle, pour être efficace pour les entreprises et les états, devait avoir lieu *ex ante*, à l'inverse des ententes et des abus de domination qui requièrent un effet sur le marché, et qui ne peuvent donc qu'être examinés *ex post*. Le Clayton Act 7A prohibe ainsi les acquisitions d'actions ou d'actifs "*ayant pour effet de restreindre substantiellement la concurrence, ou qui tendrait à créer un monopole*"¹². Le Hart-Scott-Rodino Act de 1976 constitue la dernière pierre à la fondation légale sur laquelle sont contrôlées les concentrations sur le sol américain. Il convient de noter que le droit de la concurrence, qui touche au "commerce entre les Etats"¹³, relève de la compétence du gouvernement fédéral.

En droit européen, c'est principalement à travers l'établissement des Communautés Européennes, puis de l'Union Européenne, que le droit de la concurrence s'est instauré. Le droit de la concurrence trouve ainsi son fondement dans les articles 101 et 102 (prohibant respectivement les ententes et les abus de domination) du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne, anciennement Traité de Rome en date du 25 mars 1957, et tel que modifié par le Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 (ci après "TFUE"). De même qu'en droit américain, l'Union Européenne s'est dotée plus tardivement d'une procédure de contrôle des concentrations, qui est aujourd'hui régie par le Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil en date du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises. Ce contrôle vise à s'assurer que les rapprochements des entreprises suite à l'instauration du marché commun ne "*n'entraîne pas de préjudice durable pour la concurrence*"¹⁴.

Dans les deux systèmes de contrôle des concentrations, s'il s'avère que l'opération en cause risque de porter atteinte à la concurrence, des engagements peuvent être pris par les parties, à charge pour l'autorité contrôlante de les accepter¹⁵. Ces

¹² Clayton Act, 1950, Section 7A "*the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly*" (codifié sous 15 U.S.C. § 18).

¹³ *Interstate commerce*

¹⁴ Règlement (CE) n°139/2004, considérant (5)

¹⁵ Règlement (CE) n°139/2004, article 8

engagements ont pour objectif de permettre à l'opération de se réaliser, tout en protégeant la concurrence. Un premier obstacle dans la définition des engagements en droit de la concurrence se trouve dans la divergence entre une définition économique et une définition légale de cette procédure. En effet, selon les professeurs Gerardin et Sidak (2003), "*Whereas lawyers think of a remedy as what to do after a finding of illegal conduct, economists think of a remedy as what to do after a finding of market failure*"¹⁶.

Deux réflexions découlent de cette observation : dans un premier temps, pour les avocats, les engagements furent pensés pour corriger une conduite néfaste au regard du droit de la concurrence, donc après la découverte d'un effet sur le marché. De même, pour les économistes, les engagements ont lieu après la découverte d'un effet sur le marché, qui ne découle pas forcément de la conduite "néfaste" d'une entreprise. Dans les deux cas, les engagements ont pour objectif la correction d'un problème après que ce dernier ait été découvert, qu'il découle de la violation d'une règle ou pas. Or, concernant les engagements en matière de contrôle des concentrations, les engagements ont lieu avant. Les problèmes posés par l'opération, tant que cette dernière n'a pas été réalisée, ne sont que potentiels. Les engagements viennent donc corriger en amont des problèmes qui n'existent théoriquement pas. L'ironie de la citation de Diane Wood concernant les prédictions dans une "*boule de cristal*"¹⁷ apparaît encore plus pertinente.

La deuxième observation est que pour les juristes et les économistes, un engagement ne remplit pas la même fonction. L'écart qui est parfois constaté entre ces définitions permet de mieux comprendre que même si le principe légal des engagements est le même dans l'Union Européenne et aux États-Unis (corriger des déficiences concurrentielles probables si l'opération venait à aboutir), des visions économiques différentes peuvent causer des divergences dans le processus de prise des engagements.

¹⁶ Gerardin et Sidk, 2003, *European and American Approaches to Antitrust Remedies and the Institutional Design of Regulation in Telecommunications*, (December 18, 2003). HANDBOOK OF TELECOMMUNICATIONS ECONOMICS, VOL. 2, TECHNOLOGY EVOLUTION AND THE INTERNET, pp. 517-553, Sumit K. Majumdar, Ingo Vogelsang, and Martin E. Cave, eds., Elsevier B.V., 2005.

¹⁷ Cf. note de page n°2.

Outre cet écart de définition, le droit américain et le droit européen définissent classiquement les engagements¹⁸ en les séparant en deux catégories: les engagements structurels, et les engagements comportementaux (bien que d'autres classifications soient possibles).

Les engagements structurels, lesquels impliquent pour les parties à l'opération la cession d'un actif entier ou d'une partie d'un actif, souvent au profit d'une tierce partie, sont traditionnellement classés en deux catégories selon la Commission Européenne : les cessions, ("*divestitures*") et les obligations de quitter une *joint-venture*. Ces engagements structurels reposent sur un objectif : le transfert d'une position dans un marché pertinent, et ce, de manière permanente¹⁹. Ce transfert de position doit permettre au tiers acheteur d'exercer une pression concurrentielle suffisante pour contrebalancer les problématiques soulevées par l'opération en cause. Ce transfert, lorsqu'il prend la forme d'une divestiture, est à son tour divisé en quatre sub-catégories, toujours par la Commission Européenne :

- La cession d'une part contrôlante d'une entreprise, aussi appelé "*stand alone*": l'entreprise cédée doit être, selon les termes de la Commission "déjà viable": elle ne nécessite pas l'ajout ou l'incorporation d'éléments particuliers pour pouvoir exercer une pression concurrentielle sur les acteurs. De plus, ces dernières années, la Commission s'est inspirée de la Federal Trade Commission et privilégie, en matière de cession d'actifs, un "*up-front buyer*", c'est à dire un tiers prêt à racheter les actifs cédés sur le champ, plutôt qu'un engagement de céder à un acheteur potentiel après l'opération.
- La cession d'une partie d'une entreprise, laquelle a dû être séparée d'une plus grande entité. Ces actifs cédés ne sont pas forcément "viables" par eux mêmes, mais peuvent être rattachés directement aux actifs du tiers acheteur.

¹⁸ Voir pour le droit américain: "*A Study of the Commission's Divestiture Process*," Bureau of Competition (Août 1999), remplacé par "*The FTC's Merger Remedies 2006-2012*" A Report of the Bureau of Competition and Economics (Janvier 2017)

Pour le droit européen: Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004 (en date de 2008), ci après ("**EC Merger Study**")

¹⁹ EC Merger Study, p.23

- La cession d'un mélange d'actifs appartenant aux deux parties à l'opération (aussi appelé un "*mix and match*"), pour former un ensemble cohérent.
- Enfin, la cession ou l'accès indéfini (ou dans certains cas jusqu'à expiration du brevet) à une licence exclusive.

La seconde catégorie d'engagements structurels est composée de l'obligation pour les parties de quitter une joint-venture. La partie, ou les parties si c'est le cas, doivent alors céder leur contrôle à un acheteur tiers, et ce, de manière permanente. Il convient de souligner que tous ces cas de cession d'actifs reposent sur la condition d'approbation par l'autorité de concurrence de la personne de l'acheteur.

Les engagements comportementaux, deuxième grande catégorie, regroupent un ensemble plus divers. Il ne s'agit plus de céder des actifs, mais d'obtenir des parties à l'opération qu'elles se conforment à un certain comportement pendant un temps délimité, comportement ayant pour objectif de remédier aux problèmes concurrentiels, tels que l'exclusion possible d'un concurrent, ou un risque de foreclosure du marché. L'objectif sous-jacent étant de "recréer" l'état du marché avant l'opération de concentration. Ces comportements peuvent être de nature variée : ainsi, par exemple, l'accès non discriminatoire à des facilités essentielles par des concurrents, la non-utilisation d'une marque pendant un certain temps, ou encore de réserver une part de la production de la nouvelle entité à une tierce partie²⁰. Dans son étude sur les engagements, la Commission a néanmoins classé ces engagements selon trois catégories:

- l'accès, non discriminatoire, par des tiers à des infrastructures contrôlées par les parties,
- l'accès non discriminatoire, par des tiers à des technologies appartenant aux parties (même protégées des droits de propriété intellectuelle)
- la résolution d'un contrat d'exclusivité²¹.

²⁰ Ces exemples sont notamment tirés de: CFI, Case T-102/96 Gencor Ltd v. Commission (1999)

²¹ Dusan Popovic, '*Merger Remedies and Regulatory Measures in the EU Electronic Communications Sector: A Critical Assessment*', *European Business Organization Law Review*, 10: 575-594, 2009 - citant EC Merger Study, p.164 précitée

Si la Commission Européenne accepte aujourd’hui les engagements comportementaux sous certaines conditions, tel n’a pas toujours été le cas. En effet, il a fallu attendre la décision *Gencor* pour que les juges européens reconnaissent que “*Nevertheless, the possibility cannot automatically be ruled out that commitments which prima facie are behavioural (...) may themselves also be capable of preventing the emergence or strengthening of a dominant position*”²². L’acceptation par les autorités européennes des engagements comportementaux est donc relativement récente. Celle des autorités américaines l’est par ailleurs encore plus.

Enfin, une dernière catégorie regroupe les engagements dits “hybrides”, ou mixtes, qui sont composés de propositions impliquant à la fois des cessions d’actifs, mais aussi des aspects comportementaux, comme un accès à une facilité essentielle, ou des modifications contractuelles. Ainsi, dans son étude, la Commission Européenne souligne que l’accès à des facilités essentielles est souvent contractualisé sous la forme d’une licence, qui peut être exclusive, recouvrir un certain territoire ou pas, être non discriminatoire ou pas. Cette variété dans les licences d’accès en font un type d’engagement hybride, car son intensité dépendra du contenu exact de la licence²³. Lorsque l’accès est quasi permanent et que le propriétaire de la facilité n’a plus qu’un contrôle résiduel, l’engagement est souvent qualifié de “*quasi-structurel*”, ce que critiquent certains auteurs, pour qui, ces licences d’accès doivent être classifiées dans la catégorie des comportementaux, malgré des similarités avec les engagements structurels²⁴.

Le droit américain de la concurrence classe de la même manière les engagements, entre structurels et comportementaux, en laissant également une catégorie plus floue en

²² CFI, Case T-102/96 *Gencor Ltd v. Commission* (1999), § 319.

²³ EC Merger Study, p.116

²⁴ Thomas Hoehn, ‘*Structure Versus Conduct - A comparison of the National Merger Remedies Practice in Seven European Countries*’ *International Journal of the Economics of Business*, Vol.17, N°1, February 2010, pp.12

ce qui concerne les engagements liés à l'accès, et ceux dits "mixtes", mélangeant engagements structurels et comportementaux²⁵.

Procédures

En matière de contrôle des concentrations, deux entités sont compétentes aux États-Unis: la Federal Trade Commission ("FTC"), et le Department of Justice ("DoJ"). Au titre du Hart-Scott-Rodino Act, amendant le Clayton Act, toutes les opérations ne sont pas notifiables: celles dépassant un seuil - adapté annuellement en fonction du PIB - doivent être notifiées à ces agences. Ce seuil est fondé sur la valeur de l'opération, et non, pas, contrairement au droit européen, sur le chiffre d'affaires des entreprises. Il est actuellement de 337,6 millions de dollars²⁶. Par ailleurs, certains secteurs, comme l'immobilier, peuvent être exemptés sous conditions. La notification parvient aux deux agences, mais une seule se saisira et traitera l'opération. La coopération est donc essentielle entre les deux entités, et par ailleurs, une certaine spécialisation a eu lieu à travers le gain d'expérience des agences dans un secteur. Ainsi, concernant les télécommunications, c'est traditionnellement le DoJ qui sera chargé de contrôler une opération de concentration. Suite au choix de l'agence, cette dernière peut commencer l'analyse de l'opération, laquelle peut notamment comprendre des consultations publiques, mais également l'accès à des documents non publics, ou l'avis de tiers à l'opération. Cette période d'investigation, limitée à 30 jours, a trois solutions: soit l'agence laisse le délai de 30 jours s'écouler, ou bien elle donne son autorisation : dans ces deux cas, les parties sont libres de conclure leur opération. Si en revanche la FTC ou le DoJ considère que plus de temps ou d'informations est nécessaire, l'agence saisie émettra une "second request", c'est à dire une demande formelle adressée aux requérants pour plus d'informations. Un nouveau délai court alors, durant lequel l'agence étudie les

²⁵ "The FTC's Merger Remedies 2006-2012" A Report of the Bureau of Competition and Economics (Janvier 2017), p.8

²⁶ L'ajustement annuel des seuils américains de contrôlabilité est consultable sur le site de la FTC: https://www.ftc.gov/system/files/documents/federal_register_notices/2018/01/revised_jurisdiction_7a_1-29-18.pdf

effets de la concentration, reçoit et écoute les parties, concurrents et fournisseurs. Les parties ne peuvent pas conclure l'opération si le premier ou le second délai ne se sont pas écoulés. Au terme du second délai de 30 jours (mais dont la durée peut être allongée par commun accord entre le Gouvernement et les parties, ou écourtée notamment en cas de banqueroute), trois options s'ouvrent à l'agence: autoriser l'opération sans engagements, autoriser l'opération sous conditions, et enfin, pour refuser l'opération, saisir un juge fédéral et lui demander de bloquer la fusion. En effet, contrairement au système européen où la Commission possède la compétence de refuser une concentration, les agences américaines d'antitrust ne peuvent que porter leur cas devant un juge, qui tranchera in fine, au terme d'un procès contradictoire.

A ce contrôle s'ajoute le rôle important en matière de communications électroniques, du régulateur spécifique, la Federal Communications Commission (ci après "FCC"), qui est consultée en cas d'opération de rapprochement.

Concernant le droit européen, la Commission Européenne est compétente pour traiter du contrôle des concentrations. De la même manière qu'en droit américain, toutes les opérations ne sont pas notifiables : la Commission demande en effet que soient franchis les seuils dits communautaires²⁷ de l'article 1 du Règlement n°139/2004, pour qu'une opération relève de sa compétence. La mise en place par la Commission de ce "guichet unique" permet aux parties de ne notifier qu'une seule fois à la Commission leur opération quand bien même cette dernière aurait des effets dans plusieurs pays européens. Il convient cependant de signaler qu'en raison du principe de subsidiarité, si une opération n'atteint pas les seuils communautaires, elle peut néanmoins être notifiable dans les États membres dont elle dépasse les seuils²⁸. La Commission peut également

²⁷ Article 1 du Règlement (CE) n°139/2004: "Une concentration est de dimension communautaire lorsque: a) le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées représente un montant supérieur à 5 milliards d'euros, et b) le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux des entreprises concernées représente un montant supérieur à 250 millions d'euros, à moins que chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans la Communauté à l'intérieur d'un seul et même État membre"

²⁸ Ainsi, par exemple, au titre de l'article L.430-2 du Code de commerce, si les parties à l'opération ont un chiffre d'affaires de plus de 150 millions, et qu'une des parties a un chiffre d'affaires de plus de 50

renvoyer le traitement de l'opération aux Etats membres si cette dernière “*menace d'affecter de manière significative la concurrence sur son territoire*”²⁹. Enfin, contrairement aux seuils américains reposant sur la valeur de l'opération, les seuils européens et nationaux se fondent sur le chiffre d'affaires des parties concernées. Lorsqu'une opération a été notifiée à la Commission, cette dernière dispose alors d'un délai de 25 jours ouvrables en Phase I pour étudier les effets de l'opération. Au terme de ce délai, la Commission dispose de trois options : autoriser l'autorisation sans conditions, autoriser avec engagements ou ouvrir une “Phase II”, similaire à la “Second Request” américaine si l'opération présente des risques pour la concurrence sur le marché commun. Au terme de ce deuxième délai, la Commission peut alors autoriser l'opération sous conditions, ou bien la refuser. Dans cette hypothèse, les parties devront faire appel devant le juge européen du Tribunal de l'Union Européenne. La procédure européenne est ainsi administrative du début à la fin, de la notification à la décision finale, à la différence du système américain qui nécessite la l'intervention du juge.

Concernant le secteur des communications électroniques en particulier, la Commission est compétente. Il existe bien des régulateurs nationaux - ainsi en France l'Autorité de Régulation des Communications Électroniques et de la Poste (ci-après “l'ARCEP”), et un régulateur européen, le Body of European Regulators for Electronic Communications (ci-après “BEREC”), dont les avis peuvent être recueillis, mais qui ne sont que consultatifs.

Concurrence et régulation

Il convient également d'opérer une distinction entre le droit de la concurrence, dont relève le contrôle des concentrations, et la régulation d'un secteur spécifique. Malgré parfois des outils similaires, comme l'utilisation des engagements *ex ante* (alors que le droit de la concurrence emploie en général plus aisément des engagements *ex*

millions, l'Autorité de la concurrence sera compétente pour traiter de l'opération si cette dernière est de nature à avoir des effets sur le territoire national.

²⁹ Règlement (CE) n°139/2004, considérant (15)

post), les objectifs de politique économique sont différents. En effet, le droit de la concurrence vise essentiellement à maintenir la concurrence, à aider un marché à conserver son état malgré les rapprochements entre entreprises. A l'inverse, la régulation spécifique vise au contraire à promouvoir la concurrence, la créer, ou l'améliorer. L'un tente de conserver en l'état un marché, tandis que l'autre utilise des outils pour le modifier. Ainsi, comme le rappelle Dusan Popovic, "*competition law may not be used to make an existing market more competitive, unless some element of the market is illegal. A competition authority has no power to regulate the conduct of companies even for the purpose of promoting competition. Competition law is only about stopping illegal interference with the market*". Là se situe toute le paradoxe des engagements en matière de contrôle des concentrations : il s'agit d'intervenir à l'aide du droit de la concurrence, alors que les entreprises concernées n'ont pas violé une règle de droit économique. Il n'y a rien d'illégal dans un rapprochement.

Traditionnellement, la différence entre la régulation et le droit de la concurrence repose alors sur une différenciation de temporalité: celles de la régulation et du droit de la concurrence ne se rencontrent pas. La régulation intervient *ex ante* soit avant tout bouleversement du marché, alors que le droit de la concurrence a une vocation *ex post*, c'est à dire après le bouleversement. Ces temporalités différentes trouvent leur origine dans les objectifs de l'un et de l'autre, respectivement la promotion ou la création de la concurrence, et sa protection. L'utilisation d'outils similaires vient néanmoins bouleverser cette équilibre, et les délimitations apparaissent de plus en plus floues.

Nous ferons cependant la différence, dans le cadre de ce mémoire, entre la "*régulation concurrentielle*", fondée sur les règles du droit de la concurrence et qui vise, par exemple à travers le contrôle des concentrations, à interdire un comportement ultérieur, et la "*régulation sectorielle*", qui elle découle d'une déficience structurelle, anticipée, d'un marché. Nous nous intéresserons à la question de la régulation concurrentielle, principalement sur le marché du mobile, bien que des incursions dans le marché du téléphone fixe soient parfois nécessaires.

De l'intérêt du secteur des télécommunications à l'importance des engagements en matière de contrôle des concentrations, ce mémoire tend ainsi à étudier les logiques derrière le choix du type de remède - structurel ou comportemental - et les différentes approches des autorités américaines et européennes.

Dès lors, que révèlent les engagements demandés par les autorités européennes et américaines lors des concentrations dans le secteur des télécoms ?

Malgré une législation similaire, les marchés européen et américain possèdent une histoire divergente et des logiques de marché différentes en matière de télécoms, ce qui ne les a pas empêché d'avoir affiché durant de longues années, une claire préférence pour les engagements structurels (Titre I.). Cette préférence est néanmoins de plus en plus remise en question dans les deux systèmes, malgré une approche différente de l'Union Européenne envers les engagements comportementaux. Le bouleversement technologique et légal que constitue la convergence des médias remet en cause cette évolution (Titre II.).

Titre I. La régulation concurrentielle des télécoms en droit américain et européen

Le droit américain et le droit européen possèdent des réglementations relativement similaires dans le cadre du contrôle des concentrations. Néanmoins, le secteur des télécoms a historiquement évolué différemment dans les deux systèmes, malgré une préférence profonde pour les engagements structurels (Chapitre 1.).

La divergence d'évolution a cependant créé des marchés aux logiques de fonctionnement différents, dans lesquels les problématiques de concurrence ne seront pas forcément les mêmes. Paradoxalement, tous deux commencent une remise en question des engagements structurels (Chapitre 2.).

Chapitre 1. Une évolution parallèle

L'évolution législative parallèle en matière de contrôle des concentrations est à mettre en balance avec la manière différente dont a été pratiquée l'ouverture à la concurrence du marché des télécoms en Europe et aux Etats-Unis (Section 1.). Cela ne fait pas obstacle à une préférence pour les engagements structurels dans les deux systèmes (Section 2.).

Section 1. Evolution du contrôle des concentrations en matière de télécommunications

L'historique similaire du contrôle des concentrations et l'approche différente envers l'ouverture à la concurrence (§1.) aboutissent à une analyse relativement similaire des problématiques concurrentielles dans les opérations de concentrations (§2.).

§1. Historique : du monopole historique à la régulation

Si l'évolution de la réglementation est similaire dans les deux systèmes (A.), tel n'est pas exactement le cas de l'historique de la réglementation des télécommunications (B.)

A. Evolution du contrôle des concentrations aux Etats-Unis et dans l'Union Européenne

Le contrôle des concentrations en droit américain découle du Sherman Act de 1890, lequel pose les fondements du droit de la concurrence, et notamment de l'antitrust. Il faudra cependant attendre 1950, et le Clayton Act, pour voir émerger un contrôle ex ante des rapprochements entre entreprises. La section 7A (codifiée sous 15 U.S.C. §18) prohibe en effet l'acquisition, par les actifs ou actions, d'une entreprise ou d'une part de celle-ci, si l'acquisition peut avoir pour effet de réduire substantiellement la concurrence, ou risque de créer un monopole. Cette procédure recelait néanmoins de nombreux problèmes, et notamment l'absence de procédure de notification obligatoire. Les parties pouvaient donc accomplir leur opération, et, ce n'était qu'après, si l'administration décidait que la concentration posait des risques pour la concurrence, qu'elle pouvait intervenir par le biais d'engagements, pour tenter de réparer le dommage causé à l'économie. Or, selon les mots mêmes du député Peter Rodino, l'intervention de l'administration était alors un *“costly exercise in futility —untangling the merged assets and management of the two firms is like trying to unscramble an omelet”*³⁰. Dans les cas où l'administration choisissait de s'opposer frontalement à une opération, la victoire était souvent pyrrhique : ainsi est souvent donnée en exemple l'affaire *United States v. El Paso Natural Gas Co*³¹, dans laquelle les parties et l'administration américaine se sont opposées pendant 17 ans et qui a requis pas moins de 8 décisions de la Cour Suprême ! Ainsi, d'une part l'administration, pour contrer des effets néfastes envers la concurrence, ne pouvait qu'intervenir postérieurement - donc après les dommages au marché. D'autre part, si l'administration avait connaissance d'une opération et choisissait directement une procédure contentieuse pour s'y opposer, les parties se voyaient ainsi engagées dans une

³⁰ Discours du Representative Peter W. Rodino, 122 Cong. Rec. 25051 (1976).

³¹ *United States v. El Paso Natural Gas Co.*, 376 U.S. 651 (1964)

procédure longue, coûteuse, et totalement intenable au regard de la rapidité économique des marchés. Mieux valait alors, selon les professeurs W. Baer et R. Redcay, accepter un accord avec l'administration, aussi mauvais soit-il³².

Intervient alors, en 1976, un bouleversement dans la législation applicable au contrôle des concentrations : le Congrès vote le Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvement Act (ci-après "**HSR Act**"). Les parties, dont l'opération dépasse un seuil modifié annuellement, se voient désormais imposer une obligation de notification auprès du Department of Justice ou de la Federal Trade Commission.

Suite à cette modification, le Département de la justice peut ainsi, selon ses propres mots, enfin remplir l'office qui lui a été confié par la section 7 du Clayton Act et prévenir les concentrations posant des risques pour la concurrence³³.

L'Union Européenne s'est beaucoup inspirée de l'expérience américaine, et, comme elle, s'est dans un premier temps préoccupée des problèmes relatifs aux ententes et aux abus de position dominante. C'est dans le Traité de Rome, en 1957, que les six Etats fondateurs de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier introduisent comme pierre angulaire de la construction européenne qui se profile, le respect des règles de la concurrence. Si la Commission a soulevé la nécessité d'un processus de contrôle des rapprochements dès 1973, il faudra cependant attendre 1989 pour que les États Membres mettent en place un contrôle des concentrations à travers le Règlement (CEE) n°406/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentrations entre entreprises. Ce règlement sera remplacé par le Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

De la même façon qu'aux Etats-Unis, un contrôle ex ante des opérations est prévu, avec une obligation de notification de la part des parties si, aux termes de l'article (1), la concentration est de dimension communautaire (soit un chiffre d'affaires mondial

³² Baer, William J., and Ronald C. Redcay. "Solving competition problems in merger control: the requirements for an effective divestiture remedy." *Geo. Wash. L. Rev.* 69 (2000): 915.

³³ Site officiel de la FTC: "The HSR Act, and its companion rules promulgated by the FTC, fundamentally changed the process of U.S. merger review and finally allowed the antitrust agencies to fulfill the mandate of Section 7 of the Clayton Act to stop anticompetitive combinations in their incipiency"
<https://www.ftc.gov/news-events/blogs/competition-matters/2015/03/milestones-ftc-history-hsr-act-launches-effective>

total de plus de 5 milliards d'euros, un chiffre d'affaires réalisé dans l'U.E par au moins deux entreprises supérieur à 250 millions, à moins que les entreprises concernées ne réalisent au moins deux tiers de leur chiffre d'affaires dans un Etat Membre³⁴).

Ainsi, dans les deux systèmes concernés, le droit de la concurrence s'est dans un premier temps construit autour des règles relatives aux ententes et aux abus de domination. Autant en Europe qu'aux Etats-Unis il a fallu attendre une certaine maturité des marchés et des acteurs pour qu'une réglementation du contrôle des concentrations prenne forme. Cette réglementation repose dans les deux cas sur des procédures de notification obligatoire - malgré une différence dans l'appréciation des seuils - et sur une analyse circonstanciée des autorités.

Une différence primordiale existe néanmoins dans la procédure de contrôle: si la FTC et le DoJ sont compétents au même titre que la Commission Européenne pour apprécier des effets potentiels d'une opération, ces derniers ne possèdent pas la compétence d'en bloquer la réalisation. L'administration américaine, si elle souhaite faire obstacle à la réalisation d'une concentration, doit saisir un juge, qui tranchera au terme d'une procédure contentieuse contradictoire. A l'inverse, la Commission Européenne dispose de la compétence d'interdire une opération si elle considère qu'elle présente des risques pour la concurrence.

B. Evolution de la réglementation concernant les télécommunications

Autant dans le système américain que dans le système européen, le marché des télécommunications part du même point de départ: le monopole par un opérateur contrôlé par l'Etat (dans le cas de l'Union Européenne, par chacun des Etats membres ayant un opérateur historique nationalement contrôlé), avant d'évoluer vers une libéralisation du marché.

³⁴ Règlement n°139/2004, article (1).

De même, comme le rappelle le professeur Alexander Svetlicinii, cette libéralisation s'est effectuée, des deux côtés de l'Atlantique, "*by virtue of competition rules*"³⁵, donc par le truchement du droit de la concurrence.

Cependant, l'évolution de la réglementation des télécommunications, et la libéralisation progressive des marchés américains et européens, ne s'est pas effectuée de la même manière, ce qui a abouti à des marchés différents.

Aux Etats-Unis, le cadre réglementaire des télécommunications a longtemps été régi par le *Communications Act* de 1934, qui instaure entre autres la Federal Communications Commission ("FCC"), qui devient le régulateur sectoriel du marché. Ce dernier est cependant marqué par le monopole de l'American Telephone & Telegraph Company (ci-après "AT&T"), autant sur les communications longues distances que sur les communications dites "locales". Suite à un contentieux antitrust initié par le Département de la Justice, la décision *United States v. AT&T* en 1982 conduit à la conclusion d'un accord entre l'administration américaine et le groupe de télécommunications : AT&T sera démantelé. La forme choisie pour le démantèlement est de sept compagnies régionales, actives uniquement sur un marché local déterminé, et la conservation par AT&T de communications longues distances. Comme le rappelle l'ARCEP dans son rapport sur le marché des télécommunications aux Etats-Unis, à cette époque, les anciennes filiales du groupe, réparties localement, ne peuvent exercer leur activité que sur la portion régionale qui leur est allouée³⁶; de même, elles ne peuvent offrir de services de communications longue distance. Il s'agit ainsi de facto d'un nouveau monopole.

Presque soixante ans après le *Communications Act* de 1934, en 1996, est voté par le Congrès le *Telecommunications Act* de 1996 (ci-après "**1996 Act**" ou "**Telecom Act**") qui bouleverse à son tour la réglementation des télécoms, ainsi que le marché américain. Cette loi prévoit en effet la fin de l'interdiction pour les "baby bell" d'opérer sur les

³⁵ Alexander Svetlicinii, *Telecommunications Mergers under the EC Competition Law and US antitrust law: substantive assessment and procedural cooperation*, Cambridge Student Law Rev. 22 (2008), p.22

³⁶ ARCEP, Rapport sur la mission aux USA, 2014, pp12-14.

communications longues distances, à la condition qu'ils acceptent d'ouvrir à leur tour leurs marchés régionaux respectifs.

Cette ouverture à la concurrence, faite par le 1996 Act, a conduit les opérateurs régionaux à se concentrer, et notamment durant la période qui a suivi, jusqu'au début des années 2000.

Parallèlement, des opérateurs de câble se sont développés conjointement et de manière indépendante. En outre, comme le signale l'ARCEP dans son rapport, le fait que les "cablo-opérateurs" ne soient pas soumis aux réglementations des télécommunications, leur a "*donné aux premiers un avantage initial important sur le marché du haut débit*"³⁷, même si grâce à de forts investissements, AT&T et Verizon sont aujourd'hui très présents sur ce marché. Ces câblo-opérateurs, très puissants dans le fixe et se tournant vers internet au début des années 2000s, ne sont cependant pas présents sur le marché mobile, créant une profonde dichotomie sur le marché américain, et notamment par opposition aux marchés nationaux européens.

Le marché du mobile est quant à lui différent, et s'est développé en dehors du marché du téléphone fixe. Toujours selon l'ARCEP, trois éléments permettent d'expliquer la différenciation de ce marché par rapport au marché européen notamment: (1) les dimensions du pays, sans aucune mesure avec les pays européens, créant des difficultés de couverture (2) le rationnement des fréquences (3) les problèmes d'interopérabilité dus à une répartition des licences par zone géographique. Il existe aujourd'hui quatre grands opérateurs de mobile aux Etats-Unis: AT&T, Verizon, T-Mobile et Sprint, ainsi que de nombreux opérateurs régionaux et des "opérateurs de réseaux mobiles virtuels"³⁸ (ci-après "MVNOs") locaux.

De manière assez intéressante, comme le signale l'ARCEP, "*aujourd'hui, les opérateurs qui ne sont pas déjà fixes et mobiles n'annoncent pas, pour assurer une convergence fixe/mobile, de stratégies de rapprochement semblables aux acquisitions en*

³⁷ Rapport ARCEP, p.14

³⁸ Opérateur qui ne possède pas d'infrastructures ni licences, mais qui, par la conclusion de contrats avec des opérateurs disposant de ces facilités, peut offrir ses services aux clients finaux. Il existe différents "stades" dans le développement des MNVOs (cf. échelle développée par les Pr. Benzoni et Pascal Dutru), dont l'objectif est de devenir, à terme, un opérateur disposant d'infrastructures et de fréquences.

cours en Europe, ni d'achat de fréquences, mais indiquent plutôt miser sur le spectre sans licence comme le wifi pour pallier l'absence d'un réseau mobile (ou le compléter)''.

C'est donc une évolution historique différente, fondée principalement sur l'importance des câblo-opérateurs qui se dirigent maintenant vers les réseaux wifi, qui a créé une différence fondamentale sur le marché américain: la séparation du fixe et du mobile.

En Europe, c'est sous l'impulsion de la Commission Européenne que la libéralisation des télécoms est intervenue. En l'absence d'un fondement particulier dédié au secteur, c'est au regard des objectifs du marché commun et de libre concurrence que les Etats Membres ont vu naître une obligation d'ouverture à la concurrence. La Commission publie ainsi, le 30 juin 1987, son Livre vert sur la convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information, et les implications pour la réglementation : ce dernier constitue l'amorce de la réglementation du secteur des communications. Deux objectifs sont alors prévus: la libéralisation du marché des télécommunications dans chacun des Etats Membres, qui, à l'exception de quelques uns tels que la Finlande ou la Suède, ont toujours un opérateur historique étatique contrôlé par des capitaux nationaux, et l'harmonisation/la création des règles concernant le secteur³⁹. A terme, la création d'un marché européen des télécoms.

Sous l'influence de la Commission européenne, les opérateurs historiques nationaux, ont ainsi dû ouvrir leurs réseaux de fixes aux nouveaux concurrents, qui ont ainsi développés une activité autant sur le mobile que sur le fixe, à travers notamment internet.

Le marché des télécoms américain et européen sont ainsi très différents, notamment du fait de la séparation fixe/mobile. Cette différence est flagrante dans les concentrations récentes, comme le dit le Pr. Svetlicinii: si en Europe les fusions ont eu

³⁹ Dusan Popovic, *Merge Remedies and Regulatory Measures in the EU Electronic Communications Sector: A Critical Assessment*, European Business Organization Law Review, 2009, pp.576-594

lieu entre des opérateurs transnationaux, aux Etats-Unis, ce sont plutôt des opérateurs de même type qui se sont rapprochés⁴⁰.

En revanche, malgré la différence de marchés, un élément est à prendre en compte: aux Etats-Unis comme en Europe, c'est à travers le droit de la concurrence, et notamment le contrôle des concentrations et les demandes d'engagements, que la libéralisation est intervenue. Dans le cadre de l'Union Européenne, pour pallier l'absence de fondements légaux spécifiques dans le Traité, la Commission s'est fondée sur les articles 101 et 102 du TFUE, ainsi que sur le règlement 139/2004⁴¹. Aux Etats-Unis, c'est la FTC et son contrôle des concentrations qui a permis "*de discipliner le comportement des opérateurs, en obtenant de leur part des engagements crédibles*"⁴².

§2. Traitement des enjeux concurrentiels aux Etats-Unis et en Europe dans le cadre du contrôle des concentrations

Les autorités américaines et européennes analysent, dans le cadre d'une notification d'une opération de concentration, la question du pouvoir du marché (A.). Elles ont également la même grille d'analyse concernant les effets de l'opération (B.).

A. La question du pouvoir du marché

Une fois que le rapprochement a été décidé entre les parties, si elles dépassent les seuils de contrôle européen et américain, elles devront alors notifier leur opération aux autorités compétentes (la Direction Générale de la Concurrence pour la Commission, et le Department of Justice et la Federal Trade Commission aux Etats-Unis). Commence alors pour les autorités l'appréciation des effets futurs et probables de la concentration.

⁴⁰ Alexander Svetlicinii, *Telecommunications Mergers under the EC Competition Law and US antitrust law: substantive assessment and procedural cooperation*, Cambridge Student Law Rev. 22 (2008).

⁴¹ Dusan Popovic, '*Merger Remedies and Regulatory Measures in the EU Electronic Communications Sector: A Critical Assessment*', *European Business Organization Law Review*, 10: 575-594, 2009 p.576.

⁴² Rapport ARCEP précité, p 14

Pour ce faire, une délimitation des marchés pertinents est nécessaire. Si, la difficulté de définition du marché est souvent éludée, même par le prix Nobel d'Economie Jean Tirole, « *Il n'y a pas de façon simple de définir le marché... Dans cet ouvrage la difficulté empirique de délimitation du marché sera ignorée. Il sera supposé que le marché est bien défini* »⁴³, les autorités considérées utilisent la même distinction entre marché de produits (produits des entreprises concernées) et marché géographique (marché sur lequel la concentration va avoir des effets au regard de la présence des produits ou des entreprises sur ces marchés). A cet égard, le droit américain et le droit européen font tous les deux la différence entre les marchés du fixe et du mobile, avec des subdivisions selon les opérations concernant les utilisateurs (particuliers ou entreprises)⁴⁴. La délimitation des marchés géographique est également similaire. Ainsi, pour la Commission Européenne, les marchés sont considérés comme nationaux⁴⁵. De même, aux Etats-Unis, les marchés de produits sont considérés comme étant nationaux, avec des effets locaux.

Concernant l'étude en elle même, au titre du considérant (5) du Règlement 139/2004, le contrôle des concentrations européens vise à "*protéger le marché commun des concentrations susceptibles d'entraver de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci*"⁴⁶.

En droit américain, la Section 7A du Clayton Act prohibe des concentrations pouvant avoir comme effet de "*may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly*"⁴⁷.

Dès lors, autant pour les autorités européennes que les autorités américaines, il s'agit d'étudier la capacité de la nouvelle entité d'avoir un impact négatif sur la concurrence.

⁴³ Jean Tirole, *The Theory of Industrial Organization*, 1988, p.13.

⁴⁴ Par exemple; pour une opération américaine: U.S. v. AT&T Inc., T-Mobile USA, Inc. Deutsche Telekom AG, 31 août 2011, § 11 et 12

⁴⁵ Voir par ex: Case No COMP/M.5650 – T-Mobile/Orange, para 25 - 26

⁴⁶ Règlement CE 139/2004

⁴⁷ 15 U.S.C. 18

Cette capacité est, comme le rappelle la Commission “résulte généralement de la création ou du renforcement d’une position dominante”⁴⁸. La notion de domination a été définie dans l’arrêt de la Cour de Justice de l’Union Européenne *United Brands* : “a firm enjoys a dominant position if, individually or collectively, it has sufficient market power to behave independently of its competitors, customers, and ultimately consumers to an appreciable extent”⁴⁹. Les critères proposés sont ainsi assez larges: il s’agit pour une entreprise de pouvoir agir individuellement, sans prendre en considération ses concurrents, clients et consommateurs, donc d’avoir un pouvoir de marché suffisant. Ce dernier s’apprécie, entre autres, en fonction des parts de marché. Ainsi, à titre d’exemple, la Commission considère que les concentrations entre des entreprises disposant de moins de 25% de parts de marché sont moins susceptibles d’entraver le marché par une création ou un renforcement de position dominante⁵⁰.

Concernant l’analyse américaine, c’est également l’appréciation du pouvoir du marché qui permet d’évaluer les restrictions potentielles à la concurrence, comme l’a rappelée la Cour d’Appel du district de Columbia dans l’affaire *FTC v. Heinz & co.* : “merger enforcement, like other areas of antitrust, is directed at market power”⁵¹. Aux termes des Lignes Directrices sur les concentrations horizontales, une concentration augmente le pouvoir de marché si “if it is likely to encourage one or more firms to raise price, reduce output, diminish innovation, or otherwise harm customers as a result of diminished competitive constraints or incentives”⁵².

L’analyse des parts de marché se fait à l’aide du même indice en droit américain qu’en droit européen, l’indice Herfindahl-Hirschmann (aussi appelé “**HHI**” en anglais ou “**IHH**” en français). Cet indice est calculé sur la base des parts de marché, mises au carré. Selon la Commission: “ Si le niveau absolu de l’IHH peut donner une première indication des pressions concurrentielles qui s’exerceront sur le marché à l’issue de l’opération de concentration, la variation de l’IHH (connue sous le nom de "delta") est un indicateur

⁴⁸ Règlement 139/2004, considérant (26)

⁴⁹ CJUE, 14 février 1978, *United Brands Company and United Brands Continental BV v Commission of the European Communities. Chiquita Bananas. Case 27/7*

⁵⁰ Règlement 139/2004, considérant (32)

⁵¹ *Federal Trade Commission v. H.J. Heinz Co.*, 246 F.3d 708, 713 (D.C. Cir. 2001) (quoting Lawrence A. Sullivan & Warren S. Grimes, *The Law of Antitrust* 511 (2000)).

⁵² DoJ et FTC Horizontal Mergers Guidelines (2010) p.2

utile sur la modification du degré de concentration qui résultera directement de l'opération"⁵³. La Federal Trade Commission se fonde aussi sur la variation de l'indice HHI pour déterminer si l'opération dépasse les seuils de variation au-delà desquels l'opération soulève des problèmes de concurrence. Ainsi, à titre d'exemple, dans sa décision *United States v. AT&T, T-Mobile, and Deutsche Telekom*, elle met en avant, pour souligner les risques concurrentiels posés par la concentration - par ailleurs plus tard refusée - qu'à l'issue de l'opération, sur le marché du mobile, la variation de l'indice HHI serait de plus de 700 points, avec un niveau de 3 100, ce qui est largement au-dessus du seuil au-delà duquel l'opération augmente le pouvoir de marché⁵⁴.

Ainsi, malgré des différences d'évolution historique, le droit américain et le droit européen apprécient de la même façon le pouvoir de marché dans le cadre du contrôle des concentrations.

B. Les risques d'atteinte à la concurrence

Lors de l'analyse concurrentielle d'une concentration, les autorités qualifient l'opération en fonction de la place des parties: si ces dernières sont des concurrentes directes sur le ou les marchés concernés, la concentration sera qualifiée de "*d'horizontale*", si les parties ne sont pas concurrentes mais se situent en amont et en aval du marché considéré, elle sera "*verticale*". Enfin, si les parties ne sont pas concurrentes, mais si, du fait de la connexité des marchés, une partie peut renforcer sa part de marché sur le marché pertinent, la concentration sera alors dite "*conglomérale*". L'analyse des risques potentiels posés par l'opération ne sera pas la même en fonction de la qualification de ladite opération. Si la grande majorité des rapprochements des opérateurs de télécommunications ont fait l'objet d'un traitement horizontal - ce sur quoi nous nous focaliserons - nous verrons néanmoins que l'actualité concurrentielle est en train de remettre ce système en cause.

⁵³Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises - § 16

⁵⁴ *United States v. AT&T, T-Mobile, and Deutsche Telekom*, § 25

Deux types d'effets sont alors observables: ceux dits "*unilatéraux*", c'est à dire mise en oeuvre par une entreprise de manière indépendante par rapport aux autres, et ceux dits "*coordonnés*", correspondant à la possibilité pour des entreprises qui ne coordonnaient pas leurs effets avant opération de le faire, ou de le faire plus facilement⁵⁵. Cette analyse des deux types d'effets est effectuée autant par les autorités européennes que par les autorités américaines.

En revanche, l'appréciation de ces effets repose sur une légère différence: en effet, la Commission Européenne considère que pour des effets unilatéraux prennent place, il y a lieu de démontrer que les parties sont des concurrents "*proches*"⁵⁶. Le standard américain est plus lourd: il faut en effet que les parties à l'opération soient des "*closest competitors*", c'est à dire les concurrents les plus proches⁵⁷.

Les effets unilatéraux analysés peuvent prendre plusieurs formes : comme le rappelle la Commission européenne dans ses Lignes Directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales "*il faut entendre la capacité d'une ou de plusieurs entreprises de, profitablement, augmenter les prix, réduire la production, le choix ou la qualité des biens et des services, diminuer l'innovation ou exercer, d'une autre manière, une influence sur les facteurs de la concurrence* »⁵⁸. Il s'agit alors de regarder l'élasticité du marché, et la possibilité pour les consommateurs de se reporter sur le produit d'un concurrent. Similairement, selon les lignes Directrices de la FTC concernant les concentrations horizontales, les effets unilatéraux peuvent notamment: poser des risques lors des négociations et des appels d'offre, réduire les capacités et le rendement notamment pour les produits homogènes, ainsi qu'avoir un effet négatif sur l'innovation et la qualité des produits.

⁵⁵ Autorité de la concurrence, Lignes Directrices Concentrations Horizontales, § 322

⁵⁶ K. Tyagi, *Four to Three Telecoms Mergers: Substantial Issues in EU Merger Control in the Mobile Telecommunications Sector*, 1er Février 2018

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises

Les effets coordonnés sont également à prendre en considération: sur certains marchés, il peut apparaître économiquement plus rationnel de s'entendre avec ses concurrents sur les prix, la production ou la qualité. Les autorités américaines et européennes sont toutes les deux sensibles à l'analyse de tels risques, qui dépendent notamment de la taille du marché et des acteurs, des possibles barrières à l'entrée et la capacité des acteurs à faire durer des effets coordonnés (laquelle repose sur 3 critères, qui sont la possibilité de surveiller les concurrents, un outil de dissuasion efficace, et l'impossibilité pour les futurs concurrents ou les clients de remettre en cause la coordination⁵⁹).

Dès lors on constate que, dans le cas des concentrations horizontales, le droit de la concurrence européen et américain sont relativement similaires, au point d'utiliser les mêmes indices, comme celui de Herfindahl-Hirschmann. C'est moins le cas en ce qui concerne les concentrations verticales, qui impliquent des parties à des niveaux différents de la chaîne de production, qui est traitée de manière différente aux Etats-Unis, comme nous le verrons dans une seconde partie. En effet, cette différence de traitement est d'autant plus pertinente que la convergence actuelle des télécoms risque de la remettre en question.

Pour conclure, les Etats-Unis et l'Union Européenne appliquent l'un et l'autre une procédure très similaire en matière de contrôle des concentrations horizontales. Ce n'est qu'au terme de l'analyse de l'opération, si les autorités considèrent qu'elle peut poser des risques à la concurrence, que ces dernières demanderont aux parties des engagements structurels ou comportementaux pour y remédier.

Ainsi, les Etats-Unis et l'Union Européenne ont une réglementation relative aux concentrations relativement similaire, autant au niveau du fond qu'au niveau de l'analyse

⁵⁹Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises § 41
DoJ et FTC Guidelines, pp.25-27

des effets. Malgré une ouverture à la concurrence différente, les deux systèmes se sont accordés pendant des années à affirmer une préférence pour les engagements structurels.

Section 2. La convergence américaine et européenne vers les engagements structurels

Le Department of Justice américain et la Commission Européenne affichent une préférence marquée pour les remèdes structurels, et ce, depuis de nombreuses années (§1.). L'une des raisons de cette préférence repose sur les visions économiques des autorités de concurrence (§2.).

§1. Une préférence marquée pour les remèdes structurels

Le système américain et le système européen ont toujours utilisé une majorité de remèdes structurels (A.), et ce, pour de nombreuses raisons, tant légales que institutionnelles (B.).

A. Démonstration de la préférence

Lorsqu'une opération pose des risques concurrentiels, il appartient aux autorités de proposer des engagements aux parties, que ces dernières ont le choix d'accepter, à charge ensuite pour elles de s'y conformer.

On retrouve deux types d'engagements: les remèdes structurels, qui reposent sur le désengagement dans une entreprise entière ou une partie, ou l'abandon d'une joint-venture. Les parties doivent alors céder une part contrôlante d'une entreprise, une partie de cette entreprise, un mélange d'actifs appartenant aux deux parties ("*mix and match*") ou offrir un accès indéfini à une facilité.. Si le choix du tiers acheteur se faisait classiquement après la signature des engagements - sous les conditions et les délais imposés par les autorités - une nouvelle tendance émerge, surtout aux Etats-Unis, où le Department of Justice tend de plus en plus à demander aux parties d'arriver lors de la

notification avec un *up-front buyer* acceptable, c'est à dire un tiers acheteur⁶⁰. Cette pratique permet non seulement de gagner du temps, mais également de diminuer le risque que les parties "vident" de leur sens les engagements en transférant les clients ou les brevets de l'entreprise cédée par exemple. Existente également les engagements comportementaux, qui reposent sur l'adoption ou la non-adoption d'un comportement particulier par les parties, souvent d'accès.

Un point apparaît néanmoins clairement que l'on se place au sein de l'Union Européenne ou aux Etats-Unis: il existait - et par ailleurs existe toujours - une préférence affichée pour les engagements structurels. Ainsi très récemment le Chief Antitrust américain, Makan Delrahim, a déclaré, dans une interview devant l'American Bar Association, préférer les engagements structurels aux comportementaux "*I expect to cut back on the number of long-term consent decrees we have in place and to return to the preferred focus on structural relief to remedy mergers that violate the law and harm consumers*"⁶¹. Cette préférence américaine était très présente, notamment dans le Divestiture Guide de 1999, qui servait de fil directeur en matière d'engagements (jusqu'à son remplacement en 2011). Au début des années 2000, tant était forte la disposition pour les engagements structurels que les autorités américaines n'utilisaient que très rarement - voire même jamais - des engagements comportementaux quand la concentration était de nature horizontale⁶².

De même, en Europe, les engagements structurels ont longtemps été favorisés par la Commission Européenne dans ses décisions. Ainsi cette dernière, dans son étude sur les engagements, souligne que sur les 96 décisions analysées, 84 pourraient être classées comme relevant des engagements structurels, contre seulement 12 comportementaux⁶³.

⁶⁰ Voir notamment l'étude du cabinet Skadden sur ce sujet: Antitrust and Competition :Trends in US and EU Merger Enforcement, Janvier 2016, consultable à cette adresse:

<https://www.skadden.com/insights/publications/2016/01/antitrust-and-competition-trends-in-us-and-eu-merger>

⁶¹ Assistant Attorney General Makan Delrahim Delivers Keynote Address at American Bar Association's Antitrust Fall Forum, Washington, DC , November 16, 2017

⁶² Bouguette et Montet *Doute sur les remèdes non-structurels dans le contrôle des concentrations*, Lamy, 2005, p.1 "*Il est relativement établi que les autorités préfèrent les remèdes structurels. C'est au moins vrai pour les US qui n'utilisent jamais de remèdes comportementaux dans des fusions horizontales*".

⁶³ EC Merger study, p 19

La pratique même de la Commission révèle, de ce côté aussi de l'Atlantique, ce déséquilibre entre les deux types d'engagements. Pour certains auteurs, l'utilisation des remèdes comportementaux revenaient même à "*jeter de la poudre aux yeux*", en faisant croire que les autorités travaillaient, alors qu'il n'en était rien⁶⁴ !

Ce déséquilibre trouve son origine dans toute une liste de raisons pour lesquelles les engagements structurels sont plus simples à mettre en oeuvre.

B. Raisons de cette préférence

La longue préférence des autorités américaines et européennes pour les remèdes structurels repose sur une longue liste de raisons, lesquelles sont autant pratiques que juridiques, mais surtout économiques et institutionnelles.

Dans un premier temps, d'un point de vue uniquement pratique, les engagements structurels, en ce qu'ils consistent en la cession de parts ou d'actifs, s'effectuent d'une traite et ne nécessitent pas de constante surveillance. A l'inverse des remèdes comportementaux dont la mise en oeuvre a besoin d'être surveillée, les engagements structurels, une fois qu'ils sont réalisés, ne posent pas de problèmes en terme de contrôle.

D'un point de vue purement économique, cette absence de surveillance rend les remèdes de cession moins chers pour la Commission Européenne et le Département de la Justice américain qui n'ont donc pas besoin d'allouer des ressources, autant humaines que financières, à la surveillance du respect des engagements. A cet égard par ailleurs, la Commission européenne a mis en place, un département spécialement dédié à la surveillance et au contrôle des engagements comportementaux. Il est révélateur de constater qu'après seulement quelques années d'existence, la Commission a choisi de fermer ce département et de réintégrer les équipes dans la Direction Générale de la Concurrence.

⁶⁴ Bouguette et Montet *Doute sur les remèdes non-structurels dans le contrôle des concentrations*, Lamy, 2005

De même les engagements comportementaux, à l'inverse des remèdes structurels peuvent avoir pour conséquence de forcer les régulateurs concurrentiels de se pencher très précisément sur la stratégie des entreprises, c'est à dire d'aller plus loin dans l'analyse que ce qu'il peut être demandé aux autorités pour les remèdes structurels.

Pour finir, d'un point de vue institutionnel, aux Etats-Unis, la préférence pour les engagements structurels peut s'expliquer au regard de l'organisation judiciaire. En effet, lors d'une procédure de concentration, si le DoJ ou la FTC décide de bloquer l'opération, ils devront construire un dossier qu'ils présenteront, en débat contradictoire, devant un juge fédéral. Or, si des engagements sont effectivement décidés, bien qu'ils seront pris par les parties devant l'administration, ce sera sous le contrôle du juge, qui sera ensuite dans l'obligation de veiller au respect de tels engagements, ce qui n'est absolument pas conciliable avec son rôle de juge. Si dans certains cas, pour pallier à cette difficulté, un trustee est appointé - et c'est lui qui veillera au respect des engagements - il n'est pas compliqué de comprendre pourquoi les juges américains ont une préférence marquée pour les engagements structurels pour lesquels ils n'ont pas besoin de s'engager sur des années. Il est intéressant de constater que l'Union Européenne, de par son système différent - les engagements sont pris par les parties devant la Commission qui en contrôle elle-même le respect - est institutionnellement plus à même de mettre en place des remèdes comportementaux.

Enfin, comme le signalent les professeurs John. E. Kwoka et Diana Moss, si les engagements structurels ne sont pas parfaits, ils ont au moins l'avantage d'être un diable connu, plutôt qu'un saut dans l'inconnu: *"In sum, it is clear that structural remedies have been the preferred method of resolving concerns with a proposed merger. Limitations with structural remedies do exist, but these have been identified and at least to some degree addressed"*⁶⁵.

⁶⁵ Kwoka, John E., and Diana L. Moss. "Behavioral merger remedies: evaluation and implications for antitrust enforcement." *The Antitrust Bulletin* 57.4 (2012): 979-1011.

La préférence pour les engagements structurels découle également d'une certaine logique économique.

§2. Visions économiques derrière les engagements structurels

La préférence pour les engagements structurels trouve également sa rationalité économique dans la vision du marché des autorités de concurrence (A.) ainsi que dans leur intérêt prononcé pour la question du prix (B.).

A. Visions du marché

L'utilisation récurrente des remèdes structurels peut également trouver un début d'explication dans la vision du marché des autorités de concurrence européenne et américaine, telle qu'elle découle du fondement du droit de la concurrence.

En effet, la première grande théorie économique, celle de d'Alfred Marshall dans son ouvrage *Principes d'économie politique*, repose sur la définition de deux types de marché, l'un dans lequel la concurrence est pure et parfaite, et l'autre dans lequel se trouve un monopole pur et parfait⁶⁶. Dans le premier marché, la concurrence est effectivement considérée pure et parfaite quand tous les acteurs ont maximisés leur surplus au regard des contraintes⁶⁷. Le monopoleur pur et parfait empêche une telle maximisation du surplus dans le second marché. Ces deux marchés sont considérés comme statiques, même si Marshall avait déjà identifié un phénomène d'économie dynamique (ce sera Pierro Straffa qui avancera la théorie selon laquelle tous les secteurs de l'économie sont susceptibles de basculer sous le monopole d'un seul acteur, notamment au regard de sa capacité à innover).

⁶⁶ Laurent Benzoni, *Loyauté de la concurrence et économie : une perspective historique*

⁶⁷ Ibid.

La vision des institutions découle de cette première approche en matière de concurrence, même si les autorités ont bien évidemment conscience que les marchés peuvent être dynamiques et que la théorie économique s'est depuis éloignée de cette idée de concurrence pure et parfaite, pour se tourner vers ce que J.M Clark a appelé "*la concurrence effective*"⁶⁸. Néanmoins, les remèdes structurels semblent plus vouloir maintenir un état de maximisation du surplus du marché, de manière assez statique, sans prendre en compte "*la destruction créatrice*" de Schumpeter. C'est parce que les marchés ne bougent pas, ou peu, que les autorités savent qu'une cession sera efficace sur du long terme, et donc, privilégiée (il est possible de prévoir la part de marché des concurrents à moyen et court terme suite à la cession, ce qui n'est pas le cas dans un marché en constante innovation).

Quid dès lors des marchés qui ne sont pas considérés comme statiques ?

Comme le rappelle Adrien Karsenty dans sa thèse *Les apports de l'économie industrielle à l'analyse concurrentielle des marchés de réseaux et services numériques*, les industries de réseaux - dont font partie les télécoms - ne peuvent être considérées comme des marchés statiques: "*Or le fonctionnement de la concurrence sur les marchés de réseaux dépend pour partie du degré d'interdépendance entre les acteurs et la production de technologies innovantes (...), de sorte que les changements de fonction de production, de coûts, de demande, sont endogènes aux marchés et doivent être appréhendés comme étant l'objet même la concurrence et non comme étant leur effet*"⁶⁹. Dès lors, "*le déséquilibre concurrentiel*" doit être considéré "*la norme*", plutôt que le problème.

Si la vision historique du marché en droit de la concurrence permet ainsi d'apporter un début d'explication économique quant à la préférence du droit américain et européen pour les engagements structurels, son évolution permet à son tour d'éclairer la part accordée aux remèdes structurels dans le marché des télécoms.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Adrien Karsenty *Les apports de l'économie industrielle à l'analyse concurrentielle des marchés de réseaux et de services numériques*, 11 décembre 2017

B. La question du prix

Le Department of Justice, tout comme la Federal Trade Commission ou la Commission Européenne, dans leurs analyses des risques concurrentiels posés par les concentrations dans le secteur des télécoms apparaissent accorder une grande importance à la question du prix.

Ainsi, à titre d'exemple, dans la décision AT&T / T-Mobile, dans laquelle la FTC s'est opposée au rapprochement du premier et du quatrième opérateur américain, les arguments avancés sont principalement tous liés au risque d'augmentation des prix. Ainsi, le juge signale le rôle du maverick⁷⁰ important joué par T-Mobile: “ *a company with a self-described "challenger brand," that historically has been a value provider, and that even within the past few months had been developing and deploying "disruptive pricing" plans - places important*”⁷¹, en insistant sur sa capacité à fournir des plans de téléphonie à des prix qu'il qualifie de “déstabilisants”. Il met ensuite l'accent sur l'importance de T-Mobile en termes de force compétitive⁷², qui permet de baisser les prix. Dans cette décision, la question de l'investissement - c'est à dire si le rapprochement serait de nature à inciter ou au contraire, à limiter les investissements de la nouvelle entité - pourtant fondamentale dans le secteur des télécoms qui nécessite continuellement de nouvelles infrastructures, est complètement occultée dans le raisonnement de l'administration.

De même, au niveau européen, c'est encore une fois la question du prix qui l'emporte, avec l'importance des MVNOs dans le champ concurrentiel. Ainsi, les autorités européennes ont longtemps insisté sur l'importance de l'émergence, du maintien, et surtout de l'évolution des MVNOs en opérateurs disposant de leur propre

⁷⁰ Aussi appelé “franc-tireur”, le maverick est le concurrent qui permet de changer l'équilibre concurrentiel du marché (souvent par une baisse de prix), sans pour autant disposer d'une part de marché importante

⁷¹ United States v. AT&T, T-Mobile, and Deutsche Telekom, 31 août 2011

⁷²Ibid. “*Competitive pressure on its three larger rivals, particularly in terms of pricing, a critically important aspect of competition. AT&T's elimination of T-Mobile as an independent, low- priced rival would remove a significant competitive force from the market*”

infrastructure⁷³. Cet intérêt est cependant critiqué à certains niveaux: en effet, si le prix facial n'a pas bougé dans les télécoms européens depuis la dernière vague de concentration (en France à titre d'exemple, depuis la stabilisation du marché suite à l'entrée de Free), les offres se sont enrichies. Si les forfaits proposaient un temps limité d'appel et un nombre de SMS, ils ont ensuite évolués vers un nombre illimité de messages. Internet n'était pas présent dans tous les forfaits. Après les messages illimités, sont arrivés les appels illimités vers un certain nombre de contacts, avant d'être élargis à tous les appels. A cela s'est ajouté de plus en plus d'internet, jusqu'à aujourd'hui, où, avec des forfaits à 30Go d'internet, on peut considérer que l'accès à internet est quasiment illimité. Ainsi, le prix de la minute, lorsque presque une majorité de forfaits proposent des options "appels illimités", s'est totalement effondré, pour les opérateurs qui ne facturent plus que le prix de la ligne. Devant une telle concurrence par les offres, les coûts d'opération des télécoms augmentent, et cela se traduit par une baisse de l'investissement dans les infrastructures.

La question du prix, très importante pour les autorités américaines et européennes, peut ainsi être reliée de manière indirecte à la préférence pour les remèdes structurels. Parce qu'il est en général plus simple de prévoir les effets des engagements structurels, ces derniers ont été utilisés de manière beaucoup plus fréquente que les remèdes comportementaux.

Ainsi, le droit américain et européen de la concurrence, par leurs racines communes, présentent des législations très similaires en matière de contrôle des

⁷³ Voir par exemple sur ce sujet: Laurent Benzoni et Pascal Dutru, *The Radio Spectrum Ladder of Investment to Promote Innovation and Competition in Mobile Markets*, Digiworld Economic Journal, No. 102, 2nd Q. 2016

concentrations. Malgré l'utilisation de la concurrence pour ouvrir le marché des télécommunications à de nouveaux entrants, la libéralisation de ce marché ne s'est pas réalisée de la même manière, ce qui aura des conséquences sur les caractéristiques des marchés européens et américains, qui apparaissent avoir des logiques de fonctionnement différentes. Tout cela a un impact sur les engagements structurels, qui sont à ce stade de la réflexion, toujours le remède privilégié par les autorités américaines et européennes.

Ces caractéristiques des marchés laissent cependant prévoir ce qui fera l'objet de notre seconde partie, c'est à dire l'émergence des remèdes comportementaux pour faire face à de nouveaux défis.

Chapitre 2. Etats-Unis et Union Européenne: des marchés aux logiques différentes

Le marché européen et le marché américain des télécommunications présentent des logiques de fonctionnement différentes, qui proviennent de leur évolution (Section 1.). Tout cela est intimement lié aux divergences économiques et aux politiques publiques (Section 2.).

Section 1. Les conséquences de l'évolution différente des marchés

Les systèmes comparés présentent des caractéristiques particulières quant aux problématiques concurrentielles posées par le rapprochement de leurs opérateurs, caractéristiques importantes lors du choix des remèdes (§1.). Les Etats-Unis et l'Union Européenne sont aussi confrontés aux conséquences de leur différente ouverture à la concurrence (§2.).

§1. Caractéristiques des marchés

Tant le dégroupage américain (A.) que l'application différente de la règle de droit en Europe (B.) sont des caractéristiques particulières aux marchés qui ont des conséquences sur la prise des engagements structurels.

A. Incidences du découpage géographique américain sur les engagements

Le marché américain des télécoms est ainsi différent du marché européen, différence qui découle de son évolution historique. Concernant le marché du mobile, il est ainsi caractérisé par un grand nombre d'opérateurs locaux, et seulement 4 opérateurs présents sur tout le territoire national (AT&T, Verizon, T-Mobile et Sprint). Les opérateurs locaux sont des “*Mobile Virtual Network Operator*” (MVNOs), mais ils ne sont pas tous situés au même niveau sur l'échelle de développement. Ainsi, pour reprendre l'échelle proposée par le Professeur Benzoni et Pascal Dutru, le MVNO doit passer par 5 étapes de développement⁷⁴:

1. Revente de service d'opérateurs achetés en gros (le nouveau entrant sur le marché n'a pas son propre réseau)
2. Achat de services bitstream (le nouvel entrant possède les éléments de base pour les connections internet)
3. Achat partiel de services dégroupés (l'entrant sur le marché possède sa propre infrastructure et loue uniquement de la bande passante sur la boucle locale)
4. Achat de tous les services dégroupés (traitement des abonnés d'un bout à l'autre, par la location de la boucle locale)
5. Déploiement de sa propre boucle locale, il contrôle l'infrastructure en entier. C'est un opérateur⁷⁵.

Pour arriver à l'échelon supérieur, celui dans lequel l'opérateur a développé sa propre boucle locale (il possède donc sa propre infrastructure), le nouvel entrant doit donc commencer par acheter d'abord du réseau, puis louer l'accès à certaines part du

⁷⁴ Laurent Benzoni et Pascal Dutru, *The Radio Spectrum Ladder of Investment to Promote Innovation and Competition in Mobile Markets*

⁷⁵ Ibid, traduction de l'échelle précitée.

réseau, locations qui à terme sont vouées à disparaître à mesure qu'il développe sa propre infrastructure. La survie de ces opérateurs dépend donc des accords d'accès négociés entre les opérateurs disposant de leurs propres infrastructures, et les MVNOs.

Le grand nombre de petits opérateurs au niveau régional sur le marché américain ne leur permet pas à tous d'avoir la capacité de développer leurs infrastructures. Ces opérateurs devront donc dès lors négocier pour avoir accès au réseau. Il convient de noter que cette concurrence par les services, plutôt que par les infrastructures, n'était pas ce qui a été envisagé avec le Telecom Act de 1996.

Dès lors, il est vital pour le bon fonctionnement du marché que l'accès au réseaux soit encadré: les Etats-Unis ont ainsi mis en place des obligations pour les 4 opérateurs nationaux d'ouvrir l'accès à leurs infrastructures par la conclusion de contrat d'accès. Si cette obligation de fournir un accès est caractérisé par l'absence de limite de temps, donc si c'est un accès pour un temps indéfini, cela peut être caractérisé comme un remède structurel. Attention cependant, cette particularité est en train de disparaître.

Le marché américain a donc ainsi, par son découpage historique, une incidence sur les préférences locales pour les engagements structurels. La nature même de ces accès, qui passe par une obligation de comportement, laisse cependant déjà présager les prémises d'un besoin plus fort pour des remèdes comportementaux.

Ce besoin d'accès existe aussi dans les différents pays européens (surtout au regard de l'importance des MVNOs pour le régulateur européen), mais à moindre échelle. En effet, sur le marché européen, cet accès est vu comme un échelon, et non pas, comme c'est le cas pour certains MVNOs aux Etats-Unis, comme une une logique de fonctionnement qui n'a pas vocation à changer.

B. L'application différente de la règle de droit en Europe

Si les Etats-Unis ont comme caractéristique du marché, la conséquence d'un découpage du marché entre les acteurs du fixe et du mobile, le marché européen est quant à lui caractérisé par une application de la règle de droit qui diffère selon les pays.

L'Union Européenne, dont le fondement légal est notamment composé du Traité de Fonctionnement de l'Union Européenne, a mis en place un ensemble de règles dont l'application et la mise en oeuvre varient selon leur type. Ainsi, certains domaines relèvent de la compétence exclusive de l'Union, qui seule légifère sur ces derniers, à charge pour les Etats Membres d'implanter la législation européenne dans leur droit national, ou d'harmoniser ce dernier. Le droit de la concurrence est l'un de ces domaines relevant d'une compétence exclusive, au titre de l'article 3 du TFUE. D'autres secteurs voient une compétence partagée entre l'Union et les Etats Membres, tandis que d'autres encore ne relèvent que des volontés législatives nationales.

Les règles de compétence exclusive de l'Union Européenne s'appliquent partout, théoriquement de la même façon, sur le territoire de l'Union. Ainsi, les articles 101 et 102 du TFUE, concernant les ententes et les abus de position dominante sont retranscrits de manière relativement similaire aux articles L.420-1 à L.420-6 et L.430-1 à L.430-7 du code de commerce français, mais également aux articles 1-3 et 19 à 20, du *German Act Against Restraint of Competition*. La France et l'Allemagne, mais aussi l'Autriche et l'Irlande ont tous intégré dans leur législation les concepts d'engagements structurels et comportementaux, ainsi que leurs conditions d'application. Cette proximité des textes devrait dès lors se traduire par une application similaire du droit de la concurrence partout en Europe.

Or, comme le souligne Thomas Hoehn dans son étude des différents types d'engagements pris par les entreprises dans le cadre d'un contrôle des concentrations dans les pays européens, la seule tendance qui apparaît, c'est qu'en fonction du pays, voire même du secteur, la règle de droit, pourtant unitaire, est appliquée différemment. Ainsi, il propose une délimitation géographique entre les pays du Nord et ceux du Sud: ces derniers, dont la France fait partie, appliqueront de manière plus prononcée les engagements comportementaux, tandis que les pays du Nord - dont l'Allemagne et l'Angleterre - auraient une préférence pour les engagements comportementaux. Et de conclure: “ *Overall, this analysis suggests that while there may be increasing harmonisation in the merger control laws and procedures across countries, different NCAs (National Competition Authorities) take different paths in their practice and*

*application*⁷⁶. L'auteur va même plus loin en discernant une préférence pour un type d'engagement selon le secteur d'activité concerné ; ainsi les communications, par leurs obligations d'accès et de contenus, seraient plutôt tournées vers les engagements comportementaux⁷⁷.

Le marché européens, au niveau même de l'application de la règle de droit des engagements, comporte déjà une caractéristique majeure le différenciant du marché américain: la difficile harmonisation de 27 pays aux us et coutumes différents, et dont la vision de la règle peut grandement différer, même si cette règle est la même pour tous.

Alors que le marché américain permet une harmonisation qui laisse présager une tendance uniforme, les Etats Membres de l'Union Européenne interprètent différemment une règle similaire. Ces caractéristiques laissent présager d'une évolution différente des marchés.

§2. Evolution des marchés

L'évolution actuelle des marchés des télécoms soulève également des problématiques différentes pour les autorités européennes et américaines : la question du nombre d'opérateurs fait encore débat en Europe, ce qui s'est traduit par une préférence pour les engagements structurels, et qui aujourd'hui conduit à un changement de mentalité (A.) La problématique de la concurrence par les infrastructures ou par les services dirige également le choix de la Commission et du DoJ quant aux engagements (B.).

⁷⁶ Thomas Hoehn, *Structure vs. Conduct - A comparison of the National Merger Remedies Practice in 7 EU countries*, *International Journal of the Economics of Business*, Vol.17, N°1, February 2010.

⁷⁷ Ibid, p. 28

A. Evolution suite aux concentrations: le nombre d'opérateurs

Au sein de l'Union Européenne, s'est posée - et se pose toujours - une question économique qui va façonner la façon dont le marché des télécoms est appréhendé par les autorités de concurrence: celle du nombre optimal d'opérateurs sur le marché.

Cette question est d'importance, car elle va pousser les autorités, dans le cadre du contrôle des concentrations, à choisir certains engagements plutôt que d'autres. Un engagement structurel, de cession, aura pour effet de créer, ou de renforcer la capacité compétitive, d'un concurrent. Un engagement comportemental aura plus une finalité de protection du marché tel qu'il est pour l'instant, à charge aux concurrents qui en sont capables de se faire une place.

Le Commissaire Européen à la Concurrence, Margrethe Vestager, disait récemment qu'il n'y a pas de "magic number"⁷⁸. Pourtant, la littérature économique est contrastée : pour certains, les concentrations faisant passer de 4 à 3 le nombre d'opérateurs se traduit par une hausse des prix⁷⁹ ; pour d'autres, un tel changement du nombre d'opérateurs n'a pas d'effets sur les prix. Enfin, d'autres trouvent que le prix baisse lorsque le marché passe à 3 opérateurs⁸⁰. Il semblerait qu'au-delà de 4 opérateurs, le marché soit plus difficilement viable, comme le rappelle le Professeur Benzoni "*In this context and with intensive price competition, market structures with four or five infrastructure operators become unsustainable in the long run*"⁸¹.

Dans le cadre de ce débat, trois concentrations au niveau européen ont récemment fait l'objet d'une étude par le BEREC - le régulateur européen des télécoms - quant aux conséquences du passage de 4 à 3 opérateurs, et les enseignements qu'il faut en tirer au regard des engagements. il s'agit des opérations:

⁷⁸ K. Tyagi, *Four to Three Telecoms Mergers: Substantial Issues in EU Merger Control in the Mobile Telecommunications Sector*, 1er Février 2018

⁷⁹ Aguzzoni et al (2015) in *BEREC Report on Post-Merger Market Developments - Price Effects of Mobile Mergers in Austria, Ireland and Germany*, 15 juin 2018

⁸⁰ GSMA (2017) - financée par Orange in *BEREC Report on Post-Merger Market Developments - Price Effects of Mobile Mergers in Austria, Ireland and Germany*, 15 juin 2018

⁸¹ Laurent Benzoni et Pascal Dutru, *The Radio Spectrum Ladder of Investment to Promote Innovation and Competition in Mobile Markets* *Digiworld Economic Journal*, No. 102, 2nd Q. 2016 p.38

- 1) The Hutchison/Orange fusion en Autriche en 2013,
- 2) The Hutchison/Telefónica fusion en Irlande en 2014,
- 3) The Telefónica/KPN fusion en Allemagne en 2014.

Ces trois opérations, qui seront étudiées plus en détail dans la seconde partie, présentent toute la caractéristique de faire passer le nombre d’opérateurs de 4 à 3.

Au regard des prix (toujours cet intérêt pour les prix des autorités), le régulateur parvient au constat que, dans le secteur des rapprochements d’opérateurs mobiles, les engagements structurels ne sont pas toujours possibles. Et les engagements comportementaux mettent parfois un certain temps avant d’être effectifs: “*Structural remedies might not be possible to implement at all and MVNO remedies may take considerable time to become effective or might not be sufficiently effective*”⁸². Dans les trois opérations, des engagements structurels et comportementaux ont été pris (avec une majorité de remèdes de comportement). Il semblerait, pour l’instant, que seuls les comportementaux aient eu un effet. Ainsi, dans le cas du rapprochement Telefónica/KPN en Allemagne, le MVNO bénéficiant des engagements comportementaux a pu gagner une part de marché suffisante pour restaurer la concurrence. Dans ces opérations, le nombre d’opérateurs nationaux tombait à 3, ce qui est, pour certains économistes, la seule solution: “*Four is too many, Two is too few*”⁸³.

Cette question du nombre d’opérateurs, qui agite toute l’Europe dès lors qu’un rapprochement est annoncé, permet cependant d’apporter un éclairage nouveau sur la question des engagements. A travers ces récentes expériences et questionnements, il semblerait que dans le marché de la téléphonie mobile, l’Union Européenne ait commencé un revirement quant à sa considération des engagements comportementaux.

⁸² Rapport BEREC précité

⁸³ Pr. Laurent Benzoni

Les caractéristiques du marché américain font que la question du “nombre magique” se pose aussi, mais avec moins d’acuité. En effet, eu égard au découpage historique du marché (et la séparation fixe mobile), ainsi que la taille du pays, les autorités concurrentielles s’attachent moins, de manière réaliste, à la création d’un certain nombre d’opérateurs nationaux.

B. Concurrence par les infrastructures ou concurrence par les services

Une autre question ayant une influence indirecte sur les engagements est celle de la concurrence par les infrastructures ou par les services.

La concurrence par les infrastructures repose sur la capacité pour les opérateurs, de posséder en propre toute leur infrastructure de réseau. Ils seront ainsi concurrents d’un bout à l’autre de la chaîne. A l’inverse, la concurrence par les services présuppose que tous les opérateurs n’investissent pas dans leur propre réseau, mais utilisent celui - par exemple - de l’opérateur historique. Ils entrent en concurrence plus en aval sur le marché, au moment de l’offre de contenus aux consommateurs. Au regard de l’investissement demandé pour la construction et l’entretien d’un réseau, auquel s’ajoute la présence d’un opérateur historique possédant déjà ses propres infrastructures, il apparaît raisonnable que cette question se pose.

Aux Etats-Unis, l’objectif affiché du Telecom Act de 1996 était de développer, à terme, la concurrence par les infrastructures, la concurrence par les services étant envisagée comme un outil transitoire permettant aux opérateurs de développer leurs réseaux en propre. Il s’est cependant avéré que c’est la concurrence par les services qui a été préférée par les opérateurs, au point où le développement des infrastructures a stagné et l’accès à la boucle locale des opérateurs déjà installés représentait, en 1999, près de la moitié du marché⁸⁴. Le consensus actuel s’entend à dire que cette évolution a cependant

⁸⁴ Laurent Benzoni et Patrice Geoffron, “*Optimal Mobile Telephony Market Structure in Europe: “Two are too Few and Four are too Many”?*” in *Infrastructure versus Service-Based Competition: The Case of Mobile Telecommunications*, 2008, Quantifica Publishing p. 38 eq.

fragilisé les concurrents potentiels par rapport à certains pays européens, dans lesquels la concurrence par les infrastructures a été fortement encouragée.

Cette dichotomie entre infrastructures et services a vu une solution dans ce que Martin Cave a appelé *ladder of investments*, l'échelle d'investissements, permettant aux MVNOs d'utiliser de moins en moins le réseau des opérateurs en place au fur et à mesure qu'ils construisent leur propres réseaux.

Dans le contexte actuel d'homologation des offres, qui sont sans cesse de plus en plus fournies alors que le prix facial ne change pas, la concurrence par les services paraît avoir un fort potentiel. Il convient cependant d'être prudent, car ce type de concurrence ne permet pas à terme aux petits opérateurs de vraiment représenter un danger concurrentiel pour les gros opérateurs⁸⁵.

Au regard des engagements, il serait possible de considérer que les obligations d'accès qui ont une durée limitée, celles tentant de créer un effet de levier pour permettre aux MVNOs de monter dans cette fameuse échelle d'investissements, puissent être reliées aux engagements comportementaux, voire hybrides. De même, la concurrence par les infrastructures pourrait être liée aux engagements structurels, en ce que ces derniers, en comportant une obligation de cession, permettent au tiers acheteur de posséder en propre une partie des actifs des opérateurs voulant se rapprocher.

Dès lors, l'engouement initial pour les engagements structurels, dans le marché de la téléphonie mobile, pourrait trouver également une explication dans la tentative initiale de favoriser les engagements structurels. De même, l'émergence prononcée d'une certaine concurrence par les services permet d'expliquer pourquoi il est possible de constater aujourd'hui un regain d'intérêt pour les remèdes hybrides et de comportement.

Ainsi, malgré des logiques de marché différentes et des problématiques qui peuvent diverger, les Etats-Unis et l'Union Européenne ont tous deux marqué une certaine appétence pour les remèdes structurels. Les raisons d'une émergence des

⁸⁵ Ibid.

engagements comportementaux trouvent aussi une part d'explication dans ces questionnements propres aux marchés européens et américains.

La question du nombre, qui s'est posée avec acuité en Europe, et le problème de la concurrence par les infrastructures ou les services permettent d'expliquer, d'une certaine façon, pourquoi, après des décennies de préférence pour les engagements structurels, c'est l'Union Européenne, et pas les Etats-Unis, qui a commencé à inverser cette tendance.

Section 2. Divergence des visions économiques

Les divergences économiques liées aux politiques publiques (§1.) seront le terreau de la remise en question des engagements structurels (§2.) pour des raisons cependant différentes.

§1. Vision économique et politiques publiques

Deux politiques publiques influencent en particulier les visions économiques du marché des télécoms: il s'agit du problème de l'harmonisation européenne (A.), et celui de la place accordée aux consommateurs dans la concurrence des télécoms (B.).

A. Le problème de l'harmonisation européenne face au fédéralisme américain

Un premier constat s'impose quant à la comparaison des marchés européen et américain: l'un est composé de 27 pays, l'autre d'un seul. Une harmonisation des règles est donc nécessaire dans l'un, et son application ne sera pas toujours uniforme malgré l'unicité de cette règle. Il faut également accepter les différences nationales d'un Etat Membre à l'autre. D'un autre côté, les Etats-Unis, composé d'un seul pays, ont plus de souplesse dans la mise en oeuvre de la règle.

Ainsi dans un premier temps, concernant l'attribution des fréquences de télécommunications, nécessaires à tous les opérateurs, l'Union Européenne autorise l'attribution de ces fréquences pays par pays. Chaque Etat Membre dispose de sa procédure autonome et spécifique. De même, les fréquences ne sont pas attribuées pour la même durée selon les pays. A ce titre, le Code européen des télécommunications, dont la rédaction est en cours de négociation⁸⁶, a souhaité harmoniser cette durée pour tous les Etats Membres, mais certains Etats s'opposent toujours quant à la durée de cette attribution. De même, dans le cadre du déploiement de la 5G, le Code européen des télécoms pose la même date limite d'attribution des fréquences, et envisage une durée de 20 ans pour tous les opérateurs. En revanche, les modalités d'attribution sont toujours laissées à l'appréciation des Etats⁸⁷: l'harmonisation des procédures a ainsi encore du chemin à parcourir au niveau européen.

A l'inverse, en droit américain, la procédure d'attribution des fréquences s'effectue au niveau fédéral, par un acteur unique - en l'espèce, la FCC⁸⁸. Dès lors, comme le souligne l'ARCEP *“S'agissant des mobiles, les conditions de base sont très différentes car l'espace européen est fragmenté dans les procédures d'attribution des licences tandis que l'espace américain est homogène en procédures et fragmenté en raison de l'interdiction constitutionnelle d'octroyer des licences mobiles que l'ensemble des Etats de l'union”*⁸⁹. Il convient donc de souligner que le fédéralisme américain, permet, sur ce point d'enjeu crucial sur le marché des télécoms - une uniformisation des procédures, ce que l'Union Européenne ne fait pas.

De même, l'Union Européenne doit composer avec les spécificités nationales de ces États Membres. Ainsi par exemple, la France est l'un des pays européens à avoir, dans certains opérateurs, comme c'est le cas d'Orange, un poids important dû aux capitaux nationaux. Comment dès lors, le droit de la concurrence, d'inspiration

⁸⁶ Communiqué de presse du Gouvernement sur ce sujet, en date du 13 juin 2018, consultable à cette adresse:

<https://www.economie.gouv.fr/accord-5-juin-2018-projet-code-europeen-communications-electroniques>

⁸⁷ *Télécoms, un code Européen pour doper les investissements*, Les Echos, 6 juin 2018

⁸⁸ ARCEP, Rapport sur la mission aux USA, 2014, p12

⁸⁹ Ibid.

européenne, peut-il avoir un impact uniforme lorsque les entreprises ont derrière elles la force d'un Etat ? De même, toujours au titre des spécificités françaises, il semblerait, qu'en cas d'opération de concentration entre des opérateurs téléphoniques français, les seuils européens de 5 milliards de chiffre d'affaires mondial pour les deux parties et de 250 millions pour au moins l'une des parties ne seraient pas dépassés: il reviendrait dès lors à l'Autorité de la concurrence française d'examiner les conditions d'une opération dont les résultats se feraient sentir dans toute l'Europe.

Enfin, comme il a été souligné précédemment, la même règle de droit ne reçoit pas la même application dans tous les pays membres. Ainsi comme le souligne K. Tyagi, dans son article *Four to Three Telecoms Mergers: Substantial Issues in EU Merger Control in the Mobile Telecom Sector*, il existe une différence de décisions entre la Commission Européenne et l'autorité de concurrence britannique (CMA), alors même s'il s'agit de la même opération de concentration ! En l'espèce, la Commission a refusé le rapprochement de H3G et de Telefonica UK, alors que la CMA l'a autorisé inconditionnellement. A ce stade, ce ne sont même plus les divergences dans les prises d'engagements qui posent problème, mais bien l'interprétation différente par les Etats de la règle. De façon similaire, comme expliqué précédemment, les pays du Nord et du Sud de l'Europe ont des tendances à préférer un certain type d'engagement à d'autres, et ce au détriment d'une harmonisation plus générale.

Le fédéralisme américain permet ainsi d'avoir un marché des télécommunications plus harmonisé, dans lequel les règles sont similaires et appliquées pareillement sur tout le territoire, ce qui n'est pas (encore) le cas au niveau de l'Union Européenne.

Le problème d'harmonisation européen est ainsi à mettre en perspective avec la volonté de l'Union Européenne de créer un "*marché européen des télécoms*". Face à cet enjeu, il est d'autant plus crucial pour la Commission de mettre en place les outils adaptés pour résoudre les problèmes posés par les rapprochements des opérateurs européens, qui ont chacun leur propre particularité. Et pour s'adapter à des particularités nationales, quoi de mieux que des engagements taillés sur mesure, c'est à dire plutôt comportementaux ou hybrides ?

B. Visions économiques différentes : la concurrence, les concurrents et les consommateurs

Ces marchés européens et américains, en plus de leurs différences structurelles et politiques caractéristiques, ont également développé une divergence dans la vision économique du droit de la concurrence, ce qui conduit à une vision différente des engagements.

Il a souvent été dit, notamment par des économistes partisans d'un certain recul de l'interventionnisme de l'Etat⁹⁰, que la Federal Trade Commission a utilisé les engagements et le contrôle des concentrations pour obtenir des concessions importantes des opérateurs, concessions qui sont tournées vers un objectif qui serait, selon ces auteurs, le résultat d'une erreur économique. En effet, suite à l'adoption en 1996 du Telecom Act, la FCC aurait adopté une vision tournée vers une protection du concurrent, plutôt que de la concurrence - ou des consommateurs⁹¹. Selon Gerardin et Sidak, cette vision se traduirait par une préférence marquée pour les engagements qui protègent plus ledit concurrent. De cette assertion, il pourrait être possible d'en découler une autre: les engagements protégeant plus le concurrent ont sans doute plus à voir avec les engagements structurels qui résolvent le problème avant le début de l'opération. En effet, à l'inverse, les comportementaux engagent les parties sur une durée qui va plus loin que la simple réalisation de la concentration, et n'assurent pas toujours une protection pérenne au concurrent: ils assurent "juste" une protection suffisante pour que ce concurrent s'adapte aux nouvelles réalités du marché. Il serait également facile de relier cette vision du marché orienté vers la protection du consommateur vers l'histoire américaine, marquée par le libéralisme du protestantisme, l'individualisme sur lequel est fondé la société, et les appels récurrents à une place moindre de l'Etat fédéral.

L'Union Européenne aurait quant à elle une tendance historique à la protection du marché européen à travers la concurrence, avec un fort accent mis sur la protection

⁹⁰ Voir notamment: Kahn, Hausman et Taylor, Gerardin et Sidak (2005)

⁹¹ Gerardin et Sidak (2005) *European and American Approaches to Antitrust Remedies and the Institutional Design of Regulation in Telecommunications*

du consommateur. En effet, à ce titre, les Lignes Directrices de l’Autorité de la Concurrence française, rappellent bien que: *“Le contrôle des concentrations poursuit un objectif d’intérêt général qui consiste à protéger la concurrence et ses effets positifs sur la compétitivité globale de l’économie, l’innovation et le bien-être des consommateurs. Comme cela a déjà été signalé ci-dessus au § 2, le contrôle des concentrations n’a donc pas vocation à préserver les intérêts particuliers de concurrents ou fournisseurs des parties, mais peut conduire à prévoir des mesures les protégeant si cela s’avère utile au maintien d’une concurrence effective sur les différents marchés concernés”*⁹². Au sein de l’Union Européenne, le droit de la concurrence a en effet longtemps été utilisé par les politiques publiques comme outil d’harmonisation et de mise en place du marché commun, et du projet européen, en tout cas en ce qui concerne sa phase économique. Cette protection de la concurrence, avec un plus fort accent mis sur les consommateurs participe donc à la création d’une logique de marché différente : les engagements demandés seront donc sous-tendus par une vision économique et politique bien différente, qui vient des origines de la création européenne. De même, le rêve politique de la création d’un marché commun des télécoms, dans le cadre duquel s’inscrit par ailleurs l’actuel Code Européen des télécoms repose sur une idée de protection du consommateur, plus que des concurrents.

Cette différence de vision économique et politique a néanmoins eu un impact similaire: chacun à leur façon, ces marchés ont commencé à remettre en cause les engagements structurels. En effet, des questionnements quant au “nombre magique”, au problème de la concurrence par les infrastructures ou les services, en passant par les défis d’uniformisation du droit européen et les problèmes d’accès pour les américains, un nouveau besoin, celui d’une régulation concurrentielle plus souple, se fait sentir. Ainsi, malgré des logiques de fonctionnement différents qui amènent des problèmes différents, il semblerait que les marchés comparés se dirigent vers une solution relativement similaire.

⁹² Lignes Directrices relatives au contrôle des concentrations, 2013, Autorité de la concurrence, § 317. Soulignement ajouté

§2. Remise en cause des engagements structurels

Les engagements structurels ont ainsi fait l'objet d'une critique récente (A.) tant au regard des difficultés qu'ils posent, mais également en raison de la nature intrinsèque du marché des télécoms (B.).

A. La critique des engagements structurels

Les professeurs John Kwoka et Diane Moss, dans leur étude des engagements dans le cadre du contrôle des concentrations⁹³, soulignent ainsi les critiques faites à l'égard des engagements structurels :

Dans un premier temps, une asymétrie d'informations est toujours visible dans les opérations de rapprochement : l'autorité de concurrence sera toujours celle ayant le moins d'informations quant à la nature du marché ou des orientations des entreprises. Pour certains économistes, cette asymétrie d'informations est particulièrement visible dans la procédure de cession à un tiers acheteur. En effet, les parties auront toujours intérêt à ne pas vendre leurs actifs au meilleur concurrent, même si ce dernier fait une meilleure offre. En effet, sur le long terme, mieux vaut un acheteur devenu concurrent avec lequel il est possible de s'entendre pour ne pas lancer une meilleure offre. Selon Joseph Farrell, l'acheteur est ainsi toujours un allié des parties⁹⁴.

Dans un second temps, les parties à l'opération auront toujours intérêt à faire en sorte que les actifs cédés ne soient pas concurrentiels, que ce soit par la vente d'actifs essentiels, de brevets, ou encore la perte organisée de clients. A titre d'exemple, lors du rachat du groupe SFR par Altice/Numericable, les parties s'étaient entre autres engagées à céder les activités d'Outre Mer Télécoms à Mayotte et à la Réunion. Or, avant la cession, les parties ont, par une augmentation soudaine et injustifiée des prix, grandement diminué la capacité compétitive de l'entreprise, en plus de lui faire perdre un nombre conséquent d'abonnés. Cette pratique, qui a par ailleurs été sanctionnée par l'Autorité de

⁹³ Kwoka, John E., and Diana L. Moss. "Behavioral merger remedies: evaluation and implications for antitrust enforcement." *The Antitrust Bulletin* 57.4 (2012): 979-1011.

⁹⁴ Joseph Farrell, in François Lévêque, Howard Shelanski, *Merger Remedies in American and European Union Competition Law*, 2003

la Concurrence française par une amende à hauteur de 15 millions d'euros⁹⁵, a néanmoins réduit le risque concurrentiel posé par l'activité cédée.

De même, les autorités, en demandant des engagements structurels envisagent une structure particulière du marché après l'opération, ce qui n'est pas toujours ni possible, ni la meilleure voie en fonction des secteurs. Ainsi, selon K. Tyagi, "*considering the dynamic nature of telecommunications sector, the Commission's attempt to identify trends with absolute certainty may, in the long run, prove detrimental to innovation-led competition*"⁹⁶. Toute l'idée économique sur laquelle repose les engagements structurels, qui est d'opérer des rectifications "physiques" sur le marché pour que l'opération ne nuise pas à la concurrence, est fondée sur le fait que les autorités de concurrence ont une vision du marché tel qu'il doit être après l'opération. Or, cette vision du marché tel qu'il devrait être est non seulement complexe à obtenir, quand elle n'est pas impossible, mais elle peut également avoir pour effet de "bloquer" le marché pour l'avenir, en empêchant par exemple les innovations.

Enfin, les engagements structurels, en ce qu'ils amènent les parties à discuter de manière très proche avec le tiers acheteur qui deviendra ou est déjà, un concurrent, favorise les collusions. En effet, l'échange d'informations et le rapprochement entre concurrents qui s'opère à ce moment particulier, auquel s'ajoute l'intérêt des parties à ne pas céder leurs actifs au concurrent le plus agressif en terme de prix ou d'innovation, tend à augmenter les risques d'ententes sur le marché.

A la lumière de ces problèmes, la Commission européenne a donc commencé à demander des engagements dits "*fix it first*" ou "*up-front buyer*": *fix it first* consiste à régler le problème concurrentiel posé par l'opération avant que l'autorité de concurrence ait besoin de demander des engagements, l'une des façons de régler ce problème en premier étant d'arriver lors de la notification avec un "*up-front buyer*", c'est à dire un

⁹⁵Autorité de la Concurrence, Décision n°16-D-07 du 19 avril 2016 relative au respect de l'engagement de cession des activités de téléphonie mobile d'Outremer Telecom à La Réunion et à Mayotte figurant dans la décision autorisant l'acquisition de SFR par le groupe Altice

⁹⁶K. Tyagi, *Four to Three Telecoms Mergers: Substantial Issues in EU Merger Control in the Mobile Telecommunications Sector*, 1er Février 2018

acheteur agréé par la Commission pour que la cession se réalise avant l'opération. Ces solutions permettent d'empêcher notamment la détérioration volontaire des actifs cédés, mais ne résout cependant pas tous les problèmes inhérents aux engagements structurels.

B. Les caractéristiques du marché des télécoms comme raison de la remise en cause des engagements structurels

Malgré des caractéristiques historiques communes, les marchés des télécoms américain et européen possèdent chacun leur logique propre, ainsi que leurs caractéristiques, qui viennent entre autres du découpage géographique américain et de la difficile harmonisation de l'application de la règle de droit au sein de l'Union Européenne. A ces caractéristiques s'ajoutent une évolution différente qui a vu les autorités s'interroger sur le nombre d'opérateurs, et sur la question de la concurrence par les infrastructures ou par les services. Ces évolutions et logiques différentes sont particulièrement voyantes lors de la mise en place de politiques publiques liées au marché des télécoms: autant le fédéralisme américain permet une mise en place d'une politique d'engagements uniforme, autant la construction européenne a créé le terreau pour des divergences nationales fortes en ce qui concerne l'interprétation de la règle. Même les visions économiques du droit de la concurrence ont évolué en ce qui concerne le marché des télécoms: pour les Etats-Unis, il s'agit de protéger les concurrents, alors que l'Union Européenne se focalise sur la concurrence et les consommateurs. Un point demeure cependant: dans un premier temps, et malgré ces logiques de marché différentes, une préférence marquée pour les engagements structurels était indéniable. Une remise en question de ces derniers est cependant à l'ordre du jour dans les deux systèmes, malgré ces caractéristiques différentes.

Le marché des télécommunications, qui par sa nature est d'une importance fondamentale pour les Etats, est le terrain propice pour étudier l'impact des politiques publiques en matière de régulation concurrentielle.

Pour certains auteurs, c'est la nature même du marché des télécommunications qui fait obstacle aux engagements structurels. Ainsi, selon Dusan Popovic, certaines

caractéristiques inhérentes nuisent à l'efficacité de ce type de remède. Il s'agit notamment des besoins en investissements et en économies d'échelles, l'importance du réseau (plus il y a de monde, plus le réseau fonctionne), le risque de conflit amont/aval pour les opérateurs non intégrés, et enfin, le dynamisme du secteur et les changements technologiques⁹⁷

Pour conclure cette partie, il convient de rappeler ce que soulignait le professeur Benzoni: il ne faut pas “*appliquer à “l'économie nouvelle” les outils qui servent à expliquer le fonctionnement de “l'économie traditionnelle”, ce que le droit de la concurrence commence à prendre en compte*”⁹⁸. Cette phrase s'applique particulièrement bien au secteur des télécommunications qui a connu de nombreux bouleversements technologiques et économiques, et qui continue d'en connaître. A cet égard, la remise en cause des engagements structurels, plus classiques, pour se tourner vers les engagements comportementaux pourrait indiquer une réalisation que, pour l'économie nouvelle, il faut bien des outils nouveaux.

⁹⁷ Dusan Popovic, ‘*Merger Remedies and Regulatory Measures in the EU Electronic Communications Sector: A Critical Assessment*’, *European Business Organization Law Review*, 10: 575-594, 2009

⁹⁸ Laurent Benzoni et Pascal Dutru, *The Radio Spectrum Ladder of Investment to Promote Innovation and Competition in Mobile Markets* *Digiworld Economic Journal*, No. 102, 2nd Q. 2016 p 155

Titre II. La remise en cause du rapprochement des systèmes

L'émergence d'un intérêt certain de la Commission Européenne pour les remèdes comportementaux, ainsi qu'une acceptation américaine pour ce type d'engagement laisse présager un rapprochement des systèmes vers une nouvelle vision des engagements comportementaux (Chapitre 1.). Néanmoins, le phénomène de la convergence des médias risque de tout remettre en cause (Chapitre 2.).

Chapitre 1. Le rapprochement des systèmes

Il est possible de constater depuis quelques années une évolution relative vers les engagements comportementaux (Section 1.), laquelle est mise en lumière par l'expérience européenne en la matière ces dernières années (Section 2.).

Section 1. Une évolution vers des engagements comportementaux

Bien que les remèdes comportementaux apparaissent particulièrement adaptés aux industries de réseaux (§1.), leur difficile mise en oeuvre pose toujours un obstacle conséquent (§2.).

§1. Engagements comportementaux et industries de réseaux

Les récentes interventions en faveur des engagements comportementaux (A.) sont en partie dues à leur adaptation économique au marché des télécoms (B.).

A. Plaidoiries en faveur des engagements comportementaux

Malgré une préférence marquée pour engagements structurels pendant une grande partie des dernières années, au point où, dans leur étude sur l'efficacité des engagements en 1999, ni la FTC ni le DoJ n'envisagent les remèdes comportementaux, il semblerait,

que de part et d'autre de l'Atlantique, un timide pas vers les engagements de comportement se fasse sentir.

Du côté américain en effet, après une étude des remèdes en 2004⁹⁹, laquelle prônait les engagements structurels, la FTC et le DoJ, ont dans leurs nouvelles Guidelines de 2011, une vision plus favorable envers les engagements liés à la conduite¹⁰⁰. En effet, selon les agences américaines de concurrence, dans le cas où une opération de concentration aurait des caractéristiques de rapprochement vertical, mais également horizontal, un mélange d'engagements comportementaux et structurels est recommandé: *“Mergers sometimes have both horizontal and vertical dimensions. These types of mergers can present combinations of the challenges Effective remedies in these situations may require a combination of structural and conduct provisions affecting multiple markets”*¹⁰¹. Or, dans le secteur des télécoms, si un rapprochement entre opérateur est souvent caractérisé comme étant une concentration horizontale, la complexité des entreprises, dont certaines ont des infrastructures tandis que d'autres n'en ont pas développé, introduit des éléments de rapprochement horizontal.

D'après le professeur d'économie à Northeastern University, John Kwoka, cette nouvelle approche des remèdes de conduite s'observe dès la fin des années 2000, à travers des décisions d'importances, telles que Ticketmaster/Live Nation, Google/ITA, and Comcast/NBCU¹⁰². Cette dernière affaire reposait sur l'acquisition par le groupe Comcast, à l'époque le premier fournisseur de câble aux Etats-Unis, au groupe de médias NBCU, filiale de General Electric. L'opération posait ainsi des problématiques de restrictions de concurrence verticales. Les parties, pour faire approuver leur rapprochement, ont alors pris des engagements de conduite, en s'engageant notamment à offrir des offres à bas coûts destinés à une certaine partie de la population.

⁹⁹ Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies (Octobre 2004).

¹⁰⁰ Kwoka, John E., and Diana L. Moss. "Behavioral merger remedies: evaluation and implications for antitrust enforcement." *The Antitrust Bulletin* 57.4 (2012): 979-1011.

¹⁰¹ ANTITRUST DIVISION POLICY GUIDE TO MERGER REMEDIES, Department of Justice, 2011, p.5 et suivantes.

¹⁰² Comment on the Merger Remedies Study Proposed by the Federal Trade Commission John Kwoka Professor of Economics Northeastern University March 2015

Du côté européen, il faudra attendre 1999, et l'arrêt *Gencor* pour que l'utilisation des engagements comportementaux soit reconnue comme potentiellement acceptable par les autorités. Depuis, la Commission a toujours professé préférer les remèdes structurels. Or, depuis quelques années, et plus particulièrement sur les marchés d'industrie de réseaux, il semblerait que l'autorité de concurrence européenne soit plus ouverte à l'idée des remèdes de conduite.

A cet égard, concernant le secteur des communications électroniques, dans trois décisions en date de 2014, la Commission Européenne a approuvé des rapprochements entre opérateurs sous le fondement d'engagements comportementaux plutôt que structurels. Ainsi, dans une décision Telefonica Deutschland/E-Plus, les parties se sont - entre autres - engagées à :

- 1) Trouver un accord avec les MNVOs en place pour permettre l'arrivée d'un nouvel entrant sur le marché en lui accordant un accès aux facilités et aux spectres,
- 2) Retirer les restraints contractuelles pour permettre aux consommateurs de changer d'opérateur vers un MNVO.

Il est frappant de constater que dans cette opération, la grande majorité des engagements repose principalement sur la conduite des parties, ainsi que sur des problématiques d'accès. Cette décision est symptomatique du changement de vision de la Commission, pour laquelle, si les effets de restriction de concurrence peuvent être résolus à l'aide d'engagements comportementaux, ces derniers ne sont plus tabous.

Enfin, d'un point de vue pratique, les autorités s'accordent à dire que si les engagements de comportements sont particulièrement difficiles à mettre en oeuvre, ils permettent, par leur surveillance et leur implication dans le marché, de gagner une expérience dans le fonctionnement de ledit marché.

B. Adaptation à la vision économique du marché des télécoms

L'usage des engagements comportementaux paraît également avoir un intérêt au regard des caractéristiques propres du marché des télécommunications, que ce dernier soit américain ou européen.

En effet, le marché des communications électroniques repose en très grande partie sur une innovation constante, et sur des bouleversements technologiques récurrents. Comme le rappelle Adrien Karsenty dans sa thèse, les outils du droit de la concurrence “sont conçus comme reposant sur la stabilité du marché et l'absence d'effets d'externalités”¹⁰³. Or, il convient de constater que le marché des télécoms, par son innovation récurrente et la présence d'externalités, s'apparente plus à un marché de réseau, dans lequel les outils traditionnels du droit de la concurrence, et parmi ceux-ci, les engagements structurels, ne sont pas forcément les plus adaptés.

Dans ces marchés, les “innovations sont à la source des mutations de la dynamique concurrentielle”¹⁰⁴. Ainsi, il est particulièrement important de laisser les mutations innovatrices prendre place, plutôt que de tenter de figer le marché en un nombre magique d'opérateurs. Cette vision du marché néo-schumpétérienne, qui implique d'accepter la “destruction créatrice” de l'innovation peut être reliée à la dichotomie entre les engagements. Alors que les engagements structurels reposent sur une vision d'un marché pérenne, les comportementaux sont plus adaptés à un marché qui nécessite une certaine souplesse, notamment à cause des mutations technologiques. Certains économistes prônent ainsi un recul de général de l'antitrust, qui fait courir le risque de passer à côté de cette force motrice, cette destruction créatrice - l'innovation¹⁰⁵. Il faut cependant faire preuve de prudence : à un certain moment, “the benefits of an

¹⁰³ Adrien Karsenty *Les apports de l'économie industrielle à l'analyse concurrentielle des marchés de réseaux et de services numériques*, 11 décembre 2017

¹⁰⁴ Ibid, citant Moati (2009).

¹⁰⁵ Katz et Shelanski, “Schumpeterian Competition and Antitrust Policy in High-Tech Market”, 2006

*incremental increase in innovation incentives will be outweighed by the harm from the loss of static competition*¹⁰⁶.

En effet, comme l'affirment certains auteurs, au regard de la souplesse du marché des télécoms, de son évolution très rapide, autant technologique que par dans sa structure même par d'énormes rapprochements, il conviendrait peut-être de lui appliquer des remèdes à cette image, souples : *“structural remedies (...) seem to be less adapted since communication operators naturally tend to concentrate. Given that the electronic communications sector is characterized by economies of scale and a network effect, behavioural remedies seem more appropriate*¹⁰⁷.

Dès lors, après une plaidoirie tant des autorités de concurrence que de certains économistes, il est possible de s'interroger sur ce regain d'intérêt pour les remèdes de comportement. Ces derniers présentent en effet le double avantage d'être plus souples dans un marché paradoxal, qui nécessite une surveillance constante des autorités au regard de son intérêt stratégique, mais qui a également besoin, pour fonctionner, d'une prise de recul par ces mêmes autorités, pour laisser l'évolution se développer.

Le chemin vers une reconnaissance totale des remèdes comportementaux paraît cependant toujours long et ardu, eu égard notamment à leur difficile mise en oeuvre, laquelle repose autant sur des problèmes économiques que juridiques - voire même pratiques !

§2. Une difficile mise en application :

Les remèdes de comportement rencontrent dans leur application des problèmes économiques (A.), mais également juridiques (B.).

A. Problèmes économiques

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ Dusan Popovic, 'Merger Remedies and Regulatory Measures in the EU Electronic Communications Sector: A Critical Assessment', *European Business Organization Law Review*, 10: 575-594, 2009, Abstract

La mise en oeuvre d'engagements comportementaux ne va cependant pas sans problèmes: ainsi, un certain nombre d'auteurs soulignent de manière récurrentes les problèmes de nature économiques liés à ce type d'engagements.

Dans un premier temps, rappelons que les remèdes comportementaux consistent en l'accord de la part d'une entreprise d'adopter un certain comportement, lequel n'aurait pas naturellement été adopté. En effet, si les parties s'engagent à agir de telle manière c'est qu'elles ont un intérêt à se comporter de manière inverse. Ainsi, comme le rappellent les professeurs J. Kwoka et D. Moss, les engagements comportementaux vont à l'encontre de l'essence première des entreprises, c'est à dire la réalisation de bénéfices¹⁰⁸. Cette capacité des autorités de concurrence à ainsi contrecarrer le comportement qu'une entreprise rationnelle aurait adopté naturellement dans un marché sans régulation soulève également des problèmes juridiques quant à la place des autorités nationales - comme nous le verrons dans la partie suivante.

De plus, toujours selon une étude du professeur d'économie John Kwoka, après une opération de concentration impliquant des engagements, les prix augmentent environ de 7%, tandis que dans le cadre d'engagements de conduite, l'augmentation est de l'ordre de 16% : *"It shows that these carefully studied merger cases, when subject to divestiture remedies, on average resulted in price increases on the order of seven percent, while those subject to conduct remedies permitted price increases that averaged sixteen percent. These data suggest a serious cause for concern about the use of conduct remedies in particular"*¹⁰⁹. Il convient cependant de prendre un peu de recul concernant cette assertion: dans un premier temps, elle vise de manière spécifique le marché américain. Elle est également fondée sur des opérations sur de nombreux marchés différents, ne faisant pas de distinction avec - par exemple - les marchés de réseaux. Enfin, comme il sera démontré dans la partie suivante sur l'expérience européenne, une

¹⁰⁸Kwoka, John E., and Diana L. Moss. "Behavioral merger remedies: evaluation and implications for antitrust enforcement." *The Antitrust Bulletin* 57.4 (2012): 979-1011.

¹⁰⁹ Comment on the Merger Remedies Study Proposed by the Federal Trade Commission John Kwoka Professor of Economics Northeastern University March 2015

telle assertion peut être nuancée au regard de l'expérience européenne sous la direction du commissaire Almunia.

Pour certains économistes, et notamment Emmanuel Combe, vice-président de l'autorité de la concurrence française et directeur de son département d'économie, il ne faut pas faire abstraction du fait que si les engagements structurels changent de manière permanente le marché, les remèdes comportementaux ont une tendance à modifier le marché, contrairement à ce qui est habituellement présenté, mais de manière plus indirecte.¹¹⁰

Enfin, un dernier problème économique est traditionnellement soulevé en rapport avec les engagements de conduite: la nécessité d'une analyse prospective très fine - et très juste - du marché par les autorités de concurrence. En effet, comme le soulignent P. Bouguette et C. Montet, s'inspirant d'une étude menée par l'université de Berkeley¹¹¹: dans l'hypothèse où un accord est passé entre l'autorité contrôlante et les parties de baisser le prix de 5% post opération, rien n'assure cependant ladite autorité que, sans la concentration, les prix n'auraient pas naturellement baissés de 5% ou plus, ou que la qualité des produits n'aurait pas augmenté.

Dès lors, il convient pour réussir la mise en place d'engagements comportementaux, comme le signale Dusan Popovic, de réaliser une analyse très fine du marché "*consequently, the success of a behavioural remedy will depend on a good prospective market analysis*"¹¹².

Ainsi, probablement encore plus que pour les engagements structurels, une très bonne connaissance du marché est de mise, ainsi qu'une vision très fine des

¹¹⁰ Emmanuel Combe, *Economie et Politique de la concurrence*, Dalloz 2005, p 319

¹¹¹ P. Bouguette et C. Montet, "Doute sur les remèdes non structurels dans le contrôle des concentrations", *Revue Lamy de la Concurrence*, n°2, 1er février 2005, citant Litan et Shapiro, *Antitrust Policy During the Clinton Administration*, UC Berkeley, Center for Competition Policy Working Paper 2011

¹¹² Dusan Popovic, '*Merger Remedies and Regulatory Measures in the EU Electronic Communications Sector: A Critical Assessment*', *European Business Organization Law Review*, 10: 575-594, 2009, p 585

conséquences et de l'opération en elle-même, et des remèdes pris. Or, pour reprendre l'ironie du professeur Kahn, qui a passé une majorité de sa carrière à s'intéresser aux problèmes du marché américain des télécommunications et qui avoue finalement son incompréhension : « *the case of telecommunications is so much more complicated than that of the airlines, I am deterred to the point of muteness - well, not quite- by the challenge of sorting out what ought to happen next* »¹¹³.

B. Problèmes juridiques

Les problèmes économiques ne sont cependant pas les seuls à découler de la mise en application d'engagements comportementaux. Existente également des problèmes juridiques.

Dans un premier temps, il ne faut pas sous estimer la capacité budgétaire requise pour le contrôle de la bonne réalisation de ces remèdes. En effet, les engagements sont pris pour une durée de temps qui, si elle est certes limitée, n'en est pas moins longue, ces derniers pouvant être renouvelés au moins une fois, la durée totale pouvant aller, de manière assez rare, il faut en convenir, jusqu'à 20 ans. En règle générale, les engagements sont pris pour une durée de 5 ans.

Deux points méritent d'être étudiés un peu plus en détail concernant cette durée du contrôle: le rôle du mandataire, ou en droit américain, du trustee, et, toujours dans le système américain, la place du juge. Le mandataire, qui intervient comme "contrôleur" du respect des engagements par les parties, doit être (1) indépendant (2) il doit posséder les qualifications requises (3) et il doit être dénué de conflit d'intérêts. Or, pour contrôler efficacement, il s'agit de posséder non seulement une connaissance intime du marché en question, mais également des entreprises. Concernant un secteur complexe comme celui des communications électroniques, la compétence technique du mandataire peut être difficile à trouver. Il convient sur ce point de signaler que le mandataire européen et le trustee américain jouent le même rôle en matière de contrôle. Ils ne reportent cependant pas à la même personne, le mandataire étant lié à l'autorité de concurrence - donc la

¹¹³ Kahn (2004)

Commission Européenne ou les autorités nationales des Etats Membres - alors que le trustee envoie ses rapports annuels au juge ayant autorisé la concentration sous engagements, si l'opération a été portée à sa connaissance dans la cadre d'un litige. Concernant plus particulièrement l'institution concurrentielle aux Etats-Unis, comme il a été dit, en cas de litige, c'est le juge qui tranche de l'issue d'une opération à la suite d'un débat contradictoire. Or, s'il peut évidemment appointer un trustee, il demeure néanmoins que ce n'est pas le rôle du magistrat de contrôler pendant des années le respect d'engagements.

Ces problématiques liées au rôle du mandataire découlent du fait que ni la Commission Européenne, ni le Department of Justice ne possèdent un service interne dont le rôle serait de contrôler le respect des engagements (la Commission Européenne en avait institué un, avant de le supprimer). Une telle absence provient d'un manque de fonds sur ce secteur : les engagements comportementaux, qui nécessitent une surveillance constante, sont ainsi voraces en budget, mais également en personnel. Dès lors, il est évident que leur mise en oeuvre soulève des problèmes liées à la gestion du budget.

Enfin, une fois que la durée dépassée, que faire ? La logique derrière les remèdes de conduite repose sur l'espérance que d'ici à ce que les engagements ne soient plus effectifs, le marché aura permis à la concurrence d'être restaurée, et les parties ne pourront plus en fausser le jeu. Quid cependant si ce n'est pas le cas ? Cela risque d'être perçu comme un désaveu des autorités de concurrence, qui auraient failli à leur rôle Ainsi l'exposait clairement le Chief Antitrust M. Delrahim dans son discours à l'American Bar Association: *“Another problem with behavioral remedies is determining their expiration. A short-term remedy is a band-aid, not a fix, and as FTC Commissioner McSweeney said last year, “the relief at best only delays the merged firm’s exercise of market power.” On the other hand, if we make behavioral commitments indefinite, then we really are becoming full-time regulators instead of law enforcers”*¹¹⁴.

¹¹⁴ Assistant Attorney General Makan Delrahim Delivers Keynote Address at American Bar Association's Antitrust Fall Forum, Washington, DC , November 16, 2017

Une autre problématique est liée aux engagements: celui du rôle de l'autorité. En effet, pour certains auteurs, en se mêlant activement du comportement économique des parties, en ayant un droit de regard sur les contrats passés avec les fournisseurs, en observant le business plan, l'autorité concurrentielle ne dépasse-t-elle pas son rôle pour devenir un régulateur - voire un acteur à part entière sur le marché ? Ainsi, comme s'interroge Frédéric de Bure « *enfin et surtout, la procédure d'engagements pousse les autorités de concurrence à se pencher de manière de plus en plus précise sur les décisions commerciales - ou même le business model - des entreprises. Elles endossent ainsi un rôle d'acteur économique ou de micro-régulateur qui s'éloigne sensiblement de leur mission première (...). Un tel niveau de précision amène les autorités de concurrence à s'immiscer dans la conduite des activités de l'entreprise au jour le jour, et pose de fait la question du rôle qui peut et doit être alloué au régulateur* »¹¹⁵. Et même en allant moins loin, même si l'on ne considère pas l'autorité concurrentielle comme un acteur économique, il est cependant possible de confondre son rôle avec celui du régulateur spécifique, sectoriel, dont c'est la mission première que de contrôler un marché en particulier¹¹⁶.

Cette problématique est particulièrement frappante dans le secteur des télécoms, où certains auteurs considèrent que la Commission utilise le contrôle des concertations et les engagements pour promouvoir ses objectifs de régulation sectorielle : *“Indeed, in the electronic communications sector, clearance of JV and mergers has sometimes been used by the EC to further regulatory objectives. One could say that Commission decisions on mergers and JV in the electronic communications sector sometimes seem like catalogues of regulatory requirements”*¹¹⁷.

Ainsi, autant des problèmes économiques que budgétaires, voire légaux sur l'intervention presque régulatoire d'une autorité de concurrence dans un secteur en

¹¹⁵ Frédéric de Bure *Engagez vous qu'ils disaient*, Revue Lamy de la Concurrence, n°54 p. 8

¹¹⁶M. Motta, M. Polo, H. Vasconcelos *Merger Remedies in the EU: an overview*, The Antitrust Bulletin, Vol 52. Nos 3 et 4, 2007

¹¹⁷Dusan Popovic, *Merger Remedies and Regulatory Measures in the EU Electronic Communications Sector: A Critical Assessment*, *European Business Organization Law Review*, 10: 575-594, 2009

particulier, font que les engagements comportementaux demeurent difficiles à mettre en place.

Section 2. Influence de l'expérience européenne

L'expérience européenne concernant la mise en oeuvre est engagement est particulièrement intéressante (§1.), ne serait-ce que par la lumière qu'elle jette sur un point commun entre les deux systèmes : le rôle joué par le politique (§2.).

§1. 2012-2018: l'expérience européenne

Cette expérience européenne peut être vue en deux en deux temps, comme l'ont fait certains auteurs¹¹⁸: dans un premier temps, la vision des engagements sous le Commissaire à la Concurrence J. Almunia, de 2010 à 2014 (A.). Dans un second temps, le revirement de l'actuelle Commissaire, M. Vestager (B.).

A. La vision des engagements sous le Commissaire J. Almunia

Le Commissaire Joaquin Almunia a été en charge de la Direction Générale de la concurrence durant les années 2010 à 2014. Durant son mandat, plusieurs opérations de concentration d'opérateurs téléphoniques ont été notifiées à la Commission. Nous nous focaliserons sur trois en particulier, au regard notamment des engagements ayant été pris en relation avec ces opérations:

- (1) H3G / Orange Autriche,
- (2) H3G Irlande / O2,
- (3) Telefonica Deutschland / E-Plus en Allemagne.

H3G / Orange Autriche

¹¹⁸ K. Tyagi, *Four to Three Telecoms Mergers: Substantial Issues in EU Merger Control in the Mobile Telecommunications Sector*, 1er Février 2018

Cette opération, notifiée le 7 mai 2012, consistait en le rachat par le groupe chinois Hutchison de la filiale autrichienne d'Orange, pour un montant de 1,7 milliard d'euros. A l'époque, le marché avait 4 opérateurs de téléphonie mobile: l'opérateur historique Telekom Austria, T-Mobile Austria, H3G (la filiale autrichienne de Hutchison) et Orange Autriche¹¹⁹. A l'issue de l'opération, le marché passait donc de 4 à 3 opérateurs. Selon une étude récente du BEREC constatant les effets de cette opération, les parts de marché étaient à l'époque:

| | Telekom Austria | T-Mobile | Orange Autriche | Hutchison |
|---|-----------------|----------|-----------------|-----------|
| Parts de marché AVANT OPÉRATION Quatrième semestre 2012 | 39,7 % | 30,7 % | 17,1% | 12,6% |
| Parts de marché POST OPÉRATION 1er semestre 2013 | 45,5% | 30,4% | - | 24,1% |

Chiffres tirés de l'Étude du Berec - p.17

Eu égard à ce passage de 4 à 3 opérateurs, la Commission Européenne craignait les effets unilatéraux, et notamment une hausse des prix due à la disparition d'Orange Autriche *“The Commission considers that H3G is an important, if not the most important, competitive force in the market and that its incentive to remain a driving force, in the absence of substantiated efficiencies, would be reduced after the transaction. Moreover,*

¹¹⁹ BEREC Report on Post-Merger Market Developments - Price Effects of Mobile Mergers in Austria, Ireland and Germany - 15 juin 2018, p. 16 eq.

*there is a strong expectation that H3G would have less incentives to compete aggressively than the Parties would in the absence of the merger*¹²⁰.

Pour remédier à ces problématiques, les engagements suivants ont été pris:

- (1) Engagement pour faciliter l'entrée d'un nouvel opérateur (MNO) sur le marché: cession de bande spectrale, mise à disposition de roaming au niveau national, droits préférentiels de co-location (pour certaines infrastructures) et la possibilité pour cet MNO d'acheter des sites.
- (2) Engagement pour faciliter l'entrée d'un nouvel MVNO sur le marché : accord à l'avance avec un MVNO pour faciliter son entrée sur le marché, et possibilité pour 16 autres MVNOs d'avoir un accès de gros à près de 30% du réseau de Hutchison.

Ainsi, les engagements pris sont principalement des remèdes visant la conduite des parties (surtout de l'accès) donc une majorité d'engagements comportementaux. Cela peut paraître étonnant au regard de l'importance de la concentration, et notamment du passage de 4 à 3 opérateurs - ce qui en tout cas détonnait par rapport aux précédentes décisions.

H3G Irlande / O2

Cette opération, également notifiée sous le mandat du commissaire Almunia, faisait également passer le nombre d'opérateurs de téléphonie mobile sur le marché irlandais de 4 à 3. Similairement à l'affaire précédente, cette concentration impliquait le rachat par O2 d'un opérateur considéré comme un maverick, Hutchison 3G (ci-après "**H3G**") c'est à dire selon le Règlement 139/2004 de la Commission Européenne au regard du contrôle des concentrations: "*un franc-tireur, qui a déjà par le passé, empêché ou fait échoué la coordination*"¹²¹. Cette disparition remettait dès lors en question "l'équilibre concurrentiel" atteint grâce à la présence de ce franc-tireur. O2, une filiale de

¹²⁰Case No COMP/M.6497 – HUTCHISON 3G AUSTRIA / ORANGE AUSTRIA, para 283- 284

¹²¹ Règlement 139/2004, point (42).

Telefonica, était le deuxième opérateur sur le marché. Les parts de marché étaient ainsi réparties ainsi avant et après l'opération:

| | Vodafone | Meteor | O2 | H3G |
|---------------------------------|----------|--------|-------|------|
| Parts de marché AVANT OPÉRATION | 39,2% | 20,2% | 23,3% | 8,9% |
| Parts de marché APRÈS OPÉRATION | 38,8% | 20,5% | 32,0% | - |

Chiffres issus du Rapport du BEREC

Notifiée le 1er octobre 2013 à la Commission, cette opération a été autorisée suite à la prise d'engagements suivants par les parties:

- 1) En raison de l'inquiétude de la Commission suite à la disparition de H3G en tant que franc-tireur, un cadre d'entrée sur le marché pour des MVNOs a été mis en place. Les parties se sont engagées à mettre en place un "upfront capacity agreement", c'est à dire un accord de fourniture d'accès (fondé sur la capacité) avec deux MVNOs. Cet accord permettait également à l'un de ces deux MVNO d'acquérir une filiale de O2, "48", ainsi que sa clientèle :

*"The Notifying Party commits to conclude a capacity agreement with one MVNO (...) That capacity agreement will be concluded for a minimum capacity of [...] *% of the merged entity's network in consideration for a fixed price.*

*(b) At the time of entry into the capacity agreement, the Notifying Party commits to give the Upfront MVNO the option to acquire the "48" brand (a sub-brand of O2) and/ or the "48" customer base at [...] *.*

Three/ O2 will use its reasonable efforts to achieve an effective transfer of such customers.

*(c) The Notifying Party commits to conclude a second capacity agreement with a second MVNO ("Second MVNO") for a minimum capacity of [...] *% of the merged entity's network capacity"¹²².*

Il est intéressant de constater que par ailleurs la Commission, pour éviter des problèmes de contrôle à posteriori, a demandé aux parties de signer cet accord avant la réalisation de leur propre opération (“*up-front MVNO*” en relation avec “*up-front buyer*”). Cette pratique est très inspirée du modèle américain, qui demande de plus en plus souvent la présence d’un tel *up-front buyer*.

Les parties se sont par ailleurs engagées à avoir des négociations de “bonne foi” avec n’importe quel MVNO souhaitant être ce second MVNO. En l’absence de résultat, le trustee pourra offrir un contrat d’accès à n’importe quel MVNO, selon un prix prédéfini¹²³. Cet engagement est particulièrement intéressant au regard de son montage: il s’apparente en effet à un engagement de comportement, visant à la conclusion d’un accord d’accès. Cependant, en l’absence de réalisation, des mesures proches des engagements structurels sont prévues. En effet, dans les cas où, suite à un engagement de cession non respecté, ou non respecté dans les délais, l’autorité autorise parfois, pour rétablir l’équilibre concurrentiel, la vente d’un autre actif, qualifié de “*crown jewel*” - bijou de la couronne. Cette mesure permet d’inciter très fortement les parties à accomplir leur engagement, faute de quoi elles devront se séparer d’un actif autrement plus précieux. Concernant l’engagement de négociation de bonne foi, la possibilité pour le mandataire de conclure un contrat avec le concurrent de son choix met, de façon similaire à la perspective de la vente d’un crown

¹²² Case No COMP/M.6992 HUTCHISON 3G UK / TELEFONICA IRELAND paragraphe 976 et suivants.

¹²³ Ibid, para. 976 (d)

jewel, une certaine pression sur les parties. Une certaine forme de mixité des engagements proposés aux parties commence ainsi à apparaître.

(2) Des corrections contractuelles en lien avec l'opérateur Meteor, pour permettre à ce dernier de demeurer compétitif¹²⁴.

(3) Un engagement de cession de bandes de spectres a également été conclu¹²⁵.

Ainsi, dans une opération similaire à celle précitée, la Commission, sous la direction du Commissaire Almunia, autorise un passage de 4 à 3 opérateurs, sous réserve de la réalisation d'une majorité d'engagements principalement comportementaux, ou mixtes, marquant ainsi un tournant certain.

Telefonica Deutschland / E-Plus

Cette opération concernait le marché allemand des communications électroniques, et consistait également en un passage de 4 opérateurs à 3. Étaient présents sur le marché: Telekom Deutschland, Vodafone, Telefónica and E-Plus. Le rapprochement des parties, lesquelles étaient respectivement à la 3ème et 4ème place sur le marché, menait à la création du premier opérateur allemand en terme de parts de marché¹²⁶. La Commission Européenne a soulevé qu'une telle opération présentait des risques d'effets non coordonnés¹²⁷, et notamment une baisse d'incitation pour les parties de faire jouer la concurrence entre elles (notamment grâce à l'acquisition d'une grande base de clients réduisant la nécessité d'être plus attractif en termes de prix), et en une hausse des prix¹²⁸.

¹²⁴ Ibid, para 978

¹²⁵ Para 975.

¹²⁶BEREC Report on Post-Merger Market Developments - Price Effects of Mobile Mergers in Austria, Ireland and Germany, 15 juin 2018, p. 28

¹²⁷ CASE M.7018 - TELEFÓNICA DEUTSCHLAND/ E-PLUS Para 773

¹²⁸ Ibid. para 771

Notifiée le 1er octobre 2013 et approuvée le 2 juillet 2014, les engagements suivants ont été pris:

- (1) Un accord relatif au MNO: accord avec un MNO entrant sur le marché: spectre, national roaming, accès aux infrastructures
- (2) Un accord relatif au Bitstream Mobile access : accord d'accès avec un MVNO pour 20% de la capacité de son réseau, qui peut monter à 30%
- (3) Modification de leurs clauses contractuelles pour permettre la migration libre des consommateurs vers un autre opérateur.

Là encore, ce sont en majorité des engagements comportementaux (changements contractuels ou d'accès), qui ont été envisagés.

Pour résumer brièvement, au cours du mandat du commissaire Almunia, trois opérations de passage de 4 à 3 opérateurs ont été autorisées. Elles présentent toutes la caractéristique de faire disparaître un franc-tireur du marché, posent toutes des problématiques d'effets non coordonnés, et surtout, ont été pris en majorité des engagements comportementaux.

Tel n'est pas le cas sous le mandat du commissaire Vestager.

B. Le volte-face du Commissaire M. Vestager

Il est intéressant de comparer des opérations ayant des traits similaires, mais notifiées sous le mandat du Commissaire Margrethe Vestager, lequel court depuis 2014. Ainsi, le rapprochement avorté des opérateurs TeliaSonera / Telenor au Danemark, ou encore la joint venture entre Hutchison Italy et Wind.

TeliaSonera / Telenor

Cette tentative de rapprochement impliquait le passage de 4 à 3 opérateurs sur le marché danois des communications électroniques. Notifiée le 27 février 2015, elle a été abandonnée par les parties le 11 septembre de la même année¹²⁹, après avoir rencontré un

¹²⁹ Journal Officiel de l'Union Européenne, C119 Of 14.04.2015

grand nombre d'oppositions de la part de la Commission Européenne. En effet, cette dernière soulignait les risques de hausse des prix et de baisse d'innovation¹³⁰, suite à la disparition d'un concurrent, et dès lors, la baisse de force concurrentielle.

Malgré une proposition d'engagements comportementaux, et notamment des engagements d'accès pour une part non négligeable de son réseau¹³¹, les parties ont annoncé renoncer à leur opération.

La presse internationale n'a pas tardé à comparer le style de la nouvelle Commissaire à la concurrence à celui de son prédécesseur: *"The rejection also caused investors to worry that EU Competition Commissioner Margrethe Vestager was taking a harder line than predecessor Joaquin Almunia, who had approved similar mobile consolidation deals in Austria, Ireland and Germany"*¹³².

Un point est cependant clair: alors que la Commission semblait accepter, dans les décisions étudiées précédemment, la prise d'engagements en relation avec des MVNOs, c'est à dire des engagements permettant aux MVNOs de gagner plus de parts de marché grâce notamment à des modifications contractuelles ou à des accords d'accès, il semblerait qu'il soit dorénavant nécessaire, en cas d'opération sur un marché à 4 opérateurs, de fournir comme engagement la cession d'une partie de son réseau à un concurrent direct, qui peut ainsi se transformer en nouvel 4ème opérateur. Il ne s'agit plus d'aider un MVNO à grimper l'échelle d'investissement pour devenir un opérateur téléphonique possédant son réseau ; il s'agit de fournir au marché en cause un tel opérateur pour remplacer la perte de pression concurrentielle. La Commissaire européenne a ainsi déclaré en marge de la conférence de presse suivant la décision qu'il était *"nécessaire pour elle qu'il y ait un 4ème opérateur"*¹³³.

H3G Italy / WIND / JV

¹³⁰ Commission Européenne, Communiqué de presse du 8 avril 2015

¹³¹ K. Tyagi précité, p 205

¹³² *"TeliaSonera and Telenor fail to get Danish merger approved"*, Reuters, 11 septembre 2015

¹³³ Ibid, *"What we were looking at were very serious concerns. To me it was necessary to have a fourth mobile operator"*.

Cette nouvelle orientation est particulièrement visible dans l'opération de rapprochement du 2ème et 3ème opérateurs italiens, qui n'a pu se réaliser que grâce à l'entrée sur le marché du groupe français Iliad.

Notifiée le 5 février 2016, cette opération soulevait des problèmes d'effets coordonnés, qui naîtraient de la disparition du maverick italien, H3G : *“In conclusion, the disappearance of H3G from the market as an independent competitor would leave the other MNOs unencumbered by a maverick with misaligned incentives and a commercial policy of vying for market share. As such, the Transaction is likely to increase the ability and incentives of the remaining MNOs to engage in and sustain coordinated conduct”*¹³⁴. Les parties devenaient également un opérateur italien de premier plan en termes de parts de marché:

| | 2013 | 2014 |
|---------------|-----------|-----------|
| WIND | (20%-30%) | (20%-30%) |
| H3G | (5%-10%) | (10%-20%) |
| JV WIND / H3G | (30%-40%) | (30%-40%) |
| TIM | (30%-40%) | (30%-40%) |
| Vodafone | (30%-40%) | (30%-40%) |

*Source: CASE M.7758-HUTCHISON 3G ITALY / WIND / JV, para 363
Parts de marché en terme de revenus.*

Les engagements pris ont été en lien avec l'entrée sur le marché italien d'un nouvel MNO, Iliad : ont ainsi été cédés un certain nombre d'actifs, ainsi que des bandes de spectres, permettant au groupe français d'agir directement comme le 4ème opérateur : *“Second, the Commission considers that Iliad possess the financial resources, proven relevant expertise and has the incentive and ability to enter the Italian market as the New MNO as a viable and active competitive force in competition with the Parties and other competitors”*¹³⁵. Il s'agit d'engagements purement structurels, qui, incidemment, ont été

¹³⁴ CASE M.7758-HUTCHISON 3G ITALY / WIND / JV para 981

¹³⁵ Ibid, para 1802

pris selon la procédure du “*fix-it first*”, imitant en cela l’appétence américaine pour ce type de remède.

Dès lors, il est possible de faire une séparation précise entre deux types de visions de la Commission Européenne : la première, sous le commissaire Almunia, qui attachait une grande importance aux engagements comportementaux permettant l’entrée de MVNOs sur le marché ; et la seconde, sous le commissaire Vestager, qui revient à une position plus stricte, en se focalisant sur les remèdes structurels mettant en avant le rôle des MNOs.

S’agit-il d’un revirement dans l’appréciation des engagements, ou plutôt, comme certain auteurs l’ont fait remarquer, d’une différence de commissaire¹³⁶ ? Il conviendrait dès lors de relativiser l’appétence de l’Union Européenne pour les engagements comportementaux : elle semble plus les utiliser que les Etats-Unis, mais, si l’on se penche un peu, il semblerait que ce soit intimement lié à des raisons politiques, plus qu’à un changement de vision juridique et économique.

§2. Le rapprochement des systèmes

L’étude récente du BEREC portant entre autres sur la réussite contrastée de l’opération autrichienne met en avant un regain d’intérêt européen pour les remèdes de comportement et hybrides (A.). Il convient cependant de relativiser: d’un côté ou de l’autre de l’Atlantique, la politique est partout, et c’est probablement en cela que les systèmes se rapprochent (B.).

A. Une réussite contrastée: le problème autrichien

L’opération H3G / Orange Autriche, autorisée sous engagements par la Commission Européenne en 2013 peut être caractérisée de réussite contrastée.

¹³⁶ K. Tyagi, *Four to Three Telecoms Mergers: Substantial Issues in EU Merger Control in the Mobile Telecommunications Sector*, 1er Février 2018

En effet, ont été constatées des hausses de prix après l'opération en 2014 et 2015, pour tous les types de consommateurs (consommateur faible, médium et important en terme de prix de forfait)¹³⁷. Cette hausse des prix est réalisée en comparaison avec un groupe de contrôle composé de 7 pays européens.

- (1) Concernant les forfaits “bas”, avant la concentration, les prix moyens étaient inférieurs à 12 euros, tandis que ceux du groupe de contrôle étaient supérieurs à 14 euros. Au moment de l'opération, on constate que les deux prix se rapprochent, pour devenir similaires au début de l'année 2014, autour de 14 euros. A partir de ce point, entre 2014 et 2016, les prix autrichiens continuent de monter avant de se stabiliser autour de 15 euros, à un montant cependant supérieur à celui du groupe de contrôle. Ce n'est qu'à partir de 2016 que la tendance s'inverse.
- (2) Concernant les forfaits “médiums”, une même hausse de prix est consultable à la même époque, passant d'un peu en-dessous de 20 euros à près de 25 euros, alors que les prix du groupe de contrôle baissent de 25-30 euros à moins de 20 euros en 2014. Là encore, les prix autrichiens deviennent supérieurs à ceux du groupe de contrôle, avant de se rapprocher en 2016 autour de 20 euros.
- (3) Enfin, sur les forfaits élevés, la même courbe se dessine, avec une hausse des prix après la concentration, le dépassement des prix du groupe de contrôle, et un rapprochement en 2016.

L'étude du BEREC tire des enseignements d'une telle évolution: dans un premier temps, la baisse de prix en 2016 est probablement due à l'entrée sur le marché de MVNOs compétitifs, entrée sur le marché grâce aux engagements comportementaux pris lors de l'opération: *“In 2016 H1 (first half of 2016), the effect became considerably smaller and statistically insignificant in most specifications (although, for the medium*

¹³⁷Rapport BEREC précité, graphiques pp. 19 - 20.

*usage basket, some effect in 2016 HI cannot be ruled out completely). This is likely caused by competitive pressure from MVNOs, which gained significant market share since entry at the beginning of 2015*¹³⁸.

Dans un second temps cependant, ces remèdes ont pris un certain temps avant d’être concurrentiellement efficaces: *“This also suggests, however, that the MVNO remedy took more than three years to actually become effective for Austrian consumers”*¹³⁹.

Avant 2016 et les premiers résultats, l’utilisation des engagements comportementaux a été décriée, notamment suite à la hausse de prix, que l’on pensait alors pérenne, sur le marché autrichien. La réussite apparaît cependant en demi-teinte, les remèdes ayant mis plus de 3 ans à se mettre en place, et le régulateur européen prône la méfiance: *“In conclusion, this study confirms that a careful approach should be taken with 4-to-3 mergers. Structural remedies might not be possible to implement at all and MVNO remedies may take considerable time to become effective or might not be sufficiently effective (or at least not in all parts of the market). This report provides some evidence that, even with such remedies, the studied mergers led to price increases compared to a situation without the mergers in the short to medium run (even up to three years after the merger in the Austrian case)”*¹⁴⁰.

Ainsi, les engagements comportementaux mettent du temps avant d’être efficaces. Et dans le cas européen, il semblerait que le changement de commissaire ait freiné leur application plus globale. Car en effet, que ce soit au sein de l’Union Européenne ou des Etats-Unis, les concentrations et les engagements pris sont souvent dictés par des considérations politiques.

¹³⁸ Ibid., p.2

¹³⁹ Ibid.

¹⁴⁰ Ibid, p. 41

B. Le rapprochement de la vision américaine et européenne

S'il y a bien un facteur commun entre les engagements pris sur le marché américain des télécoms et ceux pris en Europe, il apparaît que c'est bien le rôle joué par les visions politiques.

Ainsi, aux Etats-Unis, une décision récente ayant fait couler beaucoup d'encre concernait le rapprochement entre l'opérateur AT&T et le fournisseur de contenus Time Warner. Dans une décision spectaculaire bouleversant des décennies de contrôle des concentrations verticales, le juge fédéral R. Léon a approuvé la fusion de ces deux géants sans engagements. Pour beaucoup, cette décision est, outre un signal vers une plus grande convergence du marché, un attaque directe contre le Président Trump

De la même manière, le nouveau chef de la concurrence aux Etats-Unis, Makan Delrahim, dans un discours à American Bar Association's Antitrust Forum, critique l'utilisation des engagements comportementaux par l'administration précédente, celle du président Obama, en ce qui s'apparente plus à une dissension politique plutôt qu'à une conviction économique: *“At the beginning of the last administration, the Division entered into several behavioral consent decrees to resolve vertical mergers it determined to be illegal (...) Like any regulatory scheme, behavioral remedies require centralized decisions instead of a free market process. They also set static rules devoid of the dynamic realities of the market”*¹⁴¹.

En Europe, la différence d'application des engagements comportementaux paraît principalement résider en la personne du Commissaire Européen : le Commissaire Almunia comptait sur l'entrée de MVNOs sur le marché grâce aux remèdes de comportements, alors que le Commissaire Vestager, sans vraiment l'avouer, penche plus sur un marché des télécoms à 4 opérateurs, et pour se faire utilise des remèdes structurels.

¹⁴¹ Assistant Attorney General Makan Delrahim Delivers Keynote Address at American Bar Association's Antitrust Fall Forum Washington, DC - Thursday, November 16, 2017

Si l'objectif est commun, la réalisation d'un marché européen des télécoms, les modalités de réalisation ne sont moins, étant intimement liées à la vision personnelle de chaque Commissaire.

Ainsi, après une longue période d'opposition aux engagements comportementaux, les Etats-Unis, avec notamment les Guidelines de 2011 concernant les engagements, et l'Union Européenne, à travers les décisions de concentrations des années 2013/2014, se sont penchés avec plus d'attention sur l'utilisation de tels remèdes. Il serait cependant trop audacieux de qualifier de permanent ce changement.

En effet, il apparaît que les deux systèmes commencent à faire demi-tour pour revenir vers une approche plus traditionnelle, revirement surtout occasionné par des changements politiques, d'administration aux Etats-Unis, et de commissaire à la concurrence en Europe.

Finalement, le principal point commun entre les deux systèmes est probablement que, comme le soulignait Visconti dans son film le Guépard, *“Il faut que tout change pour que rien ne change”*.

Chapitre 2. Vers la convergence des médias : le bouleversement des systèmes

De grosses opérations de rapprochement entre différents acteurs des médias et des communications électroniques remettent en question la traditionnelle analyse des concentrations verticales (Section 1.). Cette convergence met alors à l'ordre du jour un nouveau type d'engagement, les hybrides (Section 2.).

Section 1. La convergence des médias

La convergence des médias représente un bouleversement du secteur relativement récent (§1.) qui ne va pas sans poser de nombreuses difficultés (§2.).

§1. Les bouleversements de la convergence

La convergence des médias (A.), phénomène récent, continue d'être spectaculairement présent dans l'actualité des rapprochements (B.).

A. Définition de la convergence

Le secteur des télécommunications, autant en Europe qu'aux Etats-Unis, a connu plusieurs bouleversements: la libéralisation du marché, puis l'émergence d'internet, et les phases de passages à la 2G, puis 3G, 4G, et aujourd'hui 5G ... Dans un secteur où les changements sont très rapides, il s'agissait de trouver pour les opérateurs un nouveau moyen d'être compétitif, de continuer les investissements, alors que le prix facial des forfaits ne changeait pas.

S'est ajouté à cela l'émergence, puis la croissance fulgurante des entreprises de la Silicon Valley, lesquelles modifient notre mode de vie à l'aide d'internet. Concernant la téléphonie mobile, Facebook s'est rapidement posé en tant que concurrent direct de certains opérateurs: sa messagerie en ligne *Messenger*, remplace les SMS pour de nombreux utilisateurs, mais c'est surtout à travers sa filiale WhatsApp que l'entreprise californienne concurrence les opérateurs. En effet, cette application, en permettant non seulement d'envoyer des messages, mais également d'appeler ses contacts où qu'ils soient via internet - donc pour un consommateur disposant d'un forfait internet le coût paraît nul comparé au coût d'un appel international par exemple - concurrence de manière directe les opérateurs de téléphonie mobile. De manière similaire, Microsoft et sa filiale Skype permettent des appels vidéos détournant de plus en plus le consommateur des appels traditionnels à travers un réseau téléphonique.

Toutes ces applications utilisent le réseau internet, pour évincer le rôle des opérateurs de télécoms, service souvent appelés *over-the-top* ("OTT").

Il devenait dès lors crucial pour les opérateurs de bouleverser le modèle. Arrive ainsi la convergence des médias.

La convergence des médias implique ainsi pour les télécoms une différenciation à l'aide des services par rapport notamment aux services OTT. Ce renforcement de l'offre de services passe par le rapprochement des services de communications avec des

enseignes culturelles (comme des fournisseurs de contenus) ou des groupes de médias (journaux, radio, télévision). Les opérateurs peuvent ainsi proposer à leurs abonnés un service privilégié, avec des contenus auxquels ils ont un accès en priorité ou en exclusif, ce qui leur permet d'offrir un service différencié par rapport aux services en ligne comme Skype ou WhatsApp. Pour les médias ou les opérateurs de contenus, ils disposent dorénavant d'un tuyau de diffusion de leurs contenus, et pour des secteurs en difficulté comme la presse papier, un financement bienvenu.

Ainsi par exemple en France, l'opérateur de téléphonie Bouygues propose à des clients un accès un "kiosque" en ligne, avec des dizaines de titres de presse accessibles. De même, le groupe de téléphonie Orange a racheté, au début des années 2010, les droits de diffusion des matchs de la Fédération Française de Foot, qu'il proposait à ses abonnés. Aux Etats-Unis, le groupe AT&T a très récemment racheté le fournisseur de contenus Time Warner, lequel produit notamment la chaîne de télévision américaine HBO.

Cette convergence des médias et des opérateurs de télécoms, qui s'accélère aujourd'hui, est cependant un phénomène récent. Il y a 15 ans en France, quand le patron à l'époque de Vivendi, Jean Marie Messier tente d'englober des fournisseurs de contenus à l'opérateur SFR, un échec l'attend au tournant. Aujourd'hui, beaucoup de gens pensent que l'ancien PDG du groupe a eu "*raison trop tôt*". Selon J-M Messier dans un entretien au magazine *Challenges*, les raisons du décollage de la convergence sont plurielles: il fallait attendre la généralisation du haut débit, mais également le rapprochement entre opérateurs (il cite alors l'exemple de Numericable et de SFR) pour créer des géants, l'utilisation massive de data et surtout le changement de mode de vie découlant de l'utilisation des réseaux sociaux¹⁴².

Aux Etats-Unis, les opérateurs américains ne sont pas en reste, avec l'ajout d'AT&T à son catalogue du fournisseur de contenus DirectTV, et très récemment, la

¹⁴²«*La convergence médias vue par Jean-Marie Messier*» Challenges 3 septembre 2015,

gigantesque concentration entre l'opérateur de télécoms américain et le groupe Time Warner.

B. Actualité de la convergence : exemple de l'affaire AT&T / Time Warner

L'opération consiste en un rapprochement entre l'opérateur téléphonique américain historique AT&T, et le fournisseur de contenus Time Warner, annoncé le 20 octobre 2016. Time Warner, 3ème groupe mondial en termes de production télévisuelle et cinématographique, est notamment la maison mère de la chaîne de télévision *HBO*, ou encore des studios de production Warner Bros.

Le 20 novembre 2017, et conformément aux promesses de campagne du Président D. Trump, le DoJ s'est opposé à la concentration, et a demandé au juge fédéral compétent - en l'espèce celui du district de Columbia - de bloquer l'opération.

Cette opération peut ainsi être qualifiée de concentration verticale, entre des acteurs à des niveaux différents sur la chaîne de production et de diffusion de contenu. Il est intéressant de noter qu'historiquement, le Département de la justice et les juges fédéraux ne s'opposent pas au rapprochement vertical entre entreprises. La dernière décision concernant une concentration verticale date de 1979 (*Fruehauf Corp. v. FTC*) !

Cette absence d'opposition découle principalement d'une certaine vision économique et politique du rôle du droit de la concurrence, vision notamment initiée par le professeur de droit Mr Bork et son ouvrage intitulé *Antitrust Paradox*. Dans ce dernier, il insiste sur la nécessité pour l'Etat fédéral de ne pas intervenir dans les concentrations verticales, ces dernières ne posant pas de problèmes à l'économie, bien au contraire. Selon le professeur Bork, elles sont même bénéfiques aux consommateurs. Cette vision est intimement liée à l'histoire fédérale américaine, qui se construit à travers des aller-retours entre un certain laissez-faire et au contraire une intervention plus poussée du gouvernement, mais également à l'école économique de Chicago, dont le Pr. Bork se disait assez proche. Cet ouvrage a eu un impact fondamental sur le droit de la

concurrence américain, et est cité dans de nombreuses décisions américaines, certaines mêmes au niveau de la Cour Suprême¹⁴³.

L'importance de cet ouvrage n'a cependant pas empêché certains professeurs américains d'appeler de leurs vœux une réforme du contrôle des concentrations verticales, à l'image de la réflexion commencée dans l'Union Européenne il y a quelques années. Ainsi la Commission Européenne, dans une Communication sur les concentrations non horizontales, rappelait que si elles sont moins susceptibles de créer des problèmes de concurrences, les rapprochements verticaux sont néanmoins susceptibles de créer des effets coordonnés et non coordonnés restrictifs de concurrence¹⁴⁴.

La décision du 12 juin 2018 du juge Richard Léon est spectaculaire à plusieurs titres: dans un premier temps, elle autorise la fusion verticale sans engagements, alors que le département de la justice avait demandé, entre autres, des engagements structurels de cession. Le DoJ perd ainsi la première demande de refus d'autorisation de concentration verticale qu'elle émettait depuis des décennies. Le journaliste au New York Time spécialisé dans les questions de concurrence et professeur à l'Université de Columbia, James B. Stewards, proclame même que “ *that the last time there was an antitrust ruling as important as the one handed down Tuesday, cellphones didn't exist* ”¹⁴⁵.

Le juge Léon lui même commence sa décision en disant que “ *If they ever were an antitrust case where the parties had a dramatically different assessment of the current state of the relevant market and a fundamentally different vision of its future development, this is the one* ”¹⁴⁶ !

Ensuite, paradoxalement, elle relance le débat sur l'analyse des concentrations verticales : beaucoup ont vu dans la décision une attaque presque personnelle du juge Léon contre l'économiste du gouvernement C. Shapiro. Il demeure néanmoins que ce dernier, s'appuyant sur la vision du professeur Bork, souligne que la concentration

¹⁴³ Voir notamment *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007), Point A

¹⁴⁴ COMMUNICATION DE LA COMMISSION Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, Para 17

¹⁴⁵ *AT&T Wins Approval for \$85.4 Billion Time Warner Deal in Defeat for Justice Dept*, New York Time, 12 juin 2018

¹⁴⁶ *U.S.A. v. AT&T. Inc.* 12 juin 2018

bénéficierait aux consommateurs qui verraient leur facture baisser de 352 millions de dollars ! Rappelons que cette décision concerne le premier opérateur téléphonique américain, et le troisième producteur de contenus : les risques d'effets de forclusion du marché, et notamment pour les concurrents de HBO tels que Netflix demeurent probables...

Cette décision est enfin perçue comme un signal pour d'autres opérateurs que ce genre de "méga fusions", que l'on pensait impossibles au regard du droit de la concurrence, sont en réalité possibles, et même, sans engagements. Ainsi, Comcast a déjà annoncé son intention de racheter la 21st Fox ...¹⁴⁷

Mais il convient de ne pas oublier le rôle toujours présent du politique: pour certains observateurs, plus qu'une décision historique, cet arrêt serait un revers délibéré infligé par le juge au président Trump¹⁴⁸.

En Europe, la convergence continue également: ainsi l'opérateur espagnol Telefonica s'est offert la filiale du groupe Canal+ en Espagne, tandis que l'opérateur historique British Telecoms s'associe au groupe de télévision Sky pour diffuser du contenu.

§2. Problèmes de la convergence

Cette convergence ne va pas néanmoins sans poser un certain nombre de problèmes, autant légaux (A.) qu'économiques (B.).

A. Problèmes légaux

La convergence des opérateurs téléphoniques et des médias (ou des fournisseurs de contenu en général), pose cependant un certain nombre de problèmes légaux.

Dans un premier temps, au regard de l'appréciation de l'atteinte à la concurrence dans les rapprochements verticaux, il est admis depuis longtemps, autant par les autorités

¹⁴⁷ "AT&T-Time Warner Decision Shows Need to Rethink Antitrust Laws" New York Times, 13 juin 2018

¹⁴⁸ "With AT&T-Time Warner ruling, courts again thwart Trump" Politico, 12 juin 2018

américaines qu'européennes, que c'est la démonstration de ladite atteinte est plus dure à démontrer. En effet, comme le rappelle la Commission Européenne dans son étude sur les concentrations non horizontales, le principal facteur d'atteinte à la concurrence lorsque deux entreprises fusionnent réside dans la disparition de la concurrence entre les parties sur le marché concerné¹⁴⁹. Par la nature même des concentrations verticales, ou conglomérales (les parties sont sur des marchés connexes ou proches), les parties ne sont pas actives sur le même marché concerné. Leur rapprochement ne constitue donc pas une perte de compétition entre deux concurrents directs.

A cela s'ajoute que, dans le cadre des concentrations horizontales, pour déterminer l'atteinte à la concurrence, les autorités étudient le pouvoir de marché des entreprises, en termes de parts de marché. Or, dans le cas des rapprochements non horizontaux, puisque les parties ne sont pas actives sur le même marché, leur concentration ne va pas directement occasionner pour ces dernières une hausse de leurs parts de marché.

De plus, les autorités admettent les gains d'efficacités si ces derniers s'avèrent à même de compenser l'atteinte à la concurrence. Or les fusions verticales en particulier, permettent souvent des économies d'échelles, et sont de nature à faire baisser les coûts et augmenter la production: "*integration may thus provide an increased incentive to seek to decrease prices and increase output because the integrated firm can capture a larger fraction of the benefits*"¹⁵⁰. De même, elles permettent de favoriser la coopération, permettant des innovations marketing et technologiques, mais également de réduire les coûts pour les entreprises. Face à ces avantages pour le consommateur, qu'il soit final ou intermédiaire, il devient difficile pour les autorités de prouver une potentielle atteinte à la concurrence de nature à bloquer l'opération.

Cette atteinte à la concurrence peut être de deux types, tout comme les concentrations horizontales : par des effets coordonnés, et des effets non coordonnés. Ces derniers sont particulièrement difficile à prouver, et notamment le risque de forclosure

¹⁴⁹ Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, (2008/C 265/07) para 12 eq.

¹⁵⁰ Ibid, para 13

(disparition due à la fusion d'un concurrent direct d'une des parties, réduisant ainsi la production par exemple).

Enfin, et cet argument est particulièrement valable pour l'Europe, les seuils de contrôlabilité des concentrations sont, au titre du Règlement 139/2004, fondés sur les chiffres d'affaires des parties. Or, internet n'a pas seulement bouleversé nos modes de vies, mais également la stratégie des entreprises. Ainsi aujourd'hui, parmi les groupes les plus valorisés du monde, se trouvent des réseaux sociaux gratuits, qui, en tant que tels, ne produisent pas un seul euro de chiffre d'affaires. Comment contrôler dès lors une opération impliquant un rapprochement avec ces entreprises, puisque les critères mêmes du contrôle sont inopérants pour ces nouveaux modèles économiques ? Ce problème a été mis en relief par la concentration, en 2014, de Facebook et de WhatsApp, qui n'était pas notifiable à la Commission Européenne, le chiffre d'affaires de la messagerie en ligne étant inférieur aux seuils ! Pour remédier à ce problème, l'Allemagne a proposé une loi intéressante: ainsi a été votée par le Parlement le 31 mars 2017 une révision du contrôle des concentrations. Désormais, si une opération est en dessous des seuils de contrôle, l'autorité de la concurrence allemande, le *Bundeskartellamt*, a néanmoins compétence pour la contrôler si le prix payé pour l'acquisition est supérieur à 400 millions d'euros. L'Autriche a adopté une loi similaire un peu plus tard dans l'année, et la Commission Européenne a engagé une réflexion sur ce sujet.

Ainsi, malgré une nouvelle approche européenne envers les concentrations non horizontales, et une tentative américaine sur ce sujet - à cependant nuancer au regard de l'opération AT&T / TimeWarner - l'appréciation concurrentielle des rapprochements "convergents" ne va pas sans poser quelques problèmes.

De plus, et cet argument est particulièrement présent dans la presse actuelle, la détention par un nombre restreint de groupes de la majorité des médias pourrait poser un certain problème au regard de la pluralité de la presse, bien que la convergence des médias regroupe un ensemble plus large que la presse, en ce compris notamment les fournisseurs de contenus.

Enfin, un autre problème, toujours d'actualité, pourrait éventuellement se poser: celui de la neutralité du net. Cette expression implique de la part des opérateurs de téléphonie et de fournisseurs d'accès à internet que ces derniers ne discriminent pas le flux des données en assurant à tous les consommateurs un égal accès, indépendamment du prix. Le nom même de neutralité du net est cependant trompeur, dans la mesure où un égal accès n'est jamais présent. Ainsi, autant les opérateurs américains que européens discriminent les appels d'urgence (hôpital, pompiers, police) au détriment des autres appels. Cette neutralité visait plutôt ainsi à empêcher les opérateurs de favoriser leur propre contenu: ainsi, dans le cas AT&T et TimeWarner, l'opérateur (et fournisseur d'accès à internet), désormais propriétaire de la chaîne HBO, pourrait privilégier les flux cette dernière par rapport à d'autres chaînes comme Hulu, ou même par rapport à des sites comme Netflix. L'annonce du président Trump en 2017 de mettre fin à ce principe fondateur d'internet a relancé le débat. Cette question demeure cependant un problème face à la convergence des opérateurs et des fournisseurs de contenus, problème qui se posera - entre autres - aux autorités de concurrence.

B. Problèmes économiques

Un problème économique peut également être soulevé au regard de la convergence des médias. Cette dernière implique les opérateurs et les fournisseurs de contenus qui souhaitent lutter contre les "GAFA" (Google - Apple - Facebook - Amazon). Or, pour certains acteurs, la convergence permet aussi un rapprochement entre ces géants d'internet et fournisseurs de contenus, et pourquoi pas un jour, avec les télécoms.

Or, ces entreprises fonctionnent elles aussi selon un marché de réseaux, qui peut être défini comme englobant *"toutes les activités reposant sur l'exploitation d'un réseau d'infrastructures de communications électroniques et toutes les activités exploitant des services utilisant ces infrastructures pour offrir des services basés sur le protocole Internet"*¹⁵¹.

¹⁵¹KARSENTY Adrien, Les apports de l'économie industrielle à l'analyse concurrentielle des marchés de réseau et services numériques, décembre 2017

Ces marchés de réseaux se caractérisent par une très forte innovation, et la présence de fortes externalités endogènes. De nombreux auteurs, parmi lesquels Sidak et Kahn précités, proposent d’adopter pour ces marchés une vision “néo schumpétérienne”¹⁵², qui serait en lien avec le fonctionnement de la régulation concurrentielle dans ce secteur. Le professeur Schmalensce (qui est incidemment le directeur de thèse de Carl Shapiro, l’économiste du gouvernement dans la décision AT&T / Time Warner) avance 4 critères pour caractériser une industrie de néo-schumpétérienne¹⁵³:

- (1) “des coûts marginaux faibles,
- (2) des effets de réseau,
- (3) des changements technologiques rapides,
- (4) la durabilité du bien ou du service”¹⁵⁴.

Ces critères semblent convenir à l’industrie des télécommunications, mais également à celle des GAFAs. Pour ces marchés, certains auteurs avancent donc de laisser l’innovation, qui impose un chaos destructeur comme fonction de création de la concurrence dans ces marchés. Or, un problème se pose de manière récurrente dans des marchés dominés par des grappes d’innovation: celui dit du “*winner takes it all*”. En effet, celui qui apporte une innovation technologique particulière peut se retrouver très vite en situation de monopole, lequel est renforcé par l’effet de réseau du marché: si tout le monde utilise WhatsApp, personne ne sera tenté d’utiliser un concurrent car il aura besoin de WhatsApp pour s’entretenir avec ses connaissances. Le rapprochement des opérateurs, qu’ils soient des télécoms ou des géants d’internet risque d’accentuer cet effet créateur de monopole.

A fortiori, pour pratiquer une telle convergence, les fonds nécessaires excluent presque de facto tous les NVNOs. Dès lors, c’est toute la vision de la régulation

¹⁵² Expression de Schmalensce (2000)

¹⁵³ In KARSENTY Adrien, Les apports de l’économie industrielle à l’analyse concurrentielle des marchés de réseau et services numériques, décembre 2017, p. 376

¹⁵⁴ Ibid.

concurrentielle, notamment européenne - on a vu l'intérêt porté par les commissaires européens aux MVNOs - qui est remise en question.

Ainsi, pour les économistes Katz et Shlenaski, le droit de la concurrence doit changer ses outils, *“The challenge facing antitrust enforcement is therefore to refine its tools to account for and promote technological innovation more effectively through a fact-intensive and multi-dimensional basis”*¹⁵⁵, pour s'adapter à ce que le professeur Benzoni définit comme une relation *“symbiotique entre les télécos et les plateformes digitales”*¹⁵⁶

Cette convergence, dont le nom même implique un rapprochement, donc une concentration est ainsi foncièrement liée à l'évolution des engagements. Car en effet, pour une problématique nouvelle, de nouveaux outils sont nécessaires.

Section 2. L'hybridation des mesures correctives et l'émergence d'une nouvelle régulation

*“Regulation needs to go beyond the physical layer of the network and enter the digital world”*¹⁵⁷

Pour de nouveaux enjeux, de nouveaux outils. Concernant les engagements pris dans le cadre des concentrations, la convergence implique une nouvelle façon d'appréhender le marché, qui se traduit par la mise en avant d'engagements dits “hybrides” (§1.). Cela implique également une remise en question de la régulation concurrentielle actuelle (§2.).

§1. L'hybridation des engagements

¹⁵⁵ Katz et Shelanski, *“Schumpeterian Competition and Antitrust Policy in High-Tech Market”*, 2006

¹⁵⁶ Towards an overarching regulation of electronic communications: Benzoni - Dutru - 2016, traduction de la citation: *“This shift has pushed telcos and digital platforms into a symbiotic relationship”*

¹⁵⁷ Ibid.

Les engagements hybrides (A.) sont particulièrement adaptés au marché convergent qui se crée (B).

A. Définition des engagements dits hybrides

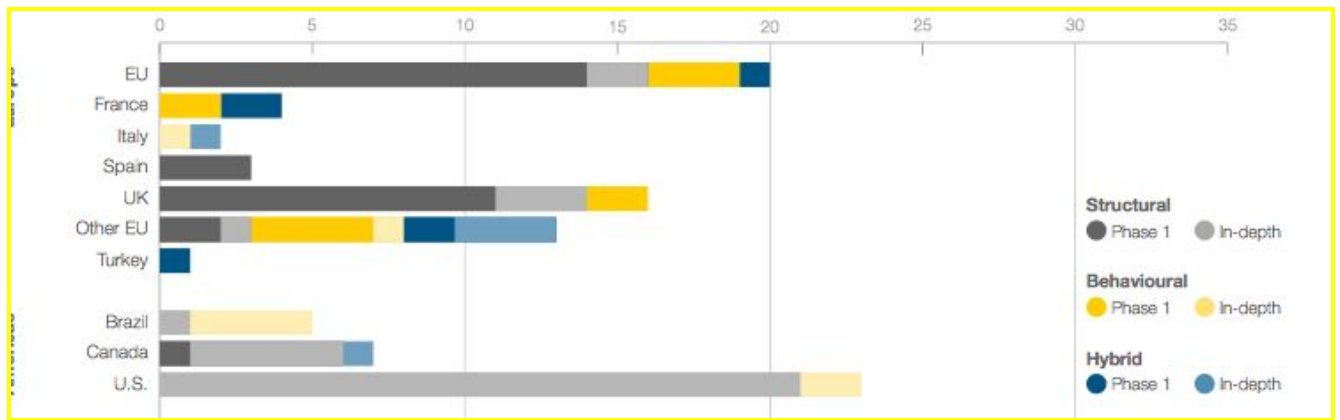
Les engagements hybrides n'ont pas attendu la convergence des médias pour apparaître. Ils figurent déjà dans les possibilités ouvertes aux autorités dans le cadre des engagements lors des concentrations, et sont parfois utilisés. Ils se composent d'un mélange de remèdes structurels et comportementaux. Les licences d'accès, qui sont généralement considérées comme des remèdes comportementaux, sont également parfois classés comme des hybrides¹⁵⁸.

Ainsi, en droit américain, de tels engagements hybrides sont introduits pour la première fois dans le Remedies Guides de 2011: *“In some circumstances, the most effective remedy will include a combination of structural and conduct provisions”*¹⁵⁹. Le Département américain de la justice ajoute même que ces remèdes sont particulièrement adaptés lorsque les problèmes concurrentiels posés par l'opération ont lieu sur des marchés différents (ce qui sous-tend en règle générale les concentrations verticales ou conglomérales dans lesquelles les parties ne sont pas actives sur le même marché, et donc les opérations de convergence).

En droit européen, la Notice de la Commission concernant les engagement acceptables au regard du Règlement 139/2004, en date de 2008, ne mentionne pas les remèdes hybrides. Or, si l'on se penche sur l'utilisation de ces remèdes, il apparaît que l'Union Européenne a néanmoins beaucoup plus tendance à leur application que les autorités américaines de concurrence:

¹⁵⁸ Remedies Merger Guide, International Competition Network, 2016

¹⁵⁹ ANTITRUST DIVISION POLICY GUIDE TO MERGER REMEDIES, Department of Justice, 2011, p.



Graphique issu d'une étude du cabinet Allen&Overy, *Global Trends in Merger Control Enforcement, 2017*

Ainsi en 2016, les Etats-Unis continuent d'afficher une préférence pour les remèdes structurels, alors que la Commission paraît accepter plus souvent les comportementaux. La Commission utilise également beaucoup plus de remèdes hybrides que les Etats-Unis qui n'en utilisent tout simplement pas.

Nonobstant leur utilisation actuelle, les remèdes hybrides paraissent cependant particulièrement adaptés économiquement aux problématiques concurrentielles rencontrées lors de la convergence des médias.

B. Adaptation économique

Les engagements sont toujours choisis en fonction du problème concurrentiel posé par la concentration. Il apparaît que les remèdes hybrides, qui regroupent les avantages des deux types d'engagements, peuvent être considérés comme étant particulièrement adaptés au marché des télécoms tel qu'il est en train de se redéfinir, c'est à dire en prenant en compte le phénomène de convergence des médias, et de ses problématiques concurrentielles.

Ainsi, dans le cas des fusions verticales, un engagement de cession aura probablement moins d'effectivité que dans une concentration horizontale, les parties n'étant pas sur le même marché, la cession ne permettant ainsi pas de réduire le pouvoir

de marché gagné par les parties sur ledit marché concerné. De la même manière, pour lutter contre les risques de foreclosure, un engagement de comportement dans lequel les parties s'engagent à fournir un accès non discriminatoire, ou à fournir une quantité fixe de produit aura probablement plus d'impact. Ainsi que le rappelle Dusan Popovic “(...) *behavioural remedies seem to be well adapted to the electronic communications sector. Their use allows preserving potential efficiency gains while at the same time eliminating the risk of market foreclosure. Behavioural remedies eliminate the need for duplication networks, and economies realised in this way could be used in existing network development*”¹⁶⁰.

Or, comme étudié dans la partie précédente, les engagements comportementaux ne sont faciles à mettre en place, et comme l'a notamment révélé l'affaire H3G / Orange Autriche, ces remèdes peuvent mettre de longues années avant de devenir effectif (dans l'affaire en cause, il aura fallu 3 ans). Dès lors, un mixte entre ces deux types de remèdes pourrait s'avérer la meilleure solution pour rétablir l'équilibre concurrentiel sur le marché, ainsi que le souligne le International Competition Network, le réseau de coopération international entre les différentes autorités de concurrence: “*Hybrid remedies may also be effective when, for example, a merger involves multiple markets or products and competition is best preserved by structural relief in some relevant markets and by nonstructural relief in others*”¹⁶¹.

Dès lors, l'utilisation d'engagements hybrides pour faire face à de nouveaux problèmes pourrait trouver une rationalité économique. La mise en place de ces engagements serait cependant, tout comme les remèdes structurels ou comportementaux, longue et ardue.

§2. Régulation ou antitrust pour ces nouveaux problèmes ?

¹⁶⁰ Dusan Popovic, *Electronic Communications in the EU - Merger Remedies and Regulation*, European Business Organization Law Review, 2009, p. 586.

¹⁶¹ Remedies Merger Guide, International Competition Network, 2016

La convergence des médias et l'émergence des engagements hybrides pourrait remettre en cause la profonde dichotomie entre la régulation concurrentielle et la régulation sectorielle (A.), et invite à réfléchir à une nouvelle forme de régulation (B.).

A. Régulation ou antitrust ?

Une problématique ancienne concernant le secteur des télécoms est celui de la délimitation entre la régulation sectorielle opérée par un régulateur spécifique (en France par exemple l'ARCEP, et aux Etats-Unis, la FCC), et un régulation concurrentiel. En effet, suite à la libéralisation du secteur des communications électroniques, les pays (tant européens que les Etats-Unis) se sont trouvés dans une situation où, sur un marché ouvert à la concurrence, un opérateur historique disposait de toutes les infrastructures, de l'expertise nécessaire, et de toute la clientèle. Il s'agissait dès lors d'empêcher dans un premier temps cet opérateur d'abuser de position dominante.

Traditionnellement, le régulateur spécifique se consacre surtout aux problèmes inhérents à la structure économique du marché, tandis que le régulateur concurrentiel intervient sporadiquement lors des opérations de concentrations (ou en cas de violation du droit de la concurrence en cas d'entente ou d'abus de position dominante).

L'un intervient ainsi ex post, tandis que l'autre est plutôt ex ante. Or, le contrôle des concentrations vient nuancer cette distinction en intervenant également de façon ex ante. De plus, ledit contrôle peut mettre en place des engagements comportementaux, qui peuvent s'apparenter à de la régulation spécifique (ce que n'ont pas manqué de relever certains auteurs, qui vont jusqu'à accuser la Commission européenne d'utiliser les concentrations pour mettre en oeuvre sa politique dans le secteur, et notamment la création d'un marché européen des télécoms).

Dans le secteur des télécoms, les engagements comportementaux apparaissent comme particulièrement adaptés au marché, et, concernant le nouveau secteur des entreprises convergentes dans les médias, il semblerait que la piste des engagements hybrides mérite d'être étudiée. Ces deux types d'engagements ont plus en commun avec la régulation sectorielle qu'avec la régulation concurrentielle. Dès lors, en présence d'une

barrière de plus en plus floue, faut-il faire un choix entre le régulateur spécifique et l'antitrust pour protéger la concurrence dans les télécoms ?

B. Vers la fin du monopole de la régulation concurrentielle et sectorielle: un nouveau genre ?

Sébastien Sorino, ancien dirigeant de du régulateur français, l'Autorité de Régulation des Communications Electronique et des Postes, dans un article ironiquement intitulé *Barbariser la régulation pour réguler les barbares*, met en garde contre l'utilisation, dans le secteur des télécoms, de lois sectorielles trop spécifiques: "*La révolution numérique nécessite donc d'être accompagnée. Une mauvaise tentation serait pourtant d'ériger des murailles de Chine de réglementation, ou des lois sectorielles trop spécifiques. Cette approche rencontrerait nécessairement ses limites dans une économie en mouvement: les plus grandes murailles finissent toujours par être traversées par des barbares, avec bien souvent de douloureuses conséquences*"¹⁶². Il propose ensuite d'ouvrir le monopole de la régulation. La piste est intéressante : si au lieu de tenter de délimiter les frontières respectives de la régulation et du droit de la concurrence, un mélange des deux était envisagé ? Une autorité disposant des deux compétences ? Ou alors un contrôle des actions de chaque autorité par l'autre, comme le *check and balances* américain ? En effet aujourd'hui, qui contrôle les actions des autorités de concurrence aujourd'hui, dont les effets sur les marchés sont fondamentaux ?

Cette question est plus présente au sein de l'Union Européenne qu'aux Etats-Unis, où il appartient aux juges fédéraux, indépendants, de trancher les litiges entre l'administration et les parties.

Elle demeure ouverte.

¹⁶² "*Barbariser la régulation pour réguler les barbares*", Sébastien Sorino, Huffington Post, 5 novembre 2015

CONCLUSION

La prise d'engagements dans le cadre du contrôle des concentrations dans le secteur des télécommunications se révèle assez similaire dans le système américain et le système européen. Ils possèdent tous deux une législation semblable, bien que les marchés aient évolué différemment. En effet, après être partis du même postulat de départ, le besoin de libéraliser le secteur des communications électroniques, les Etats-Unis et l'Union Européenne ont vu leurs marchés s'orienter dans des directions différentes. Néanmoins, malgré le fait que les problématiques qui se posent aux autorités concurrentielles ne soient pas toujours les mêmes - que ce soit la question du nombre d'opérateurs ou l'harmonisation - une nette préférence pour les engagements structurels s'est très vite dessinée des deux côtés de l'Atlantique.

Cette préférence s'est vue remise en question dans les dernières années, à des degrés divers. Il ressort de cette étude que cette remise en question découle autant de problématiques de politiques publiques que de changement de vision économique, et ce, dans les deux systèmes. Finalement, la prise d'un certain type d'engagement plutôt qu'un autre repose plus sur des considérations extérieures au droit ou à l'économie, et là constitue le point de comparaison le plus saillant.

Pour conclure, les Etats-Unis et l'Union Européenne verront leur plus gros rapprochement - et leur plus gros défi - dans la phase de convergence des médias qui s'annonce. En effet, outre l'émergence d'un type d'engagement peu ou pas utilisé, c'est une remise en cause de la régulation concurrentielle qui se profile.

TABLE DES MATIÈRES

Titre I. La régulation concurrentielle des télécoms en droit américain et européen

Chapitre 1. Une évolution parallèle

Section 1. Evolution du contrôle des concentrations en matière de télécommunications

§1. Historique: du monopole à la régulation

A. Evolution du contrôle des concentrations aux Etats-Unis et dans l'Union Européenne

B. Evolution de la réglementation concernant les télécommunications

§2. Traitement des enjeux concurrentiels aux Etats-unis et en Europe dans le cadre du contrôle des concentrations

A. La question du pouvoir du marché

B. Les risques d'atteinte à la concurrence

Section 2. La convergence américaine et européenne vers les engagements structurels

§1. Une préférence marquée pour les engagements structurels

A. Démonstration de la préférence

B. Raisons de la préférence

§2. Visions économiques derrière les engagements structurels

A. Visions du marché

B. La question du prix

Chapitre 2. Etats-Unis et Union Européenne: des marchés aux logiques différentes

Section 1. Les conséquences de l'évolution différente des marchés

§1. Caractéristiques des marchés

A. Incidences du découpage géographique américain sur les engagements

B. L'application différente de la règle de droit en Europe

§2. Evolution des marchés

A. Evolution suite aux concentrations: le nombre d'opérateurs

B. Concurrence par les infrastructures ou par les services

Section 2. Divergence des visions économiques

§1. Vision économique et politiques publiques

A. Le problème de l'harmonisation européenne face au fédéralisme américain

B. Visions économiques différentes: la concurrence, les concurrents, et les consommateurs

§2. La remise en cause des engagements structurels

A. La critique des engagements structurels

B. Les caractéristiques du marché des télécoms comme raison de la remise en cause des engagements structurels

Titre II. La remise en question du rapprochement des systèmes

Chapitre 1. Le rapprochement des systèmes

Section 1. Une évolution relative vers des engagements comportementaux

- §1. Engagements comportementaux et industries de réseaux
 - A. Plaidoiries en faveur des engagements comportementaux
 - B. Adaptation à la vision économique du marché des télécoms
- §2. Une difficile mise en application
 - A. Problèmes économiques
 - B. Problèmes juridiques

Section 2. L'influence de l'expérience européenne

- §1. 2012-2018: l'expérience européenne
 - A. La vision des engagements sous le Commissaire J. Almunia
 - B. Le volte-face du Commissaire M. Vestager
- §2. Le rapprochement des systèmes
 - A. Une réussite contrastée: le problème autrichien
 - B. Le rapprochement de la vision américaine et européenne

Chapitre 2. Vers la convergence des médias : le bouleversement des systèmes

Section 1. La convergence des médias

- §1. Les bouleversements de la convergence
 - A. Définition de la convergence
 - B. Actualité de la convergence: l'exemple de l'affaire AT&T/Time Warner
- §2. Problèmes de la convergence
 - A. Problèmes légaux
 - B. Problèmes économiques

Section 2. L'hybridation des mesures correctives et l'émergence d'une nouvelle régulation

- § 1. L'hybridation des engagements
 - A. Définition des engagements dits hybrides
 - B. Adaptation économique
- §2. Régulation ou antitrust pour ces nouveaux problèmes ?
 - A. Régulation ou antitrust ?
 - B. Vers la fin du monopole de la régulation concurrentielle et sectorielle: un nouveau genre

BIBLIOGRAPHIE

Législation citée

- **Union Européenne (et Etats Membres)**

- Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil en date du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises
- Code du commerce: L.420, L.430-2 du Code de commerce.
- Traité de Fonctionnement de l'Union Européenne, articles 101 et 102

- **Etats-Unis**

- Hart-Scott-Rodino Act de 1976
- *Communications Act* de 1934
- *Telecommunications Act* de 1996
- 15 USC 12 (codification du Sherman Act)
- Clayton Act, 1950, Section 7A (codifié sous 15 U.S.C. § 18)

Jurisprudence citée

- **Union Européenne (et Etats Membres)**

- Case T-102/96 Gencor Ltd v. Commission (1999)
- Case COMP/M.5650 – T-Mobile/Orange,
- Case No COMP/M.6497 – HUTCHISON 3G AUSTRIA / ORANGE AUSTRIA
- Case No COMP/M.6992 HUTCHISON 3G UK / TELEFONICA IRELAND
- CASE M.7018 - TELEFÓNICA DEUTSCHLAND/ E-PLUS
- CASE M.7758-HUTCHISON 3G ITALY / WIND / JV
- CJUE, 14 février 1978, United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission of the European Communities. Chiquita Bananas. Case 27/7
- Autorité de la Concurrence, Décision n°16-D-07 du 19 avril 2016 relative au respect de l'engagement de cession des activités de téléphonie mobile d'Outremer Telecom à La Réunion et à Mayotte figurant dans la décision autorisant l'acquisition de SFR par le groupe Altice

- **Etats-Unis**

- U.S. v. AT&T Inc., T-Mobile USA, Inc. Deutsche Telekom AG, 31 août 2011
- Federal Trade Commission v. H.J. Heinz Co., 246 F.3d 708, 713 (D.C. Cir. 2001)
- Fruehauf Corp. v. FTC, 1979
- U.S.A. v. AT&T. Inc. 12 juin 2018

Lignes Directrices

- **Union Européenne (et Etats Membres)**

- Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises
- Lignes Directrices relatives au contrôle des concentrations, 2013, Autorité de la concurrence
- **Etats-Unis**
- *A Study of the Commission's Divestiture Process*," Bureau of Competition (Août 1999), remplacé par "*The FTC's Merger Remedies 2006-2012*" A Report of the Bureaus of Competition and Economics (Janvier 2017)
- Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies (Octobre 2004).
- Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies, Department of Justice, 2011

Ouvrages

- Diane P.Wood, *Comparison of Merger review and remedies procedures in the US and the EC* , in 'Merger remedies in American and European Union Competition Law' Cheltenham, UK : Northampton, MA : E. Elgar Pub., c2003
- Laurent Benzoni, Patrick Goeffron, *A collection of Essays on Infrastructure versus Service-Based Competition: The Case of Mobile Telecommunications*, Quantifica Publishing 2008
- François Lévêque, Howard Shelanski, *Merger Remedies in American and European Union Competition Law*, 2003
- Emmanuel Combe, *Economie et Politique de la concurrence*, Dalloz 2005

Thèse

- Adrien Karsenty *Les apports de l'économie industrielle à l'analyse concurrentielle des marchés de réseaux et de services numériques*, 11 décembre 2017

Articles universitaires

- Katz et Shelanski," *Schumpeterian Competition and Antitrust Policy in High-Tech Market*", 2006
- M. Motta, M. Polo, H. Vasconcelos, *Merger Remedies in the EU: an overview*, The Antitrust Bulletin, Vol 52. Nos 3 et 4, 2007
- A. De Streel "*The relationship between competition law and sector specific regulation: the case of electronic communications*" XLVII, Reflets et Perspectives de la vie économique (2008)
- Dusan Popovic, '*Merger Remedies and Regulatory Measures in the EU Electronic Communications Sector: A Critical Assessment*', *European Business Organization Law Review*, 10: 575-594, 2009
- K. Tyagi, *Four to Three Telecoms Mergers: Substantial Issues in EU Merger Control in the Mobile Telecommunications Sector*, 1er Février 2018

- Geradin et Sidak, *European and American Approaches to Antitrust Remedies and the Institutional Design of Regulation in Telecommunications* (December 18, 2003). HANDBOOK OF TELECOMMUNICATIONS ECONOMICS, VOL. 2, TECHNOLOGY EVOLUTION AND THE INTERNET, pp. 517-553, Sumit K. Majumdar, Ingo Vogelsang, and Martin E. Cave, eds., Elsevier B.V., 2005.
- Thomas Hoehn, *Structure Versus Conduct - A comparison of the National Merger Remedies Practice in Seven European Countries' International Journal of the Economics of Business*, Vol.17, N°1, February 2010
- Baer, William J., and Ronald C. Redcay. *Solving competition problems in merger control: the requirements for an effective divestiture remedy*, *Geo. Wash. L. Rev.* 69 (2000): 915.
- Alexander Svetlicinii, *Telecommunications Mergers under the EC Competition Law and US antitrust law: substantive assessment and procedural cooperation*, *Cambridge Student Law Rev.* 22 (2008)
- P. Bouguette et C. Montet, *Doute sur les remèdes non structurels dans le contrôle des concentrations*, *Revue Lamy de la Concurrence*, n°2, 1er février 2005
- Kwoka, John E., and Diana L. Moss. *Behavioral merger remedies: evaluation and implications for antitrust enforcement*. *The Antitrust Bulletin* 57.4 (2012): 979-1011.
- Laurent Benzoni et Pascal Dutru, *The Radio Spectrum Ladder of Investment to Promote Innovation and Competition in Mobile Markets Digiworld Economic Journal*, No. 102, 2nd Q. 2016
- Laurent Benzoni, *Loyauté de la concurrence et économie : une perspective historique*
- Comment on the Merger Remedies Study Proposed by the Federal Trade Commission John Kwoka Professor of Economics Northeastern University March 2015
- Frédéric de Bure *Engagez vous qu'ils disaient*, *Revue Lamy de la Concurrence*, n°54
- Laurent Benzoni, Pascal Dutru, *Towards an overarching regulation of electronic communications* 2016

Articles et communiqués de presse

- Communiqué de Presse du Gouvernement Français concernant le Code Européen des Communications Electroniques, 13 juin 2018, consultable à cette adresse: <https://www.economie.gouv.fr/accord-5-juin-2018-projet-code-europeen-communications-electroniques>
- *Télécoms, un code Européen pour doper les investissements*, *Les Echos*, 6 juin 2018
- Journal Officiel de l'Union Européenne, C119 Of 14.04.2015

- Commission Européenne, Communiqué de presse du 8 avril 2015
- “*TeliaSonera and Telenor fail to get Danish merger approved*”, Reuters, 11 septembre 2015
- “*La convergence médias vue par Jean-Marie Messier*” Challenges 3 septembre 2015,
- *AT&T Wins Approval for \$85.4 Billion Time Warner Deal in Defeat for Justice Dept*, New York Time, 12 juin 2018
- *AT&T-Time Warner Decision Shows Need to Rethink Antitrust Laws*” New York Times, 13 juin 2018
- “*With AT&T-Time Warner ruling, courts again thwart Trump*” Politico, 12 juin 2018
- “*Barbariser la régulation pour réguler les barbares*”, Sébastien Sorino, Huffington Post, 5 novembre 2015

Etudes

Institutionnelles:

- ARCEP, Rapport sur la mission aux USA, 2014
- BEREK *Report on Post-Merger Market Developments - Price Effects of Mobile Mergers in Austria, Ireland and Germany*, 15 juin 2018
- Remedies Merger Guide, International Competition Network, 2016

Cabinets:

- Skadden Antitrust and Competition :Trends in US and EU Merger Enforcement, Janvier 2016
- Allen & Overy, Golbal Trends in Merger Control Enforcement, 2017

Discours

- Discours du Representative Peter W. Rodino, 122 Cong. Rec. 25051 (1976)
- Assistant Attorney General Makan Delrahim Delivers Keynote Address at American Bar Association's Antitrust Fall Forum, Washington, DC , November 16, 2017

