

LE TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE PRÉCISE LA POSITION COMMUNAUTAIRE SUR LA RÈGLE DE RAISON ET LA THÉORIE DES RESTRICTIONS ACCESSOIRES EN MATIÈRE D'ENTENTES PROHIBÉES

T.P.I.C.E., 18 septembre 2001, *M6 et a. contre Commission*, aff. T-112/99

David BOSCO

Allocataire Moniteur à l'Université d'Aix-Marseille

Thème : Droit communautaire de la concurrence / Ententes / Restriction de concurrence / Article 81 CE / Règle de raison (non) / Restrictions accessoires / Audiovisuel / Marché de la télévision à péage

Sur le marché de la télévision à péage, la clause par laquelle plusieurs sociétés accordent l'exclusivité de la diffusion de leurs programmes à un agent et celle par laquelle elles lui donnent une priorité sur les chaînes qu'elles contrôlent, sont restrictives de concurrence. Elles bénéficient néanmoins d'une exemption pour la durée nécessaire à l'implantation du concurrent sur le marché. Les parties critiquent en vain la non-application par la Commission de la méthode de la règle de raison, qui n'a jamais été consacrée par la jurisprudence communautaire et néglige l'effet utile de l'article 81§ 3 CE, et son refus de qualifier les clauses de « restrictions accessoires » à la création de la chaîne puisque les clauses n'étaient pas objectivement nécessaires à la réalisation de cette opération principale.

La clause de non-concurrence par laquelle les parties s'interdisent de participer à des sociétés ayant la même activité ou le même objet social que l'entreprise créée par elles est en revanche une restriction accessoire à l'opération principale. Mais la durée de l'attestation négative délivrée n'est pas nécessairement la même que celle de l'opération principale.

I - Rejet de la méthode du bilan concurrentiel dans l'application de l'article 81 § 1 CE.. 6

A - L'argument tiré de la jurisprudence communautaire 6

B - L'argument tiré de l'effet utile du paragraphe 3 de l'article 81 CE..... 7

II - Elaboration d'une théorie communautaire des restrictions accessoires..... 9

A - Les règles conditionnant la qualification de « restrictions accessoires »..... 10

a) La condition de nécessité objective de la restriction accessoire 11

b) La condition de proportionnalité de la restriction accessoire..... 12

B- Portée de la qualification de restriction accessoire 13

1.- Alors que l'on parle beaucoup d'une fusion, ou au moins de la conclusion d'accords de réciprocité entre Canal Satellite et Télévision par Satellite (TPS)¹, l'arrêt rendu par la troisième chambre du Tribunal de première instance le 18 septembre 2001 invite à revenir sur la création de la société TPS et les difficultés juridiques que son entrée sur le marché a suscitées.

2.- Les instigateurs de la chaîne (TF1, France Télévision, Métropole Télévision, la Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion, Suez Lyonnaise des Eaux et France Télécom) avaient relevé un pari audacieux. En effet, le marché de la télévision à péage² était largement dominé par Canal + qui, pour rallier 70 % du nombre total d'abonnés³, a développé depuis 1984 une stratégie commerciale particulièrement efficace. La chaîne bénéficie en effet de nombreuses conventions d'exclusivité avec les fournisseurs des programmes les plus attractifs, c'est-à-dire les grands studios américains et français, et les principales organisations sportives gestionnaires des droits de retransmission télévisée³. En outre, Canal + détient des participations dans les chaînes thématiques les plus renommées. La pénétration du marché en était particulièrement délicate. On se souvient d'ailleurs que les juridictions françaises avaient eu à connaître, il y a peu, de ce problème de cloisonnement du marché de la télévision à péage. La Cour d'appel de Paris⁴ puis la Cour de cassation⁵ avaient fait droit à la demande de

¹ Voy. l'édition du *Monde* datée du 7 avril 2001, <http://www.lemonde.fr/article/0,5987,3236--220700-00.html>, et celle du *Figaro économie* du 8 novembre 2001, p. XII.

² C'est-à-dire, en 1998, 4,3 millions de français. Canal + réunissait plus de 10 millions d'abonnés en Europe en 1998.

³ Sur la position actuelle de Canal + sur le marché, voir en dernier lieu l'avis n° 00-A-04 du 29 février 2000 du Conseil de la concurrence relatif à l'acquisition par la société Vivendi de la participation de 15 % détenue par le groupe Richemont dans la société Canal Plus, <http://www.finances.gouv.fr/reglementation/avis/conseilconcurrence/00a04.htm>. En matière de football, programme emblématique de la politique audiovisuelle de Canal +, voy. « Le sport à la télévision : les enjeux de la régulation », *La lettre du CSA*, mars 2000, p. 6, n° 126 et « Le sport à la télévision, un enjeu majeur dans la stratégie des chaînes », *La lettre du CSA*, fév. 1997, p. 4, n° 89 ; adde THÉOPHILE (D), PHILIPP (P), « Football et droits de retransmission télévisée en France, les limites de l'exclusivité », *Cah. dr. ent.* 1992, n°5, p. 30. S'agissant du championnat de France, la Ligue Nationale de Football a renégocié les droits de retransmission en 1998. Un partage a été effectué à cette occasion entre TPS et Canal +, mettant ainsi fin à quinze années d'exclusivité au bénéfice de Canal +, voy. à ce sujet l'avis du Conseil de la concurrence n° 00-A-04 du 29 février 2000 préc. Sur la politique commerciale récente de Canal + en matière de football professionnel, POTET (F), « Canal + investit quasiment tous les secteurs du football professionnel », *Le Monde* du 28 novembre 2001, <http://www.lemonde.fr/article/0,5987,3242--248947-00.html>.

⁴ Paris, 1ère ch., Section H, 15 juin 1999, *Légipresse*, 07-08/1999, n° 163, III, p. 94, note RENAULT (Ch-E), CCE, 12/1999, n° 48, p. 25, obs. DECOCQ (G), http://www.finances.gouv.fr/DGCCRF/boccrf/99_14/a0140002.htm. L'arrêt annule la décision du Conseil de la concurrence n° 98-D-70 du 24 novembre 1998, http://www.finances.gouv.fr/DGCCRF/boccrf/99_01/a0010004.htm.

⁵ C. cass., com., 30 mai 2000, *BOCCRF*, 25 juillet 2000, p. 383, CCE 07-08/2000, n° 82, p. 32, obs. DECOCQ (G), http://www.finances.gouv.fr/DGCCRF/boccrf/00_08/a0080002.htm.

TPS, et condamné Canal + pour abus de position dominante sur ce marché et sur celui des films français récents⁶.

3.- Ce sont les pratiques contractuelles de TPS destinées à pénétrer le marché de la télévision à péage qui ont alimenté cette fois le contentieux. Plusieurs accords avaient été notifiés à la Commission européenne en 1996 par les instigateurs de la chaîne nouvelle en vue de l'obtention d'une attestation négative ou d'une exemption au titre du règlement n° 17⁷. Certains concernaient la création et le fonctionnement de la société en nom collectif TPS et ont été validés par la décision de la Commission rendue le 3 mars 1999⁸, au visa de l'article 85 § 1^{er} CE (aujourd'hui art. 81 § 1^{er}).

4.- La Commission examina ensuite les diverses dispositions contractuelles suivantes. Tout d'abord, les parties à la création de TPS s'interdisaient de participer à des sociétés ayant la même activité ou le même objet social que TPS. Cette « clause de non-concurrence » a été considérée par la Commission comme une « restriction accessoire » à la création de TPS et a bénéficié d'une attestation négative pour la période nécessaire au démarrage de l'entreprise, c'est-à-dire, selon l'appréciation de la Commission, une durée de trois ans¹⁰.

5.- Ensuite, deux types de clauses dont la durée initiale était de dix ans ont été déclarées comme rentrant dans le champ d'application de l'article 81 § 1^{er} CE mais ont bénéficié d'une exemption individuelle d'une durée de trois ans.

La première disposition contractuelle dont il a été discuté devant le Tribunal était une clause par laquelle les entreprises fondatrices de TPS accordaient à celle-ci l'exclusivité de la diffusion des chaînes généralistes qui leur appartenaient (TF1, France 2, France 3, M6). L'avantage concurrentiel ainsi procuré à TPS était certain et, comme en convenait la Commission, constituait le seul moyen de pénétrer un marché de la télévision à péage largement dominé par Canal +. Ces programmes sont très attractifs pour les téléspectateurs, notamment pour ceux situés dans les zones d'ombre du territoire français où la diffusion par voie hertzienne est défectueuse. Pourtant, selon la Commission, la clause privait les

⁶

Dans le contrat-type de pré-achat des droits de diffusion audiovisuelle par lequel le producteur autorisait la chaîne à diffuser l'œuvre cinématographique, Canal + se réservait une exclusivité de diffusion pour une durée pouvant aller jusqu'à trois ans. La Cour d'appel de Paris puis la Cour de cassation avaient estimé que Canal + avait « abusé de sa situation de domination en faisant obstacle au développement du marché de la télévision à péage par paiement à la séance » (C. cass., com., 30 mai 2000, préc.). Voir en dernier lieu la décision n° 2001-MC-01 du Conseil de la concurrence en date du 11 mai 2001 relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires présentées par les sociétés Multivision et Télévision Par Satellite (http://www.finances.gouv.fr/DGCCRF/boccrf/01_08/a0080020.htm). TPS reprochait à Canal + de n'avoir pas respecté l'injonction de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 15 juin 1999 préc.

⁷

Le droit des concentrations n'était pas applicable en l'espèce, voy. Décision n° 1999/242/CE de la Commission du 3 mars 1999, *JO L 090* du 2 avril 1999, p. 6, n° 1 et *infra* n° 21.

⁸

Décision n° 1999/242/CE de la Commission du 3 mars 1999, *JO L 090* du 2 avril 1999, p. 6, *RTDeur.* 2000, p. 743, obs. BLAISE (J-B), IDOT (L), *RTDcom.* 2000, p. 239, obs. POILLOT-PERUZZETO (S).

⁹

La nouvelle numérotation consécutive au Traité d'Amsterdam sera utilisée par la suite.

¹⁰

Pts. 97 à 99 de la décision.

concurrents de TPS de programmes attrayants¹¹, et était donc restrictive de concurrence. Elle a néanmoins été exemptée de l'interdiction pour trois ans¹², c'est-à-dire le temps estimé nécessaire à l'installation de TPS sur le marché, celle-ci étant considérée comme un bienfait pour les consommateurs et la stimulation de la concurrence.

Par la seconde clause litigieuse, les parties s'obligeaient à proposer en priorité à TPS l'ensemble des chaînes thématiques et services télévisuels qu'elles exploitaient ou pour lesquelles elles disposaient effectivement du pouvoir de décision au sein de la société éditrice. Selon les parties, la clause était nécessaire pour sécuriser son approvisionnement, dans un marché des chaînes thématiques où, là encore, Canal + avait une large maîtrise de l'offre. D'après la Commission, la clause est restrictive de concurrence en ce qu'elle conduit à une limitation de l'offre sur le marché¹³, mais mérite une exemption de trois années parce qu'en dispensant TPS d'éditer elle-même un grand nombre de chaînes ou de s'adresser aux fournisseurs de ses concurrents, la clause permet à TPS de réduire ses coûts et de se constituer une identité commerciale propre. A terme, ces avantages favorisent l'implantation d'un nouveau concurrent sur le marché.

6.- Si l'on s'en tient au débat sur le fond¹⁴, c'est le prononcé de l'attestation négative pour la clause de non-concurrence et des exemptions individuelles pour les stipulations relatives aux programmes qui motiva, de la part des parties à la création de la chaîne¹⁵, un recours en annulation. La richesse de l'argumentation développée ne doit pas dissimuler l'ambition qui la nourrit et qui est unique : donner effet aux dispositions contractuelles pour une période supérieure à celle fixée par la Commission.

7.- Les moyens des parties qui concernent la mauvaise application prétendue des dispositions de l'article 81 § 1 et 3 CE ne présentent pas d'intérêt. Les requérants y contestaient, tout d'abord, la pertinence des éléments de fait au moyen desquels la Commission avait déclaré restrictives de concurrence les clauses litigieuses¹⁶, ensuite l'application des conditions de l'article 81 § 3 CE, et enfin la durée de l'exemption prononcée par la Commission¹⁷.

¹¹ Voy. pts 102 et s. de la décision de la Commission.

¹² Il en a résulté qu'à compter du début de l'année 2000, Canal + offrait à ses abonnés un service équivalent à TPS puisque l'exemption prenait fin le 15 décembre 1999.

¹³ Voy. pts 99 et s. de la décision.

¹⁴ La Commission contestait la recevabilité du recours en alléguant du fait qu'une attestation négative ou une exemption ne font pas grief au demandeur. Le Tribunal de première instance remarque au contraire qu'une exemption ou une attestation négative d'une durée plus courte que celle demandée sont des mesures produisant des effets juridiques obligatoires de nature à affecter les intérêts du requérant. En effet la sécurité juridique attendue de telles décisions est plus brève. De plus, en l'espèce, la décision rendue avait affecté le calcul de la rentabilité des investissements ayant présidé à la conclusion des accords notifiés, voy. points 31 et s. de l'arrêt.

¹⁵ A l'exception de France Télévision et de la Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion, cette dernière s'étant retirée de la société en 1998.

¹⁶ Pts. 47 et s. de l'arrêt.

¹⁷ Pts. 138 et s., 151 et s. de l'arrêt.

8.- En revanche, les parties développèrent deux voies d'argumentation qui devaient conduire le Tribunal de première instance à se prononcer sur la question controversée de l'existence d'une *règle de raison* en droit communautaire. La règle de raison est une méthode d'origine américaine tendant à corriger la rigueur de l'interdiction des restrictions de concurrence posée par l'article 1^{er} du *Sherman Act*. Elle a été utilisée outre-Atlantique sous deux formes : en premier lieu au moyen de *la doctrine des restrictions accessoires* selon laquelle une clause n'est pas restrictive si elle est simplement accessoire à une opération principale dont l'objectif est légitime, puis, en second lieu, au moyen de *la doctrine du bilan concurrentiel* selon laquelle un accord ne doit être interdit qu'au terme d'un bilan de ses effets pro et anticoncurrentiels¹⁸.

9.- Les parties reprochaient à la Commission de ne pas s'être inspirée de la méthode de la *rule of reason* sous l'une et l'autre de ces deux formes. D'une part, dans son application de l'article 81 § 1^{er} CE aux accords litigieux, la Commission aurait dû réaliser un bilan concurrentiel, comme l'exige la règle de raison. Sur ce point, la réponse du Tribunal de première instance est sans ambages et rejette l'existence d'une règle de raison/bilan concurrentiel en droit communautaire. D'autre part, les parties soutenaient à titre subsidiaire que la Commission aurait dû considérer les clauses litigieuses comme des « restrictions accessoires » à l'opération principale de création de la chaîne TPS et bénéficière du traitement favorable dont elle a fait l'objet. Le Tribunal refoulera à nouveau l'argumentation. Le rôle de la notion de « restrictions accessoires » n'est pas nié pour autant. En effet, le Tribunal paraît poser les jalons d'une théorie proprement communautaire des restrictions accessoires dans le droit des ententes, qui se distingue nettement de la règle de raison américaine.

9-1.- L'étude du marché de la télévision à péage aura donc fourni au Tribunal de première instance l'occasion de rendre cet arrêt, finalement assez doctrinal, par lequel, d'une part, il rejette la méthode du bilan concurrentiel dans l'application de l'article 81 § 1 CE (I) et d'autre part, il élabore une théorie proprement communautaire des restrictions accessoires (II). L'originalité du droit communautaire des ententes est doublement affirmée.

¹⁸

Voy. sur la règle de raison aux Etats-Unis, en particulier, FASQUELLE (D), *Droit américain et droit communautaire des ententes. Etude de la règle de raison*, préf. H. Gaudemet-Tallon, GLN Joly 1993. Dans la doctrine américaine disponible sur Internet, spéc. MURIS (TJ), "The rule of reason after California Dental", <http://www.gmu.edu/departments/law/faculty/papers/docs/00-41.pdf> et les réf. note 2 pour un panorama de la jurisprudence récente, et CARRIER (MA), "The Real Rule of Reason: Bridging the Disconnect", <http://www.law2.byu.edu/lawreview/archives/2000/carr.pdf>.

I - REJET DE LA METHODE DU BILAN CONCURRENTIEL DANS L'APPLICATION DE L'ARTICLE 81 § 1 CE

10.- Les requérants sollicitaient tout d'abord le recours à une *règle de raison/bilan concurrentiel* dans l'application de l'article 81 § 1^{er} CE. La problématique en est connue : il s'agit d'une méthode d'analyse destinée à établir pour chaque convention située dans son contexte réel un bilan de ses effets pro et anticoncurrentiels¹⁹. Ce bilan serait réalisé dès le paragraphe 1^{er} du texte sans attendre l'examen des prescriptions de son paragraphe 3.

Pour confirmer l'appréciation de la Commission et refouler le moyen des parties, le Tribunal se fonde sur deux types d'arguments²⁰ : d'une part, un argument tiré de la jurisprudence communautaire et selon lequel la méthode de la règle de raison n'a jamais été utilisée par les juges communautaires (A); d'autre part, un argument tiré de la cohérence des dispositions du Traité et en particulier de l'effet utile du paragraphe 3 de l'article 81 qu'il convient de sauvegarder (B).

A - L'argument tiré de la jurisprudence communautaire

11.- Le Tribunal de première instance admet que certains arrêts se sont montrés ouverts à une approche concrète du contexte dans lequel l'accord litigieux produit ses effets, et cela dès le stade de l'application de l'article 81 § 1 CE²¹. Mais c'est aussitôt pour préciser que cette approche avait seulement pour objet de ne pas faire systématiquement rentrer dans le domaine du texte tout accord qui restreint la liberté d'action des parties. En d'autres termes, ce courant jurisprudentiel entend simplement apprécier les effets restrictifs de l'accord dans leur contexte économique et juridique, ce qui n'implique pas qu'un bilan des effets anti et pro concurrentiels soit réalisé pour déterminer l'applicabilité de l'article 81 § 1^{er} CE²².

12.- Le raisonnement est à première vue convaincant. Néanmoins, il semble que la jurisprudence communautaire a été plus sensible à la méthode de la règle de raison que ne le laisse entendre le Tribunal. Dans l'importante affaire Nungesser²³, par exemple, l'exclusivité accordée au preneur de licence avait été validée au visa de l'article 81 § 1^{er} CE parce que, au-delà de la restriction de concurrence qu'elle emportait entre les parties, elle était l'avantage concurrentiel sans lequel le licencié n'aurait pas consenti les investissements nécessaires à

¹⁹ Voy. les réf. citées note 18. *Adde* KOVAR (R), « Le droit communautaire de la concurrence et la "règle de raison" », *RTDeur.* 1987, p. 238 et déjà JOLIET (R), *The rule of reason in Antitrust law*, th. Liège 1966, préf. J-A Rahl, Nijhoff, Lahaye 1976.

²⁰ Voy. pts 72 et s.

²¹ Voy. pts. 74 et s. Sont notamment cités plusieurs arrêts de la Cour de justice rendus dans les affaires Nungesser [8 juin 1982, aff. 258/78, *L. C. Nungesser KG et Kurt Eisele / Commission*, *Rec.* p. 2015, *RTDeur.* 1983, p. 286, obs. BONET (G) et GOYER (R)], Coditel [6 octobre 1982, aff. 262/81, *Coditel SA, Compagnie générale pour la diffusion de la télévision et a. / Ciné-Vog Films SA et a.*, *Rec.* p. 3381, *RTDeur.* 1983, p. 297, obs. BONET (G), *RIDA* janv. 1983, n°115, p. 120, obs. FRANCON (A)] et Pronuptia (28 janvier 1986., aff. 161/84, *Pronuptia de Paris GmbH contre Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, *Rec.* p. 353).

²² Pt. 76.

²³ CJCE, 8 juin 1982, aff. 258/78, *L. C. Nungesser KG et Kurt Eisele / Commission*, préc.

l'exploitation de l'obtention végétale. Or la Cour avait constaté que celle-ci était facteur de progrès²⁴. Un bilan des effets favorables et défavorables de l'entente semblait donc bien avoir été réalisé en dehors du cadre du paragraphe 3 du texte et fondé la décision d'inapplicabilité du paragraphe 1^{er}.

13.- La méthode de la règle de raison paraît bien avoir permis, dans certains cas certes toujours annoncés comme particuliers, de distinguer les bonnes des mauvaises ententes au moyen d'un instrument précieux par sa souplesse. C'est pourquoi le deuxième argument avancé par le Tribunal de première instance semble plus convaincant.

B - L'argument tiré de l'effet utile du paragraphe 3 de l'article 81 CE

14.- C'est au nom de la cohérence du texte de l'article 81 CE que l'application d'une règle de raison est refoulée : elle priverait le paragraphe 3 de son effet utile. La structure normative de l'article implique nécessairement, selon le Tribunal de première instance, que la mise en balance des effets pro et anticoncurrentiels de l'accord soit réalisée au stade du paragraphe 3 du texte. Et le Tribunal de citer dans ce sens, notamment, l'arrêt rendu par la Cour de justice dans l'affaire Pronuptia qui avait effectivement exigé que les effets positifs sur la concurrence de la clause d'exclusivité territoriale à la charge du franchiseur ne soient envisagés qu'au stade du paragraphe 3 de l'article 81 CE²⁵. Cet argument tiré de la cohérence du texte du Traité est d'ailleurs souvent invoqué en doctrine²⁶.

15.- L'argument ne doit pas occulter néanmoins les enjeux d'un tel débat, qui dépassent la simple exégèse du texte. La méthode de l'exemption caractérise profondément le système communautaire de contrôle de la concurrence.

D'une part, c'est, encore à l'heure actuelle, un contentieux centralisé, puisque la Commission a compétence exclusive pour prononcer une exemption, ce qui participe d'un souci d'assurer l'uniformité de la politique communautaire de la concurrence. L'adoption d'une règle de raison y ferait obstacle dès lors que les juridictions nationales sont compétentes pour appliquer le paragraphe 1^{er}²⁷.

²⁴ Voir les arguments du gouvernement allemand repris par la Cour au point 55, *adde* pt. 56 : « les préoccupations manifestées par les parties intervenantes en ce qui concerne la protection d'une technologie nouvelle se trouvent justifiées ».

²⁵ CJCE, 28 janvier 1986, *Pronuptia de Paris GmbH contre Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, (préc. note 21), spéc. pt. 24.

²⁶ Voy. par ex. HAWK (B.E), « La révolution anti-trust américaine: une leçon pour la Communauté économique européenne ? » *RTDeur.* 1989, p. 5, spéc. p. 27.

²⁷ A ce sujet SCHAPIRA (J), LE TALLEC (G), BLAISE (J-B) et IDOT (L), *Droit européen des affaires*, t. 1, 5^{ème} éd., PUF 1999, p. 337. Ce trait du contentieux communautaire des ententes est en passe d'évoluer avec le projet de règlement sur la modernisation du droit communautaire des ententes communiqué le 27 avril 2000. Selon les articles 5 et 6 du projet, les juridictions nationales auront compétence pour appliquer le paragraphe 3 de l'article 81 CE. Voy. le projet de règlement http://www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/com1998546_fr.pdf. Sur le sujet JALABERT-DOURY (N), « Le projet de nouveau règlement d'application des articles 81 et 82 T.CE », *RDAI/IBLJ*, n°1, 2001, p. 55-77, http://www.iblj.com/concurrence/2001_1.htm.

D'autre part, le bilan des effets de l'accord restrictif réalisé au visa de l'article 81 § 3 CE ne se réduit pas à un simple bilan concurrentiel, comme l'implique la méthode de la règle de raison. Il prend en compte des considérations plus diverses : l'amélioration de la production et de la distribution des produits et la promotion du progrès technique ou économique, l'intérêt des consommateurs. En l'espèce, d'ailleurs, l'intérêt des téléspectateurs a joué un rôle déterminant dans la décision d'exempter les dispositions contractuelles litigieuses²⁸. Adopter la méthode de la règle de raison impliquerait de valider une entente sans considération de ces objectifs promus par le Traité. C'est pourquoi, en l'espèce, le Tribunal a déclaré sauvegarder « l'effet utile » du paragraphe 3 de l'article 81 CE en niant l'existence d'une règle de raison en droit communautaire.

16.- Mais au-delà de ces enjeux bien connus, un autre ordre de considérations peut expliquer le rejet du jeu d'une règle de raison dans le cadre de l'article 81 CE. Le type d'intervention qu'elle implique sur l'accord en litige ne correspond pas en toutes hypothèses à l'objectif poursuivi par les autorités de la concurrence. L'espèce est topique à cet égard.

17.- Les parties sollicitaient l'application de la méthode de la règle de raison dans le but de profiter d'une décision d'inapplicabilité de l'article 81 § 1^{er} CE. Le prononcé d'une telle mesure aurait permis aux dispositions contractuelles de développer leurs effets pendant la durée de 10 ans prévue initialement. La technique de l'exemption autorise, quant à elle, une intervention plus nuancée sur l'accord litigieux. Elle permet de pénétrer à l'intérieur du lien d'obligation, si l'on ose dire, et d'en réguler les effets. Tel était l'objectif recherché par la Commission au sujet de ces dispositions litigieuses qui étaient légitimes en ce qu'elles permettaient la pénétration d'un nouvel opérateur sur le marché, mais illégitimes après que ce but a été atteint. La méthode de l'exemption permet une sorte de « réduction de l'obligation » à sa mesure admissible, là où la règle de raison ne sert qu'à sélectionner les bonnes des mauvaises ententes au moyen d'une approche concrète de la situation concurrentielle. On a pu stigmatiser les inconvénients de la technique communautaire de l'exemption : la lourdeur de ses conditions d'application, son inadaptation en matière de restrictions verticales, les effets pervers de la centralisation du contentieux entre les mains de la Commission...²⁹ On a aussi pu regretter, sur ce dernier point, qu'en l'espèce, le Tribunal n'ait pas été plus audacieux eu égard à l'annonce de la disparition prochaine de la compétence exclusive de la Commission³⁰. Sa position semble néanmoins s'éclairer à la lumière de cette considération que la technique de l'exemption permet, mieux que la règle de raison, d'assurer un contrôle de la proportionnalité des accords à leur objectif légitime.

18.- Cette idée que les juges communautaires ont pu décider de la méthode à appliquer selon le type d'intervention sur l'accord nécessaire aux objectifs du Traité pourra expliquer que les deux méthodes ont cohabité en droit positif : la méthode de la règle de raison a été utilisée quand elle permettait de valider, au moyen d'une approche souple, tel ou tel type d'accord

²⁸ Voy. pts. 143, 144, *adde* pt. 125.

²⁹ Voy. pour une étude d'ensemble FASQUELLE (D), *Droit américain et droit communautaire des ententes. Etude de la règle de raison*, préc., spéc. n° 115 et s.

³⁰ ARHEL (P) note sous TPICE, 18 septembre 2001, *Petites Affiches* n° 212 du 24 octobre 2001, p. 9. voy. les réf. note 27.

lorsque, dans son contexte, il favorisait la concurrence ; celle de l'exemption était préférable pour ramener l'obligation litigieuse à sa mesure légitime et plus largement la soumettre à un contrôle plus strict et plus vigilant³¹.

Des motifs semblables à ceux ayant motivé le rejet de la méthode du bilan concurrentiel dans l'application de l'article 81 CE paraissent encore expliquer le rôle que le Tribunal de première instance entend attribuer à la notion de « restrictions accessoires » et qui se distingue sensiblement de celui qu'il joue en droit américain.

II - ELABORATION D'UNE THEORIE COMMUNAUTAIRE DES RESTRICTIONS ACCESSOIRES

19.- La notion de « restrictions accessoires » est bien connue en droit de la concurrence pour le rôle qu'elle joue dans le droit des concentrations. Le règlement n° 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989³² y fait allusion dans son article 6 § 1^{er} b) qui dispose depuis 1997³³ que « la décision par laquelle la concentration est déclarée compatible couvre également les restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation de la concentration ». Une communication est d'ailleurs parue tout récemment qui précise la notion³⁴. En dehors du droit des concentrations, cette qualification a joué un rôle important aux Etats-Unis. L'utilisation de la notion de « restrictions accessoires » (*ancillary restraints*) a traduit la première manifestation de la *rule of reason*. Afin d'adopter une interprétation « raisonnable » de l'article 1^{er} du *Sherman Act*, les juges américains ont déclaré légale une clause restrictive qui était simplement accessoire par rapport à l'objectif principal d'un contrat lui-même licite³⁵.

³¹ Voir à cet égard l'arrêt *Pronuptia* (préc. note 21) qui, à l'égard de certaines clauses adopte une méthode dont on a pu dire (voy. par ex. *KOVAR (R)*, « Le droit communautaire de la concurrence et la "règle de raison" », préc., p. 242 et les réf. citées) qu'elle s'assimilait à celle de la règle de raison américaine (clauses relatives à la protection du savoir-faire, au lieu de vente des produits, au contrôle du franchiseur...) mais qui exige l'application du paragraphe 3 de l'article 81 CE pour juger des effets bénéfiques de la clause d'exclusivité territoriale. Voy. dans le même sens la distinction des licences ouvertes et fermées dans l'affaire *Nungesser*, préc. note 21.

³² Règlement du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, *JO* n° L 395 du 30/12/1989, p. 1, rectific. *JO* n° L 257/90, p. 13.

³³ Règlement n° 1310/97 du Conseil du 30 juin 1997, modifiant le règlement (CEE) n° 4064/89 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, *JO* n° L 180 du 9 juillet 1997, p. 1.

³⁴ Communication de la Commission relative aux restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation des opérations de concentration, *JO* n° C 188 du 04 juillet 2001 p. 5. Cette communication remplace la Communication de la Commission relative aux restrictions accessoires aux opérations de concentration, *JO* n° C 203 du 14 août 1990 p. 10. On note que la communication nouvelle n'utilise plus la notion de « restrictions accessoires » mais celle de « restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation des opérations de concentration ».

³⁵ A ce sujet *FASQUELLE (D)*, *Droit américain et droit communautaire des ententes. Etude de la règle de raison*, préc. n° 29, *adde* n° 242 et s., *KOVAR (R)*, « Le droit communautaire de la concurrence et la "règle de raison" », préc. p. 242 et s.

20.- Mais, en droit communautaire des ententes, la notion paraissait jouer un rôle aussi discret que controversé. Discret, parce que la notion n'est pas elle-même utilisée ; c'est la doctrine qui a pu déceler dans les arrêts de la Cour de justice un raisonnement comparable à celui tenu par les autorités américaines de la concurrence³⁶. Controversé, parce que les auteurs ne s'entendent pas sur les manifestations jurisprudentielles de la méthode des restrictions accessoires³⁷. Par ailleurs aucun auteur, aucun arrêt, ni aucun texte ne semblent avoir jamais défini précisément la notion en dehors du droit des concentrations³⁸.

21.- C'est dire l'intérêt des précisions que vient d'apporter le Tribunal de première instance dans cette affaire. Il convient de préciser d'emblée que le règlement n° 4064/89 du 21 décembre 1989 n'était pas dans le débat. La Commission avait en effet indiqué aux parties que TPS ne constituait pas une entreprise commune au sens d'une entreprise soumise au contrôle de ses associés³⁹. La discussion était donc placée sous l'égide de l'article 81 CE. Les parties contestaient la décision de la Commission en ce qu'elle avait refusé de reconnaître que les clauses litigieuses étaient des restrictions accessoires et devaient donc profiter du même traitement favorable que l'opération principale pour bénéficier d'une attestation négative.

22.- Tout en rejetant le recours en annulation formé par les requérantes, le Tribunal de première instance précise la position de la jurisprudence communautaire s'agissant des règles conditionnant la qualification de « restrictions accessoires » (A) et la portée de celle-ci (B).

A - Les règles conditionnant la qualification de « restrictions accessoires »

23.- A titre liminaire, le Tribunal de première instance indique que « en droit communautaire de la concurrence, la notion de restriction accessoire couvre toute restriction qui est directement liée et nécessaire à la réalisation d'une opération principale »⁴⁰. La définition est ainsi destinée à valoir dans un domaine général. Le Tribunal souligne ensuite, reprenant les

³⁶ Sont cités en ce sens l'arrêt *Remia* et de façon plus controversée les arrêts *Pronuptia* et *Métro*, voy. notamment KOVAR (R), « Le droit communautaire de la concurrence et la "règle de raison" », préc., p. 242. Comp. FASQUELLE (D), *Droit américain et droit communautaire des ententes. Etude de la règle de raison*, préc. n° 237 et s.

³⁷ Comp. KOVAR (R), « Le droit communautaire de la concurrence et la "règle de raison" », préc. p. 242 et FASQUELLE (D), *Droit américain et droit communautaire des ententes. Etude de la règle de raison*, préc. n° 237 et s., spéc. n° 241.

³⁸ Les auteurs s'en remettent à la définition du juge Taft dans l'affaire *U.S. / Addyston Pipe & Steel Co.*: « une restriction contractuelle est légale lorsque la clause qui la contient est simplement accessoire par rapport à l'objectif principal d'un contrat qui est lui-même légal et qu'elle est nécessaire pour garantir au créancier de l'obligation la jouissance des fruits légitimes du contrat ou pour le protéger contre un usage injuste de ces fruits par l'autre partie », cité par KOVAR (R), « Le droit communautaire de la concurrence et la "règle de raison" », préc. p. 238.

³⁹ Voy. la décision n° 1999/242/CE de la Commission du 3 mars 1999, *JO L 090* du 2 avril 1999, p. 6, n° 1.

⁴⁰ Pt. 104.

termes utilisés par la Commission dans sa communication sur les restrictions accessoires de 1990⁴¹, que « par restriction *directement liée* à la réalisation d'une opération principale, il convient d'entendre toute restriction qui est subordonnée en importance par rapport à la réalisation de cette opération et qui comporte un lien évident avec celle-ci ».

24.- Mais c'est essentiellement la condition de *nécessité* de la restriction accessoire qui est précisée par le Tribunal. S'autorisant de la solution rendue par la Cour de justice dans l'affaire Remia⁴² et de la même communication, le Tribunal précise que la condition de nécessité de la restriction se dédouble en deux exigences. D'une part, la restriction doit être *objectivement nécessaire* à la réalisation de l'opération principale. D'autre part, elle doit être *proportionnée* par rapport à celle-ci. Ces deux règles sont tour à tour approfondies puis appliquées aux deux clauses en litige.

a) La condition de nécessité objective de la restriction accessoire

25.- Selon le Tribunal la restriction doit être *objectivement* nécessaire à la réussite de l'opération principale. Dans sa dernière communication sur les restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation des opérations de concentration⁴³, la Commission a aussi précisé que le critère de la nécessité est « objectif par nature »⁴⁴. Pour la Commission, cela signifie qu'une restriction n'est pas directement liée et nécessaire à une opération principale simplement parce que les parties la considèrent comme telle⁴⁵. En d'autres termes, les critères du lien direct et de la nécessité de la restriction doivent être objectivement vérifiables, sans que l'intention des parties pût être prise en considération. Mais le Tribunal donne à l'adverbe « objectivement » une portée qui, semble-t-il, est sensiblement différente. Selon le point 109 de l'arrêt, il signifie que la nécessité de la restriction ne doit pas être appréciée en considération de la situation concurrentielle des parties sur le marché en cause. Tout à l'inverse, une restriction est *nécessaire* « si, dans le cadre particulier de l'opération principale, la restriction est nécessaire à la réalisation de l'opération ». L'analyse est abstraite ; l'adverbe « objectivement » paraît renvoyer à la *nature objective* de l'accord. En somme, il convient non pas de déterminer si, sur tel marché, telle clause restrictive était nécessaire à la réussite de l'opération principale, mais de savoir si, en général, la clause est objectivement nécessaire au succès d'une opération déterminée. A titre d'exemple, une clause de non-concurrence est objectivement nécessaire à une opération de transfert d'entreprise parce que les caractères objectifs de l'opération rendent nécessaire une protection de l'acquéreur contre la concurrence du vendeur qui a pu conserver un certain pouvoir d'attraction sur son ancienne clientèle⁴⁶.

26.- L'application de cette règle aux clauses litigieuses permettra d'éclairer davantage la règle posée. Selon le Tribunal, pour déterminer si la clause d'exclusivité de diffusion des chaînes

⁴¹ Communication préc., spéc. II 4.

⁴² CJCE, 11 juillet 1985, aff. 42/84, *Remia BV et a. / Commission*, Rec. p. 2545.

⁴³ Préc. note 34.

⁴⁴ Pt. 11.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Rapp. les circonstances de fait de l'arrêt *Remia*, préc. note 42.

généralistes était nécessaire à la réussite de l'opération principale, il est indifférent de savoir si cette restriction était indispensable pour pénétrer le marché de la télévision à péage, compte tenu de la situation concurrentielle de TPS ou de Canal+. Il aurait fallu démontrer qu'*objectivement* une telle clause était nécessaire. Or la réussite des autres opérateurs sur le marché (Canal+ et AB Sat) qui avait été possible sans recours à une telle clause, infirmerait une telle proposition⁴⁷. En somme, il ne doit pas être nécessaire d'analyser la contexture du marché pour pouvoir établir la nécessité de la clause. L'étude de la nature objective de l'opération doit suffire pour en convaincre.

Un raisonnement comparable est tenu à l'égard de la clause de priorité stipulée au sujet des chaînes thématiques. Les requérants arguaient du fait que cette clause était nécessaire pour pénétrer le marché en raison de la forte position de Canal+ sur le marché des chaînes thématiques. Il était indispensable, selon elles, de sécuriser leur approvisionnement. Le Tribunal objecte que ces considérations sont relatives à la situation concurrentielle de TPS et ne sauraient être prises en considération aux fins de la qualification de la clause de « restriction accessoire ».

27.- Cette approche du Tribunal paraît originale. Il ne semble pas que la Commission ait appréhendé la notion selon une méthode à ce point rigoureuse⁴⁸. Mais, il est clair que le Tribunal a entendu enserrer la qualification dans des limites étroites. Cette approche se justifie selon le Tribunal par l'inexistence en droit communautaire d'une règle de raison. Cela interdirait la réalisation d'une analyse concurrentielle du marché au stade de l'examen des conditions de l'article 81 § 1^{er} CE⁴⁹.

Néanmoins la deuxième règle conditionnant la qualification de « restriction accessoire » implique quant à elle une analyse économique serrée du marché en cause.

b) La condition de proportionnalité de la restriction accessoire

28.- Le Tribunal de première instance précise qu'une restriction ne peut être qualifiée d'accessoire que si elle est proportionnée par rapport à l'opération principale. Une telle exigence s'évinçait déjà de l'arrêt rendu par la Cour de justice dans l'affaire *Remia*. La Cour avait précisé que la durée et le champ d'application des clauses litigieuses devaient être

⁴⁷

L'argument aurait sans doute pu être expliqué davantage. Ne peut-on lui objecter que les opérateurs concurrents de TPS ont, eux-mêmes, tissé un réseau de contrats exclusifs leur assurant un monopole de diffusion de programmes audiovisuels ? La clause d'exclusivité leur était aussi objectivement nécessaire...

⁴⁸

En effet ; la lecture de la décision de la Commission révèle que le seul obstacle ayant empêché la clause relative aux chaînes thématiques de bénéficier de la qualification de « restriction accessoire » est son caractère disproportionné. Sans cela, la Commission paraissait disposée à y voir une restriction accessoire. Voy. considérant 101 de la décision. De même, la définition des restrictions accessoires adoptée par la Commission dans sa communication de 2001 n'implique-t-elle pas une certaine analyse du marché lorsqu'il est précisé que les accords ne sont nécessaires que lorsque, en leur absence, la concentration ne pourrait pas être réalisée ou ne pourrait l'être que dans des conditions plus aléatoires, moyennant un coût sensiblement plus élevé, dans un délai nettement plus long ou beaucoup plus difficilement (pt. 8) ?

⁴⁹

Pt. 120 et s.

strictement limités à l'objectif de l'opération principale⁵⁰. La communication de 2001 relative aux restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation des opérations de concentration pose une exigence identique⁵¹.

29.- La règle posée exige cette fois une analyse précise du marché en cause. Le Tribunal de première instance reconnaît d'ailleurs que la détermination du caractère accessoire d'une restriction implique des appréciations économiques complexes de la part de la Commission. C'est pourquoi il est indiqué que le contrôle du Tribunal se limitera à la vérification du respect des règles de procédure, du caractère suffisant de la motivation et de l'exactitude matérielle des faits, de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation et de détournement de pouvoir⁵².

30.- En l'espèce, les clauses relatives aux chaînes généralistes et aux chaînes thématiques ont été jugées disproportionnées⁵³. Les parties avaient stipulé une durée de dix ans jugée excessive au regard de l'objectif de l'opération principale. S'agissant de la clause relative aux chaînes généralistes, une telle durée aurait pu, à terme, permettre d'éliminer la concurrence sur ces programmes. En outre, le Tribunal relève que la durée de la clause privait les concurrents de TPS de programmes attrayants et obligeait les téléspectateurs situés dans les zones d'ombres à s'adresser à TPS. S'agissant de la clause relative aux chaînes thématiques, sa durée de dix ans est jugée disproportionnée eu égard à l'expansion rapide du marché de la commercialisation des chaînes thématiques.

31.- La durée d'exemption individuelle des clauses finalement prononcée par la Commission est de trois ans. C'est la durée généralement retenue par la nouvelle communication de la Commission relative aux restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation des opérations de concentration⁵⁴.

B- Portée de la qualification de restriction accessoire

32.- *Accessorium sequitur principale* ; la portée de principe de la qualification d'une clause de « restriction accessoire » est de la faire bénéficier du traitement de l'opération principale. Lorsque celle-ci ne tombe pas sous le coup de l'interdiction édictée à l'article 81 § 1^{er} CE, il en va de même pour les restrictions accessoires à l'opération. A l'inverse, lorsque l'opération principale constitue une restriction au sens de l'article 81 § 1^{er} CE mais bénéficie d'une

⁵⁰ Arrêt préc. note 42, pt. 20.

⁵¹ Le texte (préc. note 34) précise que pour déterminer si une restriction est ou non nécessaire, il convient de « s'assurer que sa durée et son champ d'application matériel et géographique ne dépassent pas ce qu'exige raisonnablement la réalisation de l'opération de concentration », (pt. 9).

⁵² Pt. 114.

⁵³ Pts. 123 et s.

⁵⁴ Pour les clauses de non-concurrence, voy. pt. 15, pour les obligations d'achat et de livraison, pt. 30, pour les obligations de non-concurrence entre les entreprises fondatrices et une entreprise commune, voy. pt. 36.

exemption, celle-ci couvre aussi la restriction accessoire⁵⁵. Le règlement n° 4064/89 contient une solution semblable pour les restrictions accessoires à l'opération de concentration⁵⁶.

33.- Il convient d'ajouter que si la clause ne bénéficie pas de la qualification de restriction accessoire, elle devra naturellement faire l'objet d'un examen séparé sur le fondement de l'article 81 CE. Tel est le sort réservé en l'espèce aux clauses portant sur les chaînes généralistes et thématiques.

34.- Il reste à déterminer l'étendue de l'alignement du régime de la restriction accessoire sur celui de l'opération principale. L'arrêt du Tribunal dans l'affaire TPS apporte à ce sujet cette ultime précision que la durée de la restriction accessoire n'est pas nécessairement celle de l'opération principale. Ici encore, il est question de mesure : le tout est que la durée de la restriction soit proportionnée à l'objectif légitime vers lequel elle tend. Ainsi, en l'espèce, la Commission avait qualifié de « restriction accessoire » la clause de non-concurrence stipulée par les entreprises fondatrices au bénéfice de TPS, tout en délivrant une attestation négative d'une durée, non pas de dix ans comme les parties en étaient initialement convenues, mais de trois. Cette position s'opposait aux termes du XXIV^{ème} rapport sur la politique de concurrence par lequel la Commission précisait que les restrictions accessoires sont en général autorisées pour toute la durée de l'entreprise commune. Les parties soutinrent que cette contradiction constituait une violation du principe de sécurité juridique. Le Tribunal rejette néanmoins le moyen en relevant le caractère simplement indicatif de la communication. On pourra y voir une nouvelle illustration de la faible valeur normative de ces textes et, pour les acteurs du marché, relever leur caractère pernicieux. On retiendra surtout que l'idée de proportionnalité de l'accord à son objectif légitime constitue la pierre angulaire du régime des restrictions accessoires que le Tribunal de première instance a entendu préciser dans cette affaire.

35.- L'apport théorique de cet arrêt du Tribunal de première instance est donc considérable, tant en ce qui concerne le rejet de la méthode du bilan concurrentiel dans l'application de l'article 81 § 1^{er} CE, que s'agissant des précisions données quant à la notion de restrictions accessoires. Le jeu d'une règle de raison à l'américaine est doublement condamné. L'originalité du droit communautaire de la concurrence qui est ainsi affirmée traduit, d'un point de vue plus pragmatique, l'ambition des autorités communautaires de mener une politique volontariste sur un marché de l'audiovisuel dans lequel toute situation d'exclusivité paraît dorénavant bien fragile.

⁵⁵ Voy. pt. 116.

⁵⁶ Voy. *supra* n° 19.