



Grall & Associés
AVOCATS

Membre d'Antitrust Alliance

Antitrust
Alliance

La Lettre du Cabinet

Octobre 2011

mg@mgavocats.fr - www.mgavocats.fr

Trophée d'argent 2011 – Droit de la distribution

FLASH CONCURRENCE N° 15

L'Autorité de la concurrence retire la décision d'autorisation accordée à Vivendi Universal et Groupe Canal Plus pour l'acquisition de TPS et CanalSatellite et sanctionne Groupe Canal Plus à hauteur de 30 millions d'euros pour violation des engagements souscrits

par Jean-Christophe Grall et Elodie Camous

Par décision en date du 21 septembre 2011, l'Autorité de la concurrence a rendu une décision par laquelle elle constate que Groupe Canal Plus n'a pas respecté 10 des 59 engagements souscrits en 2006 lors du rachat de TPS et CanalSatellite. A ce titre, elle ordonne le retrait de la décision d'autorisation du Ministre chargé de l'économie en date du 30 août 2006 et sanctionne Groupe Canal Plus au paiement d'une amende de 30 millions d'euros.

* * *

Cette affaire illustre avec éclat l'importance que l'Autorité de la concurrence accorde au strict respect des engagements souscrits dans le cadre d'une opération de concentration autorisée sous condition d'engagements. L'article L. 430-8-IV du code de commerce accorde en effet à l'Autorité de la concurrence un pouvoir de suivi et de sanction en

cas de non-respect des engagements souscrits dans le cadre d'une opération de concentration¹.

Ainsi, aux termes de l'article L. 430-8 IV du code de commerce, si elle considère que les parties n'ont pas respecté leurs engagements, l'Autorité de la concurrence peut :

¹ Sur le fondement de l'article L. 430-5 II du code de commerce, qui énonce que : « les parties à l'opération peuvent s'engager à prendre des mesures visant notamment à remédier, le cas échéant, aux effets anticoncurrentiels de l'opération soit à l'occasion de la notification de cette opération, soit à tout moment avant l'expiration du délai de vingt-cinq jours ouverts à compter de la date de réception de la notification complète, tant que la décision prévue au I n'est pas intervenue ». Le point 203 des lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations énonce également : « Lorsque des engagements paraissent nécessaires mais que les parties n'en ont pas proposé, l'Autorité les invite à le faire ».

« 1° - Retirer la décision ayant autorisé la réalisation de l'opération. A moins de revenir à l'état antérieur à la concentration, les parties sont tenues de notifier de nouveau l'opération dans un délai d'un mois à compter du retrait de la décision [...] ;

2° - Enjoindre sous astreinte, [...] aux parties auxquelles incombaît l'obligation non exécutée d'exécuter dans un délai qu'elle fixe les injonctions, prescriptions ou engagements.

En outre, l'Autorité peut infliger aux personnes auxquelles incombaît l'obligation non exécutée une sanction pécuniaire qui ne peut dépasser le montant défini au I. ».

C'est en application de cet article que l'Autorité de la concurrence a constaté l'inexécution par Groupe Canal Plus de plusieurs de ses engagements souscrits dans le cadre de l'acquisition de TPS et CanalSatellite.

➤ L'acquisition de TPS et CanalSatellite par Groupe Canal Plus : une autorisation exceptionnelle soumise au respect de 59 engagements !

Dans une décision du 30 août 2006, le ministre chargé de l'économie a autorisé le rapprochement de deux opérateurs majeurs du marché de la télévision payante². Cette opération soulevait, du fait du positionnement des parties sur les marchés de la télévision payante, de nombreux risques d'atteinte à la concurrence sur lesdits marchés. Pour éviter que le groupe issu de la fusion – la société Canal+ France – n'abuse de sa position sur les marchés de l'édition et la commercialisation de chaînes premium et les marchés amont de l'acquisition de droits audiovisuels, le ministre chargé de l'économie a accordé une autorisation subordonnée à la mise en œuvre de 59 engagements souscrits par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus !

Les principaux engagements consistaient notamment :

- à faciliter l'accès aux droits cinématographiques et sportifs des opérateurs concurrents de Groupe Canal Plus de façon à ce

² Décision du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie du 30 août 2006, autorisant l'acquisition de TPS et CanalSatellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus, BOCCRF n°7 bis du 15 septembre 2006.

que ces derniers puissent éditer leurs propres chaînes ;

- à obliger Groupe Canal Plus à mettre à disposition sept de ses chaînes (une chaîne premium, trois chaînes de cinéma, deux chaînes jeunesse et une chaîne sportive), figurant parmi les thématiques incontournables de la télévision payante, aux distributeurs concurrents ;
- à garantir que les négociations concernant la reprise des chaînes indépendantes et leur distribution par Groupe Canal Plus se déroulent de manière objective et transparente, de façon à préserver leur autonomie et qu'elles puissent également venir enrichir les bouquets concurrents.

La finalité de l'ensemble de ces engagements était de permettre aux distributeurs de télévision payante qui subsisteraient après l'opération (pour l'essentiel les fournisseurs d'accès à internet) d'accéder à des contenus suffisamment attractifs pour constituer des bouquets de chaînes payants compétitifs qui participeraient à l'animation de la concurrence sur le marché aval de la distribution de télévision payante.

➤ Le non respect des engagements souscrits

L'Autorité de la concurrence a constaté, dans la décision n°11-D-12 du 21 septembre 2011, le non respect de 10 engagements sur les 59 souscrits par Groupe Canal Plus en 2006. Si ce ratio peut sembler faible, elle a cependant considéré que le non-respect de ces engagements présente un caractère de gravité qui affecte le cœur de la décision d'autorisation du ministre et que seul le retrait de ladite décision d'autorisation permettait de résoudre les problèmes de concurrence engendrés par le comportement de Groupe Canal Plus.

En effet, l'opération présentait des risques importants d'atteinte à la concurrence et les engagements pris par Groupe Canal Plus étaient indispensables pour prévenir les risques de concurrence que le ministre avait identifiés.

Outre le fait que les manquements constatés par l'Autorité de la concurrence aient entravé les principaux objectifs de la décision d'acceptation d'engagements du ministre (tel le développement d'un bouquet de chaînes attractives d'un niveau intermédiaire par les fournisseurs d'accès à inter-

net), l'Autorité a relevé le mauvais vouloir et le manque de diligence répétés de Groupe Canal Plus dans la mise en œuvre des engagements qu'il avait souscrits³.

En conséquence, pour que les manquements caractérisés, répétés et continus de Groupe Canal Plus cessent, l'Autorité a estimé que seul le retrait de l'autorisation suivi d'une nouvelle notification de l'opération de concentration et d'un nouvel examen du dossier en prenant en compte les modifications intervenues dans la structure concurrentielle du marché de la télévision payante et des marchés connexes, était de nature à garantir une situation favorable au développement des fournisseurs d'accès à Internet sur les marchés de la télévision payante.

Par ailleurs, comme l'y autorise l'article L.430-8 du code de commerce, l'Autorité de la concurrence a infligé à Groupe Canal Plus une amende de 30 millions d'euros pour sanctionner les manquements délibérés aux engagements souscrits.

- Première décision de retrait d'autorisation pour défaut d'exécution d'engagements dans le cadre d'une opération de concentration : la manifestation ferme du contrôle de l'Autorité

Cette décision est la première décision de retrait d'autorisation d'une concentration pour cause d'inexécution des engagements souscrits. L'Autorité a marqué avec éclat sa volonté de sanctionner sévèrement le non-respect des engagements souscrits auprès d'elle.

Force est de constater que l'Autorité de la concurrence s'est attachée à délivrer un message clair dans cette affaire quant à l'obligation, pour les parties à une concentration, de ne pas prendre à la légère, dans le cadre de l'examen du dossier de notification, les engagements qu'elles proposent à l'Autorité pour obtenir l'autorisation de l'opération, et à moyen terme, l'exécution desdits engagements souscrits auprès d'elle.

En premier lieu, l'Autorité de la concurrence a rappelé que l'ensemble des engagements souscrits devaient être exécutés par les parties à la concen-

³ Décision n°11-D-12 du 20 septembre 2011 relative au respect des engagements figurant dans la décision autorisant l'acquisition de TPS et CanalSatellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus, point 237.

tration et que « la circonstance qu'une partie des engagements ait été respectée ne saurait faire échec à un constat d'inexécution »⁴. Elle a précisé en outre, que « le respect formel de la lettre d'un engagement peut être insatisfaisant s'il s'avère que l'entreprise qui était tenue de le mettre en œuvre a par ailleurs pris des mesures aboutissant à le vider en tout ou en partie de sa portée »⁵. Ainsi, une stricte application des engagements souscrits est de mise pour éviter toute sanction *a posteriori*.

En second lieu, outre le respect formel des engagements souscrits, l'Autorité considère qu'« il appartient aux parties de s'assurer dès le moment où ils sont proposés que les engagements retenus, tels que modifiés pour intégrer le cas échéant les préoccupations que leur premier état peut avoir suscité chez l'autorité de contrôle, peuvent effectivement être exécutés, dès lors que ces derniers conditionnent la délivrance de l'autorisation de l'opération »⁶. Ainsi, l'entreprise qui souscrit des engagements ne pourra pas par la suite invoquer l'impossibilité ou la difficulté de les exécuter. La souscription d'engagements implique donc pour l'entreprise une décision importante et qui ne doit pas être prise sans réfléchir aux modalités d'exécution desdits engagements.

* * *

Pour conclure, il est légitime de s'interroger sur la possibilité d'un retour, avec l'annulation de la décision d'autorisation, au *statu quo ante* pour les sociétés qui ont fusionné depuis 2006 ! A titre d'exemple, il semble irréalisable de demander à deux entités qui ont fusionné cinq ans auparavant, de rétablir – de façon temporaire – une autonomie de comportement en évitant notamment tout échange d'informations sensibles !

Dès lors, s'il est prévisible que l'Autorité accordera, pour des raisons pratiques, de nouveau, l'autorisation de l'opération en cause ici, elle sera certainement très exigeante dans le nouvel examen de l'acquisition de TPS et CanalSatellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus, au regard des conditions de marché qui ont, depuis 2006, fortement évolué.



⁴ Décision précitée, point 29.

⁵ Décision précitée, point 29.

⁶ Décision précitée, point 30.

Quelques informations :

Animation de formations dispensées au sein de l'entreprise ou à notre Cabinet, consacrées :

- A la négociation commerciale 2012 et aux évolutions liées aux décisions rendues par les tribunaux, aux avis de la CEPC et aux prises de position de la DGCCRF dans ses « FAQ » ;
- A la loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008 : négociabilité des tarifs, autorisation de la discrimination, négociation et contractualisation des Plans d'Affaires Annuel (« PAA ») : conditions générales de vente, conditions catégorielles de vente, conditions particulières de vente, conditions d'achat + services : coopération commerciale et autres obligations, règles de facturation, « Trois fois net » comme seuil de revente à perte issu de la loi Chatel du 3 janvier 2008, Prix de vente conseillés, situation des grossistes et exception de revente à perte, « NIP », etc. ;
- A la mise en place de Programme de « *compliance* » pour se conformer aux règles de concurrence et vérifier la légalité des pratiques des entreprises au droit de la concurrence et de la distribution ;
- Au contrôle des concentrations :
 - Contrôle communautaire des concentrations : [règlement n° 139/ 2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises]
 - Contrôle français des concentrations dans le cadre des pouvoirs conférés à l'Autorité de la concurrence [détermination des seuils, définition du marché pertinent, procédure de notification / Lignes directrices de l'ADLC de décembre 2009] ;
- A la rupture fautive des relations commerciales établies [rupture brutale et rupture abusive] : risques liés à la rupture et conséquences financières ;
- A l'audit juridique des accords de distribution dans le cadre du Règlement 330/2010 du 20 avril 2010 et de ses lignes directrices du 19 mai 2010 : incidences sur les contrats de distribution au regard des articles 101 et 102 du TFUE et des articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce sanctionnant les ententes et les abus de domination – Définition des marchés pertinents à prendre en considération désormais – marché de l'approvisionnement ; *Dual pricing* ;

Prix imposés ; vente sur internet ; distribution sélective / exclusive, etc. ;

- A la définition des pratiques anticoncurrentielles aux termes des dispositions des articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce, et 101 et 102 du TFUE [ententes et abus de domination / pratiques concertées / standard de preuves requis par les autorités de concurrence ;
 - Aux enquêtes de concurrence françaises et communautaires [droits et obligations des personnes enquêtées et des enquêteurs] et ce, dans le cadre des pouvoirs conférés à l'Autorité de la concurrence par la LME du 4 août 2008 et l'ordonnance du 13 novembre 2008 + loi du 12 mai 2009, et à la Commission européenne ;
 - Aux échanges d'informations et de statistiques entre entreprises et/ou au sein de fédérations professionnelles [droit français et communautaire de la concurrence] ;
 - A l'application des règles de concurrence aux marchés publics ; appels d'offres : que peut-on faire, quelles sont les pratiques interdites / Les offres de couverture / les offres dites « cartes de visites » / la sous-traitance et les groupements / etc. ;
 - Aux promotions des ventes [pratiques commerciales déloyales / trompeuses dans le cadre de la loi de simplification du droit du 17 mai 2011, de la loi Chatel du 3 janvier 2008 et de la LME du 4 août 2008, et de la jurisprudence communautaire de 2009 à 2011 : jeux – concours – loteries, ventes avec primes, ventes par lots / liées / subordonnées, offres de réductions de prix aux consommateurs, cartes de fidélité, publicité comparative, etc.].
 - Aux responsabilités et obligations des producteurs et fournisseurs : responsabilité contractuelle, responsabilité pénale, responsabilité du fait des produits défectueux, obligation générale de sécurité, garantie légale des vices cachés, garantie légale de conformité, garantie commerciale et contractuelle, clauses limitatives de responsabilité.
- * * *
- Proposition d'audit de structures tarifaires : Tarifs / Réductions de prix / CGV / CCV / CPV / services de coopération commerciale et autres obligations SRP / prix de vente conseillés et limites / NIP ;
 - Proposition de rédaction de plan d'affaires annuel, comprenant la rédaction d'un contrat

cadre et d'un modèle de contrat d'application ou celle d'un contrat unique reprenant l'ensemble de la négociation commerciale : CGV / CCV / CPV et les autres obligations définies par l'article L.441-7-I-3° du Code de commerce + les services de coopération commerciale, avec différentes options rédactionnelles en termes de définition de services et de modalités de rémunération + Contrat de mandat (NIP) ;

- Proposition d'accompagnement juridique de la négociation commerciale annuelle ;

- Proposition de mise en place de programmes de compliance orientés sur les pratiques anti-trust et d'accompagnement lors du déploiement de tels programmes dans l'entreprise.
- Proposition d'intervention sur la communication des prix dans la relation verticale fournisseurs / distributeurs ; que dire, qu'écrire ; quelles limites ? « *Do and don't* » !

Retrouvez les Lettres du Cabinet sur
notre site www.mgavocat

