



Septembre 2011

Affaires BSKyB et Canal + : vers plus de convergence en matière de régulation de la télévision payante ?

En août 2011, la Competition Commission britannique a rendu public un rapport provisoire sur la concurrence sur les marchés de l'acquisition des droits de diffusion des films Premium à destination de la télévision payante.

La Competition Commission a en effet été saisie par l'autorité sectorielle de régulation de l'audiovisuel et des télécommunications (l'Ofcom) pour investiguer sur la concurrence sur le marché de l'acquisition des droits de diffusion des films. Au préalable, l'Ofcom avait imposé à BSKyB de mettre à disposition un certain nombre de ses chaînes payantes à ses distributeurs concurrents.

Selon la Competition Commission, l'injonction de l'Ofcom à l'égard de BSKyB s'est révélée peu efficace. Aux termes de son enquête, elle a provisoirement conclu que la concurrence sur les marchés de l'acquisition des droits de diffusion des films Premium y est des plus limitées. En effet, BSKyB détient depuis 20 ans les droits de diffusion des films Premium de toutes les majors hollywoodiennes et d'un certain nombre de studios. Or, ces derniers s'avèrent essentiels à l'édition de chaînes cinéma Premium et, par voie de conséquence, à la constitution d'offres de télévision payante attractives. Par ailleurs, la Competition Commission estime que l'acquisition des droits de diffusion se révèle économiquement délicate pour les distributeurs concurrents. En effet, les bases d'abonnés des sociétés Virgin Cable et British Telecom, (respectivement 3,7 et 0,5 millions d'abonnés) sont actuellement trop réduites pour leur permettre d'amortir leurs acquisitions, sauf à se mettre économiquement en péril. Dès lors, selon la Competition Commission, la société BSKyB ne fait l'objet d'aucune pression concurrentielle sur aucun des 3 marchés constitutifs de la télévision payante de la part de ses principaux concurrents.

La Competition Commission relève qu'en conséquence (i) BSKyB peut pratiquer des prix d'abonnement élevés (ii) les innovations technologiques sont peu nombreuses, comme

tend à le démontrer le développement limité des offres de vidéo à la demande, et (iii) l'offre est réduite.

La Competition Commission considère par ailleurs que la situation concurrentielle demeurera identique sur les marchés de la télévision payante dans l'hypothèse où la société BSKyB viendrait à conserver les droits de diffusion des films Premium des 6 majors et de certains autres studios, et ce, même si des évolutions se font actuellement jour avec l'arrivée des acteurs de l'Internet et l'essor croissant des nouveaux modes de consommation des programmes, comme la VoD et la télévision de rattrapage.

Dans ces conditions, la Commission Competition propose notamment de limiter le nombre de studios avec lesquels BSKyB pourra contracter, mais également de ne pas acquérir les droits d'exploitation SVoD en exclusivité des films dont ils auront obtenu l'exclusivité de diffusion.

Ces propositions de remèdes sont actuellement soumis à la consultation des tiers intéressés, avant que la Competition Commission ne les finalise.

Si la Competition Commission venait à maintenir son analyse et ses propositions d'injonctions, elle pourrait avoir pour conséquence d'amener certains acteurs de la télévision payante à remonter la chaîne de valeur et, donc, à s'intégrer verticalement. Ainsi, ils deviendraient des concurrents partiellement mimétiques BSKyB.

En France, l'approche est significativement différente mais toute aussi lourde de conséquences. Ainsi, l'opération de concentration TPS/VU avait été autorisée au mois d'août 2006 par le ministre de l'économie mais sous conditions. Le Conseil de la concurrence avait préalablement rendu un avis envisageant les différents modèles industriels pouvant être adoptés par les acteurs de la télévision payante, d'une part, et ceux qui étaient souhaitables, d'autre part.

Il avait notamment conclu qu'un concurrent mimétique de Canal Plus n'avait pas sa préférence en ce que la bataille pour l'obtention des exclusivités de diffusion des droits de diffusion cinématographiques, audiovisuels et sportifs conduirait à un nouvel éclatement des contenus les plus attractifs entre plusieurs plates formes incompatibles, ce

qui contreviendrait au bien être du consommateur. En effet, les abonnés n'auraient pas la possibilité d'accéder à l'ensemble des contenus les plus attractifs et seraient donc contraints de s'abonner aux différents bouquets de chaînes thématiques payantes.

Or, il ressort de l'analyse et des propositions d'injonctions de la Competition Commission que cette dernière parvient à la conclusion inverse. Elle estime qu'il ne pourra véritablement avoir de concurrence dans le secteur de la télévision payante qu'à la seule condition que les distributeurs puissent avoir accès aux contenus les plus attractifs tels que les films à succès. Dès lors, deux conclusions peuvent être tirées à ce stade.

En premier lieu, l'OFCOM a cherché à atténuer la puissance de marché de la société BSKyB sur les marchés intermédiaires de l'édition et de la commercialisation des chaînes thématiques payantes en l'obligeant à mettre à la disposition de ses concurrents ses chaînes les plus attractives. A l'inverse, le Conseil avait refusé de prendre une telle décision estimant que Canal Plus devait seul tirer les bénéfices de ses risque industriels.

En second lieu, la Competition Commission serait susceptible de réguler les marchés amonts de l'acquisition des droits de diffusion cinématographiques Premium en limitant le nombre de majors avec lesquelles la société BSKyB pourrait contracter. La ministre en charge de l'économie avait accepté dans sa décision d'autorisation de concentration TPS/VU un engagement différent puisque Canal Plus s'engageait à limiter, non pas le nombre de studios avec lesquels elle contracterait, mais la durée de ses contrats à 3 années.

On ne saurait toutefois exclure que dans un futur proche la doctrine de l'Autorité se rapproche partiellement de celle des autorités de régulation britanniques.

En effet, par une décision du 20 septembre dernier, l'Autorité a décidé de retirer la décision de concentration TPS/VU au motif que Canal Plus n'a pas respecté 10 des 59 engagements auxquels elle était conditionnée. Certains manquements, comme la dégradation de la qualité des 7 chaînes payantes mises à la disposition des opérateurs concurrents, ont été qualifiés de graves. Ainsi, en ne maintenant pas la qualité des chaînes payantes dégroupées, Canal Plus a empêché ses concurrents de confectionner des offres de télévision payante attractives et concurrentielles.

Selon l'Autorité, cet engagement était le cœur du dispositif destiné à permettre l'émergence d'une offre alternative à celle de Canal Plus.

Cette dernière et Vivendi vont devoir notifier à nouveau l'opération de concentration sachant que les conditions de marché ont sensiblement évolué depuis 2006.

Or, il ressort de l'avis n°09-A-42 du 7 juillet 2009 relatif à la double exclusivité de France Télécom – l'abonnement à Orange Foot était subordonné à la souscription d'un abonnement Triple Play à France Télécom – que l'Autorité avait alors proposé à la ministre que certaines chaînes payantes de Canal Plus puissent être dégroupées dans des conditions similaires à celles imposées par l'OFCOM à BSKyB. Par ailleurs, l'Autorité avait estimé que la durée des contrats de distribution, la détermination des rémunérations et le champ des clauses d'exclusivité de l'opérateurs dominant devaient être régulés.

On notera enfin qu'une décision quasi similaire à celle que se propose de prendre la Competition Commission avait déjà été adoptée par la Commission européenne.

En effet, elle avait imposé des engagements à la Premier League de football anglaise aux termes desquels la société BSKyB ne pouvait pas candidater à l'ensemble des lots de la League 1. En effet, deux lots avaient été sanctuarisés au bénéfice des concurrents. Cette mesure s'est cependant avérée d'un effet limité. La société BSKyB avait conclu un contrat de distribution en exclusivité avec l'acquéreur des deux lots, la société Sétanta, laquelle a fait faillite quelques années plus tard n'ayant pas réussi à amortir le coût d'acquisition des droits de diffusion des matches de football.

Frédéric Amiel

http://www.competition-commission.org.uk/inquiries/ref2010/movies_on_pay_tv/pdf/provisional_findings_report.pdf

<http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/11d12.pdf>

En bref – Europe

Cartels : le Tribunal annule l'amende infligée par la Commission à deux producteurs japonais dans l'affaire du cartel sur le marché des appareillages de commutation à isolation gazeuse

En mars dernier, plusieurs producteurs européens avaient bénéficié d'une réduction d'amende. Le Tribunal avait, en effet, considéré que la majoration imposée par la Commission pour leur rôle de suiveur n'était pas justifiée.

Dans ce second volet, c'est à nouveau la méthode de calcul employée par la Commission qui est critiquée par le

Tribunal. En effet, s'il confirme la participation des producteurs japonais au volet européen de l'affaire, il annule l'amende imposée par la Commission à deux des quatre producteurs japonais concernés.

Le Tribunal considère que la Commission a violé le principe d'égalité de traitement en prenant des années de référence différentes pour fixer le montant de base de l'amende. Pour justifier la prise en compte de l'année 2001 (au lieu de 2003 pour les producteurs européens), la Commission avait avancé la nécessité de prendre en considération la dernière année au cours de laquelle les producteurs concernés avaient participé individuellement à l'entente et non leur participation ultérieure via une entreprise commune.

Pour le Tribunal, si l'objectif est affiché légitime, il existe d'autres moyens plus acceptables de le mettre en œuvre, notamment en calculant le montant de départ de l'amende à partir des chiffres d'affaires correspondant à l'année 2003, divisés entre les entreprises selon la proportion des ventes qu'elles ont réalisé pendant la dernière année précédant la création de la société commune, c'est-à-dire en 2001.

<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=fr&alljur=alljur&juredj=juredj&jurtpi=jurtpi&jurtfp=jurtfp&numaff=T-133/07&nomusuel=&docnodecision=docnodecision&allcommjo=allcommjo&affint=affint&affclose=affclose&alldocrec=alldocrec&docdecision=docdecision&docor=docor&docav=docav&docsom=docsom&docinf=docinf&alldocnorec=alldocnorec&docnoor=docnoor&docppoag=docppoag&radtypeord=on&newform=newform&docj=docj&docop=docop&docnoj=docnoj&typeord=ALL&domaine=&mots=&resmax=100&Submit=Rechercher>

Procédure : publication de la décision de la Commission dans une affaire des bris de scellés

La Commission rappelle dans une récente décision la gravité des bris de scellé commis au cours des inspections et précise les responsabilités qui pèsent sur l'entreprise lorsque des scellés sont apposés. Elle a néanmoins infligé dans cette nouvelle décision une amende bien moindre (0,065 % du chiffre d'affaires global de Suez Environnement) que celle imposée précédemment à E.ON (0,14% de son chiffre d'affaires global). Les faits étaient en effet sensiblement différents, la faute personnelle d'un des employés ayant été largement prise en considération.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:251:0004:0005:FR:PDF>

Concentrations : la Commission ouvre une enquête approfondie sur un projet de concentration Deutsche Börse/NYSE Euronext

L'opération envisagée par les opérateurs boursiers a amené la Commission à ouvrir une enquête approfondie. L'ouverture d'une Phase II s'explique par le contexte particulièrement tendu sur les marchés financiers et au regard du résultat de l'opération qui aboutirait à l'élimination d'un concurrent. Selon la Commission, l'opération envisagée pourrait notamment poser des problèmes de concurrence dans le domaine de la négociation et de la compensation de produits dérivés dont l'utilisation principale est la couverture de risques.

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/11/948&format=HTML&aged=0&language=FR&guiLanguage=fr>

En bref – France

Concentrations: l'Autorité retire aux sociétés Canal Plus et Vivendi le bénéfice de l'autorisation de faire l'acquisition de la société TPS

Par une décision du 20 septembre 2011, l'Autorité a décidé de retirer une décision d'autorisation de concentration pour non respect d'engagements. Pour mémoire, cette concentration avait été autorisée au mois d'août 2006 moyennant 59 engagements. L'Autorité estime que 10 d'entre eux non pas été respectés.

Aux termes de la procédure ouverte pour non respect d'engagements, l'Autorité a pris la décision de retirer la décision de concentration et d'infliger une sanction pécuniaire de 30 millions d'euros à la société Canal Plus.

Les sociétés Canal Plus et Vivendi ont par ailleurs un mois pour renotifier l'opération auprès de l'Autorité.

Selon l'Autorité, elle n'avait d'autres alternatives que de prendre cette décision au regard du droit applicable et compte tenu de l'arrivée prochaine du terme des engagements.

<http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/11d12.pdf>

Concentrations : l'Autorité de la concurrence considère que deux opérations constituent une opération unique alors même qu'elles ne font pas l'objet d'un lien juridique réciproque

L'Autorité de la concurrence vient de rendre une décision clarifiant les conditions dans lesquelles elle est susceptible de considérer que deux opérations de concentration concomitantes sont interdépendantes et doivent dès lors être examinées comme une seule et même concentration, tant pour l'application des seuils que pour l'appréciation au fond.

La première opération consistait en une fusion par absorption de plusieurs mutuelles tandis que la seconde reposait sur un apport en portefeuille au profit de l'entité fusionnée des adhésions d'une union de mutuelle, dont le statut ne lui permettait pas de fusionner.

Même si les deux opérations ne présentaient pas de lien juridique réciproque, l'Autorité s'est fondée sur la Communication consolidée sur la compétence de la Commission européenne pour mettre en évidence une interdépendance factuelle entre les deux opérations.

L'Autorité souligne que les opérations sont concomitantes, voulues et organisées comme telles par les parties. Par ailleurs, elle note que chacune des conventions de fusion expose que l'opération d'apport est corrélée à la fusion s'agissant des motifs et buts poursuivis. De même, elle constate que les procès verbaux des mutuelles concernées ont ratifié la création d'une nouvelle entité dans sa globalité et dans les mêmes termes. Enfin, l'Autorité note que les entités concernées ont déposé une requête conjointe au tribunal de grande instance, désignant un seul et unique commissaire à la fusion.

http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/11DCC117decision_version_publication.pdf

Concentrations : autorisation d'une opération de concentration avec engagements dans le secteur de la presse régionale

L'Autorité de la concurrence a approuvé une nouvelle opération de concentration permettant au pôle presse du Crédit Mutuel de couvrir tout l'Est de la France.

Après avoir évacué les risques d'une augmentation des prix compte tenu notamment de la grande sensibilité des lecteurs au prix, l'Autorité craignait que l'opération n'aboutisse à une uniformisation du contenu des différents journaux, au détriment de la qualité des informations.

Aussi, le Crédit Mutuel s'est-il engagé à ne pas harmoniser les contenus des différents journaux qui continueront à disposer d'une rédaction en chef dédiée et d'une équipe de journalistes. Par ailleurs, le Crédit Mutuel s'est également engagé à maintenir la diffusion de certains titres. Ces engagements ont été pris pour une durée de 5 ans à l'expiration de laquelle leur maintien ou leur levée (totale ou partielle) sera soumis à l'examen de l'Autorité.

http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/11DCC114decision_version_publication.pdf

For more information about any of the topics raised herein, please contact:

Nathalie Jalabert-Doury

Partner in Charge of Competition and Distribution

+33 1 53 53 36 37

njalabertdoury@mayerbrown.com

Mayer Brown is a global legal services organization advising many of the world's largest companies, including a significant portion of the Fortune 100, FTSE 100, DAX and Hang Seng Index companies and more than half of the world's largest banks. Our legal services include banking and finance; corporate and securities; litigation and dispute resolution; antitrust and competition; US Supreme Court and appellate matters; employment and benefits; environmental; financial services regulatory & enforcement; government and global trade; intellectual property; real estate; tax; restructuring, bankruptcy and insolvency; and wealth management.

OFFICE LOCATIONS AMERICAS: Charlotte, Chicago, Houston, Los Angeles, New York, Palo Alto, Washington DC
ASIA: Bangkok, Beijing, Guangzhou, Hanoi, Ho Chi Minh City, Hong Kong, Shanghai, Singapore
EUROPE: Berlin, Brussels, Cologne, Frankfurt, London, Paris
TAUIL & CHEQUER ADVOGADOS in association with Mayer Brown LLP: São Paulo, Rio de Janeiro
ALLIANCE LAW FIRM: Spain (Ramón & Cajal)

Please visit our web site for comprehensive contact information for all Mayer Brown offices. www.mayerbrown.com

Mayer Brown is a global legal services organisation comprising legal practices that are separate entities (the Mayer Brown Practices). The Mayer Brown Practices are: Mayer Brown LLP, a limited liability partnership established in the United States; Mayer Brown International LLP, a limited liability partnership (regulated by the Solicitors Regulation Authority and registered in England and Wales number OC 303359); Mayer Brown JSM, a Hong Kong partnership, and its associated entities in Asia; and Tauil & Chequer Advogados, a Brazilian law partnership with which Mayer Brown is associated. "Mayer Brown" and the Mayer Brown logo are the trademarks of the individual Mayer Brown Practices in their respective jurisdictions.

© 2011. The Mayer Brown Practices. All rights reserved.