

## **Non-respect d'engagements : l'Autorité confirme l'infraction commise par le Groupe Grey mais adapte sa décision pour prendre en compte le contexte économique lié à la crise sanitaire et n'inflige pas de sanction pécuniaire.**

### **L'essentiel**

Dans une décision rendue publique par l'autorité ce jour, l'Autorité considère que le Groupe Grey a enfreint les dispositions de l'article LP 310-8 alinéa IV du code de la concurrence en ne respectant pas les engagements prévus dans la décision n°2016-CC-04 du 5 décembre 2016 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Tahiti Nui Travel par le Groupe Grey.

Néanmoins, l'Autorité prend en considération le contexte particulier de l'année 2020 lié à la crise sanitaire mondiale et considère que son impact sur l'activité du Groupe Grey en Polynésie française ont fait que les manquements aux engagements n'ont pu produire aucun effet sur la situation concurrentielle et ont fini par rendre sans objet les engagements susvisés. Par ailleurs, l'ensemble des hôtels du groupe Grey sont en vente ou ont été vendus. Ces éléments conduisent l'Autorité à ne pas infliger de sanction au Groupe Grey.

La présidente, Johanne Peyre a déclaré à propos de la décision de ce jour :

*« Lorsque l'Autorité conditionne ses décisions d'autorisation de concentration au respect d'engagements pris par les entreprises, ces dernières doivent les respecter scrupuleusement, en respectant leur lettre et leur esprit. Au cas d'espèce, cela n'a pas été le cas et l'Autorité rappelle par cette décision que cela constitue une infraction à l'article LP 310-8 IV passible de sanction pouvant aller jusqu'à 5% du chiffre d'affaires.*

*Dans le même temps, l'Autorité est au service de l'économie et du bon fonctionnement des marchés. De ce fait, elle se doit de prendre en considération le contexte de crise sanitaire d'une particulière gravité et son impact sur l'économie et ses conséquences sur la santé des entreprises. L'absence de sanction pécuniaire tient compte de l'exceptionnelle gravité de ce contexte sanitaire et économique. »*

### **Le principe des engagements souscrits à l'occasion d'une autorisation d'opération de concentration**

Lors du contrôle d'une opération de concentration par l'Autorité, « les parties peuvent s'engager à prendre des mesures visant à remédier, le cas échéant, aux effets anticoncurrentiels de l'opération » (article LP 310-5 II du code de la concurrence). L'Autorité peut alors « autoriser l'opération, en subordonnant, éventuellement, par décision motivée, cette autorisation à la réalisation effective des engagements par les parties » (article LP 310-5 III du code de la concurrence). L'Autorité a notamment pour mission de contrôler la bonne exécution de tels engagements souscrits à l'occasion d'une décision d'autorisation d'une opération de concentration (article LP. 310-8 IV du code de la concurrence). À ce titre, elle tient compte des circonstances particulières à l'opération de concentration ainsi que des circonstances propres à la mise en œuvre des engagements souscrits.

Les entreprises sont tenues d'exécuter les engagements qu'elles ont proposés elles-mêmes et qui ont conditionné l'autorisation de l'opération de concentration. Cela implique de mettre tous les moyens en œuvre pour s'assurer de leur réalisation effective. Cette obligation peut, dans des circonstances particulières, être modifiée, allégée, ou levée s'il existe des obstacles à cette exécution dont l'Autorité doit être dûment informée. Le Conseil d'État a en effet jugé que « les parties notifiantes à l'opération de concentration peuvent, si elles s'y croient fondées, faire état devant l'Autorité de la concurrence de circonstances de droit ou de fait nouvelles de nature à justifier qu'elles soient déliées, par une décision de l'Autorité, de tout ou partie des obligations découlant des engagements, injonctions ou prescriptions dont est assortie une autorisation de concentration, en raison soit de l'évolution de la situation des marchés pertinents et des conséquences pouvant en résulter sur la pertinence de ces engagements, injonctions ou prescriptions, soit de ce que de telles circonstances rendent l'exécution de ces engagements, injonctions ou prescriptions impossible ou particulièrement difficile» (CE du 28 septembre 2017, Société Altice Luxembourg, Société SFR Group, n° 409770).

De telles difficultés sont de nature à justifier que les entreprises saisissent, le cas échéant et en temps utile, l'Autorité d'une demande de révision de leurs engagements afin d'éviter de manquer à leurs obligations. Cette démarche est d'autant plus nécessaire lorsque les parties estiment que l'évolution du marché a pu priver un engagement de son objet. Faute pour le groupe Grey d'avoir engagé une telle démarche, l'Autorité n'a pu à ce stade se prononcer sur une révision des engagements.

Le non-respect d'engagements souscrits par une entreprise dans le cadre du contrôle des concentrations, revêt en principe, au même titre que le non-respect d'injonctions, un caractère d'une exceptionnelle gravité. En cas de non-respect d'engagements souscrits dans le cadre d'une opération de concentration, l'Autorité peut être amenée à prononcer les sanctions suivantes (article LP 310-8 du code de la concurrence) :

« 1° Retirer la décision ayant autorisé la réalisation de l'opération. [...] ;

2° Enjoindre sous astreinte dans la limite prévue au IV de l'article LP. 641-2, aux parties auxquelles incombait l'obligation non exécutée d'exécuter dans un délai qu'elle fixe les injonctions, prescriptions ou engagements figurant dans la décision.

3° Enjoindre sous astreinte, dans la limite prévue au II de l'article LP 641-2, aux parties auxquelles incombait l'obligation, d'exécuter dans un délai qu'elle fixe des injonctions ou des prescriptions en substitution de l'obligation non exécutée ».

Lorsqu'elle constate l'inexécution des engagements figurant dans sa décision, l'Autorité peut également imposer à l'entreprise mise en cause une sanction pécuniaire dont le montant ne peut dépasser « 5 % (du) chiffre d'affaires hors taxes réalisé en Polynésie française lors du dernier exercice clos » (article LP 310-8 du code de la concurrence). Ce montant maximum de la sanction encourue est réduit de moitié lorsqu'un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés (LP 641-2 III du code de la concurrence). En outre, les sanctions pécuniaires prononcées par l'Autorité, doivent être proportionnées à la durée et la gravité des faits reprochés. L'Autorité peut également adapter, à la baisse ou à la hausse, le montant de base de la sanction éventuelle en considération d'autres éléments objectifs propres « à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné », pour assurer le caractère à la fois dissuasif et proportionné de la sanction pécuniaire (article LP 641-2 du code de la concurrence).

## **Non-respect par le groupe Grey de son obligation de coopération et d'assistance du mandataire**

Par décision n° 2016-CC-04 du 5 décembre 2016, l'Autorité a autorisé la prise de contrôle exclusif du groupe Tahiti Nui Travel (ci-après « TNT ») par le groupe Grey directement et indirectement via sa filiale et société holding polynésienne, la société Lupesina Tahiti Investments (ci-après « LTI »), sous réserve d'engagements comportementaux.

L'Autorité a en effet identifié des risques de distorsion concurrentielle induits par la réalisation de l'opération. Ces risques concernaient essentiellement les effets verticaux de l'opération, rendant possible la mise en œuvre d'effets de levier entre le marché des agences réceptives, prestataires de service pour le tourisme entrant en Polynésie française (Destination Management Company, ci-après « DMC »), d'une part, et celui de l'hôtellerie de tourisme, d'autre part, marchés sur lesquels le groupe Grey devenait simultanément présent à la faveur de l'opération.

Pour remédier au risque identifié, la société Grey Investment Group, holding du groupe Grey et propriétaire de LTI, s'est engagée pour une durée de 10 ans à « garantir l'accès des fournisseurs et des clients au pôle DMC » du groupe (Engagement n°1), « ne pas faire circuler d'informations stratégiques obtenues sur les hôtels concurrents dans le cadre de l'activité du pôle DMC vers le pôle hôtelier du groupe » et donc à assurer un fonctionnement autonome des pôles DMC et hôtelier (Engagement n° 2), et « assurer au sein de ses pôles hôtelier et DMC un programme de sensibilisation et de formation du personnel aux engagements pris dans le cadre de (l'opération) » (Engagement n° 3).

Le contrôle de leur exécution a été confié à un mandataire indépendant agréé par l'Autorité et notamment chargé de « contrôler le respect par le groupe Grey des conditions et obligations résultant de la décision ; proposer au groupe Grey les mesures qu'il juge nécessaires afin d'assurer le respect de ses conditions et obligations qui résultent de la décision ; fournir tous les trois mois la première année, puis annuellement, un rapport écrit à l'Autorité, en transmettant parallèlement et dans les mêmes délais, une version non confidentielle de ce rapport au groupe Grey » ; et informer « l'Autorité, par écrit et sans délais, en transmettant parallèlement et dans les mêmes délais au groupe Grey une version non confidentielle des documents transmis (à) l'Autorité, s'il considère, sur la base d'éléments raisonnablement justifiés, que le groupe Grey manque au respect des engagements ».

Le groupe Grey doit quant à lui permettre au mandataire d'assurer sa mission dans de bonnes conditions. En particulier, il se doit de lui apporter « coopération et assistance » et de lui fournir « toute information raisonnablement requise [...] pour l'accomplissement de ses tâches », y compris « un accès complet à l'ensemble des livres comptables, registres, documents, membres de direction ou du personnel, infrastructures, sites et informations techniques de TNT et ses filiales et qui seraient nécessaires pour l'accomplissement de ses devoirs au titre des engagements ».

La transmission d'un rapport annuel fait partie des devoirs du mandataire, conformément à la lettre d'engagements, à la condition, toutefois, que le mandant lui permette d'exécuter convenablement sa mission et le rémunère pour les diligences effectuées.

S'agissant de l'établissement du rapport annuel 2020, le groupe Grey n'a pas transmis au mandataire certaines informations et documents demandés, pourtant nécessaires à l'établissement du rapport, et n'a pas procédé à la rémunération du mandataire pour ses diligences relatives au rapport annuel 2020. Ce faisant, le groupe Grey n'a pas permis au mandataire de mener à bien sa mission, en contradiction avec le point 3.3 de la lettre d'engagements.

L'absence de rapport annuel 2020 rend en outre impossible le suivi par l'Autorité de l'exécution pour l'année 2019 des engagements relatifs, d'une part, à l'accès des fournisseurs et clients au pôle DMC du groupe Grey et, d'autre part, à la circulation de l'information stratégique entre le pôle hôtelier et le pôle DMC du groupe Grey.

### **Absence de sanction**

L'Autorité souligne néanmoins que l'absence d'une pleine coopération du groupe Grey avec le mandataire ne concerne que le deuxième semestre de l'année 2020, c'est-à-dire une période de crise sanitaire mondiale ayant provoqué la fermeture des hôtels en Polynésie française, privant d'objet les engagements souscrits.

La coopération lacunaire du groupe Grey, au deuxième semestre 2020, empêchant le travail du mandataire et le suivi par l'Autorité de l'exécution des engagements, s'explique en partie par les grandes difficultés financières consécutives notamment à la crise susvisée que le groupe a rencontrée en Polynésie française en 2020. Celles-ci peuvent en effet être à l'origine des retards de paiement des honoraires du mandataire.