

Jeanne

BOILARD

25.09.2013

29 bis rue du Bras de fer

91000 Evry

boilard.jeanne@gmail.com

Numéro d'étudiant : 0802981

Les limites et les avantages des procédures d'engagement

Mémoire dans le cadre du Master 2 „Droit européen des affaires“

Prof. Vogel

Université Paris II Panthéon-Assas

Introduction.....	6
Partie I : La procédure d'engagement : Un gagnant-gagnant à relativiser.....	10
Chapitre 1 : Un objectif gagnant-gagnant	10
Section 1: Un rôle préventif assurant des avantages économiques et des outils garantissant l'efficacité de la procédure	11
A. Le rôle curatif et préventif des procédures d'engagement.....	11
1. « Curatif » concernant les comportements	11
2. Préventif concernant les concentrations	12
B. Avantages économiques pour l'entreprise et l'Autorité de concurrence.....	13
1. Pour l'entreprise : Des dépenses administratives et le coût d'un contentieux évités	13
a. Du point de vue des administrations de concurrence.....	13
b. Du point de vue des entreprises	13
2. Des avantages pour la concurrence : des solutions adaptées au marché.....	14
a. L'engagement, outil de contrôle des concentrations : un élément clef d'un contrôle équilibré et efficace	14
b. Grace aux tiers	15
c. Avantage pour l'ordre public et pour les consommateurs.....	16
3. Un outil d'efficacité : des sanctions dissuasives et proportionnées en cas de non-respect.....	16
Section 2 : Les avantages de la négociation	18
A. Un remède « auto prescrit ».....	18
B. La négociation	19
1. Les étapes	19

2. Les avantages de la négociation pour les entreprises	20
Chapitre 2 : Une sensible bascule des avantages vers l'administration : position dominante de l'administration.....	21
Section 1 : une position dominante.....	22
A. Un pouvoir discrétionnaire	22
B. Une contrainte dans l'engagement.....	24
1. Une contrainte matérielle	24
2. Une contrainte psychologique	25
Section 2 : Une grande marge de manœuvre : le principe de proportionnalité pas bien respecté au niveau européen	27
A. Le principe de légalité et de proportionnalité.....	27
1. Le principe de légalité	28
2. Le principe de proportionnalité	28
B. Concernant les comportements : Une marge de manœuvre contrôlée par le principe de proportionnalité.....	29
C. Une trop grande liberté de la Commission concernant le contrôle des concentrations : Les principes de proportionnalité et de légalité mal respectés.....	30
1. La Commission tentée par les engagements excessifs	30
2. Résumé de l'affaire « Alrosa ».....	31
3. Une conception souple du principe de proportionnalité par la CJUE.....	33
a. Le Principe de proportionnalité ne s'applique pas à la procédure d'engagements de la même façon que dans les procédures de sanction.....	34
b. Les engagements dépassant les problèmes soulignés ne sont pas automatiquement disproportionnés selon la Cour de Justice ..	35
Partie II. Les limites de la procédure d'engagement.....	37

Chapitre 1 : Au niveau de la négociation, de l'acceptation.....	37
Section 1: La négociation : une étape pas assez réglée, trop souple.....	37
A. Contrainte psychologique pour les entreprises	37
B. Les règles de la négociation : insuffisantes et floues.....	38
1. Manque de transparence concernant des critères de choix et du tri des affaires	38
2. Délais très courts et négociateurs parfois peu au fait du mode opérationnel de l'entreprise	40
Section 2 : Le faible rôle reconnu aux tiers intéressés et leurs faibles droits procéduraux	41
A. Affaire Alrosa : Un tiers intéressé	41
B. Un droit procédural très minime pour un « tiers intéressé ».....	43
Chapitre 2 : Les limites de la procédure au niveau du suivi des engagements et les difficultés d'exécutions	46
Section 1 : Les problèmes au niveau du suivi.....	46
A. Les difficultés rencontrées par les entreprises lors de l'exécution de leurs engagements.....	46
1. Les difficultés rencontrées concernant les engagements structurels : Difficultés de la délimitation détaillée du périmètre de cession.....	46
2. Les difficultés rencontrées dans les engagements comportementaux	48
B. Les lacunes du contrôle par les autorités de concurrence.....	49
1. Un contrôle insuffisant	49
a. Un contrôle peu efficace combiné à un manque de contrôle ..	49
b. Un système basé excessivement sur la répression	51
c. Les solutions envisageables	52
Section 2 : Problèmes d'interprétation	53

A. L'enjeu de l'interprétation	53
B. Le choix du mode d'interprétation : Stricte ou finaliste ?	54
1. Les apports de la jurisprudence concernant les interprétations des engagements	54
a. La jurisprudence du non-respect des injonctions : La source de la jurisprudence de l'interprétation des engagements.....	55
b. Le suivi de ces jurisprudences par l'Autorité pour le non- respect des engagements.....	55
2. Une combinaison des deux interprétations : Stricte et effet utile 57	
Conclusion	57
Bibliographie	60

Introduction

Depuis quelques années le recours à des méthodes de « résolution successive des problèmes de concurrence »¹ permettant de les prévenir et de les régler afin d'éviter un contentieux, a augmenté de fréquence². Ces méthodes ne sont pas tout à fait nouvelles, mais ont été sujettes à des améliorations. L'ancienne méthode française du recours à l'autorisation conditionnelle, qui ne concernait que les contrôles de concentrations, est l'ancêtre de la procédure d'engagement. Cette dernière est l'illustration principale des modes de résolutions successives³. Etant apparu que la voie de la sanction n'était pas nécessairement la plus efficace afin de résoudre les problèmes de concurrences⁴, la procédure d'engagement a connu un succès indéniable en France, en Allemagne et en Europe jouant désormais un rôle fondamental.

Au niveau européen, la procédure d'engagement est prévue par le règlement (CE) n°1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence se trouvant aux articles 101 et 102 du Traité. L'article 9, §1 du règlement précise que « *lorsque la Commission envisage d'adopter une décision exigeant la cessation d'une infraction et que les entreprises concernées offrent des engagements de nature à répondre aux préoccupations dont la Commission les a informées dans son évaluation préliminaire, la Commission peut, par voie de décision, rendre ces engagements obligatoires pour les entreprises* ». Cette « *décision peut être adoptée pour une durée déterminée et conclut qu'il n'y a plus lieu que la Commission agisse* ». Cependant cette procédure ne garantit pas à l'entreprise qu'aucune sanction ne soit prononcée à l'avenir. En effet, selon l'article 9 §2 « *La Commission peut rouvrir la procédure, sur demande ou de sa propre initiative : a) si l'un des faits sur lesquels la décision repose subit un changement important ; b) si les entreprises concernées contreviennent à leurs engagements, ou c) si la décision repose sur des informations incomplètes, inexactes ou dénaturées fournies par les parties* ». Ce règlement a été transposé

¹ David Bosco, 2012, paragraphe 1

² David Bosco, 2012, Par 3

³ David Bosco, 2012, Par. 1

⁴ Patricia Kipiani, 2008

dans les Etats membres. La procédure d'engagement a donc été reprise dans des législations nationales comme en Allemagne à l'article 32 b) GWB ou en France.

Cette procédure est délimitée en droit français par l'article L.464-2 du Code de commerce. C'est à l'autorité de la concurrence que revient l'acceptation « *des engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme aux préoccupations de concurrence susceptibles de constituer des pratiques prohibées visées aux articles L. 420-1, L.420-2 et L.420-5* ».

La procédure d'engagement vise une situation soulevant des préoccupations de concurrence encore actuelles⁵, qui peuvent être une concentration ou une pratique anticoncurrentielle. En revanche, elle ne peut s'appliquer dans les hypothèses où l'atteinte à l'ordre public économique, impose de prononcer des sanctions pécuniaires⁶. Les ententes particulièrement graves comme les cartels sont de ce fait exclus, ainsi que certains abus de positions dominantes ayant causés un dommage important à l'économie⁷.

Contrairement au mécanisme européen, le bénéfice de cette procédure d'engagement ne peut être demandé qu'avant réception de la notification de grief. En effet les engagements présentés après ce stade de la procédure relève du mécanisme de non contestation des griefs prévue au III de l'article L.464-2 du Code de commerce. En contrepartie de la non-contestation des griefs et des engagements souscrits par l'entreprise, est effectué un allègement de la sanction pécuniaire, à savoir, une réduction de moitié du plafond de l'amende et une réfaction de son montant. En ce qu'elle permet la souscription d'engagements et un résultat gagnant-gagnant entre l'autorité de la concurrence et l'entreprise, cette procédure présente des similitudes avec la procédure d'engagement quant à ses avantages et ses limites. Cependant ses avantages et ses limites spécifiques ne seront pas étudiés. Seuls ceux communs avec la procédure d'engagement seront approfondis.

⁵ Benjamin Cheynel, 2008

⁶ Benjamin Cheynel, 2008

⁷ Benjamin Cheynel, 2008

Pour mieux appréhender les avantages et les limites découlant de la procédure, il est important de connaître ses différentes étapes. L'autorité accepte de négocier des engagements avec une partie, et présente une évaluation préliminaire de la situation afin que l'entreprise ait une vision concrète de sa situation quant aux règles de concurrence. Elle explique donc en quoi « on peut raisonnablement penser » ou « présumer » que la pratique examinée est anticoncurrentielle, ou en quoi « il n'est pas exclu »⁸ qu'une telle pratique existe, ou bien encore en quoi cette pratique suscite « des interrogations »⁹ ou des « difficultés »¹⁰. En réponse, les parties sont invitées à formuler leurs engagements en s'appuyant sur tous les documents de l'enquête pendant une période ne pouvant être inférieure à un mois. Une fois les engagements soumis, ils sont publiés dans un communiqué de procédure afin que les tiers puissent exprimer leurs observations sur les engagements proposés, dans un certain délai. La procédure au terme de laquelle les engagements sont acceptés est une procédure contradictoire, ce qui suppose que les parties à la procédure aient accès au dossier administratif¹¹. Une fois les engagements acceptés par les parties, ils deviennent obligatoires. L'adage « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » s'applique. Le non-respect des engagements annule l'engagement de l'autorité de ne pas intervenir ou l'autorisation conditionnelle concernant les concentrations. Le pouvoir de sanctionner le non-respect des engagements permet l'efficacité de cette procédure.

Il est désormais intéressant de savoir de quelle manière s'effectue la répartition des avantages et des limites découlant de cette procédure présumée gagnant-gagnant. Bien que la procédure fût pensée afin de créer un régime d'équilibre des avantages entre les parties, il ressort souvent de l'application de la procédure, qu'un avantage crée un inconvénient pour l'autre partie. Il existe bel et bien des intérêts pour chacune des parties à s'engager, il ne resterait, sinon, aucun sens de parler d'engagement et de négociation. Cependant les administrations de concurrence ont tendance à s'octroyer des avantages au nom de l'efficacité

⁸ NMPP, France Télécom, Voir communiqué de procédure du 7 avril 2005 ou 2006

⁹ Voir décision 06-S-01, Festina

¹⁰ Emmanuelle Claudel, 2006

¹¹ Aurélien Condomines, 2009, p.313, n°369

administrative et de la santé de l'économie, au détriment des entreprises. Ce qui du point de vue des entreprises représente des limites aux avantages originellement prévus par la procédure. Par ailleurs des difficultés sont apparues à différentes étapes de la procédure.

La procédure confère donc des avantages à chacune des parties, tout en donnant préférence lors de sa mise en application aux intérêts des administrations de concurrence (Partie I). Les limites se manifestent tout au long de la procédure, que ce soit l'étape de la négociation ou celle du suivi. (Partie II).

Partie I : La procédure d'engagement : Un gagnant-gagnant à relativiser

La procédure d'engagement prévu au Règlement 1/2003 du 16 décembre 2002 et transposé en France le X a été instauré afin de prévoir un outil alternatif au système répressif de résolution des problèmes de concurrence. Sa mise en œuvre a été accueillie très positivement en France et en Allemagne car cette procédure présente des avantages appréciables pour les parties et pour l'administration de la concurrence. Par administration de la concurrence, on entend l'établissement européen ou national détenant les compétences relatives au contrôle de la concurrence. L'objectif avancé initialement était que la répartition des avantages soient équilibrées, à savoir, un avantage pour l'administration de la concurrence en entraîne un autre pour la partie concernée (chapitre I). Toutefois, l'administration de concurrence négocie les avantages avec l'entreprise et détient le pouvoir (discrétionnaire) d'acceptation des engagements. Ses prérogatives lui confèrent une position dominante qui rompt, dans la pratique, cet objectif gagnant-gagnant (Chapitre II).

Chapitre 1 : Un objectif gagnant-gagnant

La procédure a un rôle « curatif » et « préventif »¹² qui profite à chaque partie et leur permet d'éviter un contentieux, assurant en conséquence un avantage économique considérable (Section 1). Par ailleurs, elle prévoit une étape propice aux échanges entre les deux parties permettant une entente sur des engagements adaptés à la résolution des préoccupations de concurrence ainsi qu'à la situation réelle et particulière de l'entreprise (Section 2).

¹² Alain Mouzon, 2012, n°5

Section 1: Un rôle préventif assurant des avantages économiques et des outils garantissant l'efficacité de la procédure

A. Le rôle curatif et préventif des procédures d'engagement

La raison d'être majeure de la procédure d'engagement est avant tout d'éviter la constatation d'une infraction au droit de la concurrence. Elle est le moyen pour une entreprise de proposer des mesures nécessaires pour empêcher des risques d'atteintes à la concurrence posés par son comportement ou par son projet de fusion d'aboutir¹³.

1. « Curatif » concernant les comportements

En ce qui concerne les comportements, les solutions trouvées peuvent, en forme d'engagements, avoir des propriétés curatives, lorsque qu'elles portent sur des faits qui viennent de se produire ou qui sont en cours de réalisation¹⁴. L'entreprise ayant conscience qu'un risque d'atteinte à la concurrence existe, elle décide de proposer l'ouverture d'une procédure d'engagement. L'évaluation préliminaire confirme alors l'existence des risques ou de l'atteinte récente. Parfois l'atteinte vient de se produire, mais elle n'a pas encore pu engendrer toutes les conséquences néfastes pour la concurrence, elle peut donc encore être « soigné » par le moyen d'engagements. Lorsque le comportement anticoncurrentiel a eu le temps de marquer la santé de la concurrence et les conséquences se sont déjà toutes réalisées, l'engagement n'est, par contre, plus une voie envisageable. La sanction est inévitable. Toutefois cette possibilité de substituer la sanction par des engagements est un atout considérable pour l'entreprise, mais aussi pour

¹³ Alain Mouzon, 2012, n°2

¹⁴ Alain Mouzon, 2012, n°7

l'administration de la concurrence. Le comportement n'est pas encore sanctionnable mais sur la voie de l'être ou tout juste sanctionnable, or la possibilité de « réparer » cet « écart » est présente. Avant la mise en œuvre de la procédure, l'administration de la concurrence, ne voyait pas forcément cet « écart » à temps et n'intervenait que lorsque le comportement avait provoqué des conséquences néfastes sur la concurrence. Rappelons que l'ouverture d'une procédure d'engagement se fait sur l'initiative de l'entreprise. Ou bien l'entreprise ayant conscience du risque ne voyait pas comment retrouver une ligne de conduite claire et légale et sans solution trouvée, se voyait opposer une sanction et un contentieux couteux, alors même que son intention était de sauver la situation.

2. Préventif concernant les concentrations

En ce qui concerne le contrôle des concentrations, la procédure d'engagement a plutôt une propriété « préventive »¹⁵. « Le contrôle des concentrations vise à anticiper et à éviter des opérations qui peuvent être très positives pour l'économie n'aient dans le même temps des conséquences graves ou même irrémédiables sur la structure même d'un marché entier »¹⁶. La fusion est l'exemple principal d'une concentration. Elle représente une avancée technique permise par la mise en commun d'acteurs partageant leurs atouts, leurs moyens et leurs connaissances¹⁷. Cette avancée ne serait réalisable seule. De ce fait la fusion est désirée par l'intérêt général. En revanche, elle donne naissance à un monopole qui aurait la liberté d'imposer des prix « exorbitants » à ses clients, étant donné que les concurrents sérieux n'existent plus¹⁸. Le but de l'engagement est donc de permettre que cet avantage du progrès technique puisse substituer tout en garantissant qu'un tel dysfonctionnement du marché ne se réalise pas à l'aide d'une ligne de conduite. Les entreprises peuvent donc obtenir l'autorisation pour fusionner et détenir une force et une vitalité en évitant une sanction considérable. Par la même occasion, le

¹⁵ Alain Mouzon, 2012, n°8

¹⁶ Alain Mouzon, 2012, n°8

¹⁷ Alain Mouzon, 2012, n°8

¹⁸ Alain Mouzon, 2012, n°8

progrès, souhaité par tout ordre public donc par l'administration de la concurrence, est permis.

L'avantage est donc partagé en ce qui concerne la prévention, l'administration de la concurrence obtient ce qu'elle souhaite, à savoir la préservation d'une concurrence saine, et l'entreprise évite la sanction. D'autres avantages économiques découlent de cette « prévention ».

B. Avantages économiques pour l'entreprise et l'Autorité de concurrence

1. Pour l'entreprise : Des dépenses administratives et le coût d'un contentieux évités

a. Du point de vue des administrations de concurrence

Au regard des administrations de concurrence, les engagements sont synonymes d'une résolution plus rapide de l'affaire étant donné qu'ils permettent d'éviter le contentieux dès lors qu'ils sont pertinents¹⁹. En effet, le système répressif est décrié pour leur longueur et leurs coûts importants. L'éviter est donc un avantage en soi. Donc elles gagnent en termes de temps et d'allocation des ressources, ce qui leur permet de focaliser leurs actions vers des dossiers plus importants concernant des infractions plus graves²⁰.

b. Du point de vue des entreprises

Du point de vue des entreprises, cela permet d'échapper à l'éventuelle infraction d'une amende. Elle économisera aussi le temps qu'elle aurait perdu dans sa

¹⁹ Marie Dumarçay, 2010, p.1

²⁰ Alain Mouzon, 2012, n°15

défense lors d'un contentieux, ainsi que bien entendu les grandes dépenses que cela implique.

2. Des avantages pour la concurrence : des solutions adaptées au marché

Les procédures d'engagements permettent de trouver des solutions adaptées au marché. En ce qui concerne les concentrations c'est un élément clef d'un contrôle équilibré et effectif. L'écoute des tiers est un moyen adéquate pour prendre connaissance de la situation réelle et de trouver des solutions prenant en compte les différents acteurs du marché.

a. L'engagement, outil de contrôle des concentrations : un élément clef d'un contrôle équilibré et efficace

La concentration du marché a été pendant longtemps encouragé car considéré comme bénéfique en soi. Elle a permis la création de « champions nationaux » ayant la capacité « d'affronter » la concurrence internationale²¹. La tendance était donc d'encourager le mouvement des concentrations au lieu de le freiner. Aujourd'hui elle s'est en quelque sorte inversée. Les inconvénients de certaines concentrations dérangent, ce qui renforce le rôle et l'importance de l'engagement en matière de concentration²². Les entreprises voulant réaliser une opération de concentration susceptible de créer une réduction significative de la concurrence « proposent des engagements capables de rééquilibrer le bilan concurrentiel d'une opération²³. Lorsque ce bilan concurrentiel ne peut être équilibré, l'entreprise doit équilibrer son bilan économique afin d'obtenir le « feu vert » de l'autorité de contrôle²⁴. Grâce à cette dernière méthode, l'autorité peut s'ingérer dans la

²¹Gerasimos Alex Sofianatos, 2009, p.60, n°65

²²Gerasimos Alex Sofianatos, 2009, p.60, n°65

²³Gerasimos Alex Sofianatos, 2009, p.60, n°65

²⁴Gerasimos Alex Sofianatos, 2009, p.60, n°65

stratégie de l'entreprise ainsi que dans la structure du marché²⁵. « Le développement des procédures d'engagements a pris un tel essor qu'ils sont considérés comme un élément clef d'un contrôle équilibré et effectif »²⁶.

b. Grace aux tiers

Tout d'abord, il n'est pas à ignorer que des engagements peuvent avoir un impact sur les tiers. Cela empêche que la procédure soit complètement libérale²⁷. Les tiers concernés par cet impact sont d'abord les tiers qui sont en relation directe avec l'entreprise. Cependant, des engagements peuvent avoir un impact plus général sur les tiers lorsque l'administration de la concurrence, que ce soit la Commission ou l'autorité de la concurrence décide de considérer la décision comme une décision de principe²⁸. De ce fait il semble important qu'il y ait à ce niveau un certain contrôle de la procédure concernant la négociation des engagements²⁹.

Le règlement ainsi que le code de commerce prévoit, de ce fait, qu'un résumé de l'affaire avec les engagements proposés doit être publié à l'attention des tiers. Cela leur donne l'opportunité d'émettre des observations dans un certain délai³⁰. Les acteurs économiques sont ainsi en mesure de s'exprimer, de donner leur avis quant à la pertinence des engagements. C'est une garantie de la prise en compte des intérêts des différents acteurs, mais aussi une « condition forte de l'adéquation des engagements proposés à la réalité du marché »³¹. Cette étape considérée comme « test de marché » permet de vérifier si les engagements sont pertinents, crédibles, vérifiables et proportionnés aux faits allégués³². Cette étape est donc essentielle à ce que les engagements soient adaptés au marché.

²⁵Gerasimos Alex Sofianatos, 2009, p.60, n°65

²⁶Gerasimos Alex Sofianatos, 2009, p.60, n°65

²⁷ Eric Barbier de la Serre/ Robert Saint-Esteben, 2008, I, doc 30

²⁸ Eric Barbier de la Serre/ Robert Saint-Esteben, 2008, I, doc 30

²⁹ Eric Barbier de la Serre/ Robert Saint-Esteben, 2008, I, doc 30

³⁰ Marie Dumarçay, 2010, II, C, 1

³¹ Marie Dumarçay, 2010, II, C, 1, doc 22

³² Marie Dumarçay, 2010, II, C, 1, doc 22

En revanche, le risque inhérent à cette communication de l'affaire, est que plus la description est précise, plus les risques de poursuite civile par les tiers augmentent. Il faut donc trouver un juste équilibre entre ces différents³³. Par ailleurs, la commission précise dans un arrêt très important « Alrosa » le cocontractant de l'entreprise qui fait l'objet d'une enquête pour abus de position dominante ne peut être assimilé à une « entreprise concernée » par la décision qui rend obligatoires les engagements proposés par cette entreprise³⁴. Cela montre que le contentieux des tiers n'est pas en globalité pris en compte.

c. Avantage pour l'ordre public et pour les consommateurs

La rapidité de la procédure et la garantie du respect du droit de la concurrence représente un avantage pour l'ordre public économique et pour les consommateurs. Ils y gagnent « un retour rapide et sécurisé du bon fonctionnement des marchés³⁵ ».

3. Un outil d'efficacité : des sanctions dissuasives et proportionnées en cas de non-respect

Afin de constater que la sanction est un outil essentiel à l'efficacité de la procédure, il suffit de se pencher sur les cas concrets. En effet les engagements sont dans la grande majorité respectés. Sur 40 décisions de pratiques anticoncurrentielles depuis 2005, il n'y a eu que deux manquements réalisés et sanctionnés³⁶. Concernant les décisions prises en matière de concentration, sur 100 il n'y a eu que 3 procédures de non-respect d'engagement³⁷. Ce résultat tout à fait satisfaisant est donc réalisé grâce à des sanctions nécessairement dissuasives.

³³ Eric Barbier de la Serre/ Robert Saint-Esteben, 2008, I

³⁴ Gwenaël Muguët-Poullennec / Eric Barbier de la Serre, 2010

³⁵ Alain Mouzon, 2012, n°15

³⁶ Alain Mouzon, 2012 n°16

³⁷ Alain Mouzon, 2012 n°16

En revanche, elles restent personnalisées et proportionnées³⁸. La sanction financière peut aller jusqu'à 10% du chiffre d'affaires mondial de l'entreprise en matière de pratiques anticoncurrentielles et jusqu'à 5% en matière des concentrations. Les entreprises qui s'engagent auraient donc un très grand préjudice à ne pas respecter leurs engagements, elles perdraient énormément. Ainsi elles ont à réfléchir à deux fois avant d'enfreindre ses obligations. La sanction est l'outil indispensable à l'efficacité et donc l'utilité de la procédure d'engagement. Nous verrons par la suite qu'il aurait pu exister un autre moyen d'atteindre le même résultat sans utiliser systématiquement l'outil répressif.

Mais tout d'abord, des cas réels illustrent la situation actuelle de la sanction en outil d'efficacité. Dans la décision n°10-D-21 du 30 juin 2010, les sociétés Néopost et Satas ont été condamnés à hauteur de 100 000 euros pour non-respect d'engagements. Ces engagements concernaient l'indemnité due en cas de résiliation anticipée d'un contrat de location-entretien. L'autorité de la concurrence a qualifié « le non-respect d'engagements » comme « une pratique grave en elle-même »³⁹.

Une sanction qui a été qualifiée « d'exceptionnelle » a marqué le domaine des procédures d'engagements et la concurrence. Dans l'arrêt du 21 septembre 2011 l'autorité constate le non-respect d'engagements pris par le groupe Canal Plus relatif à l'opération d'acquisition de TPS. Elle annule l'autorisation d'acquisition et sanctionne le groupe Canal Plus à hauteur de 30 millions d'euros. La spécificité de cette affaire sera présentée par la suite.

Que la sanction puisse être aussi sévère est justifiée par la fait que le non-respect des engagements met en cause l'effectivité même du droit de la concurrence⁴⁰. Il est de ce fait primordial que les entreprises ai conscience que leurs actes provoquant des conséquences néfastes sur la concurrence sont susceptibles d'être réellement sévèrement punie. Cette sanction représente donc un avantage pour la concurrence.

³⁸ Alain Mouzon, 2012, n°23

³⁹ « Néopost France et Satas », Décision n°10-D-21 du 30 juin 2010

⁴⁰ Alain Mouzon, 2012, n°28

Section 2 : Les avantages de la négociation

A. Un remède « auto prescrit »⁴¹

La nouveauté qui paraît assez surprenante mais qui bien réfléchi confère des avantages non négligeables à la procédure d'engagement est que l'entreprise propose elle-même les solutions à son « problème » de concurrence. Tout d'abord, on pourrait se demander pourquoi elle passe par ce processus d'engagement, alors qu'en fin de compte elle aurait pu éviter cette « contrainte ». Mais l'avantage que cette procédure a pour l'entreprise, c'est que cela lui garantit que si elle suit la ligne de conduite validée par l'autorité, la sanction sera évitée. Rien ne garantit qu'une ligne de conduite réalisée par l'entreprise, non connue par l'administration de la concurrence soit en réalité parfaitement conforme aux volontés de cette administration. Lorsqu'un pas « de travers » a été commis, la procédure permet de garantir que le chemin choisi est conforme aux exigences de concurrence.

Ensuite, selon Alain Mouzon, adjoint chef de service juridique de l'autorité de la concurrence « ce ne sont jamais les autorités de concurrence qui proposent les engagements mais seulement les entreprises, parties à une concentration ou visées dans le cadre d'un dossier de pratiques anticoncurrentielles, qui procèdent aux choix final »⁴². Cette vision de la procédure est avancée par les administrations de concurrence. Cet avantage conféré aux entreprises est soutenu afin de défendre la qualité de gagnant-gagnant de la procédure. Dans les textes la situation apparaît ainsi. C'est bien à l'entreprise de demander l'ouverture de la procédure et c'est bien à l'entreprise de proposer ses solutions, or nous verrons par la suite que ces propositions ne se font pas sans contrainte.

⁴¹ Alain Mouzon, 2012, n°10

⁴² Alain Mouzon, 2012, n°11

Il est donc intéressant de connaître la manière dont la procédure est présentée par l'autorité de la concurrence. A cela peut s'ajouter une présentation de l'ancien commissaire à la concurrence, Mario Monti : "I should of course stress that in Europe, as in the US, it falls to the merging parties to propose packages of remedies. As Bob Pitofsky has said "we are not merchant bankers", a sentiment with which I entirely agree: it is not our role, as a competition authority, to seek to prescribe what may or may not constitute adequate remedies. We can give guidance, but we cannot impose any particular choice to the parties."⁴³

B. La négociation

1. Les étapes

La communication du contenu de la phase d'évaluation préliminaire permet aux entreprises d'avoir connaissance de l'étendue des faits reprochés et de pouvoir, conformément à ces informations, créer des engagements répondant aux problèmes de concurrence désignés. L'entreprise présente ensuite ses engagements auprès de la Commission au niveau européen et auprès de l'autorité de la concurrence au niveau français. Il va être, pas l'autorité, vérifié que ces engagements permettent de régler les préoccupations de concurrence. Cela peut se dérouler en deux phases. Si la phase une n'est pas convaincante, l'entreprise doit compléter ses engagements ou en trouver de nouveaux. Après une phase de proposition d'engagement, la description de l'affaire et le détail des engagements proposés sont publiés, pendant une période ne pouvant être inférieure à un mois, afin que les tiers puissent s'exprimer et donner leur avis quant à la pertinence des engagements proposés au regard du marché. La communication de l'affaire pour recueillir des observations n'est pas qu'une simple figure de style⁴⁴. Dans l'affaire FA Premier League (FAPL)⁴⁵, « cette étape a permis à la Commission non

⁴³ Alain Mouzon, 2012, n°11

⁴⁴ Gerasimos Alex Sofianatos, 2009, p.79, n°84

⁴⁵ FAPL, Commission CE, 22 mars 2006

seulement d'obtenir de la FAPL des précisions sur l'engagement du processus d'attribution des lots, mais encore la garantie que les droits de retransmission télévisée en direct seront vendus en six lots – plus petits et plus équilibrés qu'au terme des premiers engagements – et qu'aucun acheteur ne sera autorisé à acheter plus de cinq lots »⁴⁶.

L'administration de concurrence dresse à la suite de cette étape un rapport, analysant les observations des tiers et évaluant si les engagements sont adaptés. S'ils le sont, l'autorité annonce par voie de décisions d'acceptation des engagements. S'ils ne le sont pas, des nouveaux engagements peuvent être proposés.

Quand bien même la procédure ne dénomme pas une étape comme « étape de négociation », la négociation est quand même présente. L'autorité a son droit de parole et se fait écouter consciencieusement par l'entreprise qui souhaite avant tout éviter le refus des engagements. Nous verrons par la suite que l'autorité a un pouvoir d'influence parfois trop important.

2. Les avantages de la négociation pour les entreprises

Outre cela, la négociation apporte ses bienfaits auprès des entreprises. Ces avantages sont proclamés par les défenseurs de la procédure d'engagement. Tout d'abord la négociation est une occasion pour l'entreprise de mieux connaître et de comprendre l'opinion de l'autorité⁴⁷. Ceci afin de clarifier les points clés, notamment dans des domaines complexes où la pratique décisionnelle n'est pas encore parfaitement établie⁴⁸. A cela s'ajoute que l'entreprise a l'opportunité grâce à cette procédure de trouver une solution étant à la fois compatible avec le droit de la concurrence tout en combinant au mieux l'intérêt général et son propre intérêt⁴⁹. Les entreprises gardent donc en théorie la liberté de choix et trouvent des

⁴⁶ Gerasimos Alex Sofianatos, p. 79 n°84

⁴⁷ Gerasimos Alex Sofianatos, 2009 p.407, n°447

⁴⁸ Gerasimos Alex Sofianatos, 2009, p.407, n°447

⁴⁹ Alain Mouzon, 2012, n°16

solutions convenant à leur situation réelle. Elle conserve de cette manière toute la maîtrise de son avenir. De plus, en étant plus associées à la procédure et à la définition des injonctions qui vont peser sur elles, les entreprises ont sans doute une meilleure acceptation de leurs obligations et se sentent plus responsables de leur bonne conduite⁵⁰. Ceci représente en ricoché un avantage pour l'autorité, car le but est que les engagements et le droit de la concurrence soient respectés. En imposant des engagements, l'entreprise se sentirait contrainte, et aurait sûrement plus un sentiment de « rébellion ». Dès lors qu'elle a déterminé elle-même, en théorie, ses engagements, elles les trouvent adaptés et réalisables, elles se doivent de les respecter. Donc en impliquant l'entreprise dans le déroulement de la procédure, cela donne une garantie supplémentaire du respect futur des engagements.

Cette méthode amiable rapide qui ne sollicite pas de reconnaissance d'infraction ni d'amende est en soi un avantage pour l'entreprise.

Les avantages de la procédure d'engagement se répartissent entre les deux parties, c'est-à-dire l'entreprise et l'administration de concurrence. En théorie le poids des avantages est partagé de manière équilibré. Bien que l'objectif était gagnant-gagnant, l'autorité de la concurrence ou la commission s'octroie, dans la pratique, des avantages faisant basculer la balance.

Chapitre 2 : Une sensible bascule des avantages vers l'administration : position dominante de l'administration

De par son rôle de régulatrice, de contrôle, d'exécuteur, l'autorité de la concurrence ou la Commission sont dans une position dominante ce qui par conséquence place l'entreprise dans une position de faiblesse et incite à

⁵⁰Eric Barbier de la Serre/ Robert Saint-Esteben, 2008

l'administration de concurrence d'utiliser la procédure d'engagement à son avantage.

Section 1 : Une position dominante

Sa position dominante se caractérise essentiellement par son pouvoir discrétionnaire (A) et par la contrainte qu'elle peut exercer pour obtenir ce qu'elle veut (B).

A. Un pouvoir discrétionnaire

La décision d'ouvrir une procédure d'acceptation d'engagements à la place d'une procédure normale de constatation d'infraction relève du pouvoir discrétionnaire de l'autorité de concurrence⁵¹. L'entreprise signale sa volonté de proposer des engagements, mais c'est à l'autorité de concurrence de décider d'envoyer une évaluation des griefs ou une constatation des griefs⁵². Il lui revient donc à elle la décision de recourir à la pratique répressive ou alternative. En France, la décision de procéder avec la procédure d'engagement est prise par l'Autorité de la concurrence et le rapporteur⁵³. Ce choix est difficilement prévisible pour les entreprises car il relève des directions politiques de concurrence au jour de l'affaire. Dans l'affaire « solutel », l'entreprise « France télécom » a proposé un certain nombre d'engagements mais le Conseil de la concurrence a décidé de ne pas ouvrir la procédure d'engagement. Cette décision du Conseil ne peut faire l'objet d'un recours spécifique car cela ne constitue pas une décision définitive⁵⁴.

Pour mettre le maximum de chance de son côté ne peut recevoir de communication de griefs, l'entreprise peut anticiper la décision de l'autorité d'ouvrir la procédure en lui envoyant ses engagements. En connaissant les

⁵¹Gerasimos Alex Sofianatos, 2009, p. 415, n°455

⁵²Gerasimos Alex Sofianatos, 2009, p. 415, n°455

⁵³Gerasimos Alex Sofianatos, 2009, p. 415, n°455

⁵⁴Gerasimos Alex Sofianatos, 2009, p. 415, n°455

engagements, cela peut convaincre l'autorité que c'est la voie la meilleure pour régler la situation. Or, il peut arriver que l'entreprise ne sache qu'une procédure la concernant est ouverte, notamment en cas de saisine d'office ou bien en absence de d'enquête sur place ou d'auditions⁵⁵. Le moment entre la saisine et la constatation des griefs est opaque, ce qui peut entraîner une discrimination sachant que l'autorité « a tendance à proposer la procédure d'engagements dans certains cas et pas dans d'autres »⁵⁶. Une fois la notification des griefs effectuée, il n'est plus possible de demander l'ouverture d'une procédure d'engagement. Seule la procédure de « non contestation des griefs » est envisageable.

Le pouvoir discrétionnaire de l'autorité de concurrence est aussi présent lors de la négociation et l'acceptation des engagements. En effet l'entreprise n'a aucune garantie de voir ses engagements être acceptés⁵⁷. L'autorité garde toujours le pouvoir de refuser les engagements, ce qui entraîne par conséquent l'ouverture d'une procédure ordinaire à l'encontre de l'entreprise. Cela fragilise l'entreprise qui, en proposant ses engagements, a divulgué des informations affaiblissant sa défense. A cela s'ajoute que « l'impartialité de l'autorité, après un échec d'une procédure d'engagements, peut être mise en doute »⁵⁸. L'autorité a le pouvoir de sanctionner et de négocier. Elle peut commencer en négociant lors d'une procédure d'engagement, puis décider de sanctionner, alors que l'entreprise, elle, ne peut aller que dans un sens, en espérant de convaincre suffisamment l'autorité.

Au niveau européen, la situation est semblable. La Commission détient un pouvoir discrétionnaire pour décider l'ouverture d'une procédure d'engagement ainsi que pour décider d'accepter les engagements. Cependant, concernant le refus des engagements proposés, la Commission a le devoir de le motiver et est soumise à un contrôle de proportionnalité. Cette décision est alors susceptible d'un recours et de ce fait, faire l'objet d'un contrôle devant un juge⁵⁹.

Ainsi l'autorité détient un avantage considérable dans la pratique. Au nom du droit de la concurrence et de la santé de l'économie, elle peut décider de punir

⁵⁵Gerasimos Alex Sofianatos, 2009, p. 415, n°455

⁵⁶Gerasimos Alex Sofianatos, 2009, p. 415, n°455

⁵⁷Gerasimos Alex Sofianatos, 2009, p. 417, n°457

⁵⁸Gerasimos Alex Sofianatos, 2009, p. 417, n°457

⁵⁹Gerasimos Alex Sofianatos, 2009, p. 416, n°456

comme d'être clément et d'offrir la possibilité à l'entreprise de se corriger. Dans cette situation l'objectif « gagnant-gagnant » ne devrait être appréciable que lorsque les engagements sont acceptés, avant ceci, l'entreprise se trouve plutôt dans une situation assez précaire. Pour équilibrer la situation, il serait préférable que l'autorité ait l'obligation de motiver son refus d'ouvrir une procédure d'engagement. Ce refus serait alors contestable, ce qui garantirait à l'entreprise une sécurité juridique.

B. Une contrainte dans l'engagement

L'engagement est une mesure quasi-contractuelle qui ne place pas les « contractant » sur un pied d'égalité. En effet la contrainte du côté de l'entreprise est présente, ce qui entraîne une position dominante pour l'autorité, représentant un avantage pour cette dernière.

1. Une contrainte matérielle

L'autorité a la possibilité d'ajouter dans sa décision des conditions à son acceptation qui se matérialise par des obligations. Elle peut aussi donner des précisions relatives aux modalités d'exécution. Cela peut être la durée pendant laquelle l'entreprise doit respecter les engagements, comme les modalités d'exécution⁶⁰. Ainsi l'entreprise n'est pas libre de régler les moyens utilisés afin de mettre en œuvre les engagements. Ce pouvoir d'ajouter des obligations dans ce domaine est positif pour la concurrence. En effet, plus la mise en œuvre des engagements est réglée, moins il n'y a de risque de dérive. Cependant, cela représente tout de même une restriction de liberté pour l'entreprise. Cette liberté de fixer ses engagements qui appartient en théorie à l'entreprise. En conséquence, cet avantage de l'entreprise est limité.

⁶⁰Gerasimos Alex Sofianatos, 2009, p. 197, n°213

2. Une contrainte psychologique

La procédure de négociation qui débouche sur l'adoption d'un engagement implique une contrainte de nature psychologique pour les entreprises qui est due au pouvoir décisionnel des autorités et à la pression du temps⁶¹. En effet l'enjeu est de taille.

En ce qui concerne les concentrations, l'entreprise souhaite obtenir une autorisation. Sans cette autorisation son projet peut être jeté aux oubliettes. Pendant les 10 premières années d'application du règlement européen, au niveau européen, 48 dossiers ont été retirés durant la première phase et 17 en seconde⁶². Ce flux de retraits en cours de procédure démontre une anticipation de refus d'autorisation par la Commission, mais cela signifie également concernant les abandons en cours de deuxième phase, qu'il y a eu un désaccord par rapport aux engagements⁶³.

Pour les entreprises ayant eu un comportement anticoncurrentiel, l'enjeu est ne pas se voir imposer une sanction. Pour obtenir cette avantage, il faut soit convaincre l'autorité de la concurrence de la pertinence des engagements proposés, soit aller dans son sens et proposer des engagements souvent important qu'elle aurait pu soumettre.

L'autorité de concurrence n'est pas tenue de prouver une infraction jusqu'au bout au moment de l'évaluation préliminaire, ce qui par conséquent peut amener l'entreprise à s'engager plus qu'elle ne devrait⁶⁴. Dans une optique libérale, l'on peut considérer que ce n'est que le problème de l'entreprise. Mais il faudrait alors que sa liberté de choix soit totalement garantie⁶⁵. Pour qu'elle soit garantie, il faut un contrôle effectif des juridictions. Or ce n'est pas le cas au niveau européen, car

⁶¹Gerasimos Alex Sofianatos, 2009, p. 199, n°215

⁶²Gerasimos Alex Sofianatos, 2009, p. 199, n°215

⁶³Gerasimos Alex Sofianatos, 2009, p. 199, n°215

⁶⁴ Eric Barbier de la Serre/ Robert Saint-Esteben, 2008, I

⁶⁵Eric Barbier de la Serre/ Robert Saint-Esteben, 2008, I

les juridictions européennes contrôlent de manière restreinte les décisions de la Commission qui mettent en cause des appréciations économiques complexes⁶⁶. L'entreprise, sachant qu'un contrôle n'est effectué qu'à moitié, sentira la pression exercée par l'autorité et cédera surement des engagements supérieurs aux besoins réels.

La négociation d'un engagement avec l'autorité qui a le pouvoir de sanctionner ne peut donc être considérée comme une négociation à égalité⁶⁷. S'il n'y a pas d'égalité lors de la négociation, l'objectif « gagnant-gagnant » n'est pas atteignable. En effet l'autorité peut exiger des engagements dépassant le but initial, but étant simplement d'éviter des effets anticoncurrentiel d'une concentration ou bien d'arrêter des comportements anticoncurrentiels. Le juge Weinfeld souligne, « Lorsqu'un juge participe à un plaider coupable, il fait intervenir dans la négociation toute la force et l'autorité de son office ; son pouvoir énorme d'imposer une sentence plus longue ou même maximale que celle proposée est présent qu'il soit fait référence ou pas »⁶⁸. De par sa position dominante, et par conséquent la position de faiblesse de l'entreprise, les engagements peuvent être disproportionnés. La crainte de se voir opposer un refus réduit le pouvoir de négociation de l'entreprise⁶⁹. Il existe bien un contrôle de proportionnalité, mais nous verrons par la suite qu'il n'est pas systématiquement effectué. Donc l'entreprise aura bien obtenu l'autorisation ou la garantie de ne pas être sanctionné, mais elle devra donner une contrepartie plus importante que celle qu'elle reçoit de l'autorité.

La Commission ou l'autorité a tendance à suggérer des mesures afin que les engagements soient compatibles avec le marché commun, et parfois elle impose même des conditions aux parties⁷⁰. Cette pratique n'est pas toujours très appréciée, car l'autorité de concurrence cumule les fonctions de négociateur, police, procureur et juge, son conseil a dans la pratique le même effet qu'un ordre, car si elle n'est pas satisfaite des engagements, elle peut rejeter la demande. Le

⁶⁶Eric Barbier de la Serre/ Robert Saint-Esteben, 2008, I

⁶⁷Gerasimos Alex Sofianatos, 2009, p. 199, n°215

⁶⁸Gerasimos Alex Sofianatos, 2009, p. 200, n°216

⁶⁹Gerasimos Alex Sofianatos, 2009, p. 200, n°216

⁷⁰Gerasimos Alex Sofianatos, 2009, p. 202, n°217

fait de guider les entreprises dans leurs choix d'engagements suscite des craintes. En effet, tout d'abord, la connaissance qu'a l'autorité du marché est limitée. L'entreprise est plus à même de comprendre et de s'adapter aux marchés. Ensuite et enfin l'autorité conseille souvent tôt dans la procédure, au moment où les entreprises ne peuvent pas évaluer l'impact des engagements sur le marché⁷¹. En restreignant l'entreprise de proposer seule ses engagements, l'autorité accroît les risques que les engagements ne soient pas adaptés à la situation réelle du marché. La position dominante est donc un avantage pour l'autorité qui a une grande marge de manœuvre, mais ce n'est parfois pas réellement un avantage pour la concurrence en elle-même.

La position dominante de l'autorité est accompagnée par une grande marge de manœuvre (Section 2).

Section 2 : Une grande marge de manœuvre : le principe de proportionnalité pas bien respecté au niveau européen

Les engagements restreignent la liberté concurrentielle des entreprises car ils sont un support d'une ingérence des autorités dans la mise en œuvre de la stratégie des entreprises⁷². Cette ingérence ne peut rester sans limite. Les autorités doivent respecter des garanties, comme le principe de légalité et le principe de proportionnalité. La preuve que le comportement ou les concentrations soulèvent des préoccupations de concurrence devraient être apportées⁷³. Au niveau européen, la Commission et la Cour de Justice confèrent à l'autorité une grande liberté de mise en œuvre de la procédure d'engagement.

A. Le principe de légalité et de proportionnalité

⁷¹Gerasimos Alex Sofianatos, 2009, p. 202, n°217

⁷²Gerasimos Alex Sofianatos, 2009, p. 221, n°239

⁷³Gerasimos Alex Sofianatos, 2009, p. 221, n°239

Le principe de proportionnalité et de légalité doivent être appliqués aux engagements. La Commission ne les a pas respectés à plusieurs reprises, ce qui a amenés plusieurs fois des juridictions à le rappeler et à donner des précisions quant à ces principes, notamment dans l'arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire Alrosa.

1. Le principe de légalité

L'article 9 du règlement européen n'exige pas que dans l'évaluation préliminaire, une infraction soit constatée, mais la Commission doit tout de même présenter la réalité des préoccupations concurrentielles⁷⁴. Ces préoccupations permettent de justifier le fait d'imposer à des entreprises le respect des engagements. La Commission doit donc, selon le Tribunal, réunir des éléments d'analyse suffisants pour permettre un contrôle juridictionnel effectif de la proportionnalité de la mesure adoptée. « L'équilibre entre analyse sommaire et motivation suffisante n'est pas faciles à atteindre pour la Commission, ce qui n'a pas échappé à la doctrine »⁷⁵.

2. Le principe de proportionnalité

L'objectif de l'article 9 du règlement est d'assurer l'application des règles de concurrence du Traité. De ce fait la Commission a l'obligation de respecter le principe de proportionnalité, même si elle détient une certaine marge d'appréciation. Certes la Commission détient un pouvoir discrétionnaire quant à l'acceptation ou le refus d'ouvrir une procédure d'engagement ou bien d'accepter ou de refuser des engagements, ce qui lui permet de ne pas justifier son choix, elle doit quand même justifier, lorsqu'elle opte pour la procédure d'engagements, « en quoi ceux qu'elle rend obligatoires sont plus nécessaires et appropriés pour

⁷⁴Gerasimos Alex Sofianatos, 2009, p. 223, n°242

⁷⁵Gerasimos Alex Sofianatos, 2009, p. 223, n°242

répondre à ses préoccupations que ceux qu'elle écarte »⁷⁶. Selon le Tribunal, si la Commission propose des engagements allant plus loin que les injonctions qu'elle aurait pu proposer, elle viole le principe de proportionnalité. A cela s'ajoute que lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il faut recourir à la moins contraignante⁷⁷. « La nécessité d'une mesure corrective est appréciée à la lumière des objectifs que la décision poursuit, lesquels sont exposés dans l'évaluation préliminaire et/ou dans la communication des griefs »⁷⁸.

B. Concernant les comportements : Une marge de manœuvre contrôlée par le principe de proportionnalité

La preuve que le comportement soulève des préoccupations de concurrence devrait être établi pour pouvoir accepter un engagement dans le contrôle des comportements. Or la jurisprudence européenne démontre que cette preuve n'est pas fournie. Dans l'affaire Pâte de bois, des parties ont souscrit des engagements très importants, annexés à la décision car ils espéraient que cela inciterait la Commission à accepter la procédure d'engagement. Or, la commission ouverte une procédure de non contestation des griefs et n'a tenu compte des engagements que pour procéder à une réduction significative du montant de l'amende, de l'ordre de 90 %. Les parties ont intenté un recours en expliquant qu'elles avaient proposé ces engagements sous la menace de sanctions et que les mesures étaient trop importante au regard de l'article 3 du règlement 17/62⁷⁹. En réponse, la Commission se défend et définit le recours comme irrecevable car il vise à faire annuler l'engagement comme tel. Selon elle, l'engagement ne fait pas partie intégrante de la décision et de son caractère unilatéral, les requérants ne faisaient qu'invoquer la nullité de leurs propres actes⁸⁰. La Cour de justice répond « Les obligations que crée l'engagement à charge des requérantes doivent être

⁷⁶Gerasimos Alex Sofianatos, 2009, p. 224, n°243

⁷⁷Gerasimos Alex Sofianatos, 2009, p.225, n°244

⁷⁸Gerasimos Alex Sofianatos, 2009, p. 225, n°244

⁷⁹Gerasimos Alex Sofianatos, 2009, p. 222, n°240

⁸⁰Gerasimos Alex Sofianatos, 2009, p. 222, n°240

assimilées à des injonctions de cessation d'infractions prévues à l'article 3 du règlement n°17. [...] En prenant cet engagement, les requérantes se sont donc bornées, pour des raisons qui leur sont personnelles, à acquiescer à une décision que la Commission aurait eu compétence pour prendre unilatéralement ». La proportionnalité des engagements au regard de l'infraction n'est donc pas vérifiée. Il aurait quand même dû avoir alors lieu de réviser les engagements et de les adapter à l'infraction constatée selon la CJUE⁸¹.

C. Une trop grande liberté de la Commission concernant le contrôle des concentrations : Les principes de proportionnalité et de légalité mal respectés

1. La Commission tentée par les engagements excessifs

La Commission a à plusieurs reprises appliqué l'article 9 du règlement n°1/2003 en illustrant sa souplesse⁸². L'affaire Coca-Cola en est un bon exemple. The Coca-Cola Company et trois de ses principaux embouteilleurs ont vu leurs engagements devenir obligatoires par une décision de la Commission. Ces engagements peuvent concerner tous les Etats membres où ces entreprises représentent plus de 40% du marché des boissons gazeuses sans alcool et où leur part de marché représente plus du double de celle du plus proche concurrent⁸³. Ceci alors que la procédure ouverte par la Commission au titre de l'article 101 TFUE ne visait pas à l'origine tous les Etats membres.

Cela est provoqué par deux facteurs. Le premier est le fait que l'entreprise souhaite réellement que l'autorité ouvre la procédure d'engagement et accepte les engagements, alors elle propose des engagements plus importants que nécessaire.

⁸¹Gerasimos Alex Sofianatos, 2009, p. 222, n°240

⁸² Gwenaël Muguët-Poullennec / Eric Barbier de la Serre, 2007, II, B, 1

⁸³« Coca cola », Commission 22 juin 2005 COMP/A.39.116/B-2

Le second facteur est le souhait de l'autorité d'obtenir, grâce à la procédure d'engagement, ce qu'elle ne pourrait obtenir autrement. C'est-à-dire des engagements corrigeant des pratiques qui, en soi, ne sont pas répréhensibles et ne pourraient donc pas donner lieu à une décision constatant une infraction⁸⁴. Ces risques sont fréquents dans le domaine des concentrations. La Commission peut être tentée d'inciter une entreprise désirant obtenir une décision d'autorisation de proposer des engagements, qui, même s'ils permettent d'éliminer les doutes sérieux existant au stade la phase d'évaluation préliminaire, n'auraient pas été nécessaires au vu des résultats d'une enquête approfondie⁸⁵. La doctrine craignait et craint que les procédures d'engagements incitent la Commission ou bien une simple autorité de concurrence, à se transformer en régulateur dictant des comportements sur tel ou tel marché, sans avoir pour autant à démontrer leurs caractères répréhensibles au regard du droit de la concurrence⁸⁶.

L'affaire Alrosa marque profondément le droit de la concurrence en matière de procédures dites « négociées ». En effet par un arrêt d'une grande importance, la Cour de Justice consacre définitivement la très grande liberté de la Commission pour la mise en œuvre de la procédure d'engagement prévue par l'article 9 du règlement n°1/2003 particulièrement en matière de contrôle des concentrations.

2. Résumé de l'affaire « Alrosa »

Le groupe de Beers, premier producteur et distributeur mondial de diamants bruts, et la société russe Alrosa, deuxième acteur du marché, ont notifié en 2002 à la Commission leur projet d'accord relatif à la fourniture de diamants bruts⁸⁷. Aux termes de ce projet, De Beers s'engageait à acheter à Alrosa pour 800 millions de dollars de diamants bruts par an pendant cinq ans. Le projet portait sur la moitié de la production annuelle d'Alrosa et représentait la totalité de la production

⁸⁴ Gwenaël Muguët-Poullennec / Eric Barbier de la Serre, 2007, II, B, 1

⁸⁵ Gwenaël Muguët-Poullennec / Eric Barbier de la Serre, 2007, II, B, 1

⁸⁶ Gwenaël Muguët-Poullennec / Eric Barbier de la Serre, 2007, II, B, I

⁸⁷ « Commission européenne c/ Alrosa compagny Ltd », CJCE 29 juin 2010, C-441/07 P

exportée par cette entreprise en dehors de Russie. La Commission a considéré qu'il pouvait s'agir là d'un accord anticoncurrentiel interdit par l'article 81, §1 CE (devenu art. 101 §1 TFUE). Cet accord ne pouvait être exempté au titre de l'article 81, §3 (devenu art. 101 §3 TFUE). De plus, au vu du pouvoir de marché du groupe De Beers dans l'industrie du diamant, la Commission a estimé qu'un tel accord d'approvisionnement exclusif pouvait s'analyser comme un abus de position dominante interdit par l'article 82 CE (devenu art. 102 TFUE). La Commission a, alors, ouvert deux procédures d'enquête et adressé une première communication des griefs à De Beers et Alrosa sur le fondement de l'art 81 CE et une seconde communication des griefs à De Beers sur le fondement de l'article 82 CE. De Beers et Alrosa décide de demander l'ouverture d'une procédure d'engagements et propose des engagements. Ils proposaient la réduction progressive des achats de De Beers et Alrosa, de 700 millions de dollars en 2005 à 275 millions de dollars en 2010. La Commission a par la suite publié un résumé de l'affaire et annoncé son intention de rendre obligatoires les engagements proposés. Cependant de nombreux tiers intéressés se sont exprimés à ce sujet et se sont opposés à ces engagements. Selon eux, les engagements n'étaient pas de nature à répondre aux préoccupations identifiées à ce stade. La Commission a, en conséquence, invité De Beers et Alrosa à lui soumettre de nouveaux engagements allant dans le sens d'une cessation complète de leurs relations commerciales à partir de 2009. De Beers a accepté et a présenté des engagements individuels. Les engagements ont été acceptés par la Commission, qui a déclaré qu'il n'y avait plus lieu d'agir contre De Beers⁸⁸.

Les premiers engagements permettaient d'éviter d'être sanctionné pour cause d'abus de position dominante. Les seconds provoquaient un arrêt complet des rapports commerciaux de De Beers avec son principal partenaire. Les engagements rendus obligatoires étaient donc disproportionnés au but initial. Alrosa a donc intenté un recours en annulation contre la décision de la Commission. Le Tribunal annule la décision car il jugeait les engagements disproportionnés et déclarait les droits procéduraux d'Alrosa violés, car elle aurait

⁸⁸« De Beers », Commission 12 février. 2006, aff. N°COMP/B-2/38.381

dû être considéré comme « une entreprise concernée ». La Cour annule l'arrêt du Tribunal et rejette le recours formé par Alrosa.

La Cour de Justice de l'Union européenne rend un arrêt de principe. Elle précise, notamment l'étendue des pouvoirs de la Commission concernant la procédure d'engagement⁸⁹.

3. Une conception souple du principe de proportionnalité par la CJUE

La Tribunal exigeait que la Commission applique de façon stricte le principe de proportionnalité. Il qualifiait les engagements, qui rompaient les relations commerciales entre De Beers et Alrosa, non proportionnés aux préoccupations concurrentielles présentées par la Commission. Il existait d'autres mesures moins contraignantes pouvant répondre aux objectifs de la procédure. Cette recherche de la mesure la moins contraignante impliquait que la Commission exécute une analyse poussée afin de déterminer le plus justement possible les engagements appropriés⁹⁰. A cela s'ajoute que le Tribunal ne prenait pas réellement en compte les observations des tiers⁹¹. Bien qu'il pouvait certainement exister une mesure intermédiaire pouvant satisfaire les tiers et éviter la rupture du lien entre ces deux parties.

De ces deux problèmes mis de côté par le Tribunal, la Cour donne doublement raison à la Commission⁹². Bien que ces deux difficultés auraient dû être prises en compte par le Tribunal, valider la démarche de la Commission lui confère une très grande marge de manœuvre, puisque le non-respect du principe de proportionnalité est tout de même existant dans cette affaire. La Cour autorise, de cette manière, ce manquement.

⁸⁹ Gwenaël Muguët-Poullennec / Eric Barbier de la Serre, 2010., Intro

⁹⁰ Gwenaël Muguët-Poullennec / Eric Barbier de la Serre, 2010, I

⁹¹ Gwenaël Muguët-Poullennec / Eric Barbier de la Serre, 2010, I

⁹² Gwenaël Muguët-Poullennec / Eric Barbier de la Serre, 2010, I

a. Le Principe de proportionnalité ne s'applique pas à la procédure d'engagements de la même façon que dans les procédures de sanction⁹³

Le Tribunal a dans son arrêt soutenu l'examen de la proportionnalité d'une décision d'engagement est identique que l'examen de la proportionnalité de l'article 7 du règlement n°1/2003 relatif à la constatation et la cessation d'une infraction, c'est-à-dire relatif à la procédure de sanction⁹⁴. Selon la Cour cette interprétation du principe de proportionnalité est fautive. Il est bien clair pour la Cour que ce principe constitue un critère de la légalité de tout acte des institutions de l'Union, y compris des décisions fondées sur l'article 9 du règlement n°1/2003⁹⁵. Or même si ce principe doit toujours être respecté, cela n'implique pas qu'il soit interprété de la même manière concernant l'article 9 du règlement que pour l'article 7, étant donné qu'il existe de forte différence entre ces deux dispositions. La différence essentielle et indéniable est la constatation formelle de l'infraction à l'article 101 et 102 du TFUE selon la procédure de l'article 7 du règlement. Cette procédure n'est pas souple, alors que la procédure d'engagement l'est. La Commission doit identifier des problèmes lors de l'évaluation préliminaire, ensuite elle doit effectuer un examen de l'éventuelle acceptation des engagements proposés par les entreprises concernées⁹⁶. Cette procédure répond donc à une logique propre, qui lui est particulière et qui doit en tant que telle être préservée⁹⁷. Cette procédure est créée pour que la Commission détermine une solution rapide à certains problèmes de concurrence.

La Cour énonce, que la mise en œuvre de la Commission du principe de proportionnalité dans le contexte de l'article 9 du règlement n°1/2003 « se limite à la vérification que les engagements en question répondent aux préoccupations dont elle a informé les entreprises concernées et que ces dernières n'ont pas offert d'engagements moins contraignants répondant d'une façon aussi adéquate à ces

⁹³ Gwenaël Muguët-Poullennec / Eric Barbier de la Serre, 2010, I, A

⁹⁴ Gwenaël Muguët-Poullennec / Eric Barbier de la Serre, 2010, I, A

⁹⁵ Gwenaël Muguët-Poullennec / Eric Barbier de la Serre, 2010, I, A

⁹⁶ Gwenaël Muguët-Poullennec / Eric Barbier de la Serre, 2010, I, A

⁹⁷ Gwenaël Muguët-Poullennec / Eric Barbier de la Serre, 2010, I, A

préoccupations »⁹⁸. Pour la Cour, la Commission n'est donc pas tenue d'apprécier la proportionnalité des engagements proposés par rapport aux mesures permettant, le cas échéant, de remédier à une infraction constatée à l'issue de la procédure de l'article 7 du règlement n°1/2003⁹⁹. Car ceci entraînerait la réalisation d'une enquête plus détaillée et plus longue que l'évaluation préliminaire, ce qui viderait l'article 9 d'une grande partie de son intérêt¹⁰⁰.

b. Les engagements dépassant les problèmes soulignés ne sont pas automatiquement disproportionnés selon la Cour de Justice

A cela s'ajoute que la Cour précise que les engagements dépassant les problèmes soulignés ne « doivent pas être automatiquement considéré comme disproportionné »¹⁰¹. Elle souligne ensuite que les entreprises qui offrent des engagements acceptent « sciemment » que leurs engagements puissent aller au-delà du problème¹⁰².

Mais la Cour ne prend pas en compte la contrainte psychologique exercée sur les parties et le pouvoir discrétionnaire de l'autorité qui diminuent considérablement le caractère volontaire des engagements¹⁰³. Le Tribunal impose bel et bien un niveau de preuve trop élevé pour déterminer la contrainte la moins forte. Mais la Cour aurait dû trouver une interprétation intermédiaire du principe de proportionnalité. Elle confère trop de liberté à la Commission, qui maintenant, grâce à cet arrêt de principe, aura la légitimité de mener les entreprises vers des engagements allant au-delà des objectifs initiaux. Elle pourra, au service du droit de la concurrence, accepter des engagements réglant des problèmes de

⁹⁸ Cour de justice, Commission/Alrosa, 29 juin 2010, pt. 41

⁹⁹ Gwenaël Muguet-Poullennec / Eric Barbier de la Serre, 2010, I, A

¹⁰⁰ Gwenaël Muguet-Poullennec / Eric Barbier de la Serre, 2010, I, A

¹⁰¹ « Commission européenne c/ Alrosa compagny Ltd », CJCE 29 juin 2010, C-441/07 P pt. 47

¹⁰² « Commission européenne c/ Alrosa compagny Ltd », CJCE 29 juin 2010, C-441/07 P, pt. 48

¹⁰³ Geramisos Alex Safianatos, p. 229, n°250

concurrence et allant même jusqu'à prévoir des risques de concurrence non envisagés. Selon l'interprétation de la Cour, cette possibilité est envisageable. La Commission est donc libre, cela représente donc un avantage pour cette autorité et pour le droit de la concurrence, encore faut-il que la Commission effectue un travail efficace et adapté au marché.

Partie II. Les limites de la procédure d'engagement

Chapitre 1 : Au niveau de la négociation

Section 1: La négociation : une étape pas assez réglée, trop souple

A. Contrainte psychologique pour les entreprises

La Commission dans l'arrêt *Alrosa*, explique que la Commission n'est « en aucune manière tenue de prendre en compte, et a fortiori de prendre en compte telles quelles, les offres d'engagements que les entreprises lui soumettent »¹⁰⁴. « La Commission dispose ainsi de l'assurance que sa mission de maintien de la libre concurrence, qui implique de pouvoir constater une infraction si infraction il y a, ne sera pas remise en cause par la volonté des entreprises concernées d'arriver à un compromis »¹⁰⁵. De cette crainte que l'entreprise refuse les engagements, l'entreprise a une position de faiblesse. On peut donc s'interroger sur la liberté réelle de négocier des entreprises sous la pression d'une sanction ou d'un refus d'autorisation. Une certaine garantie est fournie par le principe de proportionnalité, qui l'on a vu, est interprété de manière souple, voir très souple en matière de procédure d'engagement, et de contrôle juridictionnel¹⁰⁶. A cela s'ajoute que le principe de la contradiction exige que l'évaluation préliminaire identifie suffisamment une pratique anticoncurrentielle afin que des engagements

¹⁰⁴« Commission européenne c/ Alrosa compagny Ltd », CJCE 29 juin 2010, C-441/07 P pt. 47, pt 88

¹⁰⁵ Gwenaël Muguët-Poullennec / Eric Barbier de la Serre, 2007, II, A, 1

¹⁰⁶ Eric Barbier de la Serre/ Robert Saint-Esteben, 2008, p.7

adaptés et mesurés soient proposés¹⁰⁷. Car si l'évaluation préliminaire est floue ou insuffisamment précise, il n'est pas possible de déterminer des engagements adaptés et proportionnés¹⁰⁸.

Ces trois éléments permettent l'équilibre entre le pouvoir discrétionnaire et décisionnel de l'autorité et la position de demandeur et de fautif de l'entreprise. L'entreprise a alors quasiment la garantie que son examen et la décision seront effectués de manière juste. Or ils ne sont pas toujours bien respectés, ce qui représente une limite aux avantages des entreprises à souscrire des engagements qui sont prévus en théorie par le règlement et le code de commerce. Les deux situations illustrant cette limite sont que soit leurs engagements ne sont pas acceptés, soit ils le sont mais les entreprises ont dû, sous la pression, proposer des engagements trop importants. A cela s'ajoute, qu'en conséquence les engagements pris par les entreprises ne correspondent pas forcément aux besoins et particularités de l'entreprise.

B. Les règles de la négociation : insuffisantes et floues

Il apparaît lors de plusieurs affaires, que les dispositions relatives aux procédures d'engagement manquent de clarté, notamment concernant la négociation. Il y a tout d'abord un manque de transparence quant aux critères de choix ainsi que des délais très courts et des négociateurs parfois peu au fait du mode opérationnel de l'entreprise.

1. Manque de transparence concernant des critères de choix et du tri des affaires

¹⁰⁷ Eric Barbier de la Serre/ Robert Saint-Esteben, 2008, p.7

¹⁰⁸ Eric Barbier de la Serre/ Robert Saint-Esteben, 2008, p.7

La procédure permet le tri des affaires. Ceci est un avantage qui est plus important en France qu'au niveau communautaire. L'autorité de la concurrence est obligé en effet de traiter toutes les affaires alors que la commission a de nombreuses possibilités afin d'en examiner qu'une partie¹⁰⁹. Se pose désormais la question si le refus doit être motivé et selon quel critère une entreprise peut être retenue ou écartée. Par exemple dans les affaires France-Télécom Solutel ou TDF-towerCast, la décision comporte un exposé des motifs de refus¹¹⁰. Pour France-Télécom, l'autorité a refusé car les engagements ne résolvaient pas tous les problèmes, particulièrement en matière de dénigrement et de pressions. Cette motivation peut être étonnante, car l'autorité aurait pu inciter l'entreprise à proposer ces engagements¹¹¹. Ainsi, si elle n'a pas accepté, c'est aussi et souvent parce qu'elle ne le désirait simplement pas. Une motivation sans faille n'est donc pas exigée, que ce soit en France ou au niveau européen, ce qui, par conséquent démontre un manque de transparence puisqu'il est difficile à l'entreprise de prévoir et de vérifier, avant de demander et de se mettre dans cette position de faiblesse, si elle est susceptible de voir ses engagements acceptés.

Il existe tout de même des critères, ou plutôt trois : la non-gravité, la difficulté du cas et l'urgence¹¹². Concernant la gravité, il a été précisé que cette procédure ne s'applique pas pour les pratiques les plus graves, à savoir les cartels et certains abus de position dominante. Cela signifie que toute autre pratique n'est pas grave et qu'il existe certains abus de position dominante pouvant rentrer dans le champ d'application de la procédure d'engagement. Il faudrait donc une définition, cette fois ci, positive, afin de définir plus précisément les pratiques susceptibles de bénéficier de la procédure¹¹³.

¹⁰⁹ Eric Barbier de la Serre/ Robert Saint-Esteben, 2008, page 5

¹¹⁰ Eric Barbier de la Serre/ Robert Saint-Esteben, 2008, page 5

¹¹¹ Eric Barbier de la Serre/ Robert Saint-Esteben, 2008, p.5

¹¹² Eric Barbier de la Serre/ Robert Saint-Esteben, 2008, p.5

¹¹³ Eric Barbier de la Serre/ Robert Saint-Esteben, 2008, p. 5

2. Délais très courts et négociateurs parfois peu au fait du mode opérationnel de l'entreprise

Les délais prévus pour proposer et négocier des engagements sont très courts, que ce soit en phase I ou en phase II. Les entreprises doivent donc rapidement trouver des engagements, ce qui renforce la difficulté de trouver les plus adéquates concernant leur propre situation. Elles n'ont pas le temps d'appréhender toutes les conséquences concrètes des engagements proposés¹¹⁴. L'autorité de la concurrence, bien qu'elle examine la « faisabilité » des engagements proposés, notamment à l'aide de tests de marché, ne peut pas toujours prévoir les difficultés de mise en œuvre qui n'auraient pas été révélées par son enquête¹¹⁵.

A cela s'ajoute que les responsables opérationnels ne sont pas suffisamment représentés dans les équipes qui négocient avec l'autorité de la concurrence¹¹⁶.

Ces difficultés lors de la négociation dues au court délai qu'ont les entreprises, peuvent provoquer au long terme le non-respect des engagements, ce qui n'est souhaitable pour aucune des parties. Peut-être faudrait-il tout d'abord s'assurer que l'entreprise dispose des bonnes équipes connaissant bien les enjeux de l'entreprise et la manière dont celle-ci mène ses opérations. Ensuite, s'assurer que les négociateurs sont dans une certaine mesure satisfaits des engagements proposés, et qu'ils n'ont pas été trop influencé par la pression du temps. Cette dernière éventualité est bien sûr difficile à envisager, étant donné que le risque serait un abus du côté des entreprises, qui automatiquement invoquerait cette difficulté. .

¹¹⁴ Patrick De Bonnières, 2012, n°3

¹¹⁵ Patrick De Bonnières, 2012, n°4

¹¹⁶ Patrick De Bonnières, 2012, n°3

Section 2 : Le faible rôle reconnu aux tiers intéressés et leurs faibles droits procéduraux

Lorsque les parties ont présenté leurs engagements, ces derniers sont publiés afin que les tiers concernés puissent partager leurs observations. En effet, les tiers en relation directe avec l'entreprise sont susceptibles d'être affectés de manière non négligeable par les engagements consentis. Par ailleurs une décision d'engagement peut avoir un impact plus général sur les tiers, dès lors qu'elle devient un modèle pour les suivantes¹¹⁷. La procédure d'engagement n'est donc pas sans conséquence et peut représenter des risques. Il faut donc qu'il y ait un certain contrôle¹¹⁸. Malgré cette étape de la procédure leur permettant de s'exprimer, ils détiennent un faible rôle au sein de la procédure d'engagement et un droit procédural très faible. Ceci alors que le stade d'écoute des tiers intéressés était considéré comme un avantage important, le restreindre en représente une limite.

A. Affaire Alrosa : Un tiers intéressé

L'avocat général Kokott avait noté dans l'affaire Alrosa « le litige qui oppose la Commission à Alrosa démontre combien il peut être délicat d'assurer le juste équilibre entre l'intérêt d'une application efficace du droit de la concurrence et les intérêts individuels d'entreprises sans porter atteinte aux droits de la défense ni compromettre l'économie de la procédure¹¹⁹ ». En l'espèce, la question qui se posait au juge de l'Union européenne, était de savoir si un tiers se trouvant

¹¹⁷ Eric Barbier de la Serre/ Robert Saint-Esteben, 2008, Intro

¹¹⁸ Eric Barbier de la Serre/ Robert Saint-Esteben, 2008, Intro

¹¹⁹« Commission européenne c/ Alrosa compagny Ltd », CJCE 29 juin 2010, C-441/07 P pt. 47, conclusion, pt 3

particulièrement affecté par les engagements doit bénéficier du droit d'être entendu et, si oui, quelle en est la mesure¹²⁰.

Dans l'affaire Alrosa, De Beers a proposé des engagements rompant tout rapport commercial avec l'entreprise Alrosa. Le Tribunal a décidé d'annuler cette décision, et dénonce le fait que la Commission, lors de la procédure, n'a tenu compte de l'avis et de la situation d'Alrosa. Il considère Alrosa comme une partie concernée, ce qui aurait dû permettre à cette entreprise de jouir de son droit d'obtenir les informations concernant les décisions. Or Alrosa n'a eu qu'une information sommaire, lors d'une réunion, concernant les conclusions que la Commission tirait des observations des tiers. Ces observations ne lui avaient été transmises qu'en même temps que l'extrait des engagements individuels présentés par De Beers pour résoudre les problèmes identifiés dans les observations des tiers. Pour le Tribunal, cela mettait Alrosa « dans l'impossibilité d'y répondre de manière utile et de proposer de nouveaux engagements conjoints avec De Beers »¹²¹. Pour appuyer le droit d'Alrosa d'avoir accès aux informations et d'avoir le droit d'être entendu, le Tribunal énonce de nombreuses règles, comme le 37^{ème} considérant du règlement n°1/2003 sur le respect par ce règlement des droits fondamentaux, notamment le droit d'être entendu, reconnu par la Charte des droits fondamentaux¹²², ou encore l'article 27 §2 du même règlement sur les droits de la défense des parties concernées par les procédures en cause¹²³.

Comme précédemment relaté, la Cour de Justice annula la décision du Tribunal. Elle ne remettait pas en cause les droits des parties concernées, mais la désignation d'Alrosa en tant que tiers concerné. Selon elle, cette entreprise est plutôt un tiers intéressé, ce qui change la donne.

¹²⁰ Gwenaël Muguët-Poullennec / Eric Barbier de la Serre, 2010, Intro

¹²¹ « Alrosa/Commission » Tribunal de premier instance, 11 juillet 2007, Affaire T-170/06, pt. 201

¹²² « Alrosa/Commission » Tribunal de premier instance, 11 juillet 2007, Affaire T-170/06, pt. 188

¹²³ « Alrosa/Commission » Tribunal de premier instance, 11 juillet 2007, Affaire T-170/06, pt 189

Pour l'avocat général, le dispositif de la décision litigieuse ne s'adressait qu'à De Beers et ne touchait pas du tout Alrosa. « De simples effets par ricochet de ce genre caractérisent non pas la situation d'entreprises concernées (les parties), mais précisément celle de tiers intéressés »¹²⁴. Mais la Cour de Justice jugeait tout de même qu'en tant que tiers intéressés, Alrosa avait le droit d'être entendue car elle avait un intérêt légitime à l'issue de la procédure puisqu'elle était la « cocontractante de l'entreprise prétendument position dominante »¹²⁵. La Commission devait alors écouter l'entreprise, si elle le demandait, avant de pouvoir adopter une décision sur les engagements¹²⁶.

L'avocat général déclare tout de même que les droits procéduraux d'Alrosa n'avaient pas été bafoués, étant donné que la commission avait informé Alrosa, lors d'une réunion, des résultats de sa consultation de marché¹²⁷. Elle avait donc la possibilité de faire valoir sa position quant aux engagements qui menaient à l'abandon des relations avec son meilleur contractant.

La Cour opte donc pour un réalisme procédural.

B. Un droit procédural très minime pour un « tiers intéressé »

La Cour juge que la Commission n'était pas tenue « de fournir à Alrosa une explication motivée sur les raisons pour lesquelles les observations des tiers avaient modifié sa position quant au caractère approprié des engagements conjoints pour lui permettre de proposer de nouveaux engagements conjoints avec De Beers »¹²⁸. Car pour la Cour « l'acceptation des engagements individuels de De Beers par la Commission ne dépendait pas de la position d'Alrosa ou de toute

¹²⁴ CJCE, Alrosa/commission, conclusion, pt 180

¹²⁵ Gwenaël Muguet-Poullennec / Eric Barbier de la Serre, 2010, II, B

¹²⁶ Gwenaël Muguet-Poullennec / Eric Barbier de la Serre, 2010, II B

¹²⁷ « Commission européenne c/ Alrosa compagny Ltd », CJCE 29 juin 2010, C-441/07 P pt. 47, pt. 192

¹²⁸ « Commission européenne c/ Alrosa compagny Ltd », CJCE 29 juin 2010, C-441/07 P pt. 47, pt. 92

autre entreprise, à cet égard »¹²⁹. En effet, « la Commission dispose d'une large marge d'appréciation pour rendre obligatoire une proposition d'engagement ou pour la refuser »¹³⁰.

Cela signifie que les tiers intéressés ne peuvent que faire connaître leurs observations sur le résumé succinct de l'affaire et le principal contenu des engagements ou de l'orientation proposée qui est publiée au Journal officiel, d'après l'article 27§44 du règlement n°1/2003. De ce fait, ils ne jouissent d'aucun droit procédural lors du prochain stade, si les parties consentent à de nouveaux engagements suggérés par la Commission qui se basent sur les observations des tiers intéressés¹³¹.

La Cour est donc assez avare sur les droits procéduraux des tiers intéressés. Elle invoque, pour expliquer pourquoi elle écarte le droit d'être entendu, « la large marge d'appréciation » que détient la Commission, dont l'acceptation des engagements de De Beers « ne dépendait pas de la position d'Alrosa, ou de toute autre entreprise, à cet égard »¹³². En bref, la Cour insinue que les observations à ce stade seraient en quelque sorte inutiles, dès lors que la Commission n'est pas obligée d'en tenir compte¹³³.

On peut en déduire que la Cour considère qu'avoir une marge d'appréciation est de nature à limiter, voir en l'occurrence exclure, des droits procéduraux¹³⁴. Or cela devrait être naturellement l'inverse. L'existence d'une marge d'appréciation au bénéfice de la Commission constitue l'une des raisons rendant l'exercice des droits de la défense particulièrement nécessaire¹³⁵. Dans les cas où les institutions de la Communauté disposent d'un pouvoir d'appréciation, le respect des garanties

¹²⁹ « Commission européenne c/ Alrosa compagny Ltd », CJCE 29 juin 2010, C-441/07 P pt. 47, pt. 94

¹³⁰ « Commission européenne c/ Alrosa compagny Ltd », CJCE 29 juin 2010, C-441/07 P pt. 47, pt. 94

¹³¹ Gwenaël Muguet-Poullennec / Eric Barbier de la Serre, 2010, II, C

¹³² Commission/Alrosa, pt. 94

¹³³ Gwenaël Muguet-Poullennec / Eric Barbier de la Serre, 2010, II C

¹³⁴ Gwenaël Muguet-Poullennec / Eric Barbier de la Serre, 2010, II C

¹³⁵ Gwenaël Muguet-Poullennec / Eric Barbier de la Serre, 2010, II C

a une importance encore plus fondamentale. Ces garanties peuvent être un examen d'impartialité ou bien le droit de l'intéressé de faire connaître son opinion, ainsi que de voir la décision motivée¹³⁶.

La Cour utilise le stade où les tiers peuvent donner leurs avis comme un moyen essentiel afin d'appliquer de manière suffisante le principe de proportionnalité. Pour cela il faut donc que la Cour accorde à l'observation des tiers une plus grande importance et donne aux tiers les plus concernés une chance de s'exprimer sur leurs points de vue quant aux nouveaux engagements basés sur la marge d'appréciation de la Commission et sur l'observation précédente des tiers¹³⁷.

Donner la parole à Alrosa était l'unique manière pour la Commission de disposer de toutes les données pertinentes¹³⁸. « C'était donc aussi une garantie de l'application correcte du principe de bonne administration, auquel se rattache l'obligation pour l'institution compétente d'examiner, avec soin et impartialité, tous les éléments pertinents du cas d'espèce »¹³⁹.

En conséquence, étant donné que cet arrêt est un arrêt de principe, en décidant de cette manière, la Cour voulait affirmer dans la durée le faible rôle qu'ont les tiers intéressés au sein de la procédure d'engagement. Or la présence de dialogue avec les tiers était un avantage avancé par la procédure, afin de permettre une décision juste et proportionnée, ne prenant pas en compte les simples intérêts de l'autorité et des parties. Or il en découle, que l'intérêt primordial est avant tout celui des autorités. La limite à l'avantage que représente l'écoute des tiers, est le fait qu'ils ne sont que très peu écoutés, et que dès lors que la Commission souhaite user de sa marge d'appréciation, l'écoute n'est selon la Cour plus nécessaire.

¹³⁶ CJCE, 21 nov. 1991, aff. C-269/90, Technische Universität München, pt. 14, REC. CJCE, I, p. 5469

¹³⁷ Gwenaël Muguët-Poullennec / Eric Barbier de la Serre, 2010, II, C

¹³⁸ Gwenaël Muguët-Poullennec / Eric Barbier de la Serre, 2010, II, C

¹³⁹ Gwenaël Muguët-Poullennec / Eric Barbier de la Serre, 2010, II, C

Chapitre 2 : Les limites de la procédure au niveau du suivi des engagements et les difficultés d'exécutions

Il est intéressant, désormais, de s'intéresser au suivi des engagements et à leurs difficultés d'exécution. L'attrait le plus important de la procédure d'engagement est bien entendu la résolution des problèmes de concurrences.

Or, il arrive que l'exécution des engagements ne soit pas tâche facile. À cela s'ajoute que le contrôle des engagements comporte des lacunes qui sont des limites à la procédure d'engagement, dès lors qu'il pourrait, s'il était plus performant ou plus adapté, empêcher le non-respect des engagements (Section 1).

Par ailleurs, des difficultés s'expriment concernant l'interprétation des engagements. Il est parfois compliqué de déterminer si un engagement a bien été exécuté (Section 2).

Section 1 : Les problèmes au niveau du suivi

A. Les difficultés rencontrées par les entreprises lors de l'exécution de leurs engagements

1. Les difficultés rencontrées concernant les engagements structurels : Difficultés de la délimitation détaillée du périmètre de cession

Les difficultés qui apparaissent très souvent concernant les engagements structurels se trouvent lors de la délimitation détaillée du périmètre de cession,

provoquées par les difficultés à obtenir des autorisations par les tiers et le manque d'acquéreur¹⁴⁰.

Tout d'abord, l'activité à céder doit être « viable et compétitive. Pour ce faire, le périmètre de cession doit comprendre tous les actifs et l'ensemble du personnel nécessaires à son bon fonctionnement »¹⁴¹. « Ce périmètre doit être décrit, avec précision et sans ambiguïté », mais parfois les ressources nécessaires au fonctionnement d'une activité ne sont pas exhaustivement identifiées ou bien leurs allocations requièrent des arbitrages détaillés entre l'activité cédée et le reste du groupe¹⁴².

A cela s'ajoute que « la cession effective d'une activité suppose en général la levée de conditions suspensives qui dépendent de tiers »¹⁴³. Cela peut durer un certain temps et empêcher le respect des délais exigés et, au pire, compromettre la cession¹⁴⁴.

Par ailleurs les engagements prévoient des configurations particulières pour les actifs, lesquels manquent en conséquence parfois d'attrait au regard des concurrents¹⁴⁵. Cela est dû surtout à un manque de visibilité sur leur pérennité.

Des critères peuvent être aussi prévus par les engagements concernant les types d'acheteurs¹⁴⁶. Si l'acheteur intéressé ne rentre pas dans les exigences, il est exclu. Ce qui limite grandement la chance de vendre.

Ces différents exemples ne sont pas les seuls. Ils freinent l'exécution des engagements, et parfois entraînent leur totale non-exécution. Ce non-respect des engagements n'est pas dû à la mauvaise foi de l'entreprise engagée, mais à des facteurs indépendants de sa volonté. Le but est que les engagements soient

¹⁴⁰ Patrick De Bonnières, 2012, n°6

¹⁴¹ « Lignes directives de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations », §531

¹⁴² Patrick De Bonnières, 2012, n°7

¹⁴³ Patrick De Bonnières, 2012, n°8

¹⁴⁴ Patrick De Bonnières, 2012, n°8

¹⁴⁵ Patrick De Bonnières, 2012, n°9

¹⁴⁶ Patrick De Bonnières, 2012, n°9

atteints, alors dans cette situation l'entreprise sera sanctionnée et ne parviendra pas à régler le problème de concurrence initial. Peut-être faudrait-il alors, qu'un moyen d'adapter les engagements aux exigences non prévues du marché soit mis en place suite à une demande de l'entreprise.

2. Les difficultés rencontrées dans les engagements comportementaux

Les engagements comportementaux prévoient souvent des dispositions organisationnelles à mettre en place et le maintien dans le temps de ces dispositions.

La « muraille de chine » fait partie des engagements comportementaux les plus durs à mettre en place de façon effective et à contrôler dans la durée¹⁴⁷. Pour sa mise en œuvre, les personnels concernés reçoivent des instructions et des sanctions en cas de non-respect¹⁴⁸. Des interventions sur les systèmes d'information sont exigées, notamment la restriction des droits d'accès aux données¹⁴⁹.

La période des engagements est souvent longue en ce qui concerne les comportements. Les entreprises ont de ce fait des difficultés à prévoir, car l'environnement change et les organisations évoluent. La conséquence déplorable pourrait être un oubli des engagements et une baisse de vigilance¹⁵⁰.

Des engagements précis et exigeant sur le long terme ont de grande chance d'être en partie bafoués. Pour contrer cela, il serait souhaitable qu'un contrôle effectif des entreprises sur le long terme fasse des rappels afin que ces oublis soient évités.

¹⁴⁷ Patrick De Bonnières, 2012, n°12

¹⁴⁸ Patrick De Bonnières, 2012, n°12

¹⁴⁹ Patrick De Bonnières, 2012, n°12

¹⁵⁰ Patrick De Bonnières, 2012, n°12

B. Les lacunes du contrôle par les autorités de concurrence

Le contrôle des engagements exercé par l'autorité de concurrence comporte des lacunes. D'une part le contrôle déjà existant pourrait être plus effectif, d'autre part il n'est pas suffisant pour mener à bien le but de la procédure, c'est-à-dire la résolution des problèmes de concurrence (a). Un non-respect des engagements n'est pas forcément dû à la mauvaise foi des contractants, au contraire, l'entreprise n'a pas intérêt à les enfreindre, cela peut être dû principalement à une négligence, un oubli ou encore une inadaptation au marché. L'enjeu de l'autorité devrait être de prévoir ces non-respects par un contrôle effectif. Des solutions sont envisageables (b).

1. Un contrôle insuffisant

a. Un contrôle peu efficace combiné à un manque de contrôle

*Trop de délégations aux mandataires

Le contrôle de l'exécution des engagements est confié, en France, au service concentration et au service juridique. Dans la plupart des cas, ce suivi est confié à des tiers, mandataires de l'autorité¹⁵¹. « La mission du mandataire est un substitut imparfait à l'office de l'autorité de concurrence »¹⁵². En effet il n'était pas présent lors des négociations des engagements, alors qu'il doit en surveiller la bonne exécution¹⁵³. « Il n'exprime pas la voix de l'autorité, même s'il peut en figurer l'action auprès de l'entreprise »¹⁵⁴. Afin que le recours à un mandataire soit réellement efficace, il faudrait que les modalités de son suivi et les conséquences

¹⁵¹ David Bosco, 2012, n°6

¹⁵² David Bosco, 2012, n°6

¹⁵³ David Bosco, 2012, n°6

¹⁵⁴ David Bosco, 2012, n°6

de ses rapports dans l'analyse du respect des engagements soient définies avec précision¹⁵⁵. Or ceci n'est pas le cas.

A cela s'ajoute que les entreprises voient le mandataire comme un « référent chargé de les alerter ou de les dénoncer, s'il estime que les engagements ne sont pas ou mal exécutés »¹⁵⁶. Il faudrait qu'elles puissent s'appuyer sur les positions du mandataire afin de bénéficier d'une sécurité juridique¹⁵⁷. Il conviendrait donc de définir avec plus de précision son rôle et « les conséquences de son absence de critique sur une sanction qui résulterait d'une appréciation différente du respect des engagements par l'Autorité de la concurrence »¹⁵⁸.

Le fait de déléguer presque automatiquement à un mandataire est risqué, cela ne devrait être qu'exceptionnel étant donné que le but de la manœuvre est d'irradier un problème de concurrence. Un enjeu important nécessite un adversaire de taille. Un membre de l'autorité ayant suivi les négociations, connaissant l'entreprise, ses faiblesses et les raisons des problèmes combattus devrait être responsable du suivi, afin de prévoir les difficultés futures que rencontrera l'entreprise, d'établir un dialogue effectif et contrôler de manière efficace.

*Un contrôle trop lent

Dans l'affaire TPS, l'autorité de la concurrence a retiré la décision d'autorisation d'acquisition de TPS par le Groupe Canal + et Vivendi ainsi qu'une sanction à hauteur de 30 millions d'euros au motif que de nombreux engagements souscrits par les parties n'auraient pas été correctement exécutés. Dans cette affaire, l'analyse du respect des engagements a débuté près de deux ans après l'autorisation et la sanction cinq ans après l'autorisation. Cela démontre la lenteur du contrôle et la libre appréciation de l'autorité de concurrence pour déterminer le moment du contrôle¹⁵⁹. Or cette lenteur est particulièrement dangereuse pour les entreprises qui ne disposent pas du moyen de savoir si leur comportement est

¹⁵⁵ Pascal Wilhelm, n°19

¹⁵⁶ Pascal Wilhelm, n°20

¹⁵⁷ Pascal Wilhelm, n°20

¹⁵⁸ Pascal Wilhelm, n°21

¹⁵⁹ Pascal Wilhelm, n°9

contestable, ceci parfois en toute bonne foi¹⁶⁰. Cela représente un facteur d'insécurité juridique, surtout qu'il arrive que des entreprises préviennent l'autorité de la concurrence de leurs difficultés d'interprétation ou demandent une levée d'engagement, sans recevoir de retour de l'autorité¹⁶¹. Cela n'est pas acceptable.

Par ailleurs concernant les concentrations, il peut exister une clause prévoyant le réexamen pour le cas où la situation concurrentielle ayant prévalu à la souscription des engagements évolue¹⁶². Mais les autorités de la concurrence ne sont pas contraintes de se prononcer sur une demande déposée en application de cette clause¹⁶³.

b. Un système basé excessivement sur la répression

En Europe et en France, le moyen d'empêcher le non-respect des engagements par l'entreprise est de faire flotter la menace d'une sanction lourde. L'affaire TPS sert désormais d'exemple afin de dissuader les prochaines potentielles transgressions. Toute la base du contrôle est fondée sur cette menace. Il n'y a pas besoin d'un contrôle efficace et suffisant lorsqu'aucune entreprise ne souhaite enfreindre le contrat.

Or cette procédure est faite pour que l'entreprise évite la sanction. L'entreprise souhaite faire le maximum pour l'éviter par la suite. Tout d'abord cela fait peser une certaine pression permanente, freinant l'innovation et l'adaptation au marché. La menace n'est pas productive.

Ensuite il n'existe pas que ce moyen pour empêcher la mauvaise exécution des engagements. Prévenir est le moyen le plus sain. Pour cela la procédure

¹⁶⁰ Pascal Wilhelm, n°11

¹⁶¹ Pascal Wilhelm, n°12

¹⁶² Pascal Wilhelm, n°14

¹⁶³ Pascal Wilhelm, n°16

d'engagement devrait être orientée vers l'avenir¹⁶⁴. Il faut que cela soit clair, son rôle est de faire en sorte que l'entreprise adapte son comportement le plus conformément possible au droit de la concurrence et aux exigences du marché. L'entreprise a besoin d'aide. Elle n'a pas toujours tous les instruments en main pour diriger sans accident ce gros navire. L'entreprise devrait pouvoir dialoguer facilement avec l'autorité, et l'autorité devrait effectuer des rappels.

Des solutions pour améliorer le système des contrôles sont envisageables.

c. Les solutions envisageables

Il est indispensable d'améliorer le régime juridique du contrôle de l'exécution des engagements, compte tenu de la sévérité du régime de sanction¹⁶⁵.

Tout d'abord, au sein de la phase de négociation, la présentation des engagements doit être précédée d'une analyse des risques avec les parties, notamment les opérationnels concernés¹⁶⁶. Cette analyse viserait à identifier les difficultés potentielles de mise en œuvre et les mesures qu'il conviendrait d'adopter pour y remédier¹⁶⁷.

Ensuite, concernant l'entreprise, lorsque la décision est prise, la connaissance des engagements doit être abondamment diffusée dans l'entreprise. Cette diffusion doit être soigneusement effectuée, car une négligence peut provoquer des dommages¹⁶⁸. En effet beaucoup de difficultés sont provoquées par des initiatives prises par des personnes ayant une connaissance insuffisante, voire aucune connaissance des engagements¹⁶⁹.

¹⁶⁴ Doc 22, II, B

¹⁶⁵ Pascal Wilhelm, n°35

¹⁶⁶ Patrick De Bonnières, 2012, n°24

¹⁶⁷ Patrick De Bonnières, 2012, n°24

¹⁶⁸ Patrick De Bonnières, 2012, n°24

¹⁶⁹ Patrick De Bonnières, 2012, n°25

De plus, il faudrait que dans l'entreprise cela soit présenté comme un projet confié à une personne ayant par délégation de la direction générale, une autorité suffisante¹⁷⁰. Ceci permettrait de donner l'importance nécessaire à ces engagements. En plus, le respect des engagements apportent en moyenne plus qu'un simple projet, en tenant compte de la sanction et des futurs problèmes avec l'autorité évités.

A cela s'ajoute qu'il serait intéressant et bénéfique que l'autorité de la concurrence établisse une feuille de route destinée aux entreprises, détenant des conseils de base provenant des leçons reçues des précédentes procédures. Maintenant que le règlement est en vigueur depuis dix ans, la Commission serait capable de retirer des leçons de ses expériences que ce soit la concernant ou bien concernant l'entreprise. Elle a les moyens de savoir ce que l'entreprise de bonne foi aurait pu faire pour éviter le non-respect.

Enfin, concernant les devoirs de l'autorité de concurrence, elle devrait établir une communication régulière entre l'entreprise et elle-même. Et que cette communication soit facilement accessible, c'est-à-dire, que l'entreprise n'attende pas une année ou plus pour obtenir des réponses.

L'autorité devrait affecter plus de personnel en charge du contrôle des engagements, afin que des mises en garde puissent être effectuées plus rapidement, et que le problème soit détecté à temps. Cela permettrait aussi de prévoir plus facilement les problèmes d'exécution dûs à l'évolution du marché, et si cela est nécessaire de modifier les engagements pour qu'ils deviennent à nouveau réalisables.

Section 2 : Problèmes d'interprétation

A. L'enjeu de l'interprétation

¹⁷⁰ Patrick De Bonnières, 2012, n°26

L'engagement est « un acte de pure prévision, un acte d'anticipation, articulé au départ autour de circonstances de fait dont la raison ne peut prévoir le cours avec certitude »¹⁷¹. Il ne peut pas tout prévoir. Il est incomplet mais en même temps obligatoire¹⁷². Ces deux éléments sont durs à combiner. Ces difficultés ont déjà été rencontrées concernant l'exécution d'un contrat. Il est question désormais de savoir si l'engagement doit être interprété strictement ou bien par une approche finaliste, évolutive¹⁷³. Ce débat a suscité de nombreuses fois des difficultés pour déterminer si l'engagement a bien été exécuté ou pas. C'est un sujet fondamental dont dépend la sécurité juridique des parties. Elles doivent savoir initialement, dès le rendu obligatoire des engagements par la décision, quelle interprétation est applicable.

B. Le choix du mode d'interprétation : Stricte ou finaliste ?

L'article L. 464-3 énonce : « *Si les mesures, injonctions ou engagements prévus aux articles L.464-1 et L.464-2 ne sont pas respectés, l'Autorité peut prononcer une sanction pécuniaire* ». Les textes n'indiquent aucunement les critères à utiliser pour démontrer la violation des engagements lors d'une procédure contentieuse¹⁷⁴. A cela s'ajoute que rien n'impose que ces critères soient identiques dans toutes les situations procédurales. La précision du régime a donc dû être faite par la pratique.

1. Les apports de la jurisprudence concernant les interprétations des engagements

¹⁷¹ David Bosco, 2012, n°10

¹⁷² David Bosco, 2012, n°11

¹⁷³ David Bosco, 2012, n°11

¹⁷⁴ Thierry Dahan/ Christophe Lemaire, 2012, n°7

Dans l'analyse des jurisprudences il apparait que le respect de la lettre et la recherche de l'effet utile de l'engagement sont deux objectifs qui se combinent¹⁷⁵.

a. La jurisprudence du non-respect des injonctions : La source de la jurisprudence de l'interprétation des engagements

La jurisprudence concernant le mode d'interprétation des engagements a puisée ses fondements sur la jurisprudence du non-respect des injonctions. L'arrêt de référence, l'affaire du béton prêt à l'emploi, date de 1996. La Cour d'appel de Paris énonce : « une injonction constituant par nature une mesure contraignante pour celui qui la subit, est d'interprétation stricte et doit être formulée en des termes clairs, précis et exempts d'incertitude quant à son exécution ». Comme l'injonction est une mesure contraignante, son périmètre doit être strictement limité, ceci afin de protéger le destinataire contre les risques d'une interprétation large¹⁷⁶. Cet arrêt a pour but de protéger les droits d'une personne soumise à une mesure de contrainte et non l'efficacité de l'injonction¹⁷⁷. La Cour d'appel complète cet arrêt dix ans plus tard en précisant que l'application d'une interprétation stricte n'empêche pas que des interprétations de la lettre soient écartées si elles sont contraires à l'objectif de l'injonction¹⁷⁸. Désormais, elle prend en compte l'effet utile des mesures contraignantes, afin que l'utilisation de l'interprétation stricte ne donne la possibilité de contourner une injonction ayant un objectif clair¹⁷⁹.

¹⁷⁵ Thierry Dahan/ Christophe Lemaire, 2012, n°8

¹⁷⁶ Thierry Dahan/ Christophe Lemaire, 2012, n°9

¹⁷⁷ Thierry Dahan/ Christophe Lemaire, 2012, n°9

¹⁷⁸ Thierry Dahan/ Christophe Lemaire, 2012, n°10

¹⁷⁹ Thierry Dahan/ Christophe Lemaire, 2012, n°10

b. Le suivi de ces jurisprudences par l’Autorité pour le non-respect des engagements

Dans l’affaire des machines à affranchir qui concernait le respect d’engagements pris en non-contestation des griefs, l’Autorité a d’abord appliqué le principe d’interprétation stricte, au sens de l’arrêt de 1996, pour ensuite utiliser l’effet utile dans une certaine mesure¹⁸⁰. En effet, elle a précisé « il appartient seulement au rapporteur général, s’il le juge utile, de proposer à l’Autorité de se saisir d’office pour examiner la licéité des pratiques évoquées ». Ceci car le contournement des engagements par des pratiques nouvelles était possible¹⁸¹. La combinaison des deux principes a permis de constater la violation de l’engagement tout en ayant maintenu la sécurité juridique recherchée par l’arrêt de 1996.

L’approche finaliste a par la suite regagnée en importance, puis a été à nouveau combinée à l’interprétation stricte, pour être enfin dans l’affaire des pompes funèbres de Marseille, totalement mise de côté¹⁸². L’Autorité a décidé, en l’espèce de sanctionner toute transgression à l’engagement littéral et non à la préoccupation de concurrence : « le manquement à l’engagement est passible de sanction pécuniaire sans qu’il soit besoin de démontrer l’intention dolosive recherchée par l’auteur du manquement, l’existence d’une pratique anticoncurrentielle qui caractériserait un tel manquement ou la gravité des conséquences pour le marché concerné ».

L’analyse des différentes jurisprudences dénonce que « le cadre juridique applicable au non-respect des engagements » n’est pas stabilisé¹⁸³. Or le changement permanent de mode d’interprétation est un facteur important d’insécurité juridique pour les entreprises. C’est une contrainte importante car cela représente soit une limite aux avantages de l’Autorité lorsqu’elle applique l’interprétation stricte, puisque les préoccupations de concurrence ne seront pas

¹⁸⁰ Thierry Dahan/ Christophe Lemaire, 2012, n°13

¹⁸¹ Thierry Dahan/ Christophe Lemaire, 2012, n°13

¹⁸² Thierry Dahan/ Christophe Lemaire, 2012, n°14

¹⁸³ Thierry Dahan/ Christophe Lemaire, 2012, n°15

toutes réglées, soit une limite aux avantages des entreprises lorsqu'elle applique l'interprétation de l'effet utile puisque les entreprises de bonne foi auront des difficultés à savoir qu'elles enfreignent leurs engagements.

2. Une combinaison des deux interprétations : Stricte et effet utile

L'interprétation finaliste, bien qu'elle ne garantisse pas parfaitement la sécurité des entreprises, permet d'empêcher les entreprises soumises à des obligations claires de s'abriter derrière une interprétation littérale pour la vider de sa substance ou en atténuer les effets¹⁸⁴.

L'interprétation stricte a pour risque de ne pas voir les préoccupations de concurrences en totalité éliminées, si les engagements ne sont pas assez précis ou ne tiennent pas compte des évolutions des techniques et du marché. Cela désavantage considérablement l'attrait de la procédure d'engagement. Elle a pour but essentiel de radier les préoccupations de concurrence. Si l'autorité n'applique que cette interprétation, cela ouvre la porte aux détournements des engagements, à la mauvaise foi, tout en permettant pour les entreprises de bonne foi une sécurité juridique.

Ces deux modes d'interprétation ont donc des avantages, mais des inconvénients lourds en conséquence, l'un ne protège pas assez les parties, l'autre ne protège pas assez l'enjeu de la procédure d'engagement. Une combinaison de ces deux modes semble le moyen le plus à même de faire disparaître ces deux difficultés et ainsi de régler les préoccupations de concurrence tout en garantissant une sécurité juridique aux parties.

Sans combinaison, afin d'empêcher tout risque de voir l'effet pervers de ces interprétations de se manifester, il faudrait concernant l'interprétation stricte que tout soit prévu¹⁸⁵. Il y aurait alors une inflation. Concernant l'interprétation finaliste, l'autorité aurait le pouvoir d'étendre a posteriori les obligations

¹⁸⁴ Thierry Dahan/ Christophe Lemaire, 2012, n°11

¹⁸⁵ Thierry Dahan/ Christophe Lemaire, 2012, n°27

contenues dans l'engagement en suivant une logique purement finaliste, provoquant une insécurité excessive pour les entreprises¹⁸⁶. De plus, si le principe finaliste n'est pas limité et que les engagements sont définis par des termes généraux avec un objectif d'amélioration de concurrence, le risque est que l'autorité exige que l'entreprise réponde à des demandes nouvelles provoquées par l'évolution du marché¹⁸⁷. Ces engagements seront sans fin puisque le fonctionnement de la concurrence peut toujours être amélioré, alors que l'avantage qu'a obtenu l'entreprise est limité et moindre.

En conclusion ils ne peuvent pas être appliqués alternativement selon les besoins de la cause, mais simultanément car leur opposition « permet de limiter réciproquement leurs effets pervers »¹⁸⁸

¹⁸⁶ Thierry Dahan/ Christophe Lemaire, 2012, n°27

¹⁸⁷ Thierry Dahan/ Christophe Lemaire, 2012, n°27

¹⁸⁸ Thierry Dahan/ Christophe Lemaire, 2012, n°27

Conclusion

L'équilibre des avantages prévus par la procédure d'engagement bascule sensiblement au bénéfice de l'autorité de concurrence, que ce soit l'Autorité de la concurrence en France ou la Commission européenne. Les autorités limitent les avantages des entreprises au nom de l'intérêt public.

Nous avons établi, tout au long de ce travail, les répartitions des avantages et des limites de la procédure d'engagement, cela nous amène à distinguer les améliorations éventuelles permettant de rendre la procédure d'engagement plus juste et plus à même d'atteindre son objectif initial : éliminer les préoccupations de concurrence.

Tout d'abord, l'entreprise est actuellement dans une position de faiblesse vis-à-vis de l'autorité. Celle-ci exerce une pression qui vice les engagements proposés par l'entreprise. De plus, l'entreprise dispose d'un laps de temps trop court pour envisager les conséquences qu'auront les engagements sur elle et le marché. Ce mode de fonctionnement limite considérablement les avantages de l'entreprise de trouver des solutions adaptés à ses besoins. Le fait d'avoir toujours le dernier mot n'est pas bénéfique pour l'autorité qui n'obtient pas les engagements les plus bénéfiques pour le marché. Il faudrait donc principalement réduire la pression qu'ont les entreprises et leur garantir un contrôle juridictionnel réel.

Enfin, l'amélioration du suivi est primordiale. En effet l'objectif principal de la procédure est l'élimination des préoccupations. Or lorsque le suivi est mauvais, ces préoccupations reviennent. La prévention est plus efficace pour atteindre cet objectif que la répression. Conseiller l'entreprise afin qu'elle ait un contrôle efficace sur son comportement et accentuer le contrôle de l'autorité sur toutes les entreprises engagées se révèlent être la clef d'une procédure d'engagement fidèle aux avantages qu'on lui prête.

Bibliographie

BARBIER DE LA SERRE Eric / SAINT-ESTEBEN Robert, « pour ou contre la procédure d'engagement ? », rencontres Lamy de la concurrence « questions d'actualité » Lundi 6 novembre 2007, 2008, revue Lamy de la concurrence, n°15

BOSCO David, « Introduction », dossier : « Le respect des engagements pris devant les autorités de concurrence », Concurrences, N°1-2012

CHEYNEL Benjamin, « présentation synoptique de la procédure française d'engagements », Rev. Lamy de la concurrence, 2008, n°16

CLAUDEL Emmanuelle, « Décret n°2005-1668 du 27 décembre 2005 portant modification du décret n°2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence : fin de l'adaptation du droit français au droit communautaire de la concurrence », RTD Com. 2006, (Daloz.fr) (n°21)

CONDOMINES Aurélien, « Le nouveau droit français de la concurrence, Manuel pratique », 2009, Paris, Jurismanager

DAHAN Thierry/ LEMAIRE Christophe, « Le respect des engagements en droit antitrust doit-il être soumis à une règle de raison ? », dossier : « Le respect des engagements pris devant les autorités de concurrence », Concurrences, N°1-2012

DE BONNIERES Patrick, « Mandataire dans le respect des engagements », dossier : « Le respect des engagements pris devant les autorités de concurrence », Concurrences, N°1-2012

DUMARCAY Marie, « accords et désaccords des procédures d'engagements en droit français, européen et australien de la concurrence », 2010, Revue Lamy de la concurrence, n°24

KIPIANI Patricia, « procédure d'engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles : état des lieux », 2008, Revue Lamy de la concurrence, n°15

L. IDOT, Ch. MOMEGE, « le rôle clef des engagements en matière de contrôle des concentrations: réflexions sur l'évolution de la pratique », Rev. Lamy dr. Aff. 2001

MOUZON Alain, « Le respect des engagements : Un point de vue de l'Autorité de la concurrence », dossier : « Le respect des engagements pris devant les autorités de concurrence », Concurrences, N°1-2012

MUGUET-POULLENNEC Gwenaël / BARBIER DE LA SERRE Eric, « ombres et lumière sur la procédure d'engagements prévue par l'article 9 du règlement n°1/2003 », 2007, revue Lamy de la concurrence, n°13,

MUGUET-POULLENNEC Gwenaël / BARBIER DE LA SERRE Eric, « la procédure d'engagements en droit de l'Union : à la recherche du juste équilibre entre efficacité administrative et protection des entreprises », 2010, Revue Lamy de la Concurrence, n°25,

SOFIANATOS Gerasimos Alex, « injonctions et engagements en droit de la concurrence, étude de droit communautaire, français et grec », 2009, Paris, L.G.D.T extenso éditions

WILHELM Pascal, « Le respect des engagements : Le point de vue des entreprises dans le contrôle des concentrations », dossier : « Le respect des engagements pris devant les autorités de concurrence », Concurrences, N°1-2012

LES DECISIONS

« **Pâte de bois** », Commission CE, 19 déc 1984, (85/202/CEE)

CJCE, 21 nov. 1991, aff. C-269/90, Technische Universität München, pt. 14, REC. CJCE

« **Coca cola** », Commission 22 juin 2005 COMP/A.39.116/B-2

NMPP, France Télécom, Voir communiqué de procédure du 7 avril 2005 ou 2006

« **De Beers** », Commission 12 février. 2006, aff. N°COMP/B-2/38.381

« **FAPL** », Commission CE, 22 mars 2006, IP/06/356

« **Alrosa/Commission** » Tribunal de premier instance des communautés européennes du 11 juillet 2007, Affaire T-170/06

« **Commission européenne c/ Alrosa compagny Ltd** », CJCE 29 juin 2010, C-441/07 P

« **Néopost France et Satas** », Décision n°10-D-21 du 30 juin 2010