

Non classifié

DAF/COMP/M(2016)1/ANN3/FINAL

Organisation de Coopération et de Développement Économiques  
Organisation for Economic Co-operation and Development

09-Dec-2016

Français - Or. Anglais

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES  
COMITÉ DE LA CONCURRENCE**

**Synthèse des discussions de la table ronde sur les décisions d'engagements dans les affaires de pratiques anticoncurrentielles**

**ANNEXE AU COMPTE RENDU SUCCINCT DE LA 125E RÉUNION DU COMITÉ DE LA CONCURRENCE TENUE DU 15 AU 17 JUIN 2016**

**15-17 juin 2016**

*Ce document préparé par le Secrétariat de l'OCDE est une synthèse détaillée des discussions tenues au cours de la 125e réunion du Comité de la concurrence tenue du 15 au 17 juin 2016.*

*D'autres documents relatifs à cette discussion sont disponibles sur  
[www.oecd.org/daf/competition/commitment-decisions-in-antitrust-cases.htm](http://www.oecd.org/daf/competition/commitment-decisions-in-antitrust-cases.htm)*

**Veillez prendre contact avec M. Satoshi Ogawa pour toute question concernant ce document [tél. : +33 1 85 55 60 07 -- courriel : [satoshi.ogawa@oecd.org](mailto:satoshi.ogawa@oecd.org)].**

**JT03406970**

**Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine**

*Ce document et toute carte qu'il peut comprendre sont sans préjudice du statut de tout territoire, de la souveraineté s'exerçant sur ce dernier, du tracé des frontières et limites internationales, et du nom de tout territoire, ville ou région.*

DAF/COMP/M(2016)1/ANN3/FINAL  
Non classifié

Français - Or. Anglais

## **Synthèse des discussions de la table ronde sur les décisions d'engagements dans les affaires de pratiques anticoncurrentielles**

*Par le Secrétariat*

Le président du Comité de la Concurrence, M. Frédéric Jenny, ouvre la table ronde sur les décisions d'engagements dans les affaires de pratiques anticoncurrentielles. Il prononce une courte introduction et explique que la table ronde consistera à étudier la situation actuelle des décisions d'engagements et d'autres types de mesures correctives négociées dans les affaires de pratiques anticoncurrentielles au sein de l'OCDE et de pays participants. Les délégués aborderont les avantages et les risques inhérents au recours à ces décisions d'engagements, et comment les autorités de la concurrence peuvent utiliser cet instrument d'application du droit de la concurrence de manière efficace et appropriée. Une note de réflexion du Secrétariat et des présentations effectuées par les trois intervenants externes alimentent la discussion.

Le président remarque que les décisions d'engagements sont des instruments relativement nouveaux d'application du droit de la concurrence pour les autorités de la concurrence, et que toutes ne sont pas habilitées à les adopter. Diverses situations peuvent être observées dans différents aspects des décisions d'engagements au sein des pays de l'OCDE, comme les exigences à respecter avant l'adoption de décisions d'engagements, et les étapes de la procédure à suivre. Les avis diffèrent concernant le type d'affaires pouvant être traitées par des décisions d'engagements, selon l'infraction et le secteur. Par ailleurs, les autorités de la concurrence et les universitaires ne sont pas d'accord sur la possibilité de profiter d'avantages réels découlant des décisions d'engagements, comme l'économie procédurale.

Le président propose que la discussion couvre les aspects suivants : définition et types de décisions d'engagements, avantages et risques inhérents à leur utilisation, choix entre les décisions constatant une infraction et les décisions d'engagements, types d'engagements, contrôle du respect des engagements contraignants et sanctions en cas de non-respect, et obstacles à une meilleure utilisation des décisions d'engagements.

Le président présente les trois intervenants invités : le Professeur Jean-François Bellis, de l'Institute of European Studies de l'Université de Bruxelles et associé gérant de Van Bael & Bellis, le Professeur Tadashi Shiraiishi, de l'University of Tokyo Graduate Schools for Law and Politics, et le Professeur Joshua Wright, de la George Mason University School of Law.

### **1. Introduction**

Pour mettre les choses en contexte, le président demande au Secrétariat de fournir un aperçu de la Note de réflexion.

Le Secrétariat commence par passer en revue la courte histoire des décisions d'engagements et le recours possible à ces instruments ou à d'autres types de mesures correctives négociées/consensuelles dans les affaires de pratiques anticoncurrentielles. L'adoption de ces instruments est relativement récente dans la plupart des pays, hormis aux États-Unis où la première décision de règlement amiable par décret fut adoptée il y a plus de cent ans. Les procédures d'engagements ont officiellement été introduites en 2004 dans l'Union européenne, et de nombreux pays en sont désormais dotés. À ce jour cependant, quelques pays de l'OCDE n'ont pas encore cette compétence. La structure de base des procédures d'engagements comporte plusieurs points communs, mais aussi des différences dans les obligations réglementaires et les étapes pratiques de la procédure de décisions d'engagements. Les opinions divergent aussi sur l'adéquation des décisions d'engagements dans des secteurs comme l'informatique et le numérique. Quant aux types

d'engagements, des engagements comportementaux et structurels sont possibles dans la plupart des pays, mais en pratique, ce sont les comportementaux qui sont jusqu'à présent les plus répandus.

Le président demande ensuite au Professeur Bellis de replacer les décisions d'engagements dans le contexte historique de l'Union européenne.

Le **Professeur Bellis** commence par fournir une explication des règlements informels, disponibles bien avant l'instauration officielle, en 2004, des décisions d'engagements à l'échelle de l'UE. En vertu de l'ancien règlement 17/62, la Commission était habilitée à mettre fin à une procédure si les parties offraient des engagements qu'elle jugeait acceptables. Le Professeur Bellis évoque ensuite l'affaire IBM en 1984, qui est remarquable en ce sens que c'est la seule dont les détails des engagements (règlements) ont été publiés. L'ancien règlement prévoyait également deux autres types de règlements : l'attestation négative et la décision d'exemption individuelle de l'accord notifié à la Commission. Avant 2004, plusieurs affaires impliquant des accords restrictifs de concurrence avaient été réglées selon ces méthodes informelles, qui comportaient deux principaux inconvénients : l'absence de sanctions en cas de non-respect des engagements, et le manque de transparence concernant la publication d'informations sur l'affaire.

Plusieurs raisons expliquent l'adoption massive de décisions formelles d'engagements dans l'Union européenne. D'abord, l'absence d'amendes séduit largement les sociétés faisant l'objet d'une enquête, étant donné l'envolée du montant des amendes associées aux décisions constatant une infraction. Le contrôle juridictionnel limité des décisions d'engagements, préférable pour l'autorité de la concurrence, est un autre facteur expliquant leur succès. Troisième raison, l'absence de constatation d'une infraction dans les décisions d'engagements attire aussi les sociétés car elle limite le risque d'actions privées en dommages et intérêts. Enfin, les engagements sont attrayants pour les autorités de la concurrence car elles peuvent aller plus loin qu'avec les décisions constatant une infraction, en imposant des mesures correctives structurelles dans certains cas et d'autres types de mesures correctives comportementales, telles que les engagements de dissociation des structures de propriété.

Le recours aux décisions d'engagements est toutefois critiqué à plusieurs égards. La première critique est que les décisions d'engagements marginaliseront le rôle du juge, comme en témoigne la forte baisse du nombre d'affaires de pratiques anticoncurrentielles portées devant le Tribunal de l'Union européenne. L'autre reproche est que les décisions sont moins détaillées et rédigées sommairement. Cela étant, les décisions d'engagements offrent quelques avantages, comme une mise en application rapide et efficace, ce qui permettrait de trouver un juste équilibre et d'appliquer les décisions d'engagements aux affaires nécessitant une action de mise en œuvre très rapide.

Le président remercie le Professeur Bellis pour sa présentation et lui demande de clarifier le caractère volontaire et le pouvoir de négociation des engagements. Celui-ci fait remarquer que les engagements sont une démarche volontaire des sociétés, qui ne sont toutefois pas totalement libres et disposent d'un pouvoir de négociation insuffisant. Elles font généralement ces propositions pour échapper à la menace d'amendes considérables que la Commission européenne leur infligerait si elle jugeait ces engagements inacceptables.

## **2. Définition et types de décisions d'engagements, et différences**

Le président clôt la partie introductive et ouvre la discussion sur la définition et les types de décisions d'engagements, ainsi que sur les différences entre les pays. Il demande au délégué du Chili d'expliquer les différents types de décisions d'engagements disponibles dans son pays.

Celui-ci explique que le **Chili** prévoit trois types d'instruments d'application du droit de la concurrence en matière d'engagements, appelés règlement judiciaire, règlement extrajudiciaire et changement de conduite. En substance, un règlement judiciaire est un accord entre un plaignant et un

défendeur pour régler l'affaire et accorder à ce dernier un genre de récompense (c'est-à-dire une réduction du montant des amendes). Un règlement extrajudiciaire est passé entre le bureau du procureur et la société faisant l'objet d'une enquête, et doit être adopté par un tribunal dans un délai donné (20 jours). Ce dernier peut soit adopter, soit rejeter les modalités de l'accord, mais il ne peut les modifier. Un règlement extrajudiciaire ne peut s'appliquer dans les affaires d'entente. La troisième possibilité est le changement de conduite, en vertu duquel un engagement est proposé par la société faisant l'objet d'une enquête, et l'enquête prend fin sans intervention du tribunal. Les règlements judiciaires et extrajudiciaires s'appliquent aussi aux affaires de concentration.

Le président remercie le délégué du Chili et demande à celui de la Fédération de Russie de clarifier la possibilité d'engagement ou de règlement en vertu du droit russe.

Le délégué de la **Fédération de Russie** explique que dans une affaire d'infraction au droit de la concurrence, le droit russe n'autorise pas l'exonération de responsabilité du fait d'un accord entre les parties au stade de l'enquête menée par le Service fédéral de lutte contre les monopoles (FAS). Le FAS n'est actuellement pas habilité à conclure des accords, ni des engagements. Par ailleurs, une procédure de règlement peut être mise en place durant le processus d'appel d'une décision rendue par le FAS. Dans un tel cas, une société et le FAS peuvent conclure un accord écrit sur les conditions de règlement de l'affaire qui est ensuite soumis à l'approbation du tribunal avant d'être exécuté. Le rôle de ce dernier est de garantir la protection des droits des parties. Appliquée pour la première fois en 2002, cette procédure de règlement a depuis concerné de nombreuses affaires, notamment des faits de grande ampleur comme dans les secteurs du ciment, de la soude caustique et du gaz. L'aveu de culpabilité par la société est une condition préalable au règlement, en échange duquel le FAS réduit le montant des amendes. Le FAS a constaté l'efficacité du règlement au stade de l'appel, et sa contribution à la protection des droits des parties.

Le président remercie le délégué russe et demande au délégué lituanien de clarifier le rapport entre la proposition d'engagement et les circonstances atténuantes dans le calcul des amendes, et d'expliquer pourquoi la durée moyenne des procédures d'engagements n'est pas plus courte que celle de traitement des décisions constatant une infraction.

Le délégué de **Lituanie** prend la parole et fait remarquer que les propositions d'engagement peuvent être considérées comme une circonstance atténuante en Lituanie, même si elles ne suffisent pas pour permettre à l'autorité de la concurrence d'adopter des décisions d'engagements, car elles démontrent la volonté des sociétés de favoriser la concurrence. Quant à la durée moyenne des procédures d'engagements, elle n'est pas plus courte que le délai de traitement des décisions constatant une infraction, et ce pour différentes raisons, comme l'absence d'orientations claires pour la procédure d'engagements, le fait que plusieurs propositions d'engagements n'aient apparemment pas été étudiées sérieusement, ou encore le fait que les sociétés soumettent leurs propositions d'engagements à un stade avancé du processus. Le délégué lituanien reconnaît toutefois que le nombre d'affaires est encore insuffisant pour se prononcer de manière définitive sur la durée moyenne des procédures d'engagements.

### **3. Avantages et risques inhérents au recours à des décisions d'engagements**

Le président passe à la troisième partie de la discussion, qui concerne les avantages et risques inhérents au recours à des décisions d'engagements. Il donne d'abord la parole au Professeur Shiraishi pour que celui-ci détaille le débat en cours au Japon sur l'instauration des décisions d'engagements.

Le Professeur **Shiraishi** commence par exposer brièvement le contexte historique des instruments d'application du droit de la concurrence semblables aux décisions d'engagements au Japon. Il s'agit des procédures de décision de recommandation et de décision de consentement, toutes deux abrogées en 2005. Selon ces cadres, de grandes entreprises, à savoir Intel et Seven Eleven, ont accepté sans contester des

ordonnances de comportement anticoncurrentiel unilatéral émises par la Commission japonaise de la concurrence (JFTC), probablement parce que la loi ne prévoit pas d'amendes administratives pour de tels comportements et que les décisions n'avaient aucun effet contraignant dans des actions privées. Un changement a été constaté après la révision des règles de concurrence en 2009 avec l'introduction d'amendes administratives pour de tels comportements, et en 2013 avec l'exposition des décisions de la JFTC à un contrôle juridictionnel direct, ce qui accroît la probabilité de contestation des ordonnances de comportement unilatéral. Récemment, le gouvernement japonais, sous l'impulsion du partenariat transpacifique (TPP), a proposé de modifier la loi pour instaurer une procédure d'engagements officielle.

Le président remercie le Professeur Shiraishi et souligne l'importance que les décisions d'engagements soient suffisamment claires pour avoir une certaine valeur en termes de prévisibilité juridique. Le Professeur Bellis questionne le Professeur Shiraishi sur la procédure informelle au Japon utilisée avant la révision des règles de concurrence et qui semble s'apparenter aux règlements informels utilisés en Europe avant 2004, et sur la procédure d'engagements après la révision des règles de concurrence. Le Professeur **Shiraishi** précise que la JFTC pouvait mettre fin à une enquête en vertu de l'engagement proposé par la société (l'affaire Canon en est un bon exemple, avant la révision des règles de concurrence), mais il s'agissait d'un arrangement informel et la procédure d'engagements deviendra formelle une fois que la nouvelle législation aura été promulguée.

Le Professeur **Bellis** ajoute que les procédures d'engagements devraient être utilisées dans des situations où la loi est claire et bien établie. Les avis divergent quant à la manière d'aborder les affaires d'abus de position dominante, d'un côté selon une méthode formaliste et traditionnelle, ou de l'autre selon une méthode plus moderne et économiquement rationnelle comme l'approche fondée sur les effets. Ce genre d'incertitude pourrait expliquer en partie l'adoption massive des décisions d'engagements par certaines autorités de la concurrence dans les affaires d'abus de position dominante.

Le président remercie le Professeur Bellis et se tourne vers le délégué de l'**Allemagne**, qui explique que dans son pays, les décisions d'engagements sont semblables à celles de l'UE et qu'elles ont démontré leur efficacité pour permettre une réaction souple et rapide aux conditions des différents marchés. L'Office fédéral des ententes (*Bundeskartellamt*) a adopté des décisions d'engagements dans le cadre de plusieurs affaires, notamment dans les secteurs de l'énergie, du transport ferroviaire et des télécommunications. Il a ainsi récemment mis fin à une procédure d'abus de position dominante à l'encontre de l'opérateur ferroviaire historique Deutsche Bahn AG, du fait d'engagements pris par ce dernier qui ont entraîné divers changements dans la vente de billets de train. L'expérience en Allemagne montre que les avantages globaux d'une procédure accélérée l'emportent sur les possibles inconvénients pour les tierces parties. Le délégué de l'Allemagne précise que la situation peut toutefois être différente dans les affaires où des éléments juridiques nouveaux apparaissent, qui doivent faire l'objet d'une enquête approfondie et nécessitent d'être éclaircis.

Le président remercie le délégué de l'Allemagne et invite celui de l'UE à réagir à la présentation du Professeur Bellis sur les décisions d'engagements dans l'UE.

Le délégué de l'**Union européenne (UE)** rapporte que la part des décisions de la Commission européenne approuvées ou confirmées par la Cour de justice de l'Union européenne est relativement élevée. Pour prendre la bonne mesure de ce chiffre, il convient toutefois de noter que la Commission investit beaucoup depuis 15 ans dans l'amélioration de son processus décisionnel interne pour garantir des décisions fondées et plus appropriées. Quant à la question de savoir si les propositions d'engagements sont « imposées » par la Commission ou émanent volontairement des sociétés faisant l'objet d'une enquête, l'UE est d'avis que les décisions d'engagements sont des procédures totalement volontaires et que les sociétés sont tout à fait libres d'opter pour la décision constatant une infraction si elles estiment que l'UE n'a pas un dossier solide. En pratique, la Commission tente de recourir aux décisions d'engagements

lorsque la situation le permet et qu'il est possible de mettre fin à l'enquête rapidement ou que la loi est claire et bien établie.

Le président remercie le délégué de l'UE et pose deux questions au délégué italien : quelle connaissance une société a-t-elle de l'affaire lorsqu'elle offre des engagements en vertu du régime de concurrence italien, selon lequel la proposition d'engagement est soumise à la validation de l'autorité dans un délai de trois mois suivant le début de l'enquête ? Pourquoi avoir modifié le régime des décisions d'engagements ces dernières années en Italie, ce qui a engendré un moindre recours à cet instrument ?

Le délégué d'**Italie** répond que la décision de l'Autorité italienne de la concurrence d'ouvrir la procédure formelle, ce dont les parties sont rapidement avisées, comporte une description préliminaire des préoccupations de concurrence et une qualification du comportement concerné. Les parties ont ainsi la possibilité de proposer sans tarder des engagements pour apaiser ces préoccupations, ce qui garantit la régularité de la procédure et l'utilisation efficace des ressources limitées. Concernant la deuxième question, trois raisons expliquent la modification récente du régime après la publication d'orientations sur les décisions d'engagements : une sélection plus minutieuse des affaires à résoudre par des décisions d'engagements, un recentrage des engagements dans les secteurs en rapide mutation où il est essentiel de réagir plus rapidement, et la prise en compte de l'effet néfaste sur l'action privée.

Le président remercie le délégué italien et demande au délégué du Royaume-Uni d'expliquer pourquoi l'autorité de la concurrence doit déjà avoir une vision claire du risque de non-respect des engagements avant d'avoir une discussion constructive, et de parler de l'examen en deux volets de l'acceptation des engagements stipulé dans son document d'orientation.

Concernant la première question, le délégué du **Royaume-Uni** fait observer que comme pour tout type de décision, il est important que la décision d'accepter les engagements repose sur des éléments de preuve suffisamment solides. Les décisions d'engagements ne doivent pas être un raccourci pour clore une affaire faute de preuves suffisantes. Quant à l'examen en deux volets, il permet de répondre aux questions suivantes : (i) l'affaire traitée peut-elle être résolue par des engagements ? et (ii) les engagements proposés conviennent-ils à l'affaire traitée ? L'examen impose à l'Autorité britannique de la concurrence et des marchés (CMA) d'étudier, pour chaque affaire, les avantages et les risques des décisions d'engagements. Les avantages sont l'efficacité procédurale découlant de la résolution efficace et rapide des préoccupations de concurrence, et les économies de ressources réalisées. Les risques sont l'effet dissuasif insuffisant, la sécurité juridique limitée et l'absence de précédent. Le délégué du Royaume-Uni fait référence à l'affaire Skyscanner, dans laquelle les tribunaux britanniques ont reconnu que les décisions d'engagements concernent généralement des affaires ne nécessitant pas des preuves ou une analyse économique complexe. La CMA doit tenir compte du fait que si l'affaire nécessite une analyse approfondie, des engagements ne seront peut-être pas le mode de résolution adéquat. Le délégué britannique précise en outre qu'il est important que l'autorité et le marché puissent contrôler efficacement et facilement les mesures correctives sous forme d'engagements.

Le président remercie le délégué du Royaume-Uni et invite celui d'Australie à clarifier le recours aux engagements en Australie, et à décrire la récente affaire Coles & Woolworth.

Le délégué d'**Australie** explique que le niveau de détail requis dans un « engagement exécutoire » dépend des négociations entre la Commission australienne de la concurrence et de la protection des consommateurs (ACCC) et les parties. En parallèle, l'ACCC estime que ces engagements exécutoires présentent un niveau de transparence significatif et qu'ils sont systématiquement publiés. Concernant l'affaire Coles & Woolworth : les deux premiers exploitants de supermarché en Australie ont soumis un ensemble d'engagements, à savoir la suppression de clauses restrictives dans les contrats de bail entre les centres commerciaux et leurs exploitants de supermarché, et l'offre de remises sur le carburant. L'ACCC a

obtenu gain de cause dans une affaire portée devant les tribunaux mais a perdu l'autre, ce qui souligne l'importance d'une formulation claire et précise des engagements.

Le président remercie la délégation australienne et passe à la question du test de marché. Il constate que le public est dans certains cas peu enclin à donner son opinion lors du test de marché, et que les autorités de la concurrence ont reçu peu de réponses, si ce n'est aucune. Le président demande au délégué de Roumanie de clarifier les dispositions prises pour que l'autorité roumaine de la concurrence ne soit pas instrumentalisée et dupée par les concurrents des sociétés faisant l'objet d'une enquête, et pour que le test de marché soit correctement mené à bien.

Le délégué de **Roumanie** explique que l'autorité roumaine de la concurrence peut mobiliser des experts externes dans les affaires où le test de marché recueille très peu de réponses. Elle peut également s'inspirer d'affaires semblables d'autres pays, ainsi que des opinions fournies de manière informelle par des acteurs tiers du marché.

Le président remercie le délégué roumain et demande à la délégation portugaise d'évoquer les difficultés rencontrées par l'autorité portugaise de la concurrence concernant la réalisation de tests de marché.

Le délégué du **Portugal** prend la parole pour expliquer que son pays a procédé à l'introduction formelle des décisions d'engagements en 2012, soit à peu près en même temps que la Commission européenne, et qu'il a depuis émis six décisions d'engagements. Durant cette période, les tests de marché ont recueilli peu de réponses malgré la vaste campagne de communication diffusée sur le site Internet de l'autorité de la concurrence et dans deux journaux nationaux. Pour lui, c'est notamment imputable au caractère peu controversé des préoccupations de concurrence dans les affaires traitées jusqu'à présent et à la simplicité relative des engagements proposés.

Le Professeur **Bellis** souligne l'importance du test de marché pour vérifier la réalité, et fait référence à une affaire dans laquelle une association professionnelle a renoncé aux engagements qu'elle avait proposés car une partie de ses membres avaient émis des objections graves au test de marché.

Le président remercie le délégué portugais et invite le Comité consultatif économique et industriel auprès de l'OCDE (BIAC) à faire part de ses préoccupations sur le recours actuel aux décisions d'engagements du point de vue des entreprises.

Le **BIAC** attire l'attention sur plusieurs aspects pouvant découler du recours aux décisions d'engagements, à savoir leur adoption dans des secteurs dénués de précédent juridique établi, la dépendance des autorités de la concurrence aux décisions d'engagements et à la raréfaction des décisions d'interdiction, et l'absence de garantie procédurale pour les entreprises. Pour le BIAC, il est très important que les entreprises bénéficient d'un accès complet et adéquat à leur dossier, car le contrôle juridictionnel des décisions d'engagements est limité et les autorités de la concurrence disposent d'un important pouvoir de négociation, et peuvent infliger de fortes amendes en cas de décision constatant une infraction. Le BIAC fait quelques suggestions de travaux futurs pour améliorer le recours aux décisions d'engagements : une analyse de leur utilisation actuelle, leur évaluation *ex-post*, un examen approfondi des droits procéduraux dans le cadre de la procédure d'engagements, le renforcement des mécanismes de consultation afin de réduire les divergences de procédure d'engagements dans la pratique.

Le président demande également au BIAC s'il faut ou non attendre une communication formelle de griefs avant de négocier des engagements. Le BIAC répond qu'il n'est pas indispensable d'attendre pour commencer à négocier des engagements, mais qu'il est important d'informer en détail la société sur les préoccupations de concurrence et les éléments de preuve de l'autorité de la concurrence.

Faisant suite aux commentaires du BIAC, le délégué du **Royaume-Uni** précise que dans une procédure d'engagements, il est nécessaire d'avoir accès à l'ensemble du dossier de l'autorité de la concurrence. Il est important que l'autorité de la concurrence dispose de suffisamment d'éléments de preuve sur les préoccupations de concurrence, et il est possible que les préoccupations de concurrence soient énoncées dans une communication de griefs, y compris en cas de décisions d'engagements. Toutefois, l'un des avantages de ce processus est qu'il garantirait l'efficacité procédurale et des économies de ressources. L'accès au dossier devrait être requis dans un processus plus complexe et litigieux, et non dans ce type de processus consensuel.

Le délégué de l'**Allemagne** se fait l'écho des commentaires du délégué britannique et déclare que la procédure d'engagements est un moyen de raccourcir les procédures d'engagements et que les décisions d'engagements sont un moyen de mieux négocier la réparation du préjudice. Il souligne également que la société a le choix de revenir à la procédure pouvant conduire au constat d'infraction. Le délégué d'**Australie** confirme lui aussi les propos du délégué allemand du point de vue des poursuites et déclare que les parties peuvent choisir de faire examiner l'affaire devant un tribunal si elles ne souhaitent pas suivre la procédure courte.

Le délégué de l'**UE** souligne que bien que la Commission européenne n'exclue pas la mise en place d'engagements après l'envoi d'une communication de griefs, cela se limiterait à des cas très spécifiques pour des questions d'économies de ressources. Les négociations d'engagement devraient quant à elles débiter assez rapidement dans la procédure, mais pas trop tôt car l'autorité de la concurrence doit avoir une idée suffisamment concrète des faits et de l'évaluation du comportement.

#### **4. Décisions constatant une infraction et décisions d'engagements**

Le président passe ensuite à la question du choix entre une décision constatant une infraction et une décision d'engagements. Il demande au Professeur Wright de débiter cette partie de la table ronde en présentant le recours aux décisions de règlement amiable par décret aux États-Unis, et leurs possibles abus et usages impropres.

Le Professeur **Wright** commence par attirer l'attention sur l'évolution en cours aux États-Unis, du modèle répressif vers un modèle réglementaire. L'activité des autorités américaines de la concurrence a sensiblement évolué des années 1950 à nos jours : à l'époque, 50 % des affaires débouchaient sur un règlement, contre près de 90 % aujourd'hui. Cela a engendré une nouvelle culture du consensus au sein des autorités, avec des incitations institutionnelles à traiter les affaires offrant les meilleures perspectives de règlement, et à se concentrer davantage sur les mesures correctives et les conditions qui seront imposées dans les décisions consensuelles. Cette évolution contribue également à soumettre les parties privées à une approche plus réglementaire des autorités.

L'un des autres coûts découlerait du risque d'effets sensiblement négatifs sur le bien-être, en particulier lorsque l'accent est mis sur la recherche de mesures correctives. Les décisions de règlement amiable par décret vont souvent beaucoup plus loin que la réparation équitable imposée par un tribunal et leur impact sur la concurrence peut s'en trouver affaibli. Les exemples abondent : restriction des politiques d'emploi des sociétés qui fusionnent, obligation de verser des dons pour dédommager des victimes sans lien véritable avec le préjudice, actions sans rapport avec les préoccupations de concurrence, interdiction de comportements que les parties n'ont pas adoptés. Le prix à payer serait que partout dans le monde, les autorités convergent vers une pratique similaire et dépendent des mesures correctives consensuelles. Le Professeur Wright souligne que cette évolution risque de fausser le développement du *common law* de la concurrence qui, aux États-Unis, découle en grande partie des procédures de traitement des différends. La non-intervention des autorités dans certains types de litiges, notamment dans des domaines où la loi est imprécise, comporte un réel coût social. Le fait d'expliquer davantage l'analyse économique et les preuves

économiques relatives à l'affaire contribuerait à réduire une partie de ces coûts, mais la suppression de cette analyse qui accompagne l'évolution de la situation représente un autre coût.

Le président demande au Professeur Wright comment, dans la pratique, les autorités de la concurrence peuvent trouver un équilibre entre les décisions de règlement amiable par décret, les décisions d'engagements et les décisions constatant une infraction. Le Professeur Wright évoque deux idées : la première serait que des économistes externes et des universitaires procèdent, avec des données empiriques, à l'examen *ex-post* des décisions de règlement amiable par décret imposées par les autorités, et la seconde consisterait à garantir la transparence du processus de règlement amiable par décret pour ce qui touche aux théories du préjudice, à l'analyse économique et à la logique des décisions de règlement amiable par décret.

Le président se tourne vers les délégués des **États-Unis** pour avoir leur avis sur les propos du Professeur Wright. Le délégué du ministère de la Justice (DOJ) explique d'abord le fonctionnement du système de décisions de règlement amiable par décret. Une proposition de règlement amiable par décret est jugée appropriée si elle traite le comportement anticoncurrentiel de manière à mettre fin au préjudice et à empêcher la récurrence. Le délégué du ministère de la Justice américain tente d'énoncer clairement la théorie du préjudice, dont l'analyse économique, dans un document appelé *Competitive Impact Statement*. Le public dispose de 60 jours pour faire des commentaires, et les parties privées peuvent aussi soumettre les leurs. Au terme de ce délai, le tribunal doit approuver le règlement (c'est ce qui se passe dans la grande majorité des affaires). Quant aux préoccupations relatives à l'absence de précédent, le délégué fait remarquer que le ministère de la Justice américain a tenté de repousser certaines limites dans des domaines où il est nécessaire de développer la loi, et qu'il est récemment parvenu à créer des précédents positifs, comme dans l'affaire des e-books.

Le délégué de la Commission américaine de la concurrence (FTC) précise que celle-ci résout la grande majorité de ses enquêtes avec des accords amiables. L'objectif de ces derniers est de résoudre efficacement, rapidement et intégralement les affaires, et la réparation doit permettre de mettre fin au préjudice et empêcher la récurrence. Le délégué fait remarquer que la FTC n'hésite pas à porter les affaires devant les tribunaux s'il est peu probable que les objectifs soient atteints et si les avantages découlant du règlement ne dépassent pas les risques. La FTC ne traite pas les affaires uniquement dans le but de les régler. Enfin, le processus de règlement à la FTC est bien rodé, ce qui est positif aussi bien pour elle que pour les parties faisant l'objet d'une enquête et les consommateurs.

Le président remercie les délégués américains et demande au délégué de France de décrire l'expérience de son pays en matière de décisions d'engagements, ainsi que les garanties accessibles aux parties.

Le délégué de la **France** souligne que l'autorité de la concurrence doit trouver un équilibre entre la robustesse de l'évaluation préliminaire destinée à identifier les problèmes et les économies de ressources, tout en tenant compte des intérêts et des droits des parties privées. En France, pour garantir les droits des parties privées faisant l'objet d'une enquête, il est nécessaire d'avoir accès à l'ensemble du dossier de la procédure d'engagements. De plus, le test de marché garantit le caractère acceptable des engagements pour les entreprises. Avant d'être finalisés, les engagements sont également discutés lors d'une audition devant le collège à partir des résultats du test de marché.

Le président remercie le délégué de la France et invite le délégué des Pays-Bas à parler de l'affaire de l'opérateur mobile néerlandais survenue en 2013 et des raisons qui ont incité à clore l'affaire avec une décision d'engagements.

Le délégué des **Pays-Bas** explique que les engagements permettent à l'ACM de résoudre plus efficacement les affaires, car non seulement ils empêchent les annonces unilatérales dans le domaine public concernant les prix futurs, mais ils sont aussi intégrés dans les programmes de conformité à l'intention des équipes dirigeantes, ce qui est impossible avec une procédure d'infraction. En ce qui concerne l'absence de valeur de précédent des décisions d'engagements, l'ACM a décidé de publier les décisions de manière aussi détaillée que possible.

Le président remercie le délégué des Pays-Bas et demande au délégué mexicain d'expliquer le système de décision d'engagements du Mexique et les critères utilisés pour choisir entre une décision d'engagements et une décision constatant une infraction.

Le délégué du **Mexique** explique que les décisions d'engagements ont été introduites en 2014 et qu'elles ne concernent que les affaires de fusion et d'abus de position dominante. Depuis 2014, seules deux affaires d'abus de position dominante ont été réglées par des engagements. Dans les deux cas, l'autorité de la concurrence mexicaine (COFECE) a opté pour des décisions d'engagements parce qu'elles permettaient une résolution efficace et que les mesures correctives proposées par les parties pour mettre fin au problème étaient raisonnables. La COFECE sait que les décisions d'engagements requièrent de la prudence et qu'elles ne peuvent être considérées comme un substitut aux actions de mise en œuvre réglementaire.

Le président remercie le délégué du Mexique et invite le délégué de Singapour à parler des pratiques concernant les décisions d'engagements dans les affaires d'entente.

Le délégué de **Singapour** explique que l'autorité de la concurrence peut accepter des engagements non contraignants pour les ententes. Les engagements peuvent également être utiles dans les affaires d'entente pour les raisons suivantes : il y a à Singapour des ententes entre de très petites entreprises qui engendrent un préjudice anticoncurrentiel très limité, et il vaut mieux accepter des engagements et corriger le comportement que de mener des enquêtes complètes sur toutes les affaires. La CSS a accepté certains engagements dans des affaires d'ententes horizontales, par exemple dans le secteur du transport aérien, ce qui a eu des effets positifs et a amélioré l'efficacité. Les engagements permettent à l'autorité de profiter d'économies procédurales, tout en résolvant les préoccupations de concurrence dans ces affaires.

Le président remercie le délégué de Singapour et demande au délégué de l'Afrique du Sud de décrire le fonctionnement du mécanisme de règlement accéléré pour les affaires d'entente dans le secteur de la construction.

Le délégué de l'**Afrique du Sud** explique qu'après la Coupe du monde de 2010, 65 demandes de clémence ont été déposées portant sur 101 projets du secteur de la construction. L'autorité de la concurrence a donc mis en place un mécanisme de règlement accéléré, avec une approche atypique consistant à inviter les sociétés à régler volontairement les affaires en échange d'une réduction de la sanction. D'après les calculs internes, l'économie a été considérable en termes de coûts et de ressources, et représente environ 1,6 % des coûts occasionnés si toutes les affaires avaient été résolues par des décisions constatant une infraction.

## 5. Types d'engagements

Le président aborde ensuite les types d'engagements acceptés par les autorités, c'est-à-dire les mesures correctives comportementales, structurelles et autres. Le président précise qu'en pratique, il semble y avoir une préférence pour les mesures correctives comportementales, quelles que soient les éventuelles difficultés de contrôle. Le président demande à la délégation suisse de justifier cette préférence pour les mesures correctives comportementales dans les affaires d'entente.

Le délégué de **Suisse** explique que les règlements amiables ont été instaurés dans la loi suisse sur les cartels avant l'introduction de sanctions pour les ententes. L'idée d'un règlement amiable était de mettre fin à une affaire lorsque l'entreprise s'engageait à cesser son comportement illégal. Depuis l'introduction de sanctions pour les ententes, la Commission suisse de la concurrence (COMCO) accepte encore les mesures correctives dans les affaires d'entente. Toutefois, sachant que les sanctions s'appliquent au comportement illégal passé et que les engagements ne concernent que le comportement futur, le règlement amiable ne permet pas forcément de clore l'affaire et peut seulement être considéré comme une circonstance atténuante dans le calcul de l'amende. La COMCO accepte aussi bien les engagements structurels que comportementaux. À ce jour toutefois, il y a eu peu d'engagements comportementaux. Dans les affaires d'entente, les entreprises s'engagent généralement à cesser d'échanger des informations pertinentes avec leurs concurrents.

Le président demande à la délégation coréenne de parler de l'affaire Naver-Daum, notamment les mesures correctives et les dommages et intérêts pour les victimes.

Le délégué de **Corée** explique que deux principaux types de mesures correctives ont été proposés dans l'affaire Naver-Daum : certaines pour rétablir une concurrence effective sur le marché, et d'autres pour améliorer activement les transactions futures et améliorer le bien-être des consommateurs. Ces dernières visaient à favoriser la vie économique avec la création d'associations à but non lucratif pour régler les litiges liés au secteur des moteurs de recherche Internet, et le soutien d'un projet de 100 milliards KRW de soutien mutuel en faveur de la croissance. La société concernée a également proposé des mesures correctives monétaires, avec 4 milliards KRW versés dans des fonds de dommages et intérêts et le soutien d'un écosystème en ligne, pour que les avantages puissent être partagés entre les consommateurs et les PME concernées.

## 6. Contrôle du respect des engagements et sanctions

Le président poursuit la discussion en abordant le respect des engagements et les éventuelles sanctions en cas de non-respect d'une décision d'engagements. Il invite le délégué d'Israël à expliquer les difficultés rencontrées par l'autorité israélienne de la concurrence pour vérifier le respect d'engagements contraignants.

Le délégué d'**Israël** explique qu'au début des années 2000, la grande majorité des décisions de règlement amiable par décret en Israël prévoyaient des engagements comportementaux détaillés, ce qui a engendré des difficultés pour contrôler leur respect. L'Autorité antitrust israélienne (IAA) a pour cela appliqué différentes méthodes, avec par exemple des clauses obligeant la société acquéreuse à respecter les décisions de règlement amiable par décret en cas de changement de contrôle, ou l'obligation de communiquer périodiquement sur les actions mises en place pour respecter les engagements. L'IAA a également créé une entité interne de contrôle. Ces efforts de surveillance se sont toutefois avérés coûteux et peu efficaces. Le contrôle est désormais laissé au marché, principalement par le biais de réclamations par les tierces parties concernées qui connaissent le secteur.

Le président remercie le délégué d'Israël et demande à la délégation suédoise de décrire l'approche de la Suède pour contrôler le respect des engagements.

Le délégué **suédois** souligne l'importance du contrôle car il peut garantir l'efficacité des décisions d'engagements pour résoudre efficacement les préoccupations de concurrence. Il évoque deux méthodes : « l'autocontrôle » et le « contrôle souple ». Dans la méthode de l'autocontrôle, la société s'engage à transmettre régulièrement des rapports à l'autorité. Si cela permet à cette dernière d'économiser des ressources, cela peut également s'avérer lourd et coûteux pour la société en fonction de la portée et de la fréquence des obligations déclaratives. Le contrôle souple est une méthode de contrôle fondée sur la

notification, par de tierces parties, du non-respect des engagements. Elle fonctionne bien car la procédure d'engagements est transparente et les engagements sont volontaires. Selon l'affaire et le type d'engagements, l'une ou l'autre méthode peut mieux fonctionner.

## 7. Obstacles à l'amélioration du recours aux engagements

Le président passe à la dernière partie de la discussion sur les obstacles rencontrés par les autorités de la concurrence concernant les décisions d'engagements et la manière dont les Orientations peuvent aider à les surmonter. Le président invite le délégué de la Grèce à parler du communiqué publié sur les décisions d'engagements et ses conséquences pratiques.

Le délégué **grec** explique que la Commission hellénique de la concurrence (HCC) a émis un Communiqué sur les décisions d'engagements en 2014 qui stipule les étapes de la procédure et les effets possibles, afin de garantir l'efficacité procédurale et une solution accélérée aux problèmes de concurrence. Le Communiqué énonce également les cas où les engagements sont jugés appropriés, tout en accordant un vaste pouvoir d'appréciation à l'autorité pour initier des procédures d'engagements et accepter des engagements. Le nombre de décisions d'engagements a augmenté depuis la publication de ce Communiqué, probablement parce que la HCC a suffisamment d'expérience dans l'application de décisions d'engagements et que le Communiqué est un gage de prévisibilité et de transparence pour les entreprises, ce qui incite davantage ces dernières à faire des propositions d'engagement.

Le président remercie le délégué de Grèce et se tourne vers le délégué d'Espagne pour qu'il parle du Communiqué incitant à l'autodiscipline en matière de décisions d'engagements et ses conséquences pratiques.

Le délégué **espagnol** explique qu'après la publication du Communiqué concernant les décisions d'engagements en 2011, la part des demandes d'ouverture de procédure d'engagements acceptées a reculé de 61 % à 36 %, tandis que celle de décisions d'engagements acceptées a augmenté légèrement, passant de 77 % à 80 %. Le Communiqué énonce des critères clairs et efficaces à suivre en cas d'acceptation d'engagements proposés, ainsi que les étapes pratiques de la procédure d'engagements. La publication du Communiqué s'est traduite par un meilleur recours à la procédure d'engagements, avec une légère amélioration de la transparence et de la prévisibilité.

Le président remercie le délégué d'Espagne et demande au délégué finlandais de donner son avis sur les orientations incitant à l'autodiscipline en matière de procédure d'engagements.

Le délégué de **Finlande** explique que l'autorité finlandaise de la concurrence (FCCA) ne dispose actuellement pas d'orientations incitant à l'autodiscipline pour les décisions d'engagements. Cela étant, elle accorde de l'importance à la transparence de la procédure d'application et doit envisager la nécessité de telles orientations lorsque la Finlande aura plus d'expérience en matière de décisions d'engagements.

## 8. Remarques de conclusion du président

Le **président** souligne l'importance de renforcer la transparence dans la procédure d'engagements, qu'il s'agisse des décisions d'engagements ou des orientations incitant à l'autodiscipline en matière d'engagements. Le président insiste également sur la nécessité que les autorités de la concurrence envisagent une évaluation *ex-post* des décisions d'engagements, un exercice nouveau pour elles. Le président remercie tous les participants de la table ronde et ajoute que les documents remis par les participants étaient très utiles pour encadrer la discussion, ce qui a rendu la table ronde vivante et productive.