

Non classifié

DAF/COMP/M(2016)1/ANN5/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

Résumé de la table ronde sur les décisions d'engagements dans les affaires de concurrence organisée lors de la 125e réunion du Comité de la concurrence de l'OCDE

15-17 juin 2016

Ce résumé rédigé par le Secrétariat de l'OCDE contient les principales conclusions de l'examen du point 9 de l'ordre du jour de la 125e réunion du Comité de la concurrence qui s'est tenue du 15 au 17 juin 2016.

*D'autres documents portant sur ce sujet sont disponibles à l'adresse suivante
www.oecd.org/daf/competition/commitment-decisions-in-antitrust-cases.htm*

JT03406969

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/ANN5/FINAL
Non classifié

Français - Or. Anglais

Résumé de la table ronde sur les décisions d'engagements dans les affaires de concurrence

*Établi par le Secrétariat**

Considérant le contenu des discussions ayant eu lieu lors de la table ronde sur les décisions d'engagements dans les affaires de concurrence, organisée par le Comité de la concurrence le 17 juin 2016, la note de réflexion du Secrétariat, les contributions écrites des délégués et les exposés des intervenants, plusieurs points essentiels ont été dégagés :

1. *Les autorités de la concurrence ont dans la plupart des cas le pouvoir d'adopter des décisions d'engagements ou d'autres mesures correctives négociées dans les affaires de concurrence.*

Les décisions d'engagements et autres types de mesures correctives négociées ou consensuelles dans les affaires de concurrence sont des instruments de mise en œuvre du droit de la concurrence grâce auxquels l'autorité de la concurrence peut procéder à la clôture de l'enquête en acceptant des mesures correctives ou des engagements proposés par les parties pour répondre aux préoccupations initiales soulevées par l'autorité de la concurrence.

Les décisions d'engagements sont des instruments de mise en œuvre du droit de la concurrence dont l'utilisation est relativement récente pour les autorités de la concurrence de la plupart des pays, à l'exception des États-Unis où la première décision de règlement amiable par décret est entrée en vigueur en 1906. C'est en 2004 seulement que la Commission européenne a officiellement adopté une procédure d'engagements dans les affaires de concurrence. Actuellement, les autorités de la concurrence de la plupart des pays de l'OCDE (si ce n'est tous) se sont vu accorder le droit d'adopter des décisions d'engagements dans les affaires de concurrence et, de fait, beaucoup d'entre elles ont déjà rendu de nombreuses décisions d'engagements.

2. *Bien que l'on puisse déceler des caractéristiques communes dans les éléments essentiels des procédures d'engagements des différents pays, on observe cependant des divergences dans les régimes juridiques et les pratiques des différentes autorités de la concurrence.*

Les procédures à respecter dans les différents pays pour pouvoir adopter des décisions d'engagements et autres mesures correctives négociées présentent des caractéristiques communes : la nécessité de procéder à une évaluation ou à une analyse préliminaire des préoccupations de concurrence soulevées par l'autorité de la concurrence, le caractère volontaire des propositions d'engagements présentées par les parties pour répondre à ces préoccupations, la soumission à un test de marché ou une consultation publique des engagements proposés et l'adoption de décisions d'engagements juridiquement contraignantes non assorties de sanctions.

On observe cependant aussi des différences entre les pays dans les régimes juridiques régissant les décisions d'engagements ainsi que les pratiques suivies en la matière concernant, par exemple, la terminologie utilisée pour désigner les mesures correctives négociées (décisions d'engagements, décisions de règlement amiable par décret ou par ordonnance ou engagements), la fréquence du recours à des décisions d'engagements, la latitude accordée aux autorités de la concurrence pour accepter des engagements, les exigences à respecter pour l'adoption d'une décision d'engagements, les étapes de la procédure et les droits procéduraux des parties, le champ d'application des décisions d'engagements

* Ce résumé ne reflète pas nécessairement un consensus entre les membres du Comité de la concurrence. En revanche, il récapitule les points essentiels dégagés des débats ayant eu lieu au cours de la table ronde, des contributions écrites des délégués, ainsi que du document de référence du Secrétariat.

(certaines autorités de la concurrence ont recours à des décisions d'engagements même dans des affaires d'ententes ou d'accords anticoncurrentiels horizontaux) et le pouvoir d'imposer directement et immédiatement des sanctions en cas de non-respect de ces engagements. Certains pays recourent également à des procédures d'engagements informelles, sans effets juridiquement contraignants, ou à un mécanisme hybride entre procédure d'engagements et procédure de transactions.

3. *Les décisions d'engagements dans les affaires de concurrence présentent des avantages qui peuvent les rendre plus attrayantes pour les autorités de la concurrence que les décisions constatant l'existence d'une infraction.*

Les résolutions d'affaires par voie de décisions d'engagements présentent quelques avantages pour les autorités de la concurrence, les parties et le grand public, avantages qui ont fait le succès de ces procédures dans de nombreux pays. Le fait qu'il n'y ait ni amende, ni constatation de l'existence d'une infraction, est une caractéristique appréciable pour les entreprises faisant l'objet d'une enquête. Pour les autorités de la concurrence, les procédures d'engagements permettent d'économiser des ressources et d'arriver à résoudre plus rapidement des affaires. Un contrôle juridictionnel limité et léger des décisions d'engagements permet aux autorités de la concurrence d'obtenir plus rapidement des décisions « à caractère définitif » que les décisions constatant l'existence d'une infraction, qui sont plus susceptibles de faire l'objet de recours intentés par les parties. Dans une procédure donnant lieu à des mesures correctives négociées, les engagements peuvent aller au-delà de ce que les autorités de la concurrence peuvent obtenir au moyen d'une décision d'infraction, et prévoir notamment des mesures structurelles et divers types de mesures comportementales définies dans une optique proactive et en fonction de la situation. Le fait de soumettre les engagements proposés à un test de marché ou une consultation publique garantit que les mesures correctives sont en phase avec la réalité des marchés et plus acceptables par les entreprises. Un rétablissement plus rapide de la concurrence sera également apprécié du grand public.

4. *Il est toutefois généralement admis qu'un recours massif à des décisions d'engagements ou à d'autres types de mesures correctives négociées dans les affaires de concurrence comporte des risques.*

La discussion qui a eu lieu lors de la table ronde a mis en évidence le fait que recourir (en particulier de façon massive) à des décisions d'engagements présente plusieurs inconvénients que les autorités de la concurrence ne devraient pas perdre de vue lorsqu'elles utilisent cet instrument :

- Par un recours massif à des décisions d'engagements, les autorités de la concurrence renonceraient à une évaluation *ex post* classique d'un comportement passé et à une décision d'infraction au profit d'une approche réglementaire *ex ante* prospective visant à faire évoluer les structures de marché.
- L'absence d'amendes pourrait entraîner un amoindrissement de l'effet dissuasif des actions de mise en œuvre des autorités de la concurrence.
- Compte tenu du contrôle juridictionnel limité des décisions d'engagements, les plaignants risquent d'éprouver davantage de difficultés à obtenir gain de cause devant la justice, voire d'être dissuadés d'intenter un recours à l'encontre d'une décision.
- Sachant que les décisions d'engagements ne donnent généralement pas lieu à la constatation d'infractions au droit de la concurrence, leur valeur de précédent est moindre, ce qui porte atteinte à la certitude juridique et a pour effet de freiner l'évolution du droit de la concurrence.
- L'absence de constatation d'une infraction aurait également des effets négatifs sur les poursuites privées ultérieures aux décisions.

- Parce que les procédures d'engagements ont vocation à permettre de réaliser des économies, elles peuvent susciter des inquiétudes quant au respect des garanties prévues par la loi et des droits procéduraux des parties.
- Le test de marché dans une procédure d'engagements n'est pas nécessairement efficace car les autorités de la concurrence peuvent être induites en erreur par les observations des concurrents des parties faisant l'objet d'une enquête.

Plusieurs solutions ont été proposées pour tenir compte de ces risques : faute de précédent et de clarté juridique, le recours à des décisions d'engagements devrait être réservé à des affaires pour lesquelles le droit est bien établi. Lorsque les autorités de la concurrence ont recours à des décisions d'engagements, il conviendrait qu'elles décrivent les préoccupations et les engagements de la façon la plus détaillée et la plus claire possible. Les autorités de la concurrence de certains pays ont souligné à quel point il importe d'accorder aux parties, préalablement au lancement d'une procédure d'engagements, un accès adéquat et intégral au dossier au sein de leurs services, ou de publier une « notification des griefs », tandis que d'autres ont fait valoir qu'on amoindrirait ainsi les gains d'efficacité et que l'accès des parties au dossier ne devrait être obligatoire que dans le cas d'une procédure d'infraction. Il est ressorti de la discussion qu'il faudrait que les autorités de la concurrence soient en possession d'éléments de preuve solides et suffisants sur les préoccupations de concurrence pour pouvoir les produire devant les parties. Plus généralement, il conviendrait que les autorités de la concurrence trouvent le juste équilibre entre la solidité de l'évaluation préliminaire, la rapidité de la procédure et le souci d'économiser des ressources.

5. *Il conviendrait que les autorités de la concurrence aient conscience des avantages et des risques inhérents à chaque procédure lorsqu'elles décident d'engager une procédure d'engagements par opposition à une procédure d'infraction.*

Il a été souligné pendant la discussion que les décisions d'engagements et autres mesures correctives négociées dans les affaires de concurrence ne devraient s'appliquer qu'à certaines affaires et que les autorités de la concurrence devraient continuer d'adopter des décisions d'infraction à des fins de dissuasion et pour établir des précédents. La résolution des affaires par voie de décisions d'engagements est plus adaptée dans des affaires où les avantages de cette procédure l'emportent sur les risques éventuels : plus précisément, lorsque l'enquête peut être clôturée rapidement, lorsque la concurrence peut être rétablie promptement par voie d'engagements et lorsque le droit est déjà solidement établi.

6. *Il semble que la plupart des autorités de la concurrence manifestent dans la pratique une nette préférence pour les engagements comportementaux, indépendamment d'éventuelles difficultés pour le suivi du respect de ces engagements.*

En théorie, les mesures correctives structurelles ont pour avantage qu'elles sont généralement immédiates par nature et n'exigent pas, de la part des autorités de la concurrence, un suivi constant du respect des engagements. La plupart des décisions d'engagements et autres mesures correctives négociées adoptées jusqu'ici ont toutefois été de nature comportementale, ce qui soulève le problème du suivi du respect de leurs engagements par les parties qui incombe aux autorités de la concurrence.

Les autorités de la concurrence de certains pays suivent activement le respect des engagements contraignants, par exemple grâce à la création d'une unité spécialisée en leur sein, mais cette solution peut se révéler onéreuse et même, selon certains, inefficace. Elles demandent souvent que les parties leur soumettent périodiquement un rapport sur les mesures qu'elles ont prises pour honorer leurs engagements, ce qui permet de réduire les coûts et d'économiser des ressources, mais peut représenter une charge plus lourde pour les parties. Se pose en outre la question de la crédibilité de ces rapports sachant qu'ils sont établis par les parties elles-mêmes. Les autorités de la concurrence doivent parfois s'en remettre à des

rapports et des plaintes émanant de tierces parties qui possèdent une connaissance du marché et du comportement incriminé. Le choix de la méthode de suivi devrait être arrêté au cas par cas en fonction des types d'engagements et des caractéristiques du marché.

7. Les autorités de la concurrence de certains pays ont publié des lignes directrices ou des orientations en faveur d'une autodiscipline concernant l'engagement d'accroître la transparence et la prévisibilité de ces procédures.

Soucieuses que les décisions d'engagements adoptées soient prises de manière plus solide et plus efficace, les autorités de la concurrence de plusieurs pays ont publié des lignes directrices en faveur de l'autodiscipline ou communiqué aux entreprises des orientations sur les procédures. On trouve généralement dans ces lignes directrices ou orientations une description des étapes de la procédure et des résultats possibles d'une procédure d'engagements ainsi qu'une indication du facteur ou du critère que l'autorité de la concurrence prend en compte lorsqu'elle décide d'accepter, ou non, une proposition d'engagements. Les discussions en table ronde ont mis en lumière le fait que, lorsqu'il en existe déjà, ces lignes directrices ou orientations ont conduit à une amélioration de la transparence et de la prévisibilité des procédures d'engagements.