

Non classifié

DAF/COMP/WD(2016)33

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

07-Jun-2016

Français - Or. Français

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

DAF/COMP/WD(2016)33
Non classifié

LES DÉCISIONS D'ENGAGEMENTS DANS LES AFFAIRES ANTITRUST

--France--

15 - 17 juin 2016

*Ce document est une contribution écrite soumise par la France au titre de la session 9 de la 125ème réunion du Comité de la Concurrence de l'OCDE tenue du 15-17 juin 2016.
D'autres documents relatifs à cette discussion sont disponibles sur www.oecd.org/daf/competition/commitment-decisions-in-antitrust-cases.htm*

JT03397525

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.

Français - Or. Français

1. Introduction

1. La mission de l'Autorité de la concurrence (ci-après l' « Autorité ») n'est pas seulement de détecter et de punir les manquements aux règles de concurrence, elle consiste également à rétablir une dynamique concurrentielle saine sur le marché de manière durable et efficace. La procédure d'engagements, introduite en France en 2004, procède de cette démarche, en privilégiant la correction des comportements problématiques sur le marché par la recherche de solutions pragmatiques et négociées.

2. En dix ans d'application, l'Autorité a adopté plus de cinquante décisions d'engagements (56). Ce succès de la procédure d'engagements repose sur un gain partagé entre l'Autorité et les entreprises.

3. La procédure d'engagements bénéficie ainsi à l'Autorité et aux entreprises qui verront le coût de traitement des affaires, pour la première, et le coût de leur défense, pour les secondes, fortement réduits. Les engagements représentent en effet une économie administrative importante, libérant pour l'ensemble des parties prenantes des ressources et du temps. L'absence de sanction représente néanmoins le gain le plus évident pour l'entreprise, d'un point de vue financier, mais également en termes réputationnels puisque l'entreprise échappera ainsi à une condamnation publique. L'absence de tout constat d'infraction peut également constituer un avantage pour l'entreprise dans la perspective d'actions consécutives en réparation.

4. Le marché dans son ensemble tire également avantage du développement de la procédure d'engagements, en permettant une approche dynamique des problématiques de concurrence. Elle permet l'adoption de solutions rapides, dans le marché, issues d'une modification volontaire d'un comportement privé, et par le marché, sous le contrôle de celui-ci grâce au mécanisme du test de marché qui permet de recueillir l'avis de tiers intéressés. Les engagements responsabilisent les entreprises en leur ouvrant la possibilité de jouer un rôle actif dans la résolution des préoccupations de concurrence que suscitent leurs comportements. En outre, en permettant l'adoption de solutions rapides dans le cadre d'une instruction allégée, les engagements permettent un alignement bénéfique entre le temps de la régulation concurrentielle et le temps du marché.

5. Ce succès ne signifie pas pour autant que la procédure d'engagements a pris le pas sur le travail de qualification des pratiques anticoncurrentielles. Ainsi, au 31 décembre 2015, l'Autorité a continué à adopter majoritairement des décisions se prononçant sur le fond de l'affaire. Les décisions d'engagements ne constituent qu'environ 15 % des décisions adoptées par l'Autorité sur le fond et 37 % des décisions adoptées en excluant les pratiques horizontales.

6. La procédure d'engagements laisse une liberté procédurale importante à l'Autorité tant dans le choix de recourir à cette procédure, que dans la faculté d'accepter ou non les engagements proposés. Cette importante souplesse permet à l'Autorité de sophistiquer son approche et de régler l'intensité des remèdes adoptés. Les engagements permettent également une diminution du risque de recours. En France, pour l'heure, aucune entreprise qui a consenti des engagements n'a introduit de recours contre la décision de l'Autorité.

7. La présente contribution permettra, après un rappel de la procédure applicable en France (I), d'étudier la mise en œuvre de cette procédure en France (II), avant d'aborder la question de la vie des engagements et de leur suivi (III).

2. Cadre procédural

8. La procédure d'engagements a été introduite en droit français par l'ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004¹ et codifiée à l'article L. 464-2 du code de commerce, quelques mois après l'entrée en vigueur du Règlement 1/2003 qui prévoit, au sein du socle commun de pouvoirs dont disposent les autorités nationales de concurrence, celui d'accepter des engagements². L'Autorité a ainsi été dotée du pouvoir d'« *accepter des engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme à ses préoccupations de concurrence susceptibles de constituer des pratiques prohibées visées aux articles L. 420-1, L. 420-2, L. 420-2-1 et L. 420-5* ». Cette disposition a été complétée par l'article R. 464-2 du code de commerce qui fixe le cadre procédural général dans lequel les engagements soumis par les entreprises peuvent être acceptés par l'Autorité.

9. L'Autorité de la concurrence a précisé les principales étapes et le fonctionnement de la procédure d'engagements dans un communiqué de procédure³.

10. Lors de la mise en place de la procédure d'engagements en France, l'Autorité a été confrontée en particulier à trois problématiques.

11. En premier lieu, l'Autorité a dû concilier la procédure d'engagements avec la séparation stricte opérée entre les services d'instruction et l'instance de décision (le Collège de l'Autorité). Tenant compte du caractère précontentieux de la procédure d'engagement, qui ne se conclut pas par un constat d'infraction, l'Autorité a mis en place une procédure souple, dans laquelle le Collège est associé aux négociations entre l'entreprise et les services d'instruction, de manière à garantir à l'entreprise que les propositions négociées en amont avec le rapporteur en charge du dossier seront acceptées comme base de discussion par le Collège en séance.

12. En deuxième lieu, la procédure d'engagements introduit une innovation procédurale dans l'organisation du débat avec l'entreprise concernée. L'Autorité informe ainsi l'entreprise de ses « préoccupations de concurrence » dans le cadre d'une « évaluation préliminaire », qui s'apparente non pas à une notification de griefs mais à une caractérisation des pratiques similaire à celle qui a cours en matière de mesures conservatoires, visant à établir si les faits sont « *susceptibles de constituer une pratique prohibée* »⁴. Cette évaluation doit cependant être suffisante pour permettre le contrôle du caractère approprié des engagements.

13. Enfin en troisième lieu, l'Autorité a dû prévoir un mécanisme associant les tiers intéressés, qui ne sont pas parties à la procédure devant elle (ni plaignants, ni mis en cause). Il est en effet nécessaire de recueillir l'avis de ces tiers afin de déterminer, d'une part, si et dans quelle mesure les engagements proposés affectent leurs intérêts et, d'autre part, si ces engagements sont appropriés et suffisants pour remédier aux préoccupations de concurrence exprimées dans l'évaluation préliminaire. A cet effet, est mis en place un « test de marché » qui consiste en pratique à publier la proposition d'engagements sur le site Internet de l'Autorité, en accordant, au minimum, un mois à compter de la publication pour que les tiers puissent soumettre leurs observations.

¹ Ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 portant adaptation de certaines dispositions du code de commerce au droit communautaire de la concurrence.

² Article 5 du Règlement (CE) No 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité.

³ Communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence.

⁴ Arrêt de la Cour de cassation du 4 novembre 2008 (Canal 9).

14. La procédure d'engagements devant l'Autorité se caractérise donc avant tout par sa souplesse, dans un cadre garant par ailleurs de la robustesse de l'analyse qui préside à l'acceptation des engagements.

2.1 Le champ d'application de la procédure d'engagements

15. Les textes en vigueur ne prévoient pas de typologie des comportements susceptibles de faire l'objet d'une procédure d'engagements.

16. L'article L. 464-2 se contente en effet de faire référence aux « *préoccupations de concurrence susceptibles de constituer des pratiques prohibées* ». Le juge a repris cette définition large, tout en précisant que les préoccupations de concurrence en cause doivent être actuelles⁵. Le communiqué de procédure précise quant à lui que la procédure d'engagements s'applique à des situations qui soulèvent des préoccupations de concurrence encore actuelles et auxquelles il peut être mis fin rapidement.

17. La procédure d'engagements s'avère particulièrement adaptée aux pratiques unilatérales ou verticales dont l'effet serait de nature à réduire l'accès à un marché, comme en atteste l'analyse de la pratique décisionnelle de l'Autorité (cf. partie II ci-dessous). En revanche, l'Autorité n'applique pas cette procédure aux pratiques considérées comme tellement graves que l'atteinte à l'ordre public économique impose le prononcé d'une sanction pécuniaire : c'est notamment le cas des cartels et de certains abus de position dominante ayant causé un dommage à l'économie important⁶.

3. Le déroulement de la procédure

18. Plusieurs étapes doivent être distinguées dans le déroulement de la procédure d'engagements : (2-1) le déclenchement de la procédure à l'initiative de l'entreprise, (2-2) l'évaluation préliminaire, (2-3) l'offre d'engagements, (2-4) le test de marché et la publication des offres d'engagements, et (2-5) la clôture de la procédure.

3.1 Le déclenchement de la procédure

19. L'entreprise dont les comportements font l'objet d'une saisine de l'Autorité peut, dès qu'elle en a connaissance et tant que des griefs n'ont pas été notifiés, se rapprocher des services d'instruction pour explorer la possibilité d'un recours à des engagements.

20. Le déclenchement de la procédure d'engagements relève donc d'une appréciation stratégique de l'entreprise en fonction des faits en cause, qui devront entrer dans le champ d'application de la procédure, et de sa capacité à apporter une solution crédible et sérieuse pour remédier aux problèmes de concurrence.

21. Le déclenchement de la procédure doit nécessairement être antérieur à toute notification de griefs. Comme le rappelle le communiqué de procédure et à la différence du droit de l'Union européenne où les entreprises peuvent négocier des engagements jusqu'à un stade avancé de l'instruction, il ne peut être recouru aux engagements en France à partir du moment où une notification de griefs est émise⁷.

⁵ Cour d'appel de Paris, 6 novembre 2007, Canal 9 c. GIE « Les indépendants », 06/18379 : « les textes applicables supposent seulement la constatation d'une atteinte actuelle à la concurrence ».

⁶ Point 11 du Communiqué de procédure relatif aux engagements en matière de concurrence.

⁷ Point 13 du communiqué de procédure relatif aux engagements en matière de concurrence.

22. L'entreprise approche les services d'instruction de l'Autorité, dans le cadre de démarches préparatoires qui peuvent demeurer informelles (contacts téléphoniques ou électroniques par exemple), pourvu qu'elles attestent que l'entreprise est déterminée à explorer sérieusement la voie des engagements⁸.

23. Il est à noter que la démarche peut également s'effectuer dans le cadre d'une procédure de mesures conservatoires : à cet égard, la perspective du prononcé de mesures conservatoires peut inciter les entreprises, en amont, à remédier aux préoccupations de concurrence. Dans ce cas, les engagements peuvent être acceptés avant toute décision rendue sur la demande de mesures conservatoires⁹. Alternativement, la décision de mesures conservatoires peut constituer une base de discussion d'une offre d'engagements, au regard des injonctions prononcées par l'Autorité¹⁰ ou, à défaut, de l'évaluation préliminaire des pratiques figurant dans la décision de rejet de la demande et de poursuite de l'instruction au fond¹¹.

3.4 L'évaluation préliminaire

24. Si l'offre initiale d'engagements de l'entreprise semble, en première analyse, susceptible d'autoriser un aboutissement satisfaisant de la procédure, le rapporteur rédige une évaluation préliminaire qui précise en quoi les atteintes à la concurrence relevées sont susceptibles de constituer une pratique prohibée.

25. L'évaluation préliminaire ne vise pas à qualifier des pratiques : elle ne constitue pas, par conséquent, un acte d'accusation au sens de l'article 6§ 1 de la convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales car « *elle n'a pas pour objet de prouver la réalité et l'imputabilité d'infractions au droit de la concurrence en vue de les sanctionner* »¹².

26. Ce travail d'analyse au regard du droit de la concurrence a pour seul objectif l'identification des préoccupations de concurrence dont la libre appréciation est laissée à l'Autorité. Le rapporteur se contente de préciser en quoi les atteintes à la concurrence relevées sont « *susceptibles de constituer une pratique prohibée* »¹³.

27. La caractérisation des pratiques doit être suffisante afin de permettre à l'entreprise de formuler des engagements adaptés ainsi que le contrôle du caractère approprié des engagements par le juge.

⁸ Point 15 du communiqué de procédure relatif aux engagements en matière de concurrence.

⁹ Cf., par exemple, la décision 06-D-24 du 24 juillet 2006 relative à la distribution des montres commercialisées par Festina France.

¹⁰ Cf., par exemple, Mesure conservatoire 10-MC-01 du 30 juin 2010 relative à la demande de mesures conservatoires présentée par la société Navx et Décision 10-D-30 du 28 octobre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité sur Internet. Cf., également, Mesure conservatoire 08-MC-01 du 17 décembre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans la distribution des iPhones et Décision 10-D-01 du 11 janvier 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans la distribution des iPhones.

¹¹ Cf., par exemple, Décision 13-D-16 du 27 juin 2013 relative à une demande de mesures conservatoires concernant des pratiques mises en œuvre par le groupe SNCF dans le secteur du transport de personnes et Décision 15-D-05 du 15 avril 2015 relative à des pratiques mises en œuvre par le groupe SNCF dans le secteur transport de personnes.

¹² Arrêt de la Cour de cassation du 4 novembre 2008, Canal 9 c. GIE « Les indépendants ».

¹³ Ibid.

28. Après avoir pris connaissance des préoccupations de concurrence exprimées dans l'évaluation préliminaire, l'entreprise concernée formalise son offre d'engagements. L'Autorité n'est pas liée par cette demande et demeure libre d'enclencher formellement ou non la procédure en fonction de son appréciation en opportunité.

3.5 L'offre d'engagements

29. Dans un délai qui, sauf accord, ne peut être inférieur à un mois à compter de l'évaluation préliminaire, l'entreprise doit formaliser son offre d'engagements. Cette offre d'engagements doit être à même de répondre aux préoccupations de concurrence exprimées par l'Autorité et ces derniers devront être pertinents, crédibles et vérifiables.

30. La forme que pourront prendre ces engagements restent à la libre appréciation des entreprises et dépendront des circonstances de l'affaire. Peuvent être citées, à titre d'exemple : la modification de clauses contractuelles¹⁴, la révision des conditions générales applicables à une prestation¹⁵, la fourniture d'une offre de gros *via* un mécanisme d'enchères¹⁶ ou la réorganisation interne¹⁷.

3.6 Le test de marché

31. Une fois la proposition d'engagements reçue, celle-ci va être communiquée, d'une part, à l'auteur de la saisine et au commissaire du Gouvernement et, d'autre part, aux tiers dont les intérêts pourraient être affectés afin qu'ils puissent faire valoir leurs observations concernant l'offre d'engagements et contribuer à son examen.

32. A cet effet, le rapporteur général de l'Autorité fait publier un communiqué sur le site de l'Autorité, comprenant un résumé de l'affaire et de l'offre d'engagements afin de permettre aux tiers intéressés de présenter leurs observations dans un délai qui ne peut être inférieur à un mois à compter de sa publication.

33. Ce test de marché permet à l'Autorité de vérifier que les engagements sont pertinents, crédibles et vérifiables et qu'ils sont proportionnés aux préoccupations de concurrence exprimées dans l'évaluation préliminaire – c'est-à-dire nécessaire et suffisant pour mettre un terme aux préoccupations de concurrence. L'enjeu de cette étape incontournable est de permettre de réduire l'asymétrie d'informations entre l'Autorité et les opérateurs du marché et d'accroître la transparence sur la procédure en cours.

34. Les observations reçues de la part des tiers, qui sont intégralement versées au dossier, peuvent conduire à la recherche d'une amélioration ou d'une extension du périmètre des engagements proposés¹⁸.

¹⁴ Décision n° 15-D-06 du 21 avril 2015 sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Booking.com B.V., Booking.com France SAS et Booking.com Customer Service France SAS dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne.

¹⁵ Décision n° 10-D-30 du 28 octobre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité sur Internet.

¹⁶ Décision n° 07-D-43 du 10 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par Electricité de France.

¹⁷ Décision 14-D-04 du 25 février 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des paris hippiques en ligne.

¹⁸ Cf. par exemple, Décision 11-D-11 du 7 juillet 2011 relative à des pratiques mises en œuvre par le Groupement des Cartes Bancaires : à la suite du test de marché, le périmètre des engagements a été étendu afin de couvrir les commissions interbancaires portant sur les retraits en espèce (la CIR), de même que les

3.7 *La négociation et la clôture de la procédure*

35. Tant le saisissant que l'entreprise concernée ont « accès à l'intégralité des documents sur lesquels s'est fondé le rapporteur pour établir l'évaluation préliminaire et à l'intégralité de ceux soumis [à l'autorité] pour statuer sur les engagements »¹⁹, sous réserve de la protection des secrets d'affaires.

36. Une séance est organisée devant le Collège, lors de laquelle sera examinée au regard du standard applicable la dernière version des engagements tenant compte des améliorations éventuelles apportées sur la base des résultats du test de marché.

37. Les engagements proposés pourront faire l'objet de modifications en séance ou même être rejetés si l'Autorité estime que ceux-ci ne répondent pas aux préoccupations de concurrence. En effet, l'Autorité n'est jamais tenue d'accepter des engagements plutôt que d'agir par voie de sanction ou d'injonction à l'encontre des entreprises.

38. Dans les cas où, faute d'accord avec les entreprises, les engagements ne peuvent pas être retenus, les propositions d'engagements et les observations des tiers intéressés à leur sujet sont retirées du dossier. La procédure d'instruction reprend alors son cours.

39. Si l'Autorité considère que les engagements proposés répondent aux préoccupations de concurrence identifiées dans l'évaluation préliminaire, elle adopte une décision rendant ces engagements obligatoires et mettant fin à la procédure avant tout constat d'infraction.

40. L'Autorité n'accepte pas en revanche d'engagements qui excèdent ce qui est nécessaire pour résoudre les préoccupations de concurrence identifiées. Elle peut cependant donner acte de mesures complémentaires proposées par l'entreprise. Elle a procédé ainsi, s'agissant des changements apportés par Google à la politique de contenus de son service AdWords au-delà du seul secteur visé par l'instruction de l'Autorité (celui des dispositifs de contournement des contrôles routiers) pour l'étendre à tous les secteurs, dans tous les pays où le service est proposé²⁰.

41. Enfin, l'Autorité n'est pas tenue de formuler de préoccupations de concurrence ni *a fortiori* d'accepter des engagements en lien avec l'ensemble des pratiques alléguées par la ou les partie(s) saisissante(s). En effet, comme la Cour d'appel l'a jugé, « *la procédure d'engagements constitue l'un des outils qui permet à une autorité de concurrence d'exécuter sa mission consistant à garantir le fonctionnement de la concurrence sur les marchés, cette mission de défense de l'ordre public économique habilitant ladite autorité à rendre des décisions d'engagements, non pour satisfaire la demande d'une partie plaignante mais pour mettre fin à des situations susceptibles d'être préjudiciables à la concurrence* »²¹

commissions afférentes à l'utilisation des cartes professionnelles, et non exclusivement les cartes « consommateurs ».

¹⁹ Arrêt de la Cour de cassation du 4 novembre 2008, Canal 9 c. GIE « Les indépendants ».

²⁰ Décision du 28 octobre 2010, déjà citée, paragraphe 93 : « Lors de la séance du 4 octobre 2010, les représentants de Google ont indiqué qu'en pratique, l'entreprise appliquera à tous les contenus et à toutes les règles du service AdWords, dans tous les pays concernés par ce service, le principe des améliorations et clarifications apportées en application des engagements proposés. Conformément au point 39 du communiqué de procédure du 2 mars 2009 précité, il y a lieu pour l'Autorité de donner acte des mesures ainsi proposées par Google. »

²¹ Arrêt du 19 décembre 2013 de la cour d'appel de Paris, société Cogent Communications France.

42. La décision d'acceptation des engagements revêt le caractère d'une décision unilatérale, mettant fin à une situation potentiellement contraire au droit de la concurrence. Toutefois, elle ne se prononce pas sur la culpabilité de l'entreprise et ne peut être utilisée comme le premier terme d'une réitération de faits.

43. Si l'Autorité est saisie d'une plainte à l'encontre de pratiques qui ont déjà fait l'objet d'une décision d'engagements, elle ne peut classer cette plainte sur le fondement du principe *non bis in idem*, en l'absence de toute qualification des pratiques en cause dans la décision d'engagements. Toutefois, l'Autorité constatera, le cas échéant, qu'il n'y a plus lieu à agir, compte tenu de la cessation des faits en cause.

4. La mise en œuvre de la procédure d'engagements

44. Les entreprises disposent d'une grande liberté dans la conception des engagements qu'elles peuvent proposer, sous réserve de satisfaire les conditions évoquées plus haut. Les 56 décisions d'engagements adoptées depuis 2004 attestent de la mise à profit, par les entreprises, de cette liberté.

45. Une typologie de la pratique décisionnelle de l'Autorité peut ainsi être faite par nature des pratiques en cause (1) ainsi que par secteur concerné (2).

4.1 Analyse de la pratique décisionnelle par nature des pratiques en cause

46. Comme indiqué précédemment, l'Autorité se refuse à utiliser la procédure d'engagements dans les cas où l'atteinte à l'ordre public économique justifie le prononcé de sanctions pécuniaires, en excluant explicitement les cartels ainsi que certains abus de position dominante ayant causé un dommage à l'économie important.

47. Sur 56 décisions d'engagements adoptées depuis 2004, 59 % portent sur des préoccupations en lien avec des pratiques d'abus de position dominante²².

48. Les préoccupations liées à des ententes, pour l'essentiel verticales,²³ ne concernent que 27 % des décisions d'engagements adoptées par l'Autorité depuis 2004. Enfin, 14 % des décisions d'engagements depuis 2004 concernent des pratiques mixtes²⁴ (ententes et abus de position dominante).

49. Comme le relève le communiqué de procédure²⁵, la procédure d'engagements apparaît plus adaptée à des pratiques unilatérales ou verticales dont l'effet serait de nature à restreindre l'accès à un marché.

4.2 Analyse de la pratique décisionnelle par secteur

50. Les décisions d'engagements interviennent dans des secteurs très variés, et en particulier:

²² Voir notamment les décisions de l'Autorité de la concurrence n° 14-D-11 du 2 octobre 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de billets de train ou n° 14-D-09 du 4 septembre 2014 sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Nestlé, Nestec, Nestlé Nespresso, Nespresso France et Nestlé Entreprises dans le secteur des machines à café expresso.

²³ Voir notamment les décisions de l'Autorité de la concurrence n° 15-D-12 du 30 juillet 2015 sur les pratiques mises en œuvre par la Fédération française des clubs alpins et de montagne et les Compagnies de guides de Chamonix et de Saint Gervais dans le secteur des guides de haute montagne.

²⁴ Voir notamment la décision n° 15-D-06, Booking.com, précitée.

²⁵ Point 12 du communiqué de procédure relatif aux engagements en matière de concurrence.

1. les services de télécommunications : six décisions ont été adoptées et concernent France Télécom²⁶ et TDF²⁷ ;
2. les services de publicité : cinq décisions adoptées dont deux décisions concernent les Pages jaunes²⁸ et une décision concernant Google²⁹ ;
3. la presse : six décisions adoptées dont quatre décisions concernent les « nouvelles messageries de la presse parisienne » (NMPP, devenues Presstalis)³⁰ ;
4. la distribution, notamment en ligne³¹.

51. La procédure d'engagements se prête notamment au traitement de l'articulation entre droit de la concurrence et exercice des droits de propriété intellectuelle³², de l'effectivité de l'ouverture d'un marché, anciennement sous monopole légal, à la concurrence³³ ou des risques de préemption de marchés naissants, à évolution rapide³⁴.

²⁶ Voir les décisions de l'Autorité de la concurrence n° 06-D-20, n° 08-D-21, n° 09-D-11 et n° 12-D-18.

²⁷ Voir les décisions de l'Autorité de la concurrence n° 07-D-30 et n° 15-D-09.

²⁸ Voir les décisions de l'Autorité de la concurrence n° 06-D-20 et n° 12-D-22.

²⁹ Voir la décision de l'Autorité de la concurrence n° 10-D-30.

³⁰ Voir les décisions de l'Autorité de la concurrence n°06-D-01, n° 07-D-32, n° 08-D-04 et n° 12-D-16.

³¹ Voir les décisions de l'Autorité de la concurrence n° 06-d-24 (Festina), n° 06-D-28 (matériels Hi-fi et Home cinéma), n° 07-d-07 (Produits d'hygiène pour le corps), Décision n° 15-D-06 du 21 avril 2015 sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Booking.com B.V., Booking.com France SAS et Booking.com Customer Service France SAS dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne.

³² Décision n° 07-D-31 du 9 octobre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Automobiles Citroën. V. également la décision Nespresso, déjà citée.

³³ Décision n° 07-D-30 du 5 octobre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par la société TDF dans le secteur de la diffusion hertzienne terrestre des services audiovisuels en mode analogique.

³⁴ Voir notamment décision n° 10-D-01, Iphone.

5. Le suivi de la procédure d'engagements

52. Le suivi efficace des engagements conditionne leur effet utile. À cet égard, plusieurs questions peuvent se poser aux entreprises comme à l'Autorité, en lien avec la durée des engagements (1), les mécanismes mis en place afin d'assurer leur suivi (2), ou encore la sanction de leur non-respect (3). Par ailleurs, la vie de la décision d'acceptation d'engagements s'entend également du lancement d'actions en réparation consécutives à son adoption (4).

5.1 La durée des engagements

53. En fonction du type d'engagement concerné, des pratiques et du marché en cause, les engagements pourront être adoptés pour une durée indéterminée lorsqu'il doit être remédié aux préoccupations de concurrence de manière durable ou, au contraire, pourront être limités dans le temps, lorsque le rétablissement de la concurrence est prévisible.

54. La pratique récente de l'Autorité fait ressortir une proportion à peu près équivalente de décisions avec un terme fixe et de décisions comprenant des engagements à durée indéterminée, étant noté que certaines décisions combinent les deux types d'engagements.

55. Par ailleurs, à défaut de prévoir une durée, les engagements peuvent contenir une clause de révision précisant que lorsque des circonstances de droit ou de fait le justifient, l'entreprise pourra saisir l'Autorité d'une demande de révision ou de suppression des engagements : ces clauses rappellent ainsi le mécanisme de révision auquel il est expressément pourvu au point 46 du communiqué de procédure. Plus rarement, les engagements incluent une clause de revoyure par laquelle l'Autorité et l'entreprise s'engagent à évoquer, à une échéance déterminée, la pertinence du maintien des engagements. Le formalisme et les obligations accessoires à cette clause varient³⁵. Enfin, dans l'affaire Booking.com, déjà évoquée, les engagements souscrits incluent un bilan intermédiaire et contradictoire de leur efficacité, sur la base d'un rapport établi par l'entreprise, au plus tard dix-huit mois après l'entrée en vigueur des engagements acceptés par l'Autorité. Ce bilan fera en particulier l'objet d'un examen en séance, devant le Collège de l'Autorité.

56. En tout état de cause, et comme précisé au point 46 du communiqué de procédure, il revient à l'Autorité d'apprécier la nécessité de réviser des engagements au regard des changements intervenus sur le marché en cause.

57. L'Autorité a ainsi rendu, en novembre 2015, une décision par laquelle elle délègue la Fédération française de golf des engagements acceptés trois ans auparavant, dans le secteur de la distribution d'assurances complémentaires à destination des joueurs de golf. Sollicitée par la Fédération, l'Autorité s'est saisie d'office et, à l'issue d'un test de marché, a conclu au caractère non obligatoire du principal engagement à compter de la notification de sa décision, les autres engagements, instantanés ou périphériques, étant par ailleurs devenus sans objet³⁶.

5.2 Le suivi des engagements

58. Au-delà de la durée des engagements et de leur révision éventuelle, se pose la question du suivi qui doit être consacré à la mise en œuvre et au respect des engagements, suivi qui incombe à l'Autorité en

³⁵ Voir, par exemple, la décision n° 14-D-11 du 2 octobre 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de billets de train.

³⁶ Décision n° 15-D-16 du 27 novembre 2015 relative à la demande de révision des engagements de la Fédération Française de Golf rendus obligatoires par la décision n° 12-D-29 du 21 décembre 2012

vertu de l'article L.464-8 du code de commerce : « *L'Autorité de la concurrence veille à l'exécution de ses décisions* ».

59. Ainsi, au-delà du suivi réalisé en propre par les services de l'Autorité, il existe une grande variété de procédés de surveillance des engagements qui dépendront de la nature des engagements adoptés.

60. Certaines décisions prévoient ainsi des mécanismes de surveillance interne *via* un rapport annuel qui sera transmis à l'Autorité³⁷ ou par création d'un comité interne d'évaluation et de suivi des engagements³⁸.

61. Il existe également une possibilité de recourir à un tiers indépendant qui assurera le suivi des engagements. Moins répandue que dans le cadre du contrôle des concentrations, cette modalité de suivi tend malgré tout à se développer : à cet égard, trois décisions sur les onze décisions d'engagements adoptées par l'Autorité entre 2013 et 2015 prévoient la nomination d'un mandataire. Ainsi, le PMU a désigné un mandataire pour assurer le suivi de son engagement de séparation des masses d'enjeu en dur et en ligne³⁹ ; Nestlé Nespresso SA a désigné un « tiers de confiance » chargé du suivi de l'engagement de communication sur les modifications techniques apportées aux machines Nespresso⁴⁰ ; le groupe SNCF a désigné un mandataire en charge, en particulier, du suivi des conditions d'accès aux savoir-faire et moyens de SNCF, non répliquables par ses concurrents, et nécessaires à la formulation d'une réponse à un appel d'offres de marché d'assistance technique d'une autorité organisatrice de transport⁴¹.

5.3 *Le respect des engagements*

62. Les entreprises étant à l'initiative des engagements, elles sont à même d'en apprécier précisément la portée et le sens. Il est donc nécessaire que la sanction éventuelle pour non-respect des engagements soit exemplaire.

63. La pratique décisionnelle constante de l'Autorité relève que le non-respect d'engagements est une pratique « *grave en elle-même* »⁴². Dans le même sens, la cour d'appel de Paris a estimé que le non-respect d'injonctions constitue, « *en soi (...)* une pratique d'une gravité exceptionnelle »⁴³.

64. Par ailleurs, indépendamment de la gravité intrinsèque de l'infraction, l'Autorité est susceptible d'examiner l'incidence que la violation des engagements a pu avoir sur la concurrence que ces derniers visaient à préserver, ainsi que l'étendue des engagements violés.

³⁷ Voir la décision de l'Autorité de la concurrence n° 13-D-18 du 20 septembre 2013 relative à des pratiques de Visa relevées dans le secteur des cartes de paiement.

³⁸ Voir la décision de l'Autorité de la concurrence n° 07-D-30 du 5 octobre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par la société TDF dans le secteur de la diffusion hertzienne terrestre des services audiovisuels en mode analogique.

³⁹ Décision n° 14-D-04 du 25 février 2014, déjà citée.

⁴⁰ Décision n° 14-D-09 du 4 septembre 2014, déjà citée.

⁴¹ Décision n° 15-D-05 du 15 avril 2015 relative à des pratiques mises en œuvre par le groupe SNCF dans le secteur transport de personnes.

⁴² Autorité de la concurrence, décision n° 10-D-21 du 30 juin 2010 relative au respect, par les sociétés Neopost France et Satas, des engagements pris dans la décision du Conseil de la concurrence n° 05-D-49 du 25 juillet 2005.

⁴³ Cour d'appel de Paris, 11 janvier 2005, France Télécom.

65. Le non-respect d'engagements encourt une sanction pécuniaire dont le plafond est identique à celui applicable aux infractions au droit de la concurrence (article L. 464-3 du code de commerce), reflétant l'importance accordée par le législateur à la bonne application des remèdes souscrits par les entreprises elles-mêmes.

66. Il demeure qu'à ce jour peu de décisions de non-respect d'engagements ont été adoptées (3 depuis 2000⁴⁴), ce qui peut notamment s'interpréter comme l'adhésion plus grande des entreprises à des solutions qu'elles ont contribué à façonner, si l'on compare, par exemple, avec le nombre de décisions de sanction pour non-respect d'injonctions (10 depuis 2000).

67. Dans sa dernière décision en date, l'Autorité a sanctionné le groupement d'intérêt économique (GIE) « Les Indépendants » pour non-respect des engagements concernant les modalités d'adhésion et de sortie du GIE actif sur le marché de la publicité radiophonique. Dans le cadre du contrôle des engagements, l'Autorité s'est saisie d'office et a constaté l'existence de plusieurs manquements qu'elle a sanctionnés à hauteur de 300.000 euros, soit approximativement 4 % du chiffre d'affaires annuel du GIE « Les Indépendants ». Elle a également imposé plusieurs injonctions, sous astreinte, visant en particulier à revenir sur les modifications qui avaient été apportées au règlement intérieur du GIE en tant qu'elles contrevenaient aux engagements.

5.4 la procédure d'engagements et Les actions en réparation

68. Les décisions d'engagements ne valent ni reconnaissance par l'entreprise, ni constat par l'Autorité de l'existence d'une pratique anticoncurrentielle. L'entreprise qui s'estime victime d'une pratique ayant fait l'objet d'une décision d'acceptation d'engagements devra établir leur caractère anticoncurrentiel dans le cadre de son action en réparation. La transposition prochaine de la directive sur les actions en dommages et intérêts⁴⁵ ne modifiera pas, à cet égard, le droit positif en limitant l'effet de présomption irréfragable devant les juridictions nationales attaché à une décision définitive de l'Autorité à celles de ses décisions qui constatent un manquement sur le fondement des articles 101 et/ou 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

69. Pour autant, ce n'est pas parce qu'une décision d'engagements a été adoptée que les victimes ne pourront introduire une action en dommages et intérêts à l'encontre de l'entreprise qui a consenti des engagements. Le droit français ne s'oppose en effet pas à ce qu'une victime potentielle ou une partie à la procédure engage une telle action en justice⁴⁶.

70. Plusieurs jugements⁴⁷ illustrent ainsi la possibilité pour les entreprises d'obtenir réparation du préjudice qu'elles prétendaient avoir subi en raison de pratiques ayant fait l'objet d'une décision

⁴⁴ Voir les décisions de l'Autorité n° 10-D-21, Neopost précitée, n° 11-D-10 du 6 juillet 2011 relative au respect, par la ville de Marseille, des engagements pris dans la décision du Conseil de la concurrence n° 08 D 34 du 22 décembre 2008 et n° 15-d-02 du 26 février 2015 relative au respect, par le GIE « Les Indépendants », des engagements pris dans la décision du Conseil de la concurrence n° 06-D-29 du 6 octobre 2006.

⁴⁵ Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne.

⁴⁶ Point 43 du communiqué de procédure relatif aux engagements en matière de concurrence.

⁴⁷ Voir notamment Tribunal de commerce de Paris, DKT International/ Eco emballages et Valorplast, 30 mars 2015. Voir également Tribunal de commerce de Paris, Google NavX, 27 décembre 2012 : en l'espèce, l'abus de position dominante et de dépendance économique a été écarté par le juge, qui a retenu

d'engagements et ont conduit au prononcé de condamnations à l'encontre d'entreprises ayant adopté des engagements.

71. Se posait néanmoins, dans le cadre de ces instances, la question de la production devant le juge de la réparation des pièces issues de la procédure devant l'Autorité.

72. Ainsi, dans deux affaires, le demandeur avait, sur le fondement de l'article 138 du code de procédure civile, demandé au juge d'enjoindre à l'Autorité de produire les pièces du dossier dont le demandeur disposait déjà en tant que partie à la procédure devant l'Autorité. L'objectif consistait, pour le demandeur, à échapper à la sanction pénale de la violation du secret de l'instruction, telle que prévue à l'article L. 463-6 du code de commerce⁴⁸.

73. Or la Cour d'appel de Paris, en référence à la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation⁴⁹, a confirmé à deux reprises⁵⁰ qu'un plaignant, qui disposait déjà des pièces en cause mais craignait de les produire, pouvait légitimement verser aux débats ces pièces obtenues au cours d'une instruction devant l'Autorité, sous réserve de prouver leur nécessité pour l'exercice de ses droits. Qui plus est, l'Autorité n'a pas à supporter le risque éventuel d'une infraction pénale, le plaignant et demandeur à l'instance étant parfaitement à même d'apporter la justification de cette nécessité, au cas par cas : *« l'Autorité et ses agents n'ont pas à assumer le risque d'une violation du secret professionnel aux lieux et place de la partie qui est seule à même de connaître exactement, alors qu'elle-même en dispose déjà, les pièces nécessaires à l'exercice de ses droits »*. La transposition prochaine de la directive devrait, en tout état de cause, limiter la survenance à l'avenir de telles problématiques, par le double jeu de l'article 7 (qui autorise les parties à la procédure devant l'Autorité, sous certaines limites bien définies, à produire en justice, dans le cadre du contentieux indemnitaire, des pièces du dossier de l'Autorité) et de l'article 6, paragraphe 10 (en vertu duquel l'autorité de concurrence n'est destinataire d'une injonction de production de pièces qu'en l'absence de possibilité raisonnable, pour toute autre partie ou tiers, de les fournir).

en revanche la responsabilité de Google pour rupture brutale des relations commerciales, sur le fondement de l'article L.442-6 du code de commerce.

⁴⁸ Voir notamment affaire Ma Liste de courses : T. com. Paris, 15e ch. 24 août 2011, RG n° 2011014911 ; T. com. Paris, 15e ch., MLDC, 16 mars 2012. Voir également affaire DKT : T.com., DKT, 16 mars 2012.

⁴⁹ Cour de cassation, chambre commerciale, Semavem, 08-19761, 19 janvier 2010.

⁵⁰ Cour d'appel de Paris, Ma liste de course, 20 novembre 2013 (RG n° 12/05813). Cour d'appel de Paris, DKT, 24 septembre 2014 (RG n° 12/06864).