

<p>COMMENTAIRES SUR LE PROJET DE COMMUNIQUE DE PROCEDURE RELATIF AUX ENGAGEMENTS</p> <p>WILLKIE FARR &amp; GALLAGHER LLP</p>
--

1. Le présent document vise à exposer les commentaires de Willkie Farr & Gallagher LLP à la suite de la consultation publique initiée par le Conseil de la concurrence (ci-après *le Conseil*) sur son projet de communiqué relatif à la procédure d'engagements prévue par l'article L.464-2-I du Code de commerce (ci-après le *Projet*).
2. Nous comprenons que l'objet de cette consultation est de permettre à l'ensemble des praticiens et autres personnes intéressées d'exprimer leurs réactions sur ce Projet, afin que le Conseil puisse y apporter toute amélioration utile destinée à mieux guider les entreprises dans leurs démarches et à rendre la procédure d'engagements la plus transparente et efficace possible.
3. Dans ce cadre, nous nous félicitons de la publication de ce document qui vient utilement clarifier le déroulement et la portée de la procédure d'engagements. Ce Projet est d'autant plus le bienvenu que la procédure d'engagements connaît un succès croissant depuis sa première mise en œuvre en 2005 : le nombre de décisions d'acceptation d'engagements se multiplie et cette procédure est appliquée dans des situations toujours plus variées (avec notamment la mise en œuvre des premières procédures associant mesures conservatoires et engagements<sup>1</sup>).
4. De surcroît, la procédure d'engagements a récemment fait l'objet des premiers recours devant la Cour d'appel de Paris, qui ont notamment porté sur le déroulement même de la procédure (respect du principe du contradictoire, accès des tiers au dossier, intervention du Collège dans le cadre de la négociation des engagements avec les entreprises concernées...)<sup>2</sup>. Ce Projet permet ainsi au Conseil de confirmer les acquis les plus récents de la jurisprudence française sur ce sujet. Il permet également au Conseil de tirer les enseignements de la jurisprudence du Tribunal de Première Instance des Communautés européennes qui s'est prononcé sur différents aspects de la procédure communautaire prévue par l'article 9 du Règlement n°1/2003 (proportionnalité des engagements au préoccupations de concurrence de la Commission européenne, implication des entreprises tiers directement concernées par l'adoption des engagements...)<sup>3</sup>.
5. Il nous semble toutefois nécessaire d'attirer l'attention du Conseil sur certains points qui, à notre sens, devraient être précisés et/ou amendés afin d'accroître la transparence et l'efficacité de cette procédure. Les commentaires exposés ci-après portent ainsi notamment sur le rôle respectif des entreprises concernées, des tiers, du Rapporteur en charge du dossier et du Collège dans le cadre de la mise en œuvre de procédure (initiative de la procédure, négociation des engagements...) ainsi que sur la portée et les conséquences de la décision adoptée par le Conseil (renvoi à l'instruction en cas d'échec de la procédure ou acceptation des engagements).

---

<sup>1</sup> Décision n°07-D-43 du 10 décembre 2003 EDF/Direct Energie.

<sup>2</sup> Arrêt du 16 octobre 2007 dans l'affaire Bijourama et arrêt du 6 novembre 2007 dans l'affaire Canal 9.

<sup>3</sup> Arrêt du TPICE Alrosa du 11 juillet 2007, affaire T-170/06.

**IV. MISE EN ŒUVRE DE LA PROCEDURE****A. ÉVALUATION PRELIMINAIRE****1. Moment****▪ *Paragraphe 13 : procédure d'engagements suite à une notification des griefs***

6. Le Projet précise catégoriquement qu'« *il ne peut [donc] plus être recouru aux engagements à partir du moment où une notification des griefs émise* ».
7. Cette restriction, qui ne figure pas dans les dispositions législatives et réglementaires relatives à la procédure d'engagements, nous semble excessive : une formulation plus souple, qui prévoirait notamment qu'en règle générale, une procédure d'engagements est initiée avant toute notification des griefs, serait à notre sens préférable.

En effet, le Conseil a déjà accepté qu'une procédure d'engagements soit initiée après l'envoi d'une notification des griefs (cf. la décision n°05-D-16 SACD du 26 avril 2005). Certes en l'espèce l'adoption tardive de la procédure d'engagements s'expliquait par le fait qu'à la date d'engagement de la procédure contentieuse, la possibilité de proposer des engagements n'existait pas encore<sup>4</sup>. Ceci dit, l'initiation d'une procédure d'engagements postérieurement à la notification des griefs devrait demeurer possible, si les faits d'espèce le justifient.

A cet égard, s'il est vrai que la procédure de non contestation des griefs ne peut intervenir, par définition, que postérieurement à la notification des griefs, cette restriction n'implique nullement que, par symétrie, la procédure d'engagements ne puisse intervenir qu'avant la notification des griefs. Madame le Rapporteur Général adjoint, Irène Luc, relevait ainsi dès 2005 que : « *la nouvelle procédure d'engagements permet au Conseil d'accepter les engagements proposés par les entreprises indépendamment de toute reconnaissance des faits et à tout moment de la procédure, alors que, par définition, le recueil des engagements des entreprises ne peut intervenir dans la procédure de non contestation des griefs, dite de transaction, qu'après la notification des griefs* »<sup>5</sup>.

D'ailleurs, on rappellera qu'au niveau communautaire, conformément à l'article 9 du Règlement n°1/2003, la Commission a déjà accepté des engagements proposés par les entreprises postérieurement à l'envoi d'une notification des griefs (voir en ce sens l'affaire *Alrosa*<sup>6</sup>).

---

<sup>4</sup> Voir en ce sens Emmanuelle Claudel, droit processuel de la concurrence « *la montée en puissance de la procédure d'engagements* » RTD Com avril/juin 2005, p.272.

<sup>5</sup> Irène Luc « *Une nouvelle procédure, vers une résolution négociée des problèmes de concurrence* » - Concurrences, RDLC n°1-2005, p.10. Soulignement ajouté.

<sup>6</sup> Affaire n° COMP/E-3/38.381, décision du 22 février 2006. Précisons toutefois par souci d'exhaustivité que les notifications de griefs avaient également été adressées aux entreprises avant l'entrée en vigueur du Règlement n°1/2003

▪ **Paragraphe 14 : formulation de l'évaluation préliminaire et initiative de la procédure**

8. Dans son paragraphe 14, le Projet prévoit également qu'en pratique, l'évaluation préliminaire n'est formulée que (i) si la nature des préoccupations s'y prête, (ii) s'il ressort des contacts entre le service d'instruction et l'entreprise que celle-ci est ouverte à l'éventualité de prendre des engagements, et (iii), enfin, que si le projet d'engagements émis par l'entreprise semble à première vue satisfaisant.
9. Cette dernière condition est directement infirmée par le paragraphe 19 du Projet qui prévoit, à l'inverse, que l'entreprise concernée fait connaître au rapporteur si elle demande le bénéfice de la procédure d'engagements après avoir pris connaissance des préoccupations de concurrence exprimées dans l'évaluation préliminaire.
10. Cette condition ne paraît également pas conforme à la pratique actuelle du Conseil selon laquelle une évaluation préliminaire peut être envoyée avant toute proposition d'engagements par les entreprises.

Elle nous semble de surcroît incompatible avec la souplesse de la procédure d'engagements, qui prévoit notamment que l'évaluation préliminaire peut intervenir en cours d'audience dans le cadre d'une procédure de mesures conservatoires.

Surtout, elle nous paraît susciter un problème de principe : afin de s'assurer de la proportionnalité de leurs engagements aux préoccupations de concurrence du Conseil et d'éviter de ce fait tout engagement excessif, les entreprises devraient disposer de l'évaluation préliminaire avant de formuler leur proposition d'engagements (à tout le moins quand l'adoption de la procédure d'engagements est à l'initiative du Conseil - *cf. infra, pt. 10*).

L'envoi d'une évaluation préliminaire ne devrait donc, selon nous, être subordonné qu'au fait que la nature des préoccupations identifiées par le Conseil s'y prête et que les entreprises sont ouvertes à une négociation.

11. A l'inverse, afin de renforcer l'efficacité de la procédure d'engagements, il nous semble souhaitable de prévoir que les entreprises puissent prendre l'initiative de proposer au Conseil un projet d'engagements à la suite de l'ouverture d'une procédure à leur égard<sup>7</sup>. Pour ce faire, il serait nécessaire que les entreprises soient informées suffisamment tôt (en tout état de cause en amont de l'envoi d'une notification des griefs) de l'ouverture de ladite procédure.

A supposer que le Conseil estime l'adoption d'une procédure d'engagement appropriée (au vu notamment de la gravité ou de l'ampleur limitée des pratiques), cette initiative permettrait en effet d'accélérer la résolution des affaires, au bénéfice du Conseil comme des entreprises.

Afin d'éviter l'adoption d'engagements excessifs (*cf. supra, pt. 9*), il serait toutefois nécessaire de préciser que, dans l'hypothèse d'une procédure d'engagements mise en œuvre à l'initiative des entreprises, une attention toute particulière sera portée à la proportionnalité des engagements souscrits. En particulier, il serait nécessaire de rappeler que l'initiation d'une procédure

---

<sup>7</sup> Pour l'affaire Coca-Cola au niveau communautaire, voir notamment John Davies, Angélique de Brousse, « *Le point de vue des praticiens du droit communautaire* », RDLC n°1 -2005 p.13.

d'engagements ne préjuge pas de la possibilité pour le Conseil d'adopter *in fine* une décision de non-lieu<sup>8</sup>. En tout état de cause, à supposer que le Conseil ne donne pas suite à la proposition d'engagements formulée par les entreprises, cette proposition ne devrait en aucun cas affecter l'éventuelle défense des entreprises sur le fond (*cf. infra*).

▪ **Paragraphe 19 : refus du Conseil d'enclencher la procédure d'engagements**

12. Aux termes du Projet, les propositions d'engagements transmises par les entreprises ne préjugent pas de la décision du Conseil d'enclencher formellement ou non la procédure.
13. Or, à notre sens, après qu'une procédure d'engagements a été initialement jugée appropriée par le Conseil et que les entreprises ont ainsi déposé des engagements en réponse à une évaluation préliminaire, dans l'hypothèse où le Conseil refuserait finalement d'enclencher la procédure d'engagements, il devrait à tout le moins motiver les raisons de son refus.

De surcroît, en cas du renvoi du dossier à l'instruction, les entreprises devraient bénéficier de garanties procédurales permettant de s'assurer que leurs propositions d'engagements ne fragilisent pas leur défense au fond.

Il est renvoyé sur ces deux points aux commentaires relatif au paragraphe 38 du Projet (*cf. infra*).

**B. DEROULEMENT DE LA PROCEDURE**

**2. Test de marché**

▪ **Paragraphe 23 : publication des engagements**

14. Conformément, au décret n°2005-1668 du 27 décembre 2005, le Projet prévoit la publication à l'intention des tiers intéressés d'un « *communiqué comprenant un résumé de l'affaire et de l'offre d'engagement* », réalisée en pratique sur le site Internet du Conseil.
15. Il nous semblerait préférable d'indiquer que le texte même des engagements est publié en intégralité sur le site Internet du Conseil. En effet, les tiers intéressés doivent être mis en mesure de commenter la formulation précise des engagements proposés par les entreprises. Au surplus, cette précision serait conforme à la pratique actuelle du Conseil.
16. La simple diffusion sur le site Internet du Conseil, en pratique, ne couvre pas totalement le risque de voir des tiers ne pas avoir pu prendre connaissance du projet d'engagements. Il pourrait donc s'avérer opportun de demander aux entreprises concernées, en début de procédure, d'identifier les tiers susceptibles d'être concernés par les engagements (procédure équivalente à celle consistant à donner les noms et adresses de tiers dans le cadre d'un formulaire de notification de concentration). Ces tiers seraient alors directement destinataires du résumé de l'affaire et de l'offre d'engagements.

---

<sup>8</sup> Pour l'adoption d'une décision de non-lieu à la suite de l'initiation d'une procédure d'engagements, voir la décision n°07-D-35 du 7 novembre 2007 Sirona Dental Systems.

▪ *Paragraphe 25 : communication des observations aux parties*

17. Le Projet précise également que, conformément à la pratique actuelle du Conseil, l'ensemble des observations reçues dans le cadre du test de marché sont communiquées aux parties.
18. A cet égard, dans un souci d'efficacité, il nous semblerait utile que le Conseil accorde expressément aux entreprises la faculté de modifier leurs engagements dès réception de ces observations. La version amendée des engagements serait alors être communiquée avant l'audience à tous les participants (autres entreprises concernées, plaignants, DGCCRF). Elle pourrait en pratique être transmise simultanément à l'envoi de la lettre du Rapporteur général convoquant les parties à l'audience trois semaines au moins avant sa tenue<sup>9</sup>.

**3. Accès au dossier**

▪ *Paragraphe 26 : contenu du dossier auquel ont accès les entreprises*

19. Le Projet précise que les entreprises concernées comme les plaignants, ont accès aux seules pièces du dossier sur lequel se fonde le Collège pour rendre sa décision, c'est-à-dire principalement l'évaluation préliminaire et les observations des tiers<sup>10</sup>.

Cette indication est conforme aux conclusions de la Cour d'appel qui a constaté dans son arrêt Canal 9 précité que le plaignant ne pouvait se prévaloir d'une violation du principe du contradictoire du fait qu'il n'avait pas eu accès au rapport administratif d'enquête, dans la mesure où le Conseil ne s'était pas fondé sur ce document pour adopter la décision litigieuse.

20. S'il est vrai que la procédure d'engagements est caractérisée par sa souplesse qui n'impose pas les mêmes garanties procédurales qu'une procédure d'instruction classique, il nous semble toutefois que l'accès systématique (tout au moins par les entreprises concernées) aux autres pièces du dossier, plus particulièrement au rapport administratif d'enquête, pourrait s'avérer particulièrement utile.

Un accès plus large au dossier permettrait en effet aux entreprises concernées de mieux ajuster leurs engagements, et donc notamment de ne pas proposer des engagements disproportionnés aux préoccupations suscitées par le rapport d'enquête, ce qui pourrait avoir pour effet de « fragiliser » juridiquement les décisions d'acceptation d'engagements (voir l'affaire *Alrosa*, précitée).

D'ailleurs, il sera rappelé que, lors de précédentes affaires ayant conduit à l'adoption d'une décision d'engagements, certaines entreprises visées par l'évaluation préliminaire ont précisément pu avoir accès au rapport administratif d'enquête (voir notamment la décision n°05-D-29 des Haras Nationaux du 16 juin 2005).

---

<sup>9</sup> Voir le décret n°2005-1668 du 27 décembre 2005.

<sup>10</sup> Cette analyse est conforme aux conclusions du juge communautaire qui, dans l'arrêt *Alrosa* précité a constaté que la Commission n'avait pas accordé à temps aux entreprises concernées, en l'espèce *Alrosa*, un accès suffisant aux observations des tiers. En l'espèce, précisons que le TPICE n'a donc pas statué sur l'accès aux autres pièces du dossier ni sur l'accès des plaignants au dossier.

#### 4. Négociation des engagements

▪ *Paragraphes 29, 30 et 31 : rôles respectifs du Rapporteur et du Collège*

21. Une des questions essentielles soulevée par la procédure d'engagements est la répartition des responsabilités entre le Rapporteur et le Collège et l'implication de ce dernier dans le cadre de la négociation des engagements.

A cet égard, le Projet répond aux attentes des entreprises qui souhaitent être assurées que les engagements qu'elles négocient avec le Rapporteur pourront être acceptés par le Collège sous réserve de quelques modifications, notamment liées aux résultats du test de marché<sup>11</sup> : l'implication du Collège dans le cadre de la négociation des engagements semble pour ce faire nécessaire, ce qui est précisé par le Projet.

22. Toutefois, il convient de rappeler que la Cour d'appel n'a validé la participation active du Conseil que dans l'ultime phase de la négociation des engagements, c'est-à-dire lors de la séance au cours de laquelle interviennent également directement les plaignants et la DGCCRF<sup>12</sup>. Il s'agit en effet d'un véritable « forum de discussion » permettant l'intervention de toutes les parties présentes et conduisant à l'ultime modification des engagements. A l'inverse, la Cour d'appel n'a apporté aucune précision concernant l'implication du Conseil lors des phases préalables de négociation entre le Rapporteur et les entreprises.

Or, même si la Cour d'appel a expressément constaté qu'en l'absence d'acte d'accusation, la procédure d'engagements échappait à l'application de l'article 6§1 de la CEDH imposant une séparation des fonctions d'instruction et de jugement<sup>13</sup>, il nous semble que la participation plus précoce du Collège, dès les premières phases de négociation, pourrait susciter certaines difficultés.

En particulier, une participation du Collège préalablement au test de marché et à l'audience, si elle est certes favorable aux entreprises visées par la procédure d'engagements soucieuses d'être assurées des chances de succès de leurs engagements, serait prématurée dans la mesure où ce n'est qu'à compter de ces deux phases de la procédure que se manifeste une intervention active des plaignants et/ou des tiers intéressés.

En outre, des difficultés particulières pourraient surgir si le Conseil, associé dès le début d'une négociation, décidait *in fine* de ne pas donner une issue amiable à l'affaire en cause. En effet, ce faisant, le Conseil serait considéré comme d'ores et déjà pleinement informé d'une affaire qui,

---

<sup>11</sup> Voir à cet égard Guillaume Cerutti, - *Quelques considérations sur l'introduction en droit français des engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles*, RDLC n°1 2005 p.11 : « *Le succès de la procédure en matière de concentrations tient ainsi au fait que les entreprises savent que les engagements qu'elles proposent, s'ils sont acceptés par les négociateurs de la DGCCRF, permettront d'obtenir une autorisation du ministre. Transposées dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles, cette exigence pose la question de la répartition des responsabilités entre le collègue et le rapporteur général du Conseil de la concurrence et les modalités de définition du mandat de négociation du second sous le contrôle du premier* ».

<sup>12</sup> Arrêt Canal 9 précité.

<sup>13</sup> Id.

pourtant, serait renvoyée au circuit classique de l'instruction (*cf. infra* - commentaires sur le paragraphe 38 du Projet).

▪ **Paragraphes 32, 36 et 37 : nature des engagements**

23. Le Projet est silencieux sur la nature des engagements susceptibles d'être proposés par les entreprises. Il se contente d'indiquer que ceux-ci peuvent être variés (**paragraphe 36**) pour autant qu'ils soient pertinents, crédibles, vérifiables et proportionnés (**paragraphe 32**).
24. Le Conseil pourrait utilement compléter ces éléments en apportant, au vu de la vingtaine de procédures d'engagements qu'il a déjà initiées ainsi qu'au vu des décisions adoptées par la Commission en vertu de l'article 9 du Règlement n°1/2003, quelques exemples d'engagements plus particulièrement susceptibles de résoudre les préoccupations de concurrence visées par les procédures d'engagements (notamment les pratiques d'éviction) : modification de clauses contractuelles, abandon de clauses d'exclusivité, réduction de la durée de certains contrats, procédure d'attribution de certains droits, mise à disposition de facilités essentielles...
25. Par analogie avec les dispositions communautaires applicables, il serait également opportun d'indiquer que les engagements proposés peuvent être comportementaux ou structurels. Dans son communiqué de presse sur la procédure d'engagements, la Commission indique ainsi expressément que : « *The commitments can be either behavioral or structural* <sup>14</sup> ».

Le Conseil pourrait toutefois préciser qu'à l'inverse des engagements souscrits dans le cadre du contrôle des concentrations, les engagements proposés conformément à l'article L.464-2-I du Code de commerce sont en principe comportementaux. A cet égard, on constatera qu'au niveau communautaire, l'article 7 du Règlement n°1/2003, relatif aux injonctions de cesser une infraction, fait expressément état de cette préférence pour les remèdes comportementaux dans le cadre de procédures initiées sur le fondement des articles 81 et 82 du Traité. Cette précision paraît *a priori* transposable aux engagements rendus obligatoires conformément à l'article 9 du même Règlement<sup>15</sup>.

26. Enfin, selon le Projet, nous comprenons que le Conseil pourrait ne pas rendre obligatoire des engagements excédant les problèmes de concurrence tout en se réservant le droit de « *donner acte de mesures complémentaires proposées par l'entreprise concernée* ». La référence à la tarification proposée par Citroën dans l'affaire des réparateurs indépendants pourrait laisser penser que le Conseil serait en mesure de considérer, dans le futur, le « *donner acte* » comme un véritable engagement. Nous serions donc d'avis de supprimer cette possibilité.

---

<sup>14</sup> Pour un exemple de proposition d'engagements structurels, voir le communiqué de la Commission du 28 février 2008 sur la proposition d'engagements de E.ON consistant dans la cession de son réseau de transport d'électricité.

<sup>15</sup> Pour une analyse en ce sens voir Gwenaël Muguët-Poullennec et Eric Barbier de la Serre, Ombres et lumières sur la procédure d'engagements prévue par l'article 9 du Règlement n°1/2003, *Revue Lamy de la concurrence*, Octobre/Décembre 2007.

▪ **Paragraphes 38 : échec de la procédure d'engagements (motivation et conséquences)**

27. Le Projet rappelle que le Conseil n'est jamais tenu de décider de rendre obligatoire des engagements plutôt que d'agir par voie de sanction ou d'injonction. Cette précision est conforme au texte de l'article L.464-2-I qui prévoit que « *le Conseil peut accepter des engagements* » : le Conseil décide donc librement de l'opportunité d'initier une procédure d'engagements.
28. En revanche, après qu'une procédure d'engagements a été initialement jugée appropriée par le Conseil, dans l'hypothèse où les engagements proposés par les entreprises destinataires de l'évaluation préliminaire seraient finalement rejetés par le Conseil, ce dernier devrait selon nous préciser en quoi lesdits engagements se sont révélés insuffisants, par exemple eu égard à un test de marché ayant révélé leur caractère inadéquat.

Ces justifications, qui pourraient notamment figurer dans le cadre de la décision finale adoptée à la suite de la reprise de l'instruction (ou de la reprise de la procédure d'urgence au titre d'une demande de mesures provisoires) seraient d'autant plus nécessaires qu'en pratique, le choix d'une procédure d'engagements par le Conseil suscite indéniablement des espoirs importants chez les entreprises concernées et qu'ainsi, les discussions engagées avec le Rapporteur au cours de cette procédure sont susceptibles de fragiliser la position des entreprises dans le cadre d'une éventuelle défense au fond.

Par souci d'exhaustivité, rappelons que la position communautaire à ce sujet n'est pas clairement établie. Ainsi, dans son arrêt *Alrosa* précité, le juge communautaire a au contraire indiqué qu'il n'incombait pas à la Commission « *de fournir les raisons pour lesquelles des engagements ne lui paraissent pas propres à être rendus obligatoires de manière à clore la procédure* »<sup>16</sup>. Pourtant, le TPICE a également constaté que « *la Commission reste en défaut d'expliquer en quoi ils étaient inaptes à répondre aux préoccupations exprimées dans le cadre de son évaluation préliminaire* »<sup>17</sup> ce qui, à l'inverse, laisserait penser qu'une obligation de motivation appropriée pèse sur les autorités de concurrence rejetant les engagements proposés<sup>18</sup>.

En tout état de cause, ce point pourrait être utilement clarifié dans le cadre du présent communiqué.

29. Par ailleurs, le Projet rappelle qu'en cas d'échec de la procédure d'engagements, la décision de renvoi du dossier à l'instruction ne rend pas compte du débat sur les engagements. Cette précision vise à l'évidence à répondre aux préoccupations des entreprises craignant que les échanges tenus avec le Rapporteur au cours de la procédure d'engagement, les arguments apportés par les entreprises au cours de la séance devant le Conseil et enfin les engagements eux-mêmes, ne fragilisent leur défense au fond au cas où cette procédure échouerait (*cf. supra pt. 23*).
30. Il nous semble indispensable d'insister davantage sur ce point essentiel qui vise à garantir la

---

<sup>16</sup> pt. 30

<sup>17</sup> pt. 29.

<sup>18</sup> Voir en ce sens Gwenaël Muguët-Poullennec et Eric Barbier de la Serre, Ombres et lumières sur la procédure d'engagements prévue par l'article 9 du Règlement n°1/2003, *Revue Lamy de la concurrence*, Octobre/Décembre 2007.



sécurité juridique des entreprises et le respect du principe d'égalité des armes en cas de reprise d'une procédure d'instruction classique.

Le Conseil pourrait ainsi préciser d'une part, qu'aucun échange sur les engagements ne sera versé au dossier d'instruction et, qu'ainsi, ni les services d'instruction ni le Collège ne feront usage des éléments d'information et de contexte échangés dans le cadre de la procédure d'engagements et, d'autre part, que la décision des entreprises de rentrer dans le cadre de la procédure d'engagements ne constitue en aucune manière une acceptation des préoccupations exposées dans l'évaluation préliminaires (sur les définitions de marché, la position des entreprises sur ces marchés, la qualification des pratiques en cause...).

Plus encore, selon nous, le Conseil devrait prévoir que la reprise de l'instruction suite à l'échec d'une procédure d'engagements serait nécessairement confiée à un autre Rapporteur et que l'affaire au fond (ou en mesures conservatoires) serait jugée par un Collège constitué de membres différents. Ce changement de personnes, indispensable pour garantir l'objectivité de la procédure, devrait être de surcroît complété par un strict « firewall ».

▪ ***Autre : mise en œuvre parallèle d'une procédure d'engagements et d'une procédure d'instruction classique***

31. Au vu des premières décisions d'engagements acceptées par le Conseil, il apparaît que plusieurs entreprises peuvent être simultanément visées par la mise en œuvre de cette procédure<sup>19</sup>. Cette hypothèse suscite des questions spécifiques qu'il serait utile de préciser dans le cadre du présent communiqué.
32. En particulier, il ne peut être exclu que, dans le cadre d'une même affaire, si certaines entreprises décident d'accepter la procédure d'engagements qui leur est proposée tandis que d'autres refusent et voient ainsi leur dossier renvoyé au service d'instruction, au final, ces dernières se voient imposer des injonctions moins contraignantes que les engagements souscrits par les premières entreprises, voire puissent bénéficier d'une décision de non-lieu<sup>20</sup>.

Dans ces conditions, en vertu du principe de proportionnalité, le Conseil devrait expressément préciser qu'il prendrait acte de cette situation en modifiant ou en mettant un terme aux engagements souscrits par les premières entreprises.

**V. DECISIONS RENDANT DES ENGAGEMENTS OBLIGATOIRES**

**A. Effets**

▪ ***Paragraphe 41 : portée de la décision d'engagements***

33. Le Projet précise utilement qu'une décision d'engagements ne se prononce pas sur la culpabilité de l'entreprise et ne peut être utilisée comme le premier terme d'une réitération des pratiques.

---

<sup>19</sup> Voir notamment la décision n°07-D-22 du 5 juillet 2007 sur la distribution pharmaceutique.

<sup>20</sup> Pour une procédure d'engagements à la suite d'une évaluation préliminaire ayant finalement abouti à une décision de non-lieu, voir la décision n°07-D-35 du 7 novembre 2007.

34. Il devrait également être rappelé qu'une telle décision n'emporte aucune conséquence juridique dans le cadre d'éventuelles actions privées en dommages et intérêts. En particulier, le Conseil devrait spécifier qu'une décision d'engagements ne peut être considérée comme apportant la preuve que les pratiques en cause (avant leur modification en application des engagements) constituaient une faute au sens de l'article 1382 du Code civil : la charge de la preuve devrait ainsi expressément rester à la charge du demandeur.

A cet égard, la Commission précise d'ailleurs déjà dans son communiqué de presse sur la procédure d'engagements prévue par l'article 9 du Règlement n°1/2003 que : "*Article 9 decisions are silent on whether there was or still is a breach of the EU competition rules. Thus a customer or a competitor possibly seeking private enforcement in national courts still needs to prove the illegality of the former behavior to obtain compensation for damages*".

35. De la même manière, dans la mesure où, dans le cadre d'une procédure d'engagements, les hypothèses de définitions des marchés pertinents retenues par le Rapporteur pour caractériser les pratiques en cause dans le cadre de son évaluation préliminaire n'ont fait l'objet d'aucune discussion avec les entreprises (ni vraisemblablement d'aucune mesure d'instruction approfondie), il serait utilement indiqué que les propositions de définitions de marché ainsi établies sont nécessairement préliminaires. Une précision similaire devrait être apportée en ce qui concerne la position des parties sur les marchés en cause.

Ces commentaires seraient d'autant plus utilement intégrés au présent Projet que, comme le relève à juste titre le Conseil, la procédure d'engagements est plus particulièrement adaptée à « *certaines pratiques unilatérales mises en œuvre par un opérateur susceptible d'occuper une position dominante* ».

▪ **Paragraphe 43 : durée des engagements**

36. Aux termes du Projet, la décision d'engagements peut être adoptée pour une durée indéterminée lorsqu'il doit être remédié aux préoccupations de concurrence de manière durable. Cette précision est conforme à la pratique communautaire, le juge communautaire ayant expressément constaté qu'« *aucune raison de principe n'interdit à la Commission de rendre obligatoire des engagements pour une durée indéterminée* » (arrêt *Alrosa* précité).
37. En revanche, il nous semble impératif de prévoir que les entreprises puissent demander au Conseil la levée de leurs engagements en cas de modification de la situation concurrentielle permettant d'écartier les préoccupations exposées dans l'évaluation préliminaire (évolution du marché, apparition de nouveaux concurrents, concentration du secteur...).

D'ailleurs, au niveau communautaire, Commission précise déjà dans son communiqué de presse précité sur la procédure d'engagements : « *it is also possible for the company to ask the Commission to lift a commitment that is no longer appropriate* ».

Plus généralement, le communiqué de procédure devrait spécifier qu'en cas d'engagements de nature comportementale, des clauses de rendez-vous pourraient être mises en œuvre à intervalles

réguliers (à l'instar de ce qui est généralement prévu concernant les engagements comportementaux souscrits dans le cadre du contrôle des concentrations<sup>21</sup>).

38. Par ailleurs, le Conseil pourrait utilement rappeler que, conformément à sa pratique actuelle<sup>22</sup>, les entreprises seront autorisées à apporter certaines modifications mineures à leurs engagements sous réserve, d'une part, que ces modifications préservent la substance des réponses aux préoccupations de concurrence visées et, d'autre part, qu'elles soient préalablement discutées avec le Conseil.

▪ **Paragraphe 44 : révision des engagements en cas de modification de la situation factuelle**

39. Le Projet prévoit également que le Conseil peut se saisir d'office et rouvrir la procédure notamment si l'un des faits sur lesquels la décision repose subit un changement important.

Cette précision, qui faisait défaut dans les textes législatifs et réglementaires français<sup>23</sup>, est conforme aux dispositions communautaires, l'article 9 du Règlement n°1/2003 prévoyant expressément une faculté semblable pour la Commission.

40. Il nous semblerait toutefois souhaitable de prévoir qu'en cas de modification des faits sur lesquels la décision d'engagements repose (disparition d'un concurrent, évolution des conditions de distribution des produits en cause...), le Conseil puisse discuter directement avec les entreprises d'une révision adaptée des engagements, sous réserve que celle-ci ne porte pas atteinte aux intérêts des tiers, sans nécessairement être contraint de rouvrir la procédure. Une telle faculté serait conforme aux objectifs poursuivis par la procédure d'engagements qui vise notamment à économiser les ressources du Conseil.
41. Il nous semblerait également nécessaire de préciser la proposition actuelle du paragraphe 44.a) du Projet (« *si l'un des faits sur lesquels la décision repose subit un changement important* ») afin de lier cet éventuel changement à un réel impact sur l'effet des engagements proposés.
42. Dans un souci de sécurité juridique pour les entreprises ayant accepté de prendre part à une procédure d'engagements, il nous semblerait plus généralement nécessaire de préciser la portée temporelle d'une éventuelle réouverture de la procédure par le Conseil. A cet égard, le Conseil pourrait vraisemblablement indiquer que, sauf exception, une réouverture de la procédure motivée par une modification importante des faits sur lesquels la décision repose, ne serait susceptible de concerner que la période postérieure à ladite modification. En particulier, dans

---

<sup>21</sup> Voir notamment la décision du Ministre TPS/Canalsat du 30 août 2006.

<sup>22</sup> Voir notamment la décision n° 07-D-22 du 5 juillet 2007 où le Conseil a expressément rappelé que « *des évolutions ultérieures des modalités de fonctionnement de ces systèmes de contingentement, si elles répondent à des justifications non restrictives de concurrence, ne sont pas exclues, à condition toutefois que la substance des réponses aux préoccupations de concurrence exprimées dans la présente affaire soit clairement préservée. Les entreprises se sont engagées à signaler au Conseil leur intention d'adapter leurs engagements.* »

<sup>23</sup> Voir notamment à ce sujet Guillaume Cerutti - *Quelques considérations sur l'introduction en droit français des engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles*, RDLC n°1 2005 p.11 : « *la question de savoir comment le Conseil de la concurrence pourrait décider de rouvrir une procédure est posée, sachant que la voie de la saisine d'office demeure toujours possible* ».

l'hypothèse où la réouverture de la procédure conduirait le Conseil à adopter une décision constatant une infraction, celle-ci ne pourrait viser les faits précédant cette modification.

## B. Contrôle

### ▪ *Paragraphes 46 et suivants : contrôle des engagements par le Conseil*

43. Le Projet prévoit un mécanisme de contrôle du respect des engagements et une procédure d'imposition d'amendes en cas de non-respect de ceux-ci. Nous nous félicitons de ce que le Conseil tire les conséquences de l'arrêt Microsoft du 17 septembre 2007<sup>24</sup> et privilégie l'internalisation du contrôle des engagements plutôt que le recours à un *Trustee* (mandataire indépendant).

\*   \*  
\*

44. Le Cabinet Willkie Farr & Gallagher se tient à la disposition du Conseil pour répondre à toute question que cette contribution pourrait susciter. Le Conseil peut pour ce faire contacter Jacques-Philippe Gunther (jgunther@willkie.com), David Tayar (dtayar@willkie.com) ou Agathe Richard (arichard@willkie.com).

---

<sup>24</sup> Arrêt du TPICE, 17 septembre 2007, aff. T-201/04.