

**Engagements en droit de la concurrence :
L'alternative entre compromis et compromission**

**Commitments in competition law:
The alternative between compromise and compromission**

Toufik MOKEDDEM *

Djillali LIABES University, Sidi Bel Abbes, Algeria

t.mokeddem@gmail.com

Date de soumission : 24/04/2023 – Date d'acceptation : 03/06/2023 – Date de publication : 18/06/2023

Résumé: Indéniablement le droit de la concurrence se referme quasiment dans son caractère répressif, toutefois cette répression n'est assurément guère une fin en soi, du moment où on peut trouver -même en aparté- une certaine marge énoncée de négociation qui néanmoins caractérise ce droit de concurrence : de facto cette négociation peut aboutir ou pas à une alternative à la sanction, associant davantage les entreprises mises en cause au processus décisionnel des autorités de la concurrence.

En effet cette négociation voire cette coopération, peut se traduire notamment par compromis réciproques ou juste par compromission, puisque de toute façon l'autorité de concurrence est toujours en position de force, elle peut pardonner comme elle peut sanctionner.

À travers la présente étude, il sera tenté stricto sensu de faire le point sur les engagements volontaires comme étant une alternative à l'éventuelle sanction encourue en droit de la concurrence.

Mots clés: Concurrence, négociation, compromis, compromission, engagements, autorité de concurrence.

Abstract: Undeniably, the competition law almost closes itself in its repressive nature. This repression, however ; is certainly hardly an end in itself, as long as one can find -even aside- a certain stated margin of negotiation which nevertheless characterizes this right of competition. In fact, this negotiation may or may not lead to an alternative to the sanction, involving the companies in question in the decision-making process of the competition authorities.

This negotiation or even this cooperation can result in particular in reciprocal compromise or just in compromission, since in any case the competition authority is always in a position of strength, it can forgive as it can sanction.

Through this study, it will be attempted stricto sensu to take stock of voluntary commitments as an alternative to the possible sanction incurred in the competition law.

Keywords: Competition, negotiation, compromise, compromission, commitments, competition authority.

*Auteur correspondant: Toufik MOKEDDEM.

Introduction :

Indéniablement le droit de la concurrence se réfère quasiment dans son caractère répressif, toutefois cette répression n'est assurément guère une fin en soi, du moment où on peut trouver -même en aparté- une certaine marge énoncée de négociation qui néanmoins caractérise ce droit de concurrence : de facto cette négociation peut aboutir ou pas à une alternative à la sanction, associant davantage les entreprises mises en cause au processus décisionnel des autorités de la concurrence.

A cet égard, les autorités de la concurrence peuvent offrir leur mansuétude sous différentes formes en échange de divers comportements a priori coopératifs : cette coopération se traduit notamment par compromis réciproques ou juste par compromission, puisque de toute façon l'autorité de concurrence est toujours en position de force, elle peut pardonner comme elle peut sanctionner...

En effet recourir aux procédures alternatives, notamment les engagements est devenu une tendance de fond, en matière de traitement des pratiques anticoncurrentielles. Entre réduction de la charge probatoire, accélération des délais de traitement des affaires, aide au développement d'une culture de la concurrence, et une exonération qui peut aller jusqu'à la totalité de la sanction encourue : En l'occurrence ceci est légitimement argumenté par les diverses vertus offertes par ces alternatives tant au regard des autorités de la concurrence que des entreprises contrevenantes, illustrant a priori le principe « gagnant-gagnant ».

À travers la présente étude, il sera tenté de faire le point sur les engagements volontaires comme étant une alternative à l'éventuelle sanction en droit de la concurrence.

D'emblée l'alternative d'engagements ne concerne nullement les atteintes les plus graves à la concurrence, néanmoins elle a pu s'imposer indépendamment, et a pu être une référence en matière de droit de la concurrence.

L'engagement dont il est question, désigne plutôt l'obligation souscrite auprès d'une autorité¹, permettant de mettre fin aux poursuites contre une entreprise suspectée d'avoir violé les règles concurrentielles.

À titre facultatif, Lorsque se pose un problème concurrentiel, l'autorité de concurrence peut décider –au lieu d'ouvrir une procédure lourde et coûteuse- d'abandonner les poursuites contre l'entreprise mise en cause en échange de la souscription par celle-ci d'engagements propres à rétablir la concurrence.

Fruit d'un accord ou d'une décision de l'autorité de concurrence, l'engagement de l'entreprise mise en cause n'implique aucune admission de culpabilité de la part des auteurs de la pratique suspecte, les faits ne sont pas qualifiés non plus, en revanche le non-respect des engagements sera tout de même sanctionné.

¹ G. –A. SOFIANATOS, Injonctions et engagements en droit de la concurrence. Etude du droit communautaire, français et grec, préf. C. LUCAS DE LEYSSAC, LGDJ, 2009, § 7. Sur cette procédure v. également L. IDOT, Droit communautaire de la concurrence. Le nouveau système communautaire de la mise en œuvre des articles 81, 82, éd. Bruylant, 2004, p. 127 ; E. CLAUDEL, « La montée en puissance de la procédure d'engagements », RTD com., avril/juin 2005, p. 272 ; T. PICOT, « La nouvelle procédure d'engagements prévue à l'article L. 464-2-1 C. com. », Revue Lamy de la concurrence, 2005, p. 142. Sur le modèle américain.

Engagements en droit de la concurrence : L'alternative entre compromis et compromission

A cet égard, il sied de traiter cette alternative en soulevant son exergue (A) et son pourquoi (B).

I. L'EXERGUE DE L'ENGAGEMENT

Le législateur algérien n'a pas vraiment pris part de cette procédure alternative, puisqu'il n'admet que des engagements concomitants dans le cadre d'une autre procédure alternative ; donc du moins, il semblait nécessaire de mettre en évidence cette procédure en évoquant surtout ses versions communautaire et française à titre comparatif.

1. S'engager en droits communautaire et français

C'est l'article 9 du règlement n°1/2003 qui a consacré la technique des engagements volontaires en droit communautaire, quant au droit français, la procédure s'est introduite par l'ordonnance du 4 novembre 2005, complétée par le décret n°2005/1668 du 27 décembre 2005, ajoutant une nouvelle disposition de l'article 464-2 I du code de commerce français, suivi par un communiqué du conseil de la concurrence du 8 avril 2008, concernant la procédure, qui sera remplacé par un autre communiqué de la procédure daté du 2 mars 2009 en tenant compte de la réforme institutionnelle opérée par la LME².

Cette procédure mène les entreprises à s'engager à cesser le dommage causé à l'économie, et dans la mesure du possible rétablir la situation de la concurrence telle qu'elle prévalait ex-ante.

A cet égard, les entreprises concernées donc celles qui ont commis une infraction touchant à la concurrence, voire une pratique anticoncurrentielle (abus de position dominante ou entente verticale), et après avoir été mises au courant de la saisine de l'autorité à leur sujet, elles vont anticiper leur proposition de prendre des engagements pour rétablir la concurrence, et ce pour éventuellement pouvoir s'échapper des sanctions y afférentes.

En effet, tout dépend de la décision de l'autorité, concernant de rendre ces engagements obligatoires ou pas : Dès lors on peut facilement distinguer le déséquilibre manifeste des deux parties de cette relation et/ou éventuel accord, puisque l'autorité de concurrence prime incessamment sur cette relation étant certainement et de jure en position de force.

Il faut signaler qu'en droit communautaire tout le mérite revient au règlement n°1/2003 entérinant la décision de la commission d'accepter ce type d'engagements par des amendes et même des astreintes en cas de non-respect de ces engagements. Parce que même si la commission acceptait cette pratique auparavant surtout en matières de concentration économiques et d'abus de position dominante, mais l'informalité qui régnait laissait échapper les entreprises mises en cause à défaut d'honorer leurs engagements.

Or en droit communautaire, la jurisprudence a confirmé que « la particularité de la procédure tenait à la dispense pour la commission de démontrer formellement la réalité de la pratique³.

² C'est la Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de Modernisation de l'Economie

³ TPICE, 11 juillet 2007, aff. T-170/06, Alrosa c/ Commission, pts 87 et 100 ; S. Grandvilllemin, « La procédure d'engagements : états des lieux après le communiqué de procédure du 2 mars 2009 », JCP (E), 2009, n°22, p. 1542.

De même pour ce qui est du droit français adoptant le même principe, puisque la notion de « préoccupations de concurrence » introduite par l'ordonnance du 13 novembre 2008, avait comme objectif d'affirmer le caractère non-incriminant de la procédure d'engagements⁴, en s'inspirant de la jurisprudence⁵.

D'emblée, le fait qu'il n'était guère question de qualification juridique des pratiques en cause, manifeste de plein droit le renforcement de la sécurité juridique des entreprises utilisant cette procédure.

En revanche, seul le non-respect des engagements qui intimiderait l'auteur de ces engagements avec les sanctions y afférentes qui va certainement subir.

1.1. En droit communautaire

Tout d'abord la commission envoie aux entreprises concernées une évaluation préliminaire, identifiant les préoccupations de la concurrence, sans qualifier les faits.

La proposition d'engagements faite par l'entreprise concernée sera une suite logique à cette première étape.

La commission analysera alors, si ces engagements sont assez satisfaisants, si c'est le cas leur contenu sera publié au journal officiel de l'union européenne, cette publication comporte un résumé de l'affaire en question et les points principaux des engagements.

Ensuite un délai d'au moins un mois sera ouvert pour les tierces entreprises concernées pour qu'elles puissent présenter leurs observations.

Après l'analyse de ces observations ainsi que le dossier au complet, la commission adoptera sa décision rendant ces engagements obligatoires, s'ils sont de nature à satisfaire aux préoccupations de concurrence préalablement exprimées dans son évaluation préliminaire, et éventuellement fixer la durée à respecter dans la mise en œuvre de ces engagements, et quand il n'y a plus d'agir, constater la clôture de la procédure.

Il faut signaler que les entreprises qui n'honorent pas leur engagements, subiront de plein droit une sanction qui peut aller jusqu'à 10% du chiffre d'affaires total réalisé par l'entreprise et même à une astreinte pouvant aller jusqu'à 5% du chiffre d'affaires journalier moyen par jour de retard.

1.2. En droit français

Tout comme en droit communautaire, la première étape consiste à une évaluation préliminaire dont laquelle le rapporteur va préciser « en quoi les atteintes à la concurrence relevées à ce stade de la procédure sont susceptibles de constituer une pratique prohibée », cette évaluation sera envoyée à l'entreprise concernée, dès lors cette dernière pourra accéder à tout ce qui constitue le dossier, pour qu'elle puisse faire sa proposition d'engagements, au sens où elle est en mesure d'apporter -à travers ses engagements- une réponse aux préoccupations de concurrence identifiées dans l'évaluation préliminaire.

⁴ E. Claudel, « Réforme du droit français de la concurrence : le grand jeu ? », RTD com., 2009, p. 91.

⁵ Cass Com., 4 novembre 2008, pourvoi n°07-21.275, GIE les indépendants.

Disponible sur : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/cass06/d29_gie_independants.pdf.

Engagements en droit de la concurrence : L'alternative entre compromis et compromission

Il est à signaler que ces engagements doivent remplir certains critères, notamment ils doivent être pertinents, crédibles et vérifiables, tels que les modifications de clauses concurrentielles⁶, l'octroi d'un accès à des informations nécessaires à l'activité des opérateurs dans un secteur donné de l'économie⁷.

Après la réception de la proposition d'engagements, elle sera communiquée aux parties concernées donc l'auteur de la saisine et le commissaire du gouvernement.

Ensuite viendra l'étape de la publication du communiqué du rapporteur général, comportant un résumé de l'affaire et l'offre d'engagements, tous les moyens sont bons pour faire publier ce communiqué notamment le site internet propre à l'autorité de concurrence.

Cette communication permettra aux tiers intéressés de présenter leurs observations dans un délai qui ne peut pas être inférieur à un mois à compter de sa publication (tout comme en droit communautaire).

Et ces observations seront communiquées aux parties ainsi qu'au commissaire du gouvernement.

Cette étape constitue pour l'autorité « un test de marché »⁸ pour vérifier l'efficacité de la prise de ces engagements vis-à-vis les préoccupations de concurrence exprimées lors de l'évaluation préliminaire.

Enfin l'autorité de la concurrence adoptera sa décision rendant ces engagements obligatoires et mettant fin à la procédure. Cependant, l'autorité détient quand même un pouvoir d'appréciation, lui accordant de rompre la procédure, et reprendre la voie contentieuse à tout moment.

Il faut signaler qu'en cas de non-respect des engagements, l'autorité peut prononcer des astreintes qui ne peuvent excéder 5% du chiffre d'affaires journalier moyen par jour de retard.

2. Le cas du droit algérien : Un engagement subordonné

Il est clair que le législateur algérien, à travers son unique texte- l'article 60 de l'ordonnance 03-03 modifiée et complétée-, fait allusion à la procédure de non-contestation des griefs (donc la transaction française), en énumérant les conditions qui lui sont spécifiques, notamment en stipulant la phase contentieuse⁹.

Néanmoins, il est à signaler que dans un premier temps, toute la procédure se repose sur la reconnaissance des parties concernées des infractions qui leur sont reprochées, ensuite compléter cette reconnaissance par une collaboration avec le conseil de la concurrence pour montrer et/ou démontrer leur bonne foi, en plus de la prise d'engagements concomitants à ne plus commettre de telles infractions dans l'avenir.

⁶ Décisions n° 07-D-30 et n° 07-D-17 du 10 mai 2007, relatives à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'exploitation des films en salles de cinéma.

⁷ Décision n° 08-D-04, du 15 fév. 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de la presse.

⁸ ARCELIN. L., Droit de la concurrence les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et communautaire, Presses universitaires de Rennes, 2009, p.179.

⁹ L'art 60 de l'ordonnance 03-03 relative à la concurrence, JORADP n°46 du 20 Sep. 2003, (modifiée et complétée) disposant « ...au cours de l'instruction de l'affaire les concernant... »

Dès lors, on ne peut qu'admettre que le législateur algérien a pris part de la procédure française de non-contestation des griefs, voire celle de l'avant entrée en vigueur de l'ordonnance du 13 novembre 2008 stricto sensu, puisque les engagements liés à la non-contestation des griefs étaient obligatoires et non pas facultatifs.

Cette supposition s'appuie notamment sur la chronologie des deux procédures, algérienne et française : Le législateur algérien s'est procuré une procédure négociée via l'ordonnance 03-03 modifiée et complétée datant du 19 juillet 2003, alors que son homologue français a adopté la sienne en 15 mai 2001 via la loi NRE, ce qui donne l'originalité à la procédure française.

Toutefois, le texte législatif algérien reste opaque, en l'absence d'autres textes réglementaires assujettis à son application, et encore le gel de l'exercice du conseil de la concurrence pendant plus d'une décennie -de 2003 à 2013-, n'a fait que confirmer cette opacité : une opacité qui touche la forme de cette reconnaissance puisque celle-ci reste indéfinie et encore le processus de toute cette procédure alternative qui est jusque ici inconnu.

Cependant le texte législatif algérien soulève clairement la reconnaissance des parties mises en cause, ce qui laisse toujours la porte entrouverte sur l'adoption de la procédure de transaction communautaire : Puisque la non- contestation des griefs française n'impose nullement la reconnaissance des infractions par les entreprises mises en cause, voire cette « reconnaissance » n'est que tacite dans cette procédure.

Dès lors on peut conclure que le législateur algérien adopte la liaison des deux procédures pour en faire qu'une seule ; Ce qui nous ramène au point de départ, concernant l'opacité de l'article 60 de l'ordonnance 03-03 modifiée et complétée : En l'occurrence en absence de textes réglementaires éclaircissant l'application de ses dispositions, de même en absence de l'exercice effectif du conseil de la concurrence en ce sens.

Et encore en absence de la jurisprudence de la cour d'appel d'Alger en la matière, alors qu'en France en dehors de ce qui précède, on procède à la consultation publique pour collecter les observations des praticiens et/ou universitaires pour aller de l'avant dans la mise en œuvre de ce genre de procédures.

En revanche le texte algérien s'avère certainement plus attractif que le texte français quant à la récompense de l'entreprise qui opte pour cette procédure, puisque la procédure algérienne peut aboutir à une immunité totale, par rapport à la procédure française qui se contente d'une réduction maximum de 25% en présence d'engagements concomitants.

Or il faut tout de même faire le point sur le concept de la procédure algérienne, si on se focalise sur les dispositions du texte législatif algérien : il est plutôt question de réduction d'amende qui peut aller jusqu'à l'exonération totale en présence d'un ensemble d'éléments voire de facteurs de jure bien déterminés à savoir, la reconnaissance de l'infraction, la collaboration à l'accélération de la procédure lors de l'instruction et l'engagement à ne plus commettre d'éventuelles infractions : Donc il est clair qu'il s'agit bien de réunir ces éléments pour pouvoir bénéficier, voire revendiquer l'exonération (totale ou partielle) à titre de récompense,

Alors, d'un côté le cumul de ces éléments est exigé, d'autre part on trouve pas dans ce texte un réel renvoi à une procédure autre que la procédure normale et/ou ordinaire : Assurément la récompense est bel et bien –expressément- énoncée en présence des éléments

Engagements en droit de la concurrence : L'alternative entre compromis et compromission

susmentionnés , sauf que cette récompense reste une décision propre au conseil de la concurrence ; une décision qui passe par la procédure normale tout comme les autres décisions prononçant des sanctions contre les contrevenants contestant les griefs .

En effet l'article 62 bis 1 de la loi relative à la concurrence stipule clairement que « *les sanctions prévues par les dispositions des articles 56 à 62 de la présente ordonnance sont prononcées par le conseil de la concurrence sur la base des critères ayant trait notamment la gravité de la pratique incriminée, au préjudice causé à l'économie, aux bénéfices cumulés par les contrevenants, au niveau de collaboration des entreprises incriminées avec le conseil de la concurrence pendant l'instruction de l'affaire et à l'importance de la position sur le marché de l'entreprise mise en cause.* », ce qui confirme notre réflexion concernant l'indifférence du conseil de la concurrence, voire du législateur algérien quant au processus de l'action administrative ou publique au niveau du conseil que ce soit en contestant les griefs par les contrevenants ou pas : puisque l'exonération totale ou partielle de la sanction -obtenue après reconnaissance de culpabilité et collaboration -passe par le même processus décisionnel ordinaire prononçant une peine sans réduction au sens des articles 56, 57 et suivants de l'ordonnance 03-03 modifiée et complétée.

En somme, il faut signaler que le législateur algérien à travers son unique texte (l'article 60 de l'ordonnance 03-03 modifiée et complétée), n'a pas pris part de la procédure d'engagements, car les engagements dont il est question demeurent relatifs à une autre procédure négociée, constituant ainsi –bien qu'obligatoire- qu'une simple condition afférente à cette procédure.

Dès lors en remplissant certaines conditions notamment celle de l'engagement à ne plus commettre d'infractions liées au droit algérien de la concurrence, l'exonération totale ou partielle peut être attribuée au contrevenant (ou pas) par les soins du conseil de la concurrence : Indéniablement c'est quasiment impossible de parler de négociation tant que le conseil de la concurrence se voit de jure le plus dominant et le plus déterminant dans sa relation avec l'entreprise mise en cause, c'est ledit conseil qui décide du sort de cette entreprise , dès lors il assied d'admettre qu'il ne s'agit guère de compromis faits par l'entreprise, mais plutôt de compromission du conseil de la concurrence, puisque de toute façon l'entreprise mise en cause n'a et n'aura dorénavant plus le choix.

En effet le législateur dispose que l'exonération est attribuée aux « *entreprises qui, au cours de l'instruction de l'affaire, les concernant, reconnaissent les infractions qui leur sont reprochées, collaborent à l'accélération de celle-ci et s'engagent à ne plus commettre d'infractions ...* », ainsi le vocable « et » implique incontestablement la non-admission du législateur algérien de ces engagements pris seuls comme procédure indépendante.

A cet égard, ces engagements ne peuvent en aucun cas constituer-indépendamment de toute autre procédure -, une procédure propre au droit algérien.

S'agissant donc d'engagements concomitants, ils font assurément figure d'éléments d'appui d'une toute autre procédure dite négociée.

C'est d'ailleurs ce qui nous pousse à penser que le législateur algérien a mis à l'écart cette procédure.

Il est à signaler, que de tels engagements, même pris à titre d'appui font défaut de lignes directrices émises par le législateur algérien.

En effet l'absence de textes réglementaires afférents au texte législatif algérien ainsi que l'absence de la pratique du conseil algérien de la concurrence en la matière, notamment après avoir été gelé durant plus d'une décennie, ont servi assurément à nourrir l'opacité de la procédure négociée adoptée par le droit algérien.

II. LE POURQUOI DE L'ENGAGEMENT

Ce point sera traité en soulevant l'intérêt de cette procédure alternative (1) et la situation de la négociation dedans (2).

1. L'intérêt de la procédure alternative

L'attractivité de cette procédure se manifeste notamment en deux positions celle de l'autorité de la concurrence et celle de l'entreprise contrevenante.

1.1. Du point de vue des autorités de la concurrence

Cette procédure épargne les autorités de concurrences d'amples efforts de différentes natures, ce qui a fait son imposition indépendamment comme un moyen sûr de l'action publique ou du «public enforcement».

En effet elle partage avec les autres procédures des vertus communes, mais elle a aussi ses propres vertus.

1.1.1. Les vertus partagées avec les autres procédures alternatives

Tout d'abord, La procédure d'engagements allège encore plus nettement la charge probatoire par rapport aux autres procédures négociées : L'autorité n'a plus à rapporter la preuve de l'infraction ; elle se contente d'émettre des « préoccupations de concurrence »¹⁰.

En outre, La procédure d'engagements, apparait en théorie¹¹, la plus économe de toutes les procédures négociées : elle permet tout à la fois de raccourcir l'instruction – l'évaluation préliminaire étant singulièrement moins nourrie qu'une notification de griefs –, de trouver rapidement des solutions aux problèmes identifiés et, dans la plupart des cas, de faire l'économie des recours juridictionnels. La Cour de justice de l'Union européenne a expressément reconnu que cette procédure était inspirée « *par des considérations d'économie de procédure* »¹².

¹⁰ La Cour de justice a confirmé cette dispense d'obligation de qualifier l'infraction et de la prouver dans l'affaire *Alrosa* (CJUE, 29 juin 2010, aff. C-244/07P).

¹¹ Si certaines affaires illustrent bien la possibilité de trouver une issue rapide au problème soulevé (v. affaire *Visa*, aff. AT.39398, Commission, 26 février 2014 : http://ec.europa.eu/competition/ant..._9728_3.pdf), d'autres constituent un net contre-exemple. Ainsi en est-il de l'affaire *Google*, qui s'éternise, et devrait se poursuivre par un retour à une procédure contentieuse classique. Sur cette affaire, v. F. Jenny, qui dénonce la « *terrible Google investigation* », *Global CompetitionReview* (GCR), 9 February 2015, et les « *Bad results on Google* », *European Voice*, 12 February 2015, p. 4.

¹² CJUE, gr. ch., 29 juin 2010, aff. C-441/07P, *Commission c/ Alrosa*, pt 35.

Engagements en droit de la concurrence : L'alternative entre compromis et compromission

Les gains procéduraux réalisés permettent aux autorités de dégager du temps et des ressources pour traiter plus d'affaires et se concentrer sur les cas graves¹³.

Enfin, la procédure d'engagements est évidemment un bon exemple en matière d'aide au développement d'une culture de la concurrence. Initiée aux problèmes que ses comportements peuvent créer, l'entreprise est invitée à les résoudre. Elle doit rechercher elle-même les voies adéquates, les modifications à apporter à ses contrats ou à ses relations avec ses partenaires ou ses concurrents.

Une fois ses propositions formulées, elle est immédiatement confrontée aux réactions qu'elles suscitent *via* les tests de marché qui vont être diligentés auprès des tiers par les autorités de concurrence. L'entreprise est donc obligée de se penser comme une entité non pas isolée, mais soumise à la contrainte du marché et aux attentes et critiques des autres opérateurs.

1.1.2. Les vertus propres aux engagements

Il est à signaler que les engagements sont une source de remèdes efficaces aux problèmes de concurrence identifiés : Ce trait est propre aux procédures qui supposent des prises d'engagement de la part des opérateurs.

La procédure d'engagements ne peut qu'en représenter la meilleure illustration. Trois avantages y sont principalement attachés.

D'une part, les remèdes proposés sont supposés efficaces¹⁴. Ils ne seront en effet acceptés que s'ils sont de nature à mettre un terme aux problèmes concurrentiels identifiés, sont crédibles et vérifiables. Ils permettent en outre d'intervenir vite, notamment sur des marchés jeunes ou qui évoluent rapidement¹⁵.

Ils sont par ailleurs testés par le marché, les tiers ayant la possibilité d'y réagir et de formuler des observations qui pourront éventuellement conduire à affiner les engagements pris.

¹³ En ce sens, O. Sautel, dans son article « La pertinence d'une procédure d'engagement en matière de contentieux : Une analyse économique et son application au cas de l'i Phone, in Les dossiers de la RIDE 2011, évoque surtout que *« toute économie de coût réalisée grâce à la procédure d'engagements et redéployé au service de la lutte contre les cartels constitue une allocation efficiente des ressources de l'autorité de concurrence qui augmente le bien-être des consommateurs »*.

¹⁴ Dans sa décision no 04-D-65 du 30 novembre 2004, le Conseil de la concurrence considérait que sanctions et engagements sont deux outils qui *« répondent au même objectif de rétablissement et de maintien pour l'avenir d'une situation normale de concurrence : dans un premier cas, des sanctions significatives dissuadent l'entreprise d'éventuellement réitérer et, dans le second, les engagements préfigurent une modification substantielle et crédible des comportements de l'entreprise et l'abandon de ses pratiques anticoncurrentielles »*.

¹⁵ V. J. Almunia, Remedies, commitments and settlements in antitrust, Speech, 8 mars 2013 : *“(…) in certain industries—such as high-tech and fastmovingmarkets—it's important that competition is restored quickly and effectively”* (<http://europa.eu/rapid/press-releas...>). Le Commissaire à la concurrence citait pour exemples le marché du livre numérique (*case AT.39847 – E-books*) ou les engagements souscrits par IBM sur le marché de la maintenance des grands systèmes le 14 décembre 2011.

D'autre part, les remèdes proposés, parce qu'ils sont l'œuvre – même un peu contrainte – des entreprises, ont de bonnes chances d'être exécutés, qui plus est avec vélocité et une certaine bonne volonté¹⁶.

Enfin, ils peuvent être adaptés en cas de changement de situation. Selon l'Autorité française, ces engagements ont donc "*un avantage comparatif par rapport aux sanctions*"¹⁷.

Par ailleurs, la procédure française de non-contestation des griefs/transaction, pouvait également s'accompagner d'une prise d'engagements de la part des entreprises, en contrepartie d'un taux de réduction de la sanction supplémentaire.

Les engagements susceptibles d'être pris ne sont pas de nature radicalement différente de ceux qui caractérisent précisément la procédure d'engagements, même si les exigences les entourant sont moins strictes au sens où il n'est pas requis qu'ils mettent un terme au trouble concurrentiel¹⁸.

L'Autorité française n'hésite pas à saluer certains d'entre eux, tels que ceux proposés dans la décision *Volailles* du 5 mai 2015¹⁹ consistant à créer une interprofession dans le secteur avicole. L'engagement a été jugé à ce point précieux qu'il a justifié que l'Autorité « [s'écarte] *des méthodes de détermination et réduction de sanction décrites respectivement dans le communiqué sanctions et le communiqué sur la non-contestation des griefs* ».

Les engagements, qu'ils s'inscrivent dans l'une ou l'autre de ces procédures, sont clairement tournés vers le futur²⁰. Ils ne remédient pas aux troubles qui ont pu naître, mais proposent des remèdes pour l'avenir : des clauses contractuelles sont modifiées ou abandonnées, des droits de propriété intellectuelle déverrouillés, des créneaux aériens libérés, des secteurs professionnels réorganisés, etc.

C'est la volonté de disposer d'une procédure accélérée et plus souple qu'une procédure traditionnelle en matière de constatation d'infraction.

Et encore l'obtention d'une cessation de plein gré de l'entreprise concernée des pratiques ayant suscité des préoccupations de concurrence.

¹⁶ Les entreprises savent désormais que le non-respect des engagements qu'elles ont souscrits les expose à d'importantes sanctions. V. p. ex. Commission, 6 mars 2013, qui impose une amende de 561 millions d'euros à Microsoft pour ne pas avoir respecté les engagements souscrits en 2009.

¹⁷ V. l'intervention du président Lasserre. B, lors de la conférence organisée par la revue Concurrences le 15 juin 2015, New Frontiers of Antitrust, à la table ronde consacrée au thème Commitment decisions: Tool of choice or poison for antitrust enforcement?

¹⁸ Dans son arrêt du 23 février 2010 rendu sur recours contre la décision no 09-D-06 (*Expedia*), la cour d'appel de Paris écrit que "*le Conseil n'était pas tenu (...) de constater que les engagements souscrits par la SNCF donnent toutes les garanties d'une concurrence pleine et effective, ni de constater que [ces] engagements (...) répondent à toutes les préoccupations de concurrence susceptibles de naître de l'affaire soumise à examen de la cour pour le passé comme pour l'avenir (...) ni enfin d'exiger que les engagements soient de nature à mettre un terme définitif aux pratiques illicites*".

¹⁹ Déc. no 15-D-08 du 5 mai 2015, commercialisation de la viande de volaille.

²⁰ V. la présentation des différentes procédures sur le site Europa : "*(...) a settlement decision simply requires a cease and desist' of past behaviour, whereas commitment decision requires commitment to future behaviour*".

Engagements en droit de la concurrence : L'alternative entre compromis et compromission

Et donc cette procédure -à travers les engagements y afférents- permet de répondre aux préoccupations de concurrence identifiées dans le cadre de l'enquête, de façon prompte et sûre, tout en économisant de plus amples efforts et/ou moyens pour les affaires les plus complexes.

On peut conclure que cette procédure s'estime avantageuse en matière d'accélération procédurale et de faire terme à l'affaire en question avant toute appréciation et/ou qualification définitive des faits.

1.2. Du point de vue des entreprises contrevenantes :

Comme toutes les procédures alternatives, la procédure d'engagements a cette particularité de modifier le statut des entreprises en les faisant participer au mécanisme de redressement de l'illicite. En recherchant des remèdes.

En effet, c'est particulièrement le cas lorsqu'elle met en place un programme de conformité. Ainsi que l'énonce l'Autorité française, *“ces programmes sont l'illustration tangible de stratégies de gouvernance volontaristes”*²¹.

Par ailleurs, lorsqu'une entreprise prend des engagements, que ce soit dans la procédure d'engagements ou dans le cadre de la procédure française de non-contestation des griefs/transaction, elle doit respecter la parole donnée et les exécuter scrupuleusement. Toute défaillance est sanctionnée, que ce soit en droit européen²² ou en droit français²³.

En outre, La procédure d'engagements est particulièrement avantageuse. Si cette procédure est menée jusqu'à son terme et que les engagements proposés sont considérés comme suffisants, crédibles et vérifiables, ils seront acceptés et la procédure sera clôturée, sans qu'aucun constat d'infraction soit effectué²⁴. L'entreprise qui s'engage n'est non seulement pas sanctionnée – et cela est sans conteste une des clés du succès de cette procédure²⁵ –, mais elle n'est même pas déclarée coupable.

²¹ Pt 9 du document-cadre du 10 février 2012 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence.

²² Pour exemple, affaire *Deltafina*, dans laquelle le Tribunal a validé le pouvoir de sanctionner une mauvaise coopération de la part du demandeur de clémence (aff. T -12/06, arrêt du 9 septembre 2011).

²³ V. not. Aut. conc., 28 mai 2012, déc. no 13-D-12, *Commodités chimiques*, ou no 11-D-17 du 8 déc. 2011, *Lessives*.

²⁴ Ces traits ont été rappelés à plusieurs reprises. Récemment, v. l'affaire *Cogent*, CA Paris, 19 décembre 2013, RG no 2012/19484, confirmé par Cass. com., 12 mai 2015, pourvoi no 14-10.792, qui considère que la décision acceptant des engagements ne constate ni le caractère anticoncurrentiel d'une pratique, ni la conformité à la concurrence des pratiques n'ayant pas fait l'objet de préoccupations de concurrence.

²⁵ Sur cet avantage et son caractère déterminant, v. J.-F. Bellis, EU commitment decisions : What makes them so attractive? Unclassified, DAF/COMP/WD(2016)53, 7 juin 2016.

Cela est bon pour son image et cela la préserve pour partie des procédures civiles qui pourraient être diligentées par la suite²⁶. Par ailleurs, si l'entreprise qui s'engage se livre ultérieurement à des pratiques anticoncurrentielles et est condamnée, elle ne sera pas considérée comme récidiviste.

2. La négociation : Un aboutissement perplexe

Avant d'aborder les pratiques anticoncurrentielles, il est utile de mettre un accent sur les concentrations économiques, dont les autorités de concurrence, doivent anticiper l'évolution des marchés concernés par l'opération notifiée, d'une façon à ce que les engagements soient proportionnels aux doutes anticoncurrentiels soulevés.

Le recours aux engagements rentre dans le cadre du contrôle prospectif des concentrations.

Cependant, les interdictions des concentrations ne sont en réalité qu'exceptionnelles²⁷, ce qui impose la faiblesse voire l'inexistence des négociations en la matière.

Quoi qu'il en soit, les engagements traités à ce niveau et malgré leurs différentes et/ou diverses formes se regroupent -communautairement parlons- en deux catégories : les engagements structurels, qui sont plus sollicités²⁸, il est question de transfert de droits de propriété, où quatre types d'activités peuvent être cédés à savoir (une activité qui était déjà indépendante et viable, une activité qui doit être scindée et intégrée dans la structure de l'acquéreur, un ensemble qui combine les actifs de plus d'une partie et une licence exclusive à long terme avec durée illimitée ou jusqu'à expiration d'un brevet).

Et les engagements comportementaux : où il ne s'agit plus de transferts mais de contraintes sur les droits de propriété, la commission les énumère comme suit (l'accès aux tiers des infrastructures, l'accès à une technologie via les licences obligatoires ou accès à des droits de propriété intellectuelle, et enfin l'arrêt d'accords exclusifs verticaux).

En revanche Les aspects de négociation se manifestent en matières de pratiques anticoncurrentielles -entrant dans notre étude-, en effet concernant le droit français il y a toujours cette marge de négociation qui naît entre l'entreprise concernée et le rapporteur général, de même au niveau du collège de l'autorité permettant ainsi la modification des engagements négociés avec le rapporteur.

Bien évidemment cette négociation a pour premier but de rendre ces engagements à la fois pertinents, crédibles, vérifiables et proportionnés par rapport aux préoccupations de concurrence initiales (déjà exprimées clairement dans l'évaluation préliminaire).

²⁶Si un opérateur ou un consommateur s'estime en effet victime des pratiques ayant fait l'objet d'une évaluation préliminaire et qu'il demande réparation, il ne pourra s'appuyer sur la seule décision administrative ayant accepté les engagements pour étayer la démonstration de la faute dont il se plaint.

²⁷ P. Bougette, « Négociations d'engagements en matière de concentrations : une perspective d'économiste » in les dossiers de la RIDE, ed De Boeck et Larciers.a., 2011. pp. 112-114.

²⁸ A titre d'exemple, si l'on s'intéresse aux types d'engagements requis sur la période 1990-2005 par la commission européenne, sur 187 engagements conclus, 142 avaient modifié la structure du marché en question. Source: P. Bougette et S. Turola, "Market Structures, Political Surroundings, and Merger Remedies: An Empirical Investigation of the EC's Decisions", European Journal of Law and Economics; vol. 25, 2008, n°2, pp. 125-150.

Engagements en droit de la concurrence : L'alternative entre compromis et compromission

Cependant le fait que l'autorité de concurrence peut –et au détriment de toute préalable négociation- refuser de rendre ces engagements obligatoires, confirmant ainsi le caractère unilatéral de la décision par celle-ci.

Il faut signaler tout de même qu'il y a une nette transformation voire, une amélioration de la position de l'autorité de concurrence concernant cette même procédure, puisque la décision d'engagements avant de se revêtir du caractère unilatéral, elle était considérée comme « une sorte de contrat librement consenti entre l'autorité et l'entreprise poursuivie »²⁹, et c'est ce qui a été confirmé en jurisprudence³⁰.

On peut conclure que la présence effective d'aspects négociés dans cette procédure, tant qu'en droit communautaire que français, n'oblitére pas le caractère unilatéral de la décision d'engagements y afférente.

Conclusion :

A travers cette étude, il était tenté de mettre en évidence les engagements volontaires comme procédure alternative à la sanction en droit de la concurrence, cette alternative qui ne cesse de se développer en parallèle à la répression, un développement facilité surtout par les atouts que représente ladite alternative sur divers plans, tant au regard des autorités de concurrence, notamment la réduction de la charge probatoire, l'accélération des délais de traitement des affaires et l'aide au développement d'une culture de la concurrence, qu'au regard des entreprises mises en cause en bénéficiant surtout d'une exonération qui peut aller jusqu'à la totalité de la sanction encourue .

D'emblée, il était nécessaire d'évoquer le concept de la négociation en traitant les engagements en terme de concurrence.

S'agissant donc d'un accord plus ou moins contractuel entre deux parties : D'une part l'autorité de la concurrence dotée d'un pouvoir de sanction et d'autre part l'entreprise mise en cause qui doit être à la fois intéressante et intéressée : En effet intéressante par rapport à ce qu'elle dispose comme informations et/ou de documents et intéressée par rapport à sa volonté de négocier et/ou de collaborer de son plein gré avec l'autorité de concurrence.

Indéniablement c'est quasiment impossible de parler de négociation tant que l'autorité de concurrence en l'occurrence le conseil de la concurrence se voit *de jure* le plus dominant et le plus déterminant dans sa relation avec l'entreprise mise en cause, c'est ledit conseil qui décide en aval du sort de cette entreprise contrevenante , dès lors il assied d'admettre qu'il ne s'agit guère de compromis faits par l'entreprise et le conseil, mais plutôt de compromission en ce sens la négociation est assujettit aux directives du conseil de la concurrence étant la partie dominante, à l'encontre d'une entreprise déjà mise en cause et incessamment n'a et n'aura dorénavant plus le choix.

Ce déséquilibre de pouvoirs entre les deux parties implique incessamment la reconnaissance d'une certaine adhésion, dont l'entreprise contrevenante est assujettie, ne disposant ainsi que de la faculté d'adhérer ou pas : Cette réflexion s'adapte forcément aux

²⁹ Rapport annuel du conseil de la concurrence 2005, Paris, la documentation française, p. 139.

³⁰ TPICE, 11 juil 2007, 4^{ème} chambre élargie, aff.T-170/06, Alrosa c/ Commission, pt87, <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62006A0170:EN:HTML>.

engagements, bien que la marge de négociation est plutôt manifeste dans la proposition et l'acceptation des engagements représentant ainsi l'alternative dument négociée.

En adoptant partiellement la voie comparative, nous avons essayer de soulever la particularité de la procédure algérienne, une particularité qu'on peut la traduire en infériorité en matière de la pratique du conseil algérien de la concurrence par rapport aux autorités de la concurrence communautaire et française.

Dès lors pour pouvoir juger la pratique du conseil algérien de la concurrence en la matière, il faut d'abord faire intégrer de vraies procédures alternatives aux sanctions, en légiférant des textes de lois et des communiqués facilitant cette intégration pour subvenir aux besoins d'une sphère concurrentielle saine, nul ne peut prôner sur l'efficacité de ladite alternative en droit interne sans la pratique.

En somme la négociation en droit de la concurrence reste à portée de main de l'autorité de la concurrence quand aux entreprises mises en cause, il faudra assurément prendre en considération que « Dans toute négociation, mieux vaut être la solution que le problème »³¹.

³¹ Une citation de Alain LEBLAY