

LES
ESSENTIELS

LES ENGAGEMENTS
COMPORTEMENTAUX
BEHAVIOURAL
REMEDIES

LES
ESSENTIELS

LES ENGAGEMENTS
COMPORTEMENTAUX

La présente étude a été établie par Jérôme Vidal, adjoint au chef du service des concentrations, Ariane Garciabueno, Julien Grandillon et Alexandra Podlinski, référendaires du service juridique avec la participation de Céline Espesson, conseillère Europe et de Denis Maguain, économiste, sous la direction d'Isabelle de Silva, présidente de l'Autorité de la concurrence.

« En application du Code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992, une reproduction partielle ou totale à usage collectif de la présente publication est strictement interdite sans autorisation de l'éditeur. Il est rappelé à cet égard que l'usage abusif de la photocopie met en danger l'équilibre économique des circuits du livre. »

© Direction de l'information légale et administrative, Paris, 2019.
ISBN : 978-2-11-145991-5

SOMMAIRE

RÉSUMÉ	7
PRÉAMBULE	11
INTRODUCTION	15
1/ LES PRINCIPES GÉNÉRAUX DEVANT GUIDER L'ÉLABORATION DES ENGAGEMENTS	35
L'utilité des engagements	37
La proportionnalité des engagements	37
La durée des engagements	41
L'effectivité des engagements	46
Le caractère vérifiable des engagements	46
Le suivi des engagements	49
2/ LES ENGAGEMENTS EN MATIÈRE DE CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS	53
État des lieux des engagements en matière de contrôle des concentrations (2009-2018)	57
Une pratique d'acceptation d'engagements comportementaux constante de l'Autorité	58
Éléments de comparaison internationale	61
Le type d'engagements acceptés dépend fortement de la nature des effets anticoncurrentiels identifiés...	65
Engagements comportementaux et effets non-horizontaux	67
Engagements comportementaux et effets horizontaux	75
Les difficultés liées aux engagements comportementaux	85
Une conception « sur mesure »	86

Des engagements sous surveillance qui impliquent des obligations.....	89
L'anticipation de la phase de négociation des engagements comportementaux.....	92
La question du calendrier est essentielle : le plus tôt est le mieux!.....	93
Les risques d'un dépôt tardif.....	98
3/ LES ENGAGEMENTS EN MATIÈRE DE PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES.....	101
Les engagements résultant d'une « procédure d'engagements »	105
La typologie des pratiques susceptibles de faire l'objet d'engagements.....	106
La physionomie des engagements.....	109
La procédure.....	120
La portée des décisions d'engagements	125
Les engagements résultant d'une transaction.....	132
Des engagements facultatifs mais utiles	132
Des engagements plus ciblés	136
La procédure.....	141
4/ LA PROCÉDURE DE SUIVI ET DE RÉVISION DES ENGAGEMENTS.....	145
Le suivi des engagements	147
Les décisions faisant l'objet d'un suivi	148
Les différents procédés de suivi des engagements	150
Le pouvoir de sanction de l'Autorité en cas de non-respect d'engagements	163

Panorama des décisions de sanctions prononcées par l'Autorité.....	176
La révision des engagements	188
Mise en œuvre de la révision des engagements.....	188
Les différentes formes de modification des engagements.....	195
Panorama des décisions de révision d'engagements.....	203
5/ ENGAGEMENTS ET CONTENTIEUX	211
L'encadrement du contentieux des engagements	213
L'acceptation des engagements, seul acte susceptible de contestation.....	213
L'intérêt à agir, condition limitative de l'action contentieuse des tiers.....	219
L'office commun du juge des engagements	223
Une palette de pouvoirs déterminée en fonction de la nature de la décision attaquée	224
Diversité du degré de contrôle opéré par le Conseil d'État et la cour d'appel.....	230
CONCLUSION	235

RÉSUMÉ

Cette étude a pour double ambition de faire le point sur la pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence en matière d'engagements comportementaux et de nourrir une réflexion plus vaste à leur sujet. L'Autorité est particulièrement bien placée à cet égard puisqu'elle s'est très largement emparée de cet outil, qu'elle utilise tant pour mettre un terme à des pratiques anticoncurrentielles que dans sa mission de contrôle des opérations de concentration. En présentant et en analysant de façon synthétique la pratique décisionnelle en matière d'engagements comportementaux, l'Autorité vise à fournir aux entreprises confrontées à la préparation d'opérations de concentration ou à des procédures pour pratiques anticoncurrentielles, des outils afin de comprendre la méthodologie qu'elle applique en la matière et les objectifs poursuivis. Il s'agit ainsi d'éclairer les entreprises concernées et l'ensemble des parties prenantes. L'étude s'insère, par ailleurs, dans la réflexion plus largement menée par l'Autorité sur l'adaptation de ses moyens d'intervention et sur sa doctrine d'emploi des engagements comportementaux.

Le bilan de la pratique décisionnelle de l'Autorité en matière d'engagements comportementaux est tiré notamment en les comparant aux engagements structurels au regard de trois critères : la rapidité de leur mise en œuvre, leur caractère irréversible ou temporaire et les difficultés liées au suivi de leur exécution.

L'étude est divisée en cinq parties. Elle présente tout d'abord, de manière générale, les principes devant servir de guide aux entreprises dans l'élaboration de ces engagements dits « sur-mesure ». La proportionnalité en termes de contenu et de durée, le caractère vérifiable et le suivi sont les trois critères clefs que l'étude identifie comme permettant de garantir l'efficacité des engagements.

Les engagements souscrits en matière de contrôle des concentrations et de pratiques anticoncurrentielles, ceux qui sont acceptés avant tout constat d'infraction et, enfin, les engagements présentés dans le cadre de la procédure de transaction, sont ensuite distingués et abordés successivement. L'étude revient, dans chacun des cas, sur la diversité des formes qu'ils peuvent prendre et analyse les particularités propres à chaque procédure. Elle formule, en s'appuyant notamment sur la riche pratique décisionnelle de l'Autorité, des recommandations pour garantir l'efficacité des engagements et revient par ailleurs sur leur physionomie, le cadre dans lequel ils ont été pris ainsi que leur portée.

L'efficacité des engagements ne peut être analysée sans porter une attention particulière à leur suivi, qui permet de s'assurer que ceux-ci atteignent l'objectif poursuivi et sont appliqués de manière effective par les entreprises. Cette efficacité, pour être garantie, doit par ailleurs être assortie de la possibilité de réviser les engagements lorsque des circonstances de droit ou de fait sont susceptibles d'affecter les données concurrentielles sur la base desquelles ils ont été pris. C'est la raison pour laquelle l'Autorité a fait le choix d'examiner dans une partie distincte la procédure de suivi et de révision des engagements, au sein de laquelle sont détaillés les différents procédés de suivi employés par l'Autorité, ainsi que les pouvoirs dont elle dispose pour faire respecter les engagements. Elle revient ensuite sur les différentes formes que peut prendre la procédure de révision et sur la pratique décisionnelle de l'Autorité en la matière.

À cette occasion, l'étude fait état des difficultés particulières rencontrées dans le suivi des engagements comportementaux, qui peuvent avoir dans certains cas pour résultat d'amoinrir les bénéfices tirés de leur flexibilité et de leur célérité, et de compromettre leur aptitude à rétablir ou maintenir la dynamique concurrentielle. La comparaison avec les engagements

structurels est ici particulièrement utile puisqu'elle permet d'identifier la nature de ces difficultés et de poser les fondations d'une réflexion pour une évolution de la pratique décisionnelle de l'Autorité.

Dans cette perspective, l'étude conclut à la nécessité de bien mesurer le recours aux remèdes comportementaux en privilégiant dans toute la mesure possible les engagements quasi structurels en droit des pratiques anticoncurrentielles et les engagements structurels en droit des concentrations.

La dernière partie de l'étude est consacrée au contentieux relatif aux engagements devant les juridictions civiles et administratives et concerne, cette fois, l'ensemble des engagements, structurels et comportementaux. Elle revient ici de manière pratique sur les actes susceptibles de contestation, les conditions dans lesquelles les tiers peuvent se voir reconnaître un intérêt à agir ainsi que les pouvoirs dont disposent les juridictions saisies, en fonction de l'ordre administratif ou judiciaire auquel elles appartiennent et de la nature de la décision attaquée.

L'étude formule, enfin, en conclusion, la vision de l'Autorité sur le recours aux engagements comportementaux.

Comme le montre l'analyse rétrospective de la pratique décisionnelle, les engagements constituent un outil d'intervention particulièrement utile à une autorité de concurrence, car il est souple et adaptable, et permet de maintenir ou de rétablir l'ordre public économique rapidement, en droit des pratiques anticoncurrentielles comme en droit des concentrations.

L'efficacité des engagements tient notamment à leur mode particulier d'élaboration : le fait qu'ils soient proposés par les entreprises mêmes qui doivent les appliquer et qu'ils soient élaborés conjointement avec les acteurs du marché concernés. Les engagements peuvent prendre des formes très diverses, en

particulier s'agissant des engagements comportementaux, ce qui illustre leur grande plasticité.

Ces derniers ne sont cependant pas dénués d'inconvénients, lesquels se manifestent principalement lors de leur suivi et de leur révision. Un suivi trop complexe et chronophage, peut venir annihiler les gains procéduraux générés par l'acceptation initiale d'engagements.

Par ailleurs, la mise en place de certains remèdes complexes, en particulier dans le domaine des télécommunications ou de l'audiovisuel, est susceptible de conduire l'Autorité à agir comme un régulateur sectoriel. Elle crée aussi le risque d'empêcher le marché de fonctionner seul, sans le recours à la « béquille » des engagements.

C'est la raison pour laquelle l'Autorité réfléchit aujourd'hui, comme d'autres autorités de concurrence d'ailleurs, à recourir de façon plus exigeante aux remèdes comportementaux, privilégiant les engagements quasi structurels en droit des pratiques anticoncurrentielles et les engagements structurels en droit des concentrations, à chaque fois qu'ils apportent une meilleure réponse aux enjeux concurrentiels.

PRÉAMBULE

L'Autorité de la concurrence (ci-après : « l'Autorité ») « *veille au libre jeu de la concurrence. Elle apporte son concours au fonctionnement concurrentiel des marchés aux échelons européen et international*¹ ». En tant que gardienne de l'ordre public économique, elle dispose de divers outils pour accomplir sa mission.

Les engagements comportementaux, objets de la présente étude, constituent l'un des pouvoirs mis à la disposition de l'Autorité pour corriger, dans le cadre des pratiques anti-concurrentielles, ou prévenir, dans le cadre du contrôle des concentrations, les atteintes au droit de la concurrence. Ils constituent aujourd'hui, au plan international, un outil incontournable des autorités de concurrence, au cœur de la façon dont elles mettent en œuvre leurs prérogatives dans ces deux domaines. Une riche pratique décisionnelle s'est développée, notamment en France, et l'Autorité française est celle qui se distingue en Europe par son recours plus fréquent aux engagements comportementaux. La souplesse qui préside à leur élaboration et la célérité avec laquelle ils permettent de remédier aux problèmes de concurrence en font une solution *a priori* efficace.

Leur conception se révèle néanmoins parfois difficile. Le suivi des engagements comportementaux est en outre souvent complexe, tant pour les entreprises qui les ont souscrits que pour l'Autorité qui doit vérifier leur bonne mise en œuvre. Ce suivi est d'autant plus ardu compte tenu de l'évolution rapide des marchés, qui requiert de la part des

¹ Article L. 461-1 du code de commerce.

autorités de promptement réagir pour préserver l'utilité des engagements. Ces difficultés conduisent à s'interroger sur la bonne doctrine d'emploi des engagements comportementaux par les autorités de concurrence.

Un débat se fait jour, au niveau international, et se construit autour de deux axes principaux. Le premier porte sur l'efficacité des engagements comportementaux; il questionne l'aptitude des autorités de concurrence à les évaluer et les faire exécuter correctement, en raison notamment du contrôle permanent, nécessitant la mobilisation de ressources importantes, auquel ils les contraignent. Le second se concentre sur les conséquences du recours aux engagements comportementaux. L'acceptation trop fréquente de ce type de remède n'a-t-elle pas conduit les autorités de concurrence à se comporter comme un régulateur et à empêcher, dans certains cas, l'émergence d'une véritable dynamique concurrentielle? C'est le constat qui a été fait outre-Atlantique par Makan Delrahim, Assistant Attorney General à la division concurrence du département de la justice des États-Unis, qui s'est fermement prononcé en faveur de la limitation du recours aux engagements comportementaux en matière de contrôle des concentrations au bénéfice de remèdes structurels, voire de l'interdiction de certaines opérations de concentration. De son côté, la Commission européenne (ci-après : « la Commission ») estime également que le recours aux engagements comportementaux doit être exceptionnel².

² Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil et au règlement (CE) n° 802/2004 de la Commission.

A contrario, certains analystes mettent en avant l'intérêt des remèdes comportementaux dans le domaine du contrôle des concentrations, qui permettraient une meilleure prise en compte des évolutions du marché difficiles à anticiper, une meilleure adaptabilité et proportionnalité. Ainsi, dans un récent rapport sur la politique de la concurrence de l'Union européenne, l'inspection générale des finances propose notamment de modifier la communication de la Commission³ concernant les mesures correctives pour « *faciliter le recours aux remèdes comportementaux, en les favorisant ou a minima en les plaçant sur un pied d'égalité par rapport aux remèdes structurels*⁴ ».

Cette étude, qui fait le point sur la pratique actuelle des engagements comportementaux par l'autorité de la concurrence française, met en évidence la volonté de cette dernière de poser les bases d'un cadre d'analyse et d'une typologie des difficultés soulevées par ceux-ci afin de nourrir les réflexions futures à ce sujet.

3 Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil et au règlement (CE) n° 802/2004 de la Commission.

4 Inspection générale des finances, « La politique de la concurrence et les intérêts stratégiques de l'UE », avril 2019, p. 27.

INTRODUCTION

Les engagements constituent un outil hybride au service de l'action administrative. Ils sont la promesse, formulée par un administré, d'agir dans un sens déterminé. Cette promesse, qui doit être acceptée par l'autorité administrative compétente qui la reçoit, s'apparente à un contrat. Elle s'en distingue cependant car les engagements sont rendus obligatoires par la seule volonté de l'administration. Ils présentent donc la nature d'un acte unilatéral au contenu négocié.

Ces mesures répondent à la nécessité, particulièrement marquée en droit économique, d'associer les opérateurs à la définition des règles encadrant le fonctionnement des marchés. Cette pratique d'élaboration concertée des règles n'est pas nouvelle, comme en témoignent les engagements professionnels de stabilisation des prix susceptibles d'être annexés aux arrêtés fixant le régime des prix édictés en application de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945⁵. Cependant, elle s'est développée avec la libéralisation de l'économie qui, modifiant les modes d'intervention sur les marchés, a conduit au développement de la régulation dans sa forme actuelle. C'est pourquoi les engagements tiennent aujourd'hui une place importante dans l'activité de l'Autorité, qui peut en accepter pour mettre fin à ses préoccupations de

⁵ Ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix; CE, Sect., 2 mars 1973, Syndicat national du commerce en gros des équipements, pièces pour véhicules et outillages, au Recueil et, plus généralement : Études et documents du Conseil d'État, « Le contrat, mode d'action publique et de production de normes », 2007, page 59.

concurrence découlant d'une opération de concentration ou de pratiques potentiellement anticoncurrentielles.

Cet outil s'est peu à peu développé en droit de la concurrence à l'international comme en France. La Commission est ainsi habilitée à prendre des décisions d'engagements en vertu de l'article 9 du règlement (CE) n° 1/2003 sur les pratiques anticoncurrentielles et de l'article 8 du règlement (CE) n° 139/2004 sur les concentrations. Les agences américaines disposent d'un pouvoir similaire depuis le Tunney Act de 1974⁶. Initialement tournée vers les pratiques anticoncurrentielles, cette loi a permis au ministère de la Justice (DOJ) et à la Commission fédérale du commerce (FTC) d'adopter également des règlements amiables à partir d'engagements dans la mise en œuvre du contrôle de concentrations, sur le fondement de la section 7 du Clayton Act⁷. Des lignes directrices orientent l'action de la FTC en la matière⁸.

La communauté internationale s'est également intéressée à cet outil. Chargée de promouvoir une coopération et une convergence entre les pratiques décisionnelles des autorités nationales de concurrence, l'International Competition Network (ICN) a reconnu les bienfaits des engagements en matière de contrôle des concentrations. Dans ce cadre, elle a ainsi pu relever que les engagements structurels, qui sont relativement simples à mettre en place et à administrer, et

⁶ Antitrust Procedures and Penalties Act (1974, 15 US Code § 16, « APPA » ou Tunney Act).

⁷ <https://www.justice.gov/atr/file/873491/download> : « Commitment decisions in antitrust cases, Note by the United States for the 125th meeting of the OECD Competition committee », June 2016, pages 3 et 4, § 6 et § 13.

⁸ FTC Rules of Practice, 16 CFR.

sont directement applicables, peuvent être privilégiés aux remèdes comportementaux⁹. Le *Merger Working Group* de l'ICN a relevé néanmoins que, dans les cas où aucun repreneur crédible ne peut être identifié par les autorités compétentes ou dans les cas de concentrations verticales, les engagements comportementaux, tels que des obligations de fourniture, peuvent être plus appropriés s'ils sont limités dans le temps.

En droit de la concurrence, les engagements sont parfois désignés par les termes généraux de «remèdes» ou de «mesures correctives», qui comprennent alors les prescriptions ou les injonctions prises unilatéralement par l'Autorité. Ils s'en distinguent toutefois, tant au regard de leur origine que de leur procédure d'adoption. En effet, spontanément proposés par les entreprises concernées, ils s'inscrivent en rupture avec la verticalité des mesures coercitives imposées par l'Autorité, ce qui explique qu'ils aient pu être qualifiés de «remèdes auto-prescrits»¹⁰.

LES ENGAGEMENTS EN DROIT DES CONCENTRATIONS

En droit interne des concentrations, la faculté offerte aux parties notifiantes d'assortir leur notification d'engagements est apparue dès l'introduction du contrôle des concentrations, par la loi n° 77-806 du 19 juillet 1977¹¹, alors que ce contrôle

⁹ https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/MWG_RemediesGuide.pdf ICN Merger working group, *Merger Remedies Guide*, section 3.2.1, «Structural and non-structural considerations», 2016.

¹⁰ A. Mouzon, «Le respect des engagements. Un point de vue de l'Autorité de la concurrence», *Concurrences*, n° 1-2012, p. 13.

¹¹ Loi n° 77-806 du 19 juillet 1977 relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante.

relevait encore du ministre chargé de l'économie avant son transfert à l'Autorité par la réforme de 2008¹². Dans le droit actuel, ces engagements peuvent être pris par les entreprises notifiantes tout au long de la procédure au titre du II de l'article L. 430-5 du code de commerce lors de la première phase d'examen de l'opération (dite « phase 1 »), mais aussi, en cas d'ouverture d'une phase d'examen approfondi (dite « phase 2 ») conformément au II de l'article L. 430-7 du même code. Il en va différemment des injonctions ou des prescriptions qui sont, quant à elles, imposées unilatéralement par l'Autorité, à l'issue d'une procédure contradictoire, au titre du III de l'article L. 430-7 du code de commerce, en phase 2 uniquement. L'examen de la pratique révèle que la quasi-totalité des engagements est déposée en phase 1, dont la plupart sont acceptés par l'Autorité. L'intérêt pour les entreprises est de rendre l'opération compatible avec le droit de la concurrence, sans que l'opération soit soumise à un examen de phase 2, beaucoup plus contraignant pour l'ensemble des parties à la concentration. Il reste toutefois que, dans l'hypothèse d'un passage en phase 2, les parties conservent la faculté de déposer des engagements jusqu'à son terme, comme en témoignent certaines décisions relatives à des opérations d'envergure (v. par ex. décisions n° 14-DCC-160 du 30 octobre 2014 relative à la prise de contrôle exclusif de SFR par le groupe Altice, n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016 relative à la prise de contrôle exclusif de Darty par la Fnac et n° 18-DCC-95 du 14 juin 2018 relative à la prise de contrôle

¹² Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

exclusif d'une partie du pôle plats cuisinés ambiants du groupe Agripole par la société Financière Cofigeo¹³).

L'objectif des engagements est d'assurer le maintien d'une concurrence suffisante sur les marchés concernés par l'opération projetée. Incidemment, et bien que ce ne soit pas leur objectif premier, ils participent à prévenir la commission d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles. Consubstantielles à la décision autorisant l'opération, ces mesures sont de nature comparable aux engagements susceptibles d'être acceptés par les autorités de régulation sectorielle qui appliquent un régime d'autorisation préalable¹⁴.

LES ENGAGEMENTS EN DROIT DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

Il a fallu attendre la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001¹⁵ qui a créé la procédure de non-contestation des griefs, depuis transformée en procédure de transaction¹⁶ et codifiée au III de l'article L. 464-2 du code précité, pour que cet outil puisse aussi être utilisé dans le cadre des sanctions des pratiques anticoncurrentielles. Les engagements constituaient d'ailleurs alors l'une des conditions nécessaires à la mise en

13 Si, au final, des injonctions ont été prises par l'Autorité dans cette affaire, la partie notifiante a proposé, en fin de phase 2, des engagements qui ont été jugés insuffisants pour remédier aux problèmes de concurrence identifiés.

14 Ainsi, ils procèdent, par exemple, de la même logique que les engagements qui assortissent les autorisations d'utilisation de fréquences délivrées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel (ci-après : « CSA »). V. par ex. CE, 31 janvier 1997, Association « Union Pieds Noirs », n° 142434, 150778, au Recueil.

15 Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

16 Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

œuvre de cette nouvelle procédure, jusqu'à ce que l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008¹⁷ les rende facultatifs en cas de non-contestation des griefs.

Mais, c'est surtout depuis la création de la procédure d'engagements, calquée sur le modèle européen et issue de l'ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004¹⁸, que les engagements sont devenus un instrument essentiel du contrôle des pratiques anticoncurrentielles. Codifiée au I de l'article L. 464-2 précité, la « procédure d'engagements » constitue une procédure à part entière, qui se distingue de celle conduisant à un constat d'infraction, en étant plus rapide et plus souple. Elle a pour but d'obtenir que *« l'entreprise cesse ou modifie de son plein gré, pour l'avenir, des comportements ayant suscité des préoccupations de concurrence »*¹⁹ et permet de mettre fin à une procédure contentieuse ouverte devant l'Autorité uniquement avant tout constat d'une infraction. C'est pourquoi elle ne peut plus être mise en œuvre une fois les griefs notifiés.

Curatifs, les engagements souscrits pour répondre à des pratiques potentiellement anticoncurrentielles sont destinés à rétablir le bon fonctionnement du marché. Ils n'en préviennent pas les atteintes mais les réparent. Cette utilisation originale des engagements est spécifique aux autorités de concurrence. Cependant, elle n'est pas totalement étrangère à d'autres autorités, en particulier le CSA, à qui le Conseil

¹⁷ Ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence.

¹⁸ Ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 portant adaptation de certaines dispositions du code de commerce au droit communautaire de la concurrence.

¹⁹ Communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence.

d'État a reconnu, sans texte, la faculté d'accepter des engagements en lieu et place du prononcé d'une sanction²⁰.

Ainsi, ces remèdes répondent à des exigences différentes selon qu'ils sont pris pour répondre à la modification de la structure d'un marché consécutive à une opération de concentration ou pour rétablir la concurrence après la commission d'une pratique ayant suscité des préoccupations de concurrence. Toutefois, et de manière très exceptionnelle, il peut arriver que les préoccupations de concurrence nées d'une opération de concentration notifiée par un opérateur soient communes à celles résultant de son comportement actuel sur le marché, examiné sur le fondement du I de l'article L. 464-2 du code de commerce. Dans ce cas, ces préoccupations peuvent conduire à l'acceptation d'engagements similaires dans ces deux procédures, comme cela a été le cas dans les deux décisions de l'Autorité concernant La Poste rendues le 21 décembre 2017²¹.

LE DÉVELOPPEMENT DU RECOURS AUX ENGAGEMENTS

Le développement progressif des engagements au travers des diverses procédures de l'Autorité s'explique par les gains multiples qu'ils génèrent.

Associant les opérateurs économiques au maintien ou au rétablissement de l'ordre public économique, cet outil de

²⁰ V. sur ce point CE, 6 avril 1998, Union syndicale de la production audiovisuelle, n° 173291, inédit au Recueil.

²¹ Décision n° 17-DCC-209 du 21 décembre 2017 relative à la création d'une entreprise commune par les sociétés La Poste et Suez RV France et décision n° 17-D-26 du 21 décembre 2017 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la collecte et de la valorisation de déchets banals d'entreprises.

régulation participatif leur permet de collaborer activement à l'élaboration des solutions nécessaires à la préservation du fonctionnement concurrentiel des marchés. Grâce à leur bonne connaissance de ces marchés, les opérateurs peuvent proposer des remèdes adaptés aux préoccupations de concurrence identifiées par l'Autorité. La circonstance qu'ils en soient l'auteur constitue par ailleurs un gage de leur bonne exécution. En contrepartie, ces remèdes permettent aux entreprises de faire l'économie d'une procédure lourde pouvant conduire au prononcé de mesures coercitives et, en droit des pratiques anticoncurrentielles, d'obtenir une réduction du montant de la sanction ou de l'éviter. Il reste que le recours aux engagements doit toujours être méticuleusement pesé et adapté aux données de l'espèce, pour ne pas mettre en cause l'effet dissuasif de la procédure de sanction. En droit des pratiques anticoncurrentielles, la réduction ou l'absence de sanction concomitante avec la prise d'engagements peut accroître l'incitation des entreprises à mettre en œuvre des comportements anticoncurrentiels²². Dans le cadre du contrôle des concentrations, la perspective de pouvoir écarter d'éventuels risques anticoncurrentiels au travers d'engagements accroît l'incitation à envisager des opérations d'envergure susceptibles, *prima facie*, d'entraîner une réduction de la concurrence sur les marchés²³. Les engagements facilitent donc la réalisation d'opérations de concentration généralement sources d'efficacités pour le

²² Pour une analyse de l'arbitrage entre moindre dissuasion et restauration rapide des conditions concurrentielles, cf. Choné P., Souam S., Vialfont A., (2014), « On the optimal use of commitment decisions under European competition law », *International Review of Law and Economics*, vol. 37, p. 169-179.

²³ Cf. Cosnita-Langlais A. et Sorgard L., « Enforcement vs deterrence in merger control : Can remedies lead to lower welfare ? », *Review of Law and Economics*, 2018.

marché. Il existe enfin des coûts administratifs inhérents à la conception et au suivi des engagements²⁴ qui pèsent sur les autorités de concurrence, mais aussi sur les entreprises au moment de l'élaboration et de l'acceptation des engagements et pendant toute la période du suivi de leur exécution. Pour autant, si ces coûts sont anticipés et maîtrisés, les engagements permettent à l'Autorité de préserver le libre jeu de la concurrence par une intervention rapide et adaptée.

Ces intérêts partagés, qui reposent sur une logique « gagnant-gagnant », expliquent que les engagements tiennent une place importante dans la pratique décisionnelle de l'Autorité.

Ainsi, dans le cadre du contrôle des concentrations, le recours aux remèdes est, toutes choses égales par ailleurs en comparaison avec la pratique d'autres autorités de concurrence dans le monde, relativement fréquent en France. Entre le 1^{er} janvier 2003 et le 31 décembre 2018, 116 décisions d'autorisation ont été assorties d'engagements, dont 68 prises par l'Autorité, contre seulement trois décisions d'autorisation assorties d'injonctions ou de prescriptions²⁵. En droit des pratiques anticoncurrentielles, l'Autorité a également souvent été amenée à accepter des engagements. En effet, sur 42 décisions rendues entre 2009 et 2018 en application de

24 Cf. Joskow, P. (2002), « Transaction Cost Economics, Antitrust Rules and Remedies », *Journal of Law, Economics and Organization* 18 (1), p. 95-116, sur l'importance de la prise en compte des coûts de transaction dans l'élaboration d'une politique de concurrence intégrant la possibilité d'engagements.

25 Arrêté du 25 mai 2005 relatif à plusieurs acquisitions d'entrepôts réalisées par le groupe Sogebra-Heineken dans le secteur de la distribution de bières dans le circuit CHR; décision n° 12-DCC-100 du 23 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et CanalSatellite par Vivendi et Groupe Canal Plus; décision n° 18-DCC-95 du 14 juin 2018 relative à la prise de contrôle exclusif d'une partie du pôle plats cuisinés ambiants du groupe Agripole par la société Financière Cofigeo.

la procédure de non-contestation des griefs, remplacée par la procédure de transaction en 2015²⁶, plus de 70 % étaient assorties d'engagements. Par ailleurs, sur cette même période, l'Autorité a rendu en moyenne quatre décisions d'engagements par an, contre un peu plus de dix décisions de sanction.

Mais l'importance que revêtent les engagements dans le droit de la concurrence appliqué par l'Autorité transparaît également au travers des effets de certaines décisions emblématiques, à l'égard tant des acteurs des secteurs concernés que des consommateurs.

Tel est par exemple le cas de la décision n° 14-DCC-50 du 2 avril 2014²⁷ encadrant l'acquisition, par le groupe Canal+ , des sociétés éditant les chaînes Direct 8 et Direct Star et lui permettant alors d'investir le marché de la télévision gratuite. L'Autorité a accepté des engagements destinés notamment à éviter que la puissance d'achat du groupe Canal+ ne lui permette d'évincer les chaînes gratuites concurrentes des marchés d'acquisition des droits, sans pour autant empêcher GCP d'approvisionner les chaînes acquises en programmes attractifs, au bénéfice des téléspectateurs. Ces engagements ont été soit maintenus, soit levés, soit adaptés en 2017 pour tenir compte des évolutions du secteur audiovisuel, en particulier la pression concurrentielle nouvelle et croissante exercée par Altice. La décision n° 15-D-06

26 Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

27 Décision n° 14-DCC-50 du 2 avril 2014 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Direct 8, Direct Star, Direct Productions, Direct Digital et Bolloré Intermédia par Vivendi SA et Groupe Canal Plus.

du 21 avril 2015²⁸ en est une bonne illustration également. L'Autorité a accepté les engagements proposés par Booking tendant, à compter du 1^{er} juillet 2015, à la modification des clauses de parité tarifaire et de disponibilité qu'elle appliquait aux hôtels, et ce afin de redonner à ces derniers davantage de liberté en matière commerciale et tarifaire.

Le rôle prépondérant joué par les engagements dans le bon fonctionnement du marché n'est pas une exception française. Ainsi, le 7 février 2018²⁹, l'autorité de la concurrence espagnole a accepté les engagements proposés par la société Mediapro, principal détenteur et gestionnaire de droits de football en Espagne, pour mettre fin à une procédure à son encontre pour abus de position dominante, ce qui constitue un bon exemple de l'intérêt que portent les autorités nationales de concurrence et les acteurs du marché à l'élaboration concertée des mesures nécessaires pour préserver le jeu concurrentiel. Les engagements présentés par Mediapro et entérinés par l'autorité espagnole consistaient d'une part en l'obligation de donner accès aux chaînes BeIn La Liga et BeIn Sports à tous les opérateurs de télévision payante qui le lui demandent et portaient d'autre part sur l'établissement de conditions économiques et commerciales équitables et non discriminatoires pour l'accès à ces chaînes³⁰.

28 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.

29 CNMC, 7 février 2018, S/DC/0604/17 Mediapro Fútbol.

30 <https://www.concurrences.com/fr/revue/issues/no-2-2018/chroniques/chroniques-droits-europeens-et-87008>.

La récente décision du 24 mai 2018 Gazprom³¹ rendue par la Commission en témoigne également. Pour Margrethe Vestager, commissaire européenne à la concurrence, les remèdes comportementaux rendus obligatoires au terme de cette procédure ont permis de lever « *les obstacles créés par [cette société] qui entravent la libre circulation du gaz en Europe centrale et orientale* »³². Les remèdes ont résolu d'une part les préoccupations de cloisonnement de marché, pour lesquelles Gazprom a proposé de retirer de ses contrats gaziers les restrictions directes ou indirectes à la vente transfrontalière de gaz et de ne plus en introduire à l'avenir, y compris dans le cadre d'appels d'offres³³. Les remèdes ont répondu d'autre part aux préoccupations relatives aux prix excessifs qu'aurait pratiqué Gazprom, pour lesquelles l'entreprise s'est engagée à proposer aux clients, actuels ou futurs, d'introduire une clause de révision des prix dans les contrats conclus ou d'améliorer sensiblement toute clause de révision de prix existante³⁴.

LA DISTINCTION ENTRE LES ENGAGEMENTS STRUCTURELS ET LES ENGAGEMENTS COMPORTEMENTAUX

Les engagements constituent donc un outil d'action majeur, dont la plasticité permet de traiter une grande variété de

³¹ Comm. eur., 24 mai 2018, Approvisionnement gazier en Europe centrale et orientale, aff. AT. 39816.

³² AFP, 24 mai 2018 : « Abus de position dominante : Gazprom échappe à une amende de l'UE ».

³³ Note du Comité consultatif dans l'affaire AT. 39816 (Gazprom), 2 mai 2018, § 36.

³⁴ Note du Comité consultatif dans l'affaire AT. 39816 (Gazprom), 2 mai 2018, § 46.

problèmes de concurrence. Concrètement, ils regroupent une diversité foisonnante de mesures. Pour autant, il n'existe pas, actuellement, de typologie partagée au plan international des différents types d'engagements. Seules deux principales catégories sont toujours distinguées : les engagements structurels et les engagements comportementaux. Cette dichotomie repose, traditionnellement, sur les effets produits par les engagements, les premiers modifiant directement et par eux-mêmes la structure des marchés (le nombre, la qualité ou le périmètre des opérateurs actifs sur un marché) quand les seconds se limitent à réguler les comportements de leurs souscripteurs. Ainsi, lorsque les engagements imposent une cession d'actif(s) ou une rupture de liens contractuels afin de permettre le maintien d'une offre indépendante sur le marché, ils sont considérés comme « structurels ». S'ils contraignent le comportement commercial ou stratégique d'une entreprise, ils sont alors qualifiés de « comportementaux ».

Alors que les engagements structurels prévoient généralement des transferts (ou des renonciations) définitifs de droits de propriété ou contractuels, les engagements comportementaux font peser, sur une période qui doit être déterminée, des contraintes sur le comportement concurrentiel de l'entreprise concernée. S'ils ne la privent pas de la capacité d'exercer un pouvoir de marché, les engagements comportementaux la contraignent à adopter des pratiques commerciales favorables au maintien ou au rétablissement d'une concurrence effective sur les marchés menacés par un risque anticoncurrentiel.

Cependant, la frontière entre les engagements structurels et les engagements comportementaux est parfois poreuse et il n'existe pas de définition parfaitement partagée qui permette de classer l'ensemble des engagements pris par

des entreprises dans l'une ou l'autre de ces catégories. Pour les besoins de la présente étude, l'Autorité propose alors de distinguer les engagements comportementaux des engagements structurels, en plaçant dans cette dernière catégorie ceux qui s'exécutent rapidement, en un trait de temps, présentent un caractère irréversible et n'impliquent un suivi par l'Autorité que pendant une courte période, généralement inférieure à une année, le temps de leur exécution.

Ainsi, lorsqu'un engagement prévoit, dans un délai déterminé, mais bref, que l'entreprise s'engage à réaliser la cession d'un actif, à rompre ou à conclure un contrat de franchise ou d'approvisionnement, ou à se désengager du capital d'une entreprise, par exemple, cet engagement est considéré comme structurel car, passé un délai de quelques mois, il doit produire tous ses effets et, par conséquent, ne plus impliquer de suivi actif de la part de l'Autorité ou du mandataire chargé de son suivi. À l'inverse, un engagement comportemental doit produire ses effets à moyen terme, faire l'objet d'un suivi scrupuleux de façon continue et être pris pour une durée variable, généralement comprise entre cinq et dix ans en droit des concentrations et d'une moyenne de cinq ans en droit des pratiques anticoncurrentielles.

Il reste cependant qu'en droit des concentrations, le critère de la durée des engagements a également déjà été utilisé pour définir la nature de l'engagement concerné. Ainsi, la pratique décisionnelle estime que des remèdes consistant en des modifications statutaires ou contractuelles, ou en la conclusion de contrats de franchise, par exemple, peuvent être considérés comme quasi structurels, s'ils sont pris sans limite de temps (comme dans la décision n° 11-DCC-150 du 10 octobre 2011 relative à la prise de contrôle exclusif de la

coopérative Elle-et-Vire par le groupe coopératif Agrial)³⁵, ou comportementaux, s'ils sont pris pour une période déterminée (comme dans la décision n° 17-DCC-210 du 13 décembre 2017 relative à la fusion par absorption de la société Coopérative des agriculteurs de la Mayenne par la coopérative agricole Terrena).

L'UTILISATION DES ENGAGEMENTS COMPORTEMENTAUX

La distinction de la nature des engagements est commune à l'ensemble du droit de la concurrence. Néanmoins, la fréquence et les modalités d'utilisation de ces remèdes varient en fonction du fondement juridique au titre duquel ils sont acceptés.

Ainsi, en droit des concentrations, l'engagement comportemental a pour objectif de préserver momentanément la structure concurrentielle des marchés dans lesquels une préoccupation de concurrence a été identifiée, le temps de permettre aux autres opérateurs de s'engager dans des stratégies pour concurrencer efficacement la nouvelle entité, voire de faciliter l'entrée de nouveaux opérateurs. Ces stratégies peuvent prendre plusieurs formes : diversification des sources d'approvisionnement ou des ventes, désengagement progressif vis-à-vis de la nouvelle entité, construction ou développement de capacités de production ou d'une marque, entrée sur le marché...

35 Des actions contraires à l'engagement (réintroduire les clauses supprimées ou rompre le contrat de franchise, par exemple) pourraient conduire l'Autorité à constater une inexécution de l'engagement si elles interviennent dans une période à l'issue de laquelle la structure concurrentielle des marchés concernés est demeurée inchangée.

L'engagement comportemental n'a donc vocation qu'à contraindre temporairement le comportement concurrentiel des parties pour permettre aux opérateurs (concurrents, clients ou fournisseurs) de réagir face à la modification structurelle du marché induite par la concentration, qui aboutit à renforcer le pouvoir de marché d'un acteur. Il n'a pas vocation à figer la structure concurrentielle d'un marché et s'inscrit ainsi pleinement dans une analyse prospective et dynamique, qui intègre la capacité de réaction des acteurs économiques. Si la pratique décisionnelle du ministre chargé de l'économie recèle des engagements comportementaux pris pour une durée indéterminée, il convient de souligner qu'il s'agit de cas isolés. D'ailleurs, aucun engagement comportemental d'une durée indéterminée n'a été accepté à ce jour par l'Autorité, un tel engagement perpétuel pouvant être assimilé à une forme de régulation sectorielle.

Par ailleurs, certaines décisions comportent parfois des engagements mixtes, c'est-à-dire de nature comportementale et structurelle, destinés à répondre à des préoccupations de concurrence différentes. Le cas le plus fréquent est celui d'une opération de concentration susceptible de produire à la fois des effets horizontaux et des effets verticaux. En ce cas, l'entreprise est souvent amenée à prendre des engagements structurels pour remédier aux risques d'effets horizontaux et, lorsque ces engagements sont insuffisants à réduire le pouvoir de marché de la nouvelle entité sur des marchés amont ou aval, à prendre par ailleurs des engagements comportementaux, destinés à remédier aux risques d'effets verticaux. En outre, d'autres décisions comportent les deux types d'engagements lorsque, sur plusieurs marchés affectés, les caractéristiques des produits ou des services concernés, le fonctionnement des marchés ainsi que les positions de l'entité issue de la concentration et de ses concurrents n'ont pas permis de proposer un remède global

(v. par ex. décision n° 15-DCC-53 du 15 mai 2015 relative à la prise de contrôle exclusive de la société Totalgaz SAS par la société UGI Bordeaux Holding SAS).

À ce jour, en France, toutes les décisions acceptant des engagements en droit des pratiques anticoncurrentielles portaient sur des engagements réversibles, qui doivent par suite être plutôt considérés comme relevant des engagements de nature comportementale. Très variés, certains sont qualifiés de quasi structurels, comme l'indiquait déjà le Conseil de la concurrence (ci-après : « le Conseil ») en 2005 dans son étude thématique sur les instruments en droit de la concurrence³⁶. Comportementaux par nature, ces remèdes sont généralement acceptés pour une durée indéterminée. Ils peuvent produire des effets sur la structure du marché (quand ils tendent à l'octroi d'une concession de licence à un concurrent par exemple) ou modifier l'organisation de l'entreprise ou de l'organisme qui les propose (notamment quand ils conduisent à créer un système de comptabilité analytique ou instaurent une « muraille de Chine »). Par contraste, d'autres engagements de nature strictement comportementale, par exemple ceux qui portent sur la modification de clauses contractuelles régissant les rapports entre un fournisseur et un distributeur, la suppression d'une clause d'exclusivité ou l'accès à un groupe fermé, sont généralement à durée déterminée.

La pratique consistant à n'accepter que des engagements comportementaux en droit des pratiques anticoncurrentielles pourrait cependant être amenée à évoluer. La directive ECN + consacre désormais explicitement pour l'Autorité la

³⁶ Conseil de la concurrence, Étude thématique, « Sanctions, injonctions, engagements, transaction et clémence : les instruments de la mise en œuvre du droit de la concurrence », Rapport annuel, p. 155.

possibilité, résultant implicitement de la lettre du droit français, de prononcer des injonctions structurelles pour « *faire cesser effectivement une infraction* ». Il est ainsi possible qu'à l'avenir, l'Autorité accepte des engagements structurels au titre des pratiques anticoncurrentielles.

LES CRITIQUES DU RECOURS AUX ENGAGEMENTS COMPORTEMENTAUX

De manière plus générale, les remèdes comportementaux font régulièrement l'objet de critiques, principalement liées aux difficultés et aux coûts que suscite leur suivi systématique. C'est d'ailleurs l'une des raisons pour lesquelles certaines autorités de concurrence refusent généralement d'accepter des engagements de ce type, privilégiant les mesures structurelles ou le recours à une procédure de sanction.

C'est notamment le cas de l'Allemagne qui, dans l'affaire Booking précitée³⁷, n'a pas souhaité s'engager dans le cadre d'une procédure négociée, contrairement à la France, la Suède et l'Italie. Les inconvénients résultant de l'usage de remèdes comportementaux ont été mis en avant outre-Atlantique, par l'Assistant Attorney General de la division antitrust du département de la Justice, M. Makan Delrahim, comme en a témoigné son intervention à une table ronde sur la concurrence et la dérégulation à Washington le 26 avril 2018, à l'occasion de laquelle il a défendu une approche tournée vers les remèdes structurels. De même, la Commission estime que « *les engagements relatifs au comportement futur*

³⁷ 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.

*de l'entité issue de la concentration ne peuvent être recevables qu'exceptionnellement, dans des circonstances très spécifiques*³⁸ ». À ces critiques propres au suivi des engagements comportementaux s'ajoute la crainte que ces remèdes produisent des effets de distorsion de concurrence³⁹.

* * *

L'avenir des engagements comportementaux est donc aujourd'hui relativement incertain. Plébiscités par le passé, ces remèdes ont largement été utilisés par l'Autorité. Néanmoins, les difficultés qu'ils suscitent, notamment en matière de suivi, semblent désormais rendre ces mesures correctives moins attractives pour certaines autorités. Ce débat important justifie que l'Autorité revienne, au travers de cette étude, sur la place des engagements comportementaux dans sa pratique décisionnelle, en droit des concentrations comme en droit des pratiques anticoncurrentielles. Plus largement, cette étude est également l'occasion pour l'Autorité de dresser un panorama du régime applicable aux engagements, tant en ce qui concerne les principes généraux qu'ils doivent respecter que leur suivi et leur révision et, le cas échéant, les contentieux dont ils sont susceptibles de faire l'objet.

38 Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil et au règlement (CE) n° 802/2004 de la Commission.

39 *Ibid.*

**1/ LES PRINCIPES
GÉNÉRAUX
DEVANT GUIDER
L'ÉLABORATION
DES ENGAGEMENTS**

Pour assurer son rôle de gardienne du libre jeu de la concurrence dévolu par le législateur, l'Autorité accepte fréquemment des engagements. Ils constituent un ensemble de remèdes hétérogènes qui varient en fonction du type de problème de concurrence rencontré et des circonstances propres à chaque espèce. Cependant, ils répondent toujours à un objectif commun : le maintien ou le rétablissement du bon fonctionnement du marché. À ce titre, les engagements sont tous soumis à un socle de principes généraux commandant qu'ils soient à la fois utiles et effectifs.

L'utilité des engagements

Pour remédier aux problèmes de concurrence identifiés par l'Autorité, les engagements doivent répondre à plusieurs exigences. Ainsi, comme l'indique le communiqué de procédure de l'Autorité du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence, ils doivent être « *pertinents et crédibles* ». Mais leur utilité est surtout conditionnée par leur juste calibrage, exigeant qu'ils soient proportionnés et d'une durée suffisante.

LA PROPORTIONNALITÉ DES ENGAGEMENTS

La proportionnalité des engagements souscrits par les entreprises présente deux facettes. La première exige que ces remèdes soient suffisants pour résoudre les problèmes de concurrence identifiés. La seconde commande qu'ils n'excèdent pas ce qui est strictement nécessaire pour parvenir à cette fin.

Pour être acceptés par l'Autorité, les engagements doivent tout d'abord apparaître suffisants (*a contrario*, en droit des concentrations : CE, Sect., 9 avril 1999, The Coca-Cola Company, n° 201853, au Recueil; CE, Ass., 21 décembre 2012, société Groupe Canal Plus et autres, n° 362347, au Recueil).

La proportionnalité de la solution proposée pour remédier à la distorsion de concurrence identifiée s'apprécie globalement, au regard de l'ensemble des engagements souscrits par les parties, tant en droit des concentrations (CE, Sect., 30 décembre 2010, Société Métropole Télévision (M6), n° 338197, au Recueil; v. également les conclusions de M. Vincent Daumas, p. 30, sur l'arrêt : CE, Ass., 21 décembre 2012, Société Groupe Canal Plus, n° 362347, au Recueil) qu'en droit des pratiques anticoncurrentielles (décision 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).

La portée de l'exigence du caractère suffisant des engagements varie en fonction de la base légale sur laquelle ces mesures correctives reposent.

Ainsi, en droit des concentrations, les engagements sont adaptés dès lors qu'ils permettent d'assurer le maintien d'une concurrence suffisante sur le marché concerné. Comme l'a jugé le Conseil d'État, « *il appartient seulement à l'Autorité de la concurrence, pour apprécier si un engagement est pertinent et suffisant, de rechercher s'il est de nature à pallier les effets anticoncurrentiels de l'opération projetée et à maintenir ainsi une concurrence suffisante* » (CE, 5 novembre 2014, Société Wienerberger, n° 373065, au Recueil). Un engagement n'a donc pas vocation à accroître le degré de concurrence qui existait sur un marché avant l'opération de concentration (voir le rapport public du Conseil d'État pour l'année 2015, p. 94). Il vise seulement à maintenir un espace suffisant pour permettre l'expression de la libre concurrence. *A contrario*, exiger des parties à une concentration que leurs engagements aillent au-delà de ce qui est nécessaire pour maintenir le degré de concurrence antérieur à

l'opération pourrait dissuader la réalisation d'opérations de concentration susceptibles de comporter des gains d'efficacité, par exemple au travers d'une réduction des coûts de production⁴⁰.

En droit des pratiques anticoncurrentielles, la logique est différente. Comme l'indique le point 34 du communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence, les engagements doivent à la fois être « *nécessaires et suffisants pour mettre un terme à toutes les préoccupations de concurrence identifiées* ». Cette différence d'approche tient à ce que l'engagement est ici utilisé comme un outil destiné à corriger un comportement déviant, contraire au droit de la concurrence. Dans le cadre de la procédure d'engagements, les engagements permettent à leur souscripteur d'éviter de faire l'objet d'une procédure de sanction tandis que dans le cadre d'une procédure de transaction⁴¹, ils peuvent lui permettre d'obtenir une réduction du *quantum* de la sanction pécuniaire qui lui est infligée. Dans les deux cas, le recours aux engagements n'est pas neutre du point de vue de la dissuasion des comportements anticoncurrentiels⁴². Dès lors, les seuls engagements de respecter à l'avenir le droit de la concurrence (décision n° 06-D-09 du 11 avril 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans

⁴⁰ Cf. Farrell J. (2003), « Negotiation and Merger Remedies : Some Problems », in *Merger Remedies in American and European Union Competition Law*, F. Lévêque and H. Shelanski (dir.).

⁴¹ La procédure de non-contestation des griefs a été transformée en procédure de transaction par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

⁴² Cf. Choné Philippe, Souam Saïd, Vialfont Arnold, (2014), « On the optimal use of commitment decisions under European competition law », *International Review of Law and Economics*, vol. 37, p. 169-179.

le secteur de la fabrication des portes) ou de mettre fin à un comportement susceptible de constituer une infraction – et donc de respecter la loi (décision n° 12-D-17 du 5 juillet 2012 relative à des pratiques relevées dans le secteur des moyens de paiements scripturaux [prélèvement, titre interbancaire de paiement, téléchèquement, virement et lettre de change]) ne sont pas de nature à justifier la clôture d'une affaire. Il en va de même pour les engagements souscrits dans le cadre d'une procédure de transaction, l'Autorité veillant à ce qu'ils présentent un caractère substantiel, crédible et vérifiable (v. par ex. décision n° 14-D-19 du 18 décembre 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'entretien et des insecticides et dans le secteur des produits d'hygiène et de soins pour le corps).

Enfin, de manière générale, les engagements souscrits sont neutres. Ils ne sont pas destinés à favoriser un acteur économique plutôt qu'un autre, ni à satisfaire la demande d'une partie plaignante. Leur but exclusif est d'assurer le maintien ou le rétablissement de l'ordre public économique. Les lignes directrices de l'Autorité relatives au contrôle des concentrations de 2013 et le communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif aux engagements le rappellent respectivement à leurs points 574 et 8.

L'autre versant du principe de proportionnalité tend à protéger les tiers (v. notamment : Trib. UE, 12 décembre 2018, Groupe Canal+ SA, T-873/16), mais également la liberté d'entreprendre des entreprises qui proposent des engagements, celles-ci ne devant pas se trouver contraintes par des engagements qui iraient au-delà de ce qu'implique le traitement des problèmes de concurrence identifiés.

Le point 39 du communiqué de procédure précité l'indique expressément, relevant que, par principe, *« l'Autorité ne rend pas obligatoires des engagements qui excèdent la résolution*

des préoccupations de concurrence». L'Autorité a d'ailleurs déjà refusé de rendre obligatoire un engagement dans un tel cas de figure (v. par ex. en droit des pratiques anticoncurrentielles : décisions n° 05-D-16 du 26 avril 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par la Société des auteurs et compositeurs dramatiques; n° 12-D-17 du 5 juillet 2012 relative à des pratiques relevées dans le secteur des moyens de paiement scripturaux [prélèvement, titre interbancaire de paiement, télévirement, virement et lettre de change]).

Les engagements étant issus d'une démarche volontaire des entreprises, le risque qu'ils présentent un caractère excessif par rapport aux nécessités de la situation concurrentielle demeure assez théorique. D'ailleurs, les lignes directrices de l'Autorité relatives au contrôle des concentrations de 2013 précisent que c'est principalement dans le cadre du prononcé d'injonctions, mesures correctives imposées, que s'opère le contrôle de leur caractère disproportionné (point 574). Toutefois, il est loisible à l'Autorité de relever d'office, si elle le juge utile, que les engagements proposés vont au-delà de ce qui apparaît strictement justifié au regard de la préservation ou du maintien de la situation concurrentielle.

Le principe de proportionnalité impose ainsi de rechercher le remède le plus adapté au problème de concurrence rencontré. Cette quête de proportionnalité inspire aussi la détermination de la durée des engagements.

LA DURÉE DES ENGAGEMENTS

La détermination de la durée des engagements est une étape importante pour bien ajuster les remèdes aux problèmes de concurrence. Elle intéresse l'ensemble des engagements susceptibles d'être acceptés par l'Autorité.

En droit des concentrations, les engagements structurels impliquent principalement la cession d'activités ou de certains actifs des parties à l'opération ou l'élimination de liens capitalistiques entre des concurrents. La durée de ce type d'engagements correspond à la période durant laquelle ils doivent être exécutés. Elle est fixe et ne peut être remise en cause unilatéralement par l'entreprise qui, si elle l'estime insuffisante, peut seulement en demander l'allongement.

Ce délai ne se confond pas avec la durée des engagements comportementaux accessoires acceptés par l'Autorité, lesquels sont destinés, une fois la cession intervenue, à interdire à l'entreprise de remettre en cause ses effets. La décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016 relative à la prise de contrôle exclusif de Darty par la Fnac en donne une bonne illustration. En effet, l'engagement structurel de cession d'actifs pris par la Fnac est assorti d'une clause de durée de dix ans, période pendant laquelle cette société ne peut acquérir une influence directe ou indirecte sur tout ou partie des actifs cédés.

Dans le cas des engagements comportementaux, la durée correspond à la période pendant laquelle ils devront être exécutés. Sa délimitation est essentielle. Si elle est insuffisante, les engagements ne produiront pas leurs effets assez longtemps, au détriment du rétablissement ou du maintien de l'ordre public économique. À l'inverse, si elle est trop longue, elle fera peser sur ses souscripteurs une obligation inutile. Dans ce cas, elle contraindra par ailleurs l'Autorité à consacrer des ressources pour s'assurer de la bonne exécution des remèdes applicables.

Sur ce point, les lignes directrices de l'Autorité relatives au contrôle des concentrations de 2013 prévoient que pour remédier aux effets anticoncurrentiels d'une opération de concentration « *les mesures correctives comportementales sont toujours prévues pour une durée déterminée. Sauf*

circonstances exceptionnelles, une durée minimale de cinq ans, éventuellement renouvelable, est généralement jugée nécessaire pour compenser les effets sur la structure des marchés d'une opération de concentration » (point 617).

Mais la durée des engagements peut être plus longue lorsqu'elle apparaît nécessaire pour préserver le maintien d'une concurrence suffisante sur les marchés concernés. Ainsi, par exemple, la décision n° 16-DCC-167 du 31 octobre 2016 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Aéroports de Lyon par la société Vinci Airports comporte des engagements comportementaux destinés à écarter le risque qu'Aéroports de Lyon privilégie les filiales du groupe Vinci lors de l'attribution de ses marchés et souscrits pour 41 ans, soit la durée de la concession de gestion et d'exploitation de l'aéroport de Lyon.

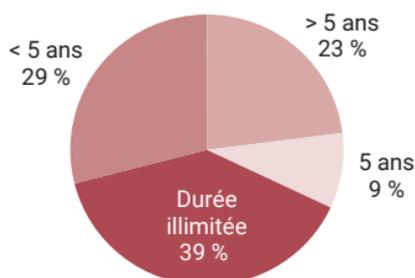
Reste qu'en raison du caractère évolutif des marchés, l'analyse prospective que l'Autorité doit mener, en se fondant sur un scénario économique plausible, la conduit le plus souvent à considérer que les effets directement induits par l'opération ne sont pas illimités dans le temps. À cet égard, l'expérience montre que la durée indiquée par les lignes directrices de l'Autorité, de cinq ans, éventuellement renouvelable une fois, est généralement suffisamment longue pour permettre de préserver la concurrence et pour inciter les entreprises concurrentes à investir le marché.

De son côté, le communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence fixe un cadre très souple concernant la fixation de la durée des engagements. Il précise que « *la décision d'engagements peut être adoptée pour une durée indéterminée lorsqu'il doit être remédié aux préoccupations de concurrence de manière durable ou, au contraire, limitée, lorsque le rétablissement de la concurrence est prévisible, auquel cas l'Autorité y fixe un terme* » (point 45).

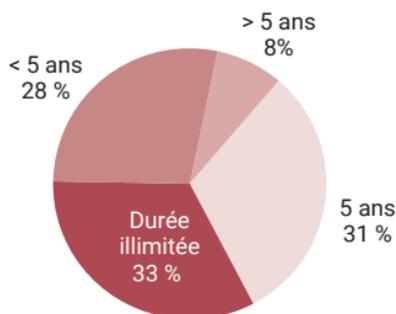
À l'origine, les décisions d'engagements étaient d'ailleurs rarement assorties d'une disposition relative à leur durée.

L'analyse de la pratique décisionnelle du Conseil puis de l'Autorité de la concurrence révèle que c'est à compter de 2012, s'agissant des engagements souscrits au titre du III de l'article L. 464-2 du code de commerce, et de 2013, s'agissant de ceux souscrits au titre du I de l'article précité, qu'une durée limitée assortit désormais quasi-systématiquement les engagements acceptés par l'Autorité.

Répartition du nombre de décisions d'engagements souscrits au titre du I de l'article L. 464-2 du code de commerce selon la durée des engagements souscrits (2008-2018)



Répartition du nombre de décisions d'engagements souscrits au titre du III de l'article L. 464-2 du code de commerce selon la durée des engagements souscrits (2008-2018)



Le plus souvent, elle est comprise entre trois et onze ans, et se situe en moyenne à cinq ans (v. par ex. retenant une durée de 5 ans : décisions n° 17-D-12 du 26 juillet 2017 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l’approvisionnement en betteraves sucrières; n° 17-D-16 du 7 septembre 2017 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Engie dans le secteur de l’énergie [pour l’engagement relatif à la clientèle résidentielle]; n° 18-D-04 du 20 février 2018 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la production et de la commercialisation de viande en Martinique).

Cette évolution est le fruit de l’expérience acquise par l’Autorité depuis l’introduction de la procédure d’engagements. Elle traduit son souci d’adapter au plus juste les remèdes aux problèmes de concurrence identifiés et aux circonstances propres à chaque espèce (v. par ex. décision n° 12-D-17 du 5 juillet 2012 relative à des pratiques relevées dans le secteur des moyens de paiements scripturaux [prélèvement, titre interbancaire de paiement, télé règlement, virement et lettre de change], qui prévoit que les engagements « *qui concerne[nt] les commissions systématiques ne doi[ven]t pas être limité[s] dans le temps compte tenu du cadre réglementaire européen qui prévoit leur interdiction définitive à compter du 1^{er} février 2017. Pour cette raison, les engagements devront être souscrits pour une durée expirant le 1^{er} février 2017, dernière date butoir prévue par le règlement n° 260/2012 qui prendra alors pleinement effet* »).

En pratique, l’instruction s’attache, dans un dialogue nourri avec les parties et les acteurs du marché, à retenir le bon dosage quant à la nature des engagements retenus, leur dimensionnement et leur durée.

L'effectivité des engagements

Les remèdes, même les mieux conçus, ne produisent d'effets que s'ils sont effectivement appliqués. Leur effectivité constitue donc un enjeu central pour l'Autorité. Ce constat la conduit à veiller scrupuleusement à leur exécution. Ainsi, avant de les approuver, elle s'assure qu'ils présentent bien un caractère vérifiable et qu'ils pourront être exécutés. Après qu'ils sont devenus obligatoires, elle contrôle leur suivi.

LE CARACTÈRE VÉRIFIABLE DES ENGAGEMENTS

Le caractère vérifiable des engagements est, au même titre que leur utilité, une condition de leur approbation.

Le point 21 du communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence fait expressément état de cette exigence. La pratique décisionnelle relative aux procédures de non-contestation des griefs et de transaction également (v. par ex. décision n° 14-D-19 du 18 décembre 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'entretien et des insecticides et dans le secteur des produits d'hygiène et de soins pour le corps).

Si l'Autorité doit vérifier d'office le bon respect des engagements, il n'est cependant pas rare qu'elle soit saisie d'un éventuel non-respect d'engagements par des tiers.

En matière de pratiques anticoncurrentielles, l'article R. 464-2 du code de commerce institue des procédures qui, en informant les tiers et les saisissants des engagements proposés, permettent à l'Autorité de rassembler des informations précieuses sur leur bien-fondé ou leur applicabilité. Il impose ainsi au rapporteur général de communiquer à l'auteur de la saisine et au commissaire du Gouvernement le contenu des engagements proposés, mais aussi de publier

un résumé de l'affaire et des engagements, pour permettre aux tiers intéressés de présenter leurs observations sur cette question.

Après avoir pris connaissance des engagements proposés, le saisissant ou les tiers intéressés peuvent critiquer l'utilité des engagements proposés mais également faire état des doutes que suscite leur application.

Ces doutes peuvent notamment conduire l'Autorité à vérifier que les remèdes proposés pourront être mis en œuvre sans ambiguïté. Ainsi, dans la décision n° 12-D-16 du 12 juillet 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de distribution de la presse, l'Autorité devait s'assurer que l'engagement par lequel Presstalis portait le délai de résiliation du contrat l'unissant à ses prestataires de 48 heures à trois mois était bien vérifiable. Elle a estimé que tel était le cas, le 1^{er} alinéa de l'article 3 de ce contrat stipulant que sa résiliation doit être effectuée par lettre recommandée avec accusé de réception, ce qui permet de déterminer le point de départ du délai précité.

Ils peuvent également l'amener à contrôler les modalités de mise en œuvre d'un dispositif interne de contrôle des engagements proposé par une entreprise, comme dans la décision n° 12-D-18 du 20 septembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des prestations d'interconnexion réciproques en matière de connectivité Internet. Dans cette affaire, France Telecom s'était engagée à formaliser un protocole interne entre Orange et Open Transit décrivant les conditions techniques, opérationnelles et financières applicables à la fourniture de services de connectivité. Pour s'assurer de l'effectivité de cet engagement, France Telecom s'était également engagée à mettre en place un protocole de suivi interne. Eu égard aux modifications apportées à ce protocole de suivi, concernant en

particulier son délai de mise en place et la durée de son application, l'Autorité a estimé que le premier engagement souscrit par l'Autorité était bien vérifiable.

En droit des concentrations, les lignes directrices de l'Autorité précitées font également référence au caractère vérifiable des engagements proposés par les parties à une opération comme un élément essentiel. Ainsi, le point 232 précise que « *pour les engagements comportementaux, les parties s'attacheront à démontrer leur faisabilité opérationnelle et les moyens proposés pour en assurer la vérification* ».

Les lignes directrices permettent à l'Autorité de tester les mesures correctives proposées par les parties à l'opération auprès des acteurs des marchés concernés, dans le respect du secret des affaires des parties. Cependant, contrairement à la procédure applicable aux engagements souscrits en droit des pratiques anticoncurrentielles, il s'agit seulement d'une faculté, non d'une obligation.

En effet, aucun texte ni aucun principe n'impose à l'Autorité d'engager une consultation auprès des tiers sur les mesures correctives destinées à figurer dans la décision de concentration. Le Conseil d'État l'a jugé sous l'empire de la législation confiant le pouvoir d'autoriser les opérations de concentration au ministre chargé de l'économie (v. décision du Conseil d'État du 27 juin 2007, Société Métropole Télévision, n° 278652, au Recueil : « *si les dispositions précitées imposent au ministre de l'économie, des finances et de l'industrie de rendre publique l'opération de concentration envisagée, afin notamment de recueillir les observations éventuelles des tiers intéressés, aucun texte ni aucun principe n'exigent que la décision du ministre soit précédée d'une procédure contradictoire avec les tiers intéressés* »). Cette jurisprudence a été

confirmée après la réforme législative de 2008⁴³ confiant à l'Autorité le pouvoir d'autorisation des concentrations (v. décision du Conseil d'État du 6 juillet 2016, Compagnie des gaz de pétrole Primagaz, société Vitogaz France, n° 390457, aux Tables : « *ni l'article L. 430-5 du code de commerce, ni aucune autre disposition ou principe n'imposent à l'Autorité de la concurrence de transmettre un projet de décision à un tiers à une opération de concentration, aux fins de le mettre en mesure de présenter ses observations* »). D'ailleurs, le paragraphe 233 des lignes directrices précise que « *le service des concentrations évalue la recevabilité des engagements proposés, en fonction des atteintes à la concurrence que l'opération est susceptible de provoquer. Ces engagements peuvent être testés auprès d'acteurs des marchés concernés, dans le respect du secret des affaires des parties* ».

Le caractère vérifiable des engagements admis, l'Autorité doit encore s'assurer de leur bonne exécution, après les avoir rendus obligatoires.

LE SUIVI DES ENGAGEMENTS

L'effectivité des engagements acceptés et rendus obligatoires par l'Autorité justifie qu'elle procède au contrôle de leur bonne exécution.

Le suivi des engagements permet à l'Autorité de vérifier que l'entreprise respecte ses obligations et de la sanctionner en cas de manquement. Indirectement, cette opération de suivi lui permet de vérifier que les remèdes souscrits remplissent bien leur objectif et d'approfondir sa connaissance et son expertise pratique des remèdes destinés à résoudre des problèmes de concurrence.

⁴³ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

Le suivi peut être confié à un mandataire indépendant des entreprises, proposé par les parties et agréé par l'Autorité, qui rend compte de sa mission à l'Autorité.

Le recours à ce type de suivi est relativement rare s'agissant des engagements acceptés en droit des pratiques anticoncurrentielles. En revanche, il est plus fréquent en droit des concentrations.

Le plus souvent, lorsque les engagements sont pris en matière de pratiques anticoncurrentielles, et sont facilement vérifiables, leur suivi est assuré directement par l'Autorité (v. par ex. décision n° 17-D-12 du 26 juillet 2017 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'approvisionnement en betteraves sucrières; v. également : décision n° 18-D-04 du 20 février 2018 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la production et de la commercialisation de viande en Martinique). Dans cette hypothèse, l'Autorité demande à l'entreprise ou l'organisme qui s'est engagé de lui transmettre un rapport périodique qui rend compte de son action.

Dans tous les cas, la méconnaissance des engagements peut conduire l'Autorité à prendre des sanctions, en application de l'article L. 464-3 du code de commerce s'agissant du non-respect de remèdes pris en droit des pratiques anticoncurrentielles et conformément aux dispositions du IV de l'article L. 430-8 du même code en droit des concentrations.

Mais le suivi des engagements doit également s'envisager comme une phase de dialogue avec les entreprises concernées qui peuvent faire part des difficultés qu'elles rencontrent pour assurer la bonne exécution des remèdes prescrits. Ce suivi peut éventuellement conduire à leur révision, laquelle intervient en pratique toujours sur demande de l'entreprise concernée par les engagements.

* * *

Ainsi, les principes généraux décrits ci-dessus s'appliquent invariablement à l'ensemble des engagements rendus obligatoires par l'Autorité. Ils permettent de répondre aux préoccupations de concurrence préalablement identifiées de manière adaptée, effective et concrète. C'est dans le respect de ces grands principes que la pratique décisionnelle de l'Autorité s'est développée en matière d'engagements, en droit des concentrations comme en droit des pratiques anticoncurrentielles.

2/ LES ENGAGEMENTS EN MATIÈRE DE CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS

L'Autorité, à laquelle une opération de concentration entrant dans le champ défini par les articles L. 430-1 et L. 430-2 du code de commerce a été notifiée, peut, en vertu de l'article L. 430-5 du même code, soit autoriser l'opération en la subordonnant éventuellement à la réalisation effective d'engagements pris par les parties, soit, si elle estime qu'il existe un doute sérieux d'atteinte à la concurrence, engager un examen approfondi au terme duquel elle prend une décision d'autorisation, le cas échéant assortie d'engagements, de prescriptions ou d'injonctions, ou d'interdiction, dans les conditions prévues aux articles L. 430-6 et L. 430-7 du même code.

À partir des critères relatifs à la rapidité de mise en œuvre de l'engagement, à son caractère irréversible et à son suivi actif par l'Autorité, la typologie suivante a été établie pour les besoins de la présente étude. Elle concerne les principaux types d'engagements que le ministre chargé de l'économie et l'Autorité ont acceptés afin d'autoriser une opération de concentration susceptible de soulever des préoccupations de concurrence⁴⁴. Ces engagements ayant été acceptés dans le cadre d'une analyse du cas d'espèce, cette liste n'est donc pas à interpréter comme un cadre d'engagements qui serait toujours par nature pertinent. Structurels ou comportementaux, il peut arriver que l'Autorité accepte des engagements de deux types, qualifiés d'engagements mixtes.

⁴⁴ Il existe quelques engagements atypiques, qui feront l'objet d'une présentation *infra*.

● TYPE D'ENGAGEMENT

Engagements structurels <i>(ne requièrent pas un suivi sur le long terme de l'Autorité, rapidité de mise en œuvre, effet irréversible)</i>	Engagements comportementaux <i>(requièrent un suivi sur le long terme de l'Autorité, le plus souvent avec l'aide d'un mandataire, durée limitée)</i>
Cession d'actif(s) matériels : filiales, magasins, usines, dépôts, agences	Accord d'approvisionnement Concession d'une licence de marque à un concurrent
Cession d'actifs immatériels : contrats, marques, autorisa- tions d'exploitation	« Muraille de Chine » * Accès à une infrastructure essentielle (réseau, bien ou service, technologie, brevet, savoir-faire, droit de propriété intellectuelle)
Rupture ou conclusion d'un contrat de franchise	Modification temporaire de clauses statutaires ou contractuelles
Non-acquisition d'un actif inclus dans le périmètre initial	Non-discrimination dans une procédure de mise en concurrence
Modification définitive de clauses statutaires ou contractuelles	Non-opposition à une entrée sur le marché Interdiction de couplage de plusieurs prestations ou de produits
Suppression d'un lien avec un concurrent	Aménagement des relations tarifaires (inter- diction de modifier des conditions financières consenties, encadrement tarifaire **, interdiction de remises de gamme)
Cession de participation capita- listique minoritaire	Renonciation à certaines clientèles ou activités Limitation des parts de contingents ***

* Type d'engagement consistant à empêcher la circulation d'informations entre des structures.

** À l'occasion de négociations d'engagements, l'Autorité a été confrontée à des propositions d'engagements comportementaux de nature régulatrice : l'entreprise s'engageait, par exemple, à ne pas augmenter les prix des produits ou des services qu'elle propose. Ce type d'engagement n'est pas acceptable : l'Autorité n'est pas une autorité de régulation. En sus de son activité consultative, ses ressources sont principalement consacrées à l'instruction, à la répression des comportements anticoncurrentiels des entreprises, et à l'analyse prospective des effets des opérations de concentration soumises à son autorisation. Le suivi des engagements souscrits par une entreprise ne saurait d'ailleurs être assimilé à une activité de régulation de marché, pour les raisons signalées ci-dessus.

*** Pour des secteurs qui sont soumis à des contingentements, pour des motifs fiscaux, comme le rhum par exemple.

Cette typologie des principaux engagements, souscrits entre 2001 et 2018 en France, illustre la richesse des engagements comportementaux, qui peuvent se décliner en de nombreuses variantes, en fonction du secteur, du produit et du service concerné par le marché sur lequel des préoccupations de concurrence ont été identifiées.

Après avoir dressé un état des lieux de la pratique de l'Autorité en matière d'engagements comportementaux, l'étude s'intéressera à la nature des préoccupations de concurrence qui peuvent être réglées par de tels engagements. Les difficultés liées à ce type d'engagements sont généralement plus importantes que dans le cas des engagements structurels. L'Autorité recommande donc d'anticiper la phase de discussion des engagements comportementaux.

État des lieux des engagements en matière de contrôle des concentrations (2009-2018)

Les engagements pris en matière de pratiques anticoncurrentielles devant l'Autorité ont été, par définition, discutés puis acceptés par la même institution. En revanche, en matière de contrôle des concentrations, l'Autorité a dû prendre la suite de la pratique antérieure du ministre chargé de l'économie. Cette pratique (2001-2009) est presque aussi longue que l'expérience de l'Autorité, depuis que la mission du contrôle des concentrations lui a été transférée par la loi de modernisation de l'économie, en 2009⁴⁵.

Or, l'expérience du ministre chargé de l'économie n'a pas été sans effet dans la pratique de l'Autorité.

⁴⁵ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (LME).

L'Autorité a ainsi dû effectuer le suivi des engagements souscrits par les entreprises devant le ministre chargé de l'économie, parmi lesquels des engagements acceptés par le ministre en dépit d'un avis négatif, ou très réservé, du Conseil de la concurrence. Pour autant, l'ensemble des engagements en vigueur souscrits auprès du ministre chargé de l'économie a été suivi par l'Autorité, dans le cadre du transfert de compétence du contrôle des concentrations, dont il ne reste plus que trois au 31 décembre 2018⁴⁶.

Entre le 2 mars 2009 et le 31 décembre 2018, l'Autorité a adopté 68 décisions d'autorisation sous réserve d'engagements auxquelles s'ajoutent deux décisions sous réserve d'injonctions. Sa pratique décisionnelle la conduisant à accepter des engagements comportementaux lorsque ceux-ci sont adaptés est à la fois constante, caractérisée par de nombreuses décisions d'autorisation adoptées sous réserve d'engagements chaque année, et atypique en Europe, l'Autorité se démarquant par une proportion et un nombre importants de décisions autorisées sous réserve d'engagements comportementaux.

UNE PRATIQUE D'ACCEPTATION D'ENGAGEMENTS COMPORTEMENTAUX CONSTANTE DE L'AUTORITÉ

L'examen des décisions d'autorisation rendues par l'Autorité sous réserve d'engagements permet de dégager une pratique riche.

⁴⁶ Lettre du ministre de l'Économie, des finances et de l'emploi du 22 mai 2007, aux conseils de la société Unibail, relative à une concentration dans le secteur des services immobiliers ; lettre du ministre de l'Économie, des finances et de l'industrie en date du 28 octobre 2005, aux conseils de la société SIPA, relative à une concentration dans le secteur de l'édition et lettre du ministre de l'Économie, des finances et de l'industrie, en date du 21 février 2005, au conseil de la société Boiron, relative à une concentration dans le secteur des médicaments homéopathiques.

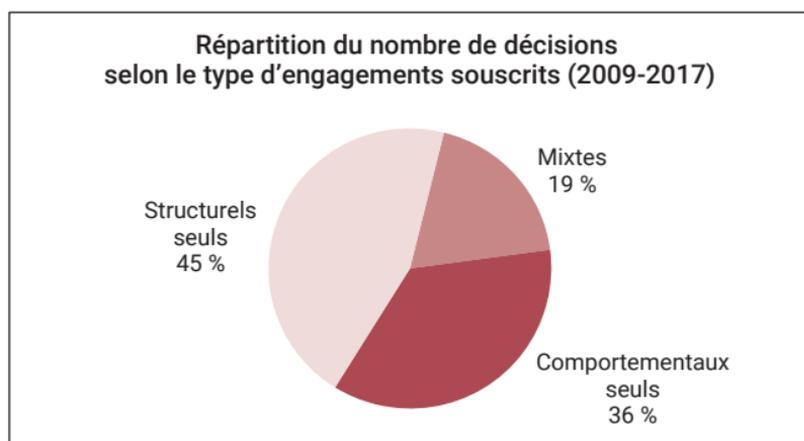
● DÉCISIONS D'AUTORISATION SOUS RÉSERVE D'ENGAGEMENTS

Année	2009 *	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Décisions d'autorisation	88	192	214	184	201	200	192	230	233	235
Décisions sous réserve d'engagements	3	7	7	10	7	10	6	6	8	4
en %	3,4%	3,6%	3,3%	5,4%	3,5%	5%	3,1%	2,6%	3,4%	1,7%
dont décisions sous réserve d'engagements comportementaux	2	2	2	3	2	3	3	3	3	3
Part des engagements comportementaux par rapport au total des engagements acceptés	67%	29%	29%	30%	29%	30%	50%	50%	38%	75%

* La compétence du contrôle des concentrations ayant été transférée à l'Autorité le 2 mars 2009, seules les décisions rendues depuis cette date sont analysées.

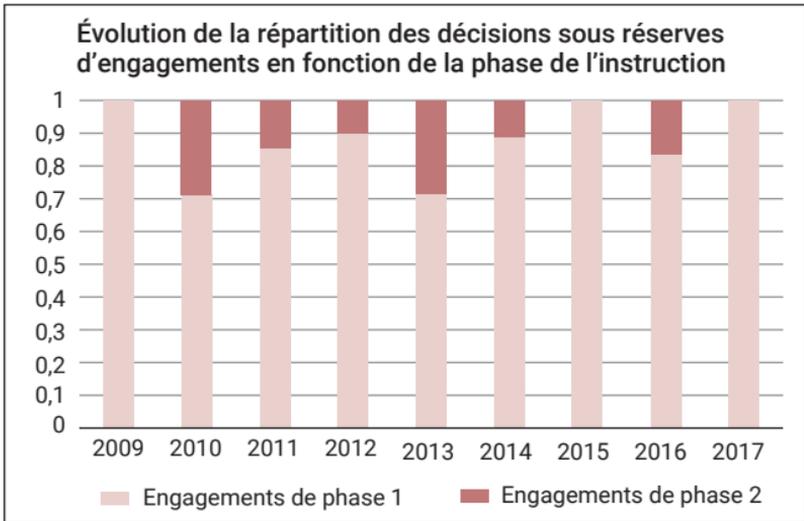
Depuis le 2 mars 2009, l'Autorité a rendu 1 969 décisions d'autorisation au titre du contrôle des concentrations, dont 68 sous réserve d'engagements (au 31 décembre 2018). L'Autorité s'est livrée, pour les besoins de la présente étude, à une analyse rétrospective afin de classer ceux-ci dans les catégories suivantes : seulement structurels, seulement comportementaux ou mixtes.

Au terme de cette analyse, les décisions d'autorisation sous réserve d'engagements se répartissent comme suit :



Il résulte ainsi de cette analyse que des engagements comportementaux ont été acceptés dans 55% des décisions d'autorisation dans lesquelles des préoccupations de concurrence ont été identifiées⁴⁷ depuis 2009.

⁴⁷ Ces décisions ne comptabilisent pas les décisions d'autorisation sous réserve d'injonctions prises par l'Autorité de la concurrence en 2012 et en 2018.



La quasi-totalité des remèdes sont déposés et acceptés en phase 1 (87,5%). Parmi eux, près de la moitié (47%) sont des engagements comportementaux ou mixtes. Sur les huit opérations de concentration autorisées sous réserve de remèdes au terme d'une phase 2, une majorité l'a été sous réserve d'engagements comportementaux ou mixtes (62,5%).

Ces données générales illustrent la part importante des engagements de nature comportementale dans la pratique décisionnelle de l'Autorité depuis 2009, ce en quoi l'Autorité française est relativement atypique en Europe.

ÉLÉMENTS DE COMPARAISON INTERNATIONALE

Chaque année depuis sa création, l'Autorité rend plusieurs décisions sous réserve d'engagements (entre 5 et 10), dont une forte proportion d'engagements comportementaux. Par ailleurs, il est à noter qu'à ce jour, l'Autorité n'a jamais pris de

décision d'interdiction, mais elle constate que, chaque année, plusieurs opérations sont abandonnées au cours de leur notification. La situation française est à cet égard relativement atypique en Europe, d'autres autorités de concurrence, telles que l'autorité allemande de concurrence (Bundeskartellamt), l'autorité britannique de concurrence (CMA) ou la Commission, étant conduites à prendre régulièrement des décisions d'interdiction.

Pour autant, l'Autorité a un taux d'intervention⁴⁸ qui se situe dans la moyenne européenne, ce qui indique, au vu du nombre de décisions qu'elle prend chaque année, qu'elle ne mène pas un examen plus strict des effets concurrentiels des opérations de concentration qui lui sont notifiées que ses homologues.

L'Autorité est, en Europe, l'autorité nationale, après la CMA britannique, qui adopte le plus grand nombre de décisions d'autorisation sous réserve d'engagements.

La moyenne annuelle s'établit à 7,2 (2010-2018), ce qui représente environ 3,4% du total des décisions d'autorisation, soit deux fois plus que les autorités de concurrence espagnole (3,7) et italienne (3), très loin devant l'autorité allemande de concurrence qui autorise, depuis 2011, en moyenne une opération par an sous réserve d'engagements (2 en 2013, 0 en 2017).

⁴⁸ Le taux d'intervention est défini, pour les besoins de la présente étude, comme le rapport entre le nombre de décisions d'autorisation sous réserve d'engagements et le nombre total de décisions d'autorisation. Il ne tient pas compte des décisions d'injonctions ou d'interdiction, ni des abandons d'opération.

CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS

Rapporté au nombre total de décisions d'autorisation rendues par chaque autorité, un «taux d'intervention»⁴⁹ peut être estimé.

● ANALYSE DES TAUX D'INTERVENTION DES AUTORITÉS DE CONCURRENCE ET RÉPARTITION DES DÉCISIONS DES AUTORITÉS DE CONCURRENCE EUROPÉENNES (2015-2017)

Autorité de concurrence	Part des décisions sous réserve d'engagements
Royaume-Uni	18% *
Grèce	15%
Belgique	7,1%
Commission européenne	6,2%
Italie	6,1%
Croatie	5,1%
Lettonie	4,8%
Slovénie	4,6%
Irlande	3,9%
Espagne	3,8%
Chypre	3,7%
Roumanie	3,7%
France **	3,1%
Danemark	3%
Estonie	2,1%
Lituanie	2,1%
Portugal	1,7%
Pays-Bas	1,3%

⁴⁹ Voir *supra* la définition proposée pour les besoins de la présente étude.

Autorité de concurrence	Part des décisions sous réserve d'engagements
Hongrie	1,3%
Slovaquie	1,2%
République tchèque	0,8%
Pologne	0,6%
Autriche	0,6%
Allemagne	0,1%
Bulgarie	0%
Malte	0%

* Le régime *ex ante* du Royaume-Uni permet de se concentrer sur les opérations susceptibles d'être les plus problématiques d'un point de vue concurrentiel, ce qui induit un biais qui explique ce taux supérieur à celui des autres pays.

** Le taux d'intervention de l'Autorité de la concurrence est de 3,4% sur la période 2009-2018.

Source : Document interne au Merger Working Group, réseau européen de la concurrence, analyse de l'Autorité de la concurrence

Le taux d'intervention de l'Autorité se situe donc dans la moyenne des autorités de concurrence en Europe.

Il est intéressant de relever que, dans la pratique décisionnelle des autorités de concurrence où le plus grand nombre de décisions sous réserve d'engagements est adopté (Union européenne, Royaume-Uni, France, Espagne), les engagements sont acceptés très majoritairement en phase 1.

La proportion d'engagements comportementaux dans les engagements acceptés par l'Autorité compte parmi les plus élevées d'Europe. À titre de comparaison, alors que ce taux est de 36 % en France (55 % en incluant les engagements mixtes), il est inférieur à 20 % pour la Commission et à 16 % au RoyaumeUni).

Entre 2014 et 2017, la CMA a ainsi accepté, à six reprises, des engagements comportementaux afin d'autoriser une opération de concentration.

En Allemagne, le Bundeskartellamt n'accepte des engagements comportementaux qu'à titre exceptionnel, ainsi qu'il le rappelle dans son guide sur les remèdes en contrôle des concentrations⁵⁰. Il y exprime sa préférence pour les engagements structurels « *qui ont prouvé leur efficacité dans de nombreux cas* »⁵¹. Depuis 2011, le Bundeskartellamt n'a ainsi pris aucune décision d'autorisation sous réserve d'engagements comportementaux, alors que dans le même temps, l'Autorité de la concurrence en a pris 22.

L'Autorité est ainsi l'autorité de la concurrence nationale qui, en Europe, a accepté le plus grand nombre d'opérations de concentration sous réserve d'engagements comportementaux.

Le type d'engagements acceptés dépend fortement de la nature des effets anticoncurrentiels identifiés

Les autorités de concurrence ont toujours exprimé une préférence marquée pour les engagements structurels, y compris l'Autorité. Dans son appréciation des engagements, elle rappelle ainsi que « *Lorsque cela est possible, des engagements structurels sont généralement considérés par les autorités de concurrence comme particulièrement adaptés lorsqu'il s'agit de remédier à une atteinte portée à la concurrence du fait du*

⁵⁰ *Guidance on Remedies in Merger Control*, mai 2017, paragraphe 24.

⁵¹ *Ibid.*, paragraphe 23.

cumul de parts de marché importantes (effets horizontaux). Ils sont préférés à des engagements comportementaux, nécessairement limités dans le temps, et dont le suivi peut être rendu difficile par d'importantes asymétries d'informations, entre les autorités de concurrence et les entreprises souscrivant ces engagements, comme entre ces entreprises et le marché »⁵².

En effet, les engagements structurels ont deux avantages. D'une part, ils répondent de manière immédiate et effective à un accroissement de pouvoir de marché en supprimant, ou en limitant, les chevauchements résultant de la concentration. D'autre part, ils ne requièrent pas la mobilisation des ressources des autorités de concurrence conséquentes généralement nécessaire à l'exécution et au suivi des engagements comportementaux. Pour autant, on relèvera que l'exécution des engagements structurels peut également comporter une part d'aléa et un « risque d'inexécution » qui ne doit pas être négligé. Tel peut être le cas du fait de l'information imparfaite dont peuvent disposer les autorités de concurrence quant à la qualité des actifs cédés, de la possible dégradation de ces actifs dans l'intervalle séparant la décision de cession de la réalisation de celle-ci, du manque de compétitivité du repreneur ou de la possibilité d'une collusion tacite entre la nouvelle entité et le repreneur⁵³.

⁵² Décision n° 09-DCC-16 du 22 juin 2009 relative à la fusion entre les groupes Caisse d'Épargne et Banque Populaire, paragraphe 402.

⁵³ Motta M., Polo M. and H. Vasconcelos (2003), « Merger Remedies in the EU : An Overview », in *Merger Remedies in American and European Union Competition Law*, F. Lévêque and H. Shelanski (eds.), ou encore Papandropoulos, P., et Tajana, A. (2006), « The merger remedies study – In divestiture we trust ? » *European Competition Law Review*, 8, p. 443-454.

Même s'ils n'ont pas la préférence des entreprises, qui voient le périmètre de leur projet initial remis en cause, les engagements structurels ont l'avantage, y compris pour les parties, d'être « nets et précis » et délivrent l'entreprise d'une obligation qui pourrait s'avérer, sur le long terme, plus coûteuse que des cessions d'actifs ciblées, tant pour l'entreprise que pour les autorités de concurrence elles-mêmes qui en assurent le suivi.

Les engagements comportementaux sont toutefois généralement acceptés par les autorités de concurrence en l'absence d'effets horizontaux. Ils sont susceptibles de répondre, tout comme les engagements structurels d'ailleurs, à des préoccupations de concurrence liées à des effets verticaux ou congloméraux. Il existe certes des exceptions, et, dans une approche au cas par cas, l'Autorité a ainsi pu accepter des engagements comportementaux pour écarter des risques d'effets horizontaux.

ENGAGEMENTS COMPORTEMENTAUX ET EFFETS NON-HORIZONTAUX

Depuis 2009, les engagements comportementaux ont répondu principalement à des risques liés à des effets verticaux ou congloméraux : sur les 68 décisions d'autorisation sous réserve d'engagements prises par l'Autorité, 22 l'ont été pour répondre à des risques d'effets non-horizontaux. Or, sur ces 22 décisions, 18 comportaient des engagements comportementaux ou mixtes, soit 82 % des décisions prises avec engagements pour répondre à des risques d'effets non-horizontaux.

Les opérations de concentration qui conduisent à des effets verticaux ou congloméraux sont généralement susceptibles

de produire des gains d'efficacité plus importants que les concentrations entre entreprises concurrentes⁵⁴. C'est la raison pour laquelle des engagements comportementaux peuvent paraître plus adaptés que des engagements structurels, puisqu'ils permettent de conserver tout ou partie des gains d'efficacité issus de la concentration et de préserver des conditions de concurrence suffisante sur le marché concerné, le temps que les opérateurs puissent développer des contre-stratégies en profitant du comportement contraint de l'entité issue de la concentration.

La nature des engagements comportementaux souscrits depuis 2009, afin de répondre à des préoccupations de concurrence de nature non horizontale, est très variable, de sorte qu'il est difficile d'établir une typologie pertinente. En reprenant la typologie du tableau des types d'engagements comportementaux *supra*, les engagements comportementaux les plus fréquemment souscrits relèvent de l'accès à une infrastructure essentielle ou à un intrant que seule la nouvelle entité peut fournir, de l'interdiction de remises de gamme ou de ventes liées, et de l'organisation d'appels d'offres privés ouverts et non discriminatoires. Tous les autres engagements comportementaux relèvent de contraintes prises par l'entreprise notifiante au regard de sa politique commerciale, que ce soit par le biais d'abstention ou d'interdiction, ou de séparation fonctionnelle et organisationnelle de ses activités.

⁵⁴ Voir, par exemple, la note présentée par la France à la table ronde de l'OCDE sur les efficacités dynamiques dans le cadre de l'analyse des fusions, 2007. http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/ocde_cp_efficiencies_dyna_06_2007.pdf.

Les engagements d'accès

Ces engagements sont généralement souscrits dans le cadre d'opérations verticales, qui font naître un risque d'éviction de concurrents actifs sur des marchés situés à l'amont et/ou à l'aval par rapport au(x) marché(s) sur le(s) quel(s) l'une ou l'autre des parties se situe. En effet, une concentration verticale peut restreindre la concurrence en rendant plus difficile pour les concurrents l'accès aux marchés sur lesquels la nouvelle entité sera active, voire en évinçant potentiellement les concurrents, ou en les pénalisant, par une augmentation de leurs coûts. En accroissant son pouvoir de marché, l'opération permet dans un second temps à la nouvelle entité d'augmenter ses prix (ou de réduire les quantités offertes).

Ainsi que les lignes directrices précitées le soulignent, « [...] lorsqu'il faut remédier à des risques de verrouillage de marchés en amont ou en aval, des remèdes comportementaux visant à garantir l'accès des concurrents aux intrants ou à la clientèle peuvent s'avérer suffisants tout en préservant les gains d'efficacité liés à l'intégration verticale »⁵⁵.

Ainsi, la conclusion d'un accord d'approvisionnement de long terme peut constituer, en absence d'un engagement structurel approprié, un remède efficace pour maintenir la concurrence sur le marché sur lequel la nouvelle entité détient une position trop importante.

Ce type d'engagement fait l'objet d'un suivi particulier par l'Autorité, à qui des rapports réguliers sont adressés, le cas échéant *via* un mandataire. Ce suivi vise à prévenir tout détournement de l'engagement.

⁵⁵ Lignes directrices précitées, paragraphe 576.

La décision n° 10-DCC-51 du 28 mai 2010 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Quartier Français par Tereos offre un exemple d'engagement comportemental consistant à conclure un accord d'approvisionnement de long terme avec le repreneur d'un actif cédé. L'opération était de nature à affecter notamment les marchés de la production de canne à sucre et, à l'aval, celui de la production de sucre de canne.

L'Autorité a relevé que l'opération conférait au groupe Tereos le contrôle de l'ensemble de la production de sucre de canne à La Réunion, marché sur lequel le groupe coopératif était déjà présent à travers plusieurs filiales (dont la Sucrierie du Bois Rouge) et plusieurs participations minoritaires dans des sociétés contrôlées par le groupe Quartier Français.

Elle a considéré que la situation de monopole résultant de la fusion au sein du même groupe des deux sociétés (Eurocanne et Mascarin) commercialisant le sucre produit sur l'île à destination des distributeurs et des industriels locaux risquait de conduire à une hausse des prix du sucre pour les consommateurs de La Réunion.

Les engagements acceptés ont été de nature mixte. Afin de régler les préoccupations liées aux effets horizontaux de l'opération, Tereos s'est engagé à céder à un tiers indépendant les actifs du distributeur dont il faisait l'acquisition (Mascarin). Ces actifs comprenaient non seulement ceux liés à la commercialisation du sucre (la marque Mascarin notamment) mais également l'unité de stockage et de conditionnement de sucre sur le port. Cet engagement a permis de maintenir une offre concurrentielle sur les marchés de la distribution en gros de sucre à La Réunion, au bénéfice des consommateurs.

Afin de régler les préoccupations liées aux effets verticaux de l'opération, dans la mesure où le groupe Tereos assurait

désormais seul la production de sucre sur l'île, l'engagement comportemental consistait à conclure avec le repreneur un contrat d'approvisionnement d'une durée de 20 ans par lequel le groupe Tereos s'est engagé à approvisionner le repreneur en sucre vrac, blanc et roux, et en sucre conditionné, industriel ou de bouche, à des conditions tarifaires et selon des volumes définis dans l'engagement empêchant l'exercice d'un pouvoir de marché. Tout comme l'accord de cession, le contrat d'approvisionnement a été soumis à un agrément préalable de l'Autorité.

Cet engagement comporte une clause annuelle relative aux conditions tarifaires et plusieurs clauses de rendez-vous pour tenir compte des caractéristiques réglementaires du secteur du sucre, qui faisait l'objet d'un encadrement par le règlement (CE) n° 318/2006 du Conseil du 20 février 2006 portant organisation commune des marchés dans le secteur du sucre, jusqu'en 2015.

Les engagements d'interdiction de remises de gamme ou de ventes liées

Ces engagements sont généralement souscrits dans le cadre d'opérations conglomerales. Une concentration a des effets conglomeraux lorsque la nouvelle entité étend ou renforce sa présence sur plusieurs marchés dont la connexité peut lui permettre d'exploiter un effet de levier, hors cas de marchés situés en amont ou en aval l'un de l'autre, ou sur un marché où l'existence de marques génère un certain degré de différenciation entre les produits des parties. Le lien de connexité entre les marchés concernés peut notamment découler de l'appartenance des produits à une même gamme.

Certaines concentrations conglomerales peuvent soulever des préoccupations de concurrence lorsqu'elles permettent de lier, techniquement ou commercialement, les ventes ou

les achats des produits ou services de façon à verrouiller le marché et à en évincer les concurrents. Plusieurs stratégies peuvent être mises en œuvre par la nouvelle entité : (i) des offres groupées pures (« *pure bundling* »), c'est-à-dire des offres liées commercialement par l'offreur (sans être accompagnées d'un avantage tarifaire); (ii) des offres groupées techniques (« *technical bundling* »), c'est-à-dire des offres liées du fait de l'intégration technique des produits; et (iii) des offres groupées mixtes (« *mixed bundling* »), c'est-à-dire le fait de vendre ou d'acheter plusieurs produits ensemble à de meilleures conditions (en particulier tarifaires) que celles proposées si les produits sont vendus ou achetés séparément.

La décision n° 16-DCC-55 du 22 avril 2016 relative à la prise de contrôle conjoint de la société Groupe Aqualande par la société Labeyrie Fine Foods et la coopérative agricole Les Aquaculteurs landais offre un exemple d'engagements d'interdiction de remises de gamme et de ventes liées.

L'Autorité a notamment considéré qu'il existait, dans cette opération, un risque anticoncurrentiel d'effets congloméraux, compte tenu de la forte position que le groupe Labeyrie détenait sur le marché du saumon fumé. Ce marché est un marché connexe au marché de la truite fumée, sur lequel le groupe Aqualande est actif. L'Autorité a considéré que la nouvelle entité pouvait être incitée à coupler les ventes de truite fumée et de saumon fumé auprès des enseignes de la grande distribution, afin de favoriser les truites fumées produites par le groupe Aqualande et ainsi, potentiellement, évincer ses concurrents de ce marché.

Les parties notifiantes se sont ainsi engagées, pour une durée de cinq ans, renouvelable une fois, à maintenir des négociations commerciales indépendantes et séparées de

leurs produits en truite fumée par rapport à celles relatives au saumon fumé avec les enseignes de la grande distribution.

De plus, elles se sont engagées, sur la même période, à ne pratiquer aucune forme de couplage, de subordination, d'avantage ou de contrepartie entre les ventes de truite fumée par toute entité du groupe Aqualande aux enseignes de la grande distribution et les ventes de saumon fumé par toute entité du groupe Labeyrie aux enseignes de la grande distribution. Ces engagements sont suivis par un mandataire.

Les engagements liés à l'organisation d'appels d'offres privés

Ces engagements sont généralement souscrits dans le cadre d'opérations verticales, dans lesquelles une entreprise détient des positions importantes sur un marché situé en amont ou en aval de celui où la cible, ou l'acquéreur, est actif par le biais d'une concession de marché public. Le mode de fonctionnement de ces marchés impose l'organisation d'appels d'offres concurrentiels au-delà d'un certain montant. En deçà, l'entreprise adjudicatrice n'est pas contrainte de mettre en concurrence ses fournisseurs. À l'issue de l'opération, celle-ci pourrait favoriser l'entité acquise, au détriment de ses concurrents, qui, s'ils ne disposent pas d'alternatives crédibles et suffisantes, pourraient être évincés des marchés.

La décision n° 16-DCC-167 du 31 octobre 2016 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Aéroports de Lyon par la société Vinci Airports offre un exemple d'engagements liés à l'organisation d'appels d'offres privés qui doivent revêtir un caractère concurrentiel.

À l'issue de la concentration, la gestion et l'exploitation d'Aéroports de Lyon doivent être confiées à Vinci Airports, filiale

du groupe de concessions et de travaux publics Vinci, qui répond notamment aux appels d'offres lancés par les sociétés aéroportuaires. L'Autorité a ainsi identifié le risque qu'Aéroports de Lyon – qui reste une entité adjudicatrice au sens des règles de la commande publique – soit tenté de favoriser les offres des filiales du groupe Vinci pour l'attribution de ses marchés de travaux, de fournitures et de services, au détriment de ses concurrents.

La mise en œuvre d'une telle stratégie pouvait nuire tout particulièrement aux petites et moyennes entreprises de BTP, et notamment à celles du département du Rhône et de la région Rhône-Alpes, qui constituaient, avant la concentration, une part très importante des fournisseurs d'Aéroports de Lyon. Il en résultait un affaiblissement de l'intensité concurrentielle à l'occasion des appels d'offres concernés, au détriment *in fine* des clients d'Aéroports de Lyon auprès desquels le surenchérissement des prix des travaux, de fourniture et de services aurait pu être répercuté.

Pour prévenir ce risque, Vinci a pris les engagements suivants :

- Premièrement, renforcer la transparence des passations des marchés lancés par Aéroports de Lyon, en invitant aux réunions de son comité des achats un représentant de la CCI de Lyon Métropole et un autre de la DGCCRF ;
- Deuxièmement, respecter des obligations procédurales visant à assurer une forme d'étanchéité entre les membres du comité des achats et les autres entités du groupe Vinci répondant à des appels d'offres ou mises en concurrence ;
- Troisièmement, communiquer à un mandataire indépendant, agréé par l'Autorité, la liste des appels d'offres lancés et les soumissionnaires retenus. Cette procédure concerne tous les marchés de travaux, de fournitures et de services d'un montant supérieur à 90 000 euros (HT), les marchés

inférieurs à cette somme restant soumis à des règles de publicité.

On peut noter en l'espèce la longue durée retenue pour l'effectivité des engagements : Vinci a souscrit ces engagements pendant toute la durée de la concession de gestion et d'exploitation de l'aéroport de Lyon, soit jusqu'en 2047, garantissant ainsi de manière pérenne le maintien d'une concurrence effective pour l'attribution des marchés de l'aéroport.

ENGAGEMENTS COMPORTEMENTAUX ET EFFETS HORIZONTAUX

Depuis 2009, les engagements comportementaux ont pu répondre, seuls, à des risques d'effets horizontaux identifiés dans douze opérations de concentration autorisées par l'Autorité (soit 17,6 % des décisions d'autorisation sous réserve d'engagements).

Ces engagements peuvent être catégorisés de la façon suivante :

Référence	Secteur	Nature de l'engagement comportemental
Décision n° 09-DCC-16 du 22 juin 2009 relative à la fusion entre les groupes Caisse d'Épargne et Banque Populaire	Banque	« Muraille de Chine »
Décision n° 10-DCC-11 du 26 janvier 2010 relative à la prise de contrôle exclusif par le groupe TF1 des sociétés NT1 et Monte-Carlo Participations (groupe AB)	TV/Média	<ul style="list-style-type: none"> • Modification de clauses contractuelles • Limitation de droits de préemption • Interdiction de promotions croisées • Interdiction de couplage • Muraille de Chine »

Référence	Secteur	Nature de l'engagement comportemental
Décision n° 11-DCC-114 du 12 juillet 2011 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe l'Est Républicain par la Banque fédérative du Crédit mutuel	Presse/ Média	« Muraille de Chine »
Décision n° 13-DCC-101 du 26 juillet 2013 relative à la prise de contrôle exclusif des actifs « matériaux de structure » de la société Imerys TC par la société Bouyer-Leroux	Production manufacturière	Contrat d'approvisionnement
Décision n° 13-DCC-46 du 16 avril 2013 relative à la prise de contrôle exclusif par le groupe Rossel des sociétés du Pôle « Champagne Ardennes Picardie » du groupe Hersant Média	Presse/ Média	« Muraille de Chine »
Décision n° 15-DCC-63 du 4 juin 2015 relative à la prise de contrôle exclusif de la Société du Journal Midi Libre par la société Groupe La Dépêche du Midi	Presse/ Média	« Muraille de Chine »
Décision n° 16-DCC-208 du 9 décembre 2016 relative à fusion par absorption de la société Sicavyl par la société Sicarev	Agriculture	<ul style="list-style-type: none"> • Garantie de ne pas restreindre la politique commerciale de ses sociétaires • Abstention à contester des entrées sur le marché (agrément)

CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS

Référence	Secteur	Nature de l'engagement comportemental
Décision n° 16-DCC-55 du 22 avril 2016 relative à la prise de contrôle conjoint de la société Groupe Aqualande par la société Labeyrie Fine Foods et la coopérative agricole Les Aquaculteurs landais	Agro-alimentaire	Contrat d'approvisionnement
Décision n° 17-DCC-210 du 13 décembre 2017 relative à la fusion par absorption de la société Coopérative des agriculteurs de la Mayenne par la coopérative agricole Terrena	Agriculture	Modification statutaire
Décision n° 18-DCC-65 du 27 avril 2018 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Zormat, Les Chênes et Puech Eco par la société Carrefour Supermarchés France	Distribution de détail	Contrat d'enseigne
Décision n° 18-DCC-142 du 23 août 2018 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés SDRO et Robert II par la société Groupe Bernard Hayot	Distribution de détail	Contrat d'enseigne
Décision n°18-DCC-235 du 28 décembre 2018 relative à la création d'une entreprise commune par les sociétés Global Blue et Planet Payment	Finances	« Muraille de Chine »

On peut relever que sur ces douze opérations de concentration, trois concernent le secteur de la presse quotidienne régionale (PQR), dans lequel le rapprochement de titres concurrents a donné lieu à des engagements similaires : il s'agissait d'engagements prenant la forme de « murailles de Chine », c'est-à-dire d'un corpus de dispositions de nature à garantir la séparation opérationnelle, administrative et managériale des activités de deux entités appartenant à un même groupe.

Dans les trois opérations de concentration examinées par l'Autorité⁵⁶, le risque d'effet horizontal identifié consistait en l'homogénéisation du contenu des titres, susceptible de se traduire, pour le lecteur, par une réduction de la qualité et de la diversité des journaux de PQR. Cette analyse témoigne de ce que le contrôle des concentrations prend en compte l'ensemble des effets sur la concurrence, aussi bien ceux sur les prix que ceux sur la quantité, la diversité et la qualité de l'offre de produits et de services.

Pour garantir le maintien de la qualité de leurs titres, les nouveaux groupes de la PQR issus de ces concentrations se sont engagés à ne pas procéder à l'harmonisation des contenus de leurs journaux, qui continueront à disposer d'une rédaction en chef dédiée. Seules les informations par nature indifférenciées (météo, hippisme, programmes de télévision, etc.), c'est-à-dire les informations factuelles ne comportant pas d'apport personnel de la rédaction, transmises en l'état au lecteur, pouvaient faire l'objet d'une telle harmonisation.

⁵⁶ Le ministre chargé de l'économie a également examiné plusieurs opérations de concentration dans le secteur de la presse quotidienne régionale, qu'il a autorisées sous réserve d'engagements comportementaux similaires. Voir, par exemple, la lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie en date du 28 octobre 2005 aux conseils de la société SIPA relative à une concentration dans le secteur de l'édition, publiée au *BOCCRF* n° 2005-11.

Ces engagements ont été souscrits pour une durée de 5 ans, renouvelable une fois.

À ce jour, les engagements ont été levés dans deux des trois dossiers, l'Autorité ayant constaté, au terme de la première période d'exécution des engagements, que les conditions économiques et concurrentielles du secteur de la presse écrite, caractérisées notamment par le déclin de la diffusion des titres concernés par les engagements, ne justifiaient pas leur maintien.

La fusion entre les groupes Caisse d'Épargne et Banque populaire a également fait l'objet d'un engagement de type « muraille de Chine ».

Dans ce dossier, l'Autorité avait identifié un risque d'atteinte à la concurrence sur les marchés de la banque de détail et de la banque commerciale dans le seul département de La Réunion.

Or, les parties notifiantes ont fait état de la difficulté, voire de l'impossibilité de trouver des candidats repreneurs en cas de mise en vente d'une partie des actifs qu'elles détenaient à La Réunion dans le secteur bancaire, au regard de la crise que connaissait ce secteur, comme l'ensemble de l'économie, et de la gravité particulière qu'elle revêtait outre-mer. L'Autorité a réalisé un test de marché, qui a confirmé que ce contexte était de nature à rendre circonspects d'éventuels candidats crédibles à la reprise de ces actifs. Aussi les parties notifiantes ont proposé des engagements permettant de parvenir à un résultat satisfaisant sur la structure des marchés. Elles se sont ainsi engagées à (i) maintenir distinctes les structures juridiques d'exploitation de leurs trois réseaux bancaires présents à La Réunion, (ii) maintenir des marques et des enseignes distinctes, et (iii) gérer de manière autonome et séparée les réseaux. Ces engagements ont été pris pour

une durée de 5 ans à compter de la date de la décision d'autorisation et ont été levés à l'issue de leur période d'exécution⁵⁷.

Le recours aux engagements comportementaux dans le cadre de cette opération, qui ont permis d'écarter des risques de nature horizontale, a été justifié pour quatre raisons.

Premièrement, les préoccupations de concurrence identifiées par l'Autorité étaient circonscrites à un seul département. Sur le reste du territoire national, l'opération de concentration ne soulevait aucun risque anticoncurrentiel, de sorte que l'engagement comportemental souscrit était proportionné.

Deuxièmement, l'opération s'inscrivait dans le contexte économique particulier de la crise financière et bancaire de 2009, rendant difficile une éventuelle cession d'actifs à des repreneurs pertinents, comme on l'a vu ci-dessus.

Troisièmement, la structure des réseaux des parties permettait d'envisager la mise en place opérationnelle d'une « muraille de Chine », ce qui levait les doutes sur le caractère crédible de l'engagement proposé. L'Autorité a ainsi relevé : *« le fait que, préalablement à l'opération, les trois réseaux étaient déjà rattachés à des structures juridiques séparées et très différentes est de nature à conforter la crédibilité de ces engagements. En effet, la Banque de La Réunion est une banque commerciale, filiale de la CNCE, et donc du nouvel organe central, par l'intermédiaire du groupe Financière OCEOR, tandis que le réseau des caisses d'épargne de La Réunion est rattaché à la CEPAC (Caisse d'épargne Provence Alpes Corse) et que la BRED est actionnaire du nouvel organe central »*⁵⁸.

⁵⁷ Voir les paragraphes 403 et 404 de la décision.

⁵⁸ Lignes directrices précitées, paragraphe 406.

Quatrièmement, l'engagement comportemental souscrit prévoyait un mécanisme de « joyaux de la couronne », consistant à prévoir le basculement ultérieur vers un mécanisme de cession d'actifs obligatoire, dans l'hypothèse, notamment, où l'engagement comportemental se serait avéré inefficace. La décision prévoit ainsi : « [...] s'il était constaté que les mesures prévues pour s'assurer du maintien de l'autonomie des trois réseaux n'étaient pas mises en place ou si, sans être en mesure de constater un tel manquement, l'Autorité constatait, au vu de la dégradation du positionnement concurrentiel des trois réseaux, que cet engagement comportemental était inefficace, la cession de [Confidentiel] serait mise en œuvre de plein droit. Cette cession, qui interviendrait sans doute dans un contexte plus favorable, est de nature à remédier aux risques d'atteinte à la concurrence identifiés sur les marchés de la banque de détail et de la banque commerciale à La Réunion »⁵⁹.

Enfin, l'engagement de « muraille de Chine » a permis d'autoriser la création d'une entreprise commune entre les sociétés Global Blue et Planet Payment. Or, alors que la société Cash Paris Tax Refund doit être active sur le marché des services de remboursement de la TVA en agence dans les aéroports parisiens, ses sociétés mères sont chacune présentes, à l'amont, sur les marchés des services liés au remboursement de la TVA, avec des très fortes parts de marché. L'Autorité a identifié un risque de coordination des comportements concurrentiels des sociétés Global Blue et Planet Payment sur les marchés des services liés au remboursement de la TVA en France. En effet, Global Blue et Planet Payment sont les deux principaux opérateurs de ces services en France et la création de cette entreprise commune, qui aura accès à des informations sur leurs concurrents, aurait pu leur

⁵⁹ Lignes directrices précitées, paragraphes 407 et 408.

permettre de partager une connaissance commune du fonctionnement et de la structure du marché et ainsi réduire, voire annihiler, toute concurrence entre elles. L'engagement adéquat consistait à construire une muraille de Chine autour de l'entreprise commune afin que ses sociétés mères n'aient pas accès aux informations sur leurs concurrents. Les parties se sont notamment engagées à ce qu'en aucun cas les représentants des associés au sein de l'entreprise commune ne puissent avoir accès aux informations individuelles relatives aux bordereaux de détaxe traités par l'entreprise commune. Par ailleurs, les représentants des associés seront soumis à des accords de confidentialité couvrant les informations relatives à l'activité de l'entreprise commune auxquelles ils pourraient avoir accès dans le cadre de leurs fonctions. Ces engagements concernent également la nomination des dirigeants de l'entreprise commune, la conservation des informations individuelles détenues par l'entreprise commune, ainsi que son système informatique. L'Autorité de la concurrence a ainsi considéré que ce type d'engagement permettait de cloisonner le fonctionnement de l'entreprise commune à son cœur d'activité, sans permettre aux sociétés mères d'accéder à des informations stratégiques sur leurs concurrents.

En pratique, ce n'est qu'à titre exceptionnel que l'engagement de type « muraille de Chine » est accepté pour répondre à des préoccupations de concurrence de nature horizontale, dans la mesure où les effets horizontaux peuvent être traités plus rapidement et de manière plus efficace par des cessions d'actifs ciblées lorsque l'opération de concentration le permet (acquisition d'un réseau de magasins par exemple).

Il en va de même pour l'engagement de type « conclusion d'un contrat d'approvisionnement » qui permet plus fréquemment de répondre à des préoccupations de concurrence de nature verticale, comme vu *supra*. Il a été utilisé à une reprise pour répondre à un risque d'effets horizontaux,

dans la décision n° 13-DCC-101 du 26 juillet 2013, qui portait sur la prise de contrôle exclusif des actifs « matériaux de structure » de la société Imerys TC par la société Bouyer-Leroux. Il s'agit, là encore, d'un cas d'espèce.

L'Autorité avait considéré que la société Bouyer-Leroux disposait, à l'issue de l'opération, d'un quasi-monopole sur la fabrication de briques de cloison dans le Grand Ouest de la France et d'une position très importante sur la fabrication de briques de mur en Aquitaine, sans que des producteurs concurrents ou des clients soient en mesure de contrebalancer le pouvoir de marché de la nouvelle entité. À l'occasion de l'examen de cette opération, l'Autorité a rappelé qu'il n'existait pas d'alternative à un engagement comportemental pour autoriser la concentration.

D'une part, l'engagement structurel proposé initialement par la partie notifiante, consistant en la cession d'un site de production à l'arrêt, a été jugé inopérant pour remédier au problème de concurrence identifié. En effet, l'Autorité a considéré, à l'issue d'un test de marché, que ni la viabilité, ni la compétitivité du site de production à l'arrêt n'étaient établies. Or, « *pour qu'une cession d'activité puisse efficacement remédier aux atteintes à la concurrence, il est indispensable que l'activité cédée soit viable et compétitive. Pour ce faire, le périmètre de cession doit comprendre tous les actifs et l'ensemble du personnel nécessaires à son bon fonctionnement.* »⁶⁰.

D'autre part, la cession d'un autre site de production de la nouvelle entité aurait été disproportionnée par rapport à l'atteinte à la concurrence identifiée et qui, en l'espèce, était circonscrit à un marché régional, en l'occurrence la vente de briques de mur en Aquitaine.

⁶⁰ Lignes directrices précitées, paragraphes 579 et suivants.

L'Autorité a ainsi considéré que : « *En l'absence de remède structurel approprié, la cession de volumes de briques de mur à prix coûtant, depuis le site de Gironde-sur-Dropt, situé en Aquitaine, est à même de permettre aux concurrents d'animer la concurrence sur le marché et de poser les jalons nécessaires au développement et à l'écoulement de leur propre production dans la région.* »⁶¹.

Le caractère temporaire de l'engagement d'approvisionnement est important : l'effet utile de l'engagement comportemental n'est pas seulement de permettre aux concurrents de la nouvelle entité de lui faire concurrence sur les marchés aval de la distribution de briques de mur, mais de leur permettre de s'implanter sur le marché à moyen terme.

L'Autorité a justifié le recours à cet engagement comportemental inédit par les caractéristiques du secteur. Elle explique en effet que « *pour pénétrer durablement le marché des briques de mur en Aquitaine, il est nécessaire de disposer, en premier lieu, d'une gamme de produits finis à des prix aussi compétitifs que ceux de la nouvelle entité. Pour ce faire, compte tenu de l'ampleur de la pénalité que des coûts de transport élevés font peser sur la compétitivité des produits finis et donc sur les parts de marché, il est à la fois nécessaire d'avoir une usine de production dans la région, mais aussi d'être en mesure de l'alimenter en matière première. En second lieu, il faut aussi disposer d'un canal de distribution permettant d'écouler les produits fabriqués, ce qui implique de réaliser un investissement commercial important auprès des différents prescripteurs ou acheteurs de ces produits. De plus, les autorisations*

⁶¹ Décision n° 13-DCC-101 du 26 juillet 2013 relative à la prise de contrôle exclusif des actifs « matériaux de structure » de la société Imerys TC par la société Bouyer-Leroux, paragraphe 233.

administratives nécessaires à l'ouverture et l'exploitation d'une carrière sont longues à obtenir (de l'ordre de 3 à 5 ans)»⁶².

Ainsi l'engagement comportemental souscrit devait poursuivre deux objectifs complémentaires : à terme, il devait permettre à des concurrents de pénétrer le marché concerné, par la construction de leur propre site de production, et, dans un premier temps, leur permettre d'exercer une pression concurrentielle sur la nouvelle entité afin d'empêcher toute stratégie visant à augmenter ses prix ou, inversement, à pratiquer des prix agressifs pour accroître les barrières à l'entrée sur le marché.

Les difficultés liées aux engagements comportementaux

Les engagements structurels s'inscrivent dans une pratique constante et établie, quel que soit le type d'actifs concernés, consistant à limiter la capacité de l'entité issue de la concentration à exercer un pouvoir de marché. L'engagement souscrit doit alternativement aboutir à la suppression du chevauchement d'activités entre les parties à l'opération, ramener la part de marché de la nouvelle entité à un niveau en deçà d'un certain seuil, ou permettre à un nouveau concurrent de se substituer à la partie acquise ou absorbée. Si les modalités d'exécution de ce type d'engagement peuvent varier (durée, intervention d'un mandataire, engagements de substitution ou joyaux de la couronne, etc.), leur élaboration répond à des critères largement partagés par les autorités de concurrence en Europe et connus des

⁶² *Ibid.*, paragraphe 234.

entreprises et de leurs conseils. Ces engagements sont, par conséquent, aisés à concevoir et à mettre en œuvre.

Tel n'est pas le cas des engagements comportementaux, qui prennent des formes variées, et qui s'élaborent en fonction des circonstances de l'espèce. Par conséquent, ils sont beaucoup plus difficiles à élaborer et font d'ailleurs l'objet d'une attention particulière de l'Autorité avant d'être acceptés. Par ailleurs, ils s'inscrivent dans la durée : ils doivent être entourés d'un certain nombre de précautions pour que leur bonne exécution soit assurée jusqu'à leur terme, compte tenu de leur complexité.

UNE CONCEPTION « SUR MESURE »

La typologie des engagements comportementaux illustre la diversité des remèdes acceptés par l'Autorité. La difficulté liée aux engagements comportementaux réside d'abord dans leur conception, dans la mesure où ceux-ci doivent répondre à des préoccupations de concurrence identifiées dans un secteur, pour un produit ou un service, en tenant compte des évolutions prévisibles des marchés.

Par conséquent, ils font généralement – mais pas systématiquement – l'objet d'une vérification approfondie auprès des tiers dans les marchés concernés, par le biais d'une consultation (« test des engagements »).

L'Autorité a en effet la possibilité de consulter les tiers concernés par une opération de concentration si elle juge utile de recueillir leur avis sur la portée des engagements déposés par une entreprise, de même qu'elle met en œuvre des tests de marché, pour examiner la pertinence des marchés concernés et les effets potentiels d'une concentration sur la concurrence. S'ils ne sont pas obligatoires, ces tests permettent d'anticiper d'éventuelles difficultés, dans leur périmètre ou dans leur mise en œuvre, et, surtout, de

mieux apprécier leurs effets sur les tiers affectés. En effet, les engagements comportementaux ont, par définition, un effet sur les concurrents, les fournisseurs ou les clients des entreprises concernées dans la mesure où, généralement, ils visent à prévenir leur éviction des marchés sur lesquels des effets verticaux ou congloméraux ont été identifiés.

Aucun texte législatif ou réglementaire n'impose cette procédure de consultation lorsque des engagements sont proposés par une entreprise. Les lignes directrices précitées prévoient uniquement : « *Le service des concentrations évalue la recevabilité des engagements proposés, en fonction des atteintes à la concurrence que l'opération est susceptible de provoquer. Ces engagements peuvent être testés auprès d'acteurs des marchés concernés, dans le respect du secret des affaires des parties* »⁶³. Toutefois, en pratique, un test de marché est souvent réalisé par l'Autorité lorsque des engagements comportementaux sont proposés. En effet, leur rédaction peut comporter des subtilités ou des considérations techniques que seuls des opérateurs actifs sur les marchés concernés pourraient, le cas échéant, identifier.

Cette consultation intervient le plus souvent à la suite d'un premier test de marché, qui peut permettre de confirmer, ou, au contraire, d'écartier les doutes quant à la délimitation d'un marché ou aux effets de la concentration sur la concurrence. Ce sont généralement les mêmes tiers qui sont consultés sur la proposition d'engagements : les principaux fournisseurs, concurrents et clients des parties.

L'organisation d'un test d'engagements implique que les parties notifiantes fournissent une version non confidentielle

⁶³ Lignes directrices précitées, paragraphe 233.

des engagements proposés, c'est-à-dire une version qui peut être communiquée aux tiers, sans secret des affaires ou information susceptible de porter significativement atteinte aux intérêts de l'entreprise. L'Autorité s'assure toutefois que la version fournie permet aux tiers de répondre aux questions posées dans le cadre de la consultation et, le cas échéant, négocie avec l'entreprise concernée une version amendée de la version publique des engagements.

Le test d'engagement dans le cadre du contrôle des concentrations ne donne généralement pas lieu à une consultation publique, par le biais d'une publication sur le site Internet de l'Autorité. Le test est réalisé auprès des seuls tiers identifiés par les parties dans leur dossier de concentration et ceux qui, le cas échéant, se sont spontanément manifestés au cours de l'instruction. Cependant, si l'information d'un dépôt d'engagement n'est pas rendue publique par l'Autorité, les tiers concernés par un projet de concentration ont toutefois bénéficié d'une information initiale sur le dépôt d'un dossier de notification et d'un délai suffisant pour soumettre leurs observations au service des concentrations. Les lignes directrices précitées précisent : « *Les entreprises actives sur des secteurs sur lesquels une concentration est envisagée sont vivement conviées à communiquer toute information et tout commentaire quant aux risques que pourrait faire courir l'opération à la concurrence* »⁶⁴. Le délai « *dans lequel les tiers peuvent présenter des observations est précisé sur le site de l'Autorité lors de la publication du communiqué relatif au dépôt de la notification. Il est généralement de 15 jours ouvrés à compter de la date de cette publication* »⁶⁵.

⁶⁴ Lignes directrices précitées, paragraphe 220.

⁶⁵ Lignes directrices précitées, paragraphe 221.

Il arrive par ailleurs fréquemment que plusieurs versions d'engagements soient déposées par une entreprise. Si la première version peut faire l'objet d'un test, les versions amendées, qui tiennent compte des observations recueillies dans le cadre du test précédent, ne sont pas nécessairement soumises à une nouvelle consultation. Si l'Autorité estime que la modification des engagements initiaux répond aux préoccupations légitimes exprimées par les tiers concernés et qu'elle n'en modifie pas la portée de façon significative, elle ne procède pas à un nouveau test. La dernière version des engagements déposés sera bien sûr celle prise en compte dans l'examen de l'opération.

DES ENGAGEMENTS SOUS SURVEILLANCE QUI IMPLIQUENT DES OBLIGATIONS

Les engagements comportementaux impliquent des ressources humaines importantes : tel est le cas pour l'Autorité de la concurrence, qui mobilise des rapporteurs pour en assurer le suivi, mais aussi pour l'entreprise, qui doit le cas échéant rémunérer un mandataire et mobiliser des salariés pour s'assurer de la bonne exécution des engagements souscrits.

Les engagements comportementaux ont également pour caractéristique d'être « vivants » tout au long de leur durée d'application : contrairement aux engagements structurels qui disparaissent rapidement avec la cession effective des actifs concernés, les engagements comportementaux ont vocation à durer et, le cas échéant, à s'adapter à des évolutions de marché postérieures à l'examen de l'opération de concentration. Ils requièrent donc un suivi régulier. Sans pour autant que cela conduise à lever complètement l'engagement, il est en effet parfois nécessaire de l'adapter, à la demande de l'entreprise, dans le cadre d'une clause de rendez-vous qui est, le plus souvent, prévue dans le texte de l'engagement.

Cette adaptation peut être un avantage, tant pour les entreprises, qui peuvent se retrouver confrontées à une évolution inattendue des conditions de marché, que pour l'Autorité, qui peut trouver là l'occasion de mettre à jour son analyse des marchés en tenant compte de faits intervenus postérieurement à sa décision initiale et ainsi améliorer la portée de sa décision par ce réexamen.

Toutefois, cette clause de réexamen (ou de « rendez-vous ») ne peut être utilisée qu'en cas de circonstances exceptionnelles ou à l'issue d'une première période complète d'exécution de l'engagement (cinq ans généralement) dans la mesure où l'analyse concurrentielle réalisée par l'Autorité se fonde sur un horizon temporel de trois à cinq ans et tient compte des évolutions raisonnablement prévisibles des marchés. Les demandes de révision des engagements qui interviendraient dans le cours de cette période et qui ne se fondent pas sur des circonstances exceptionnelles ne peuvent donner lieu à une remise en cause des engagements souscrits.

Sur les 21 engagements comportementaux ou mixtes pris par une entreprise depuis le 2 mars 2009, 6 d'entre eux ont fait l'objet d'un réexamen avant leur terme sur le fondement de circonstances exceptionnelles.

Plusieurs d'entre eux ont ainsi été aménagés, notamment pour tenir compte d'une évolution législative ou réglementaire intervenue après la décision d'autorisation.

Ainsi, dans le secteur de la grande distribution en outre-mer, la décision n° 11-DCC-134 du 2 septembre 2011 relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs du groupe Louis Delhaize par la société Groupe Bernard Hayot comportait des engagements portant sur les exclusivités dont bénéficiait cette dernière et qui auraient pu lui donner les moyens de favoriser

ses propres magasins au détriment de ses concurrents. Cet aspect des engagements est devenu caduc à la suite de l'adoption de la loi n° 2012-1270 du 21 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer, dite « loi Lurel ». Cette loi imposait la suppression dans les départements d'outre-mer des droits exclusifs d'importation figurant dans les contrats conclus entre les distributeurs/importateurs domiens et leurs fournisseurs de métropole ou de l'étranger. Plus précisément, l'article 5 de la loi prévoit désormais : « *Sont prohibés [...] les accords ou pratiques concertées ayant pour objet ou pour effet d'accorder des droits exclusifs d'importation à une entreprise ou à un groupe d'entreprises.* » La levée des engagements a ainsi pris acte de la généralisation, pour tous les acteurs économiques en outre-mer, de ce qui résultait jusqu'alors d'obligations uniquement applicables aux parties.

Un autre cas de figure est celui des engagements levés après la première période de cinq ans. Tel est le cas des décisions prises dans le secteur de la presse quotidienne régionale.

Ainsi, dans la décision n° 13-DCC-46, l'Autorité a autorisé, le 16 avril 2013, la reprise par le groupe Rossel du pôle presse « Champagne Ardennes Picardie » du groupe Hersant Média. L'Autorité a toutefois relevé que l'opération était susceptible de porter atteinte à la concurrence, par le biais d'effets horizontaux, sur les marchés du lectorat de la presse quotidienne régionale dans le département de l'Aisne (zone de Saint-Quentin Chauny). Des engagements comportementaux, d'une durée de cinq ans, renouvelable une fois, ont été pris par le groupe Rossel : ne pas harmoniser les contenus locaux ; maintenir une rédaction en chef dédiée pour chacun des titres « Courrier Picard », « L'Union » et « L'Aisne Nouvelle » ; maintenir la diffusion des éditions du « Courrier Picard », de « L'Union » et de « L'Aisne Nouvelle » dans la zone

de Saint Quentin – Chauny. À l’issue de cette période de cinq ans, après instruction et par une lettre adressée le 6 mars 2018 aux conseils du groupe Rossel, l’Autorité a décidé de ne pas renouveler les engagements, compte tenu en particulier des difficultés économiques liées à la baisse concomitante de la diffusion des titres de la presse quotidienne régionale et des recettes publicitaires et de la situation fragile des titres concernés par les engagements.

L’anticipation de la phase de négociation des engagements comportementaux

Les délais d’examen d’une opération de concentration étant plus contraints qu’en procédure contentieuse, les parties ont tout intérêt à proposer des engagements suffisamment tôt dans le processus d’examen de la concentration. À défaut, si la proposition intervient en fin d’instruction, elle risque de ne pas pouvoir être acceptée ou de nécessiter une phase d’examen approfondi, ou de conduire à un abandon de l’opération. Il convient donc d’anticiper cette étape cruciale de la procédure du contrôle des concentrations.

La décision de proposer des engagements relève de la seule prérogative des parties notifiantes : l’Autorité ne saurait les y contraindre, d’autant qu’elle dispose d’un pouvoir d’injonction ou de prescription et, s’il n’existe pas de remèdes appropriés, d’un pouvoir d’interdiction.

Il est donc de la responsabilité des entreprises d’adopter un calendrier réaliste. Pour cela, la partie notifiante doit d’abord prendre conscience que, afin de pouvoir réaliser l’opération de concentration envisagée, elle doit être prête, si ce projet soulève des préoccupations de concurrence, à revoir son projet initial ou à prendre des engagements contraignants

pendant une période déterminée, et qu'elle devra sinon renoncer à l'opération.

La pratique décisionnelle des autorités de concurrence étant désormais suffisamment développée et prévisible, il est rare que l'entreprise découvre tardivement les éventuelles préoccupations de concurrence soulevées par une opération de concentration.

Les autorités de concurrence encouragent généralement les entreprises concernées à anticiper le dépôt d'engagements, afin de laisser le temps nécessaire à leur évaluation, à leur discussion et à leur acceptation. Dans le cas contraire, l'entreprise s'expose à des risques procéduraux, susceptibles de compromettre le calendrier prévisionnel de son opération, voire de la placer dans une situation délicate dans l'exécution des engagements souscrits.

LA QUESTION DU CALENDRIER EST ESSENTIELLE : LE PLUS TÔT EST LE MIEUX !

En pratique, les parties notifiantes déposent souvent leur proposition d'engagements très tardivement au cours de l'instruction.

Entre 2009 et 2017, l'Autorité a reçu la première proposition d'engagements en moyenne 21 jours ouvrés après la notification d'un dossier complet. En 2018, ce délai a été considérablement réduit puisque, sur les quatre décisions d'autorisation sous réserve d'engagements, deux l'ont été avec des engagements comportementaux déposés le même jour que la notification du dossier à l'Autorité (voir tableau ci-dessous), l'une avec un délai de 5 jours ouvrés (décision n° 18-DCC-148 du 24 août 2018 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Jardiland par la société InVivo Retail, engagements structurels) et la dernière avec un délai de

20 jours ouvrés (décision n° 18-DCC-142 du 23 août 2018 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés SDRO et Robert II par la société Groupe Bernard Hayot, engagement comportemental).

Or, la phase 1 d'examen d'une opération de concentration débute le jour ouvré suivant la date de réception par l'Autorité du dossier de notification complet et dure 25 jours ouvrés (I de l'article L. 430-5 du code de commerce). Ce délai est automatiquement prolongé de 15 jours ouvrés en cas de réception par l'Autorité d'engagements proposés par les parties (II de l'article L. 430-5). Enfin, une extension de délai est possible, à la demande de la partie notifiante, sous forme d'une suspension des délais d'examen dans la limite de 15 jours ouvrés (II de l'article L. 430-5). Ainsi que le prévoit explicitement cet article, une telle demande peut intervenir « *en cas de nécessité particulière, telle que la finalisation des engagements* ».

La grande majorité des opérations de concentration autorisées sous réserve d'engagements l'ont été sans que des suspensions des délais d'examen pour leur finalisation n'aient été sollicitées. Même si le dépôt d'engagement prolonge de 15 jours ouvrés les délais d'instruction, l'Autorité n'a donc que quelques jours pour examiner, négocier et tester les engagements qui peuvent, dans certains cas, s'avérer complexes, en particulier lorsqu'il s'agit d'engagements comportementaux. Il convient que les entreprises anticipent cette phase délicate, surtout si des risques d'atteinte à la concurrence sont identifiés en amont de la phase d'instruction.

L'examen des 59 décisions d'autorisation délivrées sous réserve d'engagements de phase 1 montre qu'il existe des cas où les engagements ont été déposés très tôt dans la procédure :

CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS

Décision	Type d'engagements	Jours ouvrés entre le dépôt du dossier et le dépôt de premiers engagements
Décision n° 12-DCC-129 du 5 septembre 2012 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Keolis par la société SNCF-Participations *	Comportementaux	8
Décision n° 13-DCC-137 du 1 ^{er} octobre 2013 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Transdev Group (ex-Veolia Transdev) par la Caisse des dépôts et consignations **	Structurels et comportementaux	0
Décision n° 14-DCC-50 du 2 avril 2014 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Direct 8, Direct Star, Direct Productions, Direct Digital et Bolloré Intermédia par Vivendi SA et Groupe Canal Plus	Structurels et comportementaux	0
Décision n° 16-DCC-167 du 31 octobre 2016 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Aéroports de Lyon par la société Vinci Airports	Comportementaux	10
Décision n° 18-DCC-65 du 27 avril 2018 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Zormat, Les Chênes et Puech Eco par la société Carrefour Supermarchés France	Comportementaux	0
Décision n° 18-DCC-235 du 28 décembre 2018 relative à la création d'une entreprise commune par les sociétés Global Blue et Planet Payment ***	Comportementaux	0

* Décision prise après renvoi de la Commission européenne du 23 juillet 2012 prise en application de l'article 4, paragraphe 4, du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil.

** *Ibid.*

*** Décision prise après renvoi de la Commission européenne du 23 juillet 2012 prise en application de l'article 4, paragraphe 4, du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil.

Ces rares exemples, dans lesquels une phase de prénotification approfondie a permis d'échanger entre les parties et l'Autorité, ne représentent que 10% des décisions d'autorisation sous réserve d'engagements de phase 1.

Des engagements déposés tôt dans la procédure peuvent prendre la forme d'engagements de résolution préalable (ou « fix-it-first »), lorsqu'ils concernent des cessions d'actifs. Ainsi que le précisent les lignes directrices précitées, « *Les parties peuvent notifier l'opération en présentant d'emblée un acquéreur pour l'activité ou la partie de l'activité dont l'acquisition pose des problèmes de concurrence [...]. Dans ce cas, l'Autorité apprécie les effets de l'opération en tenant compte de la cession prévue* »⁶⁶.

À ce jour, un engagement structurel de résolution préalable (ou « fix-it-first ») a été déposé dans trois dossiers de concentration.

L'analyse concurrentielle menée dans la décision n° 09-DCC-67 du 23 novembre 2009 relative à l'acquisition de la société Arrivé par la société LDC Volailles a ainsi tenu compte du fait qu'une partie des actifs serait cédée à la société Fermiers Landais, acquéreur qui a été présenté en cours d'instruction par la partie notifiante.

Dans la décision n° 15-DCC-53 du 15 mai 2015 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Totalgaz SAS par la société UGI Bordeaux Holding SAS, la partie notifiante a proposé de céder sa participation dans le capital d'un dépôt situé à Norgal à la société Butagaz, qui deviendra ainsi le troisième actionnaire du dépôt, aux côtés de la nouvelle entité et de Vitogaz, actionnaire minoritaire. Cette solution

⁶⁶ Lignes directrices précitées, paragraphe 591.

permettait de préserver la situation concurrentielle qui prévalait avant l'opération en maintenant trois distributeurs de GPL concurrents au sein du site de Norgal.

Le 29 janvier 2019, l'Autorité a également accepté un engagement de résolution préalable dans le cadre de la prise de contrôle exclusif de la société Alsa France et des actifs incorporels nécessaires à la fabrication et à la vente des produits alimentaires sous marques Alsa et Moench par le groupe Dr. Oetker⁶⁷. La partie notifiante s'est engagée à conclure, avec la société Sainte Lucie, une licence de marque sur les desserts à préparer Ancel pour une durée de cinq ans, renouvelable une fois. La licence de marque, c'est-à-dire l'utilisation, exclusive en l'espèce, de la marque par un concurrent, sur l'activité de desserts à préparer Ancel permet d'assurer l'existence d'une alternative crédible pour les distributeurs de desserts à préparer et *in fine* pour le consommateur et, ainsi, de garantir le maintien d'une concurrence suffisante sur le marché.

La pratique de la résolution préalable, qui consiste, à déposer avec le dossier de notification des engagements négociés, est toutefois peu répandue en France, contrairement à ce qui peut être observé dans la pratique décisionnelle de la Commission ou du Bundeskartellamt.

Les engagements de résolution préalable portent toutefois sur des cessions d'actifs, et donc sur de possibles engagements structurels. Il serait tout à fait possible d'étendre le champ de ces engagements déposés concomitamment au

⁶⁷ Décision n° 19-DCC-15 du 29 janvier 2019 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Alsa France SAS et des actifs incorporels nécessaires à la fabrication et à la vente des produits alimentaires sous marques Alsa et Moench par le groupe Dr. Oetker.

dossier de notification à des engagements comportementaux, sous réserve toutefois d'avoir pu identifier en amont les problèmes de concurrence soulevés par la concentration. Leur philosophie est identique : ils doivent permettre à l'Autorité d'instruire un dossier de notification en tenant compte, dès le début, d'un élément de droit (un accord contraignant dans le cas de cession d'actifs, par exemple), dans l'analyse des effets d'une concentration.

LES RISQUES D'UN DÉPÔT TARDIF

Compte tenu des contraintes liées à l'encadrement strict des délais d'instruction, un dépôt tardif d'engagements est susceptible de produire des effets indésirables. Du côté des entreprises, deux principaux risques peuvent être identifiés.

Premièrement, à court terme, le principal risque est de manquer de temps pour finaliser des engagements susceptibles de répondre aux préoccupations de concurrence identifiées et donc d'obliger à engager une phase d'examen approfondi, qui allonge de plusieurs mois les délais d'instruction.

Si le passage en phase 2 (ou la décision inverse de ne pas engager de phase 2) n'est pas susceptible de faire grief à l'entreprise notificante ou aux tiers⁶⁸, il n'en demeure pas moins un événement susceptible de conduire, s'il n'a pas été anticipé et intégré au calendrier d'une opération de concentration, à des difficultés pratiques pour la partie notificante, voire à l'abandon du projet envisagé. L'Autorité constate régulièrement que

⁶⁸ Voir, par exemple, l'arrêt du 6 juillet 2016 du Conseil d'État n^{os} 390457, 390774 Compagnie des gaz de pétrole / Vitogaz France, qui rappelle que « Les tiers ne peuvent utilement critiquer la régularité du choix de cette Autorité de prendre une décision d'autorisation assortie d'engagements pris par les parties, sans recourir à un examen approfondi. »

les entreprises préfèrent renoncer à leur opération, quitte à dédommager le vendeur, plutôt que de s'engager dans une phase 2 dont l'issue leur paraît trop incertaine. Ce constat est valable également au niveau européen.

Les raisons de ces échecs sont variées, mais elles ont pour point commun le manque d'anticipation et, au final, de temps pour remédier aux préoccupations de concurrence identifiées.

L'Autorité encourage donc les entreprises à ne pas attendre la réunion de bilan sur l'instruction et à être proactives en proposant d'entamer les discussions relatives aux engagements dès le stade de la prénotification.

La possibilité de déposer des engagements est, lorsque des problèmes de concurrence sont identifiés par les entreprises, encouragée en amont de la procédure du contrôle des concentrations. L'arbitrage trop souvent fait par les entreprises, qui consiste à occulter ou à minimiser ces risques jusqu'au moment de la formalisation des préoccupations de concurrence par l'Autorité, afin d'éviter, le cas échéant, d'avoir à déposer des engagements ou à en limiter le nombre ou l'ampleur, comporte une part de risque. Ce risque est d'autant plus important lorsqu'on est en présence de risques d'atteinte à la concurrence auxquels des remèdes structurels ne permettent pas de répondre.

En effet, les engagements comportementaux prennent des formes variées, parfois innovantes, et sont difficilement répliquables d'une opération à l'autre. Ils sont pris en fonction des cas d'espèce et leur mécanique, leurs modalités, leur durée et leur dispositif de contrôle sont propres aux risques identifiés et au(x) marché(s) concerné(s). Même s'il existe de grandes catégories d'engagements comportementaux, il est très risqué de s'engager dans une discussion, qui peut s'avérer technique, en toute fin de procédure d'examen de phase 1.

Deuxièmement, à long terme, le risque est, tant pour l'Autorité que pour l'entreprise concernée, d'être confronté à des engagements inefficaces ou difficilement contrôlables. Le manque de temps pour négocier des engagements comportementaux rend nécessairement plus difficile leur appréciation. Outre le fait qu'en cas de doute persistant, l'Autorité doit prendre la décision d'ouvrir une phase d'examen approfondi (voir *supra*), cela peut aboutir à des engagements qui risquent de donner lieu à divergences d'interprétation entre l'Autorité, ou ses services d'instruction, et l'entreprise, voire d'exposer l'entreprise à des sanctions qui peuvent être lourdes en cas d'inexécution d'engagements.

* * *

Ainsi, si les engagements comportementaux ne sont généralement pas les remèdes privilégiés par l'Autorité en droit des concentrations, ils tiennent tout de même une place non négligeable dans sa pratique décisionnelle. En effet, ils sont parfois le seul type de mesure corrective permettant d'autoriser une opération, tout en assurant le maintien d'une concurrence suffisante sur les marchés concernés. Pour autant, ils sont d'un maniement délicat, d'autant qu'ils sont examinés dans des délais d'instruction très restreints, spécifiques au droit des concentrations. Ces particularités, propres aux engagements adoptés *ex ante*, ne concernent pas ceux adoptés *ex post*, en droit des pratiques anticoncurrentielles.

**3/ LES ENGAGEMENTS
EN MATIÈRE
DE PRATIQUES
ANTICONCURRENTIELLES**

À la différence des engagements souscrits en droit des concentrations, l'Autorité n'a jamais accepté que des mesures correctives de nature comportementale en droit des pratiques anticoncurrentielles. Néanmoins, certaines d'entre elles, dont la mise en œuvre procède d'une opération unique et qui sont difficilement réversibles, peuvent être qualifiées de quasi structurelles.

Ces engagements comportementaux peuvent être de natures très différentes. Le tableau ci-dessous en recense les principaux, sans tendre toutefois à l'exhaustivité.

● ENGAGEMENTS COMPORTEMENTAUX

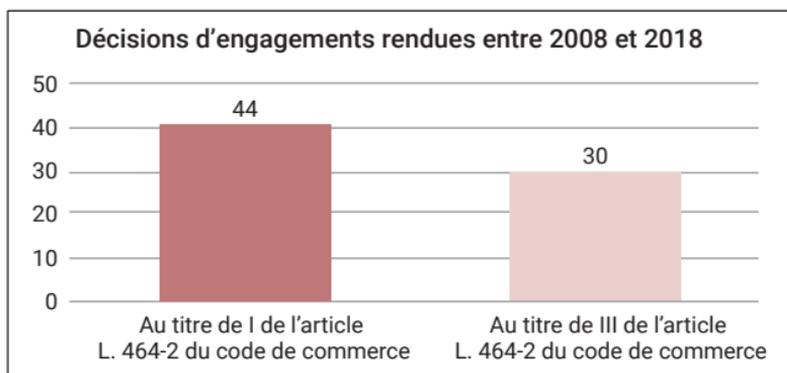
Engagements quasi structurels	Engagements comportementaux purs
Accord de licence (décision n° 05-D-25)	Modification ou suppression de clauses contractuelles (décisions n°s 06-D-24, 11-D-08)
Mise en place ou évolution de la comptabilité analytique (décision n° 17-D-09)	Accès à une infrastructure essentielle ou à un groupement fermé (décision n° 12-D-06)
« Muraille de Chine » (décision n° 08-D-34)	Communication d'informations à des concurrents (décision n° 14-D-09)
Séparation des activités en marché et hors marché d'un monopoleur (décision n° 12-D-04)	Interdiction de soumissionner à des marchés publics simultanément pour deux entreprises du même groupe (décision n° 08-D-29)
	Programme de conformité (décisions n°s 14-D-19, 15-D-19)

En droit des pratiques anticoncurrentielles, l'Autorité peut accepter des engagements de l'entreprise ou de l'organisme dont le comportement suscite, chez elle, des préoccupations de concurrence. Acceptées sur le fondement du I de l'article L. 464-2 du code de commerce, ces mesures correctives conduisent à la clôture de la procédure avant tout

constat d'une infraction. Elles permettent donc à l'entreprise ou à l'organisme mis en cause d'éviter de subir une sanction assortie, le cas échéant, d'une injonction.

Une fois les griefs notifiés, la voie de la procédure d'engagements prévue par le I de l'article L. 464-2 se referme. Toutefois, l'Autorité peut encore accepter des engagements lorsqu'elle statue dans le cadre spécifique de la procédure de transaction, en application du III de l'article L. 464-2 du code de commerce (communiqué de procédure du 21 décembre 2018 relatif à la procédure de transaction). Dans cette hypothèse, l'entreprise ou l'organisme, qui ne conteste pas les griefs qui lui sont reprochés, est susceptible de faire l'objet d'une sanction dont le quantum est réduit. L'acceptation d'engagements permettant de mettre un terme aux préoccupations de concurrence identifiées peut lui permettre d'obtenir une réduction d'amende supplémentaire.

Pris aux termes du I ou du III de l'article L. 464-2 du code de commerce (dans ce dernier cas, ce chiffre recouvre des décisions de non-contestation des griefs et de transaction), les engagements acceptés en droit des pratiques anticoncurrentielles présentent une part non négligeable des décisions rendues par l'Autorité.



Les différences entre ces procédures justifient que les engagements qui en découlent soient traités successivement, d'abord les engagements pris aux termes du I de l'article L. 464-2 du code de commerce, puis ceux acceptés en application du III du même article.

Les engagements résultant d'une « procédure d'engagements »

La procédure dite « d'engagements » permet d'appréhender une large variété de pratiques potentiellement anticoncurrentielles, constituant autant de préoccupations de concurrence pour l'Autorité. Précédemment, le règlement (CE) n° 1/2003⁶⁹ prévoyait déjà que la Commission européenne pouvait, alternativement à une décision de sanction, rendre obligatoire des engagements pour restaurer rapidement une concurrence effective sur le marché. Son article 9 précise que « *Lorsque la Commission envisage d'adopter une décision exigeant la cessation d'une infraction et que les entreprises concernées offrent des engagements de nature à répondre aux préoccupations dont la Commission les a informées dans son évaluation préliminaire, la Commission peut, par voie de décision, rendre ces engagements obligatoires pour les entreprises (...)* ». On pourra noter que l'importance de ce type de mode de résolution des préoccupations de concurrence a été consacrée par la directive ECN +⁷⁰ qui impose, à son article 12, aux

⁶⁹ Règlement (CE) n° 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.

⁷⁰ Directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur.

États membres de doter toutes les autorités de concurrence de l'Union européenne de ce pouvoir. La pratique française, qui s'est déjà développée sur le fondement du droit national, montre tout l'intérêt de ce procédé. Différents remèdes permettent de mettre un terme aux préoccupations de concurrence, l'Autorité favorisant aujourd'hui, de manière générale, le recours à des engagements au suivi simple. Leur acceptation découle d'une procédure très différente de celle applicable en matière de sanction, dans laquelle les tiers tiennent une place importante. Ces décisions d'engagements, si elles s'imposent aux parties, se distinguent nettement des décisions de sanctions, en ce qu'elles mettent un terme à la procédure sans qualification préalable des pratiques reprochées.

LA TYPOLOGIE DES PRATIQUES SUSCEPTIBLES DE FAIRE L'OBJET D'ENGAGEMENTS

Le I de l'article L. 464-2 du code de commerce prévoit que l'ensemble des pratiques anticoncurrentielles, prévues aux articles L. 420-1 à L. 420-2-2 et L. 420-5, sont susceptibles de faire l'objet d'engagements. Dans le même temps, cet article confie à l'Autorité un large pouvoir d'appréciation pour décider de mettre en œuvre ou non cette procédure (v. par ex. décision n° 17-D-16 du 7 septembre 2017 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Engie dans le secteur de l'énergie). Ce pouvoir est qualifié de « discrétionnaire » par la cour d'appel de Paris (CA de Paris, 17 mai 2018, sociétés Umicore, n° 2016/16621). Dès lors, c'est à la lumière de la pratique décisionnelle de l'Autorité qu'il est possible de dresser la typologie des pratiques susceptibles de faire l'objet d'engagements.

Synthétisant cette pratique, le communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence détermine les comportements concernés par cette procédure.

Son point 9 énumère d'abord les caractéristiques communes à ces pratiques. La première exige que les préoccupations de concurrence soulevées par les comportements en cause soient « *encore actuelles* », « *c'est-à-dire [qu'ils] doivent se poursuivre ou que leur incidence sur la concurrence doit continuer à se faire sentir au jour où les entreprises concernées proposent des engagements et où l'Autorité se détermine sur l'opportunité d'y recourir* » (décision n° 12-D-17 du 5 juillet 2012 relative à des pratiques relevées dans le secteur des moyens de paiements scripturaux [prélèvement, titre interbancaire de paiement, télé règlement, virement et lettre de change]). La seconde commande que « *la nature et les modalités des comportements en cause [soient tels] qu'il puisse être remédié de façon pérenne aux préoccupations qu'ils suscitent par la voie d'engagements assurant le maintien ou le rétablissement de la concurrence* » (même décision n° 12-D-17 du 5 juillet 2012).

Le point 12 du communiqué détaille ensuite les comportements ou les situations en présence desquels le recours à cette procédure s'avère particulièrement adapté. Il précise que « *Les pratiques concernées par les décisions d'engagements rendues à ce jour sont essentiellement certaines pratiques unilatérales ou verticales dont l'effet serait de nature à restreindre l'accès à un marché* ».

Mais c'est surtout la définition des pratiques insusceptibles de faire l'objet d'une procédure d'engagements qui présente un intérêt. Le point 11 du communiqué indique que « *L'Autorité n'applique pas la procédure d'engagements dans les cas où, en tout état de cause, l'atteinte à l'ordre public économique impose le prononcé de sanctions pécuniaires, ce qui exclut notamment a priori les ententes particulièrement graves comme les cartels et certains abus de position dominante ayant déjà causé un dommage à l'économie important* ». C'est sur ce fondement que l'Autorité a expressément décidé de ne pas mettre en

œuvre la procédure d'engagements s'agissant de pratiques mises en œuvre au moins entre 1999 et 2007 et prohibées par les articles 101 et 102 du TFUE, L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce (v. décision n° 16-D-14 du 23 juin 2016 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du zinc laminé et des produits ouvrés en zinc destinés au bâtiment, confirmée par CA de Paris, 17 mai 2018, sociétés Umicore, n° 2016/16621).

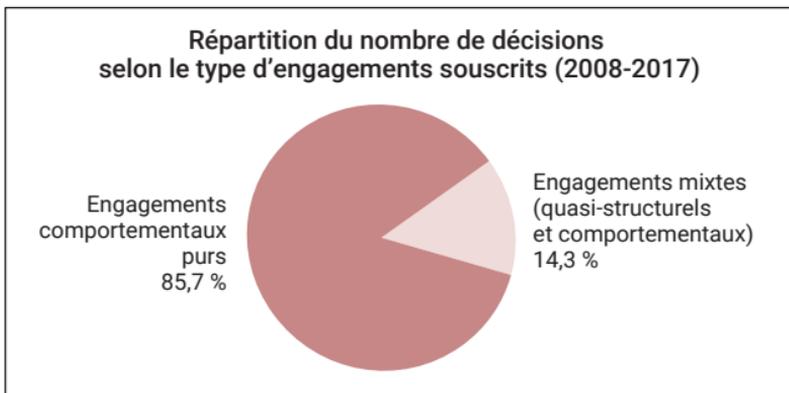
Cependant, conformément au point 6 du communiqué, l'Autorité peut toujours, dans les cas qui s'y prêtent, « *privilégier le maintien ou le rétablissement volontaire de la concurrence sur le marché* ». Cette faculté est une traduction du large pouvoir d'appréciation confié par le législateur à l'Autorité en matière d'engagements. La décision n° 12-D-17 du 5 juillet 2012 relative à des pratiques relevées dans le secteur des moyens de paiements scripturaux [prélèvement, titre inter-bancaire de paiement, télévirement, virement et lettre de change], déjà citée, en donne une bonne illustration.

En l'espèce, les pratiques mises en œuvre concernaient des accords horizontaux susceptibles d'être anticoncurrentiels tant par leur objet que par leur effet. *A priori*, elles n'entraient donc pas dans le champ des comportements susceptibles d'être corrigés par des engagements au regard du point 11 du communiqué. Cependant, l'Autorité a tenu compte de plusieurs circonstances spécifiques à l'affaire pour en décider autrement. Elle s'est principalement fondée sur la nécessité de rétablir rapidement la situation concurrentielle sur le marché concerné, sans attendre l'application d'un règlement européen susceptible d'y mettre un terme sous cinq ans, et sur la circonstance que les engagements émanaient d'une large proportion des entreprises, représentant l'essentiel du marché.

Ainsi, si les préoccupations de concurrence pouvant donner lieu à des engagements découlent essentiellement de pratiques unilatérales et verticales, elles ne s’y résument pas. Elles peuvent être diverses, tout comme les engagements destinés à y mettre un terme.

LA PHYSIONOMIE DES ENGAGEMENTS

L’Autorité n’a jamais encore accepté d’engagements structurels en droit des pratiques anticoncurrentielles. Cela s’explique par le fait que les préoccupations de concurrence généralement identifiées ne découlent pas de la structure même du marché mais du comportement déviant des entreprises ou des organismes qui y opèrent. Or, les engagements comportementaux s’avèrent les mieux à même à y répondre. Comme le constatait déjà le Conseil de la concurrence en 2005⁷¹, ceux-ci se divisent en deux groupes : les remèdes purement comportementaux et les remèdes quasi structurels.



71 Conseil de la concurrence, Étude thématique, « Sanctions, injonctions, engagements, transaction et clémence : les instruments de la mise en œuvre du droit de la concurrence », Rapport annuel, 2005, p. 155.

Les engagements purement comportementaux

Ces remèdes peuvent par exemple porter sur la modification de clauses contractuelles, notamment dans les relations entre des fournisseurs et des distributeurs.

L'affaire Festina (décision n° 06-D-24 du 24 juillet 2006 relative à la distribution des montres commercialisées par Festina France) en donne un exemple topique. En l'espèce, l'entreprise Bijourama, spécialisée dans la vente sur Internet de produits d'horlogerie, de bijouterie, de joaillerie et d'orfèvrerie, a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société Festina France. Bijourama, distributeur « *pure player* », se plaignait du refus d'agrément que Festina opposait à son souhait d'intégrer son réseau de distribution sélective de montres. À ce titre, elle indiquait notamment que ce refus était discriminatoire à l'endroit des distributeurs opérant exclusivement sur Internet, et que le contrat de distribution sélective de Festina France n'était pas licite, en ce qu'il excluait une forme de distribution. Au cours de l'évaluation préliminaire, le rapporteur a exprimé des préoccupations de concurrence relatives à la licéité du contrat de distribution mis en place par Festina France, relevant qu'aucune stipulation n'encadrerait la vente des produits de la société sur Internet. Pour répondre à ces préoccupations de concurrence, Festina a proposé des engagements consistant à modifier et compléter son contrat de distribution sélective, afin d'y intégrer des stipulations relatives à la vente en ligne.

Ces modifications peuvent aussi porter sur la mise en œuvre de clauses ou de règlements rattachés au contrat et susceptibles d'être modifiés unilatéralement.

Dans l'affaire Navx (décision n° 10-D-30 du 28 octobre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de

la publicité sur Internet), cette société, spécialisée dans le commerce de bases de données de localisation des radars fixes et mobiles, reprochait à Google de l'avoir évincée de son service de publicité en ligne, AdWords. Google motivait ce choix par la méconnaissance, par Navx, du règlement régissant les contenus d'AdWords, en particulier en ce qui concerne les dispositifs de contournement des contrôles routiers en France. L'Autorité avait estimé que si Google était, en principe, libre de définir sa politique de contenus AdWords, celle-ci avait, en pratique, été mise en œuvre dans des conditions non objectives, non transparentes et discriminatoires, au détriment des fournisseurs de bases de données radars et, particulièrement, de la société saisissante. Google s'est alors engagée, pour une durée de trois ans, à rendre plus transparent et prévisible pour les annonceurs le fonctionnement de son service AdWords concernant les dispositifs de contournement des contrôles routiers en France, en spécifiant les dispositifs dont la publicité est autorisée ou interdite, en précisant le champ d'application de l'interdiction et, notamment, si celle-ci s'applique seulement aux contenus des annonces ou si elle s'étend aux pages de destination et de renvoi des annonceurs et à l'utilisation de mots-clés, en mettant en place une procédure d'information et de notification ciblée des modifications de la politique de contenus AdWords et en précisant la procédure pouvant mener à la suspension du compte de l'annonceur en cas de violation de la politique de contenus AdWords.

Les modifications contractuelles peuvent aussi concerner la suppression d'une clause d'exclusivité.

Dans la décision Accentiv'Kadeos (décision n° 11-D-08 du 27 avril 2011 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Accentiv'Kadeos), il était reproché à cette entreprise de créer des barrières à l'entrée et un effet de verrouillage

sur les marchés des cartes cadeaux multi-enseignes, par l'effet cumulé des différentes clauses d'exclusivité insérées dans les contrats conclus avec des enseignes partenaires, compte tenu notamment de la portée des clauses d'exclusivité et de leur durée. L'entreprise s'est alors engagée à lever l'entrave à l'accès au marché de l'acceptation des cartes cadeaux multi-enseignes pour de nouveaux entrants, leur permettant ainsi de négocier avec les enseignes de leur choix. Pour y parvenir, Accentiv'Kadéos s'est engagée à supprimer, de manière anticipée et au plus tard le 1^{er} mai 2011, la clause d'exclusivité en acceptation de ses contrats conclus avec l'ensemble de ses enseignes affiliées pour les cartes cadeaux multi-enseignes. Par ailleurs, elle s'est engagée à permettre l'arrivée de nouveaux entrants sur les marchés de l'acceptation et de la distribution des cartes cadeaux multi-enseignes. À ce titre, elle a indiqué qu'elle ne conclurait pas de nouvelles exclusivités ni en acceptation, ni en distribution auprès des consommateurs, avec les enseignes n'ayant pas encore conclu d'exclusivité avec elle, et ce durant toute l'année 2011.

Plus largement, les engagements comportementaux peuvent conduire les opérateurs économiques à changer leur comportement, indépendamment de toute modification contractuelle.

Ainsi, dans la décision Nespresso (décision 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), l'Autorité a considéré que plusieurs pratiques mises en œuvre par cette société tendaient à l'éviction des fabricants de capsules concurrents, et étaient susceptibles de constituer des abus de position dominante. Nespresso s'est alors engagée à communiquer aux concurrents des

informations relatives aux modifications techniques au moment où elle donnerait l'ordre de mise en production des nouvelles machines, sans attendre leur commercialisation. Elle s'est également engagée à désigner un « tiers de confiance » jouant un rôle d'intermédiaire afin d'éviter tout transfert d'informations confidentielles entre les concurrents et elle-même à l'occasion de la communication sur les informations techniques. Nespresso s'est engagée à mettre à disposition des concurrents, *via* le tiers de confiance, des prototypes de nouvelles machines, au minimum quinze, afin qu'ils puissent faire procéder aux tests de compatibilité de leurs capsules, alors que seulement trois prototypes étaient initialement proposés. Elle s'est enfin engagée à être plus transparente sur l'origine des modifications techniques apportées aux machines et sur les nouvelles spécifications techniques, notamment, en communiquant à l'Autorité un dossier exposant les raisons qui motivent chaque changement technique.

Enfin, les engagements comportementaux peuvent aussi consister en l'encadrement de la politique tarifaire des entreprises.

Dans la décision Engie (décision n° 17-D-16 du 7 septembre 2017 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Engie dans le secteur de l'énergie), les services de l'Autorité ont considéré qu'il n'était pas exclu que les prix de nombreuses offres, tant pour les consommateurs que les entreprises, ne permettent pas à Engie, en position dominante sur le secteur, de couvrir les coûts de l'entreprise. En outre, ils ont également relevé qu' Engie ne déterminait pas de manière fiable ses coûts, et donc ses prix, et n'assurait pas non plus de suivi fiable de la rentabilité de ses offres. Pour remédier à ces préoccupations de concurrence, Engie s'est notamment engagée à mettre en place une méthode

de définition des coûts ainsi qu'une analyse de rentabilité fiable des offres de marché, de nature à garantir que l'entreprise mettra en place un processus interne permettant de déterminer et de vérifier la rentabilité de ses offres de marché, en partant d'une structure de coûts pertinente et vérifiable, dans le respect des principes établis du droit de la concurrence.

Dans la décision La Poste (décision n° 17-D-26 du 21 décembre 2017 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la collecte et de la valorisation de déchets banals d'entreprises), les services d'instruction ont exprimé plusieurs préoccupations de concurrence, dont certaines relatives aux pratiques tarifaires concernant les offres de collecte. Pour y remédier, le Groupe La Poste s'est engagé à élaborer une méthodologie d'affectation des coûts garantissant le respect du droit de la concurrence, à utiliser cette méthodologie pour la fixation des prix et à mettre en place un suivi de rentabilité.

Les engagements comportementaux sont donc très divers. Ils permettent de trouver une solution adaptée à un problème issu du comportement des acteurs sur le marché. C'est pourquoi ils sont très utilisés en droit des pratiques anticoncurrentielles, contrairement aux engagements structurels. Pour autant, cela n'implique pas que l'Autorité n'accepte jamais d'engagements de nature à modifier la structure des marchés, comme en témoigne le nombre important d'engagements « structurants » ou « quasi structurels ».

Les engagements quasi structurels

Ces remèdes ont les faveurs de l'Autorité puisqu'ils permettent un rétablissement rapide de l'ordre public économique par des mesures franches et massives, au contrôle simple, et qui ne nécessitent pas la mobilisation de ressources trop

importantes pour leur suivi. Dès lors, ils garantissent que l'économie des ressources générée en amont, par l'usage de la procédure d'engagements, ne disparaîtra pas à l'aval, au moment du contrôle de leur exécution.

Ils sont polymorphes. Ils peuvent d'abord porter sur l'accord d'une licence obligatoire. Comme l'indique Patricia Kipiani, *« l'octroi d'une licence, notamment de marque ou de brevet, est considéré comme l'exemple type d'un engagement quasi structurel. Ce type d'engagement permet une modification de la structure du marché en introduisant de nouveaux concurrents. La concession de licence va permettre au concessionnaire d'introduire le marché ou encore de renforcer sa position à l'intérieur de celui-ci. À la différence de la cession stricto sensu, le concédant reste propriétaire des droits intellectuels. Le concessionnaire n'est alors que le détenteur, à titre provisoire, de ces droits. »*⁷²

Ainsi, dans l'affaire Yvert et Tellier (décision n° 05-D-25 du 31 mai 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Yvert & Tellier sur le marché des catalogues de cotation de timbres-poste), la société Dallay reprochait à Yvert et Tellier d'entraver le développement du marché des catalogues de cotation de timbres de collection, en refusant de donner accès à la numérotation de son catalogue à ses concurrents directs afin qu'ils puissent établir une correspondance avec leur propre numérotation ou l'utiliser à titre de numérotation commune. Le Conseil de la concurrence a considéré que la société Yvert et Tellier, présente sur le marché des catalogues de cotation de timbres-poste depuis plus d'un siècle, possédait une notoriété telle que sa numérotation

⁷² Patricia Kipiani, « Les Engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles – Analyse des droits français, européen et américain », LGDJ, 2014.

jouait le rôle d'une « norme de fait » pour la cotation et le négoce des timbres. Il a souligné que l'on pouvait raisonnablement présumer que la société Yvert et Tellier détenait une position dominante sur le marché des catalogues de cotation des timbres français. Il a alors accepté les engagements de la société Yvert et Tellier, qui proposait de consentir aux éditeurs de catalogues de cotation une licence pour la confection de tables de concordance entre leur propre numérotation et la numérotation Yvert et Tellier, moyennant le paiement d'une redevance raisonnable et sous réserve que le droit de propriété intellectuelle d'Yvert et Tellier sur sa numérotation et sur sa marque soit respecté.

L'affaire des coupons de réduction *online* (ou e-coupons) constitue également une bonne illustration d'engagement quasi structurel (décision n° 10-D-20 du 25 juin 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des coupons de réduction). Ces e-coupons sont imprimés par les consommateurs à partir des sites Internet des industriels ou de sites spécialisés, et remis lors de leurs passages en caisse des magasins. Les magasins avancent les sommes figurant sur les coupons au client, avant de se tourner vers les centres de traitement des bons pour se faire rembourser. Afin de se prémunir contre la fraude, les distributeurs ont souhaité que le processus d'émission des e-coupons soit sécurisé. L'association Perifem, qui rassemble les grandes enseignes de la distribution française, a sollicité les deux centres de traitement des coupons de réduction, HighCo et Sogec, qui ont élaboré ensemble un e-coupon standardisé sécurisé, appelé le Webcoupon. Celui-ci a été présenté comme le standard de référence en France et comme étant le seul à présenter la garantie d'un remboursement par les centres de traitement. Perifem, HighCo et Sogec sont en outre convenus de ne pas développer, pendant la durée de l'accord, un autre standard que le Webcoupon. Or, certains concurrents d'HighCo et de

Sogec sur le marché de l'émission de e-coupons se sont vu refuser la possibilité de proposer le Webcoupon dans des conditions qu'ils jugeaient acceptables. Pour répondre aux préoccupations de concurrence de l'Autorité, HighCo et Sogec se sont engagés à donner accès gratuitement aux éléments « propriétaires » des Webcoupons (marque et visuel) à tout opérateur qui en fait la demande, à condition que le cahier des charges de la sécurisation soit respecté et que le remboursement des Webcoupons soit garanti dans certaines conditions par le demandeur de licence.

Les engagements quasi structurels peuvent également découler de la modification substantielle des règles d'organisation et de fonctionnement d'une entreprise.

C'est particulièrement le cas pour les anciens monopoles publics exerçant désormais leurs activités sur des marchés ouverts à la concurrence ou ayant diversifié leur activité sur ces marchés. Dans ce cas, les engagements quasi structurels conduisent généralement l'entreprise concernée à séparer de manière étanche ses activités sur le marché de celles hors marché.

Dans la décision n° 12-D-04 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture d'informations météorologiques aux professionnels, l'Autorité avait considéré que, malgré la marge commerciale positive de Météo-France, un risque de subventions croisées entre ses activités de service public (en monopole) et ses activités commerciales (en concurrence) ne pouvait être écarté, compte tenu de l'absence d'un système fin de comptabilisation analytique des coûts et des revenus. Ces subventions croisées pouvaient permettre la mise en œuvre d'une pratique de prix prédateurs consistant à commercialiser des services à un prix de vente ne couvrant pas l'intégralité des coûts, en vue d'évincer les concurrents du marché. Les engagements proposés

par Météo-France, rendus obligatoires par l'Autorité, ont visé à garantir une concurrence saine et loyale sur le marché de la fourniture de services météorologiques. L'entreprise s'est ainsi engagée à faire évoluer sa comptabilité analytique en vue de séparer clairement les missions de service public des activités commerciales, en identifiant précisément les coûts et les revenus (dont les subventions au service public) affectés à chacune de ces deux branches, et ce pour une durée indéterminée.

Dans le même sens, dans la décision n° 17-D-09 du 1^{er} juin 2017 relative à des pratiques mises en œuvre par l'Institut national de recherches archéologiques préventives dans le secteur de l'archéologie préventive (INRAP), l'INRAP s'est notamment engagée à mettre en place une comptabilité analytique permettant de garantir une stricte séparation comptable et financière (étanche et fiable) entre ses activités non lucratives et ses activités lucratives. Le but est d'assurer une traçabilité des moyens alloués à chacune de ses missions, afin d'exclure tout risque de prix prédateurs.

Dans l'affaire des paris hippiques en ligne (décision n° 14-D-04 du 25 février 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des paris hippiques en ligne), l'entreprise Betclic dénonçait en particulier le fait que le PMU, titulaire d'un monopole légal sur les paris hippiques « en dur » (bar-tabac, maison de la presse...), mutualise les mises qu'il enregistre à ce titre avec celles qu'il enregistre sur son site de paris hippiques en ligne Pmu. fr. Cette pratique de mutualisation, susceptible de présenter un risque d'éviction des concurrents en ligne du PMU, doublé d'une éventuelle barrière à l'entrée du marché des paris hippiques en ligne, générait des préoccupations de concurrence. L'Autorité a cependant estimé que les engagements du PMU, dont celui de séparer, avant le 30 septembre 2015 et pour chacun des

paris proposés sur Pmu.fr, ses masses d'enjeux enregistrées en ligne de celles enregistrées « en dur », étaient de nature à y mettre un terme.

Plus largement, les engagements quasi structurels peuvent consister en la modification de l'organisation interne des acteurs qui interviennent sur le marché. Le remède dit de la « muraille de Chine » en est un bon exemple. Une telle mesure a notamment été mise en œuvre dans l'affaire des pompes funèbres de la ville de Marseille (décision n° 08-D-34 du 22 décembre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre par la régie municipale des pompes funèbres de la ville de Marseille). Dans cette affaire, l'une des préoccupations de concurrence trouvait son origine dans l'organisation de la direction des opérations funéraires de la ville. Celle-ci comportait une division « régie municipale des pompes funèbres » et une division « cimetières », au sein de laquelle se trouvait le service des affaires juridiques et de la réglementation, qui élaborait des statistiques détaillant la part de la régie et des opérateurs concurrents pour l'organisation des convois funéraires des personnes décédées dans des établissements de soins ou de séjour. Ces statistiques alimentaient des courriers adressés à ces établissements dans le but d'augmenter ou du moins de maintenir la part de marché de la régie. Pour mettre fin à cette préoccupation de concurrence, le Conseil a notamment accepté un engagement au terme duquel le service des affaires juridiques et de la réglementation de la ville de Marseille, chargé d'établir les statistiques liées à l'activité funéraire, sera directement rattaché à la direction des opérations funéraires, et non plus au service des cimetières.

Pour conclure, la physionomie des engagements dépend essentiellement des préoccupations de concurrence rencontrées et des propositions de remèdes formulées par

l'entreprise qui les suscite. Jusqu'à présent, ces remèdes demeurent strictement comportementaux et quasi structurels. Leur utilisation peut d'ailleurs être combinée, à condition qu'elle apporte une réponse appropriée aux préoccupations de concurrence (v. par ex. décision n° 17-D-26 du 21 décembre 2017 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la collecte et de la valorisation de déchets banals d'entreprises). Cependant, aucun obstacle de principe ne s'oppose à ce que l'Autorité accepte des engagements structurels à l'instar de la Commission, dont 25% des décisions d'engagements reposent sur des remèdes structurels⁷³ (v. par ex. Comm. UE, 10 décembre 2015, aff. comp/at. 39767, BEH Electricity; Comm. CE, 18 mars 2009, aff. comp/39.402, RWE; Comm. CE, 26 juin 2008, aff. comp/38.388 et 38.389).

Quelle que soit leur nature, l'adoption des engagements procède invariablement de la même procédure.

LA PROCÉDURE

L'entreprise dont les comportements font l'objet d'une saisine de l'Autorité peut, dès qu'elle en a connaissance, se rapprocher des services d'instruction pour explorer la possibilité du recours à des engagements. Cette démarche peut s'effectuer lorsque l'Autorité est saisie sur le fond d'une affaire mais aussi dans le cadre de mesures conservatoires (v. par ex. décision n° 18-D-04 du 20 février 2018 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la production et de la commercialisation de viande en Martinique). Les parties à la procédure d'engagements sont, après son déclenchement,

⁷³ Séminaire organisé par la revue *Concurrences* en partenariat avec Fréget Tasso de Panafieu, 2 mai 2018, « Les engagements comportementaux (non-respect, interprétation, mesures conservatoires...) ».

soumises à des règles différentes de la procédure de sanction qui laissent une place importante aux tiers.

Une procédure plus souple que la procédure de sanction

La procédure d'engagements se caractérise par une certaine souplesse, qui se manifeste notamment par la possibilité d'échanges approfondis avec les parties. On note par ailleurs que le principe de séparation fonctionnelle des services d'instruction et du collège, applicable aux procédures de sanction, ne trouve pas à s'appliquer à ce type de procédure (v. sur ce point, Cass. Com., 5 octobre 1999, SNC Campenon Bernard, n° 97-15.617).

L'enclenchement de la procédure d'engagements, antérieur à toute notification de griefs, n'interdit donc pas au collège d'échanger avec les services d'instruction et les parties concernées par l'affaire. Par ailleurs, le cadre légal d'application est caractérisé par une plus grande marge d'appréciation laissée à l'Autorité pour l'identification des « préoccupations de concurrence », compte tenu de l'objet de la procédure.

La Cour de cassation a jugé ces deux points s'agissant de l'évaluation préliminaire par laquelle le rapporteur fait connaître aux organismes ou aux entreprises en cause les préoccupations de concurrence de l'Autorité. Cette évaluation est destinée à préciser en quoi les atteintes relevées à ce stade de la procédure sont susceptibles de constituer une pratique prohibée. En revanche, elle ne vise pas à qualifier les pratiques en cause et ne constitue pas, par conséquent, un acte d'accusation au sens du paragraphe 1 de l'article 6 de la convention précitée 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» (Cass. Com., 4 novembre 2008, société Canal 9, n° 07-21.275).

L'objectif de l'évaluation préliminaire des pratiques est d'identifier les préoccupations de concurrence en jeu, pour lesquelles l'Autorité dispose d'une libre appréciation. Ainsi, comme rappelé par la cour d'appel de Paris dans l'affaire Bijourama, l'évaluation préliminaire des pratiques a pour objectif d'identifier « *des préoccupations de concurrence, sans qu'il soit nécessaire de procéder à la qualification de comportements au sens des articles L. 410-1 ou L. 410-2 du code de commerce, ni a fortiori à la constatation d'une infraction à ces dispositions, et ne nécessitant dès lors pas la détermination exacte du marché pertinent* » (CA de Paris, 16 octobre 2007, RG n° 2006/17900, page 6).

D'ailleurs, le Conseil précise que « *l'acceptation par une entreprise d'entrer dans une procédure d'engagements afin de répondre à une préoccupation de concurrence exprimée par le Conseil n'est en rien assimilable à une reconnaissance de pratique anticoncurrentielle de la part de l'entreprise proposant des engagements* » (décision n° 06-D-20 du 13 juillet 2006 relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés France Télécom, PagesJaunes Groupe et PagesJaunes SA dans le secteur des services de renseignements par téléphone et par Internet).

Il en découle que, lorsque le rapporteur estime que seules certaines des pratiques critiquées par un saisissant suscitent des préoccupations de concurrence, l'Autorité ne prononce pas un non-lieu pour les autres. Le régime procédural spécifique prévu par l'article L. 464-6 du code de commerce n'est donc pas applicable (Cass. Com., 12 mai 2015, sociétés Cogent, n° 14-10.792).

La place des tiers dans la procédure

Le rôle des tiers est précisément défini par la procédure d'engagements, qui différencie l'éventuel auteur d'une saisine et les « tiers intéressés ».

À ce titre, l'article R. 464-2 du code de commerce précise qu'à « *réception des engagements proposés par les entreprises ou organismes concernés à l'issue du délai mentionné au deuxième alinéa, le rapporteur général communique leur contenu à l'auteur ou aux auteurs de la saisine ainsi qu'au commissaire du Gouvernement. Il publie également, par tout moyen, un résumé de l'affaire et des engagements pour permettre aux tiers intéressés de présenter leurs observations. Il fixe un délai, qui ne peut être inférieur à un mois à compter de la date de communication ou de publication du contenu des engagements, pour la production des observations des parties, du commissaire du Gouvernement et, le cas échéant, des tiers intéressés* ».

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 nécessaires et suffisants pour mettre un terme aux préoccupations de concurrence. L'enjeu de cette étape est incontournable en pratique en ce qu'elle permet, dans certains cas, de réduire l'asymétrie d'informations entre l'Autorité et les opérateurs du marché.

Elle permet également aux tiers dont les intérêts peuvent être affectés d'être entendus lors de cette procédure. Leurs observations, qui sont intégralement versées au dossier, peuvent alors conduire à la recherche d'une amélioration ou d'une extension du périmètre des engagements proposés, ce qui est souvent le cas en pratique.

Après le test de marché, l'Autorité peut également choisir d'entendre en séance « *toute personne dont l'audition lui paraît susceptible de contribuer à son information* », conformément au deuxième alinéa de l'article L. 463-7 du code de commerce. Dans deux affaires récentes, le collège a ainsi entendu les représentants de deux ministères dont l'action réglementaire était susceptible d'influer sur le maintien des préoccupations de concurrence identifiées par l'Autorité.

Dans la première (décision n° 17-D-09 du 1^{er} juin 2017 relative à des pratiques mises en œuvre par l'Institut national de recherches archéologiques préventives dans le secteur de l'archéologie préventive), l'État a proposé, à la suite du test de marché, une réforme de l'accès aux informations archéologiques préalables, dont le champ dépasse la nature des engagements que l'INRAP était en mesure de proposer pour répondre à l'une des deux préoccupations de concurrence préalablement identifiées.

Les pouvoirs publics se sont en effet engagés à créer une plateforme informatique sécurisée permettant à l'ensemble des opérateurs de fouilles d'accéder à ces informations dans des conditions comparables et à mettre en place des dispositions transitoires favorisant leur accès effectif. La décision innovante prise par l'Autorité à l'issue de cette procédure s'appuie, classiquement, sur les engagements souscrits par l'organisme dont le comportement est à l'origine des préoccupations de concurrence litigieuses, mais a également tenu compte d'engagements pris spontanément par l'État et dont la décision fait état. Cette configuration originale favorise un rétablissement efficace de la concurrence sur le marché par l'ensemble des moyens disponibles : l'intervention de l'État, instituant des conditions d'accès équivalentes aux informations archéologiques pour l'ensemble des opérateurs de fouilles, a permis d'apporter une réponse

pérenne au secteur, en posant les conditions d'une concurrence renouvelée entre ses acteurs.

Dans la seconde (décision n° 18-D-04 du 20 février 2018 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la production et de la commercialisation de viande en Martinique), l'Association martiniquaise interprofessionnelle de la viande, du bétail et du lait (AMIV) s'est engagée à créer un nouveau statut de membre associé, aux conditions d'adhésion allégées par rapport au statut de membre actif, et permettant aux candidats qui le souhaitent de pouvoir bénéficier des aides européennes à l'élevage, sans qu'ils puissent cependant participer aux travaux de l'organisation interprofessionnelle. Cependant, prenant en compte l'évolution potentielle de la réglementation du secteur confirmée par les pouvoirs publics en séance, l'Autorité a indiqué à l'AMIV qu'elle examinera sans délai toute demande de révision de ses engagements pour tenir compte de la mise en œuvre de la réforme annoncée par le Gouvernement.

La séance constitue l'ultime étape de la procédure d'engagements. Elle permet de discuter des remèdes proposés, de leur nécessaire modification ou de leur rejet, si le collègue estime qu'ils ne répondent pas aux préoccupations de concurrence. C'est à son terme que l'Autorité peut décider de ne pas accepter les engagements et de renvoyer le dossier à l'instruction en vue d'agir par voie d'injonction ou de sanction ou, au contraire, d'adopter une décision rendant ces engagements obligatoires et mettant fin à la procédure avant tout constat d'infraction.

LA PORTÉE DES DÉCISIONS D'ENGAGEMENTS

La portée des décisions d'engagements est un aspect important de cette catégorie de décision et peut orienter la décision de l'entreprise de proposer ou non des engagements. Elle est,

par principe, limitée. Toutefois, ce constat doit désormais être relativisé car le juge civil accepte de prendre en compte les décisions d'engagements dans le cadre des recours en responsabilité tendant à la réparation de préjudices nés de pratiques anticoncurrentielles.

La portée limitée des décisions d'engagements

Les décisions d'engagements permettent aux entreprises qui ont pris des engagements d'éviter les frais liés à une procédure longue et le risque d'une condamnation qui pourrait être significative. Aussi, ces décisions ont une portée contraignante et créent des obligations pour les entreprises ou les organismes qui se sont engagés. La souplesse qui caractérise leur adoption ne doit pas conduire à minimiser l'importance de conséquences qui en découlent pour les entreprises qui les ont librement proposés et acceptés. Ainsi, leur non-respect peut conduire l'Autorité à prononcer des sanctions (v. par ex. décision 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 et développements *infra*).

Cependant, leur portée est restreinte par rapport à celle des décisions de sanction ou d'injonction susceptibles d'être prononcées par l'Autorité.

Ainsi, en droit interne, 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 effet, 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. Mais elle ne se prononce pas sur la culpabilité de

l'entreprise et ne constitue pas, par suite, le premier terme d'une réitération de faits. Les pratiques dénoncées devront donc nécessairement faire l'objet d'un examen, l'Autorité ayant toujours la faculté de constater, le cas échéant, qu'il n'y a plus lieu à agir, compte tenu de la cessation des faits en cause.

Il reste toutefois qu'en droit européen, si la Commission ou une autre autorité nationale de concurrence est saisie d'une plainte à l'encontre de pratiques qui font l'objet de la décision d'engagements, elle peut la rejeter sur le fondement de l'article 13 du règlement (CE) n° 1/2003, paragraphe 2, selon lequel « *Lorsqu'une autorité de concurrence d'un État membre ou la Commission est saisie d'une plainte contre un accord, une décision d'association ou une pratique qui a déjà été traitée par une autre autorité de concurrence, elle peut la rejeter* ».

Par ailleurs, une décision d'engagements ne peut permettre le déclenchement, sur son seul fondement, de poursuites pénales en application de l'article L. 420-6 du code de commerce.

La portée des décisions d'engagements de l'Autorité est donc plus limitée que celle des décisions prononçant une sanction. Néanmoins, la jurisprudence civile récente a admis dans certaines affaires que des actions en responsabilité puissent se fonder sur des décisions d'engagements de l'Autorité, ce qui tend à relativiser ce constat.

L'extension de la portée des décisions d'engagements : le cas des actions en responsabilité civile

Le 1^{er} alinéa de l'article L. 481-2 du code de commerce, qui transpose la directive 2014/104/UE du Parlement européen et

du Conseil du 26 novembre 2014⁷⁴ dispose qu'une « *pratique anticoncurrentielle mentionnée à l'article L. 481-1 est présumée établie de manière irréfragable à l'égard de la personne physique ou morale désignée au même article dès lors que son existence et son imputation à cette personne ont été constatées par une décision qui ne peut plus faire l'objet d'une voie de recours ordinaire pour la partie relative à ce constat, prononcée par l'Autorité de la concurrence ou par la juridiction de recours* ».

Cette présomption irréfragable ne joue pas s'agissant des préoccupations de concurrence identifiées dans une décision d'engagements. En effet, une telle décision ne certifie pas la conformité au droit de la concurrence des pratiques faisant l'objet de préoccupations, pas plus qu'elle ne constate leur caractère infractionnel. Ainsi, si la victime de pratiques anticoncurrentielles peut saisir le juge de la réparation, elle sera tenue de démontrer que l'entreprise a commis une faute, contraire au droit de la concurrence et à l'origine du préjudice qu'elle considère avoir subi.

La prise en compte des décisions d'engagements dans le cadre d'actions en responsabilité civile ou dommages indemnitaires (parfois appelées « *private enforcement* »), est récente et témoigne de la portée croissante de ces décisions.

En 2014, la cour d'appel de Paris a admis la recevabilité du recours en dommage et intérêt formé par la société DKT. Cette dernière se prévalait de plusieurs préjudices résultant, selon elle, de fautes anticoncurrentielles commises par les

⁷⁴ 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.

sociétés Eco-emballages et Valorplast et trouvant leur origine dans diverses pratiques ayant conduit à l'adoption d'une décision d'engagements par l'Autorité (décision n° 10-D-29 du 27 septembre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés Eco-Emballages et Valorplast dans le secteur de la reprise et de la valorisation des déchets d'emballages ménagers plastiques).

La cour indique que « *la procédure d'engagements n'est pas en soi de nature à priver [la société DKT de son] intérêt à agir* ». Elle précise qu'une décision d'engagements permet de clore un dossier ouvert devant l'Autorité « *avant toute appréciation définitive des pratiques suscitant des préoccupations de concurrence* », et qu'il appartient en conséquence à la victime de « *rechercher et de déterminer quels éléments sont constitutifs, selon elle, de faits de concurrence prohibée lui causant un préjudice* » (CA de Paris, 24 septembre 2014, n° 12/06864, faisant suite à la décision n° 10-D-29 du 27 septembre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés Eco-Emballages et Valorplast dans le secteur de la reprise et de la valorisation des déchets d'emballages ménagers plastiques).

Au stade de l'examen du bien-fondé de la demande de réparation, la cour a estimé que la société requérante, qui s'appuyait sur la décision d'engagements de l'Autorité et d'autres éléments factuels, ne démontrait pas à suffisance l'existence de la faute qu'elle invoquait. Elle a donc rejeté son recours (CA de Paris, 20 décembre 2017, n° 15/07266).

Le tribunal de grande instance de Paris, dont le jugement a été confirmé en appel, a franchi cette seconde étape en acceptant de reconnaître la responsabilité d'une entreprise à raison de pratiques anticoncurrentielles ayant seulement fait l'objet d'une décision d'engagements de la part de l'Autorité (TGI Paris, 22 février 2017, n° 15/09129, Betclac

contre GIE Pari Mutuel Urbain; CA de Paris, 12 septembre 2018, n° 18/4914, faisant suite à la décision n° 14-D-04 du 25 février 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des paris hippiques en ligne). Dans cette affaire, la société Betclic estimait subir divers préjudices découlant de pratiques mises en œuvre par le PMU dans le secteur du pari en ligne.

La cour d'appel précise que, si une décision d'acceptation d'engagements constitue, dans la plupart des cas, un simple commencement de preuve, il ne peut être exclu « *qu'elle y trouve des éléments suffisants en soi à fonder la responsabilité de l'opérateur* ». Ainsi, si la décision d'engagements ne constitue pas une présomption irréfragable de faute anticoncurrentielle dans les conditions prévues à l'article L. 481-2 du code de commerce, sa motivation peut suffire à démontrer l'existence d'une telle faute. En l'espèce, la cour relève que la société demanderesse, Betclic, ne s'était pas contentée de reprendre la décision d'engagements, mais l'avait assortie de plusieurs études économiques, ainsi que des données statistiques du marché, l'ensemble de ces éléments permettant de caractériser, au cas d'espèce, l'existence d'une faute anticoncurrentielle.

Ce mode de raisonnement rejoint la position de la jurisprudence européenne relative à la portée des décisions d'engagements. Il s'inscrit dans le sillage de l'arrêt *Gasorba* de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après : « la Cour de justice »), rendu le 23 novembre 2017 (CJUE, 23 novembre 2017, *Gasorba SL e. a*, C-547/16). En l'espèce, la Cour de justice était saisie, sur renvoi préjudiciel du Tribunal suprême espagnol, de questions préjudicielles relatives à l'interprétation du règlement (CE) n° 1/2003. Par sa première question, la juridiction de renvoi demandait en particulier si « *l'article 16, paragraphe 1, du règlement n° 1/2003 d[evait]*

être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'une juridiction nationale constate la nullité d'un accord entre entreprises sur le fondement de l'article 101, paragraphe 2, TFUE, lorsque la Commission a préalablement accepté des engagements concernant ce même accord et les a rendus obligatoires dans une décision prise au titre de l'article 9, paragraphe 1, de ce règlement». La Cour de justice y répond par la négative, précisant que « l'objectif d'une application efficace et uniforme du droit de la concurrence de l'Union imposent au juge national de tenir compte de l'évaluation préliminaire de la Commission et de la considérer comme un indice, voire comme un commencement de preuve, du caractère anticoncurrentiel de l'accord en cause au regard de l'article 101, paragraphe 1, TFUE » (soulignement ajouté).

La jurisprudence Betclac démontre ainsi que les décisions d'engagements peuvent, dans certaines hypothèses, constituer un commencement de preuve d'une faute anticoncurrentielle. Mais, en droit, leur portée reste bien distincte de celle des décisions constatant une infraction.

Ce constat se limite par ailleurs aux décisions d'engagements prises sur le fondement du I de l'article L. 464-2 du code de commerce. Il en va différemment des décisions de transaction, assorties ou non d'engagements, devenues définitives et pour lesquelles la faute anticoncurrentielle est acquise. En effet, contrairement aux décisions d'engagements, les décisions issues d'une transaction opèrent une qualification des pratiques anticoncurrentielles, qui sont alors présumées établies de manière irréfragable, en application de l'article L. 481-2 du code de commerce précité.

Les engagements résultant d'une transaction

Les engagements pris dans le cadre d'une transaction et, antérieurement, dans le cadre de la procédure de non-contestation des griefs, n'ont pas la place centrale qu'occupent ceux rendus obligatoires au terme d'une procédure d'engagements. Cela tient en grande partie au fait qu'ils ne sont généralement qu'un accessoire de la transaction, procédure notamment destinée à accélérer le délai de traitement des affaires contentieuses. Dans ce cadre, les engagements pris par les entreprises mises en cause peuvent être pris en compte dans l'établissement de la fourchette de la sanction pécuniaire qu'elles encourent, tout en favorisant le rétablissement effectif de l'ordre public économique. Toutefois, soucieuse de préserver les bénéfices liés à l'utilisation de la transaction, l'Autorité apprécie les engagements susceptibles d'entraîner une telle réduction. Complément utile à la sanction, les engagements sont acceptés au terme d'une procédure respectueuse de la séparation fonctionnelle.

DES ENGAGEMENTS FACULTATIFS MAIS UTILES

La loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques a introduit la procédure de non-contestation des griefs, destinée à accélérer le traitement des affaires contentieuses. Cette procédure se caractérisait par différents éléments : l'absence de rédaction du rapport, l'application d'un plafond de sanction réduit de moitié et la fixation d'un taux de réfaction de la sanction normalement encourue par l'entreprise. Les engagements y tenaient une place importante. En effet, la mise en œuvre de cette procédure impliquait tout à la fois que l'entreprise concernée renonce à contester les griefs qui lui étaient reprochés et qu'elle s'engage à modifier son comportement pour l'avenir.

Cependant, pour rendre son utilisation plus aisée, l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence a supprimé la condition liée à la prise d'engagements. Ainsi, la non-contestation des griefs suffisait pour enclencher la procédure, les engagements devenant facultatifs.

Cette place optionnelle des engagements dans la procédure a été maintenue lors de la création de la procédure de transaction par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques. Ainsi, le III de l'article L. 464-2 du code de commerce dispose désormais que *« lorsqu'un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés, le rapporteur général peut lui soumettre une proposition de transaction fixant le montant minimal et le montant maximal de la sanction pécuniaire envisagée. Lorsque l'entreprise ou l'organisme s'engage à modifier son comportement, le rapporteur général peut en tenir compte dans sa proposition de transaction. Si, dans un délai fixé par le rapporteur général, l'organisme ou l'entreprise donne son accord à la proposition de transaction, le rapporteur général propose à l'Autorité de la concurrence, qui entend l'entreprise ou l'organisme et le commissaire du Gouvernement sans établissement préalable d'un rapport, de prononcer la sanction pécuniaire prévue au I dans les limites fixées par la transaction »*.

En dépit de leur caractère accessoire et facultatif, les engagements ont pu, dans certaines circonstances, revêtir un intérêt au regard des missions de l'Autorité.

Dans certains cas de figure et sous l'empire de la procédure de non-contestation des griefs, les engagements ont pu apparaître comme un outil permettant d'associer les opérateurs économiques sanctionnés au rétablissement rapide du bon fonctionnement du marché. Proposés par

l'entreprise ou l'organisme qui transige, ils témoignent de la prise de conscience, par les acteurs économiques, des exigences du droit de la concurrence et des moyens permettant d'y répondre. Les engagements peuvent ainsi constituer un complément intéressant à la sanction en associant une dimension « volontaire » de la part de l'entreprise, à la différence de la sanction qui s'impose à elle. D'ailleurs, l'Autorité reconnaît que dans « *certaines situations de marché, les engagements pris (...) peuvent avoir, pour le respect des règles du jeu concurrentiel, une plus grande efficacité que les sanctions, en particulier si ces engagements traduisent une modification substantielle des pratiques de cette entreprise et si les autorités de concurrence sont mises en mesure d'en vérifier l'application effective* » (cf. décision n° 04-D-65 du 30 novembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par La Poste dans le cadre de son contrat commercial, acceptant les engagements proposés par cette dernière consistant notamment, pour les produits sous monopole, à ne pas pratiquer de remises qui traiteraient de façon discriminatoire des clients exerçant leur activité sur le même marché, et, pour les produits ou services en concurrence et pour lesquels La Poste serait en position dominante, à ne pas pratiquer certaines remises de couplage et de fidélité; décision n° 08-D-13 du 11 juin 2008 relative à des pratiques relevées dans le secteur de l'entretien courant des locaux, acceptant les engagements proposés par la société Onet et les sociétés du groupe Spid consistant à mettre en place des actions de formation de leur personnel aux règles de la concurrence, à insérer dans les contrats de travail de leurs collaborateurs une clause prévoyant un licenciement pour faute lourde en cas de participation personnelle à une entente, et à instaurer un système d'alerte professionnelle, permettant à tout salarié de l'entreprise de signaler, sous couvert de confidentialité, à un médiateur, toute infraction supposée au droit de la

concurrence; décision n° 09-D-24 du 28 juillet 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom sur différents marchés de services de communications électroniques fixes dans les DOM, acceptant les engagements proposés par cette dernière consistant notamment à renforcer les actions de formation en droit de la concurrence au sein de certaines directions, mettre en place une procédure d'alerte et renforcer le soutien juridique de proximité suite à la constitution récente d'un pôle juridique outre-mer).

Au-delà de leur caractère curatif, les engagements peuvent parfois permettre d'anticiper la survenue de pratiques anti-concurrentielles futures et de stabiliser le fonctionnement d'un secteur de manière durable (v. par ex. décision n° 09-D-06 du 5 février 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par la SNCF et Expedia Inc. dans le secteur de la vente de voyages en ligne, acceptant les engagements proposés par la SNCF consistant, d'une part, à baisser de manière significative le prix de cette licence et, d'autre part, à permettre aux agences de voyages, si elles le demandent, d'utiliser le même système de connexion que Voyages-sncf.com. À plus long terme, elle s'est en outre engagée à négocier avec des intermédiaires tiers pour que ces derniers développent à l'attention des agences de voyages en ligne de nouvelles modalités d'accès à son système de réservation). Enfin, étant nécessairement proposés après une notification des griefs, ils sont susceptibles de résoudre des problèmes de concurrence découlant de pratiques graves, qui n'auraient pas pu faire l'objet d'engagements en application du I de l'article L. 464-2 du code de commerce.

Du point de vue des entreprises, l'intérêt des engagements s'inscrivait notamment dans la recherche d'une réduction d'amende complétant celle liée à la non-contestation des griefs. De ce point de vue, l'impact des engagements

souscrits sur la réduction de la sanction pouvait être important, l'Autorité se montrant particulièrement attentive à la qualité des engagements qui lui étaient proposés et à leur effet sur le fonctionnement du marché.

Facultatifs, les engagements pris dans le cadre d'une procédure de transaction participent cependant à la préservation de la libre concurrence. Leur utilité varie en fonction des remèdes qu'ils contiennent. C'est la raison pour laquelle l'Autorité cible désormais de manière précise les engagements susceptibles d'entraîner une diminution de la fourchette de la sanction encourue dans le cadre d'une transaction.

DES ENGAGEMENTS PLUS CIBLÉS

L'Autorité accepte des engagements de natures très variées sur le fondement des dispositions du III de l'article L. 464-2 du code de commerce, qui prévoient que l'entreprise ou l'organisme peut s'engager à « *modifier son comportement* ».

Il peut s'agir de remèdes strictement comportementaux, dont la teneur varie en fonction des problèmes de concurrence propres à chaque dossier. L'engagement peut alors conduire à remédier à des pratiques contraires au droit de la concurrence, mais aussi viser un objectif de prévention ou de conformité, en portant ainsi sur les processus de prise de décisions internes aux entreprises. Ainsi, dans la décision n° 08-D-32 du 16 décembre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du négoce des produits sidérurgiques, le groupe PUM s'était notamment engagé à mettre en place un nouveau mode de tarification de son activité. Dans la décision n° 08-D-29 du 3 décembre 2008 relative à des pratiques relevées dans le secteur des marchés publics d'entretien de menuiserie métallerie serrurerie, deux sociétés appartenant à un même groupe s'étaient engagées à ne plus soumissionner ensemble aux appels d'offres lancés par

les opérateurs publics, à renforcer le contrôle hiérarchique sur les modalités d'élaboration et de soumission de ses réponses aux appels d'offres et à tenir à jour un registre des appels d'offres portant sur des marchés publics auxquels elle aura soumissionné.

Il peut aussi s'agir de remèdes à visée plus large, ayant un caractère plus structurant, à l'instar de ceux qui sont acceptés sur le fondement du I de l'article L. 464-2 du code de commerce.

Ainsi, par la décision n° 12-D-06 du 26 janvier 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des agrégats et des marchés aval à Saint-Pierre-et-Miquelon, l'Autorité a accepté des engagements proposés par le GIE « Exploitation des carrières » et les sociétés Allen-Mahé SARL, Atelier Fer SARL, Guibert Frères SARL et SSPT SA consistant, d'une part, à scinder les activités de production de celles relatives, sur l'aval, à la mise en œuvre des agrégats et des travaux routiers, d'autre part, à rendre transparentes et non discriminatoires les conditions d'achats des agrégats pour les entreprises tierces aux GIE et, enfin, pour le GIE, à ne plus répondre à aucun appel d'offres en matière de travaux publics. La décision n° 15-D-08 du 5 mai 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation de la viande de volaille constitue également une bonne illustration de ce type d'engagements. Les services d'instruction reprochaient aux industriels et aux associations professionnelles du secteur un plan d'ensemble de pratiques concertées concourant à la réalisation d'un objectif anticoncurrentiel unique, à savoir diminuer l'incertitude des participants dans le cadre des négociations avec leurs différentes catégories de clients, par des échanges d'informations ou des actes de coopération plus poussés, en ce compris des fixations de prix et de tarifs concertées. Dans

le cadre de leur non-contestation du grief, la Fédération des industries avicoles et 17 des industriels mis en cause, représentant la quasi-totalité du marché, ont souscrit un engagement collectif inédit consistant à œuvrer à la mise en place d'une interprofession étendue, c'est-à-dire intégrée à l'aval, en recherchant la participation de la grande distribution. Cette interprofession a finalement été mise en place en mai 2018. Ceci montre que l'acceptation d'engagements comportementaux peut conduire, dans certaines hypothèses, à modifier, de façon quasi structurelle, les conditions de fonctionnement des marchés.

Sur le plan quantitatif, sous l'empire de la procédure de non-contestation des griefs, la majorité des décisions appliquant le III de l'article L. 464-2 du code de commerce portaient sur la mise en place ou l'amélioration d'un programme de conformité (v. par ex. décision n° 14-D-19 du 18 décembre 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'entretien et des insecticides et dans le secteur des produits d'hygiène et de soins pour le corps; décision n° 15-D-03 du 11 mars 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits laitiers frais; décision n° 15-D-19 du 15 décembre 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans les secteurs de la messagerie et de la messagerie express). Ainsi, sur la trentaine de décisions de non-contestation des griefs et de transaction assorties d'engagements, les deux tiers comportaient des remèdes consistant, exclusivement ou non, à la mise en place de programmes de conformité.

Dans son document-cadre du 10 février 2012 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence, l'Autorité définissait ceux-ci comme « *des programmes par lesquels des entreprises ou des organismes expriment leur attachement à certaines règles ainsi qu'aux valeurs ou aux objectifs qui les*

fondent, et prennent un ensemble d'initiatives concrètes destinées à développer une culture de respect des normes ainsi qu'à leur permettre de détecter de possibles manquements à ces règles, de mettre fin à ces manquements et d'en prévenir la réitération ». Ces programmes reposent non seulement sur des mesures destinées à créer une culture orientée vers le respect des règles (formation, sensibilisation), mais aussi sur des mécanismes d'alerte, de conseil, d'audit et de responsabilisation permettant de créer les bons réflexes au sein des entreprises (prévention, détection et traitement des cas d'infractions possibles).

Ce type de remède pouvait conduire l'Autorité à accorder à l'entreprise concernée une réduction de la sanction supplémentaire pouvant atteindre 10%, en sus des 10% de remise liée à la renonciation à contester les griefs, et à celle de 5% pouvant être accordée au titre d'autres engagements, en vertu dudit document-cadre.

À l'occasion de l'adoption de la loi de 2015 sur la transaction, l'Autorité a fait évoluer sa pratique en matière d'engagements, s'agissant du cas particulier des engagements de conformité. L'Autorité a tout d'abord noté que l'entrée en vigueur de la transaction mettait un terme au régime qui avait été défini pour la non-contestation des griefs (communiqué du 19 octobre 2017 relatif à la procédure de transaction et aux programmes de conformité). Elle a ensuite souhaité témoigner d'une approche différente au regard des démarches de conformité, comme elle l'a exprimé dans la décision n° 17-D-20 du 18 octobre 2017 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des revêtements de sols résilients.

Cette nouvelle position procède de plusieurs constats : d'une part, face à des pratiques graves mises en œuvre par de grandes entreprises, la sanction doit jouer son rôle

dissuasif, sans que des engagements portant sur des programmes de conformité puissent venir de façon générale en diminuer le montant. Ensuite, le motif principal de la mise en place de programmes de conformité doit être la recherche d'une efficacité pour l'intérêt propre de l'entreprise (il s'agit de lui éviter d'être en infraction et de subir potentiellement de lourdes sanctions). À défaut, il pourrait même y avoir intérêt à différer la mise en place de tels programmes, afin de pouvoir les proposer à l'occasion d'une procédure de sanction.

Cette position, qui traduit un changement de politique, a été présentée dans le communiqué du 19 octobre 2017 relatif à la procédure de transaction et aux programmes de conformité.

En 2012 et après un constat d'infraction, l'Autorité de la concurrence a souhaité encourager, par des réductions de sanctions, l'adoption par les entreprises de programmes de conformité aux règles de concurrence. Cependant, il lui apparaît que trente ans après l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, la culture de concurrence est mieux partagée par l'ensemble des acteurs économiques et que l'élaboration et la mise en œuvre de tels programmes ont vocation à s'insérer dans la gestion courante des entreprises et constituent un impératif de bonne gestion.

L'Autorité considère que les engagements consistant à mettre en œuvre ces programmes ne justifient plus, par principe, une réduction de la sanction pécuniaire prononcée dans le cadre d'une procédure de transaction. Cette évolution se justifie aussi par la meilleure connaissance du droit de la concurrence et l'accroissement des risques associés à la commission d'une infraction à ces règles. Directement concernés par ces problématiques, les acteurs économiques doivent spontanément se prémunir des atteintes qu'ils pourraient causer à l'ordre public économique. C'est

pourquoi l'Autorité les encourage à développer la mise en œuvre de programmes de conformité, sans attendre la commission d'un éventuel manquement.

Accessoirement, du point de vue du fonctionnement de l'Autorité, le suivi des engagements induit une charge administrative non négligeable, qui peut remettre en cause les bénéfiques procéduraux recherchés dans le cadre des procédures de transaction.

La décision de l'Autorité de ne plus accepter, de façon générale et sauf circonstances particulières tenant à la situation de l'entreprise ou des infractions constatées ou raison d'intérêt général, de réduction du montant des sanctions en contrepartie d'engagements reposant sur la mise en place de programmes de conformité, témoigne de sa volonté d'encourager les entreprises à proposer des engagements plus ciblés pour le rétablissement effectif d'une concurrence libre et non faussée.

LA PROCÉDURE

Dans le cadre de la procédure de transaction, l'Autorité est soumise au respect du principe de séparation fonctionnelle. Cette séparation s'applique également aux engagements souscrits à titre accessoire par les entreprises ou les organismes concernés. C'est pourquoi leur élaboration et leur adoption implique respectivement l'intervention du rapporteur général et du collègue.

Le rôle du rapporteur général

La procédure de transaction, à l'instar de l'ancienne procédure de non-contestation des griefs, peut être mise en œuvre pour toute affaire traitée par l'Autorité au titre des dispositions relatives au contrôle des pratiques anticoncurrentielles, dès lors que celle-ci ouvre la procédure d'instruction

contradictoire prévue par les articles L. 463-1 et suivants du code de commerce en notifiant des griefs à un ou plusieurs opérateurs économiques.

C'est à l'organisme ou à l'entreprise destinataire d'une notification des griefs qu'il appartient de déterminer s'il souhaite ou non renoncer à contester les griefs et proposer en outre des engagements de modification de son comportement pour l'avenir.

De la même manière, si le rapporteur général accepte d'entrer en voie de transaction avec l'entreprise, il dispose d'un pouvoir d'appréciation pour accepter de prendre en compte les engagements proposés, pour les intégrer le cas échéant dans l'appréciation de la fourchette de sanction et les soumettre ou non à l'approbation de l'Autorité. Ce pouvoir d'appréciation s'exerce notamment au regard du caractère pertinent des engagements proposés.

Dans cette procédure, contrairement à ce qui est habituellement pratiqué en « procédure d'engagements », il n'y a pas de test de marché. Seules les discussions entre l'entreprise ou l'organisme et le rapporteur général permettent d'aboutir à la version finale des engagements qui sera présentée au collège lors de la séance.

Dans le cas où l'organisme ou l'entreprise en cause a proposé des engagements tendant à modifier son comportement pour l'avenir, et où le rapporteur général estime qu'il est pertinent de proposer à l'Autorité d'en tenir compte, il lui incombe de s'assurer, le cas échéant, du caractère substantiel, crédible et vérifiable de ces engagements. S'ils ne répondent pas à ces conditions, le rapporteur général peut inviter l'intéressé à les modifier dans la mesure nécessaire à cet effet et, à défaut, ne pas proposer à l'Autorité d'en tenir compte.

Si le rapporteur général estime que les discussions décrites à la section précédente ont permis de déboucher sur des résultats satisfaisants, il indique à l'organisme ou à l'entreprise en cause qu'il tiendra compte des engagements proposés pour déterminer le montant minimal et le montant maximal de la sanction pécuniaire envisagée dans la proposition de transaction qu'il lui soumettra.

L'accord entre l'organisme ou l'entreprise en cause, d'une part, et le rapporteur général, d'autre part, est consigné dans un procès-verbal, signé par ces derniers. Le cas échéant, il contient également le texte du dernier état des engagements proposés par l'intéressé.

Le rôle du collège

«Le collège, saisi d'une affaire ayant donné lieu à l'application de la procédure de transaction examine, d'une part, les faits et les griefs notifiés, et, d'autre part, le procès-verbal de transaction. S'il estime que les conditions pour le prononcé d'une sanction sont réunies, il prononce une sanction comprise dans les limites de la fourchette fixée par le procès-verbal de transaction» (paragraphe 32 du communiqué de procédure du 21 décembre 2018 relatif à la procédure de transaction).

Lorsque le rapporteur général lui a également proposé de tenir compte d'engagements souscrits par l'intéressé, le collège vérifie que ces engagements sont substantiels, crédibles et vérifiables. Dans le cas où le collège estime en séance que les engagements ne sont pas acceptables en l'état, mais que l'entreprise ou l'organisme propose des améliorations permettant qu'ils le deviennent, le collège peut rendre obligatoires les engagements ainsi améliorés et prononcer une sanction pécuniaire déterminée à l'intérieur de la fourchette résultant du montant minimal et du montant maximal figurant dans le procès-verbal de transaction.

En revanche, le collège n'a pas la possibilité de prendre en compte des engagements non annexés au procès-verbal de transaction transmis par le rapporteur général pour fixer le montant de la sanction pécuniaire infligée à l'entreprise ou à l'organisme (v. sur ce point la décision n° 17-D-20 du 18 octobre 2017 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des revêtements de sols résilients, paragraphes 462 et 463).

* * *

Ainsi, *ex post*, les mesures comportementales constituent jusqu'à présent le seul type d'engagement accepté par l'Autorité. Ces engagements poursuivent des buts différents en fonction du fondement sur lequel ils sont rendus obligatoires, permettant d'éviter l'ouverture d'une procédure de sanction dans le cadre de la « procédure d'engagements » ou, après l'ouverture de celle-ci, de diminuer le *quantum* de la sanction prononcée dans le cadre de la procédure de « transaction ». Ils s'inscrivent cependant dans une dynamique commune de rationalisation, comme le démontre le recours privilégié aux engagements quasi structurels et l'évolution de la pratique de l'Autorité concernant les engagements de conformité. Enfin, plus généralement, ils font, comme tous les engagements, l'objet d'une surveillance attentive.

4/ LA PROCÉDURE DE SUIVI ET DE RÉVISION DES ENGAGEMENTS

La vie des engagements est structurée autour des deux mêmes principes cardinaux que ceux guidant leur élaboration. C'est pourquoi, pendant toute la durée de leur application, ces remèdes doivent demeurer utiles et effectifs. L'effectivité des engagements implique qu'ils soient appliqués de manière constante par leur auteur. L'Autorité y veille en procédant à leur suivi. Néanmoins, des changements de circonstances de fait ou de droit survenant avant le terme de leur période d'exécution sont susceptibles de conduire à l'altération, voire à la disparition de leur utilité. Ces évolutions justifient qu'ils puissent être réexaminés pour être modifiés ou, le cas échéant, levés.

Le suivi des engagements

Pour que les engagements produisent tous les effets attendus sur le jeu concurrentiel, il est indispensable de s'assurer de leur bonne exécution. C'est pourquoi l'Autorité⁷⁵ suit avec attention toutes les décisions qui font l'objet d'engagements. Ce suivi s'opère suivant diverses modalités et peut conduire, en cas de non-respect d'une des mesures contrôlées, à l'ouverture d'une procédure de sanction. L'Autorité a rendu une dizaine de décisions dans ce cadre depuis 2008.

⁷⁵ Auparavant, cette mission était dévolue au ministre chargé de l'économie.

LES DÉCISIONS FAISANT L'OBJET D'UN SUIVI

Toutes les décisions d'acceptation d'engagements font l'objet d'un suivi⁷⁶, qu'elles concernent des remèdes structurels⁷⁷ ou comportementaux. Ce contrôle s'effectue pendant toute la durée de mise en œuvre des engagements, laquelle est toujours plus courte pour les premiers, qui consistent généralement en des cessions d'actifs, que pour les seconds, dont le suivi nécessite un suivi régulier et attentif sur la durée.

La vérification de ces engagements implique souvent la mobilisation de moyens importants, en particulier du côté des services d'instruction. En effet, contrairement aux engagements structurels dont l'Autorité peut en principe aisément constater le respect ou le non-respect, l'appréciation de la bonne exécution des engagements comportementaux nécessite une analyse, parfois délicate, des actions de leur auteur et du contexte de leur mise en œuvre. L'Autorité a d'ailleurs déjà eu l'occasion de relever que *« le contrôle du respect d'engagements de nature comportementale est susceptible de revêtir, toutes choses égales par ailleurs, un caractère plus complexe que celui des mesures de nature structurelle, comme le sont des engagements de céder une activité dans un délai imparti »* (v. décision n° 12-D-15 du 9 juillet 2012 relative au respect des engagements figurant dans

76 En droit des pratiques anticoncurrentielles, les décisions d'engagements prises sur le fondement du I de l'article L. 464-2 du code de commerce et les décisions prises sur le fondement du III du même article. En droit des concentrations, il s'agit des engagements souscrits en phase 1 en application du II de l'article L. 430-5 du code précité ou en phase 2 au titre du II de l'article L. 430-7 du même code.

77 Exclusivement en droit des concentrations pour le moment, car l'Autorité n'a encore jamais accepté d'engagements structurels en droit des pratiques anticoncurrentielles.

la décision autorisant l'acquisition de Socopa Viandes par Groupe Bigard). Cette difficulté justifie que l'Autorité prenne le temps de s'assurer du choix des engagements et de sa capacité à en assurer le suivi. C'est d'autant plus vrai pour la procédure d'engagements prévue par le I de l'article L. 464-2 du code de commerce, qui a notamment pour objet de rationaliser l'utilisation des ressources dédiées au contrôle des pratiques anticoncurrentielles.

Juridiquement, le suivi des engagements trouve sa source dans l'obligation qui pèse sur l'Autorité de veiller à l'exécution de toutes ses décisions, conformément au 6^e alinéa de l'article L. 464-8 du code de commerce. S'agissant du droit des concentrations, le Conseil d'État a rappelé que cette exigence découlait de la faculté même d'accepter des engagements (v. sur ce point : CE, Ass., 21 mars 2016, Société NC Numéricable, n° 390023, au Recueil).

Au 31 octobre 2018, le suivi actif des engagements par l'Autorité concernait 18 entreprises pour les engagements acceptés en application du I de l'article L. 464-2 du code de commerce, contre 53 pour ceux pris sur le fondement du III du même article.

À la même date, 30 engagements pris à la suite de décisions d'autorisation de concentrations faisaient l'objet de ce suivi actif, dont 2 souscrits auprès du ministre chargé de l'économie, avant 2009.

Le suivi des engagements constitue une mission importante de l'Autorité, qui dispose de plusieurs moyens pour la mener à bien.

LES DIFFÉRENTS PROCÉDÉS DE SUIVI DES ENGAGEMENTS

Pour suivre efficacement les engagements qu'elle a acceptés, l'Autorité peut s'adjoindre l'aide d'un mandataire, ce qui n'exclut cependant pas le recours à d'autres procédés.

Le suivi par un tiers indépendant

Le rôle du mandataire et les modalités de suivi des engagements

En droit des pratiques anticoncurrentielles

Le mandataire est un tiers, auquel l'Autorité confie la surveillance des engagements, indépendant des parties, et qui agit comme un auxiliaire de l'Autorité.

Il rend compte à l'Autorité de l'exécution de sa mission, selon les modalités convenues, dans les rapports qu'il lui transmet et l'avertit, le cas échéant, des manquements de l'entreprise à ses engagements.

Le plus souvent, en début de mission, le mandataire soumet un plan de travail à l'Autorité pour agrément, précisant les modalités selon lesquelles il entend mener à bien sa tâche. Une copie peut alors en être transmise aux entreprises concernées.

Plusieurs rapports sont ensuite transmis par le mandataire à l'Autorité, au fil de sa mission, afin de la tenir informée de son état d'avancement. À son initiative, chaque fois que les circonstances le justifient, le mandataire peut également communiquer à l'Autorité toute information en lien avec sa mission qu'il jugera utile. Par ailleurs, en tant que représentant de l'Autorité, le mandataire peut être sollicité par cette dernière à tout moment sur toutes les questions relevant de son mandat.

Enfin, le mandataire est chargé d'informer l'Autorité s'il considère, sur la base d'éléments raisonnablement justifiés, que les entreprises concernées manquent au respect des engagements souscrits.

En droit des concentrations

Pour garantir l'efficacité du contrôle des concentrations, l'Autorité assure un suivi rigoureux de la mise en œuvre des injonctions, prescriptions et engagements figurant dans une décision d'autorisation, que celle-ci ait été prise par elle-même ou par le ministre chargé de l'économie. Elle peut être assistée, si elle l'estime nécessaire, par un mandataire indépendant qu'elle agréé sur proposition de l'entreprise.

La nomination d'un mandataire pour suivre l'exécution des engagements souscrits en matière de contrôle des concentrations n'est pas systématique, même si elle est recommandée dans les lignes directrices précitées, en particulier s'agissant d'engagements de nature comportementale qui peuvent s'avérer complexes à suivre.

Les circonstances dans lesquelles l'Autorité recourt à un mandataire

En droit des pratiques anticoncurrentielles

Comme l'indique la décision n° 13-D-15 du 25 juin 2013 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport maritime de fret entre l'Europe du Nord et les Antilles françaises, l'Autorité choisit de désigner un mandataire chargé de suivre la bonne exécution de certains engagements lorsque cela « *s'avère à la fois utile et nécessaire, car [cela] permet à l'Autorité de la concurrence de [les] vérifier et de [les] contrôler de manière efficace (...) tout en ne mobilisant pas de façon excessive ses ressources* ». Certains engagements représenteraient en effet « *une charge disproportionnée*

[pour l'Autorité] *alors que l'un des objectifs d'une procédure d'engagement est de gagner en simplicité et rapidité, afin de permettre à l'Autorité de libérer des ressources pour d'autres activités* » (point 164 de la décision).

En pratique, le recours à un mandataire reste, somme toute, relativement rare dans le cadre des engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles. En dix ans, l'Autorité n'y a ainsi eu recours que dans cinq décisions.

Quatre d'entre elles concernent des engagements souscrits sur le fondement du I de l'article L. 464-2 du code de commerce.

Dans la première affaire, le rôle du mandataire était de contrôler, semestriellement, le taux d'utilisation de capacités non utilisées par les cocontractants de CMA-CGM et préemptées par cette dernière, afin qu'elle ne freine pas l'entrée de nouveaux opérateurs sur le marché (décision n° 13-D-15 précitée).

Dans la deuxième, le mandataire a eu pour mission de suivre l'engagement souscrit par le PMU relatif à une séparation de ses masses d'enjeux en dur et en ligne (décision n° 14-D-04 du 25 février 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des paris hippiques en ligne).

Dans la troisième, le rôle du mandataire était de contrôler la modification de l'organisation interne de VST, filiale de la SNCF, notamment en désignant et en isolant en son sein une équipe dédiée qui n'aurait aucune facilité de développement et n'entreprendrait aucune communication avec la société VSC, autre filiale de la SNCF (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).

Dans la dernière affaire, la mission du mandataire était de vérifier la bonne exécution des engagements souscrits par plusieurs entreprises du groupe SNCF, introduisant un certain nombre de conditions à respecter pour pouvoir intervenir sur des marchés d'assistance technique aux exploitants de transports urbains (décision n° 15-D-05 du 15 avril 2015 relative à des pratiques mises en œuvre par le groupe SNCF dans le secteur du transport de personnes).

Par ailleurs, l'Autorité a également choisi de nommer un mandataire dans l'affaire des volailles (décision n° 15-D-08 du 5 mai 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation de la viande de volaille) pour assurer le suivi de mesures correctives particulièrement importantes, acceptées dans le cadre d'une procédure de non-contestation des griefs.

Aux termes de la décision, un certain nombre d'industriels mis en cause dans le secteur de la volaille ont souscrit l'engagement collectif de travailler à la mise en place d'une interprofession étendue, c'est-à-dire intégrée à l'aval en recherchant la participation de la grande distribution (v. sur la notion d'interprofession, l'avis n° 18-A-04 relatif au secteur agricole, notamment son paragraphe 147). Le rôle du mandataire était alors de contrôler le respect de ces engagements, en participant notamment à toutes les réunions du comité de préfiguration et, le cas échéant, de l'interprofession, puis en transmettant régulièrement des rapports à l'Autorité faisant état de l'avancement des travaux et identifiant les obstacles rencontrés.

Dans ces différentes affaires, la nomination d'un mandataire a facilité et simplifié la tâche de l'Autorité et permis à celle-ci d'économiser ses ressources en ne mobilisant pas excessivement ses agents pour veiller à la bonne exécution des engagements souscrits. On constate ainsi que le recours à

la désignation d'un mandataire est apparue utile pour suivre des engagements complexes, à l'instar des engagements tarifaires acceptés par l'Autorité dans la décision n° 17-D-16 du 7 septembre 2017 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Engie dans le secteur de l'énergie, aux termes de laquelle cette société s'est engagée, d'une part, à renforcer la fiabilité des analyses de profitabilité de ses offres de marché, d'autre part, à ce que le prix de ses offres de marché couvre leurs coûts évitables moyens et, enfin, à renforcer le suivi de sa politique de prix. De même en est-il des engagements de nature tarifaires souscrits par le groupe La Poste aux termes de la décision n° 17-D-26 du 21 décembre 2017 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la collecte et de la valorisation de déchets banals d'entreprises.

En droit des concentrations

Contrairement aux engagements structurels ou quasi structurels, dont l'exécution peut se passer dans certains cas d'un suivi par un mandataire, comme, par exemple, la modification irréversible de clauses tarifaires, les engagements comportementaux requièrent un suivi plus important de la part de l'Autorité, qui peut alors s'appuyer sur un mandataire indépendante des parties.

En pratique, elle demande donc aux entreprises qui souscrivent des engagements comportementaux de prévoir la désignation d'un mandataire dont la mission est de s'assurer de leur bonne exécution au cours de leur période de validité. Dans la mesure où, comme évoqué *supra*, cette période est généralement de cinq ans, éventuellement renouvelable, cette mission requiert un suivi minutieux.

Les modalités de désignation du mandataire

En droit des pratiques anticoncurrentielles

Il ressort généralement des engagements souscrits par les entreprises que ces dernières soumettent à l'Autorité le nom d'un candidat à la fonction de mandataire dans un certain délai à compter de la décision les acceptant, afin que celle-ci l'agrée.

Le mandataire est tenu d'être indépendant des parties, doit posséder les qualifications requises pour remplir son mandat (connaissance du secteur concerné par la décision, notamment) et ne doit pas faire ou devenir l'objet d'un conflit d'intérêts.

S'il n'est pas agréé par l'Autorité, les engagements peuvent prévoir l'obligation pour l'entreprise concernée de lui soumettre un nouveau candidat, dans un certain délai. En cas de nouveau refus, il peut également être prévu que l'Autorité choisira elle-même le mandataire de son choix, après consultation de l'entreprise concernée.

À la suite de l'agrément du mandataire, l'entreprise formalise le contrat qui définit sa mission du mandataire, précise les modalités d'exécution et prévoit les conditions de sa rémunération. L'Autorité peut apporter au contrat toute modification qu'elle juge utile.

Le mandataire est rémunéré par l'entreprise dans des conditions compatibles avec le respect de son indépendance vis-à-vis d'elle.

En droit des concentrations

Les modalités de désignation du mandataire sont prévues par le texte des engagements souscrits. Elles ont évolué, depuis

2009, afin de tenir compte des bonnes pratiques d'autres autorités de concurrence, en particulier la Commission.

La procédure de désignation du mandataire est semblable pour tous les types d'engagements, même si le modèle d'engagements qui figure à l'annexe F des lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations concerne les engagements de cession. Cette procédure prévoit que l'entreprise notificante désignera un mandataire chargé du contrôle pour accomplir les fonctions précisées dans les engagements.

Au plus tard deux semaines après la date d'effet, l'entreprise doit soumettre à l'Autorité, pour approbation, une liste d'une ou plusieurs personnes qu'elle propose de désigner comme mandataire chargé du contrôle. Le cas échéant, au plus tard un mois avant la fin de la première période de cession, l'entreprise notificante doit soumettre à l'Autorité, pour approbation, une liste d'une ou plusieurs personnes qu'elle propose de désigner comme mandataire chargé de la cession, étant entendu que le mandataire chargé du contrôle et le mandataire chargé de la cession pourront être les mêmes.

Inspirée par la pratique de la Commission, l'Autorité a mis en œuvre une pratique tendant à ce que les engagements prévoient une liste d'au moins trois personnes, afin d'éviter que l'agrément du ou des mandataires soit décalé en cas d'un premier refus d'agrément. Par ailleurs, cette façon de procéder permet une mise en concurrence des mandataires, ce qui contribue à la structuration de cette nouvelle activité.

La proposition de mandataire doit comprendre les informations suffisantes pour permettre à l'Autorité de vérifier que ce dernier remplit les conditions requises, exposées *supra*, et inclut : le texte intégral du projet de mandat, comprenant toutes les dispositions nécessaires pour permettre au

mandataire d'accomplir ses fonctions au titre des engagements; l'ébauche de plan de travail décrivant la façon dont le mandataire entend mener sa mission; une indication sur le point de savoir si le mandataire proposé est destiné à agir comme mandataire chargé du contrôle et comme mandataire chargé de la cession ou si deux mandataires distincts sont proposés pour les deux fonctions.

L'Autorité dispose d'un pouvoir d'appréciation pour l'approbation ou le rejet du mandataire et des termes du mandat proposés, sous réserve de toutes modifications qu'elle estime nécessaires pour l'accomplissement de ses obligations. Si un seul nom est approuvé, l'entreprise notifiante doit désigner ou faire désigner la personne ou l'institution concernée comme mandataire, selon les termes du mandat approuvé par l'Autorité. Si plusieurs noms sont approuvés, l'entreprise est libre de choisir le mandataire à désigner parmi les noms approuvés. Le mandataire doit généralement être désigné dans un délai bref d'une semaine suivant l'approbation de l'Autorité, selon les termes du mandat approuvé par l'Autorité.

Si tous les mandataires proposés sont rejetés, l'entreprise notifiante doit soumettre les noms d'au moins deux autres personnes ou institutions, dans un délai d'une semaine à compter de la date à laquelle elle est informée du rejet par l'Autorité.

Si, tous les mandataires proposés dans cette nouvelle proposition sont rejetés par l'Autorité, cette dernière désigne elle-même un ou plusieurs mandataire(s) que l'entreprise notifiante doit nommer, ou faire nommer, selon les termes d'un mandat approuvé par l'Autorité.

Les autres procédés de suivi

En droit des pratiques anticoncurrentielles

Les autres modalités de suivi des engagements sont multiples et varient d'une décision à l'autre.

Le plus souvent, il incombe à l'entreprise de rendre compte elle-même, directement à l'Autorité, de la mise en œuvre de ses engagements et de justifier de leur bonne exécution. Elle s'acquitte généralement de cette obligation par l'envoi de rapports périodiques. C'est ainsi par exemple que la société Visa s'est engagée à transmettre, pour une durée de quatre ans à partir de l'entrée en vigueur de ses engagements, un rapport détaillé confidentiel à l'Autorité, relatif à la mise en œuvre des engagements durant la période annuelle précédente (décision n° 13-D-18 du 20 septembre 2013 relative à des pratiques de Visa relevées dans le secteur des cartes de paiement). Après analyse du rapport transmis, l'Autorité peut demander à l'entreprise des précisions, des explications ou des pièces complémentaires, pour s'assurer de la mise en œuvre effective des engagements.

Certains procédés sont parfois plus innovants. Ainsi, dans la décision TDF de 2007 (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), cette société s'est engagée à créer, au sein de sa division TV et en liaison avec sa direction juridique, un « *comité d'évaluation et de suivi des engagements* ». Celui-ci devait se réunir une fois par trimestre, et avait pour fonction de :

- dresser un bilan des points de service de diffusion transférés par les chaînes de télévision ;
- dresser un bilan des résiliations anticipées des contrats bipartites et tripartites ;

SUIVI ET RÉVISION DES ENGAGEMENTS

- communiquer à l’Autorité et au Conseil supérieur de l’audio-visuel les comptes rendus de chaque réunion trimestrielle du comité dans un délai de quinze jours à compter de la date de la réunion ;
- et communiquer aux mêmes autorités, dans les mêmes conditions et tous les trimestres, le nombre de points de services transférés à la demande des éditeurs de chaînes hertziennes diffusées en mode analogique aux opérateurs de diffusion concurrents.

Dans le même esprit et plus récemment, dans les secteurs des messageries, le groupe GLS BV s’est engagé à créer un comité de conformité composé des dirigeants du groupe GLS, du responsable conformité et des directives du groupe GLS et du directeur conformité du groupe Royal Mail. Ce comité a pour rôle de s’assurer de l’exécution des engagements et de discuter de toute question en matière de conformité. Il se réunit au moins deux fois par an et peut rapporter directement toute préoccupation aux organes de contrôle du groupe Royal Mail, notamment si une violation potentielle des droits français et/ou européen de la concurrence vient à être identifiée (décision n° 15-D-19 du 15 décembre 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans les secteurs de la messagerie et de la messagerie express).

Le suivi des engagements peut également impliquer la réalisation d’une enquête administrative dans le cas où il y a un doute sur la bonne mise en œuvre de ceux-ci. Ainsi, dans l’affaire Festina (décision n° 06-D-24 du 24 juillet 2006 relative à la distribution des montres commercialisées par Festina France), les engagements souscrits par cette société portaient sur le fait de proposer à ses distributeurs actuels et futurs un nouveau contrat-cadre de distribution intégrant des stipulations contractuelles applicables à la vente à distance, notamment la vente par Internet, ainsi que deux

nouveaux contrats spécifiques pour la vente à distance, en ligne par Internet ou par correspondance. Une enquête de suivi a été menée par la brigade d'enquêtes de concurrence de Lyon auprès de la société Festina et de plusieurs de ses distributeurs. Il en est ressorti que cette société avait adressé à chacun d'eux, dès le 12 juillet 2007, un courrier leur proposant de signer un nouveau contrat-cadre de distribution conforme aux engagements validés par le Conseil. Parallèlement, les distributeurs avaient été informés de l'existence de contrats spécifiques de vente à distance, en ligne et par correspondance, qu'il leur appartenait de demander dans le cas où ils pratiquaient ces formes de vente. Les enquêteurs ont par ailleurs pu constater, après sondages auprès de plusieurs distributeurs, que les données de suivi fournies par Festina France étaient fiables. Il a donc été conclu que cette dernière « a respecté ses engagements dans des conditions conformes à ce qui a été accepté par le Conseil pour répondre aux préoccupations de concurrence, et a manifesté un suivi actif du processus de signature » (rapport du ministre de l'Économie, in *Rapport annuel* de 2007 du Conseil de la concurrence, page 377 – pour d'autres exemples d'engagements respectés, voir notamment décision n° 06-D-20 du 13 juillet 2006 relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés France Télécom, Pages Jaunes Groupe et Pages Jaunes SA dans le secteur des services de renseignements par téléphone et par Internet; ou encore décision n° 06-D-28 du 5 octobre 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution sélective de matériels hi-fi et home cinéma).

Enfin, le suivi de la mise en place des programmes de conformité fait l'objet d'un examen critique qui peut conduire l'Autorité à formuler des recommandations, par exemple sur le contenu des actions de formation et de sensibilisation du personnel au droit de la concurrence. Ainsi, l'Autorité a pu relever, dans certains supports de formation, des consignes

inappropriées délivrées aux salariés concernant les opérations de visites et de saisies, qui ne tenaient pas compte de l'état du droit applicable en la matière. Il a par exemple pu être rappelé les dispositions du code de commerce qui répriment toutes formes d'entrave ou d'obstruction aux investigations et les rétentions d'informations injustifiées. Cet exemple montre l'attachement de l'Autorité à ce que les engagements relatifs à des programmes de conformité soient respectés tant eu égard à leur lettre qu'à leur esprit, et non pas de façon purement formelle.

En droit des concentrations

Un suivi des engagements (et des injonctions et prescriptions) est systématiquement effectué par l'Autorité. Il est réalisé par le service des concentrations et mobilise l'ensemble des rapporteurs du service. Ce suivi peut comporter, le cas échéant, des demandes d'information ou des consultations des tiers en cas de doutes sur l'exécution des engagements souscrits, en particulier lorsqu'il s'agit d'engagements comportementaux qui requièrent un suivi dans la durée.

L'Autorité se tient informée de la bonne exécution des engagements par différentes sources.

Premièrement, elle est destinataire, à intervalles réguliers et selon des modalités précisées par les engagements, d'un rapport de l'entreprise notifiante, d'un mandataire désigné à cet effet, voire des deux.

Deuxièmement, elle peut être saisie par tout tiers qui estime que l'engagement souscrit n'est pas, ou est mal, respecté. Il s'agit généralement des principaux intéressés par les effets de l'engagement (fournisseurs, concurrents, clients). Lorsqu'un mandataire est désigné pour le suivi de l'engagement, l'Autorité lui transmet les informations reçues et effectue avec lui une évaluation des problèmes d'exécution soulevés.

Troisièmement, l'Autorité peut, en l'absence de toute plainte, mener une enquête d'initiative en cas de doute, au vu notamment d'évolutions de marché défavorables ou d'informations publiques, qui laisseraient penser que l'engagement ne serait pas pleinement ou correctement exécuté.

Le suivi des engagements, nécessaire pour garantir leur efficacité et leur crédibilité dans le cadre de futurs dossiers, est facilité par la bonne diffusion des décisions prises et des engagements souscrits. Ceux-ci font systématiquement l'objet d'une publication sur le site Internet de l'Autorité, dans le respect du secret des affaires des parties.

Ayant été soumis à un test de marché en cours de procédure, les engagements sont généralement connus des principaux tiers concernés, qui ont été interrogés sur la base d'une version des engagements purgée de tout secret d'affaires. Afin que le marché puisse être mis en situation d'émettre un avis éclairé sur les engagements proposés, cette version doit néanmoins être la plus complète possible. Dans la limite des informations susceptibles de porter atteinte à ses intérêts légitimes, l'Autorité demande donc à la partie notifiante de divulguer le plus grand nombre d'informations possible.

À cet égard, les engagements comportementaux font l'objet d'une plus grande publicité que les engagements structurels.

Ainsi, la durée des engagements comportementaux n'est généralement pas occultée : elle constitue une information importante car la durée qui contraint le comportement commercial de la nouvelle entité doit être suffisante pour permettre, au terme des engagements, un rétablissement de la structure des marchés concernés, en permettant aux opérateurs de développer des stratégies offensives pour contrebalancer le pouvoir de marché résultant de l'opération de concentration. Selon les secteurs concernés et le type de

préoccupations identifiées, cette durée n'est pas fixe, même s'il est généralement admis qu'une durée de cinq ans, renouvelable éventuellement une fois, est une durée acceptable. Cette transparence ne peut être pleinement mise en œuvre dans les engagements structurels, sauf à compromettre leur bonne exécution : en effet, une trop grande publicité, en particulier s'agissant des délais de cession, comporte le risque de dégrader la viabilité des actifs cédés, en particulier en cas d'engagements alternatifs.

La transparence dans le cadre des engagements comportementaux permet aussi aux tiers intéressés de repérer si la partie notifiante respecte ou non ses engagements à leur égard et, le cas échéant, d'en alerter le mandataire ou l'Autorité.

L'Autorité envisage, dans le cadre de ses réflexions sur le rôle des mandataires en matière de suivi d'engagements, de renforcer cette transparence en procédant à la publication des noms et des coordonnées des mandataires désignés dans chaque dossier d'engagements en vigueur.

L'Autorité dispose donc de plusieurs outils pour s'assurer que les remèdes qu'elle a acceptés sont bien mis en œuvre. Si les engagements n'ont pas été correctement appliqués, elle a la faculté de sanctionner les entreprises qui en sont responsables.

LE POUVOIR DE SANCTION DE L'AUTORITÉ EN CAS DE NON-RESPECT D'ENGAGEMENTS

L'Autorité peut sanctionner les manquements aux engagements comportementaux qu'elle a précédemment acceptés. Elle tient ce pouvoir de l'article L. 464-3 du code de commerce pour les décisions d'engagements prises en droit des pratiques anticoncurrentielles, et sur le fondement

du IV de l'article L. 430-8 du même code en droit des concentrations. Cette faculté procède d'une même logique tirée de la nécessité d'assurer l'effectivité des engagements, laquelle commande donc qu'ils soient respectés. Néanmoins, les régimes prévus par ces deux articles ne sont pas strictement identiques, comme en témoignent les procédures applicables et les sanctions susceptibles d'en découler.

Principes généraux applicables au contrôle du respect des engagements

La vérification du respect des engagements s'inscrit dans le cadre d'une procédure coercitive, susceptible de déboucher sur le prononcé d'une sanction administrative. C'est ce qui explique que le régime qui l'encadre vise à assurer le respect strict des mesures contrôlées, qu'elles aient été acceptées pour mettre fin à des préoccupations de concurrence ou qu'elles accompagnent une procédure de transaction ou une autorisation de concentration.

Ainsi, les engagements sont réputés être d'interprétation stricte (v. sur ce point en droit des pratiques anticoncurrentielles : 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; décision 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; CA Paris, 10 septembre 1996, Société méditerranéenne de béton; en droit des concentrations : CE, Ass., 21 décembre 2012, Société Groupe Canal Plus, Société Vivendi, n° 353856, au Recueil).

Cependant, et comme l'indique M. Vincent Daumas dans ses conclusions sur l'affaire Société Groupe Canal Plus citée au

paragraphe précédent, « *interprétation stricte, toutefois, ne veut pas dire [interprétation] strictement littérale. Lorsque la lettre d'un engagement, contrairement à ce qu'elle devrait être, n'est pas claire et précise, sa portée exacte pourra être éclairée par référence soit à son contexte, c'est-à-dire sa place dans l'ensemble du dispositif d'obligations découlant de la décision d'autorisation, soit à l'objectif poursuivi par l'auteur de cette décision, à la condition bien sûr que cet objectif ait été explicité* ». L'engagement sera ainsi éclairé par les autres dispositions de la décision, son objet ou son contexte. Éclairée par les circonstances dans lesquelles il a été accepté, l'Autorité pourra ainsi, sous le contrôle du juge, lui conférer toute sa portée utile.

Par ailleurs, cette interprétation ne saurait se résumer en un contrôle superficiel du respect des engagements. Sur ce point, il ressort de la pratique décisionnelle que le principe d'interprétation stricte des mesures correctives « *ne peut cependant avoir pour effet de limiter l'appréciation du respect d'un engagement comme d'une injonction à des considérations purement formelles* » (décision 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, confirmée par arrêt de la CA de Paris du 6 octobre 2016, GIE Les Indépendants, n° 2015/06776, lui-même confirmé par Cass. Com. 26 septembre 2018, GIE Les Indépendants, n° 16-25.403). Dans cette décision, l'Autorité a notamment relevé que plusieurs modifications du règlement intérieur du GIE Les Indépendants contrevenaient aux objectifs pris par ce groupement, tel que l'allongement de la durée du préavis à respecter en cas de démission d'une radio, lequel retarde d'autant le moment auquel cette radio pourra commercialiser en son nom ses propres offres de publicité.

La jurisprudence judiciaire estime également que le respect des mesures correctives ne doit donc pas être qu'apparent. Ainsi, saisie d'un recours contre une décision de sanction pour non-respect d'injonction, la cour d'appel de Paris a jugé que « *c'est sans excéder ses pouvoirs que le Conseil (...) a vérifié si les clauses supprimées n'avaient pas été remplacées par d'autres stipulations qui, bien que formulées différemment, auraient produit les conséquences juridiques prohibées* » (CA de Paris de Paris, 21 février 2006, SEMUP e. a., n° 2005/14774, p. 6).

De même, en droit des concentrations, le Conseil d'État reconnaît à l'Autorité la faculté de rechercher un éventuel « *contournement* » des engagements. Il précise ainsi qu'elle « *est en droit de rechercher si, alors même que serait assuré le respect formel des critères expressément prévus par un engagement que l'évolution du marché n'a pas privé de son objet, les parties ayant pris cet engagement auraient adopté des mesures ou un comportement ayant pour conséquence de le priver de toute portée et de produire des effets anticoncurrentiels qu'il entendait prévenir* » (CE, Ass., 21 décembre 2012, Société Groupe Canal Plus, Société Vivendi, n° 353856, au Recueil). C'est ce qui l'a conduit à juger que l'Autorité n'avait commis aucune erreur d'appréciation en décidant qu'un engagement de maintien de la mise à disposition d'une chaîne n'est pas respecté dès lors que la qualité et l'attractivité de celle-ci ont été fortement dégradées.

L'interprétation stricte des engagements protège les sociétés qui les ont souscrits. Néanmoins, corrélativement, ce principe leur impose aussi de respecter à la lettre l'ensemble des remèdes qu'ils se sont prescrits. En effet, le contrôle des engagements ne relève pas d'une appréciation globale mais porte sur le respect des mesures prises une par une, chacune ayant valeur obligatoire (v. sur ce point en droit des concentrations : décision n° 12-D-15 du 9 juillet 2012 relative

au respect des engagements figurant dans la décision autorisant l'acquisition de Socopa Viandes par Groupe Bigard ; en droit des pratiques anticoncurrentielles : décision n° 18-D-09 du 21 juin 2018 relative au respect des engagements pris par la société Randstad dans la décision du Conseil de la concurrence n° 09-D-05 du 2 février 2009).

Ce principe d'interprétation stricte s'accompagne de l'obligation, pour l'Autorité, d'apprécier de manière purement objective le respect des remèdes concernés, sans être tenue de rechercher une quelconque intention fautive ou négligence de la part de l'auteur du manquement. À ce titre, l'Autorité a déjà eu l'occasion d'indiquer que *« la procédure de non-respect d'engagements instituée par l'article L. 464-3 du code de commerce a un caractère objectif, de sorte que le manquement à un engagement est passible de sanction pécuniaire sans qu'il soit besoin de démontrer (...) l'intention dolosive recherchée par l'auteur du manquement, l'existence d'une pratique anticoncurrentielle qui caractériserait un tel manquement ou la gravité des conséquences pour le marché concerné »* (décision 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). Ce contrôle objectif est également de mise dans le cadre du contrôle des engagements qui assortissent une décision autorisant une opération de concentration. Il se comprend d'autant plus que le droit des concentrations constitue un régime de police administrative. Son but est uniquement d'assurer le maintien de l'ordre public économique, l'appréciation des intentions des acteurs du marché demeurant sans influence sur l'exercice de cette mission.

Similitudes et divergences des procédures de sanction

Conformément aux principes généraux applicables à l'ensemble des sanctions, celles prononcées sur le fondement du IV de l'article L. 430-8 du code de commerce et de l'article

L. 464-3 du même code interviennent au terme d'une procédure contradictoire écrite et orale permettant au service d'instruction d'exposer son analyse du dossier dans le cadre de son rapport et aux parties concernées d'y répondre⁷⁸.

Cependant, l'organisation pratique de la procédure diverge sur quelques points.

Ainsi, le champ de la saisine d'une procédure de non-respect d'engagements est plus large en droit des pratiques anti-concurrentielles qu'en droit des concentrations. En effet, dans le premier cas, l'Autorité peut non-seulement se saisir d'office⁷⁹, mais également être saisie par le ministre chargé de l'économie ou toute entreprise ou organisme concerné, conformément aux dispositions de l'article L. 462-5 du code de commerce et au point 46 du communiqué de procédure

78 Dans sa décision Sociétés Groupe Canal Plus et Vivendi Universal (CE, Ass., 21 décembre 2012, n° 353856, au Recueil), le Conseil d'État a notamment eu l'occasion de rappeler que « *l'attribution par la loi à une autorité administrative du pouvoir de fixer les règles dans un domaine déterminé et d'en assurer elle-même le respect, par l'exercice d'un pouvoir de contrôle des activités exercées et de sanction des manquements constatés, ne contrevient pas aux exigences rappelées par l'article 6, paragraphe 1, de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dès lors que ce pouvoir de sanction est aménagé de telle façon que soient assurés le respect des droits de la défense, le caractère contradictoire de la procédure et l'impartialité de la décision* ».

79 Dans la décision Sociétés Groupe Canal Plus et Vivendi Universal citée ci-dessus, le Conseil d'État a eu l'occasion de juger que la faculté d'autosaisine de l'Autorité faisait l'objet d'un encadrement suffisant au regard du principe d'impartialité rappelé par l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Dans le même sens et dans cette même affaire, le Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité par le Conseil d'État, a notamment déclaré conforme à la Constitution les dispositions de l'article L. 462-5 du code de commerce permettant à l'Autorité de s'autosaisir (décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012).

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

Par ailleurs, les délais de procédure sont également distincts. La procédure applicable en droit des concentrations confère aux parties qui ont procédé à la notification de l'opération et au commissaire du Gouvernement un délai de quinze jours ouvrés pour présenter leurs observations en réponse à la communication du rapport des services d'instruction. Le caractère réduit de ce délai s'explique par l'économie générale de cette procédure de sanction, qui doit conduire l'Autorité à se prononcer rapidement, dans un délai de 75 jours ouvrés, lequel n'est cependant pas prescrit « *à peine de dessaisissement ou d'irrégularité de la procédure* » (CE, 31 mars 2017, Sociétés Altice Luxembourg et Numéricable-SFR, n° 401059). Dans le même temps, le Conseil d'État a également précisé que ce délai « *commence à courir à compter de la réception, par [l'Autorité], des observations des parties en réponse à la communication du rapport mentionné au deuxième alinéa de l'article L. 463-2 du code de commerce ou, en l'absence de telles observations, à l'expiration du délai de quinze jours ouvrés prévus au cinquième alinéa du IV de l'article L. 430-8 du même code* ».

En revanche, la procédure permettant à l'Autorité de sanctionner le non-respect d'engagements souscrits en droit des pratiques anticoncurrentielles n'est soumise à aucun délai. C'est la raison pour laquelle l'article R. 464-9 du code de commerce permet aux parties et au commissaire du Gouvernement de présenter leurs observations dans un délai de deux mois. Néanmoins, si l'urgence l'exige, le rapporteur général peut ramener ce délai à un mois.

Diversité des mesures susceptibles d'être prononcées par l'Autorité

Les mesures susceptibles d'être prononcées par l'Autorité à l'encontre de l'opérateur qui a méconnu ses engagements varient en fonction de la procédure mise en œuvre.

En droit des concentrations, le IV de l'article L. 430-8 du code de commerce dispose que : « Si [l'Autorité] estime que les parties n'ont pas exécuté dans les délais fixés une injonction, une prescription ou un engagement figurant dans sa décision, l'Autorité de la concurrence constate l'inexécution. Elle peut : 1° Retirer la décision ayant autorisé la réalisation de l'opération. À moins de revenir à l'état antérieur à la concentration, les parties sont tenues de notifier de nouveau l'opération dans un délai d'un mois à compter du retrait de la décision, sauf à encourir les sanctions prévues au I ; 2° Enjoindre sous astreinte, dans la limite prévue au II de l'article L. 464-2, aux parties auxquelles incombait l'obligation non exécutée d'exécuter dans un délai qu'elle fixe les injonctions, prescriptions ou engagements figurant dans la décision ; 3° Enjoindre sous astreinte, dans la limite prévue au II de l'article L. 464-2, aux parties auxquelles incombait l'obligation, d'exécuter dans un délai qu'elle fixe des injonctions ou des prescriptions en substitution de l'obligation non exécutée. En outre, l'Autorité de la concurrence peut infliger aux personnes auxquelles incombait l'obligation non exécutée une sanction pécuniaire qui ne peut dépasser le montant défini au I (...) ». Le code de commerce met donc à disposition de l'Autorité un large éventail de mesures, qui se divisent en deux catégories.

La première regroupe l'ensemble des mesures destinées à maintenir ou rétablir un niveau de concurrence suffisant sur les marchés concernés par l'opération autorisée. À ce titre, l'Autorité peut décider d'enjoindre au contrevenant de respecter ses engagements non exécutés dans un délai qu'elle

fixe et sous astreinte ou, depuis la réforme législative de 2015⁸⁰, choisir de substituer à ceux-ci des injonctions, sous astreinte également (v. par ex. décision n° 17-D-04 du 8 mars 2017 relative au respect de l'engagement figurant dans la décision autorisant l'acquisition de SFR par le groupe Altice relatif à l'accord conclu avec Bouygues Telecom le 9 novembre 2010, confirmée par CE, 28 septembre 2017, Société Altice Luxembourg et société SFR Group, n° 409770, au Recueil).

Plus radicalement, elle peut même décider du retrait de la décision ayant autorisé la réalisation de l'opération (v. par ex. décision n° 11-D-12 du 20 septembre 2011 relative au respect des engagements figurant dans la décision autorisant l'acquisition de TPS et CanalSatellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus, confirmée sur ce point par CE, Ass., 21 décembre 2012, Groupe Canal Plus, n° 353856, au Recueil).

La seconde catégorie comprend les sanctions pécuniaires que l'Autorité peut infliger à l'entreprise qui contrevient à ses engagements. La sanction pécuniaire peut être prononcée seule (v. par ex. décision n° 12-D-15 du 9 juillet 2012 relative au respect des engagements figurant dans la décision autorisant l'acquisition de Socopa Viandes par Groupe Bigard; décision n° 16-D-07 du 19 avril 2016 relative au respect de l'engagement de cession des activités de téléphonie mobile d'Outremer Telecom à La Réunion et à Mayotte figurant dans la décision autorisant l'acquisition de SFR par le groupe Altice, confirmée par CE, 31 mars 2017, Sociétés Altice Luxembourg et Numericable-SFR, n° 401059) ou

⁸⁰ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

concomitamment aux mesures « correctives » citées au paragraphe précédent.

L'Autorité dispose d'un éventail plus restreint en droit des pratiques anticoncurrentielles. L'article L. 464-3 du code de commerce prévoit seulement qu'elle peut infliger une sanction pécuniaire à l'entreprise qui méconnaît ses engagements. Ces dispositions renvoient à l'article L. 464-2 du même code, pour la détermination de son plafond légal. Supérieur à celui prévu en droit des concentrations⁸¹, le plafond applicable en cas de non-respect d'engagements en pratiques anticoncurrentielles est identique au plafond applicable aux sanctions prononcées pour toute infraction au droit de la concurrence, c'est-à-dire 3 millions d'euros si le contrevenant n'est pas une entreprise⁸² et 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxe si le contrevenant est une entreprise. Ce montant reflète l'importance accordée par le législateur à la bonne application des remèdes souscrits par les contrevenants eux-mêmes.

S'agissant des engagements souscrits en application du I de l'article L. 464-2 du code de commerce, l'Autorité peut contraindre les entreprises ou les organismes qui les ont proposés à les respecter en leur infligeant une astreinte sur le fondement du II de l'article précité (v. par ex. décision n° 15-D-02 du 26 février 2015 relative au respect, par le GIE

81 L'article L. 430-8 du code de commerce prévoit que le montant maximum de la sanction susceptible d'être infligée par l'Autorité sur le fondement de son IV s'élève « *pour les personnes morales, à 5 % de leur chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France lors du dernier exercice clos, augmenté, le cas échéant, de celui qu'a réalisé en France durant la même période la partie acquise et, pour les personnes physiques, à 1,5 million d'euros* ».

82 Ce seuil, en vigueur à la date de la présente étude, devrait être supprimé à l'occasion de la transposition de la directive ECN + .

Les Indépendants, des engagements pris dans la décision du Conseil de la concurrence n° 06-D-29 du 6 octobre 2006).

Les sanctions susceptibles d'être infligées par l'Autorité en cas de non-respect d'engagements accompagnant une décision autorisant une opération de concentration ou en droit des pratiques anticoncurrentielles, si elles s'insèrent ainsi dans un cadre juridique partiellement différent, doivent dans tous les cas être individualisées et proportionnées. Ces critères sont exclusifs. Aussi, l'Autorité n'a pas à procéder à l'appréciation du dommage à l'économie (v. sur ce point : Cass. Com., 26 septembre 2018, GIE Les Indépendants, n° 16-25.403), à la différence de qu'il en est pour les sanctions qui répriment directement des pratiques anticoncurrentielles.

L'individualisation de la sanction impose qu'elle soit déterminée au regard des circonstances propres à chaque cas d'espèce. Elle peut conduire l'Autorité à prendre en compte des circonstances aggravantes ou atténuantes, s'il y a lieu (v. par ex. décision n° 16-D-07 du 19 avril 2016 relative au respect de l'engagement de cession des activités de téléphonie mobile d'Outremer Telecom à La Réunion et à Mayotte figurant dans la décision autorisant l'acquisition de SFR par le groupe Altice, pour la prise en compte de deux circonstances aggravantes, et d'une circonstance atténuante afin d'apprécier un comportement de non-respect d'engagements subordonnant l'autorisation d'une opération de concentration).

La proportionnalité impose, quant à elle, que la décision de l'Autorité apporte une réponse adaptée, équilibrée au manquement qu'elle sanctionne tout en étant suffisamment dissuasive pour prévenir toute velléité des entreprises de ne pas respecter leurs engagements (v. par ex. décision n° 16-D-07 du 19 avril 2016 relative au respect de l'engagement de

cession des activités de téléphonie mobile d'Outremer Telecom à La Réunion et à Mayotte figurant dans la décision autorisant l'acquisition de SFR par le groupe Altice). Pour les sanctions pécuniaires, le principe de proportionnalité exige que l'Autorité examine la gravité du manquement litigieux et son incidence sur la concurrence au regard des effets que les mesures correctives entendaient prévenir (v. par ex. décision 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).

En droit des pratiques anticoncurrentielles, la pratique décisionnelle de l'Autorité et la jurisprudence considèrent le non-respect d'engagements comme « *une pratique grave en elle-même, (...) d'autant plus (...) que la prise d'engagements a lieu à l'initiative des parties mises en cause qui les proposent* » (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, paragraphes 103 et 104, et CA de Paris, 6 octobre 2016, GIE Les Indépendants, n° 2015/06776, confirmé par Cass. Com., 26 septembre 2018, GIE Les Indépendants », n° 16-25.403). L'Autorité estime par ailleurs que la gravité de la pratique est particulièrement marquée quand les engagements méconnus ont été pris dans le cadre d'une procédure de non-contestation des griefs⁸³ puisqu'elle a alors permis à leur auteur d'obtenir une réduction de sanction supplémentaire (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

⁸³ La procédure de non-contestation des griefs a été remplacée par la procédure de transaction par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

concurrence n° 05-D-49 du 25 juillet 2005; décision n° 18-D-09 du 21 juin 2018 relative au respect des engagements pris par la société Randstad dans la décision du Conseil de la concurrence n° 09-D-05 du 2 février 2009).

En droit des concentrations, l'appréciation de la gravité du manquement procède de l'analyse de l'importance des engagements, en tout ou partie non respectés, au regard de l'ensemble des mesures correctives adoptées et des effets anticoncurrentiels qu'ils entendaient prévenir, et de l'ampleur des manquements. Par ailleurs, quand l'Autorité décide également de prononcer une mesure corrective en prononçant une injonction sous astreinte ou décide du retrait de l'autorisation délivrée, il lui revient de s'assurer que cette mesure est nécessaire pour assurer le maintien ou le rétablissement d'un niveau de concurrence suffisant sur les marchés concernés (CE, Ass., 21 décembre 2012, Groupe Canal Plus, n° 353856, au Recueil, et CE, 28 septembre 2017, Société Altice et SFR Group, n° 409770, au Recueil).

Le critère de la gravité fait l'objet d'une appréciation *in concreto*. Plusieurs éléments peuvent alors être pris en compte par le collège de l'Autorité, notamment la faible durée qui sépare la décision d'acceptation des engagements et leur méconnaissance (v. par ex. décision n° 18-D-09 du 21 juin 2018 relative au respect des engagements pris par la société Randstad dans la décision du Conseil de la concurrence n° 09-D-05 du 2 février 2009) ou le nombre d'engagements non respectés par rapport à la somme des engagements souscrits (v. par ex. décision n° 18-D-16 du 27 juillet 2018 relative au respect des engagements annexés à la décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016 relative à la prise de contrôle exclusif de Darty par la Fnac).

PANORAMA DES DÉCISIONS DE SANCTIONS PRONONCÉES PAR L'AUTORITÉ

Depuis 2008, l'Autorité a rendu moins de dix décisions de sanction pour méconnaissance d'engagements. Quatre en droit des pratiques anticoncurrentielles et cinq en droit des concentrations, dont quatre concernaient le non-respect de mesures comportementales. Cette situation traduit, de façon générale, une bonne application par les entreprises de solutions curatives qu'elles ont elles-mêmes proposées.

En droit des pratiques anticoncurrentielles

Deux des sanctions prononcées par l'Autorité concernaient le non-respect d'engagements souscrits dans le cadre d'une procédure de non-contestation des griefs⁸⁴.

À ce titre, l'Autorité a rappelé que le non-respect d'engagements constituait une pratique grave en elle-même et a souligné qu'elle l'était d'autant plus que les remèdes avaient permis aux entreprises qui les avaient proposés de bénéficier d'une réduction du montant de la sanction qui leur a été infligée.

La première affaire concernait le secteur de la location des machines d'affranchissement postal (décision n° 10-D-21 du 30 juin 2010 relative au respect par les sociétés Neopost France et Satas des engagements pris dans le cadre de la décision n° 05-D-49 du 25 juillet 2005 concernant des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la location et de l'entretien des machines d'affranchissement postal).

⁸⁴ La procédure de non-contestation des griefs a été remplacée par la procédure de transaction par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

L'Autorité a constaté que les entreprises Neopost France et Satas, qui avaient renoncé à contester les griefs qui leur avaient été notifiés, n'ont pas respecté l'un de leurs engagements relatif à la suppression, dans tous leurs contrats de location, des clauses prévoyant le versement d'une somme supérieure au montant de la location restant à courir en cas de résiliation anticipée de ces contrats. En conséquence, elle a infligé à chacune d'elle une sanction de 100 000 euros.

Dans la seconde affaire (décision n° 18-D-09 du 21 juin 2018 relative au respect des engagements pris par la société Randstad dans la décision du Conseil de la concurrence n° 09-D-05 du 2 février 2009), l'Autorité a constaté que les sociétés Groupe Randstad France SAS, Randstad SAS, Randstad Holding NV et Randstad France SASU n'avaient pas respecté une partie de leurs engagements accompagnant leur décision de ne pas contester les griefs qui leurs étaient reprochés. Ces mesures consistaient notamment en la commercialisation, via une filiale indépendante du Groupe Randstad France, d'un outil permettant à l'ensemble des entreprises de travail temporaire de gérer leurs flux d'intérimaires. En conséquence, l'Autorité a infligé solidairement aux sociétés Groupe Randstad France SAS, Randstad SAS, Randstad Holding NV et Randstad France SASU une sanction de 4,5 millions d'euros.

Les deux autres affaires de sanction concernent le non-respect d'engagements souscrits sur le fondement du I de l'article L. 464-2 du code de commerce.

Dans l'affaire des pompes funèbres de Marseille (décision 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), l'Autorité a constaté que la ville de Marseille avait méconnu l'un des engagements rendus obligatoires par la

décision n° 08-D-34 du 22 décembre 2008. Celui-ci prévoyait notamment que toute entreprise de pompes funèbres pouvait obtenir l'information portant sur le nombre global de décès et d'inhumations réalisés dans la ville ainsi que sur le nombre de décès enregistrés dans chaque établissement de soins ou de séjour. Il imposait également à la ville de ne fournir aucune donnée portant sur l'activité d'un opérateur à un autre opérateur.

L'Autorité a indiqué que, sans qu'il y ait lieu de se prononcer sur l'existence d'un dommage à l'économie, tout manquement aux engagements qui porte atteinte à la solution négociée, destinée à rétablir une situation normale de concurrence et à prévenir toute pratique anticoncurrentielle, revêt un caractère d'une particulière gravité. Elle a ainsi prononcé à l'encontre de la ville de Marseille une sanction pécuniaire de 60 000 euros.

Enfin, aux termes de la décision n° 15-D-02 du 26 février 2015, l'Autorité de la concurrence a sanctionné le GIE Les Indépendants pour ne pas avoir respecté les engagements proposés et rendus obligatoires par la décision n° 06-D-29 du 6 octobre 2006 (décision 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).

Partant du constat relatif aux difficultés rencontrées par les radios locales indépendantes pour accéder au marché de la publicité nationale lorsqu'elles ne sont pas membres du GIE Les Indépendants, l'Autorité a, en 2006, accepté les engagements proposés par ce dernier et destinés à rendre l'accès et la sortie de ce groupe plus transparents, objectifs et non discriminatoires. Ces remèdes se traduisaient concrètement par la modification du règlement intérieur du GIE et la création de notices d'information, destinées à remplacer les

anciens modes d'emplois envoyés aux radios candidates à l'intégration du groupement.

Or, l'Autorité a relevé plusieurs manquements aux engagements liés à leur mauvaise application et tenant, notamment, à la modification, par le GIE, de son règlement intérieur en 2011. En conséquence, elle a prononcé une sanction de 300 000 euros à l'encontre du GIE, et l'a contraint à respecter ses engagements sous astreinte de 500 euros par jour de retard à l'expiration d'un délai de quatre mois courant à compter de la date de notification de la décision. Le recours formé contre cette décision a été rejeté par la cour d'appel, dont l'arrêt a été confirmé par la Cour de cassation (CA de Paris, 6 octobre 2016, GIE Les Indépendants, n° 2015/06776, confirmé par Cass. Com., 26 septembre 2018, GIE Les Indépendants, n° 16-25.403).

En droit des concentrations

À ce jour, les sanctions pour non-respect d'engagements subordonnant l'octroi d'autorisations d'opération de concentrations emblématiques prises par l'Autorité ont essentiellement concerné des engagements comportementaux.

Une décision de sanction particulièrement marquante est celle relative au contrôle des engagements souscrits par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus, lesquels conditionnaient l'autorisation délivrée par le ministre chargé de l'économie⁸⁵ à la création de la société Canal+ France, regroupant les activités de télévision payante de TPS et de

⁸⁵ Lettre C2006-02 du ministre de l'Économie, des finances et de l'industrie du 30 août 2006 aux conseils de la société Vivendi Universal, relative à une concentration dans le secteur de la télévision payante, *BOCCRF* n° 7 bis du 15 septembre 2006.

Groupe Canal Plus. Avait été souscrit un ensemble particulièrement large de remèdes composé de 59 engagements pris par les sociétés Groupe Canal Plus et Vivendi Universal et relatifs, notamment, à l'accès au droit de diffusion, à la mise à disposition de chaînes au profit de distributeurs tiers, à la reprise de chaînes indépendantes et à la distribution de chaînes tierces.

Or, après avoir admis que la méconnaissance d'une partie de ces engagements était d'une gravité inégale mais provenait d'un opérateur particulièrement expérimenté sur le marché de la télévision payante et qu'elle avait porté une atteinte à la concurrence que la décision avait pour objet de prévenir, l'Autorité a décidé de prononcer une double sanction tendant, d'une part et de manière inédite, au retrait de l'autorisation litigieuse et, d'autre part, à l'infliction d'une amende de 30 millions d'euros à la société Groupe Canal Plus et aux filiales qu'elle contrôle. Cette décision a été partiellement confirmée par le Conseil d'État⁸⁶, lequel a décidé, en application du principe de proportionnalité et après avoir considéré que deux des dix manquements reprochés à Groupe Canal Plus n'étaient pas établis, de diminuer la sanction de 10 %, en la ramenant de 30 à 27 millions d'euros.

Par ailleurs, dans le secteur des télécommunications, le contrôle du respect des engagements subordonnant la délivrance de la décision d'autorisation n° 14-DCC-160 du 30 octobre 2014 relative à la prise de contrôle exclusif de SFR par le groupe Altice a conduit l'Autorité à prononcer deux sanctions.

⁸⁶ CE, Ass., 21 décembre 2012, Sociétés Groupe Canal Plus et Vivendi Universal, n° 353856, au Recueil.

La plus importante résulte de la décision n° 17-D-04 du 8 mars 2017 relative au respect de l'engagement figurant dans la décision autorisant l'acquisition de SFR par le groupe Altice relatif à l'accord conclu avec Bouygues Telecom le 9 novembre 2010.

Par cet accord, dit « contrat Faber », SFR et Bouygues Telecom avaient décidé de co-investir dans la fibre optique en zone très dense. Elles souhaitaient construire une infrastructure concurrente de la société Numericable, laquelle repose sur la technologie du câble coaxial pour la fourniture d'un accès à Internet à très haut débit.

Or, le rachat de la société SFR par le groupe Altice, société mère de la société Numericable avait pour effet de remettre en cause l'incitation de la société SFR à respecter les obligations résultant de ce contrat. C'est pourquoi, pour prévenir les effets anticoncurrentiels que l'opération présentait à cet égard, les sociétés Altice et Numericable ont pris plusieurs engagements permettant de garantir le respect de cet accord.

Cependant, l'Autorité a notamment constaté que ces engagements n'ont pas été respectés : le rythme des adductions d'immeubles en fibre optique réalisé par Altice pour Bouygues Télécom s'est très fortement ralenti après la réalisation de l'opération, et n'a véritablement repris qu'au bout d'un an, générant un retard substantiel par rapport aux engagements pris. De plus, ce manquement s'est accompagné d'une dégradation des conditions de maintenance du réseau, ce qui a pénalisé Bouygues Telecom.

En conséquence, l'Autorité, après avoir constaté le non-respect de l'engagement souscrit, a infligé à Altice/SFR Group une sanction de 40 millions d'euros. Elle a par ailleurs prononcé plusieurs injonctions afin de s'assurer de la mise

en œuvre effective des engagements en cause, et éviter qu'Altice/SFR Group s'abstienne de poursuivre ces comportements. Elle a en particulier fixé à Altice/SFR Group un nouveau calendrier d'exécution comprenant des paliers de réalisation, assortis d'astreintes progressives, afin de la contraindre à procéder à l'adduction effective de l'ensemble des points de mutualisation non effectivement adductés. Cette décision a été confirmée par le Conseil d'État, qui a considéré que le non-respect des engagements découlait, notamment, de la méconnaissance des objectifs fixés par le « contrat Faber »⁸⁷.

En prononçant des injonctions sous astreintes, l'Autorité de la concurrence a fait application pour la première fois des dispositions de la loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite « loi Macron », qui lui donnent des moyens supplémentaires en cas d'inexécution des engagements pris dans le cadre d'une opération de concentration.

La seconde décision relative au rachat de SFR par Altice concernait le non-respect d'engagements comportementaux complémentaires à des remèdes de cessions des activités de téléphonie mobile de la société Outremer Telecom (OMT), filiale du groupe Altice depuis 2013, et destinés à protéger « *la viabilité économique, la valeur marchande et la compétitivité de cet actif* ». Or, l'Autorité a constaté qu'après l'entrée en vigueur des engagements, OMT avait procédé à plusieurs augmentations de ses forfaits à La Réunion et à Mayotte. Ces hausses ont fait peser un risque sur la compétitivité de l'activité cédée, en méconnaissance des engagements

⁸⁷ CE, 28 septembre 2017, Société Altice Luxembourg et société SFR Group, n° 409770, au Recueil.

souscrits. Au vu de ces faits, l'Autorité a imposé solidairement aux sociétés Altice Luxembourg et Numericable-SFR une sanction pécuniaire de 15 millions d'euros. Cette décision a, comme la précédente, également été confirmée par le Conseil d'État⁸⁸.

Ce n'était pas la première fois que l'Autorité sanctionnait une entreprise pour avoir porté atteinte à la viabilité d'un actif devant faire l'objet d'un transfert de propriété, comme le démontre la décision de non-respect d'engagements prise dans le secteur de la viande (décision n° 12-D-15 du 9 juillet 2012 relative au respect des engagements figurant dans la décision autorisant l'acquisition de Socopa Viandes par Groupe Bigard).

En l'espèce, le 17 février 2009, le ministre en charge de l'économie avait autorisé la prise de contrôle exclusif de la société Socopa Viandes par le Groupe Bigard, sous condition de la mise en œuvre de sept engagements, cinq structurels portant sur la cessions d'autant de sites de production, et deux comportementaux, dont l'un impliquait la conclusion d'un contrat de licence de la marque Valtero pour une durée de cinq ans. Ce dernier remède, complémentaire aux mesures structurelles, visait à écarter les risques d'effets horizontaux sur certains marchés de la quatrième transformation correspondant à la fabrication de produits élaborés à base de viande bovine.

En parallèle de ses démarches entreprises pour conclure le contrat de licence précité, le Groupe Bigard avait décidé de lancer la marque Socopa. Or, l'Autorité a relevé que si les engagements souscrits ne lui interdisaient pas une telle

⁸⁸ CE, 31 mars 2017, Société Altice Luxembourg et Numericable-SFR, n° 401059.

démarche, il était toutefois « *de sa responsabilité de préserver la notoriété et la viabilité de la marque à licencier, à la fois avant et pendant la durée du contrat de licence* ». Au regard de l'ensemble des faits dont la matérialité n'était pas contestée par le Groupe Bigard, l'Autorité a estimé que les pratiques commerciales mises en œuvre lors du lancement de la marque Socopa ont, de toute évidence, porté atteinte à la marque Valtero. Elle a par conséquent prononcé une sanction pécuniaire d'un montant d'un million d'euros à l'encontre de Groupe Bigard.

Depuis 2008, la majeure partie des sanctions prononcées par l'Autorité pour non-respect d'engagements concerne donc des remèdes de nature comportementale. Cependant, très récemment, l'Autorité a, pour la première fois, sanctionné une entreprise pour le non-respect d'un engagement structurel (décision n° 18-D-16 du 27 juillet 2018 relative au respect des engagements annexés à la décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016 relative à la prise de contrôle exclusif de Darty par la Fnac).

Lors de l'examen en 2016 du rachat de Darty par la Fnac, l'Autorité avait constaté que l'opération était de nature à porter atteinte à la concurrence sur les marchés de la vente au détail de produits bruns (téléviseurs, équipements hi-fi et audio...) et de produits gris (micro-ordinateurs personnels, écrans, périphériques, téléphonie), en raison de la disparition de la pression concurrentielle dans plusieurs zones de chalandise, en particulier à Paris. Afin de remédier aux effets anticoncurrentiels de l'opération, la Fnac s'était engagée à céder, avant le 1^{er} août 2017, six magasins situés à Paris et en région parisienne : Darty Wagram, Darty Italie 2, Fnac Beaugrenelle, Darty Belleville, Darty Saint-Ouen et Darty Vélizy.

Or, sur les six magasins, trois n'ont pas été cédés à un repreneur agréé dans les délais prévus : Fnac Beaugrenelle, Darty Belleville et Darty Saint-Ouen, en méconnaissance des engagements souscrits. Aussi, l'Autorité a décidé de prononcer une sanction de 20 millions d'euros à l'encontre de Fnac Darty et lui a imposé de céder les magasins Darty Montmartre et Darty Passy en substitution de ceux non cédés.

Le Conseil d'État, uniquement saisi de la sanction pécuniaire précitée, a considéré que Fnac Darty n'était pas fondée à en demander l'annulation ou la réformation (CE, 7 novembre 2019, société Fnac Darty, n° 424702, au Recueil).

À cette occasion, il a tranché plusieurs questions inédites.

S'agissant de la motivation de la décision attaquée, il a relevé qu'*« il ne résulte d'aucune disposition ni d'aucune ligne directrice de l'Autorité (...) que, pour une sanction prononcée en matière de contrôle des concentrations, celle-ci devrait procéder à [l'] explicitation du montant de la sanction prononcée »*. Cette solution concorde avec la jurisprudence administrative applicable aux décisions de sanctions prononcées par le CSA⁸⁹, mais également avec la jurisprudence européenne relative aux sanctions prises dans le champ du droit européen des concentrations⁹⁰.

S'agissant du bien-fondé de la décision litigieuse, le Conseil d'État a d'abord défini la grille d'analyse relative aux sanctions pécuniaires avant de l'appliquer au cas d'espèce.

Ainsi, il a relevé qu'*« À la différence des sanctions que l'Autorité de la concurrence peut prononcer en application des*

⁸⁹ V. CE, 18 mai 1998, société M6, n° 178765, aux tables ; CE, 15 octobre 2018, société Vortex, n° 408212.

⁹⁰ V. TUE, 26 octobre 2017, Marine Harvest ASA / Commission, T-704/14.

dispositions précitées des 1°, 2° et 3° du IV de l'article L. 430-8 du code de commerce, la sanction financière qu'elle peut, en outre, infliger en cas d'absence de réalisation effective d'engagements pris par les parties à une opération de concentration a un objet purement répressif». À ce titre, il a relevé qu' « il incombe à l'Autorité de la concurrence, ainsi qu'au juge saisi d'un recours de pleine juridiction, d'apprécier la proportionnalité d'une telle sanction au regard de la gravité des manquements constatés, c'est-à-dire de l'importance des engagements non respectés dans l'ensemble des mesures correctrices adoptées afin de prévenir les effets anticoncurrentiels de l'opération de concentration, du comportement de l'entreprise dans la mise en œuvre des engagements souscrits ainsi que de sa situation particulière, notamment de sa situation financière ».

En l'espèce, il a écarté toute erreur d'appréciation quant à l'appréciation de la gravité des manquements ou au comportement de Fnac Darty dans la mise en œuvre des engagements.

En ce qui concerne le *quantum* de la sanction attaquée, le Conseil d'État a précisé qu'elle « représente environ 0,3 % du chiffre d'affaires consolidé réalisé en France au titre de l'exercice 2017 et 7 % du montant maximum encouru ». Il a ajouté qu' « eu égard à la gravité des manquements commis, au comportement de la société Fnac Darty et à sa situation particulière et bien qu'il soit élevé au regard du résultat avant impôt d'environ 37,5 millions d'euros en 2017, le montant de 20 millions d'euros n'apparaît pas disproportionné ».

Cette décision du Conseil d'État confirme, ce qui est un point essentiel pour la crédibilité du contrôle des concentrations, que les engagements doivent être très strictement appliqués et respectés par les entreprises, sous peine de fortes sanctions : les entreprises ne peuvent pas « jouer la montre », présenter des repreneurs inadéquats ou proposer des engagements qu'elles savent très difficilement réalisables.

L'étude de ces dix affaires démontre que le non-respect d'engagements peut conduire au prononcé de sanctions importantes.

Un non-respect d'engagement est susceptible en outre, il faut le souligner, d'avoir des répercussions significatives sur le plan de la responsabilité civile. En effet, le juge judiciaire estime que, si « *les décisions de l'Autorité relatives au respect des engagements figurant dans une décision autorisant une opération de concentration ne s'imposent pas [à lui], (...) elles peuvent être produites en justice à titre d'éléments de preuve* », ajoutant par ailleurs que les engagements souscrits dans le cadre d'une opération de concentration ont une valeur contraignante et « *peuvent être opposés par les sociétés qu'elles ont pour finalité de protéger, le non-respect de tels engagements étant constitutif d'une faute civile* » (Cass. Com., 31 janvier 2018, société Groupe Canal Plus, n° 16-21.173).

Par cet arrêt, la Cour de cassation a confirmé la condamnation *in solidum* des sociétés Groupe Canal Plus, Canal Plus France et Canal Plus Distribution à indemniser les sociétés Parabole Réunion, Médiacom et RTPS de leurs préjudices, nés pendant la période du 19 juin 2008 au 31 décembre 2012, et d'ordonner avant dire droit une expertise pour permettre de les évaluer. Ces préjudices sont liés à la dégradation de l'offre *premium* de la société Parabole Réunion qui, associée à la perte d'exclusivité sur les chaînes cinéma, a conduit à une diminution de son parc d'abonnés. Ils découlent en partie du non-respect, par la société Groupe Canal Plus, des engagements n^{os} 22 et 34 conditionnant la décision par laquelle le ministre chargé de l'économie a, le 30 août 2006, autorisé sa création.

Aussi, en cas de changement des circonstances de droit ou de fait des données au vu desquelles des engagements ont été acceptés et rendus obligatoires, leur auteur a tout intérêt à en solliciter la révision.

La révision des engagements

Acceptés au regard d'une situation concurrentielle donnée susceptible d'évoluer, les engagements doivent pouvoir être modifiés pour demeurer proportionnés. Concrètement, cette modification peut prendre plusieurs formes, comme en témoigne la pratique décisionnelle de l'Autorité en matière de révision.

MISE EN ŒUVRE DE LA RÉVISION DES ENGAGEMENTS

Les sources du pouvoir de révision des engagements se sont développées au fil du temps. Les procédures sont proches mais différentes, suivant que les engagements concernés ont été acceptés en droit des pratiques anticoncurrentielles ou en droit des concentrations. En revanche, dans ces deux cas, l'office de l'Autorité demeure similaire.

Sources du pouvoir de révision

La faculté offerte à l'Autorité d'accepter des engagements suppose, corrélativement, qu'elle puisse en modifier la teneur. Ce pouvoir de modification concerne donc tous les engagements souscrits devant l'Autorité.

Il peut d'abord être mis en œuvre avant le terme de l'exécution des remèdes concernés, pour prendre en compte d'éventuels changements de circonstances de droit ou de fait susceptibles d'affecter les données concurrentielles au vu desquelles ils ont été acceptés. Il permet alors de recalibrer le dispositif correctif et d'éviter que les entreprises ou les organismes engagés supportent des contraintes excessives, non justifiées par le maintien ou le rétablissement de l'ordre public économique.

Cependant, initialement, en droit des pratiques anticoncurrentielles, ni l'article 10 de l'ordonnance n° 2004-1173 du

4 novembre 2004 portant adaptation de certaines dispositions du code de commerce au droit communautaire de la concurrence, instaurant la procédure d'engagements codifiée à l'article L. 464-2 du code de commerce, ni aucune disposition du code de commerce ne mentionnaient explicitement ce pouvoir de révision.

Les décisions d'engagements comportaient ainsi une clause prévoyant la possibilité d'une révision (v. par ex. décision n° 07-D-32 du 9 octobre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Les Nouvelles Messageries de la presse parisienne [NMPP] et la Société auxiliaire pour l'exploitation des messageries transport presse [SAEM-TP]). Dans cette affaire, le paragraphe 3 des engagements souscrits par ces sociétés prévoyait que « *les présents engagements cesseront de lier les NMPP et/ou TP si l'un des faits sur lesquels repose la décision du Conseil qui les aura acceptés subit un changement important* ».

Depuis le 2 mars 2009, le communiqué de procédure relatif aux engagements en matière de concurrence fait explicitement référence à la possibilité pour l'Autorité de mettre en œuvre une procédure de révision, pour les engagements souscrits en application du I de l'article L. 464-2 du code de commerce. Son point 46, qui s'inspire très largement de l'article 9 du règlement (CE) n° 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, précise qu'« *il revient à l'Autorité d'apprécier la nécessité de révision des engagements et d'une saisine d'office, au regard des changements intervenus sur le marché en cause. L'Autorité peut être saisie de comportements ayant fait l'objet d'une décision d'engagements, sur demande du saisissant, du ministre de l'économie, de toute autre entreprise ayant un intérêt à agir, ou se saisir de sa propre initiative : a) Si l'un des faits sur lesquels*

la décision repose subit un changement important; b) Si les entreprises concernées contreviennent à leurs engagements, ou c) Si la décision d'engagements repose sur des informations incomplètes, inexactes ou dénaturées fournies par les parties à la procédure».

Par ailleurs, la révision des engagements peut également intervenir au terme d'une première période d'exécution, dans le cadre d'une clause de rendez-vous (v. pour un exemple d'une telle clause : 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, s'agissant d'engagements souscrits en application du I de l'article L. 464-2 du code de commerce, et décision n° 14-D-05 du 13 juin 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la téléphonie mobile à destination de la clientèle résidentielle à La Réunion et à Mayotte, s'agissant d'engagements souscrits en application du III de l'article L. 464-2 du code de commerce).

L'objet de ce mode de révision est quelque peu différent du premier. Il ne s'agit plus de permettre une modification ou une levée des engagements avant le terme de leur exécution pour protéger les entreprises des conséquences d'un changement de circonstances aléatoires et souvent imprévisible, mais de vérifier si, au regard de l'évolution de la situation concurrentielle des marchés, le dispositif correctif installé *ab initio* demeure nécessaire. Les clauses de réexamen accompagnent donc souvent des engagements dont la durée ne peut être fixée définitivement dès la décision initiale, en raison notamment du caractère très évolutif des marchés du secteur concerné.

En droit des concentrations, ce pouvoir de révision n'est pas non plus encadré explicitement par le code de commerce. Les paragraphes 306 et suivants des lignes directrices de

l'Autorité relatives au contrôle des concentrations posent toutefois, à titre supplétif, des orientations en la matière.

Comme en droit des pratiques anticoncurrentielles, la révision d'engagements acceptés par l'Autorité peut aussi intervenir à l'issue d'une première période d'exécution des remèdes, au terme d'une clause de réexamen ou de rendez-vous, ou à tout moment, généralement sur demande des entreprises (parfois, la révision intervient sur les deux fondements : v. par ex. décision n° 17-DCC-92 du 22 juin 2017 portant réexamen des injonctions de la décision n° 12-DCC-100 du 23 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et CanalSatellite par Vivendi SA et Groupe Canal Plus).

Déclenchement de la procédure de révision et prise de la décision

En droit des pratiques anticoncurrentielles

Comme le précise le point 46 du communiqué de procédure précité, la demande de révision peut émaner du saisissant, du ministre de l'économie ou de toute autre entreprise ayant un intérêt à agir, y compris l'entreprise qui a souscrit les engagements.

En principe, la décision de procéder ou non à la révision des engagements est prise par le collège de l'Autorité, conformément aux dispositions de l'article L. 461-3 du code de commerce.

En droit des concentrations

Dans sa décision Société NC Numericable (CE, Ass., 21 mars 2016, Société NC Numericable, n° 390023, au Recueil) le Conseil d'État a jugé que l'Autorité peut décider de réviser les engagements conditionnant l'octroi d'une décision autorisant

une opération de concentration d'office, sans qu'une quelconque demande ne lui ait été adressée en ce sens.

En pratique, le réexamen de la pertinence des engagements procède toutefois le plus souvent d'une demande de révision, hypothèse envisagée par les paragraphes 306 et suivants de ses lignes directrices relatives au contrôle des concentrations.

En effet, les parties qui sont engagées sont les mieux à même d'identifier les évolutions du fonctionnement de leur secteur susceptibles de devoir conduire à une modification des remèdes qu'elles appliquent.

Une fois la procédure enclenchée, la décision de révision peut être adoptée par le président ou un vice-président qu'il désigne, conformément au dernier alinéa de l'article L. 461-3 du code de commerce qui, dérogeant au principe de collégialité des décisions de l'Autorité, dispose que *« le président, ou un vice-président désigné par lui, peut adopter seul les décisions prévues à l'article L. 462-8 (...). Il peut faire de même s'agissant des décisions prévues à l'article L. 430-5, des décisions de révision des mesures mentionnées aux III et IV de l'article L. 430-7 ou des décisions nécessaires à la mise en œuvre de ces mesures »*.

La possibilité, pour le président ou le vice-président désigné par lui d'adopter seul des décisions de révisions des mesures mentionnées aux III et IV de l'article L. 430-7 ou des décisions nécessaires à la mise en œuvre de ces mesures a été introduite par la réforme législative de 2015⁹¹. Le Conseil constitutionnel a été saisi, par le Conseil d'État, d'une question prioritaire

⁹¹ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

de constitutionnalité portant sur ces nouvelles dispositions. Cette question a été posée par la société Fnac Darty dans le cadre des recours pour excès de pouvoir formés contre deux décisions de la présidente de l'Autorité relatives à la mise en œuvre d'engagements annexés à la décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016 autorisant la prise de contrôle exclusif de Darty par la Fnac (v. pour la décision de renvoi : CE, 1^{er} février 2018, Société Fnac Darty, n^{os} 414654 et 414657).

Le Conseil constitutionnel a décidé que l'exception à la règle de la collégialité des décisions de l'Autorité introduite par la loi de 2015 précitée est conforme à la Constitution (Conseil constitutionnel, décision n° 2018-702 QPC du 20 avril 2018, Société Fnac Darty). Statuant sur les recours formés contre les décisions relatives à la mise en œuvre des engagements souscrits par Fnac Darty, le Conseil d'État a reconnu la compétence du président ou du vice-président pour prendre ce type de décision seul « *lorsque l'affaire ne présente pas de difficultés particulières ou lorsque des exigences de délai le justifient* » (CE, 26 juillet 2018, Société Fnac Darty, n° 414657, aux tables, et n° 414654)⁹² et a estimé qu'en l'espèce, la seconde condition était remplie. Il y a peu de doutes que ces critères alternatifs conditionnant la légalité de la dérogation au principe de collégialité des décisions de l'Autorité s'appliquent non seulement aux décisions nécessaires à la mise en œuvre des mesures mentionnées aux III et IV de l'article L. 430-7 du code de commerce mais également aux décisions de révisions de ces mesures, lesquelles incluent les engagements rendus obligatoires à l'issue d'une phase 2.

⁹² En l'espèce, le Conseil d'État a estimé que la présidente de l'Autorité était compétente pour adopter la décision contestée dès lors que ce n'est que le 11 juillet 2016 que la société Fnac Darty a sollicité le report de l'exécution de son engagement de cession, lequel expirait à la date du 31 juillet 2017.

Office de l'Autorité

Aucun texte ne détaille les pouvoirs dont l'Autorité est investie dans le cadre d'une révision d'engagements.

S'agissant des remèdes subordonnant l'octroi d'une autorisation de concentration, le Conseil d'État a précisé que l'Autorité ne pouvait modifier les engagements que pour en réduire ou en supprimer la portée. En effet, dans l'affaire Société NC Numericable (CE, Ass., 21 mars 2016, Société NC Numericable, n° 390023, au Recueil), il a jugé : *« qu'en vertu [des dispositions de l'article L. 430-7 du code de commerce] il appartient à l'Autorité de la concurrence de veiller à la bonne exécution des engagements pris par les parties devant elle aux fins de remédier aux effets anticoncurrentiels d'une opération de concentration, des injonctions dont elle a assorti aux mêmes fins l'autorisation de l'opération, ou des prescriptions, imposées aux parties, de nature à apporter au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence, tout au long de la période d'exécution de ces engagements, injonctions ou prescriptions ; qu'elle tire de ces dispositions la faculté de les modifier pour en réduire ou même en supprimer la portée en fonction de l'évolution de la situation des marchés pertinents et de l'utilité de la poursuite de l'exécution de ces engagements, injonctions ou prescriptions ».*

La question de savoir si cette analyse doit être transposée aux engagements acceptés pour traiter des pratiques anticoncurrentielles, sur le fondement du I ou du III de l'article L. 464-2 du code de commerce, n'a jamais été tranchée par la cour d'appel de Paris ni par la Cour de cassation.

LES DIFFÉRENTES FORMES DE MODIFICATION DES ENGAGEMENTS

La modification des engagements peut être plus ou moins poussée. Elle peut résulter d'une adaptation marginale ou faire l'objet d'une véritable révision.

L'adaptation marginale des engagements

Les aménagements étrangers aux problèmes de concurrence

En droit des pratiques anticoncurrentielles comme en matière de concentrations, l'Autorité accepte que les engagements puissent faire l'objet d'une adaptation tant que leur effet utile est préservé.

En effet, si les engagements sont destinés à protéger ou rétablir l'ordre public économique, il n'y a pas de difficultés à opérer des mises à jour ou des adaptations de natures diverses, répondant aux besoins de l'entreprise, dès lors que ces modifications sont sans effet sur l'objectif et l'efficacité du rétablissement de la concurrence.

C'est notamment pourquoi le Conseil de la concurrence a accepté que le projet de contrat de vente par correspondance de Festina validé au titre de ses engagements puisse subir des évolutions ultérieures à la décision les entérinant si ces évolutions « *répondent à des justifications non anticoncurrentielles* » et à la condition que « *la substance des réponses aux préoccupations de concurrence exprimées (...) soit clairement préservée* » (décision n° 06-D-24 du 24 juillet 2006 relative à la distribution des montres commercialisées par Festina France ; dans le même sens, s'agissant de contrats consacrés à la vente en ligne de produits cosmétiques : v. décision n° 07-D-07 du 8 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits

cosmétiques et d'hygiène corporelle; v. également, en ce qui concerne les pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits pharmaceutiques : décision n° 07-D-45 du 13 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits pharmaceutiques; décision n° 07-D-46 du 13 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits pharmaceutiques et décision n° 07-D-22 du 5 juillet 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits pharmaceutiques).

La souplesse de cette pratique décisionnelle permet de concilier les contraintes des acteurs du marché et les impératifs de l'ordre public économique.

Les aménagements destinés à préciser la portée des engagements

L'évolution des circonstances de fait ou de droit propre à un secteur peut conduire l'entreprise soumise à un engagement à solliciter de l'Autorité qu'elle en précise la portée. Dans cette hypothèse, le contenu de l'engagement ne disparaît pas ni n'est modifié. L'Autorité prend uniquement position sur l'étendue de son application, c'est-à-dire sur sa portée, au regard de la situation modifiée.

Le Conseil d'État l'a expressément jugé dans sa décision Société NC Numericable (CE, Ass., 21 mars 2016, Société NC Numericable, n° 390023, au Recueil), qui ne concernait pas la modification de la portée d'un engagement mais de l'une des injonctions conditionnant l'autorisation délivrée aux sociétés Groupe Canal Plus et Vivendi de regrouper au sein de la société Canal Plus les activités de télévision payante de TPS et de GCP.

Cette injonction imposait à Groupe Canal Plus (ci-après : « GCP »), dans les contrats de distribution conclus avec les éditeurs, de « *valoriser de manière transparente et distincte la distribution sur chaque plateforme propriétaire [...] en identifiant de manière précise la valeur, le cas échéant, de l'exclusivité accordée pour la distribution sur chaque plateforme en cause* », en précisant que ces offres de distribution exclusives devaient être faites sur la base de critères économiques objectifs, transparents et non discriminatoires, prenant en compte le nombre d'abonnés desservis par les plateformes concernées par les contrats.

Elle avait pour objet, d'une part, de permettre aux distributeurs alternatifs de concurrencer de manière effective GCP pour l'obtention de droits exclusifs de diffusion, en contraignant GCP à formuler des offres distinctes pour chaque plateforme, afin qu'elles soient répliquables par chaque distributeur concurrent individuellement et, d'autre part, de donner aux éditeurs la possibilité de choisir entre une distribution exclusive sur CanalSat ou une distribution, exclusive ou non, au sein des offres d'opérateurs concurrents. Cependant, étant donné le choix de Numericable de ne pas proposer CanalSat en autodistribution à ses abonnés, l'Autorité a, dans sa décision d'agrément n° 13-DAG-01 du 7 juin 2013 de l'offre de référence élaborée par GCP en application de l'injonction 3 (c) de la décision du 23 juillet 2012, estimé que l'acquisition par GCP de droits exclusifs pour la diffusion de chaînes sur la plateforme de Numericable aurait pour effet de priver l'opérateur de la faculté de proposer ces chaînes à ses abonnés. Compte tenu de ce risque d'éviction de Numericable et des effets qui en résulteraient pour le fonctionnement concurrentiel des marchés de la télévision payante, l'Autorité a, dans les motifs de cette décision d'agrément, interprété l'injonction 5 (a) comme interdisant à GCP d'obtenir des droits de distribution exclusive sur la plateforme de

tout opérateur qui refuserait de transporter l'offre CanalSat. Aussi, GCP a tiré les conséquences de cette interprétation de l'injonction 5 (a) en modifiant son offre de référence et en s'abstenant, en pratique, d'acquérir des droits de diffusion exclusive sur la plateforme de Numericable.

Néanmoins, à la suite de la prise de contrôle exclusif de SFR par Numericable, filiale du groupe Altice, en novembre 2014, GCP a demandé à l'Autorité de constater la fusion des plateformes de Numericable et de SFR et de prendre position sur l'incidence de cette fusion sur l'exécution de l'injonction 5 (a) à cet égard. En réponse, l'Autorité a estimé que le parti pris par la nouvelle entité, issue de l'opération de concentration entre SFR et le groupe Altice, de fusionner les plateformes propriétaires de Numericable et de SFR, proposant ainsi CanalSat en autodistribution à une partie de ses abonnés, a eu pour effet de supprimer, sur cette nouvelle plateforme fusionnée, le risque d'éviction précédemment analysé. Elle a alors constaté que les plateformes de Numericable ayant effectivement fusionné, les considérations des décisions n^{os} 12-DCC-100 et 13-DAG-01 ayant pour effet de prévenir l'acquisition par GCP de droits exclusifs de diffusion sur la plateforme câblée de Numericable étaient désormais sans objet.

Cette décision Société NC Numericable constitue une évolution jurisprudentielle importante. Dans la lignée de la décision *Fairvesta* rendue le même jour (CE, Ass., 21 mars 2016, *Fairvesta*, n^o 368082, au Recueil) et relative à l'annulation pour excès de pouvoir de communiqués publiés par l'Autorité des marchés financiers, le Conseil d'État a jugé que les actes de droit souple des autorités de régulation sont susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, dès lors qu'ils sont de nature à produire des effets économiques notables ou à influencer sur les comportements des entreprises.

En effet, il a précisé que, si « *les avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies, peuvent être déferés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils revêtent le caractère de dispositions générales et impératives ou lorsqu'ils énoncent des prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance* », ils peuvent également faire l'objet d'un tel recours « *lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent* ».

Au cas d'espèce, il a considéré que la décision relative à la portée des engagements pris en droit des concentrations relevait de cette catégorie d'actes de droit souple.

Cette ouverture du contentieux de l'annulation aux actes de droit souple des autorités de régulation a depuis connu plusieurs applications concernant divers actes de droit souple pris par des autorités de régulation (v. par ex. CE, 20 juin 2016, FFSA, n° 384297, aux tables; CE, 10 novembre 2016, M^{me} E, n° 384691, au Recueil). Elle a notamment conduit le Conseil d'État à admettre la recevabilité du recours pour excès de pouvoir formé contre les lignes directrices relatives au partage de réseaux mobiles publiées le 25 janvier 2016 par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (CE, 31 décembre 2017, Société Bouygues Telecom, n° 401799, au Recueil).

La révision formelle des engagements

La révision avant le terme des engagements

En droit des pratiques anticoncurrentielles

Conformément au point 46 du communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence, la demande de révision suppose un « *changement important* » des circonstances qui ont motivé la décision. Dans sa thèse consacrée aux engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles, Patricia Kipiani estime ainsi que l'entreprise doit démontrer « *un changement inhabituel suffisamment grave et qui viendrait bouleverser la réalisation normale de ses engagements* »⁹³.

Ce changement peut se traduire par une évolution des circonstances de fait matérialisée, par exemple, par la transformation du marché (v. sur ce point 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). Mais il peut également se manifester par un changement des règles de droit encadrant le secteur d'activité concerné (v. sur ce point décision n° 16-D-13 du 13 juin 2016 relative à la demande de révision des engagements de MasterCard rendus obligatoires par la décision n° 13-D-17 du 20 septembre 2013).

L'appréciation de ce changement n'est pas toujours évidente. Les entreprises et les organismes qui souscrivent les engagements jouent un rôle important à ce titre, car ils

⁹³ Patricia Kipiani, Les Engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles – Analyse des droits français, européen et américain, LGDJ, 2014.

sont les mieux à même de pouvoir déceler des changements importants susceptibles de retentir sur les mesures correctives en cours d'exécution.

Cependant, dans certains cas bien identifiés, l'Autorité et les entreprises ou organismes concernés peuvent prévoir la mise en place d'un mécanisme de suivi particulier et renforcé sur l'effet des engagements. L'affaire Booking en donne une parfaite illustration (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).

En l'espèce, l'Autorité avait accepté les engagements proposés par Booking, estimant qu'ils répondaient à ses préoccupations de concurrence liées aux clauses dites « de parité » mises en œuvre par ce dernier.

Par ces clauses, les plateformes, dont Booking, exigeaient des hôteliers de bénéficier d'un tarif, d'un nombre de nuitées et de conditions d'offre (conditions de réservation, inclusion ou non du petit déjeuner, etc.) au moins aussi avantageux que ceux proposés sur les plateformes concurrentes, ainsi que sur l'ensemble des autres canaux de distribution, parmi lesquels les canaux de distribution propres à l'hôtel (site Internet, téléphone, e-mail, accueil de l'hôtel, etc.).

Leur application par l'ensemble des plateformes contraignait les hôtels à fixer des prix et des conditions identiques sur l'ensemble de leurs canaux de distribution et à mettre en vente le même nombre de nuitées sur toutes les plateformes de réservation d'hôtels. Si les hôtels restaient libres de modifier leurs prix, y compris plusieurs fois par jour, ils n'avaient en revanche pas la possibilité de favoriser un canal de distribution, en y fixant des prix de nuitée plus bas

ou en lui accordant plus de nuitées. La mise en œuvre de ces clauses de parité était de nature à réduire la concurrence entre Booking et les plateformes concurrentes et de conduire à l'éviction des plateformes les plus petites ou entrant sur le marché.

Pour remédier à ces préoccupations de concurrence, Booking s'est engagé à modifier sa clause de parité tarifaire et à supprimer toute clause imposant des obligations de parité en termes de disponibilité de chambres à l'égard non seulement des plateformes concurrentes, mais également des canaux directs de vente hors ligne des hôtels et d'une partie de leurs canaux en ligne. Il s'était engagé à mettre en œuvre ces engagements pour une durée de cinq ans à compter du 1^{er} juillet 2015 au plus tard et à soumettre à l'Autorité un rapport sur la mise en œuvre des engagements en vue de dresser un bilan contradictoire, au plus tard le 1^{er} janvier 2017, sur l'efficacité de ceux-ci.

Ce bilan de l'efficacité des engagements souscrits par Booking est un exercice *sui generis* inauguré avec la décision Booking. Il a été mis en œuvre par l'Autorité à l'issue d'une séance orale contradictoire du 6 décembre 2016 (v. sur ce point le Rapport annuel 2016 de l'Autorité). Ce bilan, mené sur la base d'une instruction spécifique comprenant des demandes formulées par les parties et les hôteliers a permis à l'Autorité d'analyser l'évolution de la situation concurrentielle sur le secteur de la réservation hôtelière en ligne et les effets des engagements sur la concurrence entre plateformes.

En droit des concentrations

La révision des engagements souscrits en droit des concentrations est également subordonnée à la survenue de circonstances particulières. Ainsi, le point 306 des lignes directrices de l'Autorité précise que c'est seulement « *dans des circonstances exceptionnelles, [que] les parties qui ont souscrit des*

engagements peuvent être conduites à en proposer le réexamen par l'Autorité ». Il leur incombe donc d'apporter des éléments suffisants pour que l'Autorité procède à une nouvelle instruction de l'affaire concernée conduisant à une analyse concurrentielle actualisée des marchés en cause, puis au contrôle de l'adéquation des engagements avec cette nouvelle situation.

La révision au terme des engagements

En droit des pratiques anticoncurrentielles comme en droit des concentrations, la révision des engagements au terme de leur durée intervient en application d'une clause de révision.

C'est cette clause qui fixe le cadre de la révision, laquelle est susceptible de conduire à la prolongation des mesures correctives, modifiées le cas échéant.

En général et parce qu'elle intervient au terme de l'écoulement de la durée initiale des engagements, la révision s'enclenche automatiquement. Elle ne suppose la démonstration d'aucune circonstance particulière de la part des entreprises concernées.

PANORAMA DES DÉCISIONS DE RÉVISION D'ENGAGEMENTS

L'examen de la pratique décisionnelle de l'Autorité démontre que la révision des engagements est moins fréquente en droit des pratiques anticoncurrentielles qu'en droit des concentrations.

Une procédure peu utilisée en droit des pratiques anticoncurrentielles

En dix ans, seules deux décisions statuant expressément sur une demande de révision d'engagements ont été prises.

Dans la première affaire, la société Eurogolf Liber'Tee avait, par lettre en date du 13 avril 2012, saisi l'Autorité de pratiques mises en œuvre par la Fédération française de golf (la FF golf) dans le secteur de la distribution d'assurances complémentaires à destination des joueurs de golf en France. Dans la décision n° 12-D-29, l'Autorité avait identifié des préoccupations de concurrence relatives à l'existence de barrières au développement de la distribution de produits d'assurance complémentaire destinés aux joueurs de golf liées à l'abus potentiel par la FF golf de sa position vraisemblablement dominante sur ce marché. Elle avait accepté et rendu obligatoires des engagements pris par la FF golf pour permettre le déploiement de ce type d'offre d'assurance.

Le 22 janvier 2015, la FF golf a sollicité la révision de ces engagements rendus obligatoires, en se prévalant notamment de la disparition de deux acteurs majeurs de l'assurance spécialisée dans le secteur du golf et de la très forte baisse du nombre d'adhérents à une telle assurance entre 2012 et 2014. Aussi, elle proposait de commercialiser à nouveau une assurance « *individuelle accident* » et une assurance « *assistance rapatriement* » optionnelle et facultative, en ce sens que tout licencié pourrait déclarer (soit par courrier ordinaire ou recommandé, soit par courriel), dans un délai d'un mois à compter de la délivrance de la licence, qu'il refusait d'adhérer à ces assurances.

Dans la décision n° 15-D-16 précitée, l'Autorité, après s'être saisie d'office, a estimé qu'il n'existait plus de préoccupations de concurrence sur le marché de la distribution des

produits d'assurance complémentaire aux joueurs de golf en 2015, et que, par suite, les engagements souscrits par la FF golf et annexés à la décision n° 12-D-29 du 21 décembre 2012 étaient devenus sans objet. Du reste, en l'absence désormais de préoccupation de concurrence sur le marché pertinent, l'Autorité a considéré que la FF golf se retrouvait soumise au droit commun et à la législation applicable en matière d'organisation de la pratique sportive et d'assurance sportive.

Dans la seconde affaire, la Fédération des entreprises du commerce et de la distribution avait, le 27 février 2009, saisi l'Autorité de pratiques relatives aux commissions interbancaires appliquées aux différents moyens de paiement utilisés en France. Elle avait, en particulier, dénoncé des pratiques anticoncurrentielles liées à la création et à la mise en œuvre de commissions interbancaires multilatérales ou de commissions multilatérales d'interchange (CMI) appliquées aux opérations par les cartes MasterCard émises en France.

Dans la décision n° 13-D-17 du 20 septembre 2013 relative à des pratiques de MasterCard relevées dans le secteur des cartes de paiement, l'évaluation préliminaire a considéré que MasterCard aurait mis en œuvre des pratiques susceptibles de revêtir la qualification d'entente anticoncurrentielle prohibée par les articles L. 420-1 du code de commerce et 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Cette dernière s'est alors engagée, notamment, à réduire ses commissions interbancaires à un niveau, en moyenne pondérée annuelle, inférieur ou égal à 0,28 % du montant de paiement.

Les 7 mai et 6 novembre 2015, la société MasterCard a sollicité la levée des engagements, considérant que l'adoption du règlement (UE) n° 2015/751 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2015 relatif aux commissions d'interchange pour les opérations de paiement liées à une carte

constituait un changement très important du contexte factuel et juridique de nature à justifier sa demande. À ce titre, elle précisait d'abord que le règlement précité prévoit que les CMI applicables aux opérations par carte de débit sont plafonnées à 0,2 % de la valeur de l'opération, tandis que celles applicables aux opérations par carte de crédit sont plafonnées à 0,3 % de la valeur de l'opération. Ainsi, elle indiquait que le maintien des engagements la placerait dans une situation de discrimination vis-à-vis du GIE CB, opérateur dominant sur le marché, dès lors que celui-ci pourrait offrir aux banques émettrices des CMI supérieures aux siennes. Elle indiquait ensuite, plus fondamentalement, que l'application concomitante des engagements acceptés par l'Autorité et des dispositions du nouveau règlement n'était pas prévue par ce dernier.

Toutefois, à l'instar de la Commission qu'elle avait interrogée sur ce point, l'Autorité a estimé que le règlement relatif au CMI ne s'opposait pas à une application combinée des plafonds qu'il édictait et de ceux issus des engagements de MasterCard, laquelle n'apportait, par ailleurs, aucun élément permettant d'établir qu'elle ne serait pas en mesure de se conformer simultanément à ses engagements et au règlement. L'Autorité a également précisé qu'aucune discrimination n'était établie en l'espèce, la situation des systèmes de paiement de MasterCard et du GIE CB n'étant pas similaire. Dans ces conditions, elle a décidé de rejeter la demande de révision sollicitée.

Des décisions nombreuses en droit des concentrations

En droit des concentrations, les révisions d'engagements sont plus fréquentes.

L'immense majorité des décisions de révision d'engagements prennent la forme d'une lettre motivée du président de l'Autorité de la concurrence.

SUIVI ET RÉVISION DES ENGAGEMENTS

C'est notamment sous cette forme que deux révisions (en 2012 et 2018) ont été apportées à la décision incluse dans la lettre du ministre de l'Économie, des finances et de l'emploi du 22 mai 2007, aux conseils de la société Unibail, relative à une concentration dans le secteur des services immobiliers.

La chambre de commerce et d'industrie de Paris («CCIP», devenue par la suite «CCIR») et la société Unibail ont été autorisées le 13 novembre 2007 par le ministre de l'Économie et des finances à regrouper leurs activités dans les domaines de la gestion de sites de congrès-expositions, exploité par la filiale commune Viparis, et de l'organisation de foires et Salons, exploité par la filiale commune Comexposium. Afin de diminuer la contrainte de rareté qui existe sur le marché de la gestion de sites, les parties se sont engagées à réaliser une extension nette des surfaces couvertes à Paris-Nord Villepinte portant sur 135 000 m² avant le 1^{er} janvier 2021. Cet engagement d'extension devait être exécuté en quatre tranches successives. Plusieurs engagements comportementaux ont également été adoptés (régulation tarifaire, non-discrimination dans l'accès aux sites de congrès-expositions, limitation de la part des parties dans l'occupation de leurs propres sites par leurs propres Salons, régulation des prestations annexes). Les engagements comportementaux demeurent en vigueur tant qu'une des parties notifiantes est titulaire de la concession du Parc des expositions de la porte de Versailles (actuellement jusqu'au 31 décembre 2064), sauf l'engagement de limitation de la part des parties dans leurs sites, qui expire une fois l'extension des surfaces effectuée.

La première tranche de l'engagement structurel a été mise en œuvre comme prévu en 2010. L'Autorité a accepté, le 4 octobre 2012, la demande des parties de reporter la mise en exploitation de la deuxième tranche d'extension des

surfaces d'exposition à la date du 1^{er} janvier 2017 (au lieu du 1^{er} janvier 2013) au regard des conditions de marché. Le 2 mai 2018, l'Autorité a accepté de réviser l'ensemble des engagements structurels des parties notifiantes.

Lorsque l'affaire est particulièrement complexe, l'Autorité peut néanmoins adopter d'autres formes procédurales. Ainsi, c'est par une décision du collège, et après une instruction approfondie, que l'Autorité a révisé les engagements souscrits dans la décision n° 14-DCC-50 du 1^{er} avril 2014. Cette décision se distingue par l'ampleur des questions posées et de l'instruction nécessaire pour se prononcer sur le marché et la levée ou l'adaptation des engagements en cause⁹⁴.

Le 23 juillet 2012, à la suite d'un examen de phase 2, l'Autorité a en effet autorisé la prise de contrôle exclusif par Vivendi et Groupe Canal Plus (ci-après «GCP») des sociétés Direct 8, Direct Star, Direct Productions, Direct Digital et Bolloré Intermédia, sous réserve d'un ensemble d'engagements. Par décision en date du 23 décembre 2013, le Conseil d'État a annulé la décision d'autorisation de l'Autorité. L'opération a été à nouveau autorisée après une nouvelle notification, le 2 avril 2014, sous réserve de nouveaux engagements. Les engagements souscrits par GCP et Vivendi à l'occasion de la décision n° 14-DCC-50 sont identiques à ceux qu'avait acceptés l'Autorité lors du premier examen de l'opération, à l'exception de l'engagement relatif aux droits de diffusion de films français qui a vu son champ d'application étendu, conformément à la décision du Conseil d'État.

⁹⁴ Le même jour, l'Autorité a publié la décision n° 17-DCC-92 révisant les injonctions prises dans la décision n° 12-DCC-100 du 23 juillet 2012 concernant la même entreprise.

Les engagements étaient souscrits pour une durée de cinq ans à compter du 23 juillet 2012. La décision n° 14-DCC-50 prévoyait qu'« [à] l'issue de cette période, l'Autorité pourra renouveler une fois la mise en œuvre de tout ou partie de ces engagements si l'analyse concurrentielle à laquelle elle devra procéder le rend nécessaire. Les Parties auront la possibilité de soumettre leurs observations à l'Autorité avant qu'elle ne prenne sa décision ». Dans le cadre de cette disposition, et après une instruction approfondie menée avant l'expiration de la période de cinq ans, l'Autorité a constaté que les marchés de la télévision gratuite sur lesquels GCP est actif sont de plus en plus concurrentiels, notamment en raison du fait qu'Altice met en œuvre une stratégie globale et ambitieuse de convergence entre ses activités de fournisseur d'accès Internet et d'éditeur et de distributeur de télévision payante et gratuite. C'est la raison pour laquelle, tenant compte de la proposition de révision d'engagements formulée par GCP le 9 juin 2017, l'Autorité a, par la décision n° 17-DCC-93 du 22 juin 2017, levé ou adapté les engagements souscrits par GCP dans le cadre de la décision n° 14-DCC-50. C'est notamment le cas de l'engagement relatif à l'acquisition de droits de diffusion de films américains récents, l'Autorité ayant accepté de relever à deux le nombre de *majors* avec lesquels GCP peut conclure des contrats-cadres couplant l'acquisition de droit de diffusion pour la télévision gratuite et payante. C'est également le cas pour l'engagement relatif à l'acquisition de droits de diffusion des événements sportifs d'importance majeure. En effet, l'Autorité a décidé de lever l'engagement portant sur l'organisation d'une mise en concurrence pour la cession des droits de ce type de compétition. En revanche, elle a décidé de maintenir certains des remèdes initiaux, dont celui sur les quotas de films d'expression originale française pour lesquels des achats couplés en télévision payante et en télévision gratuite sont autorisés.

* * *

Ainsi, le caractère exécutoire des décisions qui rendent obligatoires des engagements commande que les entreprises qui les ont proposés en respectent tant la lettre que l'esprit, sous peine de sanction. Le respect scrupuleux des engagements n'implique pas pour autant que ces remèdes sont immuables. En effet, la plasticité des engagements permet à leur auteur d'en demander leur révision à l'Autorité en cas de changement de circonstances de droit ou de fait. S'il ne saurait constituer un réexamen de l'opération ou des pratiques qui ont donné lieu aux engagements souscrits, l'examen d'une demande de révision ou de levée d'engagements conduit l'Autorité à vérifier si les mesures demeurent utiles pour sauvegarder ou rétablir l'ordre public économique. Les rejets de ces demandes peuvent, comme les décisions d'engagements et les décisions qui constatent leur non-respect, être contestés en justice.

5/ ENGAGEMENTS ET CONTENTIEUX

En droit interne, le contentieux des engagements est réparti entre la cour d'appel de Paris, compétente par attribution législative dérogatoire, pour connaître de l'ensemble des décisions prises par l'Autorité en matière de pratiques anticoncurrentielles et le Conseil d'État, compétent pour connaître, selon le droit commun, de l'ensemble des décisions de l'Autorité, notamment celles prises en application de la législation régissant le droit des concentrations. Au-delà des spécificités des deux ordres de juridictions, les procédures contentieuses judiciaires et administratives qui traitent des engagements répondent à des impératifs similaires et présentent des traits communs en ce qui concerne la délimitation du contentieux des engagements et les pouvoirs dont dispose le juge pour en connaître.

L'encadrement du contentieux des engagements

Les recours contre les décisions d'engagements font l'objet d'un double encadrement procédural lié à l'objet du recours et à l'intérêt à agir de celui qui l'introduit.

L'ACCEPTATION DES ENGAGEMENTS, SEUL ACTE SUSCEPTIBLE DE CONTESTATION

Le recours ouvert contre les décisions d'engagements est limité par la nature de l'acte attaqué. Ainsi, la cour d'appel de Paris ne peut connaître d'un recours formé directement contre une décision de refus d'entrer en procédure d'engagements. De son côté, le Conseil d'État estime que les tiers ne peuvent utilement critiquer la régularité du choix de l'Autorité de prendre une décision d'autorisation assortie d'engagements pris par les parties, sans recourir à un examen approfondi.

L'impossibilité de contester, par voie d'action, des décisions refusant d'entrer en procédure d'engagements devant la cour d'appel de Paris

Conformément au I de l'article L. 464-2 du code de commerce, l'Autorité a la possibilité d'accepter des engagements présentés par les parties pour mettre un terme aux préoccupations de concurrence susceptibles de constituer des pratiques prohibées, visées notamment aux articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce.

En pratique, les entreprises ou les organismes concernés sont informés que l'Autorité envisage de faire application de ces dispositions par le rapporteur en charge de l'affaire, lequel établit l'évaluation préliminaire des pratiques en cause en vertu de l'article R. 464-2 du code précité.

Toutefois, le choix de mettre en œuvre ou de ne pas mettre en œuvre cette procédure appartient uniquement à l'Autorité.

Dans l'hypothèse d'un refus implicitement révélé, le cas échéant, par l'envoi d'une notification de griefs, les parties en cause ne peuvent contester cette décision directement par voie d'action.

En effet, ce choix procédural n'est pas détachable de la décision de sanction susceptible d'être prononcée par l'Autorité.

Le Conseil d'État l'a expressément jugé, dans sa décision *Sociétés Umicore* (CE, 11 octobre 2017, n° 402268, aux tables). Alors qu'il avait été saisi par ces sociétés d'un recours pour excès de pouvoir dirigé notamment contre le refus, opposé par les services de l'instruction de l'Autorité, de faire droit à leur demande d'ouverture d'une procédure d'acceptation d'engagements, le Conseil d'État a jugé que ce refus, « *qui était en l'espèce concomitant de la décision d'engager une procédure de sanction, n'[était] pas détachable de cette*

procédure, laquelle est placée sous le contrôle de l'autorité judiciaire. [Il en a conclu que] la juridiction administrative n' [était] pas compétente pour connaître de la requête des sociétés Umicore France et Umicore SA/NV qui [devait], en conséquence, être rejetée comme portée devant une juridiction incompétente pour en connaître ».

Cette décision de refus de mettre en œuvre la procédure d'engagements peut en revanche être contestée lors du recours dirigé contre la décision de sanction prise par l'Autorité et formé devant la cour d'appel de Paris en application de l'article L. 464-8 du code de commerce.

Le recours introduit par les sociétés Umicore précitées contre la décision de sanction n° 16-D-14 du 23 juin 2016 a constitué une application de cette catégorie particulière de contestation (CA de Paris, 17 mai 2018, société Umicore France SAS et autres, n° 2016/16621).

Dans cette affaire, les requérantes se prévalaient de plusieurs moyens de procédure, dont l'un tiré de la non-ouverture, par l'Autorité, de la procédure d'engagements. Elles soutenaient que les services d'instruction n'étaient pas compétents pour refuser de mettre en œuvre cette procédure et qu'un tel refus constituait une discrimination.

La cour d'appel a accepté d'examiner, par voie d'exception, la légalité du refus de poursuivre la procédure d'engagements.

Elle a d'abord jugé qu'en l'espèce, le refus de recourir à la procédure d'engagements découle « *de la décision négative implicite du collège* » d'opter pour ce choix procédural et non d'un choix des rapporteurs, comme l'indiquaient les requérantes.

Elle a ensuite relevé que « *si une procédure d'engagements peut être ouverte lorsqu'il est, ou pourrait être, constaté une*

atteinte actuelle à la concurrence, l'objectif assigné à cette procédure est de mettre fin rapidement à cette atteinte et d'obtenir de l'entreprise en cause des modifications de son comportement à venir». Elle en a déduit que dans ce cadre, le choix d'opter pour une telle procédure est « *discrétionnaire* », ce qui justifie le caractère très limité de son contrôle sur ce point.

De ce fait, d'un point de vue formel, elle a jugé que le collègue n'avait pas à « *formaliser ni, a fortiori, à motiver sa décision* ». Sur le fond, elle a estimé que « *le fait que l'Autorité ait pu, dans d'autres affaires similaires ou semblables, mais dans des contextes différents, accepter la mise en œuvre de la procédure d'engagements ne démontre pas que les sociétés Umicore, auxquelles elle a été refusée, auraient fait l'objet d'une discrimination* ».

Cette décision est importante car elle reconnaît la marge particulière dont dispose l'Autorité dans son choix de recourir, ou non, à une procédure d'engagements, tant sur l'appréciation du fond de l'opportunité d'utiliser cette procédure qu'en ce qui concerne le cadre procédural.

L'impossibilité, pour les tiers, de se prévaloir du refus de procéder à un examen approfondi d'une demande d'autorisation en droit des concentrations

Une fois notifiée à l'Autorité ou renvoyée par la Commission, une opération de concentration peut connaître deux phases d'examen successives.

Au terme de la « *phase 1* »⁹⁵, l'Autorité peut, en application du III de l'article L. 430-5 du code de commerce, constater que

⁹⁵ Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, point 135.

l'opération ne relève pas du champ du contrôle des concentrations, l'autoriser, le cas échéant en la subordonnant à la réalisation d'engagements pris par les parties lorsqu'elle est susceptible d'avoir des effets anticoncurrentiels ou, s'il subsiste un doute sérieux d'atteinte à la concurrence qui ne peut être compensé par les engagements éventuellement proposés, engager un examen approfondi dit de « phase 2 ».

Cet examen approfondi, principalement encadré par les articles L. 430-6 et L. 430-7 du code précité, donne lieu à un rapport adressé aux parties notifiantes et au commissaire du Gouvernement, lesquels peuvent produire leurs observations. L'opération fait l'objet d'un examen en séance devant le collège de l'Autorité. Au terme de cette procédure contradictoire assurant le respect des droits garantis aux parties, l'Autorité peut autoriser l'opération en la subordonnant éventuellement à la réalisation d'engagements pris par les parties ou d'injonctions et prescriptions imposées aux parties, ou l'interdire.

Ainsi que l'a jugé le Conseil d'État dans sa décision Primagaz (CE, 6 juillet 2016, n° 390457, au Recueil), « ces dispositions offrent aux parties à l'opération de concentration la garantie qu'une opération ne peut être autorisée sous une condition autre que l'exécution d'engagements qu'elles ont elles-mêmes proposés ou ne peut être interdite qu'à l'issue d'un examen approfondi ». Comme l'indique M. Vincent Daumas, rapporteur public dans cette affaire, « si le législateur a prévu l'existence de cette phase d'examen approfondi de l'opération, c'est dans le seul intérêt des parties à l'opération de concentration. Cet examen approfondi a pour seul objet de garantir que l'opération envisagée ne soit pas interdite, ou autorisée sous réserve de conditions auxquelles les parties n'auraient pas consenti, sans que ces dernières aient été mises à même, au préalable, de faire valoir leur point de vue, dans un cadre formalisé ».

Ainsi, cette phase d'examen approfondi a pour objet d'offrir des garanties aux parties à l'opération et de leur permettre de faire valoir leurs observations avant l'édition d'une décision susceptible de restreindre leur liberté d'entreprendre.

En revanche, le choix de recourir ou non à une procédure de « phase 2 » est neutre pour les tiers et constitue une simple modalité particulière d'examen d'une opération de concentration, sans incidence sur le fond de la décision. Par ailleurs, l'examen de l'atteinte à la concurrence et des mesures correctives pouvant y remédier est tout aussi exigeant en « phase 1 » qu'en « phase 2 » et ne change pas de nature selon la phase procédurale. C'est pourquoi le Conseil d'État a logiquement jugé que *« les tiers ne peuvent utilement critiquer la régularité du choix de cette Autorité de prendre une décision d'autorisation assortie d'engagements pris par les parties, sans recourir à un examen approfondi. Ils peuvent, en revanche, s'ils justifient d'un intérêt leur donnant qualité pour agir et s'ils estiment que cette décision porte atteinte au maintien d'une concurrence suffisante sur les marchés qu'elle affecte, en contester le bien-fondé »*.

Les tiers peuvent donc seulement contester la décision de l'Autorité – par exemple celle d'accepter des engagements déterminés –, et non les modalités procédurales choisies par l'Autorité pour procéder à l'examen de l'opération de concentration concernée.

La recevabilité du recours des tiers contre les engagements est donc restreinte quant à son objet. Seuls certains aspects de la décision acceptant des engagements peuvent être contestés devant le juge. Les requérants doivent, en outre, justifier d'un intérêt à agir en justice.

L'INTÉRÊT À AGIR, CONDITION LIMITATIVE DE L'ACTION CONTENTIEUSE DES TIERS

En dépit des discussions auxquelles ils donnent lieu avec les parties, les engagements ne constituent pas des contrats, mais s'incorporent à des décisions unilatérales exécutoires et soumises au contrôle de légalité. Les engagements ne sont pas placés sous le régime de l'effet relatif des conventions garanti par l'article 1199 du code civil (ancien article 1165 du même code). Ainsi, les tiers peuvent les contester, à la condition qu'ils aient intérêt à le faire. Cette condition de recevabilité s'applique aussi bien au recours formé devant la cour d'appel de Paris que devant le Conseil d'État.

Un intérêt à agir encore jamais dénié en matière de pratiques anticoncurrentielles

L'applicabilité des règles du code de procédure civile aux contentieux des décisions de l'Autorité relevant de la cour d'appel de Paris est encadrée par l'article R. 464-10 du code de commerce qui dispose que *« par dérogation aux dispositions du titre VI du livre II du code de procédure civile, les recours exercés devant la cour d'appel de Paris contre les décisions de l'Autorité de la concurrence sont formés, instruits et jugés conformément aux dispositions de la présente section et de la section IV »*. La limite qu'il pose n'est pas absolue et n'inclut notamment pas les dispositions du livre I^{er} du code de procédure civile, dont son article 31 relatif à l'intérêt à agir en justice des requérants, qui sont bien applicables aux recours formés contre des décisions d'engagements.

La cour d'appel de Paris a eu l'occasion d'en tirer les conséquences, précisant que *« si une partie devant l'Autorité de la concurrence peut introduire un recours en annulation ou en réformation d'une décision prise par celle-ci, relevant de l'une de celles mentionnées au premier alinéa de l'article L. 464-8 du*

code de commerce, ce droit doit s'exercer dans les conditions applicables à l'action en justice prévues par le code de procédure civile. En particulier, les parties requérantes au recours doivent justifier d'un intérêt à agir, sous peine de se voir déclarées, éventuellement d'office, irrecevables en leur recours ou en leurs demandes, sans examen au fond» (CA de Paris, 24 septembre 2015, société Cegedim, n° 2014/17586).

Dans le contentieux des engagements, la cour d'appel s'est prononcée favorablement à deux reprises sur l'intérêt à agir de sociétés qui avaient saisi le Conseil de la concurrence de pratiques anticoncurrentielles ayant débouché sur des décisions d'engagements (CA de Paris, 6 novembre 2007, société Canal 9, n° 2006/18379; voir également CA de Paris, 16 octobre 2007, société Bijourama, n° 2006/17900).

Dans la première, la société Canal 9, éditeur du service de radio « Chante France », reprochait à un groupement radio-phonique appelé GIE Les Indépendants et chargé de la commercialisation d'espaces publicitaires d'annonceurs nationaux ou internationaux, d'avoir rejeté à plusieurs reprises ses demandes d'adhésion, condition qu'elle estimait essentielle pour accéder au marché de la publicité nationale. Dans la seconde, la société Bijourama, distributeur de produits d'horlogerie, de bijouterie, de joaillerie et d'orfèvrerie exclusivement sur Internet, critiquait les conditions de distribution exclusive imposées par la société Festina France l'empêchant de vendre ses produits sur Internet.

À l'issue de l'évaluation préliminaire effectuée par le Conseil de la concurrence dans ces deux affaires, le GIE Les Indépendants et la société Festina France avaient proposé des engagements, acceptés par le Conseil.

Insatisfaites, les sociétés saisissantes avaient formé un recours contre ces décisions, jugés recevables par la cour d'appel de Paris.

Dans l'arrêt Bijourama, elle indique que « *la décision d'acceptation d'engagements, en mettant fin à la procédure, ne fait pas droit [aux] demandes [de cette société, qui] est recevable à exercer un recours contre cette décision* ».

Dans l'arrêt société Canal 9, la cour d'appel de Paris semble plus précise. En effet, elle admet l'intérêt à agir de la société Canal 9 au terme d'une rédaction très générale relevant que « *les engagements contenus dans la décision sont susceptibles de produire des effets juridiques sur sa situation personnelle* ». En substance, ces effets auraient pu découler de l'insuffisance des engagements destinés à assurer l'accès au GIE Les Indépendants de manière objective, transparente et non discriminatoire, empêchant alors la société Canal 9 d'accéder aux ressources publicitaires nationales commercialisées par ce groupement, au détriment de radios locales concurrentes également actives sur ce marché publicitaire.

Pour la cour d'appel de Paris, l'intérêt à agir d'une personne qui conteste une décision d'engagements semble donc implicitement mais nécessairement conditionné à la circonstance que cette personne soit active sur le marché concerné par les engagements litigieux. Son appréciation de cette condition de recevabilité est proche de celle retenue par le Conseil d'État, dans le contentieux des décisions assorties d'engagements en droit des concentrations.

Un intérêt à agir conditionné par l'action du requérant sur l'un des marchés concernés par l'opération de concentration

En contentieux administratif, un requérant n'est recevable à agir devant le juge de l'excès de pouvoir qu'à la condition que l'intérêt qu'il invoque soit pertinent par rapport à l'objet de la décision contestée.

Cette exigence d'adéquation entre l'intérêt invoqué et l'objet de la décision contestée vaut en particulier pour les recours des tiers contre les autorisations administratives délivrées sur le fondement d'une législation déterminée.

En matière de concentration, hors le cas du recours des parties contre une autorisation assortie d'injonctions ou de prescriptions imposées par l'autorité administrative (CE, 21 décembre 2012, Groupe Canal Plus, n° 362347, au Recueil), les tiers à l'opération qui se sont vu reconnaître un intérêt à agir sont ceux qui justifient d'un intérêt lié aux considérations de concurrence, qui sont seules prises en compte par les décisions de concentration.

La jurisprudence admet ainsi les recours des concurrents des parties à l'opération (CE, 21 décembre 2012, Groupe Canal Plus, n° 362347, au Recueil), des organismes professionnels regroupant de tels concurrents (CE, 21 octobre 2016, Association des entreprises de biologie médicale, n° 394147) et des entreprises potentiellement clientes des parties à l'opération (CE, 20 juillet 2005, Société Fiducial Informatique et société Fiducial Expertise, n° 279180, au Recueil).

En effet, la situation de ces différentes catégories de requérants, présents sur les mêmes marchés que les parties, est susceptible d'être affectée par les effets anticoncurrentiels de l'opération, que le contrôle des concentrations a pour objet de prévenir (v. en ce sens l'article L. 430-6 du code de commerce qui prévoit que l'Autorité doit examiner si l'opération est « *de nature à porter atteinte à la concurrence, notamment par création ou renforcement d'une position dominante ou par création ou renforcement d'une puissance d'achat qui place les fournisseurs en situation de dépendance économique* »).

En dehors de ces hypothèses, le Conseil d'État a également reconnu l'intérêt à agir d'un actionnaire minoritaire d'une entreprise bénéficiaire d'une autorisation de concentration, dans la mesure où un tel requérant n'est pas étranger à l'opération qui concerne une entreprise dont il est propriétaire (CE, 31 janvier 2007, Société France Antilles, n° 294896, au Recueil).

En revanche, la jurisprudence, qu'elle soit française ou européenne, n'a jamais consacré l'intérêt à agir d'un requérant qui n'exercerait aucune activité économique sur les marchés concernés par l'opération de concentration.

Ainsi, dans l'affaire *SCI Beaugrenelle* (CE, 4 avril 2018, n° 405343, aux tables), le Conseil d'État a jugé que « *le bailleur d'un magasin d'une société n'exerçant son activité sur aucun des marchés concernés par l'opération de concentration entre cette société et une autre société ne justifie pas, en sa qualité de bailleur, d'un intérêt à agir pour attaquer la décision de l'Autorité de la concurrence relative à la prise de contrôle exclusif de cette autre société par la société dont il est le bailleur* ».

Le contentieux des décisions d'engagements pose donc des questions similaires à chacun des ordres de juridiction amené à en connaître. Ce constat est d'autant plus flagrant s'agissant de l'étendue des pouvoirs du juge saisi d'un recours de ce type.

L'office commun du juge des engagements

L'office de la cour d'appel de Paris et du Conseil d'État est similaire en contentieux des engagements. Leurs pouvoirs respectifs, dont l'étendue dépend de la nature de la décision attaquée, sont très semblables, à l'exception du degré de contrôle qu'ils exercent.

UNE PALETTE DE POUVOIRS DÉTERMINÉE EN FONCTION DE LA NATURE DE LA DÉCISION ATTAQUÉE

Les juges chargés de contrôler la légalité des décisions d'engagements ou d'autorisation d'une opération de concentration assortie d'engagements disposent de pouvoirs moins étendus que ceux chargés du contrôle des sanctions prononcées en cas de non-exécution des engagements.

Des pouvoirs limités à l'annulation en contentieux des décisions d'acceptation d'engagements

Le Conseil d'État, saisi d'un recours contre une décision d'autorisation de concentration, se prononce en tant que juge de l'excès de pouvoir (CE, Sect., 9 avril 1999, *The Coca-Cola Company*, n° 201853, au Recueil). Il l'a implicitement confirmé en 2012 (CE, Ass., 21 décembre 2012, *Société Groupe Canal Plus et autres*, n° 362347, au Recueil).

Son office peut le conduire, si le recours est fondé, à annuler la décision contestée en tout ou partie, mais ne va pas jusqu'à englober les pouvoirs de réformation de la décision dévolus au juge de plein contentieux. Comme l'indique M. Vincent Daumas dans ses conclusions sur l'affaire *Société Groupe Canal Plus* précitée, « *le juge du contrôle des concentrations nous paraît devoir apprécier la légalité de la décision administrative attaquée à la date de celle-ci. Il devrait borner sa propre décision à une annulation, qui sera le plus souvent totale mais qui pourra, dans certaines hypothèses, n'être que partielle, à charge pour l'administration, s'il y a lieu, de reprendre le dossier et de statuer à nouveau, dans la mesure de l'annulation prononcée. Ce juge, vous le reconnaissez, c'est le juge de l'excès de pouvoir. Nous vous invitons donc à confirmer votre jurisprudence Société The Coca-Cola Company* ».

Dès lors, saisi d'un recours contentieux formé contre une décision autorisant une opération de concentration subordonnée à la réalisation d'engagements pris par les parties, le Conseil d'État ne peut, en cas d'illégalité de ces mesures correctives, les réformer ou décider de leur substituer d'autres mesures. Dans ce cas, il a seulement le pouvoir d'annuler l'autorisation de concentration attaquée.

Cependant, le Conseil d'État peut, dans l'hypothèse où l'engagement illégal est divisible de l'ensemble des autres mesures correctives, décider de sa seule censure, et donc prononcer l'annulation partielle de la décision autorisant l'opération de concentration. Tel est notamment le cas lorsque l'un des engagements n'est pas suffisant pour prévenir la survenue d'un effet anticoncurrentiel sur un marché spécifique, cette illégalité n'ayant cependant pas d'impact sur les autres marchés concernés par l'opération, ni sur les mesures correctives qui les concernent (CE, 6 juillet 2016, Société Compagnie des gaz de pétrole Primagaz et autres, n° 390774, aux tables).

Il en va de même pour les engagements souscrits par les entreprises ou les organismes en matière de pratiques anticoncurrentielles.

Ainsi, saisie d'un recours en annulation ou réformation, prévu par l'article L. 464-8 du code de commerce, exercé contre une décision prise en application du I ou du III de l'article L. 464-2 du code de commerce, la cour d'appel de Paris n'a pas le pouvoir de discuter avec l'entreprise de nouveaux engagements pour les rendre obligatoires ni ne peut lui enjoindre de se conformer à d'autres conditions particulières qui n'auraient pas été prévues par la décision attaquée. Au demeurant, aucune phase de discussion n'est ouverte par la loi aux parties devant elle.

La jurisprudence de la cour d'appel est d'ailleurs fixée en ce sens, en matière d'engagements pris en application du III de l'article L. 464-2 du code de commerce. À l'occasion de l'examen d'un recours exercé contre une décision prise à l'encontre d'une entreprise qui avait renoncé à contester les griefs et qui s'était, en outre, engagée à modifier son comportement pour l'avenir, en application des dispositions législatives précitées alors en vigueur, la cour d'appel a rejeté les demandes des requérantes tendant à imposer des engagements supplémentaires à l'entreprise mise en cause en considérant que « *le champ de la saisine de la Cour est délimité par le cadre de la décision frappée de recours; qu'en l'espèce, le Conseil de la concurrence ayant statué à l'égard des engagements pris par [la mise en cause] dans le cadre du III de l'article L. 464-2 du code de commerce, la Cour n'a pas le pouvoir d'imposer des engagements supplémentaires* » (CA de Paris, 23 février 2010, Expedia, n° 2009/05544). En enjoignant à l'entreprise concernée de prendre des engagements supplémentaires, la cour aurait excédé les pouvoirs que la loi lui confère et commis une erreur de droit.

La jurisprudence européenne va dans le même sens, la Cour de justice jugeant, dans l'arrêt *Alrosa Company Ltd* précité (CJUE, 29 juin 2010, *Alrosa Company Ltd*, C-441/07), que « *la mise en œuvre par la Commission du principe de proportionnalité dans le contexte de l'article 9 du règlement n° 1/2003 se limite à la vérification que les engagements en question répondent aux préoccupations dont elle a informé les entreprises concernées et que ces dernières n'ont pas offert d'engagements moins contraignants répondant d'une façon aussi adéquate à ces préoccupations. Dans l'exercice de cette vérification, la Commission doit toutefois prendre en considération les intérêts des tiers. Le contrôle juridictionnel, pour sa part, porte uniquement sur le point de savoir si l'appréciation à laquelle s'est livrée la Commission est manifestement erronée* ».

Des pouvoirs plus étendus en contentieux des sanctions pour non-respect des engagements

En droit des concentrations, le IV de l'article L. 430-8 du code de commerce confère à l'Autorité un pouvoir de sanction en cas de non-respect des mesures correctives figurant dans une décision autorisant une opération de concentration.

Le Conseil d'État a eu l'occasion d'appliquer ces dispositions pour la première fois en 2012 (CE, Ass., 21 décembre 2012, Société Groupe Canal Plus et société Vivendi Universal, n° 353856, au Recueil), dans le cadre du recours introduit par les sociétés Groupe Canal Plus et Vivendi Universal à l'encontre de la décision n° 11-D-12 du 20 septembre 2011 par laquelle l'Autorité, constatant l'inexécution de plusieurs engagements souscrits par les parties dans le cadre de l'opération de concentration, a décidé de retirer la décision autorisant cette opération et a infligé à celles-ci une sanction pécuniaire d'un montant de trente millions d'euros.

Dans le sillage du Conseil constitutionnel, qui a déclaré conforme à la Constitution le paragraphe IV de l'article L. 430-8 précité, dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, le Conseil d'État a jugé que toutes les mesures prises sur ce fondement constituent des sanctions dont il lui appartenait de connaître en sa qualité de juge de plein contentieux.

À ce titre, il a la faculté de moduler le montant de la sanction pécuniaire infligée aux parties à l'opération. L'affaire Société Groupe Canal Plus et société Vivendi Universal en donne d'ailleurs une illustration, le Conseil d'État ayant réduit de 30 à 27 millions d'euros le montant de la sanction litigieuse.

Il a par ailleurs souligné la spécificité du contrôle des sanctions non pécuniaires susceptibles d'être prises à l'encontre des parties, dont le retrait de la décision d'autorisation de

concentration ou l'injonction sous astreinte d'exécuter les mesures correctives assortissant l'autorisation ou de nouvelles mesures correctives. Sur ce point, le juge a relevé le caractère hybride de ces mesures qui, distinctes de la sanction pécuniaire, ont, outre leur portée punitive, pour objet de préserver l'ordre public économique.

Le Conseil d'État a précisé la nature du contrôle de proportionnalité des décisions prises sur ce fondement, relevant qu'*« il y a lieu de tenir compte de l'importance des engagements en tout ou partie non respectés au regard de l'ensemble des mesures correctives adoptées et des effets anticoncurrentiels qu'ils entendaient prévenir, de l'ampleur des manquements et de la nécessité d'assurer le maintien d'une concurrence suffisante sur les marchés concernés »*.

S'appuyant sur cette grille d'analyse et eu égard aux manquements reprochés à la société Groupe Canal Plus et aux exigences du maintien de l'ordre public économique, il a jugé que le retrait de la décision d'autorisation de concentration du 30 août 2006 était proportionné aux manquements litigieux.

Le Conseil d'État a de nouveau eu l'occasion d'appliquer ces critères de contrôle dans le cadre de l'examen du recours dirigé contre la décision n° 17-D-04 du 8 mars 2017 par laquelle l'Autorité a constaté des manquements dans l'exécution d'engagements souscrits par la société SFR et le groupe Altice dans le cadre de la prise de contrôle exclusif du premier par le second (CE, 28 septembre 2017, Société Altice Luxembourg et société SFR Group, n° 409770, au Recueil). Ces engagements n'ayant pas été respectés, l'Autorité a notamment enjoint aux parties d'exécuter dans un nouveau délai et sous astreinte les engagements de la décision d'autorisation.

La cour d'appel de Paris contrôle également la proportionnalité de la sanction prononcée par l'Autorité sur le fondement des dispositions de l'article L. 464-3 du code de commerce, lequel permet à l'Autorité, si les engagements prévus aux articles L. 464-1 et L. 464-2 du code de commerce ne sont pas respectés, de prononcer une sanction pécuniaire dans les limites fixées à l'article L. 464-2 du code de commerce.

Elle n'a été saisie qu'une fois d'un recours contre ce type de sanction, qu'elle a rejeté.

Pour ce faire, elle a retenu une grille d'analyse semblable à celle du Conseil d'État. Ainsi, elle a notamment estimé que l'importance de la sanction infligée au GIE Les Indépendants se justifiait au regard du nombre et de la gravité des manquements relevés, consistant en la méconnaissance d'engagements clairs et précis acceptés par le Conseil, en contrepartie desquels il avait accepté de renoncer à engager une procédure de sanction, et des préoccupations de concurrence auxquelles les engagements pris devaient mettre fin (CA de Paris, 26 février 2015, GIE Les Indépendants, n° 2015/06776). La Cour de cassation a très récemment confirmé cette décision (Cass. Com., 26 septembre 2018, GIE Les Indépendants, n° 16-25.403). Elle a précisé, en outre, que dans le cadre de la détermination du quantum de la sanction, l'Autorité est seulement tenue au respect des principes généraux d'individualisation et de proportionnalité applicables à toutes sanctions. En revanche, elle n'est pas dans l'obligation d'appliquer l'ensemble des critères fixés à l'alinéa 3 de l'article L. 464-2 du code de commerce, dont l'évaluation de l'importance du dommage causé à l'économie.

Les pouvoirs conférés à la cour d'appel de Paris et au Conseil d'État sont donc très similaires en contentieux des

engagements. Il en est partiellement de même pour le degré de contrôle exercé par chacune de ces juridictions.

DIVERSITÉ DU DEGRÉ DE CONTRÔLE OPÉRÉ PAR LE CONSEIL D'ÉTAT ET LA COUR D'APPEL

La cour d'appel de Paris et le Conseil d'État contrôlent la légalité des décisions d'engagements au regard d'une grille d'analyse très semblable. Celle-ci se distingue cependant par le degré de contrôle qu'exerce chacune de ces juridictions tant sur l'analyse concurrentielle que sur la proportionnalité des engagements acceptés.

Un socle de contrôle commun aux deux juridictions

Le contrôle des décisions d'engagements respectivement opéré par la cour d'appel de Paris en droit des pratiques anticoncurrentielles et par le Conseil d'État en droit des concentrations présente de fortes similitudes liées à la nature du contrôle de légalité.

Il porte ainsi sur l'ensemble des moyens de légalité : l'incompétence de l'auteur de l'acte (CE, Ass., 23 décembre 2013, Société Métropole TV, n° 363702, au Recueil), l'irrégularité de la procédure (CE, Sect., 9 avril 1999, Société Interbrew, n° 191654, au Recueil; CA de Paris, 6 novembre 2007, société Canal 9, n° 2006/18379, Cass. Com., 2 février 2010, CSRP, n° 08-70.449), les vices de forme, l'erreur de droit, l'erreur de fait, l'erreur de qualification juridique des faits et le détournement de pouvoir.

Les modalités propres au contrôle des engagements au fond est très similaire. La cour d'appel de Paris vérifie que les engagements acceptés par l'Autorité pour mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles sont pertinents, crédibles, vérifiables et proportionnés, conformément au point 34 du communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif aux

engagements en matière de concurrence. De son côté, le Conseil d'État s'assure que les engagements qui conditionnent l'octroi d'une autorisation en droit des concentrations sont efficaces, que leur mise en œuvre ne pose pas de difficultés et qu'ils sont nécessaires et proportionnés.

En revanche, le degré de contrôle de chacune de ces juridictions diffère.

Un contrôle de l'analyse concurrentielle et de la proportionnalité différent

La différence de contrôle concerne d'abord l'examen de l'analyse concurrentielle.

Sur ce point, le Conseil d'État opère un contrôle normal. Il vérifie que l'Autorité a bien, « *à partir d'une analyse prospective tenant compte de l'ensemble des données pertinentes et se fondant sur un scénario économique plausible, [caractérisé] les effets anticoncurrentiels de l'opération et [apprécié] si ces effets sont de nature à porter atteinte au maintien d'une concurrence suffisante sur les marchés qu'elle affecte* » (CE, 6 juillet 2016, Société Compagnie des gaz de pétrole Primagaz et société Vitogaz France, n° 390457, au Recueil).

Il vérifie notamment la segmentation géographique et matérielle des marchés retenue par l'Autorité, les modalités de contrôle des effets anticoncurrentiels sur ces marchés et l'appréciation de ces effets.

Dans l'affaire *Société Compagnie des gaz de pétrole Primagaz et société Vitogaz France* précitée, le Conseil d'État a notamment censuré la décision d'autorisation de concentration litigieuse pour ne pas avoir examiné les effets de l'opération sur certains marchés locaux de distribution de gaz de pétrole liquéfié combustible en petit vrac.

En revanche, de son côté, la cour d'appel opère un contrôle restreint, limité à l'erreur manifeste d'appréciation, de l'analyse concurrentielle opérée par l'Autorité.

Ainsi, elle juge que *« les parties plaignantes ne peuvent, sauf erreur manifeste, remettre en cause devant la cour d'appel les appréciations de la Décision selon lesquelles certains faits dénoncés ne suscitent pas, en l'état des éléments du dossier, de préoccupations de concurrence; qu'il convient donc de vérifier si l'argumentation développée par les requérantes pour contester les appréciations de la Décision relatives au marché susceptible d'être retenu comme pertinent et aux pratiques visées par la saisine révèle des erreurs manifestes d'appréciation de la Décision »* (CA de Paris, 19 décembre 2013, Société Cogent communications France, n° 2012/19484).

Dans le cadre du pourvoi formé contre cet arrêt, la Cour de cassation a notamment été saisie d'un moyen tiré de l'illégalité de la limitation à l'erreur manifeste d'appréciation du contrôle exercé par la cour d'appel sur le périmètre des préoccupations de concurrence. Elle l'a écarté, relevant *« qu'ayant réfuté l'argumentation contestant l'analyse de l'ADLC concernant le marché pertinent, écarté les moyens de fait et de droit invoqués par les sociétés Cogent au soutien de la qualification d'infrastructure essentielle des ports d'interconnexion à l'AS 3215, et vérifié que les préoccupations de concurrence identifiées par l'ADLC, au stade préliminaire, avaient, compte tenu de cette analyse et de l'absence d'éléments établissant les différents comportements discriminatoires reprochés à la société France Télécom, été limitées à d'éventuelles pratiques de ciseau tarifaire susceptibles d'être révélées par la formalisation des échanges entre Orange Internet et Open transit, la cour d'appel n'a pas méconnu l'étendue de son contrôle »* (Cass. Com., 12 mai 2015, sociétés Cogent, n° 14-10.792).

Cette différence se manifeste également au stade du contrôle de la proportionnalité des engagements.

En droit des concentrations, les engagements assortissant une décision d'autorisation sont soumis au contrôle normal du Conseil d'État. Ce degré de contrôle est consacré par l'arrêt *The Coca-Cola Company* (CE, Sect., 9 avril 1999, n° 201853, au Recueil), le Conseil d'État s'assurant que l'autorité chargée du contrôle de concentrations n'avait pas commis d'erreur d'appréciation en estimant que les engagements proposés par la société *The Coca-Cola Company* étaient insuffisants pour compenser les effets anticoncurrentiels de l'opération litigieuse et décider de renoncer à son projet d'acquisition des actifs du groupe Pernod-Ricard relatifs aux boissons « Orangina » pour ce qui concerne la France.

Le Conseil d'État l'a confirmé dans l'affaire *Métropole Télévision* (CE, Sect., 30 décembre 2010, n° 338197, au Recueil), précisant qu'il contrôle le caractère suffisant des engagements pris dans leur ensemble par les parties en vue du maintien d'une concurrence suffisante sur le marché.

En revanche, le contrôle de proportionnalité des engagements pris sur le fondement de l'article L. 464-2 du code de commerce semble différent.

La cour d'appel n'a pas encore eu l'occasion de trancher la question. Toutefois, si elle devait s'inscrire dans la ligne tracée par la jurisprudence européenne en matière de pratiques anticoncurrentielles, le contrôle de proportionnalité de ce type de mesure devrait être limité à l'erreur manifeste d'appréciation (CJUE, 29 juin 2010, *Alrosa Company Ltd*, C-441/07 P).

* * *

Le but des engagements et les procédures au terme desquelles ils sont rendus obligatoires varient selon qu'ils interviennent en droit des concentrations ou en droit des pratiques anticoncurrentielles. Toutefois, le contenu des engagements reste, de manière générale, dominé par la recherche d'un équilibre entre la restauration ou le maintien de l'ordre public économique et la protection de la liberté d'entreprendre.

CONCLUSION

Cette analyse rétrospective de la pratique décisionnelle le montre : les engagements constituent un outil d'intervention particulièrement utile à une autorité de concurrence, car il est souple et adaptable, et permet de maintenir ou de rétablir l'ordre public économique rapidement, en droit des pratiques anticoncurrentielles comme en droit des concentrations.

L'efficacité des engagements tient notamment à leur mode particulier d'élaboration : le fait qu'ils soient proposés par les entreprises mêmes qui doivent les appliquer et qu'ils soient élaborés conjointement avec les acteurs du marché concernés, ce qui renforce l'adhésion des entreprises aux remèdes qu'ils contiennent.

Les engagements peuvent prendre des formes très diverses, en particulier s'agissant des engagements comportementaux, ce qui illustre leur grande plasticité. Il peut s'agir de remèdes destinés à modifier le comportement commercial des opérateurs ou, plus fondamentalement, à transformer leur organisation interne en créant, par exemple, une « muraille de Chine » entre certains de leurs services.

Par ailleurs, le dialogue qui s'instaure avec les tiers lors de l'examen de ce type de mesures correctives peut, en droit des pratiques anticoncurrentielles, conduire les pouvoirs publics à prendre conscience des difficultés que posent certaines réglementations du point de vue du droit de la concurrence et les conduire à y remédier (v. par ex. décision n° 17-D-09 du 1^{er} juin 2017 relative à des pratiques mises en œuvre par l'Institut national de recherches archéologiques préventives dans le secteur de l'archéologie préventive; décision n° 18-D-04 du 20 février 2018 relative à des pratiques mises

en œuvre dans le secteur de la production et de la commercialisation de viande en Martinique).

Les engagements comportementaux ne sont cependant pas dénués d'inconvénients, lesquels se manifestent principalement lors de leur suivi et de leur révision. Un suivi trop complexe et chronophage peut venir annihiler les gains procéduraux générés par l'acceptation initiale d'engagements.

Par ailleurs, la mise en place de certains remèdes complexes, en particulier dans le domaine des télécommunications ou de l'audiovisuel, est susceptible de conduire l'Autorité à agir comme un régulateur sectoriel. Elle crée aussi le risque d'empêcher le marché de fonctionner seul, sans le recours à la « béquille » des engagements.

C'est la raison pour laquelle l'Autorité réfléchit aujourd'hui, comme d'autres autorités de concurrence d'ailleurs, à recourir de façon plus exigeante aux remèdes comportementaux, privilégiant les engagements quasi structurels en droit des pratiques anticoncurrentielles et les engagements structurels en droit des concentrations, à chaque fois qu'ils apportent une meilleure réponse aux enjeux concurrentiels.

LES
ESSENTIELS

BEHAVIOURAL
REMEDIES

SUMMARY

SUMMARY	243
FOREWORD.....	247
INTRODUCTION.....	251
1/ GENERAL PRINCIPLES FOR DRAFTING COMMITMENTS	269
Utility of commitments	271
Proportionality of commitments.....	271
Duration of commitments.....	275
Effectiveness of commitments	280
The verifiability of commitments.....	280
Monitoring compliance with commitments.....	283
2/ COMMITMENTS IN RELATION TO MERGER CONTROL.....	287
Assessment of practice regarding merger control commitments (2009-2018).....	291
Consistent acceptance of behavioural remedies by the Autorité.....	292
International benchmark.....	295
The type of commitment accepted depends significantly on the type of anticompetitive effect identified	299
Behavioural remedies and non-horizontal effects ...	301
Behavioural remedies and horizontal effects.....	308
Difficulties associated with behavioural remedies.	318
“Taylor-made” design.....	318
Monitored commitments involving obligations	321

Anticipating the negotiation of behavioural remedies	324
Timing is everything: the earlier the better!.....	325
Risks of a delayed submission	330
3/ COMMITMENTS IN RELATION TO ANTICOMPETITIVE PRACTICES	333
Commitments resulting from a “commitment procedure”	337
Classification of practices likely to be the subject of commitments	338
Physiognomy of commitments	341
Procedure.....	351
Scope of commitment decisions	356
Commitments arising from a settlement	362
Commitments that are optional, but useful.....	363
More targeted commitments	366
Procedure.....	371
4/ PROCEDURE FOR MONITORING AND REVISING COMMITMENTS	375
Monitoring compliance with commitments	377
Monitored decisions.....	378
Sanctioning powers of the Autorité in the event of non-compliance with commitments	392
Overview of sanction decisions issued by the Autorité	405
Revision of commitments	416
Implementing the revision of commitments.....	416

The different ways of modifying commitments	423
Overview of commitment revision decisions.....	431
5/ COMMITMENTS AND LITIGATION	439
Framework for litigation over commitments	441
Acceptance of commitments, the only act likely to be contested	441
An interest in bringing proceedings, the limiting condition of third-party litigation	447
Ordinary role of the court ruling on commitments	452
A range of powers determined according to the type of decision challenged.....	452
Difference in degree of oversight of the French Administrative Supreme Court and the Court of Appeal	458
CONCLUSION	463

SUMMARY

This study has the dual aim of taking stock of the decision-making practice of the Autorité de la concurrence in terms of behavioural remedies, and providing material for broader reflection on the subject. The Autorité is particularly well placed in this respect as it has made significant use of this tool, which it uses both to put a stop to anticompetitive practices, and in its task of reviewing mergers. By presenting and providing a summary analysis of decision-making practice in terms of behavioural remedies, the Autorité aims to provide companies preparing for a merger or procedures related to anticompetitive practices with tools to understand the methodology it applies in this area, and the objectives. It therefore aims to clarify the matter for the companies concerned and all stakeholders. In addition, the study forms part of a broader reflection carried out by the Autorité on the adaptation of its intervention methods and its application of behavioural remedies in case law.

The assessment of the decision-making practice of the Autorité in terms of behavioural remedies is notably made by comparing these commitments to structural commitments according to three criteria: the speed of implementation, their irreversible or temporary nature and the difficulties associated with monitoring their execution.

The study is divided into five parts. Firstly, it provides a general overview of the principles that companies should take as a guide when drawing up these «taylor-made» commitments. Proportionality in terms of content and duration, their verifiable nature and monitoring are the three key criteria that the study identifies as making it possible to guarantee the effectiveness of commitments.

Commitments undertaken in relation to merger control and anticompetitive practices, those accepted before any notice of breach and, lastly, commitments presented in the context of a settlement procedure are then described and discussed in succession. In each case, the study covers the diverse range of forms that they can take and analyses the particular features specific to each procedure. It formulates, notably based on the rich decision-making practice of the Autorité, recommendations to guarantee the effectiveness of commitments, as well as detailing the physiognomy of commitments, the context in which they were made and their scope.

The effectiveness of commitments cannot be analysed without paying particular attention to their monitoring, which makes it possible to ensure that they achieve the desired objective and are applied effectively by companies. In order to be guaranteed, this effectiveness must also be combined with the possibility of revising the commitments when de jure or de facto circumstances are likely to affect the competition data on which they were based. This is why the Autorité has decided to dedicate a section to the procedure for monitoring and revising commitments, which details the various monitoring processes used by the Autorité, as well as the powers it has to ensure that commitments are respected. The study then looks at the various forms that the revision procedure can take, and the Autorité's decision-making practice in this area.

Here, the study reports on the particular difficulties encountered in monitoring compliance with behavioural remedies, which in certain cases may reduce the benefits of their flexibility and rapidity, and compromise their capacity to re-establish or maintain the competitive dynamic. At this point, the comparison with structural commitments is particularly useful, as it makes it possible to identify the nature of the difficulties and lay the foundations for reflection on changes to the Autorité's decision-making practice.

In this respect, the study concludes that it is necessary to limit the use of behavioural remedies by favouring, as far as possible, quasistructural commitments in anticompetitive practice law and structural commitments in merger law.

The last part of the study focuses on commitment litigation before civil and administrative courts and covers, this time, all commitments – both structural and behavioural. Here, it takes a practical look at the actions likely to be contested, the conditions under which third parties may see an interest in taking such a step and the powers of the courts to which such cases are referred, according to their administrative or judicial nature and the type of decision being contested.

Lastly, the study draws a conclusion on the Autorité's view of behavioural remedies.

As demonstrated by the retrospective analysis of decision-making practice, commitments constitute a particularly useful intervention tool for competition authorities, as they are flexible and adaptable, and make it possible to maintain or rapidly re-establish public economic order, whether in anticompetitive practice law or merger law.

The effectiveness of commitments lies notably in the special way in which they are developed, namely that they are proposed themselves that must apply them and developed jointly with other stakeholders on the market concerned. Commitments may take a highly diverse range of forms, particularly in the case of behavioural remedies, which illustrates their great flexibility.

However, the latter are not completely without inconveniences, which principally come to light during their monitoring and review. A monitoring system that is too complex and time-consuming can eliminate any procedural advantages gained by the initial acceptance of the commitments.

In addition, the introduction of certain complex remedies, particularly in the telecommunications and audiovisual fields, is likely to lead the Autorité to act like a sector-specific regulator. It also risks preventing the market from functioning by itself, without leaning on the “crutch” provided by the commitments.

This is why the Autorité, alongside other competition authorities, is currently considering the more stringent use of behavioural remedies, favouring quasi-structural commitments in anticompetitive practice law and structural commitments in merger law whenever they provide a better response to the competition issues.

FOREWORD

The *Autorité de la concurrence* (hereafter “the *Autorité*”) “is responsible for ensuring fair competition. It assists in the competitive operation of markets at the European and international levels.”¹ As the guardian of public economic order, it has various tools available to achieve its mission.

Behavioural remedies, the subject of the present study, are one of the powers available to the *Autorité* to correct, in the context of anticompetitive practices, or prevent, in the context of merger control, threats to competition law. They currently constitute, on an international scale, a vital tool for competition authorities, lying at the heart of the way in which the latter exercise their prerogatives in these two domains. A rich decision-making practice has been developed, notably in France, where the French authority’s more frequent recourse to behavioural remedies causes it to stand out at European level. The flexible way in which they are built and the speed with which they can remedy competition issues makes them a seemingly effective solution.

However, designing them can sometimes be an arduous task. Furthermore, monitoring compliance with behavioural remedies can often be a complex task, for both the companies undertaking them and the *Autorité*, which must check that they are correctly implemented. This monitoring is all the more difficult given the rapidly changing nature of the markets, which requires swift reaction from the authorities to maintain the utility of the commitments offered. These

¹ Article L. 461-1 of the French Commercial Code (*Code de commerce*).

difficulties have led to questions regarding the best way for competition authorities to use behavioural remedies.

A debate is developing at an international level based on two main themes. The first concerns the effectiveness of behavioural remedies; it questions the capacity of competition authorities to evaluate them and ensure that they are applied correctly, notably due to the constant monitoring – which involves the mobilization of significant resources – such commitments compel the authorities. The second focuses on the consequences of the use of behavioural remedies. Has the too-frequent acceptance of this type of remedy led competition authorities to behave like regulators and prevent, in certain cases, the emergence of a truly competitive dynamic? This is the conclusion reached on the other side of the Atlantic by Makan Delrahim, Assistant Attorney General for the Antitrust Division at the United States Department of Justice, who has declared firm support for limiting recourse to behavioural remedies in merger control, in favour of structural remedies, or even a prohibition on certain mergers. On its side, the European Commission (hereafter: «the Commission») also believes that behavioural remedies should only be used on an exceptional basis.²

In contrast, certain analysts highlight the importance of behavioural remedies in the domain of merger control; they allow a better response to market changes that are difficult to anticipate, and better adaptability and proportionality. As a result, in a recent report on European Union competition policy, the French Inspectorate-General for Finance (*Inspection générale des finances*) notably proposed modifying the Commission

² Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004.

notice³ on remedies to “*facilitate recourse to behavioural remedies, by favouring them or, as a minimum, placing them on an equal footing with structural remedies.*”⁴

This study, which takes stock of current practices with regard to behavioural remedies by the *Autorité*, demonstrates the desire of the latter to lay the foundations for an analysis framework and classification of the difficulties such commitments raise, in order to inform future reflections on this subject.

3 Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004.

4 French Inspectorate-General for Finance (*Inspection générale des finances*), *La politique de la concurrence et les intérêts stratégiques de l'UE* [Competition policy and the strategic interests of the EU], April 2019, p. 27.

INTRODUCTION

Commitments are a hybrid tool for administrative action. They are a promise, formulated by the target of this action, to act in a given way. This promise, which must then be accepted by the competent administrative authority that receives it, is similar to a contract. However, it differs from a contract in that the commitments are made obligatory through the decision of the administrative authority alone. Commitments therefore take the form of a unilateral instrument with negotiated content.

These measures respond to the need, which is particularly notable in economic law, to involve operators in establishing the rules that govern the functioning of markets. This joint development of rules is not a new practice, as demonstrated by the commitments by professionals to stabilise prices likely to be annexed to the regulations setting the price regime enacted in application of French Order 45-1483 of 30 June 1945.⁵ However, it has become more widespread with the liberalisation of the economy, which, by modifying the modes of market intervention, has led to the development of the regulations in their current form. This is why commitments currently play an important role in the work of the *Autorité*, which is able to accept them to address any

⁵ French Order 45-1483 of 30 June 1945 on Prices; French Administrative Supreme Court (*Conseil d'Etat*), *Section*, 2 March 1973, French National Trade Association for Wholesale Equipment, Vehicle Parts and Tools (*Syndicat national du commerce en gros des équipements, pièces pour véhicules et outillages*) in *Recueil* and, more generally, French Administrative Supreme Court (*Conseil d'Etat*) study and documents: *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes* [The contract, a public and standard-generating mode of action], 2007, p. 59.

concerns regarding competition that may arise from mergers or potentially anticompetitive practices.

This tool has gradually undergone development in competition law internationally, as in France. The Commission is thereby permitted to make decisions regarding commitments under Article 9 of Regulation 1/2003 on the Implementation of the Rules on Competition and Article 8 of Regulation 139/2004 on the Control of Concentrations. American bodies have had similar powers since the Tunney Act was passed in 1974.⁶ Initially oriented towards anticompetitive practices, this law enabled the Department of Justice (DOJ) and the Federal Trade Commission (FTC) to also adopt amicable regulations based on commitments made in the implementation of merger control, based on Section 7 of the Clayton Act.⁷ Guidelines inform the action taken by the FTC in this area.⁸

The international community has also taken an interest in this tool. Charged with promoting cooperation and the convergence of the decision-making practices of national competition authorities, the International Competition Network (ICN) has recognised the advantages of commitments in merger control. In this context, it has shown that structural commitments, which are relatively easy to introduce and administer, and which are directly applicable, may be favoured over

6 Antitrust Procedures and Penalties Act (1974, 15 US Code §16, “APPA” or Tunney Act).

7 <https://www.justice.gov/atr/file/873491/download>: Commitment Decisions in Antitrust Cases, note by the United States for the 125th meeting of the OECD Competition Committee, June 2016, pp. 3 and 4, §6 and §13.

8 FTC Rules of Practice, 16 CFR.

behavioural remedies.⁹ The ICN's Merger Working Group has however found that in cases where no credible purchaser can be identified by the competent authorities, or in the case of vertical mergers, behavioural remedies such as supply obligations may be more appropriate if they are time-limited.

In competition law, commitments are sometimes referred to by the general terms «remedies» or «corrective measures», which cover in this case the requirements or injunctions imposed unilaterally by the *Autorité*. However, a distinction may be drawn in terms of both their origin and the procedure through which they are adopted. Indeed, when voluntarily proposed by the concerned parties, they break away from the top-down nature of coercive measures imposed by the *Autorité*, which explains why they have been qualified as «self-prescribed remedies».¹⁰

COMMITMENTS IN MERGER LAW

In French merger law, the right of notifying parties to include commitments in their notification was introduced at the same time as merger control by French Law 77-806 of 19 July 1977,¹¹ although control was still the responsibility of the French Minister for the Economy until its transfer to

⁹ https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/MWG_RemediesGuide.pdf: ICN Merger Working Group, Merger Remedies Guide, Section 3.2.1: Structural and Non-structural Considerations, 2016.

¹⁰ A. Mouzon, *Le respect des engagements. Un point de vue de l'Autorité de la concurrence* [Respecting commitments: A view from the *Autorité de la concurrence*], *Concurrences*, n° 12012, p. 13.

¹¹ French Law 77-806 of 19 July 1977 on Economic Merger Control and the Prevention of Illegal Agreements and Abuses of Dominant Positions.

the *Autorité* as part of the 2008 reform.¹² Under current law, these commitments can be undertaken by the notifying companies at any point of the procedure under Article L. 430-5 of the French Commercial Code (*Code de commerce*). This applies to both the first phase of examination of the transaction (referred to as “phase 1”) and the in-depth examination phase (referred to as “phase 2”) if opened, in accordance with paragraph II of Article L. 430-7 of the same code. The situation is different for injunctions or requirements, which, on the other hand, are imposed unilaterally by the *Autorité* following *inter partes* proceedings under paragraph III of Article L. 430-7 of the French Commercial Code, in phase 2 only. The examination of practices reveals that almost all commitments are submitted in phase 1, the majority of which are accepted by the *Autorité*. Parties have an interest in ensuring that the transaction is compatible with competition law and avoiding a phase 2 examination, which is much more restrictive for all parties to the merger. However, it remains the case that if phase 2 is opened, parties retain the right to propose commitments until the end of that phase, as demonstrated by certain decisions regarding large-scale transactions (see for example Decisions 14-DCC-160 of 30 October 2014 regarding the acquisition of sole control of SFR by the Altice group; 16-DCC-111 of 27 July 2016 regarding the acquisition of sole control of Darty by Fnac; and 18-DCC-95 of 14 June 2018 regarding the acquisition of sole control of part of the Agripole group’s non-chilled ready meals division by Financière Cofigeo¹³).

¹² French Law 2008-776 of 4 August 2008 on the Modernisation of the Economy.

¹³ Although injunctions were ultimately imposed by the *Autorité* in this case, the notifying party had proposed, at the end of phase 2, commitments that were considered insufficient to remedy the competition issues identified.

The purpose of commitments is to maintain sufficient competition on the markets concerned by the proposed transaction. In addition, although this is not their primary objective, they contribute to preventing potential anticompetitive practices. An integral part of the transaction clearance decision, these measures are comparable to the commitments likely to be accepted by industry regulators applying a prior clearance system.¹⁴

COMMITMENTS IN ANTICOMPETITIVE PRACTICE LAW

It was not until French Law 2001-420 of 15 May 2001¹⁵ that the «no contest of objections» procedure was created, which has since been transformed into a settlement procedure¹⁶ and codified in paragraph III of Article L. 464-2 of the aforementioned code, so that this tool can also be used in the context of sanctions for anticompetitive practices. At the time, commitments constituted one of the conditions necessary for the implementation of this new procedure, until French Order 2008-1161 of 13 November 2008¹⁷ made them optional in the event of no contest of objections.

14 In this way, they proceed, for example, from the same reasoning as the commitments associated with the clearance decisions regarding the use of frequencies issued by the French Broadcasting Regulator (CSA). See for example French Administrative Supreme Court (*Conseil d'Etat*) 31 January 1997, *Pied-Noir Union (Union Pieds Noirs)*, n° 14234, 150778, in *Recueil*.

15 French Law 2001-420 of 15 May 2001 on the New Economic Regulations.

16 French Law 2015-990 of 6 August 2015 for Growth, Activity and Equal Economic Opportunities.

17 French Order 2008-1161 of 13 November 2008 on the Modernisation of Competition Regulations.

However, it is above all since the creation of the commitment procedure, based on the European model and arising from French Order 2004-1173 of 4 November 2004,¹⁸ that commitments became a vital instrument in the control of anticompetitive practices. Codified in paragraph I of Article L. 464-2 mentioned above, the “commitment procedure” constitutes a procedure in its own right, distinct from that leading to a notice of breach as it is quicker and more flexible. Its aim is to ensure that “*the company voluntarily ceases or modifies, for the future, behaviour that has raised concerns regarding competition*”.¹⁹ It also makes it possible to put an end to litigation proceedings before the *Autorité*, but only before any notice of breach is issued. This is why it cannot be implemented once the objections have been raised.

Of a remedial nature, the commitments undertaken to respond to potentially anticompetitive practices are intended to re-establish the smooth functioning of the market. They do not prevent infringements, but rectify them. This innovative use of commitments is specific to competition authorities. However, it is not completely alien to other authorities, notably the French Broadcasting Regulator (CSA), which the French Administrative Supreme Court (*Conseil d'Etat*) has recognised as having, without a text, the right to accept commitments instead of issuing a sanction.²⁰

18 French Order 2004-1173 of 4 November 2004 on the Adaptation of Certain Provisions in the Commercial Code to Community Competition Law.

19 Notice on Competition Commitments issued on 2 March 2009.

20 On this point, see French Administrative Supreme Court (*Conseil d'Etat*), 6 April 1998, French Audiovisual Production Union (*Union syndicale de la production audiovisuelle*), n° 173291, unpublished in *Recueil*.

These remedies therefore respond to different requirements according to whether they have been taken to respond to a change in market structure following a merger, or to re-establish competition after a practice has raised concerns regarding competition. However, on a highly exceptional basis, it may occur that competition concerns arising from a merger notified by an operator are the same as those resulting from its current behaviour on the market, examined on the basis of paragraph I of Article L. 464-2 of the French Commercial Code (*Code de commerce*). In this case, these concerns can lead to the acceptance of similar commitments in these two procedures, as was the case in the two decisions issued by the *Autorité* regarding La Poste on 21 December 2017.²¹

DEVELOPMENT OF THE USE TO COMMITMENTS

The progressive development of the use of commitments through various *Autorité* procedures can be explained by their multiple advantages.

By involving economic operators in maintaining or re-establishing the public economic order, this participative regulatory tool enables them to actively collaborate in developing the solutions needed to preserve the competitive operation of the markets. Thanks to their good knowledge of these markets, operators can propose remedies suited to the competition concerns identified by the *Autorité*. The fact that they draw up these remedies themselves is also a guarantee of their correct implementation. In return, these remedies allow companies to save themselves an onerous procedure that

²¹ Decision 17-DCC-209 of 21 December 2017 regarding the creation of a joint venture by La Poste and Suez RV France, and Decision 17-D-26 of 21 December 2017 regarding practices implemented in the collection and recovery of non-hazardous office waste sector.

can result in the issuing of coercive measures and, in anti-competitive practice law, to obtain a reduction in the penalty or avoid it altogether. It remains the case that recourse to commitments must always be carefully weighed and adapted to the data of the case, to avoid calling into question the deterrent effect of the sanction procedure. In anticompetitive practice law, the fact of reducing or eliminating a sanction in association with commitments may increase the incentive for companies to engage in anticompetitive practices.²² In the context of merger control, the possibility of using commitments to avoid potential anticompetitive risks increases the incentive to envisage large-scale transactions that are likely, at first sight, to lead to reduced competition on the markets.²³ Commitments therefore facilitate mergers that are generally a source of market efficiencies. Lastly, the design and monitoring of commitments incurs administrative costs for competition authorities,²⁴ as well as for the companies, during commitment preparation and acceptance, as well as throughout the monitoring of implementation. Yet if these costs are anticipated and controlled, commitments allow the *Autorité* to ensure fair competition through rapid, tailored intervention.

²² For an analysis of the choice between limited deterrents and the rapid restoration of competitive conditions, see Choné P., Souam S., Vialfont A., (2014), On the optimal use of commitment decisions under European competition law, *International Review of Law and Economics*, vol. 37, pp. 169-179.

²³ See Cosnita-Langlais A. and L. Sorgard (2018), Enforcement vs deterrence in merger control: Can remedies lead to lower welfare?, *Review of Law and Economics* (forthcoming).

²⁴ See Joskow, P. (2002), Transaction Cost Economics, Antitrust Rules and Remedies, *Journal of Law, Economics & Organization* 18 (1), pp. 95-116, on the importance of taking into account settlement costs when developing a competition policy that incorporates the possibility of commitments.

These shared interests, which are based on a “win-win” approach, explain why commitments have an important place in the *Autorité*’s decision-making practice.

In the context of merger control and all other things being equal – remedies are therefore used relatively frequently in France, in comparison to the practices of other global competition authorities. Between 1 January 2003 and 31 December 2018, 116 clearance decisions were associated with commitments, 68 of which were taken by the *Autorité*, in comparison to just three clearance decisions associated with injunctions or requirements.²⁵ The *Autorité* has also frequently accepted commitments under anticompetitive practice law. Indeed, of the 42 decisions issued between 2009 and 2018 in application of the “no contest of objections” procedure (which was replaced by the settlement procedure in 2015²⁶) more than 70% were associated with commitments. In addition, over the same period, the *Autorité* issued on average four commitment decisions a year, in comparison to just over 10 sanction decisions.

The importance of commitments in competition law applied by the *Autorité* can also be seen through the effects of certain representative decisions, in relation to both the stakeholders in the sectors concerned and consumers.

25 French Regulation of 25 May 2005 on several warehouse acquisitions by the Sogebra-Heineken group in the hospitality industry beer distribution sector; Decision 12-DCC-100 of 23 July 2012 on the acquisition of sole control of TPS and CanalSatellite by Vivendi and Groupe Canal Plus; Decision 18-DCC-95 of 14 June 2018 regarding the acquisition of sole control of part of the Agripole group’s non-chilled ready meals division by Financière Cofigeo.

26 French Law 2015-990 of 6 August 2015 for Growth, Activity and Equal Economic Opportunities.

For example, this is the case for Decision 14-DCC-50 of 2 April 2014²⁷ on the acquisition, by the Canal+ group, of the companies broadcasting the Direct 8 and Direct Star channels, which allowed it to invest in the free-to-air television market. The *Autorité* accepted commitments that notably aimed to ensure that the buyer power of the Canal+ group did not allow it to exclude competing free channels from rights acquisition markets, without however preventing GCP from supplying the channels acquired with attractive programmes to the benefit of viewers. These commitments were either maintained, lifted or adapted in 2017 to take into account developments in the audiovisual sector, in particular the new and growing competitive pressure exerted by Altice. Decision 15-D-06 of 21 April 2015²⁸ is another good illustration of this. The *Autorité* accepted commitments proposed by Booking.com that aimed, from 1 July 2015, to amend the price parity and availability clauses they applied to hotels, in order to give the latter more freedom in commercial and pricing matters.

The predominant role played by commitments in the smooth functioning of the market is no French exception. Indeed, on 7 February 2018,²⁹ the Spanish competition authority accepted the commitments proposed by Mediapro, the main holder and operator of football rights in Spain, to put an end to proceedings against the company for the abuse of a dominant position. This is a good example of the advantage for

²⁷ Decision 14-DCC-50 of 2 April 2014 on the acquisition of sole control of Direct 8, Direct Star, Direct Productions, Direct Digital and Bolloré Intermédia by Vivendi SA and Canal Plus Group.

²⁸ Decision 15-D-06 of 21 April 2015 on the practices used by Booking.com B.V., Booking.com France SAS and Booking.com Customer Service France SAS in the online hotel booking sector.

²⁹ CNMC, 7 February 2018, S/DC/0604/17 Mediapro Fútbol.

national competition authorities and market stakeholders of working together on the necessary measures to maintain competition. The commitments presented by Mediapro and approved by the Spanish authority consisted of, on the one hand, an obligation to give access to the channels BeIN La Liga and BeIN Sports to all pay TV operators that requested it, and, on the other, the establishment of fair, non-discriminatory economic and trading conditions for access to these channels.³⁰

The recent decision of 24 May 2018 in relation to Gazprom³¹ issued by the Commission is another example. According to Margrethe Vestager, European Commissioner in charge of competition, the behavioural remedies made obligatory at this end of this procedure made it possible to remove “*obstacles created by [this company], which stand in the way of the free flow of gas in Central and Eastern Europe*”.³² The remedies resolved concerns regarding the partitioning of the market, for which Gazprom proposed removing direct or indirect restrictions on the cross-border sale of gas and committing not to reintroduce any such restrictions in the future, including in the context of calls for tender.³³ The remedies also responded to concerns regarding the excessively high prices that Gazprom may have charged, with the company committing to offer current or future customers a price revision

³⁰ <https://www.concurrences.com/fr/revue/issues/no-2-2018/chroniques/chroniques-droits-europeens-et-87008>.

³¹ European Commission, 24 May 2018, Upstream gas supplies in Central and Eastern Europe, case number AT. 39816.

³² AFP, 24 May 2018: *Abus de position dominante: Gazprom échappe à une amende de l'UE* [Abuse of a dominant position: Gazprom escapes EU fine].

³³ Note by Advisory Committee regarding case AT. 39816 (Gazprom), 2 May 2018, §36.

clause in any contracts concluded or to significantly improve any existing price revision clauses.³⁴

THE DIFFERENCE BETWEEN STRUCTURAL COMMITMENTS AND BEHAVIOURAL REMEDIES

Commitments therefore constitute a major tool for action, the flexibility of which makes it possible to address a wide range of competition issues. Practically speaking, they cover a huge variety of measures. Yet there is not currently a shared international classification system for the different types of commitment. A distinction is simply drawn between two main categories: structural commitments and behavioural remedies. This dichotomy is traditionally based on the effects generated by the commitments, the first directly modifying the structure of the markets (the number, quality or scope of operators active on a market) by themselves, and the second limited to regulating the behaviour of the parties undertaking them. As a result, when commitments impose the divestiture of assets or a breaking of contractual ties in order to maintain an independent offer on the market, they are considered to be “structural”. If they restrict the commercial or strategic behaviour of a company, on the other hand, they are qualified as “behavioural”.

While structural commitments generally make provision for the definitive transfer (or renunciation) of contractual or property rights, behavioural remedies impose restrictions on the competitive behaviour of the company concerned, over a period that must be determined. Although they do not deprive a company of the capacity to exercise market power,

³⁴ Note by Advisory Committee regarding case AT. 39816 (Gazprom), 2 May 2018, §46.

behavioural remedies force them to adopt trade practices that favour the continuation or re-establishment of effective competition on markets threatened by anticompetitive risks.

However, the line between structural commitments and behavioural remedies can be blurred, and there is no fully accepted definition that allows all the commitments undertaken by companies to be classified into one or the other of these categories. For the purposes of this study, the *Autorité* therefore proposes drawing a distinction between behavioural remedies and structural commitments, by placing in the latter category those commitments that are rapidly (instantly) executed and irreversible in nature, and which only require monitoring by the *Autorité* for a short period, generally less than a year, i. e. the time it takes to implement them.

This means that, where a commitment makes provision, within a set but short period, for a company to sell an asset, break or conclude a franchise or procurement contract, or withdraw from the capital of a company, for example, this commitment is considered structural as, after a period of a few months, it should take full effect and, as a result, cease to require active monitoring by the *Autorité* or trustee responsible for its monitoring. Conversely, a behavioural remedy should take effect over the medium term, be the subject of rigorous and continuous monitoring, and be undertaken for a variable duration, generally between five and 10 years in merger law, and an average of five years in anticompetitive practice law.

However, it remains the case that in merger law, the criterion of commitment duration has also been used in the definition of the commitment concerned. Decision-making practice therefore considers that remedies consisting of statutory or contractual modifications, or the conclusion of franchise contracts, for example, may be considered quasi-structural if

they are taken without any time limit (as in Decision 11-DCC-150 of 10 October 2011 on the acquisition of sole control of the cooperative Elle-et-Vire by the cooperative group Agrial),³⁵ or behavioural if they are taken for a determined period (as in Decision 17-DCC-210 of 13 December 2017 on the merger by absorption of Coopérative des Agriculteurs de la Mayenne by the agricultural cooperative Terrena).

THE USE OF BEHAVIOURAL REMEDIES

The distinction made regarding the type of commitments is the same throughout competition law. However, the frequency and mode of use of these remedies vary according to the legal basis under which they are accepted.

This means that, in merger law, behavioural remedies aim to momentarily preserve the competitive structure of the markets in which a competition concern has been identified, in order to give other operators time to engage in strategies to effectively compete with the new entity, or even to allow the launch of new operators. These strategies can take several forms: diversification of procurement or sale sources, gradual withdrawal in relation to the new entity, the building or development of production capacities or a brand, entry on the market, etc.

Behavioural remedies are therefore only intended to temporarily restrict the competitive behaviour of the parties to enable operators (competitors, customers or suppliers) to react to the structural modification of the market that has occurred

³⁵ Actions contrary to the commitment (reintroducing the deleted clauses or breaking the franchise contract, for example) could be considered a failure to comply with the commitment if they occur in a period following which the competitive structure of the markets concerned remains unchanged.

as a result of a merger strengthening the market power of a stakeholder. They do not aim to fix the competitive structure of a market, and as such form part of a dynamic prospective analysis that incorporates the capacity of economic stakeholders to react to the changes. Although past decisions made by the French Minister for the Economy contain behavioural remedies undertaken for an indefinite period, it should be emphasised that these are isolated cases. Furthermore, no behavioural remedies of an indefinite duration have been accepted by the *Autorité* to date, as such a permanent commitment could be likened to a type of sector-specific regulation.

In addition, certain decisions sometimes contain mixed commitments, that is of both a behavioural and structural nature, which aim to respond to different competition concerns. The most common case is that of a merger likely to generate both horizontal and vertical effects. In such a case, the company is often persuaded to undertake structural commitments to address the risks associated with horizontal effects and, where these commitments are insufficient to reduce the market power of the new entity on upstream or downstream markets, to also undertake behavioural remedies intended to address the risk of vertical effects. Other decisions involve both types of commitment where – on several affected markets – the characteristics of the products or services concerned, the functioning of the markets as well as the positions of the entity resulting from the merger of its competitors have not made it possible to propose a global remedy (see for example Decision 15-DCC-53 of 15 May 2015 on the acquisition of sole control of Totalgaz SAS by UGI Bordeaux Holding SAS).

To date, in France, all decisions accepting commitments under anticompetitive practice law have related to reversible

commitments, which must rather be considered commitments of a behavioural type. Of a highly varied nature, some of these commitments are qualified as quasi-structural, as previously indicated by the *Conseil de la Concurrence* (hereafter “the *Conseil*”) in its 2005 thematic study on competition law instruments.³⁶ Behavioural by nature, these remedies are generally accepted for an indefinite period. They may have an effect on the market structure (when they involve granting a licence to a competitor, for example) or modify the organisation of the company or body proposing them (notably when they result in the creation of a cost accounting system or a «Chinese wall»). In contrast, other commitments of a strictly behavioural nature – for example concerning the modification of contractual clauses governing the relations between a supplier and a distributor, the deletion of an exclusivity clause or access to a closed group – generally have a set duration.

However, the practice of only accepting behavioural remedies in anticompetitive practice law could change. The ECN+ Directive now explicitly gives the *Autorité* the possibility, arising implicitly from the letter of French law, of issuing structural injunctions to “to bring the infringement effectively to an end”. It is therefore possible that, in the future, the *Autorité* will accept structural commitments to address anticompetitive practices.

³⁶ *Conseil de la Concurrence*, thematic study: *Sanctions, injonctions, engagements, transaction et clémence: les instruments de la mise en œuvre du droit de la concurrence* [Sanctions, injunctions, commitments, settlements and leniency: The instruments for implementation of competition law], Annual Report p. 155.

CRITICISM OF RECOURSE TO BEHAVIOURAL REMEDIES

More generally, behavioural remedies are regularly subjected to criticism, which chiefly concerns the challenges and costs involved in their systematic monitoring. This is also one of the reasons why certain competition authorities generally refuse to accept commitments of this type, instead favouring structural commitments or recourse to a sanction procedure.

This is notably the case in Germany, which, in the Booking.com case mentioned above,³⁷ refused to engage in a negotiated procedure, in contrast to France, Sweden and Italy. The inconvenience associated with the use of behavioural remedies has also been highlighted in the United States by the Assistant Attorney General for the Antitrust Division at the Department of Justice, Makan Delrahim, as demonstrated by his speech at a round table discussion on competition and deregulation in Washington, D.C., on 26 April 2018, where he defended an approach oriented towards structural remedies. In the same way, the Commission believes that *“commitments relating to the future behaviour of the merged entity may be acceptable only exceptionally in very specific circumstances”*.³⁸ To these criticisms regarding the monitoring of behavioural remedies can be added the fear that such remedies lead to distortion of competition.³⁹

* * *

³⁷ Decision 15-D-06 of 21 April 2015 on the practices used by Booking.com B.V., Booking.com France SAS and Booking.com Customer Service France SAS in the online hotel booking sector.

³⁸ Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004.

³⁹ *Ibid.*

The future of behavioural remedies is therefore relatively uncertain at this time. Popular in the past, these remedies have seen widespread use by the *Autorité*. However, the difficulties they raise, notably in terms of monitoring, seem to be making these remedies less attractive for certain authorities. This major debate justifies a review by the *Autorité*, through this study, of the place of behavioural remedies in its decision-making practice, both in merger law and in anticompetitive practice law. More broadly, this study also provides a chance for the *Autorité* to give an overview of the system applicable to commitments, in relation to both the general principles to be respected and their monitoring and revision, as well as in terms of the likely litigation cases arising as a result.

**1/ GENERAL
PRINCIPLES
FOR DRAFTING
COMMITMENTS**

As part of its role in ensuring fair competition, as granted by the legislator, the *Autorité* frequently accepts commitments. These commitments are a set of heterogeneous remedies that vary according to the type of competition issue encountered and the circumstances of each case. They all, however, respond to a common objective: to maintain or re-establish the smooth functioning of the market. To this end, commitments are all subject to a set of general principles requiring them to be both useful and effective.

Utility of commitments

In order to remedy the competition issues identified by the *Autorité*, commitments must meet several requirements. They must therefore be “*relevant and credible*”, as indicated in the Notice on Competition Commitments issued by the *Autorité* on 2 March 2009. However, their utility above all depends on their careful targeting, which requires that they are both proportionate and of a sufficient duration.

PROPORTIONALITY OF COMMITMENTS

There are two sides to the proportionality of commitments undertaken by companies. The first requires these remedies to be sufficient to resolve the competition issues identified. The second demands that they do not go beyond what is strictly necessary to achieve this end.

To be accepted by the *Autorité*, commitments must first of all appear sufficient (as was not deemed to be the case under the following merger law rulings: French Administrative Supreme Court (*Conseil d’Etat*), *Section*, 9 April 1999, The Coca-Cola Company, n° 201853, in *Recueil*; French Administrative Supreme Court (*Conseil d’Etat*), *Assemblée*, 21 December 2012, Groupe Canal Plus and others, n° 362347, in *Recueil*).

The proportionality of the solution proposed to remedy the distortion of competition identified is evaluated as a whole, in light of all the commitments undertaken by the parties, whether under merger law (French Administrative Supreme Court (*Conseil d'Etat*), *Section*, 30 December 2010, Métropole Télévision (M6), n° 338197, in *Recueil*; see also the conclusions of Vincent Daumas, p. 30, on the judgement of the French Administrative Supreme Court (*Conseil d'Etat*), *Assemblée*, 21 December 2012, Group Canal Plus, n° 362347, in *Recueil*), or under anticompetitive practice law (Decision 14-D-09 of 4 September 2014 on the practices implemented by Nestlé, Nestec, Nestlé Nespresso, Nespresso France and Nestlé Entreprises in the sector of espresso coffee machines).

The scope of the requirements regarding the sufficient nature of the commitments varies depending on the legal basis for the remedies.

This means that, in merger law, commitments are adapted to allow sufficient competition to be maintained on the market concerned. As ruled by the French Administrative Supreme Court (*Conseil d'Etat*), *"it is for the Autorité de la concurrence alone to establish whether a commitment is relevant and sufficient, and find out whether it will resolve the anticompetitive effects of the proposed transaction and thereby maintain sufficient competition"* (French Administrative Supreme Court (*Conseil d'Etat*), 5 November 2014, Wienerberger, n° 373065, in *Recueil*). A commitment is not therefore intended to increase the level of competition that existed on the market before the merger (see the 2015 public report of the French Administrative Supreme Court, p. 94). It aims only to maintain sufficient space to allow fair competition. Otherwise, requiring the parties to a merger to undertake commitments beyond what is necessary to maintain the level of competition prior to the merger could deter them from completing

GENERAL PRINCIPLES FOR DRAFTING COMMITMENTS

mergers likely to bring efficiency gains, for example by reducing production costs.⁴⁰

In anticompetitive practice law, the reasoning is different. As indicated in paragraph 34 of the Notice on Competition Commitments issued on 2 March 2009, commitments must be both “*necessary and sufficient to put an end to all competition concerns identified*”. This difference in approach arises from the fact that the commitments are used in this case as a tool intended to correct deviant behaviour, unlike in competition law. In the context of the commitment procedure, commitments allow the party undertaking them to avoid a sanction procedure, while in the context of a settlement procedure,⁴¹ they can allow it to reduce the financial penalty it receives. In both cases, the recourse to commitments is not neutral in terms of deterring anticompetitive behaviour.⁴² Consequently, commitments that solely involve complying with competition law in the future (Decision 06-D-09 of 11 April 2006 relative to practices implemented in the door manufacturing sector) or putting an end to behaviour likely to constitute an infringement – and therefore to respect the law (Decision 12-D-17 of 5 July 2012 relating to practices observed in the sector of non-cash means of payment (direct debits, interbank payment orders, online payments, transfers

⁴⁰ See Farrell J. (2003), *Negotiation and Merger Remedies: Some Problems*, in *Merger Remedies in American and European Union Competition Law*, F. Lévêque and H. Shelanski.

⁴¹ The “no contest of objections” procedure became the settlement procedure under French Law 2015-990 of 6 August 2015 for Growth, Activity and Equal Economic Opportunities.

⁴² See Choné Philippe, Souam Saïd, Vialfont Arnold, (2014), *On the optimal use of commitment decisions under European competition law*, *International Review of Law and Economics*, vol. 37, pp. 169-179.

and bills of exchange) – do not justify closing a case. The same goes for commitments undertaken in the context of a settlement procedure, with the *Autorité* ensuring that they are of a substantial, credible and verifiable nature (see for example Decision 14-D-19 of 18 December 2014 regarding practices implemented in the home care and insecticide product sector and in the hygiene and personal care product sector).

Lastly, in general terms, the commitments undertaken are neutral. They are not intended to favour one economic stakeholder over another, or to satisfy the demands of a complainant. Their sole aim is to maintain or re-establish the public economic order. The *Autorité*'s guidelines regarding merger control from 2013 and the Notice on Competition Commitments issued on 2 March 2009 state this in paragraphs 574 and 8 respectively.

The other side of the principle of proportionality regards the protection of third parties (see notably Tribunal, 12 December 2018, Groupe Canal+ SA, T873/16) as well as the freedom to conduct business of the companies proposing commitments, which should not find themselves restricted by commitments that go beyond what is required to address the competition issues identified.

Paragraph 39 of the aforementioned notice expressly indicates this, stating that, by principle, "*the Autorité does not accept binding commitments going beyond the resolution of competition concerns.*" In addition, the *Autorité* has already refused to accept a binding commitment in such a case (see for example, in anticompetitive practice law, Decisions 05-D-16 of 26 April 2005 on the practices of the Society of Dramatic Authors and Composers (*Société des auteurs et compositeurs dramatiques*) and 12-D-17 of 5 July 2012 relating to practices observed in the sector of non-cash means

GENERAL PRINCIPLES FOR DRAFTING COMMITMENTS

of payment (direct debits, interbank payment orders, online payments, transfers and bills of exchange)).

As commitments are based on a voluntary approach by companies, any risk that they are excessively restrictive in relation to the requirements of the competitive context remains fairly theoretical. Furthermore, the *Autorité's* guidelines regarding merger control from 2013 specify that it is principally in the context of injunctions – imposed remedies – that it is necessary to ensure that commitments are not disproportionate (paragraph 574). However, it is permissible for the *Autorité* to note of its own motion, if it considers it useful, that the commitments proposed go beyond what appears to be strictly justified in terms of preserving or maintaining the competitive context.

The principle of proportionality thereby requires the identification of the remedy best adapted to the competition issue encountered. This quest for proportionality also informs the determination of the duration of commitments.

DURATION OF COMMITMENTS

Determining the duration of commitments is an important step in effectively adapting remedies to competition issues. This concerns all the commitments likely to be accepted by the *Autorité*.

In merger law, structural commitments chiefly involve the divestiture of businesses or certain assets of the parties to the transaction, or the elimination of capital links between competitors. The duration of these types of commitment

corresponds to the period during which they must be implemented. It is fixed and may not be unilaterally modified by the company, which – if it considers such action necessary – may only request an extension.

This period must not be confused with the duration of additional behavioural remedies accepted by the *Autorité*, which are intended, once the divestiture has taken place, to prevent the company from circumventing its effects. Decision 16-DCC-111 of 27 July 2016 regarding the acquisition of sole control of Darty by Fnac is a good illustration of this. The structural commitment taken by Fnac to divest itself of assets was combined with a clause lasting 10 years, during which period this company could not acquire any direct or indirect influence over all or part of the divested assets.

In the case of behavioural remedies, the duration corresponds to the period during which they must be executed. This period must be defined. If it is insufficient, the commitments will not produce their effects for a long enough period, to the detriment of the re-establishment or maintenance of the public economic order. Conversely, if it is too long, it will burden companies undertaking the commitments with a useless obligation. In such a case, it would also force the *Autorité* to dedicate resources to ensure the correct implementation of the applicable remedies.

On this point, the *Autorité* guidelines regarding merger control from 2013 state that to remedy the anticompetitive effects of a merger, *“behavioural remedies are always introduced for a determined period. Barring exceptional circumstances, a minimum duration of five years, potentially renewable, is generally considered to be necessary to compensate for the effects of a merger on the market structure”* (paragraph 617).

The duration of commitments can, however, be longer where that seems necessary to maintain sufficient competition

GENERAL PRINCIPLES FOR DRAFTING COMMITMENTS

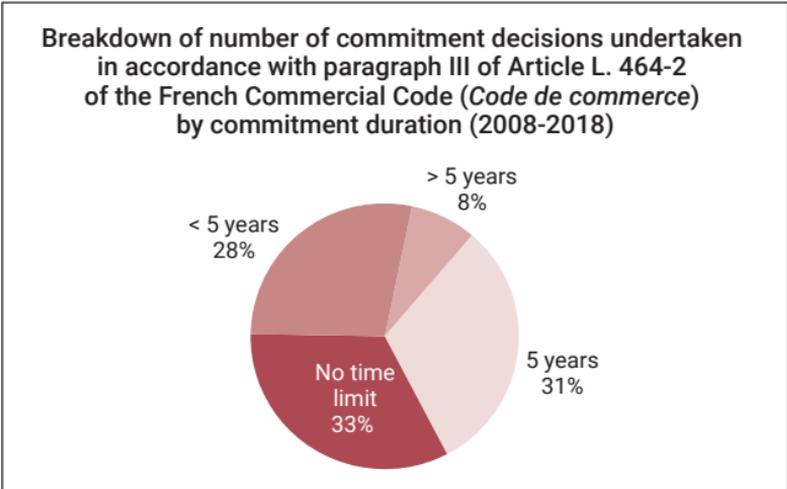
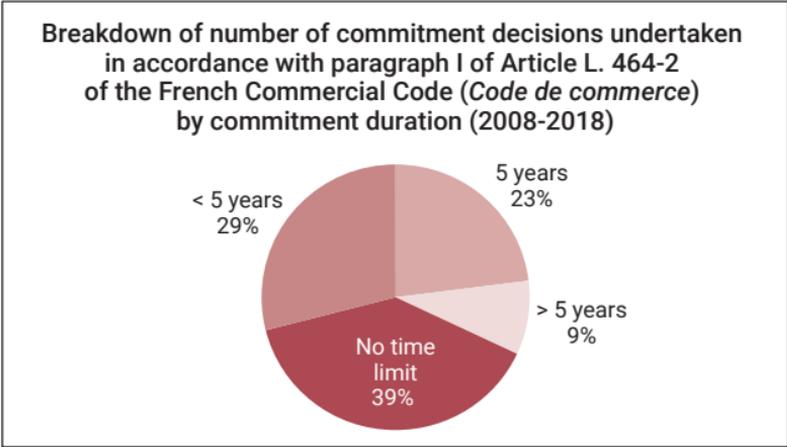
on the markets concerned. One example of this is Decision 16-DCC-167 of 31 October 2016 regarding the acquisition of sole control of Aéroports de Lyon by Vinci Airports, which involved behavioural remedies designed to eliminate the risk of Aéroports de Lyon favouring the Vinci group when awarding contracts. These commitments were undertaken for a period of 41 years, i. e. the duration of the management and operating concession for Lyon airport.

Nevertheless, due to the evolving nature of the markets, the prospective analysis performed by the *Autorité* based on a plausible economic scenario generally leads it to decide that the effects directly generated by the transaction are not without a time limit. In this respect, experience shows that the five-year duration indicated in the *Autorité's* guidelines, that may only be renewed for another term of five-years is generally long enough to preserve competition and encourage competing companies to invest in the market.

For its part, the Notice on Competition Commitments issued on 2 March 2009 outlines a very flexible framework for setting the duration of commitments. It specifies that *"the commitment decision may remain in force for an indefinite period of time when the competition concerns must be remedied on a long-term basis or, on the contrary, it may be enforced for a limited period of time when the return to a competitive environment is anticipated, in which case the Autorité may set a term in the commitment decision"* (paragraph 45).

Originally, commitment decisions rarely contained provisions regarding their duration. The analysis of the past decisions of the *Conseil* and later the *Autorité* shows that it was from 2012, that a time limit began to be associated almost systematically with the commitments accepted by the *Autorité*. in relation to commitments undertaken in accordance with paragraph III of Article L. 464-2 of the French

Commercial Code (*Code de commerce*), and from 2013, in relation to those undertaken in accordance with paragraph I of the aforementioned Article.



The most common duration is between three and 11 years, and the average is five years (see for example cases with

GENERAL PRINCIPLES FOR DRAFTING COMMITMENTS

a five-year time limit: Decisions 17-D-12 of 26 July 2017 on practices regarding the sugar beet procurement sector; 17-D-16 of 7 September 2017 regarding the practices implemented by Engie in the energy sector (in relation to commitments to residential customers); and 18-D-04 of 20 February 2018 regarding practices implemented in the sector of meat production and sale in Martinique).

This development is based on the experience gained by the *Autorité* since the commitment procedure was introduced. It expresses its desire to adapt remedies as closely as possible to the competition issues identified and the specific circumstances of each case (see for example Decision 12-D-17 of 5 July 2012 relating to practices observed in the sector of non-cash means of payment (direct debits, inter-bank payment orders, online payments, transfers and bills of exchange), which states that commitments “*with regard to systematic fees should not be limited in time in view of the regulatory framework, which provides that they will be completely phased out on 1 February 2017. For that reason, the commitments should be entered into for a period to expire on 1 February 2017, which is the final end-date provided in Regulation 260/2012, which will enter into full legal force on that date*”).

In practice, the examination strives, as part of a dialogue with the parties and market stakeholders, to achieve the right level regarding the commitments accepted, their design and their duration.

Effectiveness of commitments

Remedies, no matter how well-designed, only produce effects if they are effectively applied. Their effectiveness is therefore a key issue for the *Autorité*, which scrupulously monitors their execution. The *Autorité* ensures, before accepting commitments, that they are verifiable and that it will be possible to apply them. After they have been made obligatory, it manages their monitoring.

THE VERIFIABILITY OF COMMITMENTS

The verifiability of commitments is, similarly to their utility, a condition of their acceptance.

Paragraph 21 of the Notice on Competition Commitments issued on 2 March 2009 expressly states this requirement, as do past decisions regarding the “no contest of objections” and settlement procedures (see for example Decision 14-D-19 of 18 December 2014 regarding practices implemented in the home care and insecticide product sector and in the hygiene and personal care product sector).

Although the *Autorité* automatically checks that commitments have been respected, it is not uncommon for third parties to inform it of any failures in this respect.

In relation to anticompetitive practices, Article R. 464-2 of the French Commercial Code (*Code de commerce*) provides for procedures that, by informing third parties and complainants of the proposed commitments, allow the *Autorité* to gather valuable information on their validity or applicability. This therefore requires the General Rapporteur to communicate the content of the proposed commitments to the person making the referral and the representative of the French Minister for the Economy, as well as to publish a summary of

GENERAL PRINCIPLES FOR DRAFTING COMMITMENTS

the case and commitments, in order to allow interested third parties to present their observations on the issue.

After examining the proposed commitments, the complainant or interested third parties may critique the utility of the commitments proposed and report any doubts raised by their application.

Such doubts may notably lead the *Autorité* to check that the proposed remedies can be implemented without ambiguity. In this way, in Decision 12-D-16 of 12 July 2012 on practices in the press distribution sector, the *Autorité* had to ensure that the commitment whereby Presstalis undertook to extend the notice given for the termination of supplier contracts from 48 hours to three months was effectively verifiable. It decided that that was indeed the case, as the first paragraph of Article 3 of this contract stipulated that it could only be terminated by registered letter with acknowledgement of receipt, which would make it possible to determine the start point of the notice period mentioned above.

Doubts may also lead to checks being performed regarding the internal systems proposed by companies to monitor commitments, as in Decision 12-D-18 of 20 September 2012 relating to practices concerning reciprocal interconnection services in the area of internet connectivity. In this case, France Telecom undertook to draw up a formal internal protocol between Orange and Open Transit specifying the technical, operational and financial conditions governing the provision of connectivity services. To ensure that this commitment was effective, France Telecom also committed to introduce an internal monitoring system. In view of modifications made to this monitoring system, notably in relation to the time frame for introducing and applying it, the *Autorité* decided that the initial commitment accepted by the *Autorité* was indeed verifiable.

In merger law, the *Autorité's* guidelines aforementioned also refer to the verifiable nature of commitments proposed by parties to a transaction as an essential element. As such, paragraph 232 states that *"in the case of behavioural remedies, parties shall demonstrate their operational feasibility and the means proposed to verify them."*

The guidelines allow the *Autorité* to test the remedies proposed by the parties to the transaction among stakeholders on the markets concerned, while respecting parties' business secrecy. However, unlike the procedure applicable to commitments undertaken in anticompetitive practice law, this is merely a right, not an obligation.

Indeed, there are no texts or principles that require the *Autorité* to consult third parties regarding the remedies to be included in the merger decision. The French Administrative Supreme Court (*Conseil d'Etat*) considers the matter to be covered by legislation giving the French Minister for the Economy the power to clear mergers (see French Administrative Supreme Court (*Conseil d'Etat*) Decision of 27 June 2007, Société Métropole Télévision, n° 278652, in *Recueil: "Although the aforementioned provisions require the Minister for the Economy, Finances and Industry to make public the proposed merger, notably in order to gather any observations from interested third parties, no text or principle requires inter partes proceedings with the interested third parties to take place prior to the Minister's decision"*). This case law was confirmed following the legislative reform of 2008⁴³ entrusting the *Autorité* with the power to authorise mergers (see French Administrative Supreme Court (*Conseil d'Etat*) Decision of 6 July 2016, Compagnie des

⁴³ French Law 2008-776 of 4 August 2008 on the Modernisation of the Economy.

GENERAL PRINCIPLES FOR DRAFTING COMMITMENTS

Gaz de Pétrole Primagaz, Vitogaz France, n° 390457, in the tables of the *Recueil*: “Neither Article L. 430-5 of the French Commercial Code (Code de commerce) nor any other provisions or principles require the *Autorité de la concurrence* to submit a draft decision to a third party to a merger for the purpose of allowing that party to present its observations”). In addition, point 233 of the guidelines specifies that “the Mergers Unit assesses the admissibility of the commitments proposed according to the threats to competition that the transaction is likely to generate. These commitments may be tested among stakeholders on the markets concerned, while respecting parties’ business secrecy”.

Once the verifiable nature of the commitments has been established, the *Autorité* must still ensure their correct implementation after making them obligatory.

MONITORING COMPLIANCE WITH COMMITMENTS

The aim of ensuring the effectiveness of the commitments accepted and made obligatory by the *Autorité* justifies its monitoring of their correct implementation.

The monitoring of compliance with commitments allows the *Autorité* to check that the company is respecting its obligations, and to sanction it if it fails to do so. Indirectly, this monitoring operation lets it check that the remedies undertaken are fulfilling their objective, and expand its knowledge and practical expertise regarding remedies to resolve competition issues.

Monitoring may be entrusted to a trustee independent of the companies – proposed by the parties and approved by the *Autorité* – who reports on the mission to the *Autorité*.

Recourse to this type of monitoring is relatively rare in the case of commitments accepted under anticompetitive practice law. However, it is more frequent in merger law.

The most common case, when commitments are undertaken regarding anticompetitive practices and are easily verifiable, is for monitoring to be performed directly by the *Autorité* (see for example Decisions 17-D-12 of 26 July 2017 on practices regarding the sugar beet procurement sector and 18-D-04 of 20 February 2018 regarding practices implemented in the sector of meat production and sale in Martinique). In such scenarios, the *Autorité* asks the company or body that has undertaken the commitments to send it a periodic report summarising its actions.

In all cases, a lack of compliance with the commitments can lead the *Autorité* to issue sanctions, in application of Article L. 464-3 of the French Commercial Code (*Code de commerce*) in the case of a failure to respect remedies taken under anticompetitive practice law, and in accordance with the provisions of paragraph IV of Article L. 430-8 of the same code for merger law.

However, the monitoring of compliance with commitments must also be regarded as an opportunity to engage in a dialogue with the companies concerned, which may seize this opportunity to share any difficulties they encounter in correctly implementing the prescribed remedies with the *Autorité*. Monitoring may lead to the commitments being re-examined in practice, this always takes place on request of the company concerned by the commitments.

* * *

GENERAL PRINCIPLES FOR DRAFTING COMMITMENTS

In this way, the general principles described above consistently apply to all commitments made obligatory by the *Autorité*. They allow a tailored, effective and practical response to the previously identified competition concerns. It is in accordance with these key principles that the *Autorité*'s decision-making practice has developed with regard to commitments, in both merger law and anticompetitive practice law.

**2/ COMMITMENTS
IN RELATION TO
MERGER CONTROL**

COMMITMENTS IN RELATION TO MERGER CONTROL

The *Autorité*, when notified of a merger within the scope of Articles L. 430-1 and L. 430-2 of the French Commercial Code (*Code de commerce*), may, in virtue of Article 430-5 of the same code, either clear the transaction subject to the effective implementation of commitments undertaken by the parties, or, if it believes that there is a serious risk to competition, initiate an in-depth examination, after which it issues a clearance decision – subject to commitments, requirements or injunctions where necessary – or a prohibition decision, under the conditions provided for by Articles L. 430-6 and L. 430-7 of the same code.

Based on criteria relating to the swiftness of implementation of the commitment, its irreversible nature and its active monitoring by the *Autorité*, the following classification system has been established for the purposes of this study. It covers the main types of commitment that the French Minister for the Economy and the *Autorité* have accepted in order to clear a merger likely to raise concerns regarding competition.⁴⁴ As these commitments were accepted in the context of the analysis of a specific case, this list should not therefore be interpreted as a commitment framework relevant to every case. Commitments may be structural or behavioural, or the *Autorité* may accept commitments of both types, which are referred to as mixed commitments.

⁴⁴ There are also certain atypical commitments, which will be covered below.

● TYPE OF COMMITMENT

Structural commitments <i>(do not require long-term monitoring by the Autorité, rapidly implemented, irreversible effects)</i>	Behavioural remedies <i>(require long-term monitoring by the Autorité, most often with the assistance of a trustee, limited duration)</i>
<ul style="list-style-type: none"> – Divestiture of tangible assets: subsidiaries, stores, plants, warehouses, branches – Divestiture of intangible assets: contracts, brands, operating licences – Breaking or termination of franchise agreement – Non-acquisition of an asset included in the initial scope – Definitive modification of statutory or contractual clauses – Breaking of ties with a competitor – Divestiture of minority capital stake 	<ul style="list-style-type: none"> – Procurement agreement – Licensing a brand to a competitor – “Chinese wall”* – Access to essential infrastructure (network, good or service, technology, patent, know-how, intellectual property rights) – Temporary modification of statutory or contractual clauses – Non-discrimination in a competitive bidding procedure – Non-opposition to entry on the market – Prohibition on bundling several services or products – Arrangement of pricing relations (prohibition on modifying agreed financial conditions, price controls**, prohibition on product range discounts) – Renunciation of certain customers or activities – Limitation of quota shares***

* Type of commitment that involves preventing the passing of information between structures.

** When negotiating commitments, the *Autorité* has been presented with behavioural commitment proposals of a regulatory nature, the company undertaking, for example, not to raise the price of the products or services it offers. This type of commitment is not acceptable, as the *Autorité* is not a regulatory authority. In addition to its advisory activity, its resources are chiefly dedicated to the examination and repression of anticompetitive behaviour by companies, and to the prospective analysis of the effects of mergers submitted to it for clearance. Furthermore, the monitoring of commitments undertaken by a company should not be compared to market regulation.

*** For sectors subject to quota systems for tax purposes, such as rum for example.

This classification of the main commitments undertaken between 2001 and 2018 in France illustrates the wide range of behavioural remedies, which may take many forms depending on the sector, product or service concerned by the market on which competition concerns have been identified.

After assessing the *Autorité's* practice regarding behavioural remedies, the study will examine the type of competition concerns that can be addressed by such commitments. The difficulties associated with this type of commitment are generally greater than those associated with structural commitments. The *Autorité* therefore recommends anticipating the phase in which behavioural remedies are discussed.

Assessment of practice regarding merger control commitments (2009-2018)

Commitments undertaken before the *Autorité* regarding anti-competitive practices have been, by definition, discussed then accepted by the same institution. However, in relation to merger control, the *Autorité* has had to take over from the previous practice of the French Minister for the Economy. This practice (2001-2009) is almost as long as the experience of the *Autorité*, as the latter took on responsibility for merger control under the French Law on the Modernisation of the Economy in 2009.⁴⁵

Indeed, the experience of the French Minister for the Economy has not been without influence on the *Autorité's* practice.

⁴⁵ French Law 2008-776 of 4 August 2008 on the Modernisation of the Economy ("LME").

The *Autorité* has had to monitor compliance with commitments undertaken by companies before the French Minister for the Economy, which include commitments accepted by the Minister in spite of a negative opinion, or an opinion subject to many reservations, issued by the *Conseil de la Concurrence*. Nevertheless, all the commitments in force undertaken before the French Minister for the Economy were monitored by the *Autorité* in the context of the transfer of jurisdiction of merger control. Only three such cases remained as at 31 December 2018.⁴⁶

Between 2 March 2009 and 31 December 2018, the *Autorité* adopted 68 clearance decisions subject to commitments, as well as two decisions subject to injunctions. Its past decisions to accept behavioural remedies where these are appropriate are both consistent – characterised by the adoption of numerous clearance decisions subject to commitments each year – and atypical in Europe, the *Autorité* standing out due to the large proportion and number of decisions that were cleared subject to behavioural remedies.

CONSISTENT ACCEPTANCE OF BEHAVIOURAL REMEDIES BY THE AUTORITÉ

The examination of clearance decisions made by the *Autorité* subject to commitments shows a rich tradition.

⁴⁶ Letter from the French Minister for the Economy, Finance and Employment of 22 May 2007, to Unibail's advisers regarding a merger in the property services sector; letter from the French Minister for the Economy, Finance and Industry of 28 October 2005 to SIPA's advisers regarding a merger in the publishing sector; and letter from the French Minister for the Economy, Finance and Industry of 21 February 2005 to Boiron's advisers regarding a merger in the homoeopathic medicinal product sector.

COMMITMENTS IN RELATION TO MERGER CONTROL

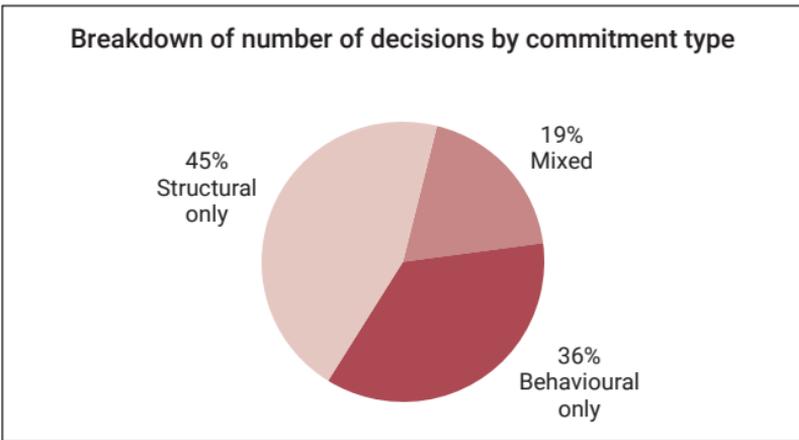
● DÉCISIONS D'AUTORISATION SOUS RÉSERVE D'ENGAGEMENTS

Year	2009 *	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Clearance decision	88	192	214	184	201	200	192	230	233	235
Decisions subject to commitments	3	7	7	10	7	10	6	6	8	4
As %	3.4%	3.6%	3.3%	5.4%	3.5%	5%	3.1%	2.6%	3.4%	1.7%
<i>Of which decisions subject to behavioural remedies</i>	2	2	2	3	2	3	3	3	3	3
<i>Share of behavioural remedies in relation to total commitments accepted</i>	67%	29%	29%	30%	29%	30%	50%	50%	38%	75%

* As jurisdiction of merger control was transferred to the *Autorité* on 2 March 2009, only the decisions issued after this date have been analysed.

Since 2 March 2009, the *Autorité* has issued 1969 clearance decisions under merger control, 68 of which were subject to commitments (as at 31 December 2018). The *Autorité* has performed, for the purposes of the present study, a retrospective analysis in order to classify these commitments into the following categories: structural only, behavioural only or mixed.

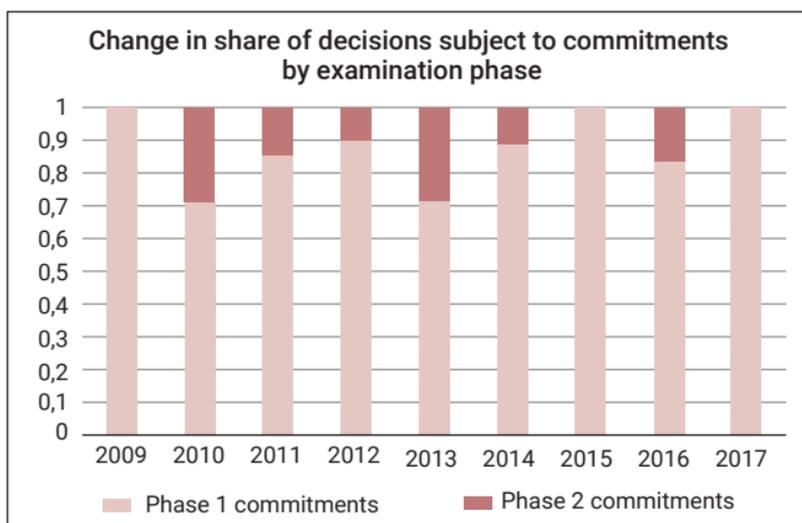
Following this analysis, clearance decisions subject to commitments were broken down as follows:



The results of this analysis show that behavioural remedies were accepted in 55% of clearance decisions in which competition concerns were identified⁴⁷ since 2009.

⁴⁷ These decisions do not include the clearance decisions subject to injunctions taken by the *Autorité de la concurrence* in 2012 and 2018.

COMMITMENTS IN RELATION TO MERGER CONTROL



Almost all remedies were submitted and accepted in phase 1 (87.5%). Of these, nearly half (47%) were behavioural or mixed commitments. Out of the eight mergers cleared subject to remedies at the end of phase 2, the majority were subject to behavioural or mixed commitments (62.5%).

These general data illustrate the significant role played by behavioural remedies in decisions taken by the *Autorité* since 2009, making the French authority relatively atypical in Europe.

INTERNATIONAL BENCHMARK

Each year since it was created, the *Autorité* has issued several decisions subject to commitments (between five and 10), a large proportion of which involved behavioural remedies. In addition, it should be noted that the *Autorité* has never, to date, issued a prohibition decision, although several

transactions are abandoned each year during the notification process. In this respect, the French situation is relatively atypical in Europe, as other competition authorities, such as the German competition authority (Bundeskartellamt), the British competition authority (CMA) and the Commission regularly issue prohibition decisions.

The *Autorité* does, however, have an intervention rate⁴⁸ in line with the European average, which indicates – given the number of decisions it takes every year – that it does not examine the competitive effects of mergers any more strictly than its counterparts.

After the British CMA, the *Autorité* is the national authority in Europe that adopts the greatest number of clearance decisions subject to commitments.

The annual average stands at 7.2 (2010-2018), which represents 3.4% of total clearance decisions, namely twice as many as the Spanish (3.7) and Italian (3) authorities, and a long way ahead of the German competition authority, which has cleared an average of one transaction subject to commitments per year since 2011 (2 in 2013, 0 in 2017).

Relative to the total clearance decisions issued by each authority, an “intervention rate”⁴⁹ can be estimated.

⁴⁸ For the purposes of the present study, the intervention rate is defined as the ratio between the number of clearance decisions subject to commitments and the total number of clearance decisions. It does not take into account injunction or prohibition decisions, or abandoned transactions.

⁴⁹ See the definition proposed above for the purposes of the present study.

COMMITMENTS IN RELATION TO MERGER CONTROL

● ANALYSIS OF THE INTERVENTION RATES OF COMPETITION AUTHORITIES, AND BREAKDOWN OF DECISIONS BY EUROPEAN COMPETITION AUTHORITIES (2015–2017)

Competition authority	Share of decisions subject to commitments
United Kingdom	18%*
Greece	15%
Belgium	7.1%
European Commission	6.2%
Italy	6.1%
Croatia	5.1%
Latvia	4.8%
Slovenia	4.6%
Ireland	3.9%
Spain	3.8%
Cyprus	3.7%
Romania	3.7%
France**	3.1%
Denmark	3%
Estonia	2.1%
Lithuania	2.1%
Portugal	1.7%
Netherlands	1.3%
Hungary	1.3%
Slovakia	1.2%
Czech Republic	0.8%

Competition authority	Share of decisions subject to commitments
Poland	0.6%
Austria	0.6%
Germany	0.1%
Bulgaria	0%
Malta	0%

* The *ex ante* regime of the United Kingdom results in a focus on the transactions likely to be most problematic in terms of competition, which leads to a bias that explains its higher rate in comparison to the other countries.

** The intervention rate of the *Autorité de la concurrence* was 3.4% during the period 2009–2018.

Source: Internal document of the Merger Working Group, European Competition Network, analysed by the *Autorité de la concurrence*.

The *Autorité's* intervention rate is therefore in line with the average for competition authorities in Europe.

It is interesting to note that in the decision-making practices of competition authorities that involve the greatest number of decisions subject to commitments (European Union, United Kingdom, France and Spain), the overwhelming majority of commitments are accepted in phase 1.

The proportion of behavioural remedies out of the commitments accepted by the *Autorité* is among the highest in Europe. For comparison, while the rate is 36% in France (55% if mixed commitments are included), it is less than 20% for the Commission and 16% for the United Kingdom).

Between 2014 and 2017, the CMA accepted behavioural remedies on six occasions in order to clear a merger.

In Germany, the Bundeskartellamt only accepts behavioural remedies on an exceptional basis, as it recalls in its guide on merger control remedies.⁵⁰ It expresses a preference for structural commitments, which “*have proved their effectiveness in many cases*”.⁵¹ This means that, since 2011, the Bundeskartellamt has not taken any clearance decisions subject to behavioural remedies, while in the same period the *Autorité* took 22 such decisions.

The *Autorité* is therefore the national competition authority in Europe that has accepted the greatest number of mergers subject to behavioural remedies.

The type of commitment accepted depends significantly on the type of anticompetitive effect identified

Competition authorities, including the *Autorité*, have always expressed a marked preference for structural commitments. In the section of its decisions where it assesses commitments offered by the parties, assessment of commitments, the *Autorité* consistently recalls that “*where possible, structural commitments are generally considered by competition authorities to be particularly appropriate when the aim is to remedy a threat to competition due to the accumulation of significant market shares (horizontal effects). They are preferable to behavioural remedies, which are necessarily time-limited and which can be difficult to monitor given the major asymmetries in information between the competition*”

⁵⁰ Guidance on Remedies in Merger Control, May 2017, para. 24.

⁵¹ *Ibid.*, para. 23.

*authorities and the companies undertaking commitments, and between these companies and the market”.*⁵²

Indeed, structural commitments have two advantages. On the one hand, they provide an immediate and effective response to an increase in market power by removing, or limiting, overlaps resulting from the merger. On the other hand, they do not require the mobilization of significant resources from competition authorities that are generally necessary to execute and monitor behavioural remedies. Yet, it is clear that the execution of structural commitments may also carry a certain number of issues and an “execution risk” that is not negligible. This may be due to the imperfect information available to competition authorities regarding the quality of the divested assets, the possible degradation of these assets in the interval between the divestiture decision and its execution, the lack of competitiveness of the purchaser or the possibility of tacit collusion between the new entity and the purchaser.⁵³

Even though they are not favoured by companies, which see the scope of their original project called into question, structural commitments have the advantage, including for the parties, of being “clear & cut”, and they also save the company from an obligation that could, over the long term, be more costly than the divestiture of the targeted assets, both for the company and the competition authorities themselves, who must monitor such commitments.

⁵² Decision 09-DCC-16 of 22 June 2009 regarding the Caisse d’Épargne and Banque Populaire merger, para. 402.

⁵³ Motta M., Polo M. and H. Vasconcelos (2003), Merger Remedies in the EU: An Overview, in *Merger Remedies in American and European Union Competition Law*, F. Lévêque and H. Shelanski, eds. or Papandropoulos, P., and Tajana, A., (2006), The merger remedies study – In divestiture we trust?, *European Competition Law Review*, 8, 443-454.

Behavioural remedies are, however, generally accepted by competition authorities in the absence of horizontal effects. They are likely to provide a response, just like structural commitments for that matter, to concerns regarding competition linked to vertical or conglomerate effects. Of course, there are exceptions, and using a case-by-case approach the *Autorité* has thereby been able to accept behavioural remedies to eliminate the risk of horizontal effects.

BEHAVIOURAL REMEDIES AND NON-HORIZONTAL EFFECTS

Since 2009, behavioural remedies have principally aimed to respond to risks associated with vertical or conglomerate effects: out of 68 clearance decisions subject to commitments taken by the *Autorité*, 22 were in response to risks with non-horizontal effects. Out of these 22 decisions, 18 involved behavioural or mixed commitments, equal to 82% of the decisions taken with commitments in response to risks with non-horizontal effects.

Mergers that lead to vertical or conglomerate effects are generally likely to generate larger efficiency gains than mergers between competing companies.⁵⁴ This is why behavioural remedies may appear better suited to them than structural commitments, as they preserve all or part of the efficiency gains generated by the merger and maintain sufficient competition on the market concerned for the time necessary for

⁵⁴ See, for example, the report presented by France at the OECD Round Table on Dynamic Efficiencies in Merger Analysis, 2007, http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/ocde_cp_efficiencies_dyna_06_2007.pdf.

operators to develop counter-strategies while profiting from the restricted behaviour of the entity merged.

The types of behavioural commitment undertaken since 2009 in response to non-horizontal competition concerns vary a great deal, making it difficult to establish a suitable classification system. By using the same classification system as that applied to behavioural remedies above, it can be seen that the behavioural remedies most frequently undertaken involve access to essential infrastructure or an input that only the new entity can provide, a prohibition on product range discounts or tied selling and the organisation of open, non-discriminatory private calls for tender. All the other behavioural remedies involve restrictions undertaken by the notifying company with respect to their commercial policy, whether through abstention or prohibition, or the functional and organisational separation of its activities.

Access commitments

These commitments are generally undertaken in the context of vertical transactions, which generate the risk of excluding active competitors on upstream markets and/or the downstream market/s on which one or the other of the parties is based. Indeed, a vertical merger may restrict competition by making it harder for competitors to access the markets on which of the merged entity will be active, or even potentially excluding competitors or penalising them by increasing their costs. By increasing the market power of the new entity, the transaction also allows it to increase its prices (or reduce the quantities offered).

As highlighted by the aforementioned guidelines, “[...] *where it is necessary to remedy the risk of foreclosure of markets upstream or downstream, behavioural remedies aiming to guarantee competitors’ access to inputs or customers may be*

COMMITMENTS IN RELATION TO MERGER CONTROL

sufficient, while preserving the efficiency gains linked to vertical integration".⁵⁵

This means that the conclusion of a long-term procurement agreement may constitute, in the absence of an appropriate structural commitment, an effective remedy to maintain competition on the market on which the new entity has a too strong position.

This type of commitment is subject to special monitoring by the *Autorité*, to which regular reports are sent, via a trustee where relevant. This monitoring aims to prevent any inappropriate application of the commitment.

Decision 10-DCC-51 of 28 May 2010 regarding the acquisition of sole control of Quartier Français by Tereos provides an example of a behavioural commitment that involves concluding a long-term procurement agreement with the purchaser of a divested asset. The transaction was such that it was notably likely to affect sugarcane production markets and, downstream, the cane sugar production market.

The *Autorité* found that the transaction would give Tereos control of all cane sugar production on Reunion Island, a market on which the cooperative group was already present via several subsidiaries (including Sucrerie du Bois Rouge) and several minority stakes in companies controlled by Quartier Français.

It considered that the monopoly situation resulting from the merging of the two companies (Eurocane and Mascarin) within the same group marketing the sugar produced on for

⁵⁵ Aforementioned guidelines, para. 576.

local retailers and manufacturers risked increasing sugar prices for consumers on the Réunion island.

The commitments accepted were of a mixed nature. In order to solve the concerns linked to the horizontal effects of the transaction, Tereos committed to sell the assets of the distributor it was acquiring (Mascarin) to an independent third party. These assets included not only those related to the marketing of sugar (notably the Mascarin brand), but also the sugar storage and packaging unit at the port. This commitment made it possible to maintain a competitive offer on the wholesale sugar distribution market on Reunion Island, to the advantage of consumers.

In order to address the concerns linked to the vertical effects of the transaction, due to the fact that Tereos would become the only sugar producer on the island, the behavioural commitment involved signing a 20-year procurement contract with the purchaser, under which Tereos committed to supply the purchaser with sugar in bulk (white and brown sugar) and packaged sugar (industrial and table sugar) according to the price conditions and volumes specified in the commitment, which prevents it exercising its market power. Similarly to the divestiture agreement, the procurement contract was subject to prior approval by the *Autorité*.

This commitment includes an annual clause related to the price conditions, and several rendez-vous clauses to take into account the regulatory characteristics of the sugar sector, which are covered by Council Regulation (EC) No 318/2006 of 20 February 2006 on the common organisation of the markets in the sugar sector, until 2015.

Commitments prohibiting product range discounts or tied sales

These commitments are generally undertaken in the context of conglomerate transactions. A merger has conglomerate effects where the new entity extends or strengthens its presence on several markets, the related nature of which may allow it to take advantage of a leverage effect, excluding the case of markets located upstream or downstream from one another, or where the existence of brands generates a certain degree of differentiation between the parties' products. The related nature of the markets concerned may notably arise from products belonging to a single range.

Certain conglomerate mergers can raise competition concerns where they serve to tie, whether technically or commercially, the sale or purchase of products or services in such a way that forecloses the market and excludes competitors. Several strategies may be implemented by the new entity: (i) pure bundling, namely offers marketed together by the seller (without any price advantage); (ii) technical bundling, namely offers linked by the technical integration of the products; and (iii) mixed bundling, namely selling or buying several products together under more favourable conditions (notably related to price) than those offered if the products are bought or sold separately.

Decision 16-DCC-55 of 22 April 2016 regarding the acquisition of joint control of Aqualande by Labeyrie Fine Foods and Les Aquaculteurs Landais, an agricultural cooperative, offers an example of commitments prohibiting product range discounts or tied selling.

The *Autorité* notably ruled that the transaction carried anti-competitive risks with conglomerate effects, given the strong position that Labeyrie held on the smoked salmon

market. This market is a market related to the smoked trout market, on which Aqualande is active. The *Autorité* decided that the new entity could be encouraged to bundle sales of smoked trout and smoked salmon to mass retailers, in order to favour the smoked trout produced by Aqualande and thereby potentially exclude its competitors from this market.

The notifying parties therefore committed – for a duration of five years, renewable once – to undertake independent, separate trade negotiations with mass retailers in relation to their smoked trout products and their smoked salmon products.

In addition, the parties undertook not to carry out any form of bundling, subordination, advantaging or consideration linking sales of smoked trout to mass retailers by any part of the Aqualande group to sales of smoked salmon to mass retailers by any part of the Labeyrie group. These commitments are monitored by a trustee.

Commitments linked to the organisation of private calls for tender

These commitments are generally undertaken in the context of vertical transactions where a company holds a strong position on a market located upstream or downstream of the market on which the target, or the buyer, is active through a public contract concession. These contracts work in such a way as to require the organisation of competitive calls for tender over a certain amount. Below that threshold, the procuring company is not required to open competitive bidding for its suppliers. After the transaction, the company may favour the entity acquired, to the detriment of its competitors, which – if they do not have credible, sufficient alternatives – could be excluded from the markets.

COMMITMENTS IN RELATION TO MERGER CONTROL

Decision 16-DCC-167 of 31 October 2016 regarding the acquisition of sole control of Aéroports de Lyon by Vinci Airports offers an example of commitments associated with the organisation of private calls for tender that must be of a competitive nature.

After the merger, the management and operation of Aéroports de Lyon was due to be entrusted to Vinci Airports, a subsidiary of the Vinci public works and concessions group, which, among other things, responds to invitations to tender issued by airport companies. The *Autorité* thus identified the risk that Aéroports de Lyon – which remains a procurement authority under public procurement rules – could be tempted to favour bids from Vinci group subsidiaries when awarding contracts for works, supplies and services, to the detriment of its competitors.

The implementation of such a strategy could have been particularly harmful to small and medium-sized construction and public works enterprises, especially in the Rhône *département* and the Rhône-Alpes region; these enterprises represented, prior to the transaction, a significant share of Aéroports de Lyon's suppliers. This would have undermined the intensity of competition during the invitations to tender concerned, to the ultimate detriment of the customers of Aéroports de Lyon, who would have had to face the consequences of the increased prices for works, supplies and services.

To avoid this risk, Vinci undertook the following commitments: firstly, to ensure greater transparency in contract award procedures initiated by Aéroports de Lyon by inviting representatives of the Lyon Métropole Chamber of Commerce and Industry (*CCI de Lyon Métropole*) and the French Directorate-General for Competition Policy, Consumer Affairs and Fraud Control (DGCCRF) to attend its purchasing committee meetings;

secondly, to meet procedural obligations aimed at ensuring a clear separation between members of the purchasing committee and other Vinci group entities responding to invitations to tender or involved in competitive bidding;

thirdly, to provide an independent trustee, approved by the *Autorité*, with a list of invitations to tender issued and selected bidders. This procedure concerns all contracts for works, supplies and services worth more than 90,000 euros before tax, while contracts below this amount remain subject to advertising rules.

The timeframe for the application of the commitments is notable in this case: Vinci has made these commitments for the entire duration of the Lyon airport management and operating concession, i. e. until 2047, thereby guaranteeing conditions for effective competition for the award of airport contracts.

BEHAVIOURAL REMEDIES AND HORIZONTAL EFFECTS

Since 2009, behavioural remedies alone have provided a way of addressing the risk of horizontal effects identified in 12 mergers cleared by the *Autorité* (i. e. 17.6% of the clearance decisions subject to commitments).

COMMITMENTS IN RELATION TO MERGER CONTROL

These commitments may be categorised in the following way:

Référence	Secteur	Nature de l'engagement comportemental
Decision 09-DCC-16 of 22 June 2009 regarding the Caisse d'Épargne and Banque Populaire merger	Banking	"Chinese wall"
Decision 10-DCC-11 of 26 January 2010 regarding the acquisition of sole control of NT1 and Monte-Carlo Participations by TF1 (AB group)	TV/media	<ul style="list-style-type: none"> • Modification of contractual clauses • Limitation of rights of first refusal • Prohibition on cross-promotion • Prohibition on bundling • "Chinese wall"
Decision 11-DCC-114 of 12 July 2011 regarding the acquisition of sole control of L'Est Républicain by Banque Fédérative du Crédit Mutuel	Press/media	"Chinese wall"
Decision 13-DCC-101 of 26 July 2013 regarding the acquisition of sole control of Imerys TC "structural material" assets by Bouyer-Leroux	Manufacturing production	Procurement contract
Decision 13-DCC-46 of 16 April 2013 regarding the acquisition of sole control by Rossel of the companies in the "Champagne Ardennes Picardie" division belonging to Hersant Média	Press/media	"Chinese wall"

Référence	Secteur	Nature de l'engagement comportemental
Decision 15-DCC-63 of 4 June 2015 regarding the acquisition of sole control of Société du Journal Midi Libre by La Dépêche du Midi	Press/media	"Chinese wall"
Decision 16-DCC-208 of 9 December 2016 regarding the merger by absorption of Sicavyl by Sicarev	Agriculture	<ul style="list-style-type: none"> • Guarantee not to restrict the commercial policy of its partners • Non-opposition to entry on the market (approval)
Decision 16-DCC-55 of 22 April 2016 regarding the acquisition of joint control of Aqualande by Labeyrie Fine Foods and Les Aquaculteurs Landais, an agricultural cooperative	Agri-foodstuffs	Procurement contract
Decision 17-DCC-210 of 13 December 2017 regarding the merger by absorption of Coopérative des Agriculteurs de la Mayenne by Terrena	Agriculture	Statutory modification
Decision 18-DCC-65 of 27 April 2018 regarding the acquisition of sole control of Zormat, Les Chênes and Puech Eco by Carrefour Supermarchés France	Retail distribution	Retail contract
Decision 18-DCC-142 of 23 August 2018 regarding the acquisition of sole control of SDRO and Robert II by Groupe Bernard Hayot	Retail distribution	Retail contract
Decision 18-DCC-235 of 28 December 2018 regarding the creation of a joint venture by Global Blue and Planet Payment	Finance	"Chinese wall"

COMMITMENTS IN RELATION TO MERGER CONTROL

It can be seen that, of these 12 mergers, three involve the regional daily press sector, in which the merging of competing titles gave rise to similar commitments taking the form of “Chinese walls”, namely a set of provisions to guarantee the operational, administrative and managerial separation of the activities of two entities belonging to the same group.

In the three mergers examined by the *Autorité*⁵⁶, the risk of horizontal effects identified consisted of the homogenisation of newspaper content likely to reduce the quality and diversity of regional daily newspapers for readers. This analysis demonstrates that merger control takes into account all the effects on competition: those on prices as well as those on the quantity, diversity and quality of the products and services on offer.

To maintain the quality of their titles, the new regional daily press groups resulting from these mergers committed to refrain from harmonising the content of their newspapers, which would continue to have dedicated editorial boards. Only information that by nature is undifferentiated (weather, horse racing, television programmes, etc.), namely factual information that does not have any personal editorial input and is passed on to the reader as-is, could be harmonised in this way. These commitments were undertaken for a period of five years, renewable once.

To date, the commitments have been lifted in two of the three cases, as the *Autorité* observed, at the end of the first

⁵⁶ The French Minister for the Economy also examined several mergers in the regional daily press sector, which he cleared subject to similar behavioural remedies. See, for example, the letter from the French Minister for the Economy, Finance and Industry of 28 October 2005 to SIPA’s advisers relating to a merger in the publishing sector, published in BOCCRF 2005-11.

commitment period, that the economic and competition conditions in the print media sector – notably characterised by a decline in circulation of the titles covered by the commitments – no longer justified their continuation.

The Caisse d'Épargne and Banque Populaire banks merger was also subject to a “Chinese wall” commitment.

In this case, the *Autorité* had identified threats to competition on the retail banking and commercial banking markets in the *département* of Reunion Island only.

However, the notifying parties highlighted that, if a share of the assets they held on Reunion Island was put up for sale, it would be difficult – if not impossible – to find purchasers in the banking sector, given the crisis in that sector and the economy as a whole, and given the particular severity of the crisis in French overseas territories and communities. The *Autorité* performed a market test, which confirmed that any credible candidates for the purchase of the assets were hesitant due to the situation. In addition, the notifying parties proposed commitments allowing a satisfactory result in terms of the market structure. They committed to (i) maintain separate legal operating structures for their three banking networks on Reunion Island, (ii) maintain distinct brands and logos, and (iii) manage the networks separately and independently. These commitments were undertaken for a period of five years dating from the clearance decision and were lifted following the end of their implementation period.⁵⁷

The use of behavioural remedies in the context of this transaction, which made it possible to eliminate horizontal risks, was justified for four reasons.

⁵⁷ See paras. 403 and 404 of the decision.

COMMITMENTS IN RELATION TO MERGER CONTROL

Firstly, the competition concerns identified by the *Autorité* were limited to a single *département*. Elsewhere on national territory, the merger did not raise any anticompetitive risks, which meant that the behavioural commitment applied was proportional.

Secondly, the transaction took place in the unusual economic context of the financial and banking crisis of 2009, making any divestiture of assets to suitable purchasers difficult, as we saw above.

Thirdly, the structure of the stakeholders' networks allowed the operational implementation of a "Chinese wall", which lifted any doubts regarding the credibility of the proposed commitment. The *Autorité* thereby noted: *"The fact that, prior to the transaction, the three networks were already attached to separate, very different, legal structures, strengthens the credibility of these commitments. Indeed, Banque de La Réunion is a commercial bank, a subsidiary of CNCE and therefore of the new central body, via Financière OCEOR, while the Caisse d'Épargne network on Reunion is attached to CEPAC (Caisse d'Épargne Provence Alpes Corse) and BRED is a shareholder in the new central body."*⁵⁸

Fourthly, the behavioural remedies undertaken made provision for a "crown jewel" mechanism that would involve a later switch to a compulsory asset divestiture mechanism, notably in the event that the behavioural remedies proved to be ineffective. The decision thereby states that: *"[...] if it were to be observed that the measures provided to maintain the independence of the three networks had not been put in place or if, without being able to observe such a breach, the *Autorité* were*

⁵⁸ Aforementioned guidelines, para. 406.

to observe, given the degradation of the competitive positioning of the three networks, that this behavioural commitment was ineffective, the divestiture of [confidential] would be automatically implemented. This divestiture, which would doubtless take place in a more favourable context, would remedy the threats to competition identified on the retail banking and commercial banking markets on Reunion Island.”⁵⁹

Lastly, the “Chinese wall” commitment made it possible to clear the creation of a joint venture by Global Blue and Planet Payment. While Cash Paris Tax Refund was active in VAT refund services in agencies located in the Parisian airports, its parent companies were each present upstream in VAT refund services, with large market shares. The *Autorité* identified a risk that Global Blue and Planet Payment could coordinate their competitive behaviour on VAT refund service markets in France. Indeed, Global Blue and Planet Payment are the two main operators for these services in France, and the setting up of this joint venture, which would have had access to information regarding their competitors, could have enabled the sharing of common knowledge regarding the functioning and structure of the market, thereby stifling or even eliminating any competition between them. The appropriate commitment involved erecting a “Chinese wall” between the joint venture so that these parent companies did not have access to information regarding their competitors. The parties notably committed to ensure that no representatives of the partners in the joint venture would be able to access specific information relating to refund forms dealt with by the joint venture. In addition, representatives of the partners would be bound by confidentiality agreements covering information regarding the activities of the joint venture

⁵⁹ Aforementioned guidelines, paras. 407 and 408.

COMMITMENTS IN RELATION TO MERGER CONTROL

to which they could have access as part of their duties. The commitments also concerned the appointment of directors of the joint venture, the retention of specific information by the joint venture and its IT systems. The *Autorité* therefore considered that this type of commitment would limit the joint venture's operation to its main activity, without allowing the parent companies to access strategic information regarding their competitors.

In practice, it is only on an exceptional basis that a "Chinese wall" commitment is accepted in response to horizontal competition concerns, as horizontal effects can be addressed more rapidly and more effectively by the sale of targeted assets where the merger so permits (acquisition of a network of stores, for example).

The same goes for commitments involving the conclusion of a procurement contract, which is most commonly used in response to competition concerns of a vertical nature, as seen above. This was used in response to the risk of horizontal effects in Decision 13-DCC-101 of 26 July 2013, which concerned the acquisition of sole control of Imerys TC "structural material" assets by Bouyer-Leroux. Once again, this was a special case.

The *Autorité* took the view that, after the transaction, Bouyer-Leroux would have a near-monopoly on the manufacture of partition bricks in western France and hold a very significant position in the manufacture of wall bricks in Aquitaine, without competing manufacturers or customers being in a position to counterbalance the market power of the new entity. When examining this transaction, the *Autorité* recalled that there were no alternatives to behavioural remedies to clear the merger.

On the one hand, the structural commitment initially proposed by the notifying party involving the divestiture of a shutdown production site was deemed to be an ineffective way to remedy the identified competition problem. Indeed, the *Autorité* decided that, following a market test, neither the viability nor the competitiveness of the production site had been established. Yet, *“in order for the divestiture of a business to provide an effective remedy for threats to competition, it is vital for the business divested to be viable and competitive. In order to achieve this, the scope of divestiture should include all assets and personnel required for its smooth operation.”*⁶⁰

On the other hand, the divestiture of another production site of the new entity would have been disproportionate in relation to the threats to competition identified, which, in this case, were limited to a regional market, namely the sale of wall bricks in Aquitaine.

The *Autorité* therefore ruled that *“in the absence of an appropriate structural remedy, the sale of wall bricks at cost price from the Gironde-sur-Dropt site, located in Aquitaine, should allow competitors to stimulate competition on the market and set out the milestones necessary for the development and sale of their own production in the region”*.⁶¹

The temporary nature of the procurement commitment is important: the useful effect of the behavioural commitment was not only to allow the new entity's competitors to compete with also it on the downstream wall brick distribution markets, but also to enable them to establish themselves on the market in the medium term.

⁶⁰ Aforementioned guidelines, paras. 579 onwards.

⁶¹ Decision 13-DCC-101 of 26 July 2013 regarding the acquisition of sole control of Imerys TC “structural material” assets by Bouyer-Leroux, para. 233.

COMMITMENTS IN RELATION TO MERGER CONTROL

The *Autorité* said that the characteristics of the sector justified its recourse to this entirely new type of behavioural commitment. It explained that, *“to sustainably penetrate the wall brick market in Aquitaine, it is necessary, first of all, to be able to access a range of finished products at prices as competitive as those of the new entity. To do this, given the scale of the burden that high transport costs place on the competitiveness of the finished products, and therefore on market shares, it is necessary to both have a production plant in the region, and be able to supply it with raw materials. Secondly, it is also essential to have a distribution channel for selling the products manufactured, which requires significant commercial investment with regard to the various specifiers or purchasers of these products. In addition, the process to obtain the administrative licences required to open and run a quarry is slow (taking between three and five years)”*.⁶²

As a result, the behavioural commitment undertaken had to respond to two complementary objectives: ultimately, it needed to allow competitors to penetrate the market concerned by constructing their own production site, and, initially, it needed to enable them to exercise competitive pressure on the new entity in order to prevent any strategies aiming to increase prices or, conversely, to practise aggressive pricing to increase the barriers to market entry.

⁶² *Ibid.*, para. 234.

Difficulties associated with behavioural remedies

Structural commitments form part of ongoing, established practice – regardless of the type of asset concerned – that involves limiting the capacity of the entity resulting from the merger to exercise market power. The commitment undertaken must either (i) result in the elimination of overlapping activities between the parties to the transaction, (ii) bring the market share of the new entity below a certain threshold, or (iii) allow a new competitor to take the place of the acquired or absorbed party. Although there are various ways of executing this type of commitment (duration, involvement of a trustee, or substitution or “crown jewel” commitments, etc.), their development responds to criteria broadly shared by competition authorities in Europe and known to companies and their advisers. As a consequence, these commitments are easy to design and implement.

This is not the case for behavioural remedies, which take various forms, and which are developed according to the circumstances of the case. As a consequence, they are much more difficult to develop and require special attention from the *Autorité* before being accepted. In addition, they are maintained over a period of time and must therefore include a certain number of precautions to ensure that their smooth execution is guaranteed until they come to an end, taking into account their complexity.

“TAYLOR-MADE” DESIGN

The classification of behavioural remedies illustrates the diverse range of remedies accepted by the *Autorité*. The difficulties associated with behavioural remedies lies firstly in their design, as they must respond to the competition concerns

identified in a sector, or for a product or service, taking into account foreseeable developments on the markets.

As a result, they generally – but not systematically – undergo in-depth checks among third parties on the markets concerned, through a consultation (“test of market”).

Indeed, the *Autorité* has the option of consulting the third parties concerned by a merger if it considers it useful to gather their opinions on the scope of the commitments submitted by a company – similarly to the way in which it implements market tests – in order to examine the suitability of the markets concerned and the potential effects of a merger on competition. Although they are not obligatory, such tests make it possible to anticipate any difficulties, whether in scope or implementation, and, above all, to better assess their effects on the third parties affected. Indeed, behavioural remedies have, by definition, an effect on the competitors, suppliers or customers of the companies concerned, as they generally aim to prevent their exclusion from the markets on which vertical or conglomerate effects have been identified.

No legislative or regulatory texts make this consultation procedure compulsory where commitments are proposed by company. The guidelines mentioned above only state that *“the Mergers Unit assesses the admissibility of the commitments proposed according to the threats to competition that the transaction is likely to generate. These commitments may be tested among stakeholders on the markets concerned, while respecting parties’ business secrecy”*.⁶³ However, in practice, a market test is often performed by the *Autorité* where behavioural remedies are proposed. Indeed, there may

⁶³ Aforementioned guidelines, para. 233.

be subtleties or technical considerations in the commitment draft that only operators active on the markets are able to identify, where relevant.

Such consultations occur most frequently following an initial market test, which makes it possible to confirm or, on the other hand, eliminate concerns regarding the delineation of a market or the effects of the merger. The same third parties are generally consulted regarding the proposed commitments: the main suppliers, competitors and customers of the parties.

A test of commitments requires the notifying parties to provide a version of the proposed commitments that is not confidential, namely a version that may be communicated to the third parties without any business secrecy or information likely to significantly harm the interests of the company. The *Autorité* does, however, ensure that the version provided allows third parties to respond to the issues raised in consultation and, where necessary, negotiate with the company concerned to amend the public version of the commitments.

In the context of merger control, the test of commitments does not generally give rise to a public consultation via publication on the *Autorité's* website. The test is only performed among the third parties identified by the parties in their merger case and those that come forward spontaneously during the examination. However, although the information regarding a submission of commitments is not made public by the *Autorité*, the third parties affected by a notified merger will still benefit from initial information on the submission of a notification file and have sufficient notice to submit their observations to the Mergers Unit. The guidelines mentioned above specify: *"Companies active in the sector on which a merger is envisaged are strongly advised to communicate any information or comments they may have regarding the risks*

COMMITMENTS IN RELATION TO MERGER CONTROL

to competition posed by the transaction.”⁶⁴ The deadline “for third parties to present observations is specified on the Autorité’s website when the notice regarding the submission of the notification is published. It is generally 15 working days from this date of publication.”⁶⁵

In addition, it is not uncommon for companies to submit several versions of commitments. If the first set of commitments can be tested, additional consultations are not necessarily held for the amended versions, which take into account the observations gathered during the previous test. If the *Autorité* decides that the modifications to the initial commitments address the legitimate concerns expressed by the third parties concerned, and do not significantly modify the scope, it does not perform another test. The final version of the commitments submitted will be that taken into account in the examination of the transaction.

MONITORED COMMITMENTS INVOLVING OBLIGATIONS

Behavioural remedies require significant human resources, both for the *Autorité de la concurrence*, which has to mobilise rapporteurs to monitor them, and the company that commits to them, which must where appropriate pay a trustee and mobilise employees to ensure the correct implementation of the commitments undertaken.

Behavioural remedies are also “living” commitments throughout their application; unlike structural commitments that disappear rapidly following the effective divestiture of the

⁶⁴ Aforementioned guidelines, para. 220.

⁶⁵ Aforementioned guidelines, para. 221.

assets concerned, behavioural remedies are intended to last and, where necessary, be adapted to market changes that occur after the examination of the merger. They therefore require regular monitoring. Without completely lifting the commitment, it is sometimes necessary to adapt them, on the request of the company, in the context of a rendez-vous clause, which is most often provided for in the text of the commitment.

Such adaptations may be advantageous, both for the companies, which may find themselves faced with an unexpected development in market conditions, and the *Autorité*, which may use them as an opportunity to update its competitive analysis by taking into account events that have occurred since its initial decision, and thereby improve the impact of its decision through this re-examination.

However, this re-examination (or “rendez-vous”) clause may only be used in exceptional cases or following the end of the first full commitment implementation period (generally five years), as the competitive analysis performed by the *Autorité* is based on a time scale of three to five years, and takes into account sensibly foreseeable market developments. Requests for the revision of commitments that are made during this period, and which are not based on exceptional circumstances, must not call into question the commitments undertaken.

Of the 21 behavioural or mixed commitments by companies since 2 March 2009, six were re-examined on the basis of exceptional circumstances before they came to an end.

Several of them were adjusted, notably to take into account legislative or regulatory changes that had occurred after the clearance decision.

COMMITMENTS IN RELATION TO MERGER CONTROL

One example of this, from the mass retail distribution sector in French overseas territories and communities, is Decision 11-DCC-134 of 2 September 2011 relating to the acquisition of sole control of Louis Delhaize by Groupe Bernard Hayot. This included commitments regarding the exclusive rights held by the latter, which would have given it the means to favour its own shops to the detriment of its competitors. This aspect of the commitments became obsolete following the adoption of French law 2012-1270 of 21 November 2012 on Economic Regulations in French Overseas Territories and Communities (known as the “Lurel Law”). This law required the deletion, in overseas *départements*, of exclusive import rights from contracts concluded between overseas retailers/importers and their suppliers based in mainland France or elsewhere in the world. More specifically, Article 5 of the law now states: *“It is prohibited [...] to implement joint agreements or practices that aim to, or have the effect of, granting exclusive distribution rights to a company or group of companies.”* The lifting of commitments therefore duly notes the expansion to all economic stakeholders in French overseas territories and communities of what were, until now, obligations solely applicable to the parties.

Another example is that of commitments lifted after the initial period of five years. This is the case for decisions taken in the regional daily press sector.

In Decision 13-DCC-46, the *Autorité* cleared, on 16 April 2013, the takeover of the “Champagne Ardennes Picardie” press division of Hersant Média by Rossel. However, the *Autorité* noted that the transaction was likely to harm competition due to horizontal effects on the regional daily press readership markets in the Aisne *département* (Saint-Quentin Chauny area). The following behavioural remedies lasting a period of five years, renewable once, were made by the Rossel group:

(i) to refrain from harmonising local content; (ii) to maintain dedicated editorial boards for each of the titles: “*Courrier Picard*”, “*L’Union*” and “*L’Aisne Nouvelle*”; and (iii) to continue distributing “*Courrier Picard*”, “*L’Union*” and “*L’Aisne Nouvelle*” in the Saint-Quentin-Chauny area. After this period of five years, after examination and via a letter addressed on 6 March 2018 to Rossel’s advisers, the *Autorité* decided not to renew the commitments, given the specific economic difficulties caused by the simultaneous decline in the circulation of regional daily newspapers and advertising income, and the fragile situation of the titles concerned by the commitments.

Anticipating the negotiation of behavioural remedies

As the deadlines for examining a merger are more restrictive than those for litigation procedures, it is in the parties’ interest to offer commitments sufficiently early in the merger examination process. Otherwise, if a proposal is made at the end of the examination, there is the risk that it might not be accepted, or that an in-depth examination will be required or that the transaction could be abandoned. It is therefore better to anticipate this crucial step in the merger control procedure.

The decision to propose commitments is the sole prerogative of the notifying parties; the *Autorité* cannot force them to do this, despite having powers to impose injunctions or requirements or, if there are no appropriate remedies, prohibit the transaction.

It is therefore the responsibility of companies to adopt a realistic time frame. In order to do that, the notifying party must firstly understand that in order to be able to perform the proposed merger, it must be ready – if the project raises concerns regarding competition – to review its initial

COMMITMENTS IN RELATION TO MERGER CONTROL

proposal or undertake restrictive commitments for a determined period, or otherwise renounce the transaction altogether.

As the decision-making practice of competition authorities is now sufficiently well-developed and predictable, it is rare for companies to uncover potential competition concerns related to a merger at a late stage.

In general, competition authorities encourage the companies concerned to submit commitments promptly to leave enough time to assess, discuss and accept them. Otherwise, the company leaves itself open to procedural risks and is likely to compromise the provisional timetable for its transaction, or even put itself in a delicate situation when executing the commitments undertaken.

TIMING IS EVERYTHING: THE EARLIER THE BETTER!

In practice, the notifying party or parties often submit their proposed commitments at a very late stage of the examination.

Between 2009 and 2017, the *Autorité* received the initial commitment proposal on average 21 working days after receipt of a complete notification file. In 2018, this period was considerably shorter: out of the four clearance decisions subject to commitments, two involved behavioural remedies submitted the same day as notification of the file to the *Autorité* (see table below); one within a period of five working days (Decision 18-DCC-148 of 24 August 2018 on the acquisition of sole control of Jardiland by InVivo Retail: structural commitments); and the last within 20 working days (Decision 18-DCC-142 of 23 August 2018 on the acquisition of sole control of SDRO and Robert II by Groupe Bernard Hayot: behavioural remedies).

However, phase 1 of the examination of a merger starts on the working day following the date on which the complete

notification file is received by the *Autorité* and lasts for 25 working days (paragraph I of Article L. 430-5 of the *Code de commerce* (French Commercial Code)*Code de commerce*. This time limit is automatically extended by 15 working days if the *Autorité* receives commitments proposed by the parties (paragraph II of Article L. 430-5). Lastly, the deadline may be extended, upon the request of the notifying party, by suspending the examination time limit for up to 15 working days (paragraph II of Article L. 430-5). As explicitly provided for in this Article, such a request may arise “*in case of special need, such as the finalisation of the commitments*”.

The vast majority of mergers cleared subject to commitments were done so without any requests for the suspension of examination time limits to allow their finalisation. Even though the submission of commitments extends the examination time limit by 15 days, the *Autorité* still only has a few days to examine, negotiate and test the commitments, which may, in certain cases, prove to be complex, especially if they are behavioural remedies. Companies should anticipate this delicate phase, especially if threats to competition are identified upstream of the examination phase.

The examination of 59 clearance decisions issued subject to commitments in phase 1 shows that in some cases the commitments were submitted very early in the procedure:

The rare examples in which an in-depth pre-notification phase allowed discussions between the parties and the *Autorité*

COMMITMENTS IN RELATION TO MERGER CONTROL

Decision	Type of commitment	Working days between submission of file and submission of initial commitments
Decision 12-DCC-129 of 5 September 2012 regarding the acquisition of sole control of Keolis by SNCF-Participations*	Behavioural	8
Decision 13-DCC-137 of 1 October 2013 regarding the acquisition of sole control of Transdev Group (formerly Veolia Transdev) by Caisse des Dépôts et Consignations**	Structural and behavioural	0
Decision 14-DCC-50 of 2 April 2014 regarding the acquisition of sole control of Direct 8, Direct Star, Direct Productions, Direct Digital and Bolloré Intermedia by Vivendi SA and Canal Plus	Structural and behavioural	0
Decision 16-DCC-167 of 31 October 2016 regarding the acquisition of sole control of Aéroports de Lyon by Vinci Airports	Behavioural	10
Decision 18-DCC-65 of 27 April 2018 regarding the acquisition of sole control of Zormat, Les Chênes and Puech Eco by Carrefour Supermarchés France	Behavioural	0
Decision 18-DCC-235 of 28 December 2018 regarding the creation of a joint venture by Global Blue and Planet Payment***	Behavioural	0

* Decision taken after referral by the European Commission on 23 July 2012, in application of Article 4, para. 4 of Council Regulation (EC) No 139/2004.

** *Ibid.*

*** Decision taken after referral by the European Commission on 23 July 2012, in application of Article 4, para. 4 of Council Regulation (EC) No 139/2004.

only represent 10% of the clearance decisions issued subject to commitments in phase 1.

Commitments submitted early in the procedure can take the form of “fix-it-first” commitments that solve the issue beforehand, where the divestiture of assets is involved. As specified by the aforementioned guidelines, *“the parties can notify the transaction by presenting, straight away, a buyer for the business or part of the business whose acquisition is generating problems regarding competition [...]. In such a case, the Autorité assesses the effects of the transaction taking into account the planned sale.”*⁶⁶

To date, a “fix-it-first” structural commitment has been submitted in three merger cases.

The competitive analysis performed for Decision 09-DCC-67 of 23 November 2009 on the acquisition of Arrivé by LDC Volailles therefore took into account that part of the assets would be sold to Fermiers Landais, a purchaser presented during the examination by the notifying party.

In Decision 15-DCC-53 of 15 May 2015 on the acquisition of sole control of Totalgaz SAS by UGI Bordeaux Holding SAS, the notifying party proposed transferring its stake in the capital of a depot located in Norgal to Butagaz, which would thereby become the third shareholder in the depot, alongside the new entity and Vitogaz, a minority shareholder. This solution made it possible to maintain the competitive context that existed prior to the transaction by retaining three competing LPG distributors at the Norgal site.

⁶⁶ Aforementioned guidelines, para. 591.

COMMITMENTS IN RELATION TO MERGER CONTROL

On 29 January 2019, the *Autorité* also accepted a “fix-it-first” commitment in the context of the acquisition of sole control of Alsa France and intangible assets required for the manufacture and sale of food products under the Alsa and Moench brands by Dr. Oetker.⁶⁷ The notifying party committed to enter, with the company Sainte Lucie, a trademark licensing agreement for Ancel dessert mixes for a duration of five years, renewable once. The trademark licensing – the exclusive (as far as this case is concerned) use of the brand by a competitor – of Ancel dessert mixes will ensure the existence of a credible alternative for the distributors, and ultimately customers, of dessert mixes, thereby ensuring that sufficient competition is maintained in the market.

However, “fix-it-first” solutions, which involve submitting negotiated commitments with the notification file, are little-used in France, unlike what can be observed from the decision-making practice of the Commission or the Bundeskartellamt.

That said, “fix-it-first” solutions concern the sale of assets, and therefore potential structural commitments. It would be entirely possible to extend the scope of these commitments submitted together with the notification file to behavioural remedies, on the condition, however, that it had been possible to identify the competition issues raised by the merger beforehand. The reasoning is the same: they must allow the *Autorité* to examine a notification file, taking into account, from the very beginning, a legal element (a binding agreement in the case of divestiture of assets, for example) in the analysis of merger effects.

⁶⁷ Decision 19-DCC-15 of 29 January 2019 on the acquisition of sole control of Alsa France SAS and intangible assets required for the manufacture and sale of food products under the Alsa and Moench brands by Dr. Oetker.

RISKS OF A DELAYED SUBMISSION

Given the restrictions associated with the strict examination deadlines, the late submission of commitments is likely to generate undesirable effects. From the companies' point of view, two main risks may be identified.

Firstly, in the short term, the main risk is a lack of time to finalise commitments likely to respond to the competition concerns identified, making an in-depth examination necessary, which extends the examination deadlines by several months.

While the progression to phase 2 (or the opposite decision not to initiate phase 2) is not likely to adversely affect the notifying company or third parties,⁶⁸ such an event is still likely – if it has not been anticipated and incorporated into the merger timetable – to lead to practical difficulties for the notifying party, or even the abandonment of the proposed project. The *Autorité* regularly observes that companies prefer to put an end to the transaction – even if they have to compensate the seller – rather than engage in phase 2, the outcome of which seems to them too uncertain. This observation is valid at European level too.

The reasons for these failures are varied, but they all show a lack of forward planning and, ultimately, involve a lack of time to remedy the competition concerns identified.

⁶⁸ See, for example, the judgement of 6 July 2016 of the French Administrative Supreme Court (*Conseil d'Etat*) n° 390457, 390774 *Compagnie des Gaz de Pétrole Primagaz/Vitogaz France*, which recalled that “*third parties cannot usefully critique the lawfulness of the Autorité’s choice to take a clearance decision associated with commitments undertaken by the parties, without recourse to an in-depth examination*”

COMMITMENTS IN RELATION TO MERGER CONTROL

The *Autorité* therefore encourages companies not to wait until the state-of-play meeting, but rather to be proactive by initiating discussions regarding commitments at the pre-notification stage.

It has been established that the option of submitting commitments is integrated, where competition issues have been identified by companies, upstream of the merger control procedure. The too-frequent decision by companies to hide or minimise these risks until competition concerns are expressed formally by the *Autorité* – in order to avoid, where relevant, having to submit commitments or to limit their number or scope – involves a certain degree of risk. This risk is even larger where there are threats to competition for which there are no structural remedies.

Indeed, behavioural remedies take various forms, sometimes innovative, and are difficult to replicate from one transaction to the next. They are undertaken based on a specific case, and their mechanics, modalities, duration and monitoring system are proper to the risks identified and the market/s involved. Although there are broad categories of behavioural remedies, it is risky to initiate discussions, which may prove to be technical, at the very end of the phase 1 examination procedure.

Secondly, in the long term, there is a risk for both the *Autorité* and the company concerned that they will be confronted with ineffective commitments or commitments that are difficult to verify. A lack of time to negotiate behavioural remedies necessarily makes their assessment more difficult. In addition to the fact that, in the event of persistent doubts, the *Autorité* must take the decision to open an in-depth examination (see above), this may also lead to commitments that risk giving rise to differences of interpretation between the *Autorité* or its investigation services and the company, or

even expose the company to penalties that can be onerous in the event of failure to comply with the commitments.

* * *

Although behavioural remedies are not generally the remedies favoured by the *Autorité* in merger law, they nevertheless play no small role in its decision-making practice. Indeed, they are sometimes the only type of remedy that enables a transaction to be cleared while maintaining sufficient competition on the markets concerned. Yet they require careful handling, and all the more so given that they are examined within the very tight deadlines that are specific to merger law. These particular features of commitments adopted *ex ante* are not shared by those adopted *ex post* in anticompetitive practice law.

**3/ COMMITMENTS
IN RELATION TO
ANTICOMPETITIVE
PRACTICES**

COMMITMENTS IN RELATION TO ANTICOMPETITIVE PRACTICES

Unlike commitments undertaken in merger law, the *Autorité* has only ever accepted remedies of a behavioural nature in anticompetitive practice law. Nevertheless, some of these remedies, whose implementation is the result of a unique transaction and which are hard to reverse, could be qualified as quasi-structural.

Such behavioural remedies may be highly varied. The table below lists the main types, but without any claim to be exhaustive.

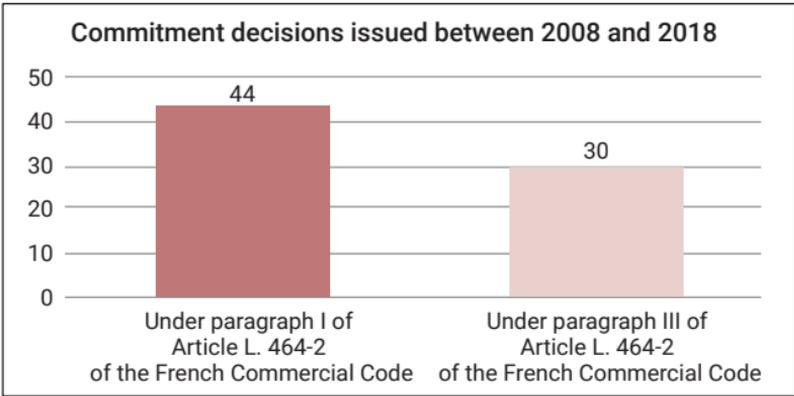
● BEHAVIOURAL REMEDIES

Quasi-structural commitments	Purely behavioural remedies
<ul style="list-style-type: none">– Licensing agreement (Decision 05-D-25)– Introduction or development of cost accounting (Decision 17-D-09)– “Chinese wall” (Decision 08-D-34)– Separation of activities inside and outside the market by a monopolist (Decision 12-D-04)	<ul style="list-style-type: none">– Modification or deletion of contractual clauses (Decisions 06-D-24, 11-D-08)– Access to essential infrastructure or a closed group (Decision 12-D-06)– Communication of information to competitors (Decision 14-D-09)– Prohibition on two companies in the same group simultaneously bidding for public contracts (Decision 08-D-29)– Compliance programme (Decisions 14-D-19, 15-D-19)

In anticompetitive practice law, the *Autorité* may accept commitments from a company or body whose behaviour raises, in its view, concerns regarding competition. Accepted on the basis of paragraph I of Article L. 464-2 of the French Commercial Code (*Code de commerce*), these remedies result in the conclusion of the procedure before any notice of breach. They therefore allow the company or body in question to avoid a penalty, possibly combined with an injunction.

Once the objections have been notified, the commitment procedure provided for in paragraph I of Article L. 464-2 is closed. However, the *Autorité* may still accept commitments where it issues a ruling in the specific framework of the settlement procedure in application of paragraph III of Article L. 464-2 of the French Commercial Code (procedural notice of 21 December 2018 on the settlement procedure). In such a case, a company or body that does not contest the objections made against it is likely to receive a reduced penalty. The acceptance of commitments to put an end to the competition concerns identified may cause the fine to be reduced still further.

Undertaken in application of paragraphs I or III of Article L. 464-2 of the code de commerce (in the latter case, this figure covers “no contest of objections” and settlement decisions), the commitments accepted in anticompetitive practice law represent a non-negligible share of the decisions issued by the *Autorité*.



The differences between these procedures justifies examining the resulting commitments successively, looking firstly at the commitments taken in application of paragraph I of Article L. 464-2 of the French Commercial Code, followed by those accepted in application of paragraph III of the same Article.

Commitments resulting from a “commitment procedure”

The “commitment procedure” makes it possible to address a wide range of potentially anticompetitive practices, which represent so many competition concerns for the *Autorité*. Previously, Council Regulation 1/2003⁶⁹ had already made provision for the European Commission to impose compulsory commitments – as an alternative to a penalty – to rapidly restore effective competition on the market. Article 9 specifies that “*where the Commission intends to adopt a decision requiring that an infringement be brought to an end and the undertakings concerned offer commitments to meet the concerns expressed to them by the Commission in its preliminary assessment, the Commission may by decision make those commitments binding on the undertakings*”. It can be noted that the importance of this approach to resolving competition concerns was confirmed by the ECN+ Directive,⁷⁰ which requires Member States, under Article 12, to grant

⁶⁹ Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty.

⁷⁰ Directive (EU) 2019/1 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 to empower the competition authorities of the Member States to be more effective enforcers and to ensure the proper functioning of the internal market.

this power to all competition authorities in the European Union. French practice, which has already been developed on the basis of national law, shows the advantages of this procedure. Different remedies can be used to put an end to competition concerns, with the *Autorité* currently favouring, as a general rule, recourse to commitments requiring simple monitoring. Their acceptance results from a procedure that differs a great deal from that applicable in relation to penalties, in which third parties play an important role. These commitment decisions, if they are imposed on the parties, are clearly different to sanction decisions in that they put an end to the procedure without prior qualification of the practices challenged.

CLASSIFICATION OF PRACTICES LIKELY TO BE THE SUBJECT OF COMMITMENTS

Paragraph I of Article L. 464-2 of the French Commercial Code (*Code de commerce*) states that commitments may be accepted in relation to all the anticompetitive practices mentioned in Articles L. 420-1 to L. 420-2-2 and L. 420-5. It also grants broad discretionary powers to the *Autorité* in deciding whether or not to implement this procedure (see for example Decision 17-D-16 of 7 September 2017 regarding the practices implemented by Engie in the energy sector). Indeed, this power has been described as “*discretionary*” by the Paris Court of Appeal (Paris Court of Appeal, 17 May 2018, *Umico*, n° 2016/16621). It is therefore possible to classify the practices likely to be the subject of commitments in the light of past decisions made by the *Autorité*.

Summarising this practice, the Notice on Competition Commitments issued on 2 March 2009 sets out the behaviour covered by this procedure.

COMMITMENTS IN RELATION TO ANTICOMPETITIVE PRACTICES

The characteristics common to these practices are given in paragraph 9 of this document. Firstly, the competition concerns raised by the behaviour in question must be *“ongoing [...] In other words, the practices must have persisted or their impact on competition must continue to be felt on the day the undertakings at issue propose commitments and on the day on which the Autorité determines whether the commitments procedure is appropriate”* (Decision 12-D-17 of 5 July 2012 relating to practices observed in the sector of non-cash means of payment (direct debits, interbank payment orders, online payments, transfers and bills of exchange)). Secondly, *“the nature and conditions of the practices at issue must be such that commitments guaranteeing that competition in the marketplace will be maintained or restored can satisfy concerns that need to be remedied on a long-term basis”*, (also Decision 12-D-17 of 5 July 2012).

Paragraph 12 of the notice then details the behaviour or situations in which recourse to this procedure is particularly suitable. It specifies that *“the practices involved in the commitment decisions rendered to date are essentially certain unilateral or vertical practices restricting market access”*.

However, it is above all the definition of practices unlikely to be addressed through the commitment procedure that is of interest. Paragraph 11 of the notice states that *“the Autorité does not use the commitment procedure in cases where, in any event, the harm to economic public order calls for the imposition of a fine, which precludes a priori particularly serious forms of collusion such as cartels and certain types of abuse of dominant position having already caused significant damage to the economy”*. It is on this basis that the *Autorité* expressly decided not to implement the commitment procedure in relation to practices implemented at least between 1999 and 2007 and prohibited under Articles 101 and 102 of

the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), L. 420-1 and L. 420-2 of the French Commercial Code (see Decision 16-D-14 of 23 June 2016 regarding practices in the sector of laminated zinc and manufactured zinc products for the building industry, confirmed by the Paris Court of Appeal, 17 May 2018, Umicore, n° 2016/16621).

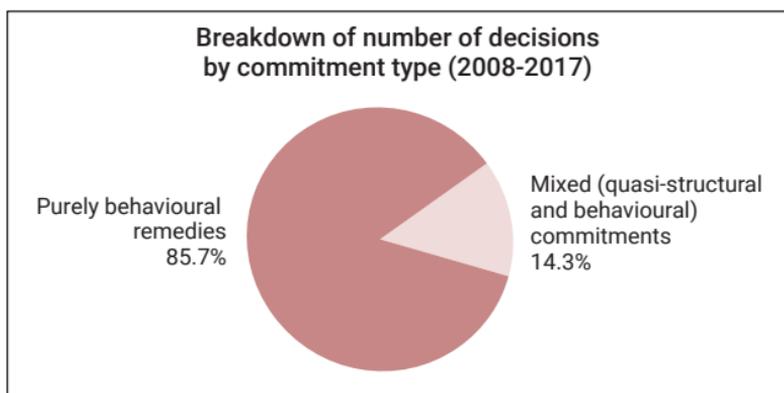
However, in accordance with paragraph 6 of the notice, the *Autorité* may still, in appropriate circumstances, “*focus on the voluntary maintaining or restoring of competition in the marketplace*”. This option expresses the broad discretionary powers entrusted to the *Autorité* by the legislator regarding commitments. Decision 12-D-17 of 5 July 2012 relating to practices observed in the sector of non-cash means of payment (direct debits, interbank payment orders, online payments, transfers and bills of exchange), mentioned above, gives a good illustration of this.

In this case, the practices implemented involved horizontal agreements likely to be anticompetitive due to both their purpose and their effect. At first sight, they were not included in the types of behaviour described as likely to be corrected by commitments under paragraph 11 of the notice. However, the *Autorité* took into account several specific elements in the case to decide otherwise. It principally based this decision on the need to rapidly restore competition on the relevant market, without awaiting the application of a European regulation likely to bring it to an end within five years, and on the fact that the commitments came from a large proportion of the companies, representing the bulk of the market.

In this way, although the competition concerns likely to result in commitments essentially arise from unilateral, vertical practices, they are not limited to such practices. They may be diverse, just like the commitments intended to bring them to an end.

PHYSIOGNOMY OF COMMITMENTS

To date, the *Autorité* has never accepted structural commitments in anticompetitive practice law. This is explained by the fact that the competition concerns generally identified do not arise from the structure of the market itself, but rather from the deviant behaviour of the companies or bodies active on that market. Behavioural remedies have proven to be the best way of directly responding to them. As the *Conseil de la Concurrence* had already observed in 2005,⁷¹ such commitments can be purely behavioural remedies or quasi-structural remedies.



Purely behavioural remedies

These remedies may, for example, involve the modification of contractual clauses, notably concerning the relations between suppliers and distributors.

⁷¹ *Conseil de la Concurrence*, thematic study: *Sanctions, injonctions, engagements, transaction et clémence: les instruments de la mise en œuvre du droit de la concurrence* [Sanctions, injonctions, commitments, settlements and leniency: the instruments for implementation of competition law], Annual Report 2005, p. 155.

The Festina case (Decision 06-D-24 of 24 July 2006 regarding the distribution of watches marketed by Festina France) provides a topical example of this. The case involved a company called Bijourama, specialising in the online sale of watches, jewellery and silversmith's pieces, which submitted a referral to the *Conseil de la Concurrence* regarding the practices implemented by Festina France. Bijourama, a "pure play" company, complained that Festina France had refused to grant approval allowing it to join the latter's selective distribution network for watches. In particular, it considered that this refusal was discriminatory towards sellers operating solely on the internet, and that Festina France's selective distribution agreement was not lawful since it excluded a certain form of distribution. During the preliminary assessment, the case officer (*rapporteur*) expressed concerns regarding the lawfulness of the distribution contract used by Festina France, indicating that there were no provisions governing the sale of the company's products on the internet. In response to these competition concerns, Festina proposed commitments consisting in amending and extending its selective distribution agreement to include clauses regarding online sales.

Such modifications may also focus on the implementation of clauses or regulations linked to the contract and likely to be modified unilaterally.

In the Navx case (Decision 10-D-30 of 28 October 2010 relating to practices employed in the internet advertising sector), this company, specialising in the sale of databases for indicating the location of fixed and mobile speed cameras, accused Google of excluding it from its online advertising service, AdWords. Google justified this decision by claiming that Navx had misread the regulations governing AdWords content, particularly in relation to devices for evading speed cameras in France. The *Autorité* considered that Google remained,

COMMITMENTS IN RELATION TO ANTICOMPETITIVE PRACTICES

in principle, free to define its AdWords content policy, but noted that, in practice, this policy had been implemented in a non-objective, non-transparent and discriminatory way, to the detriment of suppliers of speed camera databases, and the complainant company in particular. Google then undertook, for a period of three years, to make the operation of its AdWords service in relation to systems for evading speed cameras in France more transparent and predictable for advertisers, in particular by specifying the navigation devices for which advertising is authorised or prohibited; by specifying the scope of the prohibition, notably whether it applies solely to advert content or if it also applies to the advertiser's destination pages or cross-referenced pages and the use of keywords; by introducing a targeted procedure to inform and notify companies regarding modifications to AdWords content policy; and by clarifying the procedure likely to lead to the suspension of an advertiser's account in the event of a breach of AdWords content policy.

Contractual modifications may also concern the deletion of an exclusivity clause.

In the Accentiv'Kadéos decision (Decision 11-D-08 of 27 April 2011 relative to the practices implemented by Accentiv'Kadéos), the company was accused of creating entry barriers and a foreclosure effect within the multi-brand gift card markets, due to the cumulative effect of the various exclusivity clauses included in the contracts signed with partner brands, notably as a result of the scope and duration of the exclusivity clauses. The company therefore committed to remove barriers to entry for new players on the multi-brand gift cards acceptance market, thereby allowing them to negotiate with the brands of their choice. To do this, Accentiv'Kadéos agreed to delete, promptly and by 1 May 2011 at the latest, the acceptance exclusivity clause in the contracts signed with

all its affiliated brands for multi-brand gift cards. In addition, it committed to allow the entry of new players on the multi-brand gift cards acceptance and distribution markets. To this end, it committed to refrain from concluding new exclusivity agreements, whether regarding acceptance or distribution to consumers, with brands that did not yet have exclusivity agreements with it, throughout 2011.

More broadly, behavioural remedies may lead economic operators to change their behaviour, independently of any contractual modifications.

In the Nespresso decision (Decision 14-D-09 of 4 September 2014 on the practices implemented by Nestlé, Nestec, Nestlé Nespresso, Nespresso France and Nestlé Entreprises in the sector of espresso coffee machines), the *Autorité* considered that several practices implemented by this company excluded competing capsule manufacturers and were likely to constitute abuse of a dominant position. Nespresso then committed to provide its competitors with information regarding technical modifications at the point at which it issues the order to launch production of the modified machines, without waiting for their commercial launch. It also committed to appoint a “*trusted third party*” to play the role of intermediary in order to avoid any transfer of confidential information between the competitors and itself when the technical information was communicated. Nespresso undertook to provide competitors, via the trusted third party, with prototypes of the new machines – a minimum of 15 so that they could carry out compatibility tests with their capsules, although only three prototypes had initially been offered. Finally, it made the commitment to be more transparent with regard to the origin of technical modifications made to the machines and the new technical specifications, in particular by submitting a

COMMITMENTS IN RELATION TO ANTICOMPETITIVE PRACTICES

file to the *Autorité* setting out the reasons behind each technical change.

Lastly, behavioural remedies may also involve control of companies' pricing policy.

In the Engie decision (Decision 17-D-16 of 7 September 2017 regarding the practices implemented by Engie in the energy sector), the services of the *Autorité* considered that it could not be ruled out that the prices of many offers for both consumers and businesses were set too low to allow Engie, which leads the market, to cover its costs. Furthermore, they also concluded that Engie was not reliably determining its costs, and therefore its prices, nor was it performing reliable monitoring of the profitability of its offers. To resolve these competition concerns, Engie notably committed to introducing a cost definition method and a reliable profitability analysis of market offers to ensure that the company implements an internal process to determine and verify the profitability of its market offers, using a relevant and verifiable cost structure, in accordance with the established principles of competition law.

In the La Poste decision (Decision 17-D-26 of 21 December 2017 regarding practices implemented in the collection and recovery of non-hazardous office waste sector), the investigation services identified several competition issues, some of which concerned pricing practices in relation to collection offers. To remedy these issues, Groupe La Poste committed to develop a methodology for cost assignment that guarantees compliance with competition law, use this methodology to determine prices and implement profitability monitoring.

Behavioural remedies are therefore highly diverse. They make it possible to find an appropriate solution to a problem

arising from the behaviour of market stakeholders. This is why they are used so frequently in anticompetitive practice law, in contrast to structural commitments. Yet this does not imply that the *Autorité* never accepts commitments that may modify the structure of markets, as is shown by the large number of “structuring” or “quasi-structural” commitments.

Quasi-structural commitments

These remedies are preferred by the *Autorité* as they allow rapid re-establishment of public economic order through clear, large-scale measures that are easy to check and which do not require too great a mobilisation of resources for monitoring. As a result, the resources saved upstream by using the commitment procedure are not spent downstream on checking that the commitments have been executed.

They can take many forms. First of all, they may involve a compulsory licensing agreement. As Patricia Kipiani explains, *“granting a licence, notably for a brand or patent, is considered to be the standard example of a quasi-structural commitment. This type of commitment modifies the structure of the market by introducing new competitors. Licensing will allow the dealer to enter the market, or strengthen its position on the market. Unlike divestiture in its strict sense, the licensor retains ownership of its intellectual rights. The dealer is therefore only the temporary holder of these rights”*.⁷²

In the Yvert & Tellier case (Decision 05-D-25 of 31 May 2005 relative to practices by Yvert & Tellier on the market for

⁷² Patricia Kipiani, *Les engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles – Analyse des droits français, européen et américain* [Commitments in relation to anticompetitive practices – Analysis of French, European and American law], LGDJ, 2014.

COMMITMENTS IN RELATION TO ANTICOMPETITIVE PRACTICES

postage stamp valuation catalogues), the company Dallay accused Yvert & Tellier of hindering the development of the market for collector postage stamp valuation catalogues by refusing to give its direct competitors access to their numbering system, which would have allowed competitors to establish a correspondence with their own numbering systems or use it as a common system. The *Conseil de la Concurrence* took the view that the profile of Yvert & Tellier, which has been present on the market for postage stamp valuation catalogues for more than a century, was such that its numbering system acted as a *de facto* standard for valuing and dealing stamps. It noted that it was reasonable to assume that Yvert & Tellier held a dominant position on the market for catalogues listing French postage stamps and their values. It therefore accepted Yvert & Tellier's commitments, under which it proposed granting valuation catalogue publishers a licence to create correspondence tables between their own numbering systems and that used by Yvert & Tellier, in exchange for payment of reasonable royalties and provided that Yvert & Tellier's intellectual property rights concerning its numbering system and brand were respected.

The case of online discount coupons (or e-coupons) also provides a good illustration of a quasi-structural commitment (Decision 10-D-20 of 25 June 2010 relative to the practices implemented in the discount coupons sector). These e-coupons are printed by consumers from manufacturers' websites or specialised sites and handed in at the cash register in stores. The stores advance the sums shown on the coupons to the customer, before going to the coupon processing centres for reimbursement. To prevent fraud, distributors wanted the process for issuing e-coupons to be made secure. The association Perifem, which includes the biggest names in French retail, approached two discount coupon processing centres, HighCo and Sogec. These

centres jointly developed a standardised, secure e-coupon known as the Webcoupon. The Webcoupon was presented as the reference standard in France, and as the only coupon that guaranteed reimbursement by processing centres. Perifem, HighCo and Sogec further agreed not to develop, during the term of the agreement, any standard other than the Webcoupon. In addition, certain HighCo and Sogec competitors on the e-coupon issuing market were refused the option of offering the Webcoupon under conditions that they considered to be acceptable. In response to the *Autorité's* competition concerns, HighCo and Sogec committed to provide free access to the "proprietary" elements of the Webcoupons (brand and visuals) to any operator that so requested, provided that the security specifications were respected and reimbursement of the Webcoupons guaranteed under certain circumstances by the licence applicant.

Quasi-structural commitments may also arise from the substantial modification of the organisational and operating rules of a company.

This is notably the case for former public monopolies that are now running their businesses on markets open to competition, or which have diversified their activities on these markets. In this case, quasi-structural commitments generally involve the company concerned creating an impermeable barrier between their activities on the market, and those outside the market.

In Decision 12-D-04 concerning practices in the sector of meteorological information for businesses, the *Autorité* took the view that, notwithstanding Météo-France's positive mark-up, the risk of cross-subsidies between its public service activities (under monopoly) and its business activities (in competition) could not be ruled out, given the lack of a detailed cost accounting system for its costs and

COMMITMENTS IN RELATION TO ANTICOMPETITIVE PRACTICES

income. These cross-subsidies could lead to the practice of predatory pricing, which consists in selling services at a lower price than their full cost with a view to driving competitors out of the market. The commitments proposed by Météo-France, made compulsory by the *Autorité*, aimed to guarantee healthy, fair competition on the meteorological service market. The company thereby committed to make changes in its cost accounting system with a view to clearly separating its public services from its business activities, by precisely identifying the costs and income (including public service subsidies) allocated to each of these two divisions, for an unlimited period.

Similarly, in Decision 17-D-09 of 1 June 2017 regarding practices implemented by Inrap – the French National Institute for Preventive Archaeological Research (*Institut national de recherches archéologiques préventives*) – in the commercial archaeology sector, Inrap notably committed to implement a cost accounting system to guarantee clear (reliable and watertight) separation in terms of accounts and finances between its non-profit and for-profit activities. The aim was to ensure that the resources allocated to each mission could be tracked in order to eliminate any risk of predatory pricing.

In the case relating to online betting on horse racing (Decision 14-D-04 of 25 February 2014 concerning the practices implemented in the online horse racing betting sector), Betclic notably complained about the fact that PMU, the holder of a legal monopoly over horse racing bets placed in physical outlets (tobacconists, newsagents, etc.), pooled those bets with those it took at its online horse racing site Pmu.fr. This pooling practice, which risked excluding online competitors of PMU and acting as a barrier to entry into the online horse racing betting market, was generating competition concerns. However, the *Autorité* decided that PMU's

commitments – including the one that consisted in having achieved complete separation by 30 September 2015 and for all bets offered on Pmu.fr, of the pool of bets registered online from those registered at physical outlets – were sufficient to put an end to those concerns.

More broadly, quasi-structural commitments may include modifications to the internal organisation of stakeholders present on the market. The “Chinese wall” remedy is a good example of this. Such a measure was notably implemented in the case concerning funeral services in Marseille (Decision 08-D-34 of 22 December 2008 regarding the practices of the municipal funeral services company in Marseille). In this case, one of the concerns regarding competition lay in how city funeral services were managed. There was a “municipal funeral services company” division and a “cemeteries” division, within which the legal services and regulations department was based. The latter was responsible for drawing up statistics on the proportion of funerals for people who had died while in residential care establishments that were organised by the municipal company and competing operators. These statistics were included in letters that were sent to these establishments with a view to increasing, or at least maintaining, the market share of the municipal company. To put an end to these competition concerns, the *Conseil* notably accepted a commitment under which the legal services and regulations department for the city of Marseille, which was responsible for drawing up statistics on funeral services, would report directly to the funerals department rather than the cemeteries division.

In conclusion, the characteristics of commitments essentially depend on the competition concerns encountered and the remedies proposed by the company undertaking them. Until now, these remedies have remained strictly behavioural or

COMMITMENTS IN RELATION TO ANTICOMPETITIVE PRACTICES

quasi-structural. In addition, their use may be combined with other measures, on the condition that they provide an appropriate response to competition concerns (see for example decision 17-D-26 of 21 December 2017 regarding practices implemented in the collection and recovery of non-hazardous office waste sector). However, there is nothing preventing the *Autorité* from accepting structural commitments like the Commission, 25% of whose commitment decisions are based on structural remedies⁷³ (see for example the following European Commission cases: COMP/AT. 39767-BEH Electricity, 10 December 2015; COMP/39.402-RWE, 18 March 2009; COMP/38.388 and 38.389, 26 June 2008).

Regardless of their nature, the adoption of commitments invariably results from the same procedure.

PROCEDURE

Companies whose behaviour is the subject of a referral by the *Autorité* may, as soon as they become aware of the referral, approach the investigation services to explore the possibility of recourse to commitments. This approach may be taken where the *Autorité* receives a referral on the merits of a case, but also in the case of urgent interim measures (see for example Decision 18-D-04 of 20 February 2018 regarding practices implemented in the sector of meat production and sale in Martinique). The parties to the commitment procedure are, after it has been launched, bound by rules that differ from those applied under the sanction procedure and which give third parties an important role.

⁷³ Seminar organised by the review *Concurrences* in partnership with Fréget Tasso de Panafieu lawfirm, 2 May 2018, entitled *Les engagements comportementaux (non-respect, interprétation, mesures conservatoires...)* [Behavioural remedies (non-compliance, interpretation, urgent interim measures, etc.)].

A procedure offering greater flexibility than the sanction procedure

The commitment procedure is characterised by a certain flexibility, which is notably demonstrated by the possibility of in-depth discussions with the parties. It can also be noted that the principle of functional separation between the investigation services and the Board, applicable to sanction procedures, is not applied to this type of procedure (on this point, see French Supreme Court (*Cour de cassation*), Commercial Chamber, 5 October 1999, SNC Campenon Bernard n° 97-15.617).

Initiation of the commitment procedure, prior to any statement of objections being issued, does not therefore prevent the Board from holding discussions with the investigation services and the parties concerned by the case. Furthermore, the legal application framework is characterised by the *Autorité* having greater discretionary scope to identify “competition concerns”, taking into account the purpose of the procedure.

The French Supreme Court (*Cour de cassation*) has settled these two points in relation to the preliminary assessment through which the case officer (*rapporteur*) informs the bodies or companies in question of the *Autorité*'s competition concerns. This assessment is intended to specify how the threats identified at this stage of the procedure are likely to constitute a prohibited practice. However, it is not intended to qualify the practices in question and does not therefore constitute an indictment in the sense of paragraph 1 of Article 6 of the aforementioned ruling, as “*it is not intended to demonstrate the existence and attribution of infringements of competition law with a view to sanctioning them*” (French Supreme Court, Commercial Chamber, 4 November 2008, Canal 9, n° 07-21275).

COMMITMENTS IN RELATION TO ANTICOMPETITIVE PRACTICES

The aim of the preliminary assessment of practices is to identify the competition concerns in play, which the *Autorité* is free to assess. The preliminary assessment, as recalled by the Paris Court of Appeal in the Bijourama case, is therefore intended to identify “*competition concerns, without it being necessary to proceed with the qualification of behaviour in accordance with Articles L. 410-1 or L. 410-2 of the commercial code, nor a fortiori with the observation of an infringement of these provisions, and consequently without the need to precisely determine the relevant market*” (Paris Court of Appeal, 16 October 2007, RG, n° 2006/17900, p. 6).

Furthermore, the *Conseil* clarifies that “*the acceptance by a company of the opening of a commitment procedure in response to a competition concern expressed by the Conseil bears no resemblance to recognition of anticompetitive practices by the company proposing commitments*” (Decision 06-D-20 of 13 July 2006 relative to practices implemented by France Télécom, PagesJaunes Group and PagesJaunes SA in the sector for the provision of directory assistance via telephone and internet).

It therefore follows that if the case officer (*rapporteur*) decides that only certain practices criticised by a complainant raise competition concerns, the *Autorité* does not dismiss the others. The specific procedural arrangements provided for in Article L. 464-6 of the French Commercial Code (*Code de commerce*) are not therefore applicable (French Supreme Court, Commercial Chamber, 12 May 2015, Cogent, n° V14-10.792).

The role of third parties in the procedure

The role of third parties is precisely set out in the commitment procedure, which draws a distinction between a third party making a referral and “interested third parties”.

To this end, Article R. 464-2 of the French Commercial Code (*Code de commerce*) specifies that on “*receipt of commitments proposed by the companies or bodies concerned by the end of the period mentioned in the second paragraph, the General Rapporteur communicates their content to the issuer/s of the referral as well as the representative of the Minister for the Economy. The General Rapporteur also publishes, by any means, a summary of the case and commitments to enable interested third parties to present their observations, and sets a time limit – of at least one month from the date of communication or publication of the content of the commitments – for the parties, the representative of the Minister for the Economy and, where relevant, interested third parties to make their observations*”.

This market test allows the *Autorité* to check that the commitments are relevant, credible and verifiable, and that they are proportionate to the competition concerns expressed in the preliminary assessment, i. e. necessary and sufficient to put an end to all competition concerns identified. This stage is essential in practice to the extent that it makes it possible, in certain cases, to reduce the asymmetry in information available to the *Autorité* and the market operators.

It also allows third parties, whose interests may be affected, to be heard during the procedure. Their observations, which are included in the file in full, may lead to efforts to improve or extend the scope of the proposed commitments, which is often the case in practice.

After the market test, the *Autorité* may also choose to hear “*any person whose evidence it considers to be material to its enquiry*”, in accordance with the second paragraph of L. 463-7 of the French Commercial Code (*Code de commerce*). In two recent cases, the Board accordingly heard the representatives of two ministries whose regulatory actions were likely

COMMITMENTS IN RELATION TO ANTICOMPETITIVE PRACTICES

to influence the continuation of the competition concerns identified by the *Autorité*.

In the first (Decision 17-D-09 of 1 June 2017 regarding practices implemented by Inrap, the French National Institute for Preventive Archaeological Research (*Institut national de recherches archéologiques préventives*)), the French government proposed, following the market test, a reform of the means of access to preliminary archaeological information, the scope of which exceeded the type of commitment that Inrap had been able to offer in response to one of the two competition concerns identified previously.

The public authorities committed to create a secure IT platform enabling all excavation service providers to access this information in comparable conditions, and introduce transitional provisions favouring their effective access. The innovative decision taken by the *Autorité* at the end of this procedure was based, as is traditional, on the commitments undertaken by the body responsible for the behaviour raising the contentious competition concerns, but also took into account the commitments made voluntarily by the government, which were included in the decision. This innovative configuration favoured the effective re-establishment of competition on the market by all means available: the government's intervention, ensuring equal access to archaeological information for all excavation service providers, provided a long-term response for the sector by creating the conditions for renewed competition between its stakeholders.

In the second case (Decision 18-D-04 of 20 February 2018 regarding practices implemented in the sector of meat production and sale in Martinique), AMIV, the Martinique inter-professional association for the meat, livestock and milk sector (*Association martiniquaise interprofessionnelle de la*

viande, du bétail et du lait), committed to create a new associate member status with less stringent membership criteria than those for active member status, allowing applicants that so wished to take advantage of European livestock aid without being able to participate in the work of the inter-professional organisation. However, taking into account the potential changes to regulations in the sector, which were confirmed by the public authorities at the hearing, the *Autorité* informed AMIV that it would promptly examine any request to revise the commitments so that implementation of the government's announced reform could be taken into account.

The hearing constitutes the last stage of the commitment procedure. It provides an opportunity to discuss the proposed remedies and any necessary modifications, or their rejection if the Board concludes that they do not address the competition concerns. At the end of the hearing, the *Autorité* may decide not to accept the commitments and return the file for examination with a view to proceeding via an injunction or sanction or, alternatively, to adopt a decision making these commitments obligatory and closing the procedure before a notice of breach.

SCOPE OF COMMITMENT DECISIONS

The scope of commitment decisions is an important aspect of this decision category and may provide guidance for the company regarding whether or not to propose commitments. The scope is, in principle, limited. However, this is relative, as the civil court will take commitment decisions into account in the context of liability claims seeking compensation for harm caused by anticompetitive practices.

Limited scope of commitment decisions

Commitment decisions allow companies that have undertaken commitments to avoid the costs associated with a lengthy procedure, and the risk of a potentially serious conviction. These decisions are restricted in scope and create obligations for the companies or bodies that undertake commitments on this basis. Despite the flexibility that characterises the adoption of such decisions, the consequences for the companies that freely proposed and accepted the commitments should not be taken lightly. Accordingly, a failure to comply with commitments may lead the *Autorité* to issue penalties (see for example Decision 15-D-02 of 26 February 2015 concerning the compliance of the economic interest group GIE “Les Indépendants” with the commitments made in *Conseil de la Concurrence* Decision 06-D-29 of 6 October 2006 and developments below).

However, their scope is restricted in comparison to that of sanction or injunction decisions likely to be made by the *Autorité*.

This means that, under French law, if the *Autorité* receives a complaint regarding practices that have already been the subject of a commitment decision, it cannot file this complaint on the basis of the *non bis in idem* principle.

Indeed, the decision to accept commitments represents a unilateral decision, putting an end to a situation that is potentially against competition law. But it does not rule on the culpability of the company and does not therefore constitute the first of a series of repeat offences. The reported practices must therefore necessarily be examined, with the *Autorité* always able to observe, where relevant, that no further action is necessary given that the behaviour in question has come to an end.

It remains the case, however, that under European law, if the Commission or a national competition authority receives a complaint regarding practices that are the subject of the commitment decisions, it may reject it on the basis of Article 13 of Council Regulation 1/2003, paragraph 2, according to which “*where a competition authority of a Member State or the Commission has received a complaint against an agreement, decisions of an association or practice which has already been dealt with by another competition authority, it may reject it*”.

Furthermore, a commitment decisions may not be the sole basis for initiating criminal proceedings in application of Article L. 420-6 of the French Commercial Code (*Code de commerce*).

The scope of commitment decisions made by the *Autorité* is therefore more limited than decisions issuing a sanction. Nevertheless, recent civil case law has admitted in certain cases that liability claims may be based on the *Autorité*'s commitment decisions, so this observation is a relative one.

Extending the scope of commitment decisions: the case of civil liability claims

The first paragraph of Article L. 481-2 of the French Commercial Code (*Code de commerce*), which transposes Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014,⁷⁴ states that an “*anticompetitive practice mentioned in Article L. 481-1 is presumed to be irrefutably established with regard to the individual or legal person*”

⁷⁴ Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union.

COMMITMENTS IN RELATION TO ANTICOMPETITIVE PRACTICES

designated under the same article, where its existence and its attribution to this person have been established in a decision that can no longer be the subject of ordinary proceedings for the part regarding this observation, made by the Autorité de la concurrence or court of appeal."

This presumption of irrefutability does not apply in relation to the competition concerns identified in a commitment decision. Indeed, such a decision does not confirm the compliance of the practices raising concerns with competition law, any more than it rules on whether they constitute an infringement. This means that, although victims of anticompetitive practices can seek compensation in court, they have to demonstrate that the company has committed a fault that goes against competition law and has caused the harm they believe themselves to have experienced.

The taking into account of commitment decisions in the context of civil liability or damages claims (sometimes referred to as "private enforcement") is recent and testifies to the growing scope of these decisions.

In 2014, the Paris Court of Appeal declared admissible the claims for damages made by the company DKT. The latter alleged several instances of harm arising, it believed, from anticompetitive faults committed by Eco-Emballages and Valorplast originating in various practices that had led to the adoption of a commitment decision by the *Autorité* (Decision 10-D-29 of 27 September 2010 regarding practices implemented by Eco-Emballages and Valorplast in the sector for the collection and recovery of plastic household packaging).

The court found that "*the commitment procedure did not in itself deprive [DKT of its] interest in bringing an action*". It specified that a commitment decision makes it possible to close an open file being examined by the *Autorité* "*before any*

definitive assessment of the practices raising competition concerns", and that it therefore fell to the victim to "*find and determine which elements constituted, it believed, prohibited competition actions causing it harm*" (Paris Court of Appeal, 24 September 2014, n° 12/06864, following Decision 10-D-29 of 27 September 2010 regarding practices implemented by Eco-Emballages and Valorplast in the sector for the collection and recovery of plastic household packaging).

When examining the validity of the request for compensation, the Court ruled that the complainant company, which was relying on the *Autorité's* commitment decision and other factual elements, had not sufficiently demonstrated the existence of the fault to which it was alluding. The Court therefore rejected the claim (Paris Court of Appeal, 20 December 2017, n° 15/07266).

The Paris General Court of First Instance, whose judgment was confirmed on appeal, did go on to the next stage by recognising a company's liability due to anticompetitive practices that had only been addressed through a commitment decision by the *Autorité* (Paris General Court of First Instance, 22 February 2017, n° 15/09129, *Betclic v GIE Pari Mutuel Urbain*; Paris Court of Appeal, 12 September 2018, n° 18/4914, following Decision 14-D-04 of 25 February 2014 concerning the practices implemented in the online horse racing betting sector). In this case, *Betclic* believed that *PMU's* practices in the online betting sector had caused it harm in several ways.

The Court of Appeal specified that although a decision to accept commitments constituted, in most cases, only *prima facie* evidence, it could not be ruled out that "*it contained sufficient elements in itself to establish the liability of the operator*". In this way, although the commitment decision does not constitute an irrefutable presumption of anticompetitive

COMMITMENTS IN RELATION TO ANTICOMPETITIVE PRACTICES

fault under the conditions described in Article L. 481-2 of the French Commercial Code (*Code de commerce*), the reasons for that decision may suffice to demonstrate the existence of such a fault. In this case, the Court found that the complainant company, Betclic, had not simply reproduced the commitment decision, but had combined it with several economic studies and statistical data from the market, and all these elements together made it possible to characterise, for this specific case, the existence of anticompetitive fault.

This mode of reasoning matches that used in European case law regarding the scope of commitment decisions. This was established following the Gasorba judgement of the Court of Justice of the European Union (hereafter “the Court of Justice”), issued on 23 November 2017 (CJEU, 23 November 2017, Gasorba SL e. a, C-547/16). The Spanish Supreme Court had referred the case to the Court of Justice for a preliminary ruling regarding the interpretation of Council Regulation (EC) No 1/2003. In its first question, the referring court asked in particular whether “*Article 16 (1) of Regulation No 1/2003 [should] be interpreted as precluding a national court from declaring an agreement between undertakings void on the basis of Article 101 (2) TFEU, when the Commission has accepted beforehand commitments concerning that agreement and made them binding in a decision taken under Article 9 (1) of that regulation*”. The Court of Justice responded in the negative, specifying that “*the objective of applying EU competition law effectively and uniformly require [s] the national court to take into account the preliminary assessment carried out by the Commission and regard it as an indication, if not prima facie evidence, of the anticompetitive nature of the agreement at issue in the light of Article 101 (1) TFEU*” (emphasis added).

The Betclic case therefore demonstrates that commitment decisions may, in certain scenarios, constitute *prima facie* evidence of anticompetitive fault. However, in law, their scope remains distinct from that of decisions in which an infringement has been observed.

Furthermore, such an observation is limited by the commitment decisions taken on the basis of paragraph I of Article L. 464-2 of the French Commercial Code (*Code de commerce*). This differs from the case of settlement decisions – whether or not they involve commitments – made definitive and in which anticompetitive fault has been recognised. Indeed, in contrast to commitment decisions, the decisions resulting from a settlement involve qualification of the anticompetitive practices, which are then presumed to be irrefutably established in application of Article L. 481-2 of the aforementioned Commercial Code.

Commitments arising from a settlement

Commitments undertaken in the context of a settlement and, in the past, in the context of the “no contest of objections” procedure, do not play the central role occupied by those made obligatory at the end of a commitment procedure. This is largely due to the fact that they are generally only a subsidiary part of the settlement procedure, which notably aims to accelerate the processing of litigation cases. In this context, the commitments undertaken by the companies involved may be taken into account in determining the range of financial penalties they receive, while favouring the effective re-establishment of public economic order. However, with a view to maintaining the advantages of recourse to the settlement procedure, the *Autorité* welcomes commitments likely to result in such a reduction. A useful supplement to

COMMITMENTS IN RELATION TO ANTICOMPETITIVE PRACTICES

the penalty, commitments are accepted at the end of a procedure that respects the principle of functional separation.

COMMITMENTS THAT ARE OPTIONAL, BUT USEFUL

French Law 2001-420 of 15 May 2001 on the New Economic Regulations introduced the “no contest of objections” procedure, which was intended to accelerate the processing of litigation cases. This procedure was characterised by various elements: the lack of a report, the application of a cap on penalties reduced by half and the establishment of a reduction rate for the penalty normally received by the company. Commitments played an important role in the procedure. Indeed, the application of this procedure required the company involved to refrain from contesting the objections made against it, and to commit to modify its behaviour in the future.

However, to facilitate application of the procedure, Order 2008-1161 of 13 November 2008 on the Modernisation of Competition Regulations removed the condition associated with the acceptance of commitments. Refraining from contesting the objections thereby became sufficient to initiate the procedure, and the commitments became optional.

The optional status of commitments in the procedure was maintained when the settlement procedure was created under French Law 2015-990 of 6 August 2015 for Growth, Activity and Equal Economic Opportunities. As a result, paragraph III of Article L. 464-2 of the French Commercial Code (*Code de commerce*) now states that “*where a body or an undertaking does not contest the truth of the allegations made against it, the General Rapporteur may submit to it a settlement proposal setting out the minimum and maximum amount of the financial penalty envisaged. Where the undertaking or body agrees to alter its conduct in the future, the General Rapporteur may take this into account in the proposed settlement. If, within*

a time limit set by the General Rapporteur, the body or undertaking agrees to the proposed settlement, the General Rapporteur shall propose to the Autorité de la concurrence, which shall hear the undertaking or body and the representative of the Minister for the Economy without first drawing up a report, to impose the financial penalty provided for in paragraph I within the limits set by the settlement”.

Despite their subsidiary and optional nature, commitments have, under certain circumstances, helped further the missions of the *Autorité*.

In some cases, when the “no contest of objections” procedure was in force, it seems that commitments have been used as a tool to involve the economic operators penalised in the rapid re-establishment of the correct functioning of the market. Proposed by the company or body seeking a compromise, they demonstrate economic stakeholders’ growing awareness of the requirements of competition law and the means of responding to those requirements. Commitments can thereby act as a useful addition to the penalty by introducing a “voluntary” dimension for the company, in contrast to the penalty imposed on it. Furthermore, the *Autorité* recognises that “*in certain market situations, the commitments made [...] may be, in relation to compliance with competition rules, more effective than penalties, especially if these penalties translate into the substantial modification of the practices of this company and if the competition authorities are put in a position to verify their effective application*” (see Decision 04-D-65 of 30 November 2004 relative to La Poste’s practices regarding its sales contracts, accepting the commitments proposed by the latter, notably: to refrain from offering discounts that discriminate against customers who are themselves operating in the same market, for those of its products covered by a monopoly, and to refrain from offering

COMMITMENTS IN RELATION TO ANTICOMPETITIVE PRACTICES

bundle or loyalty discounts for products and services open to competition and for which La Poste occupies a dominant position; Decision 08-D-13 of 11 June 2008 relative to practices implemented in the sector of standard building maintenance, accepting the commitments proposed by Onet and companies in the Spid group: to introduce staff training on competition rules, to introduce a clause allowing dismissal for gross misconduct in case of personal participation in a cartel into staff work contracts and to set up a whistleblowing system, allowing any employee to anonymously report any suspected infringement under competition law to a mediator; Decision 09-D-24 of 28 July 2009 on France Télécom's practices on various fixed electronic communications services in French overseas *départements*, accepting the commitments proposed by the latter, notably: to strengthen staff training on competition law within certain departments, to introduce a whistleblowing system and to strengthen local legal support following the recent establishment of an overseas legal service).

Beyond their remedial nature, commitments sometimes make it possible to anticipate future anticompetitive practices and stabilise the functioning of a sector in a sustainable manner (see for example Decision 09-D-06 of 5 February 2009 regarding the practices of SNCF and Expedia Inc. in the sector of online travel sales, accepting the commitments proposed by SNCF that involved significantly lowering the price of their licence and allowing other online travel agencies to use the same connection system as Voyages-sncf.com if they so requested. In the longer term, it also committed to negotiate with third-party intermediaries to ask them to develop a new procedure for accessing its booking system, for the benefit of online travel agencies). Lastly, as they are necessarily proposed after a statement of objections, they are likely to resolve competition issues

arising from serious practices, which could not have been handled using commitments in application of paragraph I of Article L. 464-2 of the French Commercial Code (*Code de commerce*).

From the companies' point of view, the advantage of commitments notably lies in the possibility of an additional reduction in any fine, on top of that gained by agreeing to refrain from contesting objections. In this respect, the impact of the commitments undertaken on this reduction in the penalty can be significant, as the *Autorité* has shown itself to be particularly attentive to the quality of the commitments proposed and their effect on the functioning of the market.

Although optional, the commitments made in the context of a settlement procedure do contribute to maintaining free competition. Their utility varies depending on the remedies they contain. This is why the *Autorité* now specifically targets commitments likely to result in a reduction in the range of the penalty awarded in the context of a settlement.

MORE TARGETED COMMITMENTS

The *Autorité* accept a highly varied range of commitments on the basis of the provisions in paragraph III of Article L. 464-2 of the French Commercial Code (*Code de commerce*), which state that the company or body may agree "to alter its conduct".

Commitments may be strictly behavioural, with their content varying depending on the competition issues occurring in each case. They may also remedy practices that go against competition law, or perform a prevention or compliance role if they affect the internal decision-making methods of companies. One example of this is Decision 08-D-32 of 16 December 2008 regarding practices in the steel trade sector, under

COMMITMENTS IN RELATION TO ANTICOMPETITIVE PRACTICES

which PUM notably agreed to establish a new pricing system for its business. In Decision 08-D-29 of 3 December 2008 in relation to practices uncovered in the public metalwork maintenance sector, two companies belonging to the same group committed to refrain from bidding for public contracts together, to strengthen management control over the way in which bids were drawn up and submitted, and to keep an up-to-date register of the public calls for tender in which they had participated.

Commitments may also have a larger scope, with a more structuring nature, similar to those accepted on the basis of paragraph I of Article L. 464-2 of the French Commercial Code (*Code de commerce*).

This resulted, through Decision 12-D-06 of 26 January 2012 on practices in the aggregates sector and downstream markets in Saint Pierre and Miquelon, in the *Autorité* accepting commitments proposed by the economic interest group (EIG) "*Exploitation des carrières*" and the companies Allen-Mahé SARL, Atelier Fer SARL, Guibert Frères SARL and SSPT SA. These commitments were to separate aggregate production and road work, to make the conditions for the purchase of aggregates transparent and non-discriminatory for third parties to the EIG and, lastly, for the EIG to refrain from bidding on any contracts for public work. Decision 15-D-08 of 5 May 2015 concerning concerted practices in the sector for the sale of poultry meat also provides a good illustration of this type of commitment. The investigation services criticised the manufacturers and trade associations in the sector for a set of concerted practices contributing to a single anticompetitive aim, namely to reduce the uncertainty of operators when carrying out negotiations with their various categories of customer through the exchange of information or more in-depth cooperation, including concerted fixing of prices

and schedules. In the context of a “no contest of objections” procedure, the Federation of Poultry Industries (*Fédération des Industries Avicoles*) and 17 of the manufacturers concerned, representing almost the whole market, undertook a collective commitment – the first of its kind – to set up a far-reaching inter-branch organisation, with downstream integration through the participation of major retailers. This inter-branch organisation was finally established in May 2018. This demonstrates that the acceptance of behavioural remedies may lead, in certain situations, to the quasi-structural modification of market conditions.

In quantitative terms, when the “no contest of objections” procedure was in force, the majority of decisions applying paragraph III of Article L. 464-2 of the French Commercial Code (*Code de commerce*) concerned the establishment or improvement of a compliance programme (see for example Decision 14-D-19 of 18 December 2014 regarding practices implemented in the home care and insecticide product sector and in the hygiene and personal care product sector; Decision 15-D-03 of 11 March 2015 on practices implemented in the fresh dairy products sector; and Decision 15-D-19 of 15 December 2015 relating to practices implemented in the standard and express delivery industry). Indeed, of around 30 «no contest of objections» and settlement decisions with commitments, two thirds included remedies that involved – exclusively or otherwise – the introduction of compliance programs.

In its Framework Document of 10 February 2012 on Anti-trust Compliance Programmes, the *Autorité* defines the latter as “*programmes whereby companies or organisations express their commitment to certain rules and to the values or objectives on which they are based. Those programs generally also include a set of actions intended to assist companies in*

COMMITMENTS IN RELATION TO ANTICOMPETITIVE PRACTICES

building a genuine culture of compliance with those rules, but also in detecting likely misconducts, in remedying them and in preventing recidivism". These programmes rely not only on measures intended to create a compliance culture (training and awareness), but also on whistleblowing, advice, audit and accountability systems that help promote the right reflexes within companies (preventing, detecting and resolving cases of potential misconduct).

This type of remedy could lead the *Autorité* to reduce the company's fine by up to 10% in addition to the 10% reduction associated with the agreement to refrain from contesting the objections, and to the 5% reduction that may be given for other commitments, under the aforementioned framework document.

When the 2015 law adopting the settlement procedure was introduced, the *Autorité* changed its practice regarding commitments, specifically in relation to compliance commitments. Firstly, the *Autorité* noted that the entry into force of the settlement procedure put an end to the established "no contest of objections" procedure (notice of 19 October 2017 regarding the settlement procedure and compliance programmes). It then wished to demonstrate a different approach to compliance initiatives, as expressed in Decision 17-D-20 of 18 October 2017 regarding practices implemented in the hard-wearing floor coverings sector.

This new position proceeds from several observations: on the one hand – given the concerning practices of large companies – penalties must play a deterrent role, without commitments regarding compliance programmes reducing the amount of those penalties as a general rule. On the other hand, the main aim of compliance programmes should be efficiency in the interest of the companies themselves (as they allow the latter to avoid infringements and potentially

heavy penalties). Otherwise, there could even be an advantage in deferring the introduction of such programmes, in order to be able to propose them during a sanction procedure.

This position, which represents a change in policy, was expressed in the notice of 19 October 2017 regarding the settlement procedure and compliance programmes.

In 2012, following a notice of breach, the *Autorité de la concurrence* sought to encourage, by reducing penalties, the adoption of antitrust compliance programmes by companies. However, it seems that – 30 years after the entry into force of the Order of 1 December 1986 – there has been a development in competition culture among all economic stakeholders, and that the development and implementation of such programmes is designed to form part of the everyday management of companies, and constitutes a key element in good management.

The *Autorité* considers that commitments to implement such programmes no longer justify, in principle, a reduction in the financial penalty issued in the context of a settlement procedure. This change is also justified by improved understanding of competition law and the increased risks associated with an infringement of these rules. Directly affected by these issues, economic stakeholders must take the initiative in guarding against the threats they could pose to public economic order. This is why the *Autorité* encourages them to develop the implementation of compliance programmes, without waiting for a breach to be committed.

In addition, from a functional point of view for the *Autorité*, the monitoring of commitments involves a non-negligible

COMMITMENTS IN RELATION TO ANTICOMPETITIVE PRACTICES

administrative workload, which could threaten the procedural benefits sought in the context of settlement procedures.

The decision of the *Autorité* to stop agreeing – as a general rule and with the exception of special circumstances relating to the position of the company, infringements observed or the public interest – to reduce the amount of penalties in exchange for commitments based on the introduction of a compliance programme demonstrates its desire to encourage companies to propose more targeted commitments for the effective re-establishment of free and undistorted competition.

PROCEDURE

In the context of a settlement procedure, the *Autorité* must respect the principle of functional separation. This separation also applies to any additional commitments undertaken by the companies or bodies concerned. This is why their development and adoption involve the General Rapporteur and the Board.

Role of the General Rapporteur

The settlement procedure, similarly to the “no contest of objections” procedure used previously, may be implemented for any case examined by the *Autorité* under provisions regarding anticompetitive practices, as soon as the latter opens the *inter partes* examination procedure provided for under Articles L. 463-1 onwards of the French Commercial Code (*Code de commerce*) by notifying one or several economic stakeholders of objections.

It is for the body or company in receipt of the statement of objections to determine whether or not to refrain from contesting the objections and propose commitments to modify its behaviour in future.

In the same way, if the General Rapporteur agrees to enter settlement with the company, they have discretionary powers to take into account the proposed commitments to consider them, where relevant, when setting the penalty range and submit them, or not, for approval by the *Autorité*. These discretionary powers notably relate to the relevance of the commitments proposed.

In this procedure, contrary to usual “commitment procedure” practices, there is no market test. The final version of the commitments to be presented to the Board during the hearing is therefore solely based on the discussions between the company or body and the General Rapporteur.

In the event that the body or company in question proposes commitments to modify its behaviour in future, and where the General Rapporteur deems it appropriate to propose that the *Autorité* take this into account, it is responsible for ensuring, where relevant, that these commitments are substantial, credible and verifiable. If they do not meet these conditions, the General Rapporteur may invite the company concerned to modify them as necessary or, failing that, decide not to suggest that the *Autorité* take them into account.

If the General Rapporteur decides that the discussions described in the previous section have led to satisfactory results, they indicate to the body or company in question that they will take the proposed commitments into account when determining the minimum and maximum financial penalty envisaged in the settlement proposal to be submitted.

The agreement between the body or company in question and the General Rapporteur is recorded in a report, signed by the parties. Where applicable, it also contains the text of the latest statement of commitments proposed by the company concerned.

Role of the Board

“When hearing a case in which the settlement procedure has been applied, the Board shall examine the facts and notified objections, as well as the settlement report. If it considers that the conditions for imposing a fine are met, it shall impose a fine within the range set by the settlement report” (paragraph 32 of the procedural notice of 21 December 2018 on the settlement procedure).

Where the General Rapporteur has also proposed taking into account commitments entered into by the party concerned, the Board verifies that these commitments are substantial, credible and verifiable. If the Board considers during the hearing that the commitments are not acceptable as they stand, but that the company or body is proposing amendments to make them acceptable, the Board may make the improved commitments binding and impose a financial penalty taking into account the minimum and maximum amounts set out in the settlement report.

However, the Board cannot take into account commitments that have not been appended to the settlement report submitted by the General Rapporteur in setting the financial penalty imposed on the company or body (on this point, see Decision 17-D-20 of 18 October 2017 regarding practices implemented in the hard-wearing floor coverings sector, paragraphs 462 and 463).

* * *

As a result, *ex post*, behavioural measures have until now been the sole type of commitment accepted by the *Autorité*. These commitments have different aims depending on the basis on which they are made obligatory, either preventing a sanction procedure from being opened in the context of the “commitment procedure” or, after it has been opened, reducing the amount of the penalty issued in the context of a “settlement” procedure. However, they form part of a common streamlining dynamic, as shown by the favouring of quasi-structural commitments and the changes in the *Autorité*’s practice regarding compliance commitments. Lastly, more generally, they are carefully monitored, like all commitments.

**4/ PROCEDURE
FOR MONITORING
AND REVISING
COMMITMENTS**

PROCEDURE FOR MONITORING AND REVISING COMMITMENTS

The life cycle of commitments is structured around the same two cardinal principles as those guiding their development. This is why, throughout the duration of their application, these remedies must remain useful and effective. For commitments to be effective, they must be applied consistently by their creator. The *Autorité* checks this by monitoring them. However, changes in actual or legal circumstances that occur before the end of their implementation period are likely to alter or even eliminate their utility. These developments justify the re-examination of commitments with a view to modifying them or, where necessary, lifting them.

Monitoring compliance with commitments

In order to ensure that commitments have the intended effect on competition, it is essential to monitor their correct implementation. The *Autorité*⁷⁵ therefore carefully monitors all decisions subject to commitments. Monitoring is done in various ways and may lead, in the event of a failure to comply with one of the measures monitored, to the opening of a sanction procedure. The *Autorité* has issued around ten decisions in this context since 2008.

⁷⁵ Previously, this task was assigned to the French Minister for the Economy.

MONITORED DECISIONS

All decisions to accept commitments are monitored,⁷⁶ whether they concern structural⁷⁷ or behavioural remedies. Monitoring takes place throughout the commitment implementation period. This is always shorter in the first case, which generally involves the sale of assets, than the second, which requires regular, careful monitoring for the whole period.

Verifying these commitments often involves the mobilisation of significant resources, for the investigation services in particular. Indeed, while it is easy in principle for the *Autorité* to assess compliance or non-compliance with structural commitments, evaluating the implementation of behavioural remedies requires an analysis, sometimes delicate, of the actions of their creator and the context of their implementation. In addition, the *Autorité* has already observed that *“monitoring compliance with behavioural remedies is likely to be, all other things being equal, more complex than in the case of structural measures such as commitments to sell a business within a given deadline”* (see Decision 12-D-15 of 9 July 2012 on compliance with commitments in the decision clearing Groupe Bigard’s takeover of Socopa Viandes). This difficulty justifies the *Autorité* taking time to check the choice of commitments and its capacity to monitor them.

⁷⁶ Under anticompetitive practice law, this covers commitment decisions taken on the basis of paragraph I of Article L. 464-2 of the French Commercial Code (*Code de commerce*) and decisions taken on the basis of paragraph III of the same Article. Under competition law, this relates to commitments undertaken during phase 1 in application of paragraph II of Article L. 430-5 of the aforementioned code or in phase 2 under paragraph II of Article L. 430-7 of the same code.

⁷⁷ Exclusively under merger law for the moment, as the *Autorité* has never yet accepted structural commitments under anticompetitive practice law.

PROCEDURE FOR MONITORING AND REVISING COMMITMENTS

This is all the more true for the commitment procedure provided for under paragraph I of Article L. 464-2 of the French Commercial Code (*Code de commerce*), which notably aims to rationalise the use of the resources allocated to anticompetitive practices.

In legal terms, monitoring compliance with commitments stems from the *Autorité's* obligation to check that all its decisions are implemented, in accordance with the sixth paragraph of Article L. 464-8 of the Commercial Code. In relation to merger law, the French Administrative Supreme Court (*Conseil d'État*) has recalled that this requirement arises from the very capacity to accept commitments (on this point, see French Administrative Supreme Court, *Assemblée*, 21 March 2016, NC Numéricable, n° 390023, *in Recueil*).

On 31 October 2018, the *Autorité* was actively monitoring 18 companies in relation to commitments accepted in application of paragraph I of Article L. 464-2 of the Commercial Code, in comparison to 53 companies in relation to commitments made under paragraph III of the same Article.

On the same date, 30 commitments made following merger clearance decisions were actively being monitored, including two made under the French Minister for the Economy prior to 2009.

Monitoring compliance with commitments is an important role for the *Autorité*, which has various means to perform it effectively.

The various commitment monitoring processes

In order to effectively monitor the commitments it has accepted, the *Autorité* may seek assistance from a trustee, which does not however preclude recourse to other processes.

Monitoring by an independent third party

Role of the trustee and commitment monitoring methods

In anticompetitive practice law

The trustee is a third party to whom the *Autorité* has entrusted the monitoring of commitments, independent of the parties, and who plays an auxiliary role to the *Autorité*.

The trustee reports to the *Autorité* on the mission, according to the agreed system, in the reports they send and informs it, where necessary, of any failure by the company to respect the commitments.

Most frequently, the trustee submits a work plan to the *Autorité* for approval at the start of the mission, specifying the methods to be used to successfully perform the task. A copy may be then be sent to the companies concerned.

Several reports are then sent by the trustee to the *Autorité* during the mission, in order to keep it informed of the progress made. On their own initiative, the trustee may also inform the *Autorité*, if the circumstances so justify, of any information associated with the mission that they consider useful. In addition, as a representative of the *Autorité*, the trustee may be solicited by the latter regarding any issues related to their mandate.

Lastly, the trustee is responsible for informing the *Autorité* if they believe, on the basis of reasonably justified elements,

PROCEDURE FOR MONITORING AND REVISING COMMITMENTS

that the companies concerned are failing to comply with the commitments undertaken.

In merger law

To guarantee the effectiveness of merger control, the *Autorité* rigorously monitors the implementation of injunctions, instructions and commitments featuring in clearance decisions, whether those decisions were taken by the *Autorité* or the French Minister for the Economy. It may be assisted, where necessary, by an independent trustee that it approves on a proposal from the company.

A trustee is not systematically appointed to monitor compliance with commitments undertaken as part of merger control, although it is recommended in the aforementioned guidelines, notably in the case of behavioural remedies that may be difficult to monitor.

Circumstances in which the *Autorité* appoints a trustee

In anticompetitive practice law

As seen in Decision 13-D-15 of 25 June 2013 on practices implemented in the sector of sea freight transport between Northern Europe and the French Antilles, the *Autorité* chooses to appoint a trustee to monitor the correct implementation of certain commitments where that “*proves to be both useful and necessary, as [that] allows the *Autorité de la concurrence* to check [them] and monitor [them] effectively [...] while avoiding an excessive use of resources*”. Indeed, certain commitments represent “*a disproportionate burden [for the *Autorité*] although one of the aims of a commitment procedure is to increase simplicity and rapidity, in order to let the *Autorité* free up resources for other activities*” (paragraph 164 of the decision).

In practice, recourse to a trustee remains, on the whole, relatively rare in the context of commitments regarding anticompetitive practices. In 10 years, the *Autorité* has only taken such a step in five decisions.

Four of those decisions involved commitments taken on the basis of paragraph I of Article L. 464-2 of the French Commercial Code (*Code de commerce*).

In the first case, the role of the trustee was to monitor, twice yearly, the use rate of unused capacity pre-empted by CMA-CGM by those entering into agreements with the latter, to ensure that new operators were not being prevented from entering the market (Decision 13-D-15 mentioned previously).

In the second case, the trustee had to monitor the commitment undertaken by PMU to separate the pool of bets registered at physical outlets from those registered online (Decision 14-D-04 of 25 February 2014 concerning the practices implemented in the online horse racing betting sector).

In the third, the role of the trustee was to monitor the changes to the internal organisation of VST, a subsidiary of SNCF, notably in terms of establishing and isolating a designated team that would have no development role and would not communicate with VSC, another SNCF subsidiary (Decision 14-D-11 of 2 October 2014 on the practices implemented in the train ticket distribution sector).

In the last case, the trustee was required to ensure the effective implementation of commitments made by several companies in the SNCF group, which introduced a certain number of conditions that had to be respected regarding contracts providing technical support to urban transport operators (Decision 15-D-05 of 15 April 2015 regarding the practices

PROCEDURE FOR MONITORING AND REVISING COMMITMENTS

implemented by the SNCF group in the passenger transport sector).

The *Autorité* also chose to appoint a trustee in the poultry case (Decision 15-D-08 of 5 May 2015 concerning concerted practices in the sector for the sale of poultry meat) to monitor the particularly wide-ranging remedies that were accepted in the context of a “no contest of objections” procedure.

After the decision, a certain number of manufacturers involved in the poultry sector undertook the collective commitment to set up a far-reaching inter-branch organisation, with downstream integration through the participation of major retailers (regarding the inter-branch notion, see Opinion 18-A-04 on the agricultural sector, notably paragraph 147). The role of trustee in this case was to monitor compliance with these commitments, notably by participating in all the Prefiguration Committee meetings and, where applicable, those of the inter-branch organisation, and to regularly submit reports to the *Autorité* on the progress made and any obstacles encountered.

In these various cases, the appointment of a trustee facilitated and simplified the task of the *Autorité* and allowed the latter to save its resources by avoiding the excessive mobilisation of staff members to monitor the commitments made. It can be observed that appointing a trustee appears to be useful in the monitoring of complex commitments, such as the pricing commitments accepted by the *Autorité* as part of Decision 17-D-16 of 7 September 2017 regarding the practices implemented by Engie in the energy sector, following which the company committed to improve the reliability of the profitability analysis of its market offers, to ensure that the price of its market offers covered their average avoidable costs and to strengthen the monitoring of its price policy. Another example of this are the commitments made by La

Poste following Decision 17-D-26 of 21 December 2017 regarding practices implemented in the collection and recovery of non-hazardous office waste sector.

In merger law

Unlike structural or quasi-structural commitments, whose implementation may be monitored by a trustee in certain cases – such as, for example, the irreversible modification of price clauses – behavioural remedies require closer monitoring by the *Autorité*, which may in such cases seek the support of a trustee independent of the parties.

In practice, it therefore asks companies undertaking behavioural remedies to make provision for appointing a trustee whose task is to ensure correct implementation throughout the commitment validity period. As this period is generally five years, as mentioned above, with the possibility of renewal, the role calls for meticulous monitoring.

System for appointing the trustee

In anticompetitive practice law

The commitments undertaken by companies generally contain provisions to the effect that they must submit the name of a candidate for the role of trustee for approval by the *Autorité*, within a certain period of the decision accepting those commitments.

The trustee must be independent of the parties, have the required qualifications to fulfil their mandate (notably knowledge of the sector concerned by the decision), and must not create or become the subject of a conflict of interests.

If the candidate is not approved by the *Autorité*, the commitments may include the requirement that the company

PROCEDURE FOR MONITORING AND REVISING COMMITMENTS

concerns submit a new candidate, by a certain deadline. If this person is once again rejected, there may also be provision for the *Autorité* itself to select the trustee of its choice, after consulting the company concerned.

Once the trustee has been approved, the company formalises the contract setting out their mission, specifies how they will perform their work and sets the remuneration conditions. The *Autorité* may make any changes to the contract it deems useful.

The trustee is paid by the company under conditions that allow their independent position to be maintained.

In merger law

The system for appointing the trustee is covered by the texts concerning the commitments undertaken. It has changed since 2009 in order to take into account examples of best practice from other competition authorities, in particular the Commission.

The procedure for appointing a trustee is similar for all types of commitment, although the commitment template featured in Appendix F of the *Autorité de la concurrence* guidelines on merger control covers divestiture commitments specifically. This procedure states that the notifying company will designate a monitoring trustee to perform the functions specified in the commitments.

Two weeks at the latest after the effective date, the company must submit to the *Autorité*, for approval, a list of one or several people that it proposes appointing as trustee responsible for monitoring. Where applicable, at the latest one month before the end of the first divestiture period, the notifying company must submit to the *Autorité*, for approval, a list of one or several people that it proposes appointing as trustee for the divestiture, on the understanding that the trustee

responsible for monitoring and the trustee for the divestiture may be one and the same.

Inspired by the practice of the Commission, the *Autorité* began specifying in the commitments that the company must provide a list of at least three people, to avoid appointment of the trustee being postponed in the event of approval being initially refused. This system also uses a competitive bidding approach to appoint the trustees, which helps structure this new activity.

The trustee proposal must include sufficient information to allow the *Autorité* to check that they meet the required conditions, as mentioned above, and contains: (i) the full text of the draft mandate, including all the provisions necessary for the trustee to perform their functions regarding the commitments; (ii) an outline of the work plan describing how the trustee intends to perform their mission; and (iii) a note regarding whether the trustee proposed would serve as the trustee responsible for monitoring and as the trustee for divestiture, or whether two separate trustees are being proposed for the two functions.

The *Autorité* has discretionary power to approve or reject a trustee and the terms of the proposed mandate, subject to any modifications it deems necessary to achieve the obligations. If just one name is approved, the notifying company must appoint or have appointed the person or institution concerned as trustee, in accordance with the terms of the mandate approved by the *Autorité*. If several names are approved, the company is free to appoint a trustee from among the approved names. The trustee must generally be appointed within a short period of one week following the approval of the *Autorité*, in accordance with the terms of the mandate it approved.

PROCEDURE FOR MONITORING AND REVISING COMMITMENTS

If all the proposed trustees are rejected, the notifying company must submit the names of at least two other people or institutions within one week of the date on which it is informed of the rejection by the *Autorité*.

If all the trustees put forward under this new proposal are rejected by the *Autorité*, the latter appoints one or several trustees itself, which the notifying company must appoint or have appointed in accordance with a mandate approved by the *Autorité*.

Other monitoring processes

In anticompetitive practice law

There are various other ways of monitoring compliance with commitments, which differ from one decision to the next.

Most often, it falls to the company itself to report on the implementation of its commitments and provide evidence of their correct execution directly to the *Autorité*. Companies usually fulfil this requirement by sending regular reports. For example, this was how Visa committed to send, for a period of four years dating from the application date of its commitments, a detailed confidential report to the *Autorité* regarding the implementation of the commitments over the previous year (Decision 13-D-18 of 20 September 2013 in relation to Visa's practices in the payment card sector). After analysing the report sent, the *Autorité* may request further details, explanations or additional documents from the company to ensure the effective implementation of the commitments.

Certain processes can demonstrate a more innovative approach. In the 2007 TDF decision (Decision 07-D-30 of 5 October 2007 relative to practices implemented by TDF in the sector of terrestrial analogue broadcasting of audiovisual

services), the company committed to set up, within its television division and in liaison with its legal department, an “assessment and follow-up committee”. The committee would meet on a quarterly basis, and had the following tasks:

- to draw up a list of the broadcast service points transferred by television channels;
- to draw up a list of early cancellations of bipartite and tripartite contracts;
- to send the *Autorité* and French Broadcasting Regulator (CSA) the reports of each quarterly meeting of the committee within 15 days of the meeting;
- and to inform the same authorities, according to the same conditions and on a quarterly basis, of the number of service points transferred on the request of terrestrial analogue channel operators to competing broadcasting operators.

In the same vein and more recently, in the delivery industry, GLS BV committed to set up a compliance committee comprising directors from the GLS group, the GLS group compliance and directive manager and the compliance director from the Royal Mail Group. The role of this committee is to ensure that commitments are implemented and to discuss any issues regarding compliance. It meets at least twice a year and can report any concerns directly to the Royal Mail Group monitoring bodies, notably if a potential infringement of French and/or European competition law has been identified (Decision 15-D-19 of 15 December 2015 relating to practices implemented in the standard and express delivery industry).

Monitoring commitments can also involve the completion of an administrative survey if there are doubts regarding their correct implementation. In the Festina case (Decision 06-D-24 of 24 July 2006 regarding the distribution of watches marketed by Festina France), the commitments undertaken

PROCEDURE FOR MONITORING AND REVISING COMMITMENTS

by the company involved offering its current and future sellers a new framework contract for distribution that incorporated contractual stipulations applicable to distance selling, notably online sales, as well as two new specific contracts for distance selling, whether online or mail order. A monitoring survey was sent by the Lyon Competition Investigations Brigade (*Brigade d'enquêtes de concurrence*) to Festina and several of its sellers. It found that the company had sent each of the sellers, from 12 July 2007, a letter proposing a new framework contract for distribution that complied with the commitments approved by the *Conseil*. At the same time, the sellers had been informed of the existence of specific contracts for distance selling, whether online or mail order, that they needed to request if they were involved in these types of selling. The agents performing the survey were also able to observe, after polling several sellers, that the monitoring data provided by Festina France were reliable. It was therefore concluded that the latter had "*respected its commitments in accordance with what was accepted by the Conseil to address competition concerns, and demonstrated active monitoring of the signing process*" (Report of the French Minister for the Economy in the 2007 Annual Report of the *Conseil de la Concurrence*, page 377 – for other examples of commitments met, see in particular Decision 06-D-20 of 13 July 2006 relative to practices implemented by France Télécom, PagesJaunes Group and PagesJaunes SA in the sector for the provision of directory assistance via telephone and internet; or Decision 06-D-28 of 5 October 2006 relative to practices implemented in the sector of selective distribution of hi-fi and home cinema equipment).

Lastly, the monitoring of the introduction of compliance programmes undergoes a critical examination that may result in the *Autorité* formulating recommendations, for example on the content of training or awareness-raising actions for staff

in relation to competition law. In this way, the *Autorité* has been able to note, in certain training support material, inappropriate advice given to staff regarding inspections and referrals, which did not take into account the current laws applicable in that area. For example, it has been possible to issue a reminder of the provisions of the French Commercial Code (*Code de commerce*), which prohibit any attempts to hinder or obstruct investigations, or to withhold information without justification. This example demonstrates the importance the *Autorité* attaches to ensuring respect for both the letter and spirit of commitments regarding compliance programmes, rather than purely formal compliance.

In merger law

The *Autorité* systematically monitors compliance with commitments (and injunctions and instructions). This is done by the Mergers Unit and involves all the case officers (*rappor-teurs*) in the unit. Monitoring may comprise, where relevant, requests for information or third-party consultations in the event that there are doubts regarding compliance with the commitments made, particularly in the case of behavioural remedies that require long-term monitoring.

The *Autorité* keeps abreast of the correct implementation of commitments through various sources.

Firstly, it receives, at regular intervals and according to the conditions specified in the commitments, a report from the notifying company or from a trustee appointed for this purpose, or even from both of them.

Secondly, a referral may be made by any third party that believes there has been a failure, or partial failure, to comply with the commitment. This is usually done by the main parties with an interest in the effects of the commitment

PROCEDURE FOR MONITORING AND REVISING COMMITMENTS

(suppliers, competitors or customers). If a trustee has been appointed to monitor the commitment, the *Autorité* sends them the information received and works with them to evaluate the implementation problems raised.

Thirdly, the *Autorité* can, in the absence of any complaint, investigate on its own initiative if there are doubts – notably raised by unfavourable changes on the market or public information – which could indicate that the commitment has not been fully or correctly implemented.

The monitoring of commitments, which is necessary to guarantee their effectiveness and credibility in the context of future cases, is facilitated by the clear communication of the decisions taken and the commitments made. These are systematically published on the *Autorité* website, with respect for the business secrecy of the parties.

Having been submitted to a market test during the procedure, the commitments are generally known by the main third parties concerned, which have been questioned using a version of the commitments with any business secrets removed. However, to put the market in a position to issue an informed view on the commitments proposed, this version must be as comprehensive as possible. The *Autorité* therefore requires the notifying party to divulge as much information as possible, with the exception of information likely to harm its legitimate interests.

In this respect, behavioural remedies receive greater publicity than structural commitments.

The duration of behavioural remedies is not generally concealed; this constitutes important information, as the period during which the commercial behaviour of the new entity is restricted must be sufficient to allow the re-establishment, at the end of the commitments, of the structure

of the markets concerned by allowing operators to develop offensive strategies to counterbalance the market power generated by the merger. Depending on the sectors concerned and the type of concerns identified, this duration is not fixed, although it is generally recognised that a period of five years, possibly renewable once, is an acceptable duration. This transparency cannot be fully implemented in structural commitments without compromising their successful execution; indeed, too much publicity, particularly regarding the divestiture details, risks harming the viability of the assets sold, especially in the case of alternative commitments.

Transparency in the context of behavioural remedies also allows interested third parties to check whether the notifying party is complying with its commitments towards them and, where necessary, inform the trustee or *Autorité* of any failures in this respect.

As part of its reflections on the role of trustees in the monitoring of commitments, the *Autorité* plans to improve this transparency by publishing the names and contact details of the trustees appointed in each commitment case in force.

The *Autorité* therefore has several tools to ensure that the remedies it has accepted are effectively implemented. If the commitments are not correctly applied, it can sanction the companies responsible for them.

SANCTIONING POWERS OF THE AUTORITÉ IN THE EVENT OF NON-COMPLIANCE WITH COMMITMENTS

The *Autorité* may sanction any instances of non-compliance with behavioural remedies it has previously accepted. These powers are granted by Article L. 464-3 of the French Commercial Code (*Code de commerce*) in relation to commitment decisions under anticompetitive practice law, and paragraph

PROCEDURE FOR MONITORING AND REVISING COMMITMENTS

IV of Article 430-8 of the same code under merger law. This right proceeds from the same reasoning regarding the need to ensure that commitments are effective, which therefore requires them to be respected. Nevertheless, the procedures provided for by these two Articles are not strictly identical, as demonstrated by the applicable procedures and the penalties likely to arise from them.

General principles applicable to checking compliance with commitments

Checks to ensure compliance with commitments form part of a coercive procedure, which is likely to lead to the issuing of an administrative penalty. This explains why the procedure governing them aims to ensure strict compliance with the measures being checked, whether the latter were accepted to put an end to competition concerns or whether they accompany a settlement procedure or merger clearance decision.

In this way, commitments are considered to require strict interpretation (on this point, for anticompetitive practice law see Decision 10-D-21 of 30 June 2010 regarding the compliance of Neopost France and Satas with the commitments made under *Conseil de la Concurrence* Decision 05-D-49 of 25 July 2005, Decision 15-D-02 of 26 February 2015 regarding the compliance of GIE “Les Indépendants” with the commitments made under *Conseil de la Concurrence* Decision 06-D-29 of 6 October 2006, and Paris Court of Appeal, 10 September 1996, Société Méditerranéenne de Béton; and for merger law see French Administrative Supreme Court (*Conseil d’État*), *Assemblée*, 21 December 2012, Groupe Canal Plus, Vivendi, n° 353856, *in Recueil*).

However, as indicated by Vincent Daumas in his conclusions on the Groupe Canal Plus case mentioned in the preceding paragraph, “*strict interpretation does not, however, mean*

strictly literal [interpretation]. *When the letter of a commitment, contrary to what it should be, is not clear and precise, it will be possible to clarify its exact scope by referring to either its context, namely its place in the set of obligations arising from the clearance decision, or to the objective sought by the issuer of this decision, on the condition of course that this objective has been explicitly stated*". The commitment is then clarified using the other provisions of the decision, its purpose and its context. Enlightened by the circumstances under which the commitment was accepted, the *Autorité* is therefore able, under the oversight of the court, to apply its full useful scope.

In addition, this interpretation cannot be limited to superficial checks on compliance with commitments. On this point, past decisions show that the principle of strict interpretation of remedies "*cannot however have the effect of limiting the assessment of compliance with a commitment or injunction to purely formal considerations*" (Decision 15-D-02 of 26 February 2015 regarding the compliance of GIE "Les Indépendants" with the commitments made under *Conseil de la Concurrence* Decision 06-D-29 of 6 October 2006, confirmed by the judgement of the Paris Court of Appeal, 6 October 2016, GIE "Les Indépendants", n° 2015/06776, in turn confirmed by the French Supreme Court (*Cour de cassation*), Commercial Chamber, 26 September 2018, GIE "Les Indépendants", n° 16-25.403). In this decision, the *Autorité* notably observed that several modifications to the internal rules of procedure of GIE "Les Indépendants" contravened the objectives established by this group, such as the extension of the notice period to be respected by a radio station leaving the group, which delayed the point at which the radio station could market its own advertising offers under its own name.

PROCEDURE FOR MONITORING AND REVISING COMMITMENTS

Judicial case law also considers that compliance with remedies must therefore go further than mere appearances. Accordingly, upon referral of an appeal against a sanction decision for non-compliance with an injunction, the Paris Court of Appeal ruled that *“the Conseil did not overstep its powers [...] when checking whether the deleted clauses had been replaced with other stipulations that, although formulated differently, would have brought about the prohibited legal consequences”* (Paris Court of Appeal, 21 February 2006, SEMUP e. a., n° 2005/14774, p. 6).

Similarly, in merger law, the French Administrative Supreme Court (*Conseil d'État*) recognised the right of the *Autorité* to search for any attempts to “circumvent” commitments. In this respect, it specifies that the *Autorité* *“has the right to check whether, even in the event of formal compliance with the criteria expressly provided for under a commitment that market changes have not stripped of its purpose, the parties that have undertaken the commitment have adopted measures or behaviours that eliminate the impact of the commitment and produce the anticompetitive effects it was intended to prevent”* (French Administrative Supreme Court, *Assemblée*, 21 December 2012, Groupe Canal Plus, Vivendi, n° 353856, *in Recueil*). This is what led to the ruling that the *Autorité* had not committed any error of judgement in deciding that a commitment to maintain the availability of a channel was not being respected if the quality and attractiveness of that channel were significantly reduced.

The strict interpretation of commitments protects the companies undertaking them. However, correspondingly, this principle also requires them to comply with all the remedies prescribed to the letter. Indeed, checking compliance with commitments does not take the form of an overall assessment, but covers compliance with the measures taken one by

one, each having an obligatory value (on this point, for merger law see Decision 12-D-15 of 9 July 2012 on compliance with commitments in the decision authorising Groupe Bigard's takeover of Socopa Viandes; and for anticompetitive practice law see Decision 18-D-09 of 21 June 2018 relating to compliance with the commitments made by Randstad in *Conseil de la Concurrence* Decision 09-D-05 of 2 February 2009).

This principle of strict interpretation is accompanied by the obligation, for the *Autorité*, to assess compliance with the remedies concerned in a purely objective manner, without being required to seek out any malicious intent or negligence by the party committing the breach. To this end, the *Autorité* has already had cause to indicate that *"the procedure for non-compliance with commitments instituted by Article L. 464-3 of the French Commercial Code (Code de commerce) has an objective nature, such that failure to comply with a commitment is punishable by a financial penalty without any need to demonstrate [...] fraudulent intent by the party committing the breach, the existence of an anticompetitive practice characterising such a breach or the seriousness of the consequences for the market concerned"* (Decision 11-D-10 of 6 July 2011 regarding the compliance of the Marseille city authorities with the commitments taken under *Conseil de la Concurrence* Decision 08-D-34 of 22 December 2008). This objective stance is also required when checking commitments undertaken in connection with a merger clearance decision. This is all the more understandable given that merger law constitutes an administrative police system. Given that its sole aim is to maintain public economic order, judging the intent of market stakeholders has no impact on the performance of this mission.

Similarities and differences in sanction procedures

In accordance with the general principles applicable to all sanctions, those issued on the basis of paragraph IV of

PROCEDURE FOR MONITORING AND REVISING COMMITMENTS

Article L. 430-8 of the French Commercial Code (*Code de commerce*) and Article L. 464-3 of the same code come at the end of written and oral *inter partes* proceedings allowing the investigation service to set out its analysis of the case in its report, and the parties concerned to give a response.⁷⁸

However, the practical organisation of the procedure diverges on several points.

As a result, the scope of the referral for a procedure relating to non-compliance with commitments is broader under anticompetitive practice law than merger law. Indeed, in the first case, the *Autorité* can both initiate an action of its own motion⁷⁹ and receive referrals from the French Minister for the Economy or any company or body concerned, in accordance

78 In its *Groupe Canal Plus and Vivendi Universal* decision ((French Administrative Supreme Court (*Conseil d'État*), *Assemblée*, 21 December 2012, n° 353856, in *Recueil*), the French Administrative Supreme Court notably recalled that “*the granting in law to an administrative authority of the power to set rules within a set domain and to ensure they are respected, through the exercise of powers to check the activities carried out and sanction any breaches observed, does not contravene the requirements of Article 6, paragraph 1 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as long as these sanctioning powers are managed in such a way as to ensure the respect of rights regarding defence, an inter partes procedure and a fair decision*”.

79 In the *Groupe Canal Plus and Vivendi Universal* decision mentioned above, the French Administrative Supreme Court (*Conseil d'État*) decided that the *Autorité's* right to initiate an action of its own motion was subject to sufficient control with regard to the principle of fairness contained in Article 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. In the same way, and in the same case, the French Constitutional Council (*Conseil constitutionnel*), to which a priority ruling on constitutionality had been referred by the French Administrative Supreme Court, notably declared that the provisions of Article L. 462-5 of the French Commercial Code allowing the *Autorité* to initiate an action of its own motion were compliant with the Constitution (Decision 2012-280 QPC of 12 October 2012).

with the provisions of Article L. 462-5 of the French Commercial Code (*Code de commerce*) and under paragraph 46 of the Notice on Competition Commitments issued on 2 March 2009.

The deadlines for the procedure are also different. The procedure applicable to merger law grants the parties issuing notification of the transaction and the representative of the French Minister for the Economy 15 working days to present their observations in response to the communication of the report by the investigation services. This tight deadline is explained by the general economy of this sanction procedure, which must lead the *Autorité* to issue a decision rapidly, within a period of 75 working days, which is not however mandatory "*under penalty of withdrawal of jurisdiction or procedural irregularity*" (French Administrative Supreme Court, 31 March 2017, Altice Luxembourg and Numéricable-SFR, n° 401059). At the same time, the French Administrative Supreme Court has also specified that this deadline "*is measured from the point at which [the Autorité] receives observations from the parties in response to the communication of the report mentioned in the second paragraph of Article L. 463-2 of the French Commercial Code or, in the absence of any such observations, after the deadline of 15 working days provided for in the fifth paragraph of IV of Article L. 430-8 of the same code has expired*".

On the other hand, the procedure allowing the *Autorité* to sanction non-compliance with commitments made under anticompetitive practice law is not subject to any deadline. This is why Article R. 464-9 of the French Commercial Code allows the parties and the representative of the French Minister for the Economy to present their observations for a period of two months. Nevertheless, if urgency so requires, the General Rapporteur can reduce this period to one month.

Diversity of measures likely to be issued by the *Autorité*

The measures likely to be issued by the *Autorité* against operators that have not fulfilled their commitments vary according to the procedure implemented.

Under merger law, paragraph IV of Article L. 430-8 of the French Commercial Code states that: *"If it considers that the parties have not fulfilled an order, requirement or commitment in its decision, the Autorité de la concurrence records a breach of these obligations. It may: 1° Withdraw the decision authorising the merger. Unless the situation is returned to the state prior to the merger, the parties are required to notify the merger again, within one month of the withdrawal of the decision, otherwise they will incur the penalties specified in I; 2° Order the parties subject to the unfulfilled obligation, subject to a periodic penalty payment, to fulfil, within the limits of the provisions in II of Article L. 464-2, the injunctions, instructions or commitments included in the decision, within a deadline it sets; 3° Order the parties subject to the obligation, subject to a periodic penalty payment, to fulfil, within the limits of the provisions in II of Article L. 464-2, injunctions or instructions in place of the unfulfilled obligation, within a deadline it sets. In addition, the Autorité de la concurrence may impose on the persons subject to the unfulfilled obligation, a financial penalty that may not exceed the amount defined in I [...]"*. The Commercial Code therefore makes available to the *Autorité* a wide range of measures, which can be divided into two categories.

The first includes all measures intended to maintain or restore a sufficient level of competition on the markets concerned by the cleared transaction. To this end, the *Autorité* may decide to order offenders to comply with their unfulfilled commitments within a deadline it sets, subject to periodic

penalty payments or, since the legislative reform of 2015,⁸⁰ decide to replace those commitments with injunctions, also subject to periodic penalty payments (see for example Decision 17-D-04 of 8 March 2017 regarding compliance with the commitment in the decision clearing the acquisition of SFR by Altice, in relation to the agreement with Bouygues Telecom of 9 November 2010, confirmed by the French Administrative Supreme Court (*Conseil d'État*), 28 September 2017, Altice Luxembourg and SFR Group, n° 409770, *in Recueil*).

More radically, the *Autorité* can even decide to withdraw the decision clearing the transaction (see for example Decision 11-D-12 of 20 September 2011 regarding compliance with the commitments in the decision clearing the acquisition of TPS and CanalSatellite by Vivendi Universal and Groupe Canal Plus, confirmed on this point by the French Administrative Supreme Court, *Assemblée*, 21 December 2012, Groupe Canal Plus, n° 353856, *in Recueil*).

The second category includes financial penalties that the *Autorité* may impose on companies that contravene their commitments. Financial penalties may be issued alone (see for example Decisions 12-D-15 of 9 July 2012 on compliance with commitments in the decision authorising Groupe Bigard's takeover of Socopa Viandes; 16-D-07 of 19 April 2016 on compliance with the commitment to divest of Outremer Telecom mobile telephone activities on Reunion Island and Mayotte in the decision authorising the acquisition of SFR by Altice, confirmed by the French Administrative Supreme Court, 31 March 2017, Altice Luxembourg and

⁸⁰ French Law 2015-990 of 6 August 2015 for Growth, Activity and Equal Economic Opportunities.

PROCEDURE FOR MONITORING AND REVISING COMMITMENTS

Numéricable-SFR, n° 401059), or combined with the “corrective” measures mentioned in the previous paragraph.

The *Autorité* has a more limited range of measures under anticompetitive practice law. Article L. 464-3 of the French Commercial Code only provides for financial penalties for companies that fail to fulfil their commitments. These provisions refer to Article L. 464-2 of the same code for the determination of the legal limit of these penalties. Higher than that provided for under merger law,⁸¹ the applicable limit in the event of non-compliance with commitments regarding anti-competitive practices is identical to the limit applicable to penalties issued for any breach of competition law: 3 million euros if the offender is not a company⁸² and 10% of global pre-tax turnover if the offender is a company. This amount reflects the importance attached by the legislator to the correct application of the remedies undertaken by the offenders themselves.

In relation to commitments undertaken in application of paragraph I of Article L. 464-2 of the French Commercial Code, the *Autorité* may force the companies or bodies that proposed them to comply with them by imposing a periodic penalty payment on the basis of paragraph II of the aforementioned Article (see for example Decision 15-D-02 of 26 February 2015 regarding the compliance of GIE “Les

81 Article L. 430-8 of the French Commercial Code (*Code de commerce*) states that the maximum amount of the penalty likely to be imposed by the *Autorité* on the basis of paragraph IV of that Article is “for legal persons, 5% of their pre-tax turnover made in France during the last closed financial year, plus, if applicable, the turnover that the acquired party made in France during the same period, and, for natural persons, 1.5 million euros”.

82 This threshold, in force at the time of writing, is due to be removed upon transposition of the ECN+ Directive.

Indépendants” with the commitments made under *Conseil de la Concurrence* Decision 06-D-29 of 6 October 2006).

Although the penalties likely to be inflicted by the *Autorité* in the event of non-compliance with commitments linked to a decision clearing a merger or in application of anticompetitive practice law therefore form part of a slightly different legal framework, they must in all cases be personalised and proportionate. These criteria are exclusive. In addition, the *Autorité* does not have to assess the damage to the economy (see on this point French Supreme Court (*Cour de cassation*), Commercial Chamber, 26 September 2018, GIE “Les Indépendants”, n° 16-25.403), unlike in the case of penalties directly repressing anticompetitive practices.

Personalisation of the penalty requires it to be set according to the specific circumstances of each case. This may lead the *Autorité* to take into account aggravating or extenuating circumstances, where appropriate (see for example Decision 16-D-07 of 19 April 2016 on compliance with the commitment to divest of Outremer Telecom mobile telephone activities on Reunion Island and Mayotte in the decision authorising the acquisition of SFR by Altice, in which two instances of aggravating circumstances and a single instance of extenuating circumstances were taken into account when evaluating non-compliance with the commitments on which the merger clearance was contingent).

Proportionality means that the *Autorité’s* decision must provide an appropriate response that is balanced in terms of the breach it is sanctioning, but which acts as a sufficient deterrent to prevent any attempts by companies to evade their commitments (see for example Decision 16-D-07 of 19 April 2016 on compliance with the commitment to divest of Outremer Telecom mobile telephone activities on Reunion Island and Mayotte in the decision authorising the acquisition

PROCEDURE FOR MONITORING AND REVISING COMMITMENTS

of SFR by Altice). In the case of financial penalties, the principle of proportionality requires the *Autorité* to examine the seriousness of the contentious breach with regard to the effects that the remedies were intended to prevent (see for example Decision 11-D-10 of 6 July 2011 regarding the compliance of the Marseille city authorities with the commitments taken under *Conseil de la Concurrence* Decision 08-D-34 of 22 December 2008).

Under anticompetitive practice law, the decision-making practice of the *Autorité* and case law consider non-compliance with commitments to be “*a serious practice in itself, [...] especially [...] given that the acceptance of commitments takes place on the initiative of the parties involved, which propose them*” (Decision 10-D-21 of 30 June 2010 regarding the compliance of Neopost France and Satas with the commitments made under *Conseil de la Concurrence* Decision 05-D-49 of 25 July 2005, paragraphs 103 and 104, and Paris Court of Appeal, 6 October 2016, GIE “Les Indépendants”, n^o 2015/06776, confirmed by the French Supreme Court (*Cour de cassation*), Commercial Chamber, 26 September 2018, GIE “Les Indépendants”, n^o 16-25.403). The *Autorité* also considers that the seriousness of the practice is particularly marked when the unfulfilled commitments were taken under a “no contest of objections” procedure,⁸³ as in this case it enabled the party concerned to further reduce the fine it received (Decision 10-D-21 of 30 June 2010 regarding the compliance of Neopost France and Satas with the commitments made under *Conseil de la Concurrence* Decision 05-D-49 of 25 July 2005; and Decision 18-D-09 of 21 June

⁸³ The “no contest of objections” procedure was replaced by the settlement procedure under French Law 2015-990 of 6 August 2015 for Growth, Activity and Equal Economic Opportunities.

2018 relating to compliance with the commitments made by Randstad in *Conseil de la Concurrence* Decision 09-D-05 of 2 February 2009).

Under merger law, the seriousness of the breach is assessed by analysing the importance of the commitments fully or partially neglected with regard to the set of remedies adopted and the anticompetitive effects they were intended to prevent, and the scale of the breach. Furthermore, when the *Autorité* also decides to impose a remedy by issuing an injunction subject to periodic penalty payments or decides to withdraw a clearance decision, it is responsible for ensuring that this step is necessary to maintain or restore sufficient competition on the markets concerned (French Administrative Supreme Court, *Assemblée*, 21 December 2012, Groupe Canal Plus, n° 353856, *in Recueil* and French Administrative Supreme Court, 28 September 2017, Altice and SFR Group, n° 409770, *in Recueil*).

The seriousness criterion is assessed *in concreto*. Several elements can then be taken into account by the Board of the *Autorité*, notably a short period between the decision to accept commitments and those commitments being neglected (see for example Decision 18-D-09 of 21 June 2018 relating to compliance with the commitments made by Randstad in *Conseil de la Concurrence* Decision 09-D-05 of 2 February 2009) or the number of commitments not respected in relation to the total number of commitments undertaken (see for example Decision 18-D-16 of 27 July 2018 regarding compliance with the commitments associated with Decision 16-DCC-111 of 27 July 2016 regarding the acquisition of sole control of Darty by Fnac).

OVERVIEW OF SANCTION DECISIONS ISSUED BY THE AUTORITÉ

Since 2008, the *Autorité* has issued fewer than 10 sanction decisions for failing to fulfil commitments. Four of these were issued under anticompetitive practice law and five under merger law, four of which involved non-compliance with behavioural measures. This situation illustrates that companies generally do comply with remedial solutions that they themselves have proposed.

In anticompetitive practice law

Two of the sanctions issued by the *Autorité* involved non-compliance with commitments undertaken in the context of a “no contest of objections procedure”.⁸⁴

In this regard, the *Autorité* recalled that non-compliance with commitments was a serious matter in itself, and stressed that this was all the more true given that the remedies had allowed the companies proposing them to benefit from a reduction in the penalty they received.

The first case concerned the postage machine rental sector (Decision 10-D-21 of 30 June 2010 regarding the compliance of Neopost France and Satas with the commitments made under Decision 05-D-49 of 25 July 2005 on practices in the postage machine rental and maintenance sector).

The *Autorité* observed that Neopost France and Satas, which had agreed to refrain from contesting the objections notified, had failed to respect their commitments regarding the

⁸⁴ The “no contest of objections” procedure was replaced by the settlement procedure under French Law 2015-990 of 6 August 2015 for Growth, Activity and Equal Economic Opportunities.

deletion, from all their rental contracts, of clauses requiring payment of an amount greater than the cost of the remaining rental period in the event of early cancellation of these contracts. As a consequence, each company was fined 100,000 euros.

In the second case (Decision 18-D-09 of 21 June 2018 relating to compliance with the commitments made by Randstad in *Conseil de la Concurrence* Decision 09-D-05 of 2 February 2009), the *Autorité* observed that Groupe Randstad France SAS, Randstad SAS, Randstad Holding NV and Randstad France SASU had not respected part of the commitments accompanying their decision to refrain from contesting the objections raised against them. These measures notably concerned the marketing, via an independent subsidiary of Groupe Randstad France, of a tool allowing all the temporary employment agencies to manage their flow of temporary workers. As a result, the *Autorité* imposed a fine of 4.5 million euros jointly and severally on Groupe Randstad France SAS, Randstad SAS, Randstad Holding NV and Randstad France SASU.

The other two sanction decisions involved non-compliance with commitments undertaken on the basis of paragraph I of Article L. 464-2 of the French Commercial Code (*Code de commerce*).

In the case concerning funeral services in Marseille (Decision 11-D-10 of 6 July 2011, regarding the compliance of the Marseille city authorities with the commitments taken under *Conseil de la Concurrence* Decision 08-D-34 of 22 December 2008), the *Autorité* noted that the Marseille city authorities had failed to fulfil one of the commitments made obligatory under Decision 08-D-34 of 22 December 2008. This commitment notably required information regarding the total number of deaths and burials in the city, and the number of

PROCEDURE FOR MONITORING AND REVISING COMMITMENTS

deaths recorded in each residential care establishment, to be made available to all companies providing funeral services. It also required the city authorities to refrain from sharing data on the activity of one operator to another operator.

The *Autorité* has indicated that – without any need to rule on the existence of damage to the economy – any breach of commitments that harms the solution negotiated, which was intended to restore a normal competitive context and prevent any anticompetitive practices, is of a particularly serious nature. It therefore imposed a financial penalty of 60,000 euros on the Marseille city authorities.

Lastly, under Decision 15-D-02 of 26 February 2015, the *Autorité de la concurrence* sanctioned the economic interest group GIE “Les Indépendants” for failing to comply with the commitments proposed and made obligatory under Decision 06-D-29 of 6 October 2006 (Decision 15-D-02 of 26 February 2015 regarding the compliance of GIE “Les Indépendants” with the commitments made under *Conseil de la Concurrence* Decision 06-D-29 of 6 October 2006).

Having observed the difficulties independent local radio stations faced in accessing the national advertising market when they were not members of GIE “Les Indépendants”, in 2006 the *Autorité* accepted the commitments proposed by the latter, which were intended to make the conditions for joining and leaving this group more transparent and objective, and non-discriminatory. Practically speaking, these remedies involved modifying the internal rules of procedure of the economic interest group and creating information notices to replace the old user guides sent to radio stations wishing to join the group.

However, the *Autorité* uncovered several instances of non-compliance with the commitments linked to their poor

application, notably in relation to the economic interest group's modification of its internal rules of procedure in 2011. As a consequence, it issued a fine of 300,000 euros to the economic interest group, and forced it to comply with its commitments or face periodic penalty payments of 500 euros for each day's delay after a period of four months running from the date of notification of the decision. The appeal against this decision was rejected by the Court of Appeal, whose judgement was confirmed by the French Supreme Court (*Cour de cassation*) (Paris Court of Appeal, 6 October 2016, GIE "Les Indépendants" n^o. 2015/06776, confirmed by the French Supreme Court, Commercial Chamber, 26 September 2018, GIE "Les Indépendants", n^o. 16-25.403).

In merger law

To date, the landmark penalties issued by the *Autorité* for non-compliance with commitments on which a merger clearance decision was contingent have chiefly concerned behavioural remedies.

A particularly striking sanction decision is that relating to checks on the commitments undertaken by Vivendi Universal and Groupe Canal Plus, which were required as part of the clearance decision issued by the French Minister for the Economy⁸⁵ regarding the creation of Canal+ France, which combined the pay television activities of TPS and Groupe Canal Plus. The case concerned an especially wide range of remedies, namely 59 commitments undertaken by Groupe Canal Plus and Vivendi Universal relating notably to access to broadcasting rights, the availability of channels to third-party

⁸⁵ Letter C2006-02 from the French Minister for the Economy, Finance and Industry of 30 August 2006 to Vivendi Universal's advisers relating to a merger in the pay television sector, BOCCRF 7 bis of 15 September 2006.

PROCEDURE FOR MONITORING AND REVISING COMMITMENTS

distributors, the take-over of independent channels and the distribution of third-party channels.

However, after recognising that the failure to fulfil part of these commitments was not evenly spread in terms of seriousness, but originated with an operator that was especially experienced on the pay television market, and that this neglect had harmed competition in a way that the decision had attempted to prevent, the *Autorité* decided to issue a double sanction. This sanction involved the unprecedented withdrawal of the contentious clearance decision, on the one hand, and the imposition of a fine of 30 million euros on Groupe Canal Plus and the subsidiaries it controls, on the other. This decision was partially upheld by the French Administrative Supreme Court (*Conseil d'État*),⁸⁶ which ruled that, in application of the principle of proportionality and having considered that two of the 10 instances of non-compliance attributed to Groupe Canal Plus had not been established, to reduce the penalty by 10%, taking it from 30 to 27 million euros.

Furthermore, in the telecommunications sector, after checking compliance with the commitments required for the issuing of clearance decision 14-DCC-160 of 30 October 2014 regarding the acquisition of sole control of SFR by Altice, the *Autorité* issued two sanctions.

The largest arose from Decision 17-D-04 of 8 March 2017 regarding compliance with the commitment in the decision clearing the acquisition of SFR by Altice, in relation to the agreement with Bouygues Telecom of 9 November 2010.

⁸⁶ French Administrative Supreme Court (*Conseil d'État*), *Assemblée*, 21 December 2012, Groupe Canal Plus and Vivendi Universal, n° 353856, in *Recueil*.

Through this agreement, known as the “Faber contract”, SFR and Bouygues Telecom had decided to jointly invest in fibre optics in very dense areas. They wished to build infrastructure to compete with Numéricable based on coaxial cable technology to provide very high-speed internet connections.

Yet the purchase of SFR by Altice, the parent company of Numéricable, had the effect of calling into question SFR’s incentive for complying with the obligations of this contract. This is why, to prevent the anticompetitive effects that the transaction would produce in this respect, Altice and Numéricable undertook several commitments intended to guarantee that the contract was respected.

However, the *Autorité* notably observed that these commitments had not been met: the rate at which buildings were being connected to the optic fibre network by Altice for Bouygues Telecom slowed down significantly after the transaction was completed, and did not really pick up again until a year later, causing a substantial delay with regard to the commitments undertaken. In addition, this failure was accompanied by a degradation in network maintenance conditions, which harmed Bouygues Telecom.

As a result, the *Autorité*, after finding that the commitment had not been fulfilled, handed down a fine of 40 million euros to Altice/SFR Group. It also issued several injunctions to ensure the effective implementation of the commitments in question, and ensure that Altice/SFR Group refrains from such behaviours. In particular, it set Altice/SFR Group a new implementation timetable including deadlines for completion and gradually increasing fines for non-compliance, to force it to proceed with the effective connection of all concentration points not effectively connected. This decision was confirmed by the French Administrative Supreme Court (*Conseil d’État*), which considered that the failure to comply with

PROCEDURE FOR MONITORING AND REVISING COMMITMENTS

the commitments had notably arisen from ignorance of the objectives set by the “Faber contract”.⁸⁷

By issuing injunctions subject to periodic penalty payments, the *Autorité de la concurrence* applied for the first time the provisions of the French Law of 6 August 2015 for Growth, Activity and Equal Economic Opportunities (known as the “Macron Law”), which gives it additional powers in the event of non-compliance with commitments undertaken as part of a merger.

The second decision related to the purchase of SFR by Altice concerned non-compliance with behavioural remedies undertaken in addition to the remedies involving the divestiture of the mobile telephone activities of Outremer Telecom (OMT), a subsidiary of Altice since 2013, which were intended to protect “*the economic viability, commercial value and competitiveness of this asset*”. However, the *Autorité* observed that after the entry into force of the commitments, OMT introduced several increases in the price of its subscriptions on Reunion Island and Mayotte. These increases threatened the competitiveness of the divested business, contravening the commitments undertaken. In light of these facts, the *Autorité* imposed a financial penalty of 15 million euros jointly and severally on Altice Luxembourg and Numéricable-SFR. This decision, like the previous one, was also confirmed by the French Administrative Supreme Court.⁸⁸

This was not the first time that the *Autorité* had sanctioned a company for harming the viability of an asset subject to a

⁸⁷ French Administrative Supreme Court (*Conseil d'État*), 28 September 2017, Altice Luxembourg and SFR Group, n° 409770, in *Recueil*.

⁸⁸ French Administrative Supreme Court (*Conseil d'État*), 31 March 2017, Altice Luxembourg and Numéricable-SFR, n° 401059.

transfer of ownership, as shown by the decision regarding the non-compliance with commitments undertaken in the meat sector (Decision 12-D-15 of 9 July 2012 on compliance with commitments in the decision authorising Groupe Bigard's takeover of Socopa Viandes).

In this case, the French Minister for the Economy had cleared, on 17 February 2009, the acquisition of sole control of Socopa Viandes by Groupe Bigard, on the condition that seven commitments were undertaken: five structural commitments regarding the sale of the same number of production sites, and two behavioural remedies, one of which involved the signing of a licensing contract for the Valtero brand for a period of five years. This last remedy, undertaken in addition to the structural measures, was intended to eliminate the risk of horizontal effects on certain "fourth transformation" markets corresponding to the manufacture of beef products.

In parallel to the efforts made to sign the licensing contract mentioned above, Groupe Bigard decided to launch the Socopa brand. However, the *Autorité* established that, although the commitments undertaken did not prevent the company from taking such a step, the latter nevertheless had "*a responsibility to maintain the reputation and viability of the brand to be licensed, both before and during the licensing contract*". In light of all the facts, which were not contested by Groupe Bigard, the *Autorité* decided that the trade practices implemented when launching the Socopa brand had clearly harmed the Valtero brand. As a result, it handed down a financial penalty totalling one million euros to Groupe Bigard.

Since 2008, the majority of the penalties issued by the *Autorité* for non-compliance with commitments have therefore concerned behavioural remedies. However, very recently and for the first time, the *Autorité* sanctioned a company for

PROCEDURE FOR MONITORING AND REVISING COMMITMENTS

non-compliance with a structural commitment (Decision 18-D-16 of 27 July 2018 regarding compliance with the commitments associated with Decision 16-DCC-111 of 27 July 2016 regarding the acquisition of sole control of Darty by Fnac).

During the 2016 examination of the acquisition of Darty by Fnac, the *Autorité* observed that the transaction was likely to harm competition on the retail markets for brown goods (television sets, hi-fi and audio equipment, etc.) and grey goods (personal microcomputers, screens, telephones and other devices) due to the disappearance of competitive pressure in several catchment areas, notably in Paris. In order to remedy the anticompetitive effects of the transaction, Fnac committed to sell, before 1 August 2017, six stores located in Paris and the surrounding region: Darty Wagram, Darty Italie 2, Fnac Beaugrenelle, Darty Belleville, Darty Saint-Ouen and Darty Vélizy.

Yet, out of the six stores, three – Fnac Beaugrenelle, Darty Belleville and Darty Saint-Ouen – were not sold to an approved purchaser within the set deadlines, in breach of the commitments undertaken. The *Autorité* also decided to impose a fine of 20 million euros on Fnac Darty and forced it to sell Darty Montmartre and Darty Passy in place of those not sold.

The French Administrative Supreme Court (*Conseil d'État*), to which only the aforementioned financial penalty was referred, considered that Fnac Darty was not entitled to request its cancellation or review (CE, 7 November 2019, Fnac Darty, 424702, *in Recueil*).

On that occasion, it decided on a number of new issues.

With regard to the reasons for the decision, it noted that 'it does not follow from any provision or any guideline of the *Autorité* (...) that, for a fine imposed in relation to merger

control, the *Autorité* should proceed to [the] clarification of the amount of the fine imposed'. This solution is consistent with the administrative case law applicable to decisions on fines issued by the French Broadcasting Regulator (CSA)⁸⁹, but also with European case law relating to fines imposed within the scope of European merger law⁹⁰.

In regard to the validity of the decision, the *Conseil d'État* first defined the analysis framework relating to financial penalties before applying it to the present case.

Thus, it noted that 'unlike the penalties that the *Autorité de la concurrence* may impose pursuant to the aforementioned provisions of 1°, 2° and 3° of IV of Article L. 430-8 of the French Code of Commercial Law (*Code de commerce*), the financial penalty that it may additionally impose in the event of failure to effectively fulfil commitments undertaken by the parties to a merger has a purely punitive purpose'. In that regard, it noted that 'it is for the *Autorité de la concurrence*, as well as the court with full jurisdiction appeal, to assess the proportionality of such a sanction in the light of the seriousness of the breaches found, i.e., the extent of the commitments not fulfilled in all the corrective measures adopted in order to prevent the anticompetitive effects of the merger, the conduct of the company in implementing the commitments entered into and its particular situation, in particular its financial position'.

In this case, it ruled out any error with regard to the assessment of the seriousness of the breaches or Fnac Darty's behaviour in implementing the commitments.

⁸⁹ See CE, 18 May 1998, M6, 178765, in the tables; CE, 15 October 2018, Vortex, 408212.

⁹⁰ See Tribunal, 26 October 2017, Marine Harvest ASA / Commission, T-704/14.

PROCEDURE FOR MONITORING AND REVISING COMMITMENTS

As regards the quantum of the fine, the *Conseil d'État* specified that it 'represents approximately 0.3% of the consolidated turnover in France for the 2017 financial year and 7% of the maximum amount incurred'. It added that 'given the seriousness of the breaches committed, the behaviour of Fnac Darty and its particular situation and although it is high compared to the profit before tax of about €37.5 million in 2017, the amount of €20 million does not seem disproportionate'.

In an essential point for the credibility of merger control, this decision of the *Conseil d'État* confirms that commitments must be applied very strictly and respected by companies under penalty of strong sanctions: companies cannot "play for time", present inadequate buyers or propose commitments that they know are very difficult to implement.

Studying these 10 cases shows that non-compliance with commitments can result in significant fines being issued.

Furthermore, it should be stressed that non-compliance with commitments is likely to have significant repercussions in terms of civil liability. Indeed, the ordinary court considers that although "*the Autorité's decisions regarding compliance with commitments in a decision clearing a merger are not imposed upon [the court], [...] they can be produced in court as evidence*", adding that the commitments undertaken in the context of a merger have a binding value and "*may be contested by the companies that they aim to protect, non-compliance with such commitments constituting a civil fault*" (French Supreme Court (*Cour de cassation*), Commercial Chamber, 31 January 2018, Groupe Canal Plus, n^o 16-21173).

Through this ruling, the French Supreme Court confirmed the sentencing of Groupe Canal Plus, Canal Plus France and Canal Plus Distribution, jointly and severally, to compensate

Parabole Réunion, Médiacom and RTPS for the harm they had experienced, occurring between 19 June 2008 and 31 December 2012, and to order an interlocutory expert assessment to assess that harm. This harm was associated with the degradation of Parabole Réunion's premium offer, which, combined with the loss of exclusivity on the film channels, led to a reduction in its subscriber numbers. It arose in part due to the failure of Groupe Canal Plus to comply with commitments 22 and 34, upon which the decision of 30 August 2006 by the French Minister for the Economy clearing its creation was contingent (see paragraphs 384 and 419 onwards of the present study regarding non-compliance with these commitments).

Additionally, if there are *de jure* or *de facto* changes in the data according to which the commitments were accepted and made obligatory, their creator has every interest in requesting their revision.

Revision of commitments

As they are accepted on the basis of a given competitive context that is likely to evolve, it must be possible to modify commitments to ensure they remain proportionate. In practice, this modification may take several forms, as demonstrated by the *Autorité's* past decisions regarding revision.

IMPLEMENTING THE REVISION OF COMMITMENTS

The sources of powers to revise commitments have developed over time. The procedures are fairly similar but differ according to whether the commitments concerned were accepted under anticompetitive practice law or merger law. However, in both cases, the role of the *Autorité* remains more or less the same.

Sources of powers of revision

The right of the *Autorité* to accept commitments implies, correspondingly, that it can also modify their content. These powers of modification therefore concern all the commitments undertaken before the *Autorité*.

They can first of all be used before the end of the implementation period for the remedies concerned, in order to take into account any *de jure* or *de facto* changes in circumstances likely to affect the competition data according to which they were accepted. It is thereby possible to recalibrate the corrective measures and prevent the companies or bodies involved facing excessive restrictions that are not justified by the maintaining or restoration of public economic order.

Yet to begin with, under anticompetitive practice law, neither Article 10 of French Order 2004-1173 of 4 November 2004 on the Adaptation of Certain Provisions in the Commercial Code to Community Competition Law – which established the commitment procedure codified in Article L. 464-2 of the French Commercial Code (*Code de commerce*) – nor any provisions in the French Commercial Code explicitly mentioned these powers of revision.

Commitment decisions therefore included a clause that provided for the possibility of revision (see for example Decision 07-D-32 of 9 October 2007 relative to practices implemented by *Nouvelles Messageries de la Presse Parisienne* (NMPP) and *Société Auxiliaire pour l'Exploitation des Messageries Transport Presse* (SAEM-TP)). In this case, paragraph 3 of the commitments undertaken by these companies stated that “*the present commitments will cease to be binding on NMPP and/or TP if one of the facts on which the decision of the Conseil was based undergoes a significant change*”.

Since 2 March 2009, the Notice on Competition Commitments has explicitly referred to the *Autorité's* option of initiating a revision procedure for commitments undertaken in application of paragraph I of Article L. 464-2 of the French Commercial Code. In paragraph 46, which is largely based on Article 9 of Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, it states that *"the Autorité has the discretion to determine the need to review commitments and to decide, of its own initiative, to reopen the proceedings and in light of any developments that may occur on the market in question. Cases may be brought before the Autorité involving conduct already covered by a commitment decision upon request of the applicant, the Minister for the Economy, any other interested undertaking or at the Autorité's own initiative: (a) where there has been a material change in any of the facts on which the decision was based; (b) where the undertakings concerned act contrary to their commitments; or (c) where the decision was based on incomplete, incorrect or misleading information provided by the parties."*

In addition, the revision of commitments may also occur at the end of the first implementation period, in the context of a rendez-vous clause (for an example of such a clause, see Decision 14-D-11 of 2 October 2014 on the practices implemented in the train ticket distribution sector, in relation to commitments undertaken in application of paragraph I of Article L. 464-2 of the French Commercial Code; and Decision 14-D-05 of 13 June 2014 on practices implemented in the mobile telephone sector for household customers on Reunion Island and Mayotte, in relation to commitments undertaken in application of paragraph III of Article L. 464-2 of the French Commercial Code).

PROCEDURE FOR MONITORING AND REVISING COMMITMENTS

The purpose of this type of revision differs somewhat from that of the first. In this case, it is no longer about allowing the modification or lifting of commitments before the end of the implementation period in order to protect companies from the consequences of random and often unpredictable changes in circumstances. Instead, it involves checking whether, given the change in the competitive context of the markets, the corrective provision introduced at the start remains necessary. Re-examination clauses are therefore often included in commitments whose duration cannot be definitively fixed when the initial decision is taken, notably due to the rapidly evolving nature of the markets in the sector concerned.

The French Commercial Code does not explicitly provide for these powers of revision in merger law either. Paragraphs 306 onwards of the *Autorité's* guidelines regarding merger control do, however, provide supplementary guidelines on the subject.

As in anticompetitive practice law, the revision of commitments accepted by the *Autorité* may also take place at the end of the first remedy implementation period, at the end of a re-examination or rendez-vous clause, or at any time, generally on the request of companies (sometimes, the revision takes place on the basis of both elements: see for example Decision 17-DCC-92 of 22 June 2017 reviewing the injunctions of Decision 12-DCC-100 of 23 July 2012 on the acquisition of sole control of TPS and CanalSatellite by Vivendi SA and Canal Plus Group).

Initiation of the revision procedure and decision-making

In anticompetitive practice law

As specified in paragraph 46 of the notice mentioned above, the revision request may be made by the complainant, the French Minister for the Economy or any other company with an interest in bringing an action, including the company that undertook the commitments.

In principle, the decision regarding whether to proceed with the revision of commitments is taken by the Board of the *Autorité*, in accordance with the provisions of Article 461-3 of the French Commercial Code (*Code de commerce*).

In merger law

In its decision regarding NC Numéricable (French Administrative Supreme Court (*Conseil d'État*), *Assemblée*, 21 March 2016, NC Numéricable, n°: 390023, *in Recueil*), the French Administrative Supreme Court ruled that the *Autorité* can, of its own initiative, decide to revise the commitments on which a merger clearance is conditional, without it having received any request in this regard.

In practice, the relevance of commitments is most commonly re-examined following a revision request, which is a scenario provided for by paragraphs 306 onwards of the *Autorité's* guidelines regarding merger control.

Indeed, the committed parties are best placed to identify any changes in the functioning of their sector that should lead to a modification of the remedies they are applying.

Once the procedure has been initiated, the revision decision may be adopted by the President or a Vice-President that they have appointed, in accordance with the last paragraph

PROCEDURE FOR MONITORING AND REVISING COMMITMENTS

of Article L. 461-3 of the French Commercial Code which, in a departure from the principle of collegiality governing *Autorité* decisions, states that “the President, or a Vice-President that they have appointed, may adopt alone the decisions specified in Article L. 462-8 [...]. They may do the same for the decisions specified in Article L. 430-5, decisions to revise the measures mentioned in paragraphs III and IV of Article 430-7 or decisions required to implement these measures”.

The option of the President, or the Vice-President that they have appointed, adopting alone decisions to revise the measures mentioned in paragraphs III and IV of Article 430-7 or decisions required to implement these measures was introduced by the legislative reform of 2015.⁹¹ The French Administrative Supreme Court (*Conseil d'État*) referred a priority ruling on constitutionality to the French Constitutional Council (*Conseil constitutionnel*) in relation to these new provisions. The issue was raised by Fnac Darty in the context of an appeal in relation to abuse of power against two decisions of the *Autorité* President regarding the implementation of commitments associated with Decision 16-DCC-111 of 27 July 2016 clearing the acquisition of sole control of Darty by Fnac (for the decision to refer, see French Administrative Supreme Court, 1 February 2018, Fnac Darty, n° 414654 and n° 414657).

The Constitutional Council decided that the exception to the rule of collegiality for decisions made by the *Autorité* introduced by the law of 2015 was constitutional (Constitutional Council, Decision 2018-702 QPC of 20 April 2018, Fnac Darty). Ruling on the appeals filed against the decisions

⁹¹ French Law 2015-990 of 6 August 2015 for Growth, Activity and Equal Economic Opportunities.

made regarding the implementation of the commitments undertaken by Fnac Darty, the French Administrative Supreme Court recognised the jurisdiction of the President or Vice-President to take this type of decision alone “where the case presents no particular difficulties or where deadlines so require” (French Administrative Supreme Court, 26 July 2018, Fnac Darty, n° 414657, in the tables of the *Recueil*, and n° 414654)⁹² and ruled that in this case, the second condition had been met. There are few doubts that these alternative criteria governing the lawfulness of the exception to the principle of collegiality of the *Autorité*’s decisions apply not only to the decisions required for the implementation of the measures mentioned in paragraphs III and IV of Article L. 430-7 of the French Commercial Code, but also to the decisions to revise these measures, which include the commitments made obligatory at the end of phase 2.

Role of the *Autorité*

No text details the powers held by the *Autorité* in the context of revising commitments.

In relation to remedies on which a merger clearance decision is contingent, the French Administrative Supreme Court (*Conseil d’État*) has specified that the *Autorité* may only modify commitments to reduce or eliminate their impact. Indeed, in the NC Numéricable case (French Administrative Supreme Court, *Assemblée*, 21 March 2016, NC Numéricable, n° 390023, in *Recueil*), it ruled that: “*in virtue* [of the provisions of Article L. 430-7 of the French Commercial Code] *it*

⁹² In this case, the French Administrative Supreme Court ruled that the President of the *Autorité* had the power to adopt the contested decision as it was only on 11 July 2016 that Fnac Darty requested the postponement of its divestiture commitment, which expired on 31 July 2017.

PROCEDURE FOR MONITORING AND REVISING COMMITMENTS

is for the Autorité de la concurrence to oversee the correct implementation of commitments undertaken by parties before it in order to remedy the anticompetitive effects of a merger; of injunctions linked to the transaction clearance decision for the same purpose; and of instructions, imposed on the parties, to make sufficient contribution to economic progress to compensate for the harm done to competition, throughout the execution period of these commitments, injunctions or instructions, so that it derives from these provisions the possibility of modifying them to reduce or even eliminate their impact according to the evolution of the context of the relevant markets and the utility of the continued implementation of these commitments, injunctions or instructions”.

The issue of knowing whether this analysis should be applied to the commitments accepted to address anticompetitive practices, on the basis of paragraphs I or III of Article L. 464-2 of the French Commercial Code (*Code de commerce*) has never been settled by the Paris Court of Appeal or the French Supreme Court (*Cour de cassation*).

THE DIFFERENT WAYS OF MODIFYING COMMITMENTS

Commitments may be modified to a greater or lesser extent. Modification may involve minor adjustment or extensive revision.

Minor adjustment of commitments

Adjustments not affecting competition issues

In both anticompetitive practice law and merger law, the *Autorité* allows commitments to be adjusted as long as their useful effect is maintained.

Indeed, if the commitments are intended to maintain or restore public economic order, there is no difficulty in introducing

various types of update or adjustment in response to the company's needs, as long as such modifications have no impact on the purpose and effectiveness of efforts to restore competition.

This is notably why the *Conseil de la Concurrence* agreed that Festina's draft contract for mail order selling, which was approved as part of its commitments, could be modified after the decision approving those commitments, as long as those modifications "*responded to justifications that were not anticompetitive*" and on the condition that "*the substance of the responses to the competition concerns expressed [...] was clearly preserved*" (Decision 06-D-24 of 24 July 2006 regarding the distribution of watches marketed by Festina France). In the same way, in relation to contracts for the online sale of cosmetic products, see Decision 07-D-07 of 8 March 2007 relative to practices implemented in the sector of cosmetic and personal hygiene products, also, in relation to practices in the pharmaceutical product distribution sector, Decisions 07-D-45 of 13 December 2007 regarding practices in the pharmaceutical product distribution sector; 07-D-46 of 13 December 2007 regarding practices in the pharmaceutical product distribution sector; and 07-D-22 of 5 July 2007 regarding practices in the pharmaceutical product distribution sector).

The flexibility of this decision-making practice makes it possible to reconcile the constraints faced by market stakeholders and the imperatives of public economic order.

Adjustments intended to clarify the scope of commitments

De facto or *de jure* changes in circumstances within a sector may lead companies that have undertaken commitments to ask the *Autorité* to clarify their scope. In such cases, the

PROCEDURE FOR MONITORING AND REVISING COMMITMENTS

content of the commitment is neither removed nor modified. The *Autorité* simply takes a position on the extent of its application, i. e. on its scope, given the altered situation.

This was expressly decided by the French Administrative Supreme Court (*Conseil d'État*) in its NC Numéricable decision (French Administrative Supreme Court, *Assemblée*, 21 March 2016, NC Numéricable, n° 390023, *in Recueil*), which did not involve modifying the scope of a commitment, but rather one of the injunctions on which clearance for Groupe Canal Plus and Vivendi to combine TPS and GCP pay television activities was contingent.

This injunction required Groupe Canal Plus (hereafter "GCP"), in distribution contracts signed with operators, to "*value the distribution on each proprietary platform in a distinct, transparent way [...] by precisely identifying the value, where relevant, of the exclusivity granted for distribution on each platform in question*", specifying that these exclusive offers should be made on the basis of objective, transparent and non-discriminatory criteria, taking into account the number of subscribers served by the platforms covered by the contracts.

On the one hand, it aimed to allow alternative distributors to effectively compete with GCP to obtain exclusive broadcasting rights, by forcing GCP to formulate separate offers for each platform, so that they could be replicated by each competing distributor individually. On the other, it aimed to give operators the possibility of choosing between exclusive distribution on CanalSat or distribution, exclusive or otherwise, among the offers of competing operators. However, given Numéricable's decision not to offer CanalSat to its subscribers on a self-distribution basis, the *Autorité*, in its Decision 13-DAG-01 of 7 June 2013 approving the reference offer drafted by GCP in application of injunction 3 (c) issued in the decision of 23 July 2012, took the view that

the acquisition by GCP of exclusive channel broadcasting rights on the Numéricable platform would have the effect of depriving the operator of the right to offer these channels to its subscribers. Given the risk of Numéricable being excluded, and the resulting effects on competition on the pay television markets, the *Autorité* – in the reasoning for this approval decision – interpreted injunction 5 (a) as prohibiting GCP from obtaining exclusive distribution rights on the platform of any operator refusing to carry the CanalSat offer. Further, GCP responded to this interpretation of injunction 5 (a) by modifying its reference offer and abstaining, in practice, from acquiring exclusive broadcasting rights on the Numéricable platform.

Nevertheless, following the acquisition of sole control of SFR by Numéricable, a subsidiary of the Altice group, in November 2014, GCP asked the *Autorité* to note the merging of the Numéricable and SFR platforms and rule on the impact of this merger on the implementation of injunction 5 (a) in this respect. In response, the *Autorité* decided that the decision taken by the new entity (resulting from the merger between SFR and Altice) to combine the Numéricable and SFR proprietary platforms, thereby offering CanalSat on a self-distribution basis to some of its subscribers, had had the effect of eliminating, on this new combined platform, the exclusion risk previously analysed. It then observed that as the Numéricable platforms had effectively been combined, the considerations of Decisions 12-DCC-100 and 13-DAG-01 with the effect of preventing GCP's acquisition of exclusive broadcasting rights on the Numéricable cable platform were no longer relevant.

This NC Numéricable decision represents an important development in case law. In line with the Fairvesta decision issued the same day (French Administrative Supreme

PROCEDURE FOR MONITORING AND REVISING COMMITMENTS

Court, *Assemblée*, 21 March 2016, Fairvesta, n° 368082, *in Recueil*), and in relation to the annulment for abuse of power of notices published by the French Financial Regulator, the French Administrative Supreme Court considered that the soft law applied by regulatory authorities was likely to be the subject of appeals in relation to abuse of power whenever it generated significant economic effects or affected the behaviour of companies.

Indeed, it specified that although “*opinions, recommendations, warnings or positions adopted by regulatory authorities in the performance of their duties may be referred to the court judging abuses of power when they are have the nature of general, mandatory provisions or when they set out individual instructions that could subsequently result in censure by these authorities in the event of non-compliance*”, they can also be the subject of such an appeal “*if they are likely to produce significant effects, in particular of an economic nature, or are intended to significantly influence the conduct of the persons to whom they are addressed*”.

In this case, it ruled that the decision regarding the scope of the commitments taken under merger law fell into this category of soft law.

Since then, this opening up of litigation to the annulment of the soft law of regulatory authorities has seen several applications concerning soft law rulings by regulatory authorities (see for example French Administrative Supreme Court, 20 June 2016, FFSA, n° 384297, in the tables of the *Recueil* and French Administrative Supreme Court, 10 November 2016, M^{me} E, n° 384691, *in Recueil*). This has notably led the French Administrative Supreme Court to recognise the admissibility of appeals in relation to abuse of power against the guidelines on sharing mobile networks published on 25 January 2016 by the French Telecommunications Regulator (French

Administrative Supreme Court, 31 December 2017, Company Bouygues Telecom n° 401799, *in Recueil*).

Formal revision of commitments

Revision before the end of commitments

In anticompetitive practice law

In accordance with paragraph 46 of the Notice on Competition Commitments issued on 2 March 2009, a revision request implies that there has been a “*material change*” in the circumstances that motivated the decision. In her paper on commitments in relation to anticompetitive practices, Patricia Kipiani therefore considers that the company must demonstrate “*a sufficiently serious, unusual change that would disrupt the normal fulfilment of its commitments*”.⁹³

This change may take the form of a change in the actual circumstances, evidenced, for example, by the transformation of the market (on this point, see Decision 15-D-16 of 27 November 2015 regarding the request to revise the commitments of the French Golf Federation (*Fédération Française de Golf*) made obligatory by Decision 12-D-29 of 21 December 2012). However, it may also take the form of a change in the rules of law for the sector of activity concerned (on this point, see Decision 16-D-13 of 13 June 2016 regarding the request to revise the commitments of MasterCard made obligatory by Decision 13-D-17 of 20 September 2013).

⁹³ Patricia Kipiani, *Les engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles – Analyse des droits français, européen et américain* [Commitments in relation to anticompetitive practices – Analysis of French, European and American law], LGDJ, 2014.

PROCEDURE FOR MONITORING AND REVISING COMMITMENTS

Evaluating this change is not always easy. The companies and bodies undertaking commitments play an important role in this area, as they are best placed to detect important changes likely to have an impact on the remedies being implemented.

Yet in certain clearly identified cases, the *Autorité* and the companies or bodies concerned may make provision for a special, in-depth mechanism to monitor the effect of commitments. The Booking.com case provides a perfect illustration of this (Decision 15-D-06 of 21 April 2015 on the practices used by Booking.com B.V., Booking.com France SAS and Booking.com Customer Service France SAS in the online hotel booking sector).

In the case, the *Autorité* had accepted the commitments proposed by Booking.com, considering that they addressed the competition concerns arising from the “parity” clauses implemented by the latter.

Through these clauses, the platforms, including Booking.com, required hotels to give them rates, a number of nights and supply conditions (reservation conditions, breakfast, etc.) that were at least as favourable as those offered on competing platforms and all other online and offline distribution channels, including the hotel’s own channels (website, telephone, email, hotel reception, etc.).

Their application by all the platforms forced hotels to set identical prices and conditions across all their distribution channels, and put the same number of nights on sale on all the hotel booking platforms. Although hotels were free to modify their prices, including several times a day, they were not able to favour one distribution channel over another by setting a lower rate per night or by allotting it more nights’ availability. The implementation of these parity clauses led

to reduced competition between Booking.com and competing platforms, and the exclusion of the smallest platforms or those entering the market.

To address these competition concerns, Booking.com committed to modify its price parity clause and remove all clauses imposing obligations to ensure parity in room availability, in relation not only to competing platforms, but also to the direct offline sales channels of hotels and part of their online channels. It committed to implement these commitments for a period of five years from 1 July 2015 at the latest, and to submit a report on the implementation of the commitments to the *Autorité*, with a view to drawing up an *inter partes* assessment of their effectiveness by 1 January 2017 at the latest.

This assessment of the effectiveness of the commitments undertaken by Booking.com is a *sui generis* exercise introduced by the Booking.com decision. It was implemented by the *Autorité* after an *inter partes* oral hearing on 6 December 2016 (on this point, see the *Autorité's* annual report for 2016). This assessment, completed on the basis of a specific examination covering the requests formulated by the parties and hotels, allowed the *Autorité* to analyse how the competitive context had changed in the online hotel booking sector and the effects of the commitments on competition between platforms.

In merger law

Special circumstances are also required to revise commitments made under merger law. In this respect, paragraph 306 of the *Autorité's* guidelines specifies that it is only "*in exceptional circumstances [that] the parties that have undertaken commitments may propose their re-examination by the Autorité*". It is therefore incumbent on these companies to provide sufficient elements to enable the *Autorité* to proceed

PROCEDURE FOR MONITORING AND REVISING COMMITMENTS

with a new examination of the case concerned, leading to an updated competitive analysis of the markets in question, followed by checks to establish whether the commitments are adequate for the new context.

Revision at the end of commitments

In both anticompetitive practice law and merger law, the revision of commitments at the end of their implementation period occurs through a revision clause.

It is this clause that sets the framework for revision, which is likely to result in the extension of the remedies, duly modified if necessary.

In general, and as it occurs after the initial implementation period of the commitments, the revision is initiated automatically. It does not require the companies concerned to demonstrate any special circumstances.

OVERVIEW OF COMMITMENT REVISION DECISIONS

Examination of the *Autorité's* past decisions shows that the revision of commitments is less common in anticompetitive practice law than in merger law.

A little-used procedure in anticompetitive practice law

In ten years, only two decisions have been made ruling expressly on a request to revise commitments.

In the first case, Eurogolf Liber'Tee had, in a letter dated 13 April 2012, submitted a complaint to the *Autorité* regarding the practices implemented by the French Golf Federation (*Fédération française de golf: "FF Golf"*) in the sector of supplementary insurance aimed at golfers in France. In Decision 12-D-29, the *Autorité* had identified competition concerns relating to the existence of barriers to the development of

supplementary insurance products aimed at golfers, linked to the potential abuse by FF Golf of its apparently dominant position on the market. It accepted and made obligatory the commitments undertaken by FF Golf to allow the deployment of this type of insurance offer.

On 22 January 2015, FF Golf requested the revision of these obligatory commitments, notably citing the disappearance of two major stakeholders in the specialised golf insurance sector and the huge drop in the number of people taking out this type of insurance between 2012 and 2014. It also proposed marketing, once again, “individual accident” insurance and “repatriation assistance” insurance that would be optional and voluntary, in the sense that any member could declare (by ordinary or recorded letter, or email) that they did not wish to take out this insurance within a period of one month of receiving their licence.

In Decision 15-D-16 mentioned previously, the *Autorité*, of its own initiative, decided that there were no longer competition concerns on the market of supplementary insurance products for golfers in 2015, and that as a result the commitments undertaken by FF Golf and appended to Decision 12-D-29 of 21 December 2012 were no longer relevant. Furthermore, in the absence of any competition concerns on the relevant market, the *Autorité* decided that FF Golf was once again subject to ordinary law and the applicable legislation regarding sports activities and insurance.

In the second case, the French Federation of Trade and Retail Companies (*Fédération des entreprises du commerce et de la distribution*) had, on 27 February 2009, submitted a complaint to the *Autorité* regarding the interbank fees applied to the different payment methods used in France. In particular, it reported anticompetitive practices linked to the creation and implementation of multilateral interbank

PROCEDURE FOR MONITORING AND REVISING COMMITMENTS

fees or multilateral interchange fees applied to transactions using MasterCard cards issued in France.

In Decision 13-D-17 of 20 September 2013 regarding MasterCard's practices in the payment card sector, the preliminary assessment concluded that MasterCard had apparently implemented practices likely to qualify as an anticompetitive agreement prohibited by Articles L. 420-1 of the French Commercial Code and 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union. MasterCard notably committed to reduce its interbank fees to a level, as a weighted annual average, less than or equal to 0.28% of the payment amount.

On 7 May and 6 November 2015, MasterCard requested that the commitments be lifted, taking the view that the adoption of the Regulation (EU) 2015/751 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2015 on Interchange Fees for Card-Based Payment Transactions constituted a highly significant change in the factual and legal context that justified this request. To this end, it specified firstly that under the above regulation, the multilateral interchange fees applicable to debit card transactions were capped at 0.2% of the value of the transaction, while those applicable to credit card transactions were capped at 0.3% of the value of the transaction. It therefore indicated that maintaining the commitments would place the company in a discriminatory position with respect to the economic interest group CB, the dominant operator on the market, as the latter could offer issuing banks multilateral interchange fees that were higher than its own. It then indicated, more fundamentally, that the simultaneous application of the commitments accepted by the *Autorité* and the provisions of the new regulation were not provided for by the latter.

However, like the Commission, whose opinion it sought on this point, the *Autorité* decided that the regulation on

multilateral interchange fees did not preclude the combined application of the caps it was setting out and those in MasterCard's commitments. Furthermore, MasterCard had not provided any evidence making it possible to ascertain that it would not be able to comply with both its commitments and the regulation. The *Autorité* also specified that the case contained no instances of discrimination, as the situations of the payment systems used by MasterCard and economic interest group CB were not similar. In these conditions, it decided to reject the requested revision.

Numerous decisions in merger law

In merger law, commitments are revised more often.

The overwhelming majority of commitment revision decisions take the form of a letter from the President of the *Autorité de la concurrence* detailing the reasons for the decision.

It is notably in this form that two revisions (in 2012 and 2018) were made to the decision included in the letter from the French Minister for the Economy, Finance and Employment of 22 May 2007 to Unibail's advisers regarding a merger in the property services sector.

On 13 November 2007, the Paris Chamber of Commerce and Industry (*Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris*: "CCIP", later "CCIR") and Unibail were granted authorisation by the French Minister for the Economy and Finance to combine their activities in the fields of conference/exhibition site management, run by the joint subsidiary Viparis, and the organisation of fairs and shows, run by the joint subsidiary Comexposium. In order to reduce scarcity on the site management market, the parties committed to complete a significant extension of the covered surface area at Paris-Nord Villepinte pertaining to 135,000 m² before 1 January 2021. This extension commitment was due to be executed in four

PROCEDURE FOR MONITORING AND REVISING COMMITMENTS

successive stages. Several behavioural remedies were also adopted (concerning pricing regulations, non-discrimination in access to conference/exhibition sites, limitation of the parties' share in occupation of their own sites by their own shows and regulations regarding additional services). The behavioural remedies remain in force while one of the notifying parties holds the concession for the Porte de Versailles exhibition centre (which currently runs until 31 December 2064), with the exception of the commitment to limit parties' share in their sites, which expires once the surface area extension is complete.

The first stage of the structural commitment was started in 2010 as planned. On 4 October 2012, the *Autorité* accepted the parties' request to postpone the second stage of the extension of the exhibition surface area to 1 January 2017 (instead of 1 January 2013), given the market conditions. On 2 May 2018, the *Autorité* agreed to revise all the structural commitments undertaken by the notifying parties.

When the case is particularly complex, the *Autorité* may however use other procedural formats. In this way, it revised the commitments undertaken as part of Decision 14-DCC-50 of 1 April 2014 through a decision by the Board, after an in-depth examination. This decision stands out due to the range of questions asked and the level of examination needed to rule on the market and whether to lift or adapt the commitments called into question.⁹⁴

On 23 July 2012, following a phase 2 examination, the *Autorité* effectively cleared the acquisition of sole control of Direct

⁹⁴ On the same day, the *Autorité* published Decision 17-DCC-92 revising the injunctions taken as part of Decision 12-DCC-100 of 23 July 2012 regarding the same company.

8, Direct Star, Direct Productions, Direct Digital and Bolloré Intermédia by Vivendi and Groupe Canal Plus (hereafter "GCP"), subject to a set of commitments. Through a decision dated 23 December 2013, the French Administrative Supreme Court annulled the *Autorité's* clearance decision. The transaction was once again cleared following a new notification, on 2 April 2014, subject to new commitments. The commitments undertaken by GCP and Vivendi as part of Decision 14-DCC-50 are identical to those that had been accepted by the *Autorité* during the first examination of the transaction, with the exception of the commitment regarding the rights to broadcast French films, the scope of application of which was extended in accordance with the decision of the French Administrative Supreme Court.

The commitments were undertaken for a period of five years from 23 July 2012. Decision 14-DCC-50 stated that "[at] the end of this period, the *Autorité* will be able to renew the implementation of all or part of these commitments once if the competitive analysis it performs indicates that this is necessary. The parties will be able to submit their observations to the *Autorité* before it makes its decision". In the context of this provision, and following an in-depth examination performed before the end of the five-year period, the *Autorité* observed that the free-to-air television markets on which GCP is active are increasingly competitive, notably due to the fact that Altice has implemented a global and ambitious strategy to combine its activities as an internet service provider, and as an operator and distributor of pay and free-to-air television. This is why, given the proposed revision of the commitments formulated by GCP on 9 June 2017, the *Autorité*, through Decision 17-DCC-93 of 22 June 2017, lifted or adapted the commitments undertaken by GCP in the context of Decision 14-DCC-50. This was notably the case for the commitment regarding the acquisition of broadcasting rights for recent

American films, the *Autorité* having agreed to raise to two the number of majors with which GCP can sign framework agreements combining the purchase of broadcasting rights for pay and free-to-air television. It was also the case for the commitment regarding the acquisition of broadcasting rights for major sporting events. Indeed, the *Autorité* decided to lift the commitment regarding the organisation of competitive bidding for the sale of rights to this type of competition. However, the *Autorité* considered that it was still necessary to maintain some of the initial remedies, including that relating to the quotas for original French-language films for which combined purchasing for pay and free-to-air television are authorised.

* * *

In this way, the enforceable nature of the decisions making commitments obligatory requires the companies that proposed them to comply with them in both letter and spirit, or face penalties. Yet strict compliance with commitments does not necessarily imply that these remedies are immutable. Indeed, the flexibility of commitments lets their creator request their revision by the *Autorité* in the event of a *de jure* or *de facto* change in circumstances. Although this does not involve the re-examination of the transaction or practices that gave rise to the commitments undertaken, the examination of a request to revise or lift commitments leads the *Autorité* to check whether the measures continue to be useful in preserving or restoring public economic order. A decision rejecting such requests can be challenged in court, just like any other decisions regarding commitments or non-compliance with commitments.

5/ COMMITMENTS AND LITIGATION

Under French law, litigation over commitments is divided between the Paris Court of Appeal, which has derogatory legislative powers to rule on all decisions taken by the *Autorité* in relation to anticompetitive practices, and the French Administrative Supreme Court (*Conseil d'État*), which has jurisdiction under ordinary law to rule on all decisions taken by the *Autorité*, notably those taken in application of merger law. Beyond the specific details of the two courts, the judicial and administrative litigation procedures dealing with commitments respond to similar imperatives and share common features regarding the definition of litigation over commitments and the powers of the court to issue a ruling in such cases.

Framework for litigation over commitments

Appeals against commitment decisions are covered by a dual procedural framework linked to the purpose of the appeal and the interest of bringing proceedings of the party launching the appeal.

ACCEPTANCE OF COMMITMENTS, THE ONLY ACT LIKELY TO BE CONTESTED

An appeal opened against a commitment decision is limited by the nature of the act contested. As a result, the Paris Court of Appeal cannot rule on an appeal formulated directly against a decision to refuse initiation of the commitment procedure. For its part, the French Administrative Supreme Court (*Conseil d'État*) considers that third parties cannot usefully criticise the lawfulness of the *Autorité's* choice to take a clearance decision associated with commitments undertaken by the parties, without recourse to an in-depth examination.

The impossibility of contesting, by way of an action, decisions to refuse initiation of a commitment procedure before the Paris Court of Appeal

In accordance with paragraph I of Article L. 464-2 of the French Commercial Code (*Code de commerce*), the *Autorité* can accept commitments presented by the parties to put an end to competition concerns likely to constitute prohibited practices, notably set out in Articles L. 420-1 and L. 420-2 of the Commercial Code.

In practice, companies or bodies are informed that the *Autorité* is planning to apply these provisions by the case officer (*rapporteur*), who performs the preliminary assessment of the practices in question in accordance with Article R. 464-2 of the aforementioned code.

However, the choice regarding whether to implement this procedure or not lies with the *Autorité* alone.

If a refusal is implicitly indicated, where relevant, by a statement of objections being sent, the parties in question cannot contest this decision directly by way of an action.

Indeed, this procedural choice cannot be separated from the sanction decision likely to be issued by the *Autorité*.

This was expressly stated by the French Administrative Supreme Court in its decision regarding the Umicore companies (French Administrative Supreme Court, 11 October 2017, n° 402268, in the tables of the *Recueil*). Although these companies had submitted an appeal to the court regarding abuse of power, directed notably against the refusal, by the *Autorité*'s investigation services, to comply with their request to open a commitment acceptance procedure, the French Administrative Supreme Court ruled that the refusal "*which in this case was combined with the decision to initiate a sanction*

procedure, [could not be] separated from this procedure, which is placed under the control of the judicial authority. [From this, it was concluded that] the administrative court [did not have] jurisdiction to rule on the request by Umicore France and Umicore SA/NV, which [should] as a consequence be rejected as having been brought before a court without the power to rule on it."

This decision to refuse to implement the commitment procedure can, however, be contested during an appeal against the sanction decision taken by the *Autorité*, and brought before the Paris Court of Appeal in application of Article L. 464-8 of the French Commercial Code.

The appeal filed by the aforementioned Umicore companies against sanction decision 16-D-14 of 23 June 2016 constituted an application of this special category of objections (Paris Court of Appeal, 17 May 2018, Umicore France SAS and others, n° 2016/16621).

In this case, the complainants invoked several procedural methods, one of which was based on the *Autorité's* failure to open the commitment procedure. They maintained that the investigation services did not have the power to refuse to implement this procedure, and that such a refusal was discriminatory.

The Court of Appeal agreed to examine, by way of an exception, the lawfulness of the refusal to follow the commitment procedure.

It firstly ruled that, in this case, the refusal to open the commitment procedure arose from the "*implicit negative decision of the Board*" to make this procedural choice rather than a choice made by case officers (*rapporteurs*), as the complainants had indicated.

It then observed that *“although a commitment procedure can be opened when actual harm to competition is, or could be, observed, the objective of this procedure is to rapidly put an end to this harm and secure a commitment from the company in question to modify its behaviour in the future”*. From this it deduced that, in this context, the choice of opting for such a procedure is *“discretionary”*, which justifies the very limited nature of its oversight on this point.

This means that, from a formal point of view, it ruled that the Board did not have to *“formalise or, a fortiori, provide reasons for its decision”*. On the merits of the case, it considered that *“the fact that the Autorité was able, in other similar or related cases, but in different contexts, to accept the implementation of the commitment procedure does not demonstrate that the Umicore companies, for which such a procedure was refused, was discriminated against.”*

This decision is important as it recognises the special flexibility the *Autorité* has in its choice of opening, or not, a commitment procedure, as much in terms of assessing the appropriateness of using this procedure as regarding the procedural framework.

The impossibility, for third parties, of relying on the refusal to proceed with an in-depth examination of a request for clearance under merger law

Once notified to the *Autorité* or referred by the Commission, a merger may involve two successive examination phases.

At the end of *phase 1*,⁹⁵ the *Autorité* may, in application of paragraph III of Article 430-5 of the French Commercial Code

⁹⁵ See the *Autorité de la concurrence*'s guidelines regarding merger control, paragraph 135.

(*Code de commerce*), observe that the transaction is not covered by merger control; clear it, if necessary subject to commitments undertaken by the parties when it is likely to have anticompetitive effects; or, if there is a serious risk to competition that could not be counteracted by any commitments that might be proposed, initiate an in-depth examination, known as “*phase 2*”.

This in-depth examination, chiefly governed by Articles L. 430-6 and L. 430-7 of the aforementioned code, results in a report addressed to the notifying parties and the representative of the Minister for the Economy, who may submit their observations. The transaction is examined in a hearing before the Board of the *Autorité*. At the end of these *inter partes* proceedings ensuring that the rights of the parties are upheld, the *Autorité* may clear the transaction, possibly subject to the implementation of commitments undertaken by the parties, or injunctions or instructions imposed upon the parties, or prohibit it.

As a result, the French Administrative Supreme Court ruled, in its Primagaz decision (French Administrative Supreme Court, 6 July 2016, n° 390457, in *Recueil*), that “*these provisions offer the parties to the merger a guarantee that the clearance of a transaction may not be made subject to any conditions other than the implementation of commitments that they themselves have proposed, or that a transaction may only be prohibited after an in-depth examination*”. As indicated by Vincent Daumas, the public case officer (*rapporteur*) in this case, “*if the legislator has provided for this phase of in-depth examination of the transaction, it is solely in the interest of the parties to the merger. This in-depth examination has the sole aim of guaranteeing that the envisaged transaction is not prohibited, or cleared subject to conditions to which the parties have not consented, without placing the latter in a position to set out their point of view beforehand, within a formal framework*”.

This in-depth examination phase therefore aims to offer guarantees to the parties to the transaction and enable them to express their observations before the handing down of a decision likely to restrict their freedom of enterprise.

That said, the choice of whether or not to initiate a phase 2 procedure is a neutral one for third parties and simply constitutes a special method for examining a merger, without any impact on the substance of the decision. Furthermore, the examination of the threat to competition and remedies that could address it is as demanding in phase 1 as in phase 2, and does not change according to the phase of the procedure. This is why the French Administrative Supreme Court logically concluded that *“third parties cannot usefully criticise the lawfulness of the Autorité’s choice to take a clearance decision associated with commitments undertaken by the parties, without recourse to an in-depth examination. They may, however, if they can justify an interest that allows them to act and if they consider that this decision harms the preservation of sufficient competition on the markets it affects, contest its validity.”*

Third parties can therefore only contest the *Autorité’s* decision – for example to accept set commitments – and not the procedural methods chosen by the *Autorité* to examine the merger concerned.

The admissibility of third-party appeals against commitments is therefore restricted in terms of their subject. Only certain aspects of the decision to accept commitments can be contested before the court. The complainants must also justify the interest of bringing an action.

AN INTEREST IN BRINGING PROCEEDINGS, THE LIMITING CONDITION OF THIRD-PARTY LITIGATION

Although they bring about discussions with the parties, commitments do not constitute contracts, but are incorporated into enforceable unilateral decisions subject to legal review. The commitments are not subject to the rule on the relative effect of agreements guaranteed by Article 1199 of the French Civil Code (*Code civil*) (formerly Article 1165 of the same code). This means that third parties can contest them, on the condition that they have an interest in doing so. This condition of admissibility applies to appeals before both the Paris Court of Appeal and the French Administrative Supreme Court (*Conseil d'État*).

An interest in bringing proceedings never yet denied in relation to anticompetitive practices

The applicability of the rules of the French Code of Civil Procedure (*Code de procédure civile*) to litigation concerning the *Autorité's* decisions before the Paris Court of Appeal is governed by Article R. 464-10 of the French Commercial Code (*Code de commerce*), which states that "*by way of derogation from Title VI of Book II of the Code of Civil Procedure, appeals before the Paris Court of Appeal against the decisions of the Autorité de la concurrence are formulated, investigated and judged in accordance with the provisions of the present section and Section IV*". The limit it imposes is not absolute, and notably does not include the provisions of Book I of the Code of Civil Procedure, including Article 31 regarding the complainants' interest in bringing an action, which are applicable to appeals against commitment decisions.

The Paris Court of Appeal has drawn conclusions from this, specifying that "*although a party before the Autorité de la*

concurrency may apply for the annulment or review of a decision taken by the latter, in the case of decisions covered by the first paragraph of Article L. 464-8 of the French Commercial Code, this right must be exercised under the conditions applicable to court proceedings provided for by the French Code of Civil Procedure. In particular, the parties making the appeal must justify their interest in bringing proceedings or risk finding their appeal or request declared – possibly automatically – inadmissible, without an examination on the merits” (Paris Court of Appeal, 24 September 2015, Cegedim, n° 2014/17586).

In litigation over commitments, the Court of Appeal has issued two favourable rulings regarding the interest in bringing proceedings of companies that had referred anticompetitive practices leading to commitment decisions to the *Conseil de la Concurrence* (Paris Court of Appeal, 6 November 2007, Canal 9, n° 2006/18379; see also Paris Court of Appeal, 16 October 2007, Bijourama, n° 2006/17900).

In the first case, Canal 9, the operator of the “Chante France” radio station, accused a radio group called GIE “Les Indépendants”, involved in marketing the advertising slots of national or international advertisers, of having rejected on several occasions its applications to join the group – a condition it considered essential to access the national advertising market. In the second, Bijourama, a retailer specialising in the sale of watches, jewellery and silversmith’s pieces exclusively on the internet, criticised the exclusive distribution conditions imposed by Festina France, which prevented it from selling its products on the internet.

After the preliminary assessment of these two cases by the *Conseil de la Concurrence*, GIE “Les Indépendants” and Festina France proposed commitments, which were accepted by the *Conseil*.

Dissatisfied, the complainant companies brought appeals against these decisions, which were ruled admissible by the Paris Court of Appeal.

In the Bijourama ruling, it indicated that *“the decision to accept commitments, putting an end to the procedure, does not do justice [to the] requests [of this company, which] is permitted to make an appeal against this decision”*.

In the Canal 9 ruling, the Paris Court of Appeal seems more precise. Indeed, it admits the interest of Canal 9 in bringing proceedings at the end of a more general section, stating that *“the commitments contained in the decision are likely to have legal effects on its own situation”*. Essentially, these effects could have arisen from the inadequacy of the commitments intended to ensure access to GIE “Les Indépendants” in an objective, transparent and non-discriminatory way, thereby preventing Canal 9 from accessing the national advertising resources marketed by this group, to the detriment of competing local radio stations also active on this advertising market.

For the Paris Court of Appeal, the interest in bringing proceedings of a person contesting a commitment decision therefore appears to be implicitly, but necessarily, conditioned by the circumstances under which this person is active on the market concerned by the disputed commitments. Its assessment of this condition for admissibility is close to that used by the French Administrative Supreme Court in litigation over decisions associated with commitments in merger law.

An interest in bringing proceedings conditioned by the action of the complainant on one of the markets concerned by the merger

In administrative litigation, a complainant may only bring proceedings before the court regarding abuse of power on the condition that the interest cited is relevant to the purpose of the contested decision.

This requirement of correspondence between the interest cited and the purpose of the contested decision is particularly applicable to third party appeals against the administrative clearance decisions issued on the basis of specific legislation.

In relation to mergers, excluding appeals by parties against a clearance decision combined with injunctions or instructions imposed by the administrative authority (French Administrative Supreme Court decision of 21 December 2012, *Groupe Canal Plus*, n° 362347, *in Recueil*), third parties to the transaction for which an interest in bringing proceedings has been recognised are those that can justify an interest associated with competition considerations, which are the sole considerations taken into account in merger decisions.

Case law therefore admits appeals by competitors of the parties to the transaction (French Administrative Supreme Court decision of 21 December 2012, *Groupe Canal Plus*, n° 362347, *in Recueil*), professional bodies that unite such competitors (French Administrative Supreme Court decision of 21 October 2016, *Association of Medical Biology Companies* (*Association des entreprises de biologie médicale*), n° 394147) and companies that could potentially be customers of the parties to the transaction (French Administrative Supreme Court decision of 20 July 2005, *Fiducial Informatique and Fiducial Expertise*, n° 279180, *in Recueil*).

Indeed, the situation of these different categories of complainant, which are present on the same markets at the parties, is likely to have been affected by the anticompetitive effects of the transaction that merger control aims to prevent (in this regard, see Article L. 430-6 of the French Commercial Code (*Code de commerce*), which states that the *Autorité* must examine whether the transaction is “*likely to have an adverse effect on competition, in particular by creating or reinforcing a dominant position or by creating or reinforcing buying power that places suppliers in a situation of economic dependence.*”).

Beyond these scenarios, the French Administrative Supreme Court has also recognised the interest in bringing proceedings of minority shareholders in a beneficiary company of a merger clearance decision, to the extent that such a complainant is involved in the transaction involving a company it owns (French Administrative Supreme Court decision of 31 January 2007, France Antilles, n° 294896, *in Recueil*).

On the other hand, neither French nor European case law has ever recognised the interest of bringing proceedings of a complainant that does not exercise any economic activity on the markets concerned by the merger.

In the SCI Beaugrenelle case (French Administrative Supreme Court, 4 April 2018, n° 405343, in the tables of the *Recueil*), the French Administrative Supreme Court therefore ruled that “*the lessor of a shop of a company not operating on any of the markets concerned by the merger between this company and another company cannot justify, through its quality as lessor, an interest in bringing proceedings against the decision of the Autorité de la concurrence regarding the acquisition of sole control of this other company by the company for which it is the lessor*”.

Litigation over commitment decisions therefore poses similar questions to each of the courts required to issue a ruling in this respect. This observation is all the clearer in relation to the scope of powers of the court to which an appeal of this type is referred.

Ordinary role of the court ruling on commitments

The role of the Paris Court of Appeal and the French Administrative Supreme Court is similar regarding commitment litigation. Their respective powers, whose scope depends on the type of decision challenged, are very similar, with the exception of the degree of oversight they exert.

A RANGE OF POWERS DETERMINED ACCORDING TO THE TYPE OF DECISION CHALLENGED

The courts charged with checking the lawfulness of the commitment decisions or clearance decisions for a merger combined with commitments have powers that are less extensive than those charged with checking the sanctions issued in the event of non-compliance with commitments.

Powers limited to proceedings annulling decisions to accept commitments

When an appeal against a merger clearance decision is referred to the French Administrative Supreme Court, it issues rulings as a court judging abuses of power (French Administrative Supreme Court, *Section*, 9 April 1999, *The Coca-Cola Company*, n^o 201853, *in Recueil*). It implicitly confirmed this in 2012 (French Administrative Supreme Court, *Assemblée*, 21 December 2012, *Groupe Canal Plus and others*, n^o 362347, *in Recueil*).

Its role may lead it, if the appeal is well founded, to fully or partially annul the contested decision, but does not go as far as to include that powers to review the decision that are invested in the court of full jurisdiction. As Vincent Daumas indicates in his submissions on the Groupe Canal Plus case mentioned above, *“the merger control court seems to us to have to assess the lawfulness of the administrative decision challenged on the date of the latter. It should limit its own decision to an annulment, which will most often be total but which may, in certain cases, be only partial. It is the responsibility of the administration, if necessary, to take up the case and rule again, to the extent of the annulment pronounced. This court, as you recognise, is the court judging abuses of power. We therefore invite you to confirm your case law as per The Coca-Cola Company case”*.

Consequently, in the event of a judicial appeal against a decision clearing a merger subject to the fulfilment of commitments entered into by the parties, the French Administrative Supreme Court may not, in the event that these remedies are unlawful, reform or replace them with other measures. In this case, it only has the power to annul the contested merger clearance.

However, the French Administrative Supreme Court may, if the unlawful commitment can be separated from the other remedies, decide to cancel that commitment alone, and therefore partially annul the decision clearing the merger. This notably occurs when one of the commitments is not sufficient to prevent an anticompetitive effect on a specific market, this unlawfulness not however having an impact on the other markets concerned by the transaction, or on the remedies regarding those markets (French Administrative Supreme Court, 6 July 2016, *Compagnie des Gaz de Pétrole Primagaz and others*, n° 390774, in the tables of the *Recueil*).

The same goes for commitments undertaken by companies or bodies in relation to anticompetitive practices.

This means that, when examining an appeal for annulment or review – as provided for under Article L. 464-8 of the French Commercial Code – against a decision taken in application of Paragraphs I or III of Article L. 464-2 of the French Commercial Code, the Paris Court of Appeal does not have the power to discuss new commitments with the company with a view to making them obligatory, nor can it order it to comply with other special conditions that are not provided for in the contested decision. Indeed, no discussion phase is opened by the law to the parties before it.

Case law of the court of appeal is also fixed in this respect, in relation to commitments taken in application of paragraph III of Article 464-2 of the French Commercial Code. When examining appeals brought against a decision taken regarding a company that had agreed to refrain from contesting the objections and which had, furthermore, committed to modify its behaviour in the future, in application of the aforementioned statutory provisions in force at the time, the Court of Appeal rejected requests from complainants aiming to impose additional commitments on the company in question, considering that *“the scope of the referral to the Court is demarcated by the context of the contested decision; and that in the case, as the Conseil de la Concurrence had issued a ruling on the commitments taken by the [party in question] in the context of paragraph III of Article. L. 464-2 of the French Commercial Code, the Court does not have the power to impose additional commitments”* (Paris Court of Appeal, 23 February 2010, Expedia, n^o. 2009/05544). By ordering the company concerned to undertake additional commitments, the Court would have overstepped the powers conferred on it by law, and committed an error of law.

European case law is similar, with the Court of Justice ruling, in the aforementioned Alrosa Company Ltd judgement (CJEU, 29 June 2010, Alrosa Company Ltd, C-441/07), that “*application of the principle of proportionality by the Commission in the context of Article 9 of Regulation No 1/2003 is confined to verifying that the commitments in question address the concerns it expressed to the undertakings concerned and that they have not offered less onerous commitments that also address those concerns adequately. When carrying out that assessment, the Commission must, however, take into consideration the interests of third parties. Judicial review for its part relates solely to whether the Commission’s assessment is manifestly incorrect*”.

Broader powers in litigation over sanctions for non-compliance with commitments

Under merger law, paragraph IV of Article L. 430-8 of the French Commercial Code (*Code de commerce*) confers upon the *Autorité* sanctioning powers in the event of non-compliance with remedies featured in a merger clearance decision.

The French Administrative Supreme Court (*Conseil d’État*) applied these provisions for the first time in 2012 (French Administrative Supreme Court, *Assemblée*, 21 December 2012, Groupe Canal Plus and Vivendi Universal, n^o 353856, *in Recueil*), in the context of the appeal by Groupe Canal Plus and Vivendi Universal against decision 11-D-12 of 20 September 2011, in which the *Autorité*, observing the failure to fulfil several commitments undertaken by the parties in the context of the merger, decided to withdraw the decision clearing this transaction and issued the companies with a financial penalty of 30 million euros.

Following on from the ruling of the French Constitutional Council (*Conseil constitutionnel*), which declared paragraph IV of the aforementioned Article L. 430-8 compliant with the Constitution based on the version introduced by French Law 2008-776 of 4 August 2008 on the Modernisation of the Economy, the French Administrative Supreme Court ruled that all the measures taken on this basis constitute sanctions on which it may rule in its quality as court of full jurisdiction.

In this respect, it can adjust the amount of the financial penalty imposed on parties to the transaction. The Groupe Canal Plus and Vivendi Universal case provides an illustration of such a step, the French Administrative Supreme Court having reduced the amount of the contested penalty from 30 to 27 million euros.

It has also highlighted the specific nature of checks on non-financial penalties likely to be imposed on parties, including withdrawal of the merger clearance decision or an injunction subject to periodic penalty payments to implement the remedies associated with the clearance decision or new remedies. On this point, the court noted the hybrid nature of such measures, which, unlike financial penalties, have the aim of maintaining public economic order in addition to their punitive objective.

The French Administrative Supreme Court has provided further details on how the proportionality of decisions taken on this basis is checked, stating that *"the scale of the commitments that have not been met, whether in full or in part, should be taken into account in relation to the whole set of remedies adopted and the anticompetitive effects they were intended to prevent, the scale of the breaches and the need to maintain sufficient competition on the markets concerned"*.

Based on this analysis framework, and in view of the breaches attributed to Groupe Canal Plus and the requirements to maintain public economic order, it decided that the withdrawal of the merger clearance decision of 30 August 2006 was proportionate to the contentious breach.

The French Administrative Supreme Court once again had reason to apply these oversight criteria when examining the appeal against Decision 17-D-04 of 8 March 2017, in which the *Autorité* noted breaches in the fulfilment of commitments undertaken by SFR and Altice in the context of the acquisition of sole control of the former by the latter (French Administrative Supreme Court, 28 September 2017, Altice Luxembourg and SFR Group, n° 409770, *in Recueil*). As these commitments had not been respected, the *Autorité* notably ordered the parties to fulfil the commitments associated with the clearance decision by a new deadline, or face periodic penalty payments.

The Paris Court of Appeal also checks the proportionality of the penalty imposed by the *Autorité* on the basis of L. 464-3 of the French Commercial Code, which allows the *Autorité*, if the commitments provided for under Articles L. 464-1 and L. 464-2 of the Commercial Code are not respected, to issue a financial penalty within the limits specified in Article L. 464-2 of the Code.

It has only been asked to rule on an appeal against this type of sanction once, rejecting it.

To do so, it used an analysis framework similar to that used by the French Administrative Supreme Court. It notably considered that the size of the penalty imposed on GIE “Les Indépendants” was justified in light of the number and seriousness of the breaches noted – which consisted of the failure to fulfil clear, precise commitments accepted by the *Conseil*, in

exchange for which it had agreed to refrain from initiating a sanction procedure – and the competition concerns to which the commitments undertaken were intended to put an end (Paris Court of Appeal, 26 February 2015, GIE “Les Indépendants”, n° 2015/06776). Very recently, the French Supreme Court (*Cour de cassation*) confirmed this decision (French Supreme Court, Commercial Chamber, 26 September 2018, GIE “Les Indépendants”, n° 16-25.403). Furthermore, it noted that when determining the size of the penalty, the *Autorité* had merely followed the general principles of personalisation and proportionality applicable to all sanctions. Then again, it is not obliged to apply all the criteria set out in paragraph 3 of Article L. 464-2 of the French Commercial Code, including the evaluation of the amount of damage done to the economy.

The powers conferred on the Paris Court of Appeal and the French Administrative Supreme Court are therefore similar regarding commitment litigation. This is also partially true regarding the degree of oversight exercised by each court.

DIFFERENCE IN DEGREE OF OVERSIGHT OF THE FRENCH ADMINISTRATIVE SUPREME COURT AND THE COURT OF APPEAL

The Paris Court of Appeal and the French Administrative Supreme Court check the lawfulness of commitment decisions using a very similar analysis framework. However, there is a difference in the degree of oversight that each of these courts exercises, regarding both the competitive analysis and the proportionality of the commitments accepted.

A foundation for oversight common to both courts

Oversight of commitment decisions by the Paris Court of Appeal in anticompetitive practice law and the French Administrative Supreme Court in merger law shows

high levels of similarity linked to the type of lawfulness oversight.

All elements of lawfulness are covered: the lack of jurisdiction of the party issuing the act (French Administrative Supreme Court, *Assemblée*, 23 December 2013, Métropole TV, n° 363702, *in Recueil*), the irregularity of the procedure (French Administrative Supreme Court, *Section*, 9 April 1999, Interbrew, n° 191654, *in Recueil*; Paris Court of Appeal, 6 November 2007, Canal 9, n° 2006/18379; French Supreme Court, Commercial Chamber, 2 February 2010, CSRP, n° 08/70449), technicalities, errors of law, errors of fact, errors in the legal characterisation of the facts and misuse of power.

The specific methods for overseeing commitments are fundamentally very similar. The Paris Court of Appeal checks that the commitments accepted by the *Autorité* to put an end to anticompetitive practices are relevant, credible, verifiable and proportionate, in accordance with paragraph 34 of the Notice on Competition Commitments issued on 2 March 2009. For its part, the French Administrative Supreme Court ensures that the commitments conditioning clearance decisions under merger law are effective, that their implementation does not present any difficulties and that they are necessary and proportionate.

However, the degree of oversight of each of these courts differs.

Different degrees of oversight of competitive analysis and proportionality

The differences in oversight firstly concern the examination of the competitive analysis.

On this point, the French Administrative Supreme Court has ordinary oversight. It checks that the *Autorité* has, “based on a prospective analysis taking into account all the relevant data and based on a plausible economic scenario, [characterised] the anticompetitive effects of the transaction and [evaluated] whether these effects are likely to pose a risk to the preservation of sufficient competition on the markets it affects” (French Administrative Supreme Court, 6 July 2016, *Compagnie des Gaz de Pétrole Primagaz, Vitogaz France*, n^o. 390457, in the tables of the *Recueil*).

It notably checks the geographical and material segmentation of the markets applied by the *Autorité*, the methods for checking the anticompetitive effects on these markets and the assessment of these effects.

In the *Compagnie des Gaz de Pétrole Primagaz and Vitogaz France* case mentioned above, the French Administrative Supreme Court notably criticised the contested merger clearance decision for failing to examine the effects of the transaction on certain local markets for liquefied petroleum gas distribution in small-scale bulk.

However, the Court of Appeal has restricted oversight, limited to clear errors in assessment or the competitive analysis performed by the *Autorité*.

As a result, it considers that “the complainant parties may not, except in the event of a clear error, challenge in the Court of Appeal the assessments of the decision according to which certain contested facts do not raise, based on the elements of

the file, competition concerns; that it is therefore appropriate to check whether the argument made by the complainants to challenge the assessments of the decision regarding the market likely to be identified as relevant and the practices targeted by the referral demonstrates clear errors in the decision assessments” (Paris Court of Appeal, 19 December 2013, Cogent Communications France, n° 2012/19484).

In the context of the appeal against this order, a plea was notably submitted to the French Supreme Court alleging the unlawfulness of limiting the oversight exercised by the Court of Appeal to clear errors in assessment within the scope of competition concerns. The former rejected the plea, stating *“that having refuted the argument contesting the analysis of the Autorité de la concurrence regarding the relevant market, rejected the pleas of fact and law cited by Cogent in support of the qualification of essential infrastructure for AS 3215 inter-connection ports, and checked that the competition concerns identified by the Autorité de la concurrence, at the preliminary stage, had – given this analysis and the absence of elements confirming the various discriminatory behaviours of which France Telecom was accused – been limited to potential margin squeeze practices likely to be revealed by the formalising of exchanges between Orange Internet and Open Transit, the Court of Appeal has not misjudged the scope of its oversight” (French Supreme Court, Commercial Chamber, 12 May 2015, Cogent, n° V14-10.792).*

This difference is also seen when checking the proportionality of commitments.

In merger law, commitments accompanying a clearance decision are subject to ordinary oversight by the French Administrative Supreme Court. This degree of oversight was recognised in the ruling regarding The Coca-Cola Company (French Administrative Supreme Court, *Section*, 9 April 1999,

n^o. 201853, *in Recueil*), the French Administrative Supreme Court ensuring that the authority charged with merger control had not committed an assessment error in ruling that the commitments proposed by The Coca-Cola Company were insufficient to compensate for the anticompetitive effects of the contested transaction and ordering it to renounce its aim of acquiring Pernod-Ricard assets relating to “Orangina” drinks in France.

The French Administrative Supreme Court confirmed this in the *Métropole Télévision* case (French Administrative Supreme Court, *Section*, 30 December 2010, n^o. 338197, *in Recueil*), specifying that it checks the sufficient nature of the commitments taken as a whole by the parties with a view to maintaining sufficient competition on the market.

However, checking the proportionality of the commitments taken on the basis of Article R. 464-2 of the French Commercial Code seems to be different.

The Court of Appeal has not yet had occasion to rule on the issue. Yet, if it had to align with European case law in relation to anticompetitive practices, checking the proportionality of this type of measure should be limited to clear errors in assessment (CJEU, 29 June 2010, *Alrosa Company Ltd*, C-441/07 P).

* * *

The purpose of commitments and the procedures following which they are made obligatory varies according to whether they are made under merger law or anticompetitive practice law. However, litigation over commitments continues, as a general rule, to be dominated by the aim of finding a balance between restoring or maintaining public economic order, and protecting freedom of enterprise.

CONCLUSION

As this retrospective analysis of decision-making practice shows, commitments constitute a particularly useful intervention tool for competition authorities, as they are flexible and adaptable, and make it possible to maintain or rapidly re-establish public economic order, whether in anticompetitive practice law or merger law.

The effectiveness of commitments lies notably in the special way in which they are developed, namely that they are proposed by the very companies that must apply them and developed jointly with other stakeholders on the market concerned, which strengthens companies' ownership of the remedies they contain.

Commitments may take a highly diverse range of forms, particularly in the case of behavioural remedies, which illustrates their great flexibility. They may involve remedies intended to modify the commercial behaviour of operators or, more fundamentally, to transform their internal organisation by creating, for example, a "Chinese wall" between certain departments.

In addition, the dialogue that takes place with third parties during the examination of this type of remedy may, in anticompetitive practice law, make the public authorities aware of the difficulties that certain regulations pose in relation to competition law, and push these authorities to address them (see for example Decision 17-D-09 of 1 June 2017 regarding practices implemented by Inrap, the French National Institute for Preventive Archaeological Research (*Institut national de recherches archéologiques préventives*); and Decision 18-D-04 of 20 February 2018 regarding practices implemented in the sector of meat production and sale in Martinique).

However, behavioural remedies are not completely without inconveniences, which principally come to light during their monitoring and review. A monitoring system that is too complex and time-consuming can eliminate any procedural advantages gained by the initial acceptance of the commitments.

In addition, the introduction of certain complex remedies, particularly in the telecommunications and audiovisual fields, is likely to lead the *Autorité* to act like a sector-specific regulator. It also risks preventing the market from functioning by itself, without leaning on the “crutch” provided by the commitments.

This is why the *Autorité*, alongside other competition authorities, is currently considering the more stringent use of behavioural remedies, favouring quasi-structural commitments in anticompetitive practice law and structural commitments in merger law whenever they provide a better response to the competition issues.

Autorité de la concurrence

Édition bilingue français-anglais

Les engagements constituent un outil d'intervention particulièrement utile à une autorité de concurrence, car il est souple, adaptable, et permet de maintenir ou de rétablir l'ordre public économique rapidement, en droit des pratiques anticoncurrentielles comme en droit des concentrations.

En présentant et en analysant de façon synthétique la pratique décisionnelle en matière d'engagements comportementaux, l'Autorité vise à fournir aux entreprises confrontées à la préparation d'opérations de concentration ou à des procédures pour pratiques anticoncurrentielles, des outils afin de comprendre la méthodologie qu'elle applique en la matière et les objectifs poursuivis. Il s'agit ainsi d'éclairer les entreprises concernées et l'ensemble des parties prenantes. L'étude s'insère, par ailleurs, dans la réflexion plus largement menée par l'Autorité sur l'adaptation de ses moyens d'intervention et sur sa doctrine d'emploi des engagements comportementaux.

Commitments constitute a particularly useful intervention tool for competition authorities, as they are flexible and adaptable, and make it possible to maintain or rapidly re-establish public economic order, whether in anticompetitive practice law or merger law.

By presenting and providing a summary analysis of decision-making practice in terms of behavioural remedies, the Autorité aims to provide companies preparing for a merger or procedures related to anticompetitive practices with tools to understand the methodology it applies in this area, and the desired objectives. It therefore aims to clarify the matter for the companies concerned and all stakeholders. In addition, the study forms part of a broader reflection carried out by the Autorité on the adaptation of its intervention methods and its application of behavioural remedies in case law.

**Direction de l'information
légale et administrative**

La Documentation française

<https://www.vie-publique.fr/publications>

ISBN : 978-2-11-145991-5

Imprimé en France

Prix : 9 €



9 782111 459915