

Journal officiel

de l'Union européenne

C 267

51^e annéeÉdition
de langue française

Communications et informations

22 octobre 2008

<u>Numéro d'information</u>	Sommaire	Page
II	<i>Communications</i>	
	COMMUNICATIONS PROVENANT DES INSTITUTIONS ET ORGANES DE L'UNION EUROPÉENNE	
	Commission	
2008/C 267/01	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 ⁽¹⁾	1
IV	<i>Informations</i>	
	INFORMATIONS PROVENANT DES INSTITUTIONS ET ORGANES DE L'UNION EUROPÉENNE	
	Commission	
2008/C 267/02	Taux de change de l'euro	28
V	<i>Avis</i>	
	PROCÉDURES ADMINISTRATIVES	
	Cour des comptes européenne	
2008/C 267/03	Avis de vacance — Cour des comptes européenne — Emploi de secrétaire général	29

FR

PROCÉDURES RELATIVES À LA MISE EN ŒUVRE DE LA POLITIQUE DE CONCURRENCE

Commission

2008/C 267/04

Notification préalable d'une concentration (Affaire COMP/M.5093 — DP World/Conti 7/Rickmers
2.Terminal/DP World Breakbulk) ⁽¹⁾ 30

Avis au lecteur (voir page 3 de la couverture)



⁽¹⁾ Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE

II

*(Communications)*COMMUNICATIONS PROVENANT DES INSTITUTIONS ET ORGANES DE
L'UNION EUROPÉENNE

COMMISSION

**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****(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)**

(2008/C 267/01)

I. INTRODUCTION

1. Le règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises ⁽¹⁾ (ci-après dénommé «le règlement CE sur les concentrations») prévoit expressément à l'article 6, paragraphe 2, et à l'article 8, paragraphe 2, que la Commission peut prendre une décision déclarant une concentration compatible avec le marché commun après modifications apportées par les parties ⁽²⁾, aussi bien avant qu'après l'ouverture de la procédure. À cette fin, la Commission peut assortir sa décision de conditions et de charges destinées à assurer que les entreprises concernées respectent les engagements qu'elles ont pris à son égard en vue de rendre la concentration compatible avec le marché commun ⁽³⁾.
2. La présente communication a pour objet de définir des orientations en ce qui concerne les modifications apportées à des concentrations, et notamment les engagements pris en ce sens par les entreprises concernées. Ces modifications sont généralement qualifiées de «mesures correctives», leur objectif étant de résoudre les problèmes de concurrence ⁽⁴⁾ recensés par la Commission. Les orientations définies dans la présente communication reflètent l'évolution de l'expérience acquise par la Commission en matière d'appréciation, d'acceptation et de mise en œuvre des mesures correctives conformément au règlement sur les concentrations depuis l'entrée en vigueur de celui-ci le 21 septembre 1990. Le réexamen de la communication de la Commission de 2001 concernant les mesures correctives ⁽⁵⁾ découle de l'entrée en vigueur du règlement (CE) n° 139/2004 (règlement sur les concentrations) refondu ⁽⁶⁾ et du règlement (CE) n° 802/2004 de la Commission le 1^{er} mai 2004 (le «règlement

⁽¹⁾ JO L 24 du 29.1.2004, p. 1 à 22.

⁽²⁾ Les références aux «parties» et «parties à la concentration» s'appliquent également aux cas où il n'y a qu'une seule partie notificante.

⁽³⁾ Article 6, paragraphe 2, deuxième alinéa, et article 8, paragraphe 2, deuxième alinéa, respectivement. Voir également le 30^e considérant du règlement sur les concentrations, dans lequel il est indiqué que «lorsque les entreprises concernées modifient une concentration notifiée, notamment en présentant des engagements afin de la rendre compatible avec le marché commun, la Commission devrait pouvoir déclarer cette concentration, telle qu'elle est modifiée, compatible avec le marché commun. Ces engagements devraient être proportionnels au problème de concurrence et le résoudre entièrement». Ce 30^e considérant précise en outre qu'il y a lieu également d'accepter des engagements au cours de la première phase de la procédure lorsque le problème de concurrence est aisément identifiable et qu'il peut être facilement résolu.

⁽⁴⁾ Sauf mention contraire, dans le reste du texte, l'expression «problèmes de concurrence» correspond, en fonction du stade de la procédure, à des doutes sérieux ou à des constatations préliminaires indiquant qu'il y a des chances que l'opération de concentration entrave de façon significative l'exercice d'une concurrence effective dans le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci, en particulier du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante.

⁽⁵⁾ Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil et au règlement (CE) n° 447/98 de la Commission (JO C 68 du 2.3.2001, p. 3).

⁽⁶⁾ Règlement remplaçant le règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil (JO L 395 du 30.12.1989) (version corrigée dans le JO L 257 du 21.9.1990, p. 13).

d'application»⁽¹⁾, de la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance, des conclusions tirées de l'évaluation ex post systématique, par la Commission, des mesures correctives proposées par le passé⁽²⁾, ainsi que de la pratique décisionnelle de la Commission dans les affaires récentes ayant donné lieu à des mesures correctives. La Commission appliquera, développera et affinera les principes visés dans la présente communication dans les cas concrets qu'elle devra examiner. Ces orientations ne préjugent pas de l'interprétation qui en serait donnée par la Cour de justice ou le Tribunal de première instance des Communautés européennes.

3. La présente communication définit les principes généraux applicables aux mesures correctives que la Commission peut accepter, les principaux types d'engagements qu'elle peut juger recevables dans des affaires relevant du règlement sur les concentrations, les conditions spécifiques auxquelles les propositions d'engagement doivent répondre dans les deux phases de la procédure, ainsi que les principales exigences à respecter pour l'exécution des engagements. En tout état de cause, la Commission tiendra dûment compte des circonstances particulières de l'espèce.

II. PRINCIPES GÉNÉRAUX

4. Conformément au règlement sur les concentrations, la Commission apprécie la compatibilité d'une concentration notifiée avec le marché commun en fonction de son effet sur la structure de concurrence dans la Communauté⁽³⁾. En vertu de l'article 2, paragraphes 2 et 3, de ce règlement, il convient, pour apprécier si une concentration est compatible, de déterminer si, oui ou non, elle est susceptible d'entraver de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante. Dans l'affirmative, la concentration est incompatible avec le marché commun et la Commission est tenue de l'interdire. S'il y a création d'une entreprise commune, la Commission examinera également l'opération à la lumière de l'article 2, paragraphe 4, du règlement sur les concentrations. Les principes énoncés dans la présente communication s'appliquent aussi aux mesures correctives visant à éliminer les problèmes de concurrence recensés conformément à l'article 2, paragraphe 4.
5. Lorsqu'une concentration soulève des problèmes de concurrence, en ce qu'elle est susceptible d'entraver de manière significative une concurrence effective, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante, les parties peuvent chercher à la modifier afin de résoudre les problèmes de concurrence et voir ainsi l'opération autorisée. Ces modifications peuvent être pleinement mises en œuvre avant que la décision d'autorisation ne soit arrêtée. Toutefois, il est plus courant que les parties soumettent des engagements propres à rendre la concentration compatible avec le marché commun et que ces engagements soient exécutés après obtention de l'autorisation.
6. Conformément à la structure du règlement sur les concentrations, il incombe à la Commission de démontrer qu'une opération de concentration entraverait considérablement la concurrence⁽⁴⁾. La Commission informe les parties de ses préoccupations sur le plan de la concurrence afin de leur permettre de proposer des mesures correctives appropriées et correspondantes⁽⁵⁾. Il appartient alors aux parties à la concentration de proposer des engagements; la Commission n'est pas en mesure de fixer unilatéralement des conditions aux fins de l'octroi d'une décision d'autorisation mais ne peut le faire que sur la base des engagements soumis par les parties⁽⁶⁾. La Commission informera les parties

⁽¹⁾ Règlement (CE) n° 802/2004 de la Commission du 7 avril 2004 concernant la mise en œuvre du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (JO L 33 du 30.4.2004, p. 1). Ce règlement remplace le règlement (CE) n° 447/98 de la Commission concernant la mise en œuvre du règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (JO L 61 du 2.3.1998, p. 1).

⁽²⁾ DG COMP, «Merger Remedies Study», octobre 2005.

⁽³⁾ 6^e considérant du règlement sur les concentrations.

⁽⁴⁾ Lors de la première phase et avant la publication d'une communication des griefs, cela correspond à des *doutes sérieux* quant à une entrave significative à une concurrence effective.

⁽⁵⁾ Le règlement sur les concentrations prévoit des phases formelles au cours desquelles les parties sont informées des problèmes de concurrence recensés par la Commission (décision en application de l'article 6, paragraphe 1, point c), communication des griefs). En outre, les meilleures pratiques de la DG Concurrence concernant le déroulement des procédures communautaires en matière de contrôle des concentrations prévoient l'organisation de réunions-bilan au cours des phases clés de la procédure pour permettre à la Commission d'exposer ses préoccupations aux parties afin qu'elles puissent y répondre en proposant des mesures correctives.

⁽⁶⁾ Arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-210/01, General Electric/Commission, point 52, Recueil 2005, p. II-5575; arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-87/05, EDP/Commission, point 105, Recueil 2005, p. II-3745.

de son appréciation préliminaire des mesures correctives proposées. Si, toutefois, les parties ne proposent pas valablement des mesures correctives de nature à éliminer les problèmes de concurrence, la Commission n'aura pas d'autre choix que d'adopter une décision d'interdiction ⁽¹⁾.

7. La Commission doit apprécier si les mesures correctives, une fois mises en œuvre, mettront fin aux problèmes de concurrence recensés. Seules les parties possèdent toutes les informations pertinentes nécessaires aux fins d'une telle appréciation, notamment en ce qui concerne la faisabilité des engagements soumis ainsi que la viabilité et la compétitivité des actifs dont elles proposent la cession. Il leur incombe donc de fournir toutes les informations nécessaires pour permettre à la Commission d'apprécier les mesures correctives présentées. À cet effet, le règlement d'application oblige les parties notifiantes à fournir, avec leurs engagements, des informations circonstanciées sur le contenu de ces engagements, à préciser les conditions de leur exécution et à démontrer qu'ils sont de nature à supprimer toute entrave significative à l'exercice d'une concurrence effective, ainsi que cela est prévu en annexe du règlement d'application («formulaire RM»). En ce qui concerne les engagements consistant en la cession d'une activité, les parties doivent décrire en détail, notamment, le fonctionnement de l'activité à céder au moment de l'opération. Ces informations doivent permettre à la Commission d'apprécier la viabilité, la compétitivité et la valeur marchande de l'activité en comparant son fonctionnement du moment à sa portée proposée dans le cadre des engagements. La Commission pourra adapter les exigences spécifiques en fonction des informations nécessaires dans le cas d'espèce et se mettra à la disposition des parties pour discuter du contenu des informations requises avant la transmission du formulaire RM.
8. Si les parties sont tenues de proposer des engagements suffisants pour supprimer les problèmes de concurrence et de fournir les informations nécessaires aux fins de l'appréciation desdits engagements, il incombe à la Commission d'établir si une concentration, telle que modifiée par les engagements valablement proposés, doit ou non être déclarée incompatible avec le marché commun parce qu'elle crée, en dépit des engagements, une entrave significative à l'exercice d'une concurrence effective. Une opération de concentration modifiée par des engagements répond donc aux mêmes critères, en ce qui concerne la charge de la preuve aux fins d'une interdiction ou d'une autorisation, qu'une opération non modifiée ⁽²⁾.

Conditions de base pour la recevabilité des engagements

9. Conformément au règlement sur les concentrations, la Commission n'est habilitée à accepter que les engagements qu'elle estime de nature à rendre la concentration notifiée compatible avec le marché commun et, partant, à empêcher une entrave significative à l'exercice d'une concurrence effective. Les engagements doivent résoudre entièrement les problèmes de concurrence ⁽³⁾ et être complets et efficaces à tous points de vue ⁽⁴⁾. Ils doivent en outre pouvoir être exécutés de façon effective et dans des délais rapides, les conditions de concurrence sur le marché n'étant pas préservées tant qu'ils ne sont pas réalisés.
10. Les engagements structurels, et notamment les cessions, proposés par les parties ne remplissent ces critères que dans la mesure où la Commission est à même de conclure, avec le degré de certitude voulu, qu'ils pourront être mis en œuvre et que les nouvelles structures commerciales en résultant seront suffisamment viables et durables pour que l'entrave significative à l'exercice d'une concurrence effective ne se concrétise pas ⁽⁵⁾.
11. Le degré de certitude voulu quant à la mise en œuvre des engagements proposés peut être affecté notamment par les risques liés au transfert d'une activité à céder, tels que les conditions fixées par les parties en vue de la cession, les droits de parties tierces sur cette activité ou encore, les risques

⁽¹⁾ Voir l'affaire COMP/M.2220 — GE/Honeywell, décision du 3 juillet 2001, confirmée par l'arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-210/01, General Electric/Commission, point 555 et suivants et point 612 et suivants, Recueil 2005, p. II-5575; l'affaire COMP/M.3440 — EDP/ENI/GDP, décision du 9 décembre 2004, confirmée par l'arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-87/05, EDP/Commission, point 63 et suivants et point 75 et suivants, Recueil 2005, p. II-3745; l'affaire IV/M.469 — MSG/Media Service, décision du 9 novembre 1994; l'affaire IV/M.490 — Nordic Satellite Distribution, décision du 19 juillet 1995; l'affaire IV/M.553 — RTL/Veronica/Endemol, décision du 20 septembre 1995; l'affaire IV/M.993 — Bertelsmann/Kirch/Première, décision du 27 mai 1998; l'affaire IV/M.1027 — Deutsche Telekom BetaResearch, décision du 27 mai 1998; l'affaire IV/M.774 — St Gobain/Wacker Chemie, décision du 4 décembre 1996; l'affaire IV/M.53 — Aerospatiale/Alenia/De Havilland, décision du 2 octobre 1991 et l'affaire IV/M.619 — Gencor/Lonrho, décision du 24 avril 1996, confirmée par l'arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-102/96, Gencor/Commission, Recueil 1999, p. II-753.

⁽²⁾ Voir l'arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-87/05, EDP/Commission, point 62 et suivants, Recueil 2005, p. II-3745.

⁽³⁾ Voir le 30^e considérant du règlement sur les concentrations et l'arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-282/02, Cementbouw/Commission, point 307, Recueil 2006, p. II-319.

⁽⁴⁾ Arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-210/01, General Electric/Commission, points 52 et 612, Recueil 2005, p. II-5575; affaire T-87/05, EDP/Commission, point 105, Recueil 2005, p. II-3745.

⁽⁵⁾ Arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-210/01, General Electric/Commission, points 555 et 612, Recueil 2005, p. II-5575.

inhérents à la recherche d'un acquéreur approprié, de même que par les risques liés à la dégradation des actifs jusqu'à la réalisation de la cession. Il revient aux parties de lever les incertitudes quant à la mise en œuvre de la mesure corrective lorsqu'elles présentent celle-ci à la Commission ⁽¹⁾.

12. Pour apprécier la deuxième condition et déterminer si l'engagement proposé est susceptible de lever les problèmes de concurrence recensés, la Commission examinera tous les éléments pertinents relatifs à la mesure proposée proprement dite, comme, notamment, le type, l'ampleur et la portée de la mesure proposée, appréciés en fonction de la structure et des caractéristiques particulières du marché sur lequel les problèmes de concurrence se posent, y compris la position des parties et d'autres opérateurs sur le marché.
13. Pour que les engagements remplissent ces critères, ils doivent pouvoir être exécutés et contrôlés efficacement ⁽²⁾. Si les cessions, une fois qu'elles sont réalisées, ne nécessitent pas de contrôles supplémentaires, d'autres types d'engagements requièrent des mécanismes de surveillance efficaces afin de garantir que leur effet n'est pas limité, voire annihilé, par les parties. Autrement, ces engagements devraient être considérés comme de simples déclarations d'intention de la part des parties; ils ne constitueraient pas des obligations contraignantes puisque, eu égard à l'absence de mécanismes de surveillance efficaces, une infraction ne pourrait aboutir à la révocation de la décision en application des dispositions du règlement sur les concentrations ⁽³⁾.
14. Lorsque, toutefois, les parties proposent des mesures correctives d'une ampleur et d'une complexité telles que la Commission se trouve dans l'impossibilité de déterminer avec le degré de certitude voulu, au moment d'adopter une décision, qu'elles seront pleinement mises en œuvre et qu'elles sont susceptibles de maintenir une concurrence effective sur le marché, une décision d'autorisation ne peut être arrêtée ⁽⁴⁾. La Commission peut refuser ces mesures correctives, en se fondant notamment sur le fait que leur mise en œuvre ne peut être contrôlée de manière effective et que l'absence de contrôle effectif limite, voire annihile, l'effet des engagements proposés.

Caractère approprié des différents types de mesures correctives

15. D'après la jurisprudence de la Cour de justice, l'objectif premier des engagements est de garantir des structures de marché compétitives ⁽⁵⁾. En conséquence, les engagements à caractère structurel, tel que l'engagement de vendre une activité, sont généralement préférables du point de vue de l'objectif défini dans le règlement sur les concentrations, dans la mesure où ils empêchent durablement les problèmes de concurrence qui résulteraient de la concentration notifiée et, en outre, ne nécessitent pas de mesures de surveillance à moyen ou long terme. Néanmoins, il n'est pas possible d'exclure a priori que d'autres types d'engagements puissent également empêcher la formation d'une entrave significative à l'exercice d'une concurrence effective ⁽⁶⁾.
16. La Commission souligne qu'il convient de déterminer au cas par cas si une mesure corrective est susceptible de résoudre les problèmes de concurrence recensés, et plus particulièrement le type de mesure pouvant conduire à un tel résultat.
17. On peut néanmoins établir une distinction générale entre les cessions, les autres mesures correctives à caractère structurel, telles que l'octroi d'un accès aux infrastructures clés ou aux matières premières sur une base non discriminatoire, et les engagements relatifs au comportement futur de l'entité issue de la concentration. Les engagements de cession offrent la meilleure réponse aux problèmes de concurrence résultant de chevauchements horizontaux et pourraient également représenter la meilleure solution

⁽¹⁾ Des mesures de sauvegarde spécifiques peuvent avoir pour objet de compenser certains risques en fonction de la nature de ceux-ci. Ainsi, le risque lié aux droits des parties tierces concernant les actifs à céder peuvent être compensés par une autre proposition de cession. Ces mesures de sauvegarde seront examinées plus en détail ci-après.

⁽²⁾ Arrêt rendu par le Tribunal de première instance dans l'affaire T-177/04, *easyJet/Commission*, point 188, Recueil 2006, p. II-1931.

⁽³⁾ Arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-177/04, *easyJet/Commission*, point 186 et suivants, Recueil 2006, p. II-1931; arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-87/05, *EDP/Commission*, point 72, Recueil 2005, p. II-3745.

⁽⁴⁾ Un exemple de mesure corrective complexe et inappropriée est fourni par l'affaire COMP/M.3440 — *ENI/EDP/GDP* du 9 décembre 2004, confirmée par l'arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-87/05, *EDP/Commission*, point 102, Recueil 2005, p. II-3745. Voir également l'affaire COMP/M.1672 — *Volvo/Scania*, décision du 15 mars 2000.

⁽⁵⁾ Voir le 8^e considérant du règlement sur les concentrations; arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-102/96, *Gencor/Commission*, point 316, Recueil 1999, p. II-753; arrêt de la Cour de justice dans l'affaire C-12/03 P, *Commission/Tetra Laval*, point 86, Recueil 2005, p. I-987; arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-158/00, *ARD/Commission*, point 192 et suivants, Recueil 2003, p. II-3825.

⁽⁶⁾ Arrêt de la Cour de justice dans l'affaire C-12/03 P, *Commission/Tetra Laval*, point 86, Recueil 2005, p. I-987; arrêt rendu le 25 mars 1999 par le Tribunal de première instance dans l'affaire T-102/96, *Gencor/Commission*, point 319 et suivants, Recueil 1999, p. II-753; arrêt rendu par le Tribunal de première instance le 30 septembre 2003 dans l'affaire T-158/00, *ARD/Commission*, point 193, Recueil 2003, p. II-3825; arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire *easyJet/Commission*, point 182, Recueil 2006, p. II-1931; arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-87/05, *EDP/Commission*, point 101, Recueil 2005, p. II-3745.

pour régler les problèmes d'ordre vertical ou les problèmes liés à la constitution possible d'un conglomérat ⁽¹⁾. D'autres engagements structurels peuvent être adéquats pour résoudre tous les types de problèmes pour autant que ces engagements soient équivalents, en termes d'effets, à des cessions, ainsi que cela sera expliqué plus en détail au point 61 et suivants ci-après. Les engagements relatifs au comportement futur de l'entité issue de la concentration ne peuvent être recevables qu'exceptionnellement, dans des circonstances très spécifiques ⁽²⁾. En particulier, les engagements consistant pour les entreprises, à ne pas relever leurs prix, à ne pas limiter leur gamme de produits ou à ne pas retirer certaines marques du marché, etc., ne feront généralement pas disparaître les problèmes de concurrence résultant de chevauchements horizontaux. En tout état de cause, ces types de mesures correctives ne peuvent être jugés recevables qu'à titre exceptionnel, pour autant que leur applicabilité soit pleinement garantie par une mise en œuvre et des contrôles efficaces conformément aux considérations exposées aux points 13-14, 66 et 69 de la présente communication et qu'ils ne risquent pas de produire des effets de distorsion sur la concurrence ⁽³⁾.

Procédure

18. La Commission peut accepter des engagements au cours de chacune des deux phases de la procédure ⁽⁴⁾. Étant donné, toutefois, qu'elle n'entreprend une enquête approfondie sur le marché que durant la deuxième phase, les engagements qui lui sont présentés pendant la première phase doivent être suffisants pour exclure clairement tout «doute sérieux» au sens de l'article 6, paragraphe 1, point c), du règlement sur les concentrations ⁽⁵⁾. Conformément à l'article 10, paragraphe 2, du règlement sur les concentrations, la Commission est tenue de prendre une décision d'autorisation dès que les doutes sérieux visés à l'article 6, paragraphe 1, point c), dudit règlement, sont levés par les engagements soumis par les parties. Cette règle s'applique aux engagements présentés au cours de la deuxième phase de la procédure avant la publication par la Commission d'une communication des griefs ⁽⁶⁾. Si la Commission parvient à la conclusion provisoire que la concentration entrave de façon significative l'exercice d'une concurrence effective et publie une communication des griefs, les engagements doivent être suffisants pour éliminer une telle entrave.
19. Si les engagements doivent être proposés par les parties elles-mêmes, la Commission peut les rendre contraignants en subordonnant sa décision d'autorisation à leur respect. Il convient à cet égard d'établir une distinction entre les conditions et les charges. Les mesures de nature à modifier la structure du marché doivent faire l'objet de conditions (comme, par exemple, la cession d'une activité). Les différentes étapes nécessaires à la mise en œuvre des engagements pour parvenir à ce résultat constituent généralement des charges imposées aux parties (c'est le cas, par exemple, de la désignation d'un mandataire disposant d'un mandat irrévocable pour vendre cette activité).
20. Lorsque les entreprises concernées contreviennent à une charge, la Commission peut révoquer la décision d'autorisation qu'elle a prise en vertu de l'article 6, paragraphe 2, ou de l'article 8, paragraphe 2, du règlement sur les concentrations, conformément à l'article 6, paragraphe 3, ou à l'article 8, paragraphe 6, respectivement, dudit règlement. En cas de non-respect d'une charge, les parties peuvent également se voir infliger des amendes et des astreintes conformément à l'article 14, paragraphe 2, point d), et à l'article 15, paragraphe 1, point c), respectivement. Lorsque, toutefois, une condition n'est pas respectée, par exemple quand une activité n'est pas cédée dans les délais prévus conformément aux engagements ou en cas de rachat ultérieur, la décision déclarant la compatibilité devient caduque. Dans ces circonstances, la Commission peut, tout d'abord, prendre des mesures provisoires appropriées pour maintenir les conditions d'une concurrence effective, conformément à l'article 8, paragraphe 5, point b), du règlement sur les concentrations. Elle peut ensuite, si les conditions de l'article 8, paragraphe 4, point b), sont réunies, ordonner toute mesure appropriée afin que les entreprises concernées dissolvent la concentration ou prennent des mesures visant à rétablir la situation antérieure à la réalisation de la concentration ou, conformément à l'article 8, paragraphe 7, prendre une décision au titre de l'article 8, paragraphes 1 à 3. En outre, les parties peuvent également se voir infliger des amendes en vertu de l'article 14, paragraphe 2, point d).

⁽¹⁾ Voir la cession des installations de stockage dans l'affaire COMP/M.3868 — DONG/Elsam/Energi E2, décision du 14 mars 2006, considérant 170 et suivants; l'affaire COMP/M.3696 — E.ON/MOL, décision du 21 décembre 2005, considérant 735 et suivants, qui fournit un exemple de «séparation de la propriété» visant à supprimer les liens structurels entre les parties dans le secteur du stockage du gaz; voir également l'affaire COMP/M.4314 — Johnson & Johnson/Pfizer, décision du 11 décembre 2006 et l'affaire COMP/M.4494 — Evraz/Highveld, décision du 20 février 2007.

⁽²⁾ Voir, en ce qui concerne les effets congloméraux d'une concentration, l'arrêt de la Cour de justice du 15 février 2005 dans l'affaire C-12/03 P, Commission/Tetra Laval, points 85 et 89, Recueil 2005, p. I-987.

⁽³⁾ Par exemple, les engagements relatifs à certaines pratiques en matière de fixation de prix, comme les prix plafonds, qui risquent de donner lieu à un alignement anticoncurrentiel des prix des concurrents.

⁽⁴⁾ Ainsi que le prévoit le 30^e considérant du règlement sur les concentrations, la Commission assure la transparence et la consultation effective des États membres au cours des deux phases de la procédure.

⁽⁵⁾ Les engagements présentés au cours de la première phase de la procédure ne peuvent être acceptés que dans certaines situations; voir le point 81 ci-après.

⁽⁶⁾ Voir notamment l'affaire COMP/M.2972 — DSM/Roche Vitamines, décision du 23 juillet 2003; l'affaire COMP/M.2861 — Siemens/Drägerwerk/JV, décision du 30 avril 2003; l'affaire IV/JV.15 — BT/AT & T, décision du 30 mars 1999; l'affaire IV/M.1532 — BP Amoco/Arco, décision du 29 septembre 1999.

Modèles d'engagements de cession

21. Les services de la Commission ont publié un guide de bonnes pratiques relatif aux engagements de cession dans les affaires de concentration («Best Practice Guidelines for divestiture commitments»), qui comprend un texte type pour les engagements de cession («Model Text for Divestiture Commitments») et un texte type pour le mandat des personnes désignées comme mandataires («Model Text for Trustee Mandates») ⁽¹⁾. Ces modèles n'ont pas pour ambition de couvrir de façon exhaustive toutes les questions pouvant s'avérer pertinentes dans l'ensemble des cas et ne sont pas juridiquement contraignants pour les parties à une concentration. Ils complètent la présente communication, en ce qu'ils fixent les exigences types applicables aux engagements de cession, sous une forme pouvant être utilisée par les parties, tout en laissant une marge de manœuvre en vue de leur adaptation aux besoins de l'affaire en cause.

III. LES DIFFÉRENTS TYPES DE MESURES CORRECTIVES**1. Cession d'une activité à un acquéreur approprié**

22. Lorsqu'un projet de concentration menace d'entraver de manière significative l'exercice d'une concurrence effective, le moyen le plus efficace de préserver cette concurrence, en dehors de l'interdiction, est de créer les conditions nécessaires à l'émergence d'une nouvelle entité concurrentielle ou au renforcement des concurrents existants par le biais d'une cession opérée par les parties à la concentration.

1.1. Cession d'une activité viable et compétitive

23. Les éléments cédés doivent constituer une activité viable qui, si elle est exploitée par un acquéreur approprié, devra pouvoir concurrencer effectivement et durablement l'entité issue de la concentration, et qui est cédée en tant qu'entreprise en activité ⁽²⁾. Afin de garantir la viabilité de l'activité, il peut également s'avérer nécessaire d'inclure des éléments se rapportant à des marchés sur lesquels la Commission n'a pas relevé de problèmes de concurrence, si cela est nécessaire pour donner naissance à un concurrent effectif sur les marchés en cause ⁽³⁾.
24. Lorsqu'il est proposé de céder une activité viable, il convient de tenir compte des incertitudes et des risques liés au transfert d'une activité à un nouveau propriétaire. Ces risques peuvent limiter l'impact sur la concurrence de l'activité cédée et aboutir ainsi à une situation qui ne serait pas nécessairement de nature à supprimer les problèmes de concurrence.

Étendue de l'activité à céder

25. L'activité doit inclure tous les actifs qui contribuent à son fonctionnement du moment ou qui sont nécessaires pour garantir sa viabilité et sa compétitivité, de même que l'ensemble de son personnel du moment ou des membres de son personnel nécessaires pour garantir sa viabilité et sa compétitivité ⁽⁴⁾.
26. Le personnel et les actifs affectés, au moment de l'opération, à la fois à l'activité à céder et à d'autres activités des parties, mais qui contribuent à l'exploitation de l'activité ou qui sont nécessaires pour assurer sa viabilité et sa compétitivité, doivent également être inclus dans la cession. Dans le cas contraire, la viabilité et la compétitivité de l'activité à céder seraient compromises. L'activité cédée doit donc inclure le personnel exerçant des fonctions essentielles en ce qui la concerne, comme, par exemple, le personnel de recherche et de développement et le personnel informatique du groupe, même si ces personnes sont affectées à ce moment-là à une autre activité des parties — au moins dans une mesure suffisante pour répondre aux besoins du moment de l'activité cédée. De même, les actifs partagés doivent être inclus, même s'ils appartiennent ou sont affectés à une autre activité.

⁽¹⁾ Ce guide a été publié en mai 2003; il peut être consulté sur le site web de la DG COMP (<http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/legislation.html>). Ces textes types peuvent être mis à jour en permanence; un autre guide de bonnes pratiques pourra également être publié, au besoin, dans le domaine des mesures correctives.

⁽²⁾ Cela englobe, dans certaines conditions, les activités qui doivent être dissociées d'une activité d'une partie ou des actifs individuels; voir ci-dessous le point 35 et suivants.

⁽³⁾ Voir l'affaire IV/M.913 — Siemens/Elektrowatt, décision du 18 novembre 1997; l'affaire IV/M.1578 — Sanitec/Sphinx, décision du 1^{er} décembre 1999, point 255; l'affaire COMP/M.1802 — Unilever/Amora-Maille, décision du 8 mars 2000; l'affaire COMP/M.1990 — Unilever/Bestfoods, décision du 28 septembre 2000.

⁽⁴⁾ Les parties notifiantes doivent s'engager à ce que l'activité à céder comprenne l'ensemble de ces actifs et membres du personnel. Si la description détaillée de l'activité, qu'elles doivent fournir conformément au point 27, s'avère, par la suite, incomplète à cet égard, et si les parties n'apportent pas à l'activité concernée les actifs ou le personnel supplémentaires nécessaires, la Commission pourra envisager de révoquer sa décision d'autorisation conditionnelle.

27. Afin de permettre à la Commission de déterminer l'étendue de l'activité à céder, les parties doivent fournir une description précise de celle-ci dans leurs engagements («description de l'activité»). Cette description doit être adaptée au cas d'espèce et comprendre tous les éléments faisant partie de l'activité en question, à savoir, notamment, les immobilisations corporelles (par exemple, les activités de recherche et de développement, de production, de distribution, de vente et de commercialisation) et incorporelles (comme les droits de propriété intellectuelle, le savoir-faire et le fonds de commerce), les licences, permis et autorisations délivrés par les organismes publics au bénéfice de l'activité, les contrats, baux et engagements (par exemple, les accords avec les fournisseurs et les clients) au profit de l'activité à céder, de même que les fichiers de clients et de crédits. Les parties doivent également indiquer d'une manière générale le personnel qui sera transféré, y compris le personnel détaché et les agents temporaires, et mentionner les membres du personnel essentiels en vue de la viabilité et de la compétitivité de l'activité. Le transfert de ces salariés ne préjuge pas l'application des directives du Conseil sur les licenciements ⁽¹⁾, le maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises ⁽²⁾ et l'information et la consultation des travailleurs ⁽³⁾, de même que l'application des dispositions nationales mettant en œuvre ces directives et d'autres réglementations nationales. La mesure corrective doit s'accompagner d'un engagement des parties à ne pas solliciter le personnel clé.
28. La description doit également apporter des précisions sur les arrangements relatifs à la fourniture des produits et services des parties à l'activité cédée ou à la fourniture des produits et services de l'activité cédée aux parties. Les relations de l'activité cédée au moment de l'opération peuvent être nécessaires au maintien de sa viabilité et de sa compétitivité économiques durant une période transitoire. La Commission n'acceptera de tels arrangements que si ceux-ci n'affectent pas l'indépendance de l'activité cédée par rapport aux parties.
29. Afin d'éviter tout malentendu concernant l'activité à céder, les parties devront exclure expressément de leurs engagements les actifs ou membres du personnel affectés ou employés par ladite activité qui ne devraient pas, selon elles, être transférés lors de la cession. La Commission ne pourra accepter une telle exclusion que si les parties peuvent démontrer clairement qu'elle n'affecte en rien la viabilité et la compétitivité de l'activité.
30. L'activité à céder doit être viable en tant que telle. En conséquence, les ressources d'un acquéreur futur éventuel, voire présumé, ne sont pas prises en considération par la Commission lorsqu'elle procède à l'appréciation de la mesure corrective. La situation est différente si, durant la procédure déjà, un accord de vente et d'achat est conclu avec un acquéreur spécifique, dont les ressources peuvent être prises en considération aux fins de l'appréciation de l'engagement. Cette situation sera examinée plus en détail au point 56 et suivants ci-après.
31. Lorsqu'un acquéreur est proposé après qu'une décision d'autorisation a été adoptée, il se peut que certains actifs ou membres du personnel inclus dans l'activité cédée ne lui soient pas nécessaires. Lors de l'approbation de l'acquéreur, la Commission peut, à la demande des parties, autoriser la cession de l'activité à l'acquéreur proposé en excluant un ou plusieurs actifs ou membres du personnel, pour autant que cela n'affecte pas la viabilité et la compétitivité de l'activité après la vente, compte tenu des ressources dudit acquéreur.

1.2. *Activité autonome et conditions de recevabilité d'autres mesures correctives*

32. En principe, une activité viable est une activité susceptible d'être exploitée de façon autonome, c'est-à-dire indépendamment des parties à la concentration pour ce qui est de l'approvisionnement en matières premières ou d'autres formes de coopération, sauf durant une période transitoire.

⁽¹⁾ Directive 98/59/CE du Conseil du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs (JO L 225 du 12.8.1998, p. 16).

⁽²⁾ Directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements (JO L 82 du 22.3.2001, p. 16).

⁽³⁾ Directive 94/45/CE du Conseil du 22 septembre 1994 concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire ou les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs (JO L 254 du 30.9.1994, p. 64). Directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne (JO L 80 du 23.3.2002, p. 29).

33. La Commission privilégiera clairement une activité autonome existante. Celle-ci pourra revêtir la forme d'une société ou d'un groupe de sociétés préexistants, ou encore d'une activité qui, jusque-là, n'était pas constituée en société.
34. Lorsque le problème de concurrence est imputable à un chevauchement horizontal, les parties doivent pouvoir choisir entre deux activités. Dans le cas d'une OPA hostile, un engagement prévoyant la cession d'activités de la société cible peut, lorsque les parties notifiantes disposent d'informations limitées sur l'activité à céder, accroître le risque que cette activité ne débouche pas, à l'issue de la cession, sur un concurrent viable à même d'exercer durablement une concurrence sur le marché. Dans ce type de scénario, il peut donc s'avérer plus approprié pour les parties de proposer de céder des activités appartenant à l'acquéreur.

Dissociations

35. Bien que la Commission exige normalement que l'activité cédée soit une activité existante viable et autonome, elle pourra également, eu égard au principe de proportionnalité, prendre en considération la cession d'activités étroitement liées ou partiellement intégrées aux activités conservées par les parties et devant par conséquent faire l'objet d'une «dissociation». Afin de limiter autant que possible, dans de telles circonstances, les risques pour la viabilité et la compétitivité, les parties peuvent aussi soumettre des engagements proposant la dissociation des éléments d'une activité existante ne devant pas nécessairement être cédés. En effet, l'activité cédée en pareil cas est bien une activité existante et autonome, même si les parties peuvent, au moyen d'une «dissociation inverse», dissocier le nombre limité d'éléments qu'elles pourront conserver.
36. En tout état de cause, la Commission ne sera à même d'accepter des engagements prévoyant la dissociation d'éléments d'une activité que si elle a la certitude que l'activité cédée constituera, au moins à la date de sa cession à l'acquéreur, une activité viable et autonome et que les risques pour la viabilité et la compétitivité résultant de cette dissociation seront ainsi réduits au minimum. Les parties devront donc faire en sorte, ainsi qu'il est expliqué en détail au point 113, que la dissociation commence pendant la période transitoire comprise entre l'adoption de la décision de la Commission et l'accomplissement de la cession (qui équivaut au transfert juridique et factuel de l'activité à l'acquéreur). C'est donc une activité viable et autonome qui sera cédée à l'issue de cette période. Si cela s'avère impossible ou si la dissociation est particulièrement difficile, les parties pourront apporter à la Commission le degré de certitude voulu en proposant de trouver un acquéreur directement, ainsi qu'il est expliqué au point 55.

Cession d'actifs, notamment les marques et les licences

37. Une cession portant sur une combinaison d'actifs spécifiques qui ne constituaient pas auparavant une activité uniforme et viable entraîne des risques pour la viabilité et la compétitivité de la nouvelle entité. C'est le cas, notamment, lorsque les actifs appartiennent à plusieurs parties. Une telle approche ne peut recevoir le feu vert de la Commission que si la viabilité de l'activité est garantie, notwithstanding le fait que les actifs ne constituaient pas une activité uniforme par le passé. Tel pourra être le cas si les différents actifs peuvent déjà être considérés comme une activité viable et compétitive ⁽¹⁾. De même, dans des cas exceptionnels, une cession ne comprenant que des marques et les actifs de production et/ou de distribution correspondants peut suffire à créer les conditions d'une concurrence effective ⁽²⁾. L'ensemble de marques et d'actifs doit alors être suffisant pour permettre à la Commission de conclure que la nouvelle entité sera immédiatement viable entre les mains d'un acquéreur approprié.
38. La cession d'une activité apparaît généralement préférable à l'octroi de licences sur des droits de propriété intellectuelle car l'octroi d'une licence s'accompagne d'un plus grand nombre d'incertitudes, ne permettra pas au preneur de licence de soutenir immédiatement la concurrence sur le marché, suppose des relations avec les parties susceptibles de permettre au donneur de licence d'influencer le

⁽¹⁾ Voir l'affaire COMP/M.1806 — AstraZeneca/Novartis, décision du 26 juillet 2000; l'affaire COMP/M.1628 — TotalFina/Elf, décision du 9 février 2000 et l'affaire IV/M.603 — Crown Cork & Seal/CarnaudMetalbox, décision du 14 novembre 1995.

⁽²⁾ Voir l'affaire COMP/M.2544 — Masterfoods/Royal Canin, décision du 15 février 2002; l'affaire COMP/M.2337 — Nestlé/Ralston Purina, décision du 27 juillet 2001, l'affaire IV/M.623 — Kimberly-Clark/Scott Paper, décision du 16 janvier 1996 et l'affaire COMP/M.3779 — Pernod Ricard/Allied Domecq, décision du 24 juin 2005.

comportement concurrentiel du preneur et peut donner lieu à des différends entre donneur et preneur de licence sur la portée, les modalités et les conditions de la licence. Aussi l'octroi d'une licence ne sera-t-il généralement pas jugé approprié lorsque la cession d'une activité paraît réalisable. Si les problèmes de concurrence sont liés à la position de marché concernant une technologie ou des droits de propriété intellectuelle, la cession de cette technologie ou de ces droits constitue la meilleure mesure corrective, étant donné qu'elle supprime une relation durable entre la nouvelle entité et ses concurrents ⁽¹⁾. La Commission peut toutefois accepter des accords de licence à la place d'une cession lorsque celle-ci aurait par exemple pour effet d'entraver la poursuite, dans de bonnes conditions, de recherches en cours, ou encore lorsqu'une cession serait impossible en raison de la nature de l'activité ⁽²⁾. Ces licences devront permettre au preneur de soutenir efficacement la concurrence des parties, à l'instar de ce qui se serait produit dans le cas d'une cession. Ces licences constituent en principe des licences d'exclusivité; elles ne doivent prévoir aucune restriction de l'exploitation qui en est faite par le preneur et aucune restriction sur le plan géographique. En cas d'incertitude quant à la portée de la licence ou quant aux termes et conditions de celle-ci, les parties devront céder les droits de propriété intellectuelle sous-jacents, mais pourront obtenir une licence en échange. En cas d'incertitude quant à l'octroi effectif d'une licence à un preneur approprié, les parties pourront envisager de proposer un preneur initial ou une solution de règlement préalable, conformément aux considérations exposées au point 56 ci-après, afin de permettre à la Commission de conclure avec le degré de certitude voulu que la mesure corrective sera exécutée ⁽³⁾.

Changement de marque

39. Il est arrivé dans des cas exceptionnels que la Commission accepte des engagements prévoyant l'octroi d'une licence d'exclusivité limitée dans le temps pour une marque donnée afin de permettre au preneur de rebaptiser le produit dans les délais prévus. À l'issue de la première phase de ces engagements (octroi de la licence), les parties s'engagent, dans un deuxième temps, à ne pas utiliser la marque (phase de «black-out»). L'objectif de ces engagements est de permettre au titulaire de la licence d'amener les clients de la marque couverte par la licence vers sa propre marque, de façon à donner naissance à un concurrent viable, sans céder de façon définitive la marque couverte par la licence.
40. Une mesure corrective prévoyant un changement de marque comporte des risques nettement plus élevés, pour ce qui est du rétablissement d'une concurrence effective, qu'une cession, y compris la cession d'une marque: il existe en effet une grande incertitude quant à la question de savoir si le preneur de la licence parviendra à se positionner en tant que concurrent actif sur le marché avec le produit rebaptisé. Les mesures correctives de ce type peuvent être recevables lorsque la marque concernée est largement utilisée et qu'une grande partie du chiffre d'affaires qu'elle génère est réalisé en dehors des marchés sur lesquels des problèmes de concurrence ont été recensés ⁽⁴⁾. Ces mesures doivent donc être élaborées de façon à ce que l'octroi de la licence maintienne la concurrence sur le marché de manière effective et durable et que le preneur soit un concurrent efficient une fois que les produits auront changé de nom.
41. Le succès de tels engagements étant étroitement lié à la viabilité de la marque faisant l'objet de la licence, un certain nombre de conditions préalables doivent être satisfaites pour qu'ils puissent être élaborés. Premièrement, la marque à transférer doit être connue et suffisamment solide pour garantir à la fois une viabilité immédiate de la marque couverte par la licence et sa survie économique au cours de la période durant laquelle le changement de marque est opéré. Deuxièmement, une partie des actifs de production ou de distribution des produits commercialisés sous la marque faisant l'objet de la licence ou un transfert de savoir-faire peuvent s'avérer nécessaires afin de garantir la viabilité de la mesure corrective ⁽⁵⁾. Troisièmement, la licence doit être exclusive et, en principe, exhaustive, c'est-à-dire non limitée à une gamme de produits donnée sur un marché spécifique, et inclure les

⁽¹⁾ Voir l'affaire COMP/M.2972 — DSM/Roche Vitamines, décision du 23 juillet 2003; l'affaire IV/M.1378 — Hoechst/Rhône-Poulenc, décision du 9 août 1999; l'affaire COMP/M.1601 — Allied Signal/Honeywell, décision du 1^{er} décembre 1999 et l'affaire COMP/M.1671 — Dow/UCC, décision du 3 mai 2000.

⁽²⁾ Voir l'affaire COMP/M.2949 — Finmeccanica/Alenia Telespazio, décision du 30 octobre 2002; l'affaire COMP/M.3593 — Apollo/Bakelite, décision du 11 avril 2005, engagement concernant la licence relative à des matériaux réfractaires à liant carbone; pour ce qui est du secteur pharmaceutique, voir l'affaire COMP/M.2972 — DSM/Roche Vitamines, décision du 23 juillet 2003 et l'affaire IV/M.555 — Glaxo/Wellcome, décision du 28 février 1995.

⁽³⁾ Voir l'affaire COMP/M.2972 — DSM/Roche Vitamines, décision du 23 juillet 2003.

⁽⁴⁾ Toutefois, même dans de telles conditions, il peut être plus approprié de céder la marque, en particulier si la scission de la propriété de la marque qui en résulte constitue une pratique courante dans le secteur; voir, pour le secteur pharmaceutique, l'affaire COMP/M.3544 — Bayer Healthcare/Roche (OTC), décision du 19 novembre 2004, considérant 59, qui a trait à la cession de la marque Desenex.

⁽⁵⁾ Voir l'affaire COMP/M.3149 — Procter & Gamble/Wella, considérant 60; l'affaire IV/M.623 — Kimberly-Clark/Scott, décision du 16 janvier 1996, considérant 236 i). Ceci est particulièrement important au cours de la phase d'octroi de la licence, durant laquelle le preneur doit préparer le lancement d'une nouvelle marque compétitive, ce qui ne semble pas faisable s'il lui faut consacrer des ressources considérables au processus de production, à la commercialisation et à la distribution de la marque couverte par la licence; voir l'affaire COMP/M.2337 — Nestlé/Ralston Purina, décision du 27 juillet 2001, considérant 67 et suivants; l'affaire COMP/M.2621 — SEB/Moulinex, décision du 8 janvier 2002, considérant 140.

droits de propriété intellectuelle, de façon à ce que les clients reconnaissent le produit dont la marque a été modifiée. Les parties ne seront pas autorisées à utiliser des termes ou des signes similaires car cela pourrait compromettre l'effet du changement de marque ⁽¹⁾. Quatrièmement, la phase d'octroi de la licence et la phase de «black-out» doivent être suffisamment longues, compte tenu des spécificités du cas d'espèce, pour que la mesure corrective prévoyant le changement de marque ait un effet similaire à une cession ⁽²⁾.

42. L'identité du preneur de licence potentiel sera cruciale pour le succès des engagements de ce type. En cas d'incertitude quant à l'existence d'un certain nombre de preneurs appropriés en mesure et ayant toutes les raisons de rebaptiser le produit, les parties pourront envisager de proposer une solution sous la forme d'une disposition de type «acquéreur initial» ou «règlement préalable», conformément aux considérations développées au point 53 ci-après.

1.3. *Clause de non-rachat*

43. Afin de garantir l'effet structurel d'une mesure corrective, les engagements doivent prévoir que l'entité issue de la concentration ne pourra pas acquérir ensuite une influence ⁽³⁾ sur tout ou partie de l'activité cédée. En principe, il doit être prévu dans les engagements qu'il ne sera pas possible, pendant une période relativement longue, en général de dix ans, d'acquérir à nouveau une influence notable. Les engagements toutefois peuvent également prévoir une dérogation autorisant la Commission à dispenser les parties de cette obligation si elle estime par la suite que la structure du marché a changé dans une mesure telle que l'absence d'influence sur l'activité cédée n'est plus nécessaire pour rendre la concentration compatible avec le marché commun. Même en l'absence de clause explicite, un rachat de cette activité constituerait une violation d'une obligation implicite incombant aux parties en vertu des engagements, dans la mesure où cela porterait atteinte à l'efficacité des mesures correctives.

1.4. *Engagements prévoyant une autre possibilité de cession, dite des «joyaux de la couronne»*

44. Dans certains cas, la mise en œuvre de la solution de cession (d'une activité viable, susceptible de résoudre les problèmes de concurrence) choisie par les parties peut être incertaine en raison par exemple de droits de préemption détenus par des tiers ou du fait des incertitudes qui pèsent sur la transférabilité de contrats clés ou de droits de propriété intellectuelle ou encore sur la possibilité de trouver un acquéreur approprié. Les parties peuvent néanmoins estimer qu'elles seraient en mesure de céder cette activité à un acquéreur approprié dans des délais très courts.
45. Dans de tels cas, la Commission ne peut pas prendre le risque qu'une concurrence effective ne soit pas, en fin de compte, maintenue. En conséquence, elle n'acceptera de tels engagements de cession qu'aux conditions suivantes: a) absence d'incertitude, la première cession proposée dans les engagements devant constituer une entreprise viable et b) proposition par les parties d'une autre possibilité de cession qu'elles seront tenues de mettre en œuvre si elles ne sont pas en mesure d'exécuter le premier engagement dans les délais prévus pour la première cession ⁽⁴⁾. En principe, cet engagement subsidiaire doit être du type «joyau de la couronne» ⁽⁵⁾, c'est-à-dire, qu'il doit, une fois mis en œuvre, s'avérer au moins aussi bon que le premier en termes de création d'un concurrent viable, ne donner lieu à aucune incertitude quant à sa réalisation et pouvoir être exécuté rapidement afin d'éviter que la période totale de mise en œuvre ne dépasse celle qui serait normalement considérée comme acceptable dans les conditions du marché en question. Afin de limiter les risques durant la période transitoire, il est indispensable que des mesures conservatoires provisoires, distinctes, s'appliquent à tous les actifs inclus dans les deux possibilités de cession. En outre, l'engagement doit fixer des critères clairs et un calendrier strict en ce qui concerne les modalités et la date d'exécution de l'autre possibilité de cession et la Commission demandera que sa réalisation intervienne dans des délais plus courts.

⁽¹⁾ Voir l'affaire COMP/M.3149 — Procter & Gamble/Wella, décision du 30 juillet 2003, considérant 61; l'affaire COMP/M.2337 — Nestlé/Ralston Purina, décision du 27 juillet 2001, considérant 68; l'affaire COMP/M.2621 — SEB/Moulinex, décision du 8 janvier 2002, considérant 141; l'affaire IV/M.623 — Kimberly-Clark/Scott, décision du 16 janvier 1996, considérant 236 ii).

⁽²⁾ Compte tenu, par exemple, du cycle de vie des produits; voir l'affaire COMP/M.2621 — SEB/Moulinex, décision du 8 janvier 2002, considérant 141, dans laquelle la durée des engagements couvre quasiment une période correspondant à trois cycles de vie des produits; décision confirmée par l'arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-119/02, Royal Philips Electronics NV/Commission, point 112 et suivants, Recueil 2003, p. II-1433.

⁽³⁾ Une influence exercée par le propriétaire antérieur de l'activité sur le comportement concurrentiel de l'activité cédée, qui risque de contrarier l'objectif poursuivi par la mesure corrective.

⁽⁴⁾ Voir l'arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-210/01, General Electric/Commission, point 617, Recueil 2005, p. II-5575; affaire COMP/M.1453 — AXA/GRE, décision du 8 avril 1999.

⁽⁵⁾ L'engagement subsidiaire peut porter sur une activité tout à fait différente ou, en cas de doute quant à la possibilité de trouver un acheteur approprié, sur des activités et des actifs supplémentaires qui s'ajoutent au dispositif initial.

46. En cas d'incertitude quant à la mise en œuvre de la cession en raison de droits détenus par des tiers ou quant à la possibilité de trouver un acquéreur approprié, la soumission d'engagements de type «joyaux de la couronne» et la solution de l'«acquéreur initial» (voir le point 54 ci-dessous), permettent de répondre aux mêmes préoccupations, et les parties peuvent dès lors choisir entre les deux options.

1.5. Cession à un acquéreur approprié

47. La cession n'aura l'effet recherché qu'une fois l'activité transférée à un acquéreur approprié grâce auquel celle-ci deviendra une force concurrentielle active sur le marché. La capacité d'une activité à attirer un acquéreur approprié constitue l'un des principaux éléments dont la Commission doit déjà tenir compte pour apprécier le caractère adéquat des engagements proposés ⁽¹⁾. Pour garantir que les entreprises soient cédées à un acquéreur approprié, les engagements doivent comporter des critères de pertinence qui permettront à la Commission de déterminer si la cession de l'activité à cet acquéreur est susceptible de résoudre les problèmes de concurrence recensés.

a) Caractère approprié de l'acquéreur

48. Les exigences types auxquelles l'acquéreur doit satisfaire sont les suivantes:

- l'acquéreur doit être indépendant des parties et sans aucun lien avec elles,
- l'acquéreur doit posséder des ressources financières, des compétences adéquates confirmées, la motivation et les aptitudes nécessaires pour pouvoir préserver et développer de manière viable la capacité de l'activité à concurrencer activement les parties et les autres concurrents, et
- l'acquisition de l'activité par un acquéreur proposé ne peut ni être susceptible de donner lieu à de nouveaux problèmes de concurrence ni entraîner de risque de retard dans la mise en œuvre des engagements. En conséquence, on peut raisonnablement attendre de l'acquéreur proposé qu'il obtienne auprès des autorités réglementaires compétentes tous les agréments nécessaires à l'acquisition de l'activité à céder.

49. Il se peut que les exigences types requises de l'acquéreur doivent être complétées au cas par cas. Par exemple, on peut exiger, le cas échéant, que l'acquéreur appartienne au secteur industriel et non financier ⁽²⁾. Les engagements devront généralement contenir ce genre de clause lorsque, en raison des circonstances spécifiques de l'affaire, un acquéreur financier pourrait ne pas avoir l'aptitude ou la motivation nécessaire pour développer de manière viable la capacité concurrentielle de l'activité sur le marché, même en considérant qu'il pourrait obtenir les compétences requises en matière de gestion (par exemple, en recrutant des gestionnaires spécialisés dans le secteur concerné) et que l'acquisition par un acquéreur financier ne permettrait donc pas de résoudre les problèmes de concurrence avec le degré de certitude voulu.

b) Identification d'un acquéreur approprié

50. De façon générale, la cession à un acquéreur approprié peut être garantie de trois manières. Premièrement, l'activité est cédée, dans un délai fixé après l'adoption de la décision, à un acquéreur approuvé par la Commission sur la base des exigences requises en la matière. Deuxièmement, outre ces conditions, les engagements prévoient que les parties ne pourront clôturer l'opération notifiée avant d'avoir conclu un accord contraignant avec un acquéreur pour l'activité, approuvé par la Commission (dit «acquéreur initial»). Troisièmement, les parties identifient un acquéreur pour l'activité et concluent déjà un accord contraignant pendant la procédure de la Commission ⁽³⁾ [mesure corrective de type «règlement préalable» ⁽⁴⁾]. La principale différence entre les deux dernières options est que dans le cas d'un acquéreur initial, la Commission ne connaît pas l'identité de l'acquéreur avant d'adopter une décision d'autorisation.

51. Le choix de la méthode est fonction des risques inhérents à l'affaire et, par conséquent, des éléments permettant à la Commission de conclure, avec le degré de certitude voulu, que les engagements seront réalisés. Il dépendra de la nature et de la portée de l'activité à céder, des risques de dégradation de l'activité pendant la période transitoire jusqu'à la cession et de toutes les incertitudes liées au transfert et à la mise en œuvre, notamment les risques découlant de la recherche d'un acquéreur approprié.

⁽¹⁾ Affaire IV/M.913 — Siemens/Elektrowatt, décision du 18 novembre 1997.

⁽²⁾ Voir les engagements dans l'affaire COMP/M.2621 — SEB/Moulinex, décision du 8 janvier 2002, qui prévoient que le preneur devra utiliser sa propre marque dans le secteur concerné. Certains marchés pourront exiger un degré de reconnaissance suffisant des clients pour qu'un acquéreur soit en mesure de transformer l'activité à céder en une force concurrentielle sur le marché.

⁽³⁾ Le transfert de l'activité peut être effectué après la décision de la Commission.

⁽⁴⁾ Cette terminologie pourrait avoir une signification différente dans d'autres contextes.

1) Vente de l'activité cédée dans un délai fixé après la décision

52. La première méthode permet aux parties de procéder à la vente de l'activité cédée, sur la base des exigences en matière d'acquéreur, dans un délai fixé après l'adoption de la décision. Il y a des chances que cette procédure soit appropriée dans la majorité des cas, pour autant que plusieurs acquéreurs puissent être pris en considération pour une activité viable et qu'aucun problème ne vienne compliquer ou entraver la cession. Lorsque l'acquéreur doit posséder des qualifications spéciales, cette procédure peut convenir si suffisamment d'acquéreurs potentiels intéressés satisfont aux exigences spécifiques requises devant être incluses dans les engagements. Dans ces cas, la Commission est en droit de conclure que la cession sera réalisée et il n'y a aucune raison de suspendre la mise en œuvre de l'opération de concentration notifiée après sa décision.

2) Acquéreur initial

53. Dans certains cas, seule la solution de l'acquéreur initial permettra à la Commission de conclure, avec le degré de certitude voulu, que l'activité sera effectivement cédée à un acquéreur approprié. Les parties doivent dès lors s'engager à ne pas clôturer l'opération notifiée avant d'avoir conclu un accord contraignant avec un acquéreur pour l'activité cédée, approuvé par la Commission ⁽¹⁾.
54. Cette méthode s'applique en premier lieu lorsqu'une cession se heurte à de sérieux obstacles tels que les droits de parties tierces ou les incertitudes liées à la recherche d'un acquéreur approprié ⁽²⁾. Dans ces cas, un acquéreur initial permettra à la Commission de conclure, avec le degré de certitude voulu, que les engagements seront effectivement mis en œuvre car cet engagement crée pour les parties des incitations plus fortes à conclure la cession de façon à pouvoir mener à terme leur propre concentration. Dans ces cas, les parties peuvent choisir entre la proposition d'un acquéreur initial et un autre engagement de cession, comme indiqué ci-dessus au point 46.
55. La méthode de l'acquéreur initial peut aussi s'avérer nécessaire en cas de risques sérieux pour le maintien de la compétitivité et de la négociabilité de l'activité cédée pendant la période transitoire jusqu'à la cession. Il s'agit de situations dans lesquelles les risques de dégradation de l'activité semblent importants, notamment en raison de la perte possible de salariés essentiels pour l'activité, ou dans lesquelles les risques intermédiaires augmentent du fait de l'impossibilité pour les parties d'entreprendre le processus de dissociation pendant la période transitoire, alors que ce processus ne peut se réaliser qu'après la conclusion d'un accord de vente et d'achat avec un acquéreur. La solution de l'acquéreur initial peut accélérer le transfert de l'activité à céder (les parties étant davantage incitées à conclure la cession afin de pouvoir mener à terme leur propre concentration) de telle sorte que les engagements permettent à la Commission de conclure, avec le degré de certitude voulu, que ces risques sont limités et que la cession sera effectivement mise en œuvre ⁽³⁾.

3) Mesures correctives de type «règlement préalable»

56. La troisième méthode concerne notamment les cas où les parties identifient un acquéreur et concluent avec lui un accord contraignant décrivant les points essentiels de l'achat, au cours de la procédure engagée par la Commission ⁽⁴⁾. La Commission pourra déterminer dans la décision finale si le transfert de l'activité cédée à l'acquéreur identifié permettra de résoudre les problèmes de concurrence. Si la Commission autorise l'opération de concentration notifiée, aucune décision supplémentaire de sa part ne sera nécessaire en ce qui concerne l'approbation de l'acquéreur et il pourra être procédé à la clôture de la vente de l'activité cédée dans des délais rapprochés.
57. La Commission est favorable aux solutions du type «règlement préalable», notamment lorsque l'identité de l'acquéreur est essentielle à l'efficacité de la mesure corrective proposée. Il s'agit de situations dans lesquelles, compte tenu des circonstances, seul un nombre très restreint d'acquéreurs potentiels peuvent être jugés appropriés, eu égard notamment au fait que l'activité cédée n'est pas viable en tant que telle

⁽¹⁾ Voir l'affaire COMP/M.3796 — Omya/Huber PCC, décision du 19 juillet 2006; l'affaire COMP/M.2972 — DSM/Roche Vitamins, décision du 23 juillet 2003; l'affaire COMP/M.2060 — Bosch/Rexroth, décision du 13 décembre 2000; l'affaire COMP/M.2337 — Nestlé/Ralston Purina, décision du 27 juillet 2001; l'affaire COMP/M.2544 — Masterfoods/Canin Royal, décision du 15 février 2002; l'affaire COMP/M.2947 — Verbund/Energie Allianz, décision du 11 juin 2003.

⁽²⁾ Voir l'affaire COMP/M.2060 — Bosch/Rexroth, décision du 13 décembre 2000, point 92.

⁽³⁾ Voir l'affaire COMP/M.2060 — Bosch/Rexroth, décision du 13 décembre 2000, point 95.

⁽⁴⁾ Ces accords sont normalement subordonnés à la décision finale de la Commission portant acceptation de la mesure corrective en question.

mais ne pourra l'être que grâce à certains actifs de l'acquéreur, ou dans lesquelles l'acquéreur doit présenter des caractéristiques spécifiques pour que la mesure corrective permette de résoudre les problèmes de concurrence ⁽¹⁾. Si les parties optent pour un accord contraignant avec un acquéreur approprié pendant la procédure par le biais du «règlement préalable», la Commission peut dans ces circonstances conclure, avec le degré de certitude voulu, que les engagements seront mis en œuvre grâce à la vente à un acquéreur approprié. Dans ces situations, la solution de «l'acquéreur initial» contenant des exigences spécifiques pour l'acquéreur approprié sera généralement considérée comme équivalente et acceptable.

2. Élimination des liens avec les concurrents

58. Les engagements de cession peuvent également servir à éliminer des liens entre les parties et les concurrents lorsque ces liens contribuent aux problèmes de concurrence posés par la concentration. Il peut s'avérer nécessaire de céder une participation minoritaire dans une entreprise commune en vue de trancher un lien structurel avec un concurrent important ⁽²⁾ ou, de la même manière, de céder une participation minoritaire chez un concurrent ⁽³⁾.
59. Bien que la cession de ces parts soit préférable, la Commission peut, à titre exceptionnel, accepter la renonciation aux droits liés aux parts minoritaires chez un concurrent lorsqu'il peut être exclu, au vu des circonstances spécifiques de l'affaire, que les gains financiers tirés d'une participation minoritaire chez un concurrent poseraient en eux-mêmes des problèmes de concurrence ⁽⁴⁾. Dans de tels cas, les parties doivent renoncer à tous les droits liés à cette participation ayant une influence sur le comportement concurrentiel, notamment la représentation au conseil d'administration, les droits de veto et les droits à l'information ⁽⁵⁾. La Commission ne peut accepter de trancher ainsi un lien avec un concurrent qu'à la condition d'une renonciation complète et permanente à ces droits ⁽⁶⁾.
60. Lorsque des problèmes de concurrence résultent d'accords avec des entreprises fournissant des produits ou des services identiques, une mesure corrective appropriée peut consister à mettre fin aux accords en question, par exemple aux accords de distribution avec des concurrents ⁽⁷⁾ ou aux accords entraînant la coordination de certains comportements commerciaux ⁽⁸⁾. Cependant, la résiliation d'un accord de distribution ne permettra à lui seul de résoudre les problèmes de concurrence qu'à condition qu'il soit garanti que le produit d'un concurrent soit également distribué à l'avenir et exerce une pression concurrentielle effective sur les parties.

3. Autres mesures correctives

61. Bien qu'elles soient privilégiées, les cessions ou l'élimination des liens avec les concurrents ne constituent pas les seules mesures correctives possibles pour supprimer certains problèmes de concurrence. Elles représentent toutefois le critère de référence à l'aune duquel l'efficacité et l'efficience des autres mesures correctives sont appréciées. La Commission peut donc accepter d'autres types d'engagements mais uniquement lorsque la mesure corrective alternative équivaut, dans ses effets, au moins à une cession ⁽⁹⁾.

⁽¹⁾ Voir l'affaire COMP/M.3916 — T-Mobile Austria/tele.ring, décision d'avril 2006, certains sites et fréquences de téléphonie mobile ne constituant pas une entreprise viable ne pouvaient être cédés qu'à un concurrent susceptible de remplir un rôle analogue sur le marché, comme tele.ring; l'affaire COMP/M.4000 — Inco/Falconbridge, décision du 4 juillet 2006, l'activité de traitement du nickel ne pouvait être cédée qu'à un concurrent verticalement intégré dans l'approvisionnement de nickel; l'affaire COMP/M.4187 — Metso/Aker Kvaerner, décision du 12 décembre 2006, un seul acquéreur était approprié pour l'acquisition de l'activité à céder dans la mesure où il était l'unique à disposer du savoir-faire nécessaire et à assurer une présence indispensable sur les marchés voisins; l'affaire COMP/M.3436 — Continental/Phoenix, décision du 26 octobre 2004, seul le partenaire dans l'entreprise commune de distribution était en mesure d'assurer la viabilité de l'activité cédée; l'affaire COMP/M.3136 — GE/IEH, décision du 5 décembre 2003.

⁽²⁾ Affaire IV/M.942 — VEBA/Degussa, décision du 3 décembre 1997.

⁽³⁾ Affaire COMP/M.3653 — Siemens/VA Tech, décision du 13 juillet 2005, points 491, 493 et suivants.

⁽⁴⁾ Voir l'affaire COMP/M.3653 — Siemens/VA Tech, décision du 13 juillet 2005, point 327 et suivants, où les effets de la participation minoritaire sur le plan financier ont pu être exclus dans la mesure où une option pour la vente de cette participation avait déjà été exercée.

⁽⁵⁾ Affaire COMP/M.4153 — Toshiba/Westinghouse, décision du 19 septembre 2006.

⁽⁶⁾ Voir l'affaire COMP/M.3440 — ENI/EDP/GDP, décision du 9 décembre 2004, point 648 et suivants et 672.

⁽⁷⁾ En ce qui concerne la résiliation d'accords de distribution, voir l'affaire COMP/M.3779 — Pernod Ricard/Allied Domecq, décision du 24 juin 2005; l'affaire COMP/M.3658 — Orkla/Chips, décision du 3 mars 2005.

⁽⁸⁾ Voir notamment le secteur du transport maritime, affaire COMP/M.3829 — Maersk/PONL, décision du 29 juillet 2005 et affaire COMP/M.3863 — TUI/CP Ships, décision du 12 octobre 2005. Dans ces affaires, les parties se sont engagées à se retirer de quelques conférences et consortiums maritimes.

⁽⁹⁾ Voir l'affaire COMP/M.3680 — Alcatel/Finmeccanica/Alcatel Alenia Space & Telespazio, décision du 28 avril 2005, où une cession était impossible.

Mesures correctives sous forme d'autorisation d'accès

62. Dans un certain nombre de cas, la Commission a accepté des mesures correctives prévoyant l'octroi d'un accès aux infrastructures, réseaux et technologies clés, notamment aux brevets, au savoir-faire ou à d'autres droits de propriété intellectuelle, ainsi qu'aux intrants indispensables. En principe, les parties accordent cet accès aux tiers sur une base non discriminatoire et transparente.
63. Des engagements autorisant l'accès aux infrastructures et aux réseaux peuvent être proposés afin de faciliter l'entrée des concurrents sur le marché. Ils peuvent être acceptés par la Commission en présence d'une indication suffisamment claire montrant qu'il y aura réellement une entrée de nouveaux concurrents susceptible d'éliminer toute entrave significative à l'exercice d'une concurrence effective ⁽¹⁾. Parmi les autres exemples d'engagements de ce type figurent les engagements accordant l'accès aux plateformes de télévision payante ⁽²⁾ et à l'énergie par des programmes de cession de gaz ⁽³⁾. Il arrive fréquemment que des mesures individuelles ne permettent pas de réduire suffisamment les barrières à l'entrée mais qu'il faille recourir à un ensemble de mesures combinant des cessions et des engagements d'accès ou à un paquet d'engagements visant à faciliter globalement la pénétration de concurrents par toute une série de mesures différentes. Si ces engagements permettent effectivement l'entrée d'un nombre suffisant de nouveaux concurrents en temps voulu et selon toute probabilité, ils peuvent être considérés comme ayant un effet semblable à une cession sur la concurrence sur le marché. S'il ne peut pas être conclu que l'abaissement des barrières à l'entrée grâce aux engagements proposés contribuera vraisemblablement à la pénétration de nouveaux concurrents sur le marché, la Commission rejettera cet ensemble de mesures correctives ⁽⁴⁾.
64. Des engagements d'autorisation d'accès non discriminatoire aux infrastructures ou aux réseaux des parties à la concentration peuvent également être proposés afin de garantir que la concurrence ne soit pas entravée de manière significative par le verrouillage du marché. Dans des décisions précédentes, la Commission a accepté des engagements prévoyant l'octroi d'un accès aux pipelines ⁽⁵⁾, aux réseaux de télécommunications ou à d'autres réseaux similaires ⁽⁶⁾. La Commission n'acceptera ces engagements que s'il peut être conclu qu'ils seront effectifs et que les concurrents en feront vraisemblablement usage, ce qui contribuera à régler les problèmes de verrouillage du marché. Dans des cas spécifiques, il peut être indiqué de lier cet engagement à une disposition de type «acquéreur initial» ou «règlement préalable» afin de permettre à la Commission de conclure, avec le degré de certitude voulu, que les engagements seront effectivement mis en œuvre ⁽⁷⁾.
65. De même, le contrôle d'une technologie clé ou de droits de propriété intellectuelle (DPI) peut causer des problèmes de verrouillage du marché aux concurrents qui dépendent de la technologie ou des DPI en tant qu'intrants indispensables à leurs activités sur un marché en aval. Cela est par exemple le cas des problèmes de concurrence résultant du fait que des parties ne divulguent pas les informations nécessaires à l'interopérabilité d'équipements différents. Dans ces circonstances, des engagements autorisant l'accès des concurrents aux informations nécessaires peuvent constituer une solution ⁽⁸⁾. De même, dans les secteurs où les acteurs sont généralement tenus de coopérer en s'octroyant mutuellement des licences, les problèmes liés au fait que l'entité issue de la concentration ne serait plus incitée à fournir des licences dans les mêmes proportions et aux mêmes conditions qu'auparavant pourraient

⁽¹⁾ Voir l'arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-177/04, *easyJet/Commission*, point 197 et suivants, Recueil 2006, p. II-1931.

⁽²⁾ Voir l'affaire COMP/M.2876 — *Newscorp/Telepiù*, décision du 2 avril 2003, point 225 et suivants, où le paquet d'engagements comprenait l'accès des concurrents à tous les éléments essentiels d'un réseau de télévision payante, à savoir 1) l'accès au contenu nécessaire, 2) l'accès à la plate-forme technique et 3) l'accès aux services techniques nécessaires. De même, dans l'affaire COMP/JV.37 — *BskyB/Kirch Pay TV*, décision du 21 mars 2000, confirmée par l'arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-158/00, *ARD/Commission*, Recueil 2003, p. II-3825, la Commission a accepté un ensemble d'engagements autorisant un accès général au marché de la télévision payante à d'autres opérateurs.

⁽³⁾ Voir l'affaire COMP/M.3696 — *E.ON/MOL*, décision du 21 décembre 2005; l'affaire COMP/M.3868 — *DONG/Elsam/Energi E2*, décision du 14 mars 2006.

⁽⁴⁾ En ce qui concerne les concentrations dans le secteur du transport aérien, la simple réduction des obstacles à l'entrée grâce à un engagement des parties d'offrir des créneaux horaires dans des aéroports spécifiques peut ne pas toujours suffire à garantir l'accès de nouveaux concurrents sur ces liaisons où se posent des problèmes de concurrence et à rendre la mesure corrective équivalente dans ses effets à une cession.

⁽⁵⁾ Voir l'affaire COMP/M.2533 — *BP/E.ON*, décision du 20 décembre 2001, accès aux pipelines outre la cession des parts dans une société de pipeline; l'affaire COMP/M.2389 — *Shell/DEA*, décision du 20 décembre 2001, accès à un terminal d'importation d'éthylène.

⁽⁶⁾ Pour l'accès aux réseaux de télécommunications, voir l'affaire COMP/M.2803 — *Telia/Sonera*, décision du 10 juillet 2002; l'affaire IV/M.1439 — *Telia/Telenor*, décision du 13 octobre 1999; l'affaire COMP/M.1795 — *Vodafone/Mannesmann*, décision du 12 avril 2000. Voir également l'affaire COMP/M.2903 — *DaimlerChrysler/Deutsche Telekom/JV*, décision du 30 avril 2003, où la Commission a accepté un paquet d'engagements visant à accorder l'accès de tiers à un réseau télématique et à abaisser les barrières à l'entrée en leur permettant d'utiliser des éléments d'un système télématique, conçu pour le prélèvement des péages, fournis par les parties.

⁽⁷⁾ Voir le «moratoire qualitatif» dans l'affaire COMP/M.2903 — *DaimlerChrysler/Deutsche Telekom/JV*, décision du 30 avril 2003, point 76.

⁽⁸⁾ Affaire COMP/M.3083 — *GE/Instrumentarium*, décision du 2 septembre 2003; affaire COMP/M.2861 — *Siemens/Draegerwerk*, décision du 30 avril 2003.

être résolu par des engagements d'octroi de licences sur la même base également à l'avenir ⁽¹⁾. Dans ces cas, les engagements devraient prévoir la délivrance de licences non exclusives ou la divulgation d'informations sur une base non exclusive à toutes les parties tierces qui dépendent des DPI ou des informations pour leurs activités. Il conviendrait également de veiller à ce que les modalités et conditions de délivrance des licences n'empêchent pas la mise en œuvre effective de ce type de mesure corrective. S'il n'existe pas de modalités et conditions de délivrance des licences déterminées avec précision sur le marché concerné, il y a lieu de les faire apparaître clairement dans les engagements, notamment les modalités et conditions de tarification (par exemple, au moyen de formules tarifaires). Une autre solution pourrait consister à avoir recours à des licences libres de redevances. En outre, selon le cas, la délivrance de licences pourrait également comporter la transmission d'informations sensibles du donneur de licence sur le comportement concurrentiel des preneurs de licence actifs en tant que concurrents sur le marché en aval, par exemple la transmission du nombre de licences utilisées sur ce marché. Dans ces circonstances, pour que la mesure corrective soit valable, il conviendra d'exclure ces problèmes de confidentialité dans les engagements. En général, comme précisé au point précédent, la Commission n'acceptera ces engagements que s'il peut être conclu qu'ils seront efficaces et que les concurrents en feront vraisemblablement usage.

66. Les engagements d'octroi d'accès présentent souvent un caractère complexe et comportent nécessairement une description en termes généraux des modalités et conditions dans lesquelles l'accès est autorisé. Afin d'assurer leur mise en œuvre effective, les engagements doivent prévoir les règles de procédure nécessaires à leur surveillance, par exemple l'obligation d'une comptabilité séparée pour l'infrastructure de manière à pouvoir évaluer les coûts qui en découlent ⁽²⁾, et des moyens de contrôle appropriés. En principe, cette surveillance doit être exercée par les acteurs sur le marché eux-mêmes, c'est-à-dire par les entreprises qui souhaitent bénéficier des engagements. Parmi les mesures permettant aux parties tierces elles-mêmes d'exécuter les engagements figure notamment l'accès à un mécanisme rapide de règlement des litiges par des procédures d'arbitrage (conjointement avec le mandataire) ⁽³⁾ ou par des procédures d'arbitrage impliquant les autorités réglementaires compétentes lorsque celles-ci existent pour les marchés concernés ⁽⁴⁾. Si la Commission peut conclure que les mécanismes prévus dans les engagements permettront aux acteurs sur le marché eux-mêmes de les mettre en œuvre de manière effective et en temps utile, aucun contrôle permanent des engagements n'est requis de sa part. Dans ces cas, une intervention par la Commission ne se justifiera que si les parties ne se conforment pas aux solutions résultant de ces mécanismes de règlement des litiges ⁽⁵⁾. Cependant, la Commission n'acceptera ces engagements qu'à condition que leur complexité ne soit pas de nature à menacer leur efficacité dès le départ, que les moyens de contrôle proposés garantissent leur exécution effective et que leur dispositif de mise en œuvre débouche sur des résultats en temps utile ⁽⁶⁾.

Modification des contrats d'exclusivité à long terme

67. La modification des conditions structurelles consécutive à un projet de concentration peut rendre des arrangements contractuels existants défavorables à une concurrence effective. Cela vaut en particulier pour les accords de fourniture exclusive de longue durée, lorsque ces accords restreignent la participation des concurrents en amont ou leur accès aux clients en aval. Si l'entité issue de la concentration a la capacité et la motivation de fermer le marché aux concurrents de cette manière, les effets d'éviction résultant des accords d'exclusivité existants peuvent contribuer à entraver de manière significative une concurrence effective ⁽⁷⁾.
68. Dans de tels cas, une résiliation ou une modification des accords d'exclusivité existants peut être jugée appropriée pour résoudre les problèmes de concurrence ⁽⁸⁾. Néanmoins, les preuves disponibles

⁽¹⁾ Voir l'affaire COMP/M.3998 — Axalto/Gemplus, décision du 19 mai 2006.

⁽²⁾ Voir, par exemple, l'affaire COMP/M.2803 — Telia/Sonera, décision du 10 juillet 2002; l'affaire COMP/M.2903 — DaimlerChrysler/Deutsche Telekom/JV, décision du 30 avril 2003.

⁽³⁾ En ce qui concerne les effets des clauses d'arbitrage, voir l'arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-158/00, ARD/Commission, points 212, 295, 352, Recueil 2003, p. II-3825; l'arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-177/04, easyJet/Commission, point 186, Recueil 2006, p. II-1931.

⁽⁴⁾ Voir l'affaire COMP/M.2876 — Newscorp/Telepiù; l'affaire COMP/M.3916 — T-Mobile Austria/tele.ring.

⁽⁵⁾ Voir l'arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-158/00, ARD/Commission, points 212, 295, 352, Recueil 2003, p. II-3825.

⁽⁶⁾ Voir les arrêts du Tribunal de première instance dans l'affaire T-87/05, EDP/Commission des Communautés européennes, point 102 et suivants, Recueil 2005, p. II-3745, et dans l'affaire T-177/04, easyJet/Commission, point 188, Recueil 2006, p. II-1931.

⁽⁷⁾ Voir la communication de la Commission sur les concentrations non horizontales [...]; l'affaire IV/M.986 — AGFA Gevaert/DuPont, décision du 11 février 1998.

⁽⁸⁾ Affaire COMP/M.2876 — Newscorp/Telepiù, décision du 2 avril 2003, point 225 et suivants, octroi de droits unilatéraux de résiliation aux fournisseurs de contenu télévisuel, limitation de la portée des clauses d'exclusivité et de la durée des futurs accords d'exclusivité pour la fourniture du contenu; affaire COMP/M. 2822 — ENI/EnBW/GVS, décision du 17 décembre 2002, octroi de droits de résiliation anticipée des contrats de fourniture à long terme de gaz à tous les distributeurs locaux de gaz; affaire IV/M.1571 — New Holland, décision du 28 octobre 1999; affaire IV/M.1467 — Rohm and Haas/Morton, décision du 19 avril 1999.

doivent permettre à la Commission de déterminer clairement qu'aucune exclusivité de fait ne sera maintenue. En outre, cette modification de contrats à long terme ne sera suffisante que si elle s'inscrit dans le cadre d'un ensemble de mesures correctives destinées à résoudre les problèmes de concurrence recensés.

Mesures correctives autres que la cession

69. Comme précisé au point 17, des types de mesures correctives à caractère non structurel, tels qu'un engagement de la part des parties à ne pas adopter certains comportements commerciaux (groupage des produits, par exemple), ne feront généralement pas disparaître les problèmes de concurrence résultant de chevauchements horizontaux. En tout état de cause, il peut être difficile d'obtenir les effets requis avec ce type de mesure corrective du fait de l'absence d'un contrôle efficace de sa mise en œuvre, comme indiqué ci-dessus au point 13 et suivants ⁽¹⁾. En effet, il peut s'avérer impossible pour la Commission de vérifier si l'engagement a ou non été respecté et même pour d'autres acteurs sur le marché, tels que les concurrents, d'établir avec le degré de certitude voulu si les parties satisfont aux conditions de l'engagement en pratique. En outre, il se peut également que les concurrents ne soient pas incités à alerter la Commission dans la mesure où ils ne profitent pas directement des engagements. En conséquence, la Commission ne peut envisager d'autres formes de mesures correctives que la cession, par exemple des engagements de comportement, qu'à titre exceptionnel et dans des circonstances spécifiques, notamment lorsque des problèmes de concurrence se posent dans des structures de type conglomérat ⁽²⁾.

Durée des mesures correctives autres que la cession

70. La Commission peut accepter que des mesures correctives autres que la cession soient limitées dans le temps. L'acceptabilité d'un délai et d'une durée dépendra des circonstances particulières du cas d'espèce et ne peut être définie au préalable de manière générale dans la présente communication.

4. Clause de réexamen

71. Quel que soit le type de mesure corrective, les engagements s'accompagneront généralement d'une clause de réexamen ⁽³⁾, ce qui pourra permettre à la Commission, sur demande dûment motivée des parties, d'accorder une prolongation des délais ou de lever, modifier ou remplacer les engagements, dans des cas exceptionnels.
72. La modification des engagements par une prolongation des délais est en particulier pertinente en ce qui concerne les engagements de cession. Les parties doivent présenter une demande de prolongation dans le délai fixé. Lorsqu'elle sollicite une prolongation pour la première période de cession, la Commission ne considèrera leur demande comme dûment motivée que sous réserve qu'elles n'ont pas été en mesure d'honorer l'échéance pour des raisons indépendantes de leur volonté et pour autant qu'on puisse escompter qu'elles réussiront ensuite à céder l'activité dans un délai rapide. À défaut, le mandataire chargé de la cession pourra être mieux placé pour effectuer cette opération et s'acquitter des engagements pour le compte des parties.
73. La Commission ne peut lever des engagements ou accepter qu'ils soient modifiés ou remplacés que dans des circonstances exceptionnelles. Ce cas de figure sera très rare en ce qui concerne les engagements de cession: ceux-ci devant être mis en œuvre dans un délai très court après la décision, il est très peu probable que la situation du marché ait changé à si brève échéance et la Commission n'acceptera pas, en temps normal, de modifications dans le cadre de la clause générale de réexamen. Dans des cas spécifiques, les engagements prévoient normalement des clauses de réexamen plus ciblées ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Voir, à titre d'exemple de mesures correctives de ce type, l'affaire COMP/M.3440 — ENI/EDP/GDP, décision du 9 décembre 2004, points 663, 719.

⁽²⁾ Voir, en ce qui concerne les effets congloméraux d'une concentration, l'arrêt de la Cour de justice du 15 février 2005 dans l'affaire C-12/03 P, Commission/Tetra Laval, points 85 et 89, Recueil 2005, p. I-987.

⁽³⁾ La clause de réexamen revêt toutefois une importance particulière pour les mesures correctives sous forme d'octroi d'accès et devrait systématiquement y être incluse; voir le point 74 ci-après.

⁽⁴⁾ Comme cela a été mentionné au point 30, la Commission peut approuver un acquéreur en l'absence de certains des actifs ou membres du personnel prévus, pour autant que cela n'affecte pas la compétitivité et la viabilité de l'activité cédée. De même, la clause de non-rachat, comme cela est expliqué au point 43, n'interdit le rachat du contrôle des actifs cédés que dans le cas où la Commission n'a pas précédemment estimé que, du fait de l'ampleur des évolutions intervenues dans la structure du marché, la cession n'est plus nécessaire.

74. Lever, modifier ou remplacer des engagements peut présenter un plus grand intérêt dans le cas d'engagements autres que ceux ayant trait à la cession, tels que les engagements d'octroi d'accès, qui peuvent avoir été contractés depuis plusieurs années et pour lesquels certaines circonstances ne peuvent être prévues au moment de l'adoption de la décision par la Commission. En premier lieu, l'existence de circonstances exceptionnelles justifiant la levée, la modification ou le remplacement des engagements peut être acceptée si les parties démontrent que la situation du marché a changé de façon significative et durable. Cette démonstration doit se fonder sur un délai suffisamment long, généralement d'au moins trois ans, entre la décision de la Commission et toute demande présentée par les parties. En second lieu, l'existence de circonstances exceptionnelles peut également être reconnue si les parties peuvent montrer que l'expérience qu'elles ont acquise dans l'application de la mesure corrective prouve que l'objectif poursuivi par cette mesure sera mieux atteint si les modalités de mise en œuvre de l'engagement sont modifiées. Pour toute levée, toute modification ou tout remplacement des engagements, la Commission prendra également en compte l'opinion des tiers et l'impact qu'une modification pourrait avoir sur leur position et, partant, sur l'efficacité générale de la mesure corrective. À cet égard, la Commission examinera également si les modifications affectent le droit déjà acquis par les parties tierces après la mise en œuvre de la mesure corrective ⁽¹⁾.
75. Si, au moment de l'adoption de la décision, la Commission ne peut, pour des raisons particulières, prévoir toutes les circonstances liées à la mise en œuvre de ce type d'engagements, il peut également être indiqué pour les parties d'insérer dans ces derniers une clause lui permettant d'apporter elle-même une modification limitée à ces engagements. Ces modifications peuvent s'avérer nécessaires si les engagements initiaux ne permettent pas d'obtenir les résultats envisagés qui y ont été définis et ne contribuent donc pas véritablement à résoudre les problèmes de concurrence. Sur le plan de la procédure, les parties peuvent être tenues, dans ces cas, de proposer une modification des engagements afin de parvenir au résultat défini dans ceux-ci, ou la Commission peut elle-même, après avoir entendu les parties, modifier à cet effet les conditions et les charges fixées. Ce type de clause sera généralement limité aux cas où des modalités spécifiques risquent d'empêcher la mise en œuvre effective des engagements. Des clauses de ce genre ont été utilisées notamment en ce qui concerne les modalités des programmes de cession de gaz ⁽²⁾.
76. La Commission peut, sur demande, adopter une décision formelle pour toute levée, toute modification ou tout remplacement des engagements ou simplement prendre acte du fait que les parties ont modifié de façon satisfaisante la mesure corrective, lorsque ces modifications améliorent l'efficacité de la mesure et se traduisent par des obligations juridiquement contraignantes souscrites par les parties, par exemple dans le cadre d'accords contractuels. Une modification des engagements aura uniquement un effet ex nunc et ne pourra, par conséquent, remédier de façon rétroactive à une violation des engagements commise avant la date de la modification. La Commission peut donc, le cas échéant, continuer de poursuivre une infraction au titre des articles 14 et 15 du règlement sur les concentrations.

IV. ASPECTS PROCÉDURAUX POUR LA PRÉSENTATION DES ENGAGEMENTS

1. Phase I

77. En vertu de l'article 6, paragraphe 2, du règlement sur les concentrations, la Commission peut déclarer une opération de concentration compatible avec le marché commun dès avant l'ouverture de la procédure, si elle est convaincue que, une fois modifiée, l'opération notifiée ne soulève plus de doutes sérieux au sens du paragraphe 1, point c).
78. Les parties peuvent soumettre de façon informelle à la Commission des propositions d'engagements dès avant la notification. Elles doivent présenter leurs engagements dans un délai de 20 jours ouvrables à compter de la date de réception de la notification ⁽³⁾. En cas de doutes sérieux de la part de la Commission, celle-ci en informe les parties en temps opportun avant l'expiration de ce délai ⁽⁴⁾. Lorsqu'elles présentent des engagements, le délai pour l'adoption par la Commission d'une décision en vertu de l'article 6, paragraphe 1, du règlement sur les concentrations est porté de 25 à 35 jours ouvrables ⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ Voir, par exemple, l'arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-119/02, Royal Philips Electronics NV/Commission des Communautés européennes, point 184, Recueil 2003, page II-1433.

⁽²⁾ Voir l'affaire COMP/M.3868 — DONG/Elsam/Énergi E2, décision du 14 mars 2006, point 24 de l'annexe.

⁽³⁾ Article 19, paragraphe 1, du règlement d'application.

⁽⁴⁾ Dans ce cas, les parties notifiantes se verront généralement proposer de participer à une réunion-bilan (voir le point 33 des meilleures pratiques de la DG Concurrence concernant le déroulement des procédures communautaires en matière de contrôle des concentrations).

⁽⁵⁾ Article 10, paragraphe 1, deuxième alinéa, du règlement sur les concentrations.

79. Pour satisfaire aux exigences d'une décision fondée sur l'article 6, paragraphe 2, les engagements proposés doivent remplir les conditions suivantes:
- a) les engagements sur le fond et les modalités de mise en œuvre souscrits par les parties doivent être précisés dans le détail;
 - b) ils doivent être signés par une personne dûment mandatée à cet effet;
 - c) des informations sur ces engagements doivent être apportées, comme le prévoit le règlement d'application (voir le point 7 ci-dessus); et
 - d) ils doivent inclure en annexe une version non confidentielle ⁽¹⁾ en vue de la consultation des tiers intéressés. Cette version non confidentielle des engagements doit permettre aux tiers d'apprécier pleinement la viabilité et l'efficacité des mesures correctives proposées pour régler les problèmes de concurrence.
80. La Commission examinera les engagements proposés par les parties, qui remplissent ces conditions. Elle demandera l'avis des autorités des États membres à ce sujet et, le cas échéant, également des tiers dans le cadre d'une consultation des acteurs du marché, notamment des parties tierces et des représentants reconnus ⁽²⁾ des travailleurs qui sont directement touchés par les mesures correctives proposées. Selon le cas, la Commission pourra aussi consulter les autorités réglementaires compétentes sur les marchés où celles-ci existent ⁽³⁾. En outre, dans les affaires pour lesquelles le marché géographique s'étend au delà de l'Espace économique européen («EEE») ou dans lesquelles, pour des raisons liées à la viabilité de l'activité, la portée géographique de l'activité à céder dépasse les limites de l'EEE, il pourra aussi être nécessaire d'examiner la version non confidentielle des mesures correctives proposées avec des autorités de concurrence extérieures à l'EEE dans le cadre des accords bilatéraux de coopération en vigueur entre la Communauté et les pays concernés.
81. Les engagements présentés au cours de la phase I ne peuvent être acceptés que lorsque le problème de concurrence est aisément identifiable et qu'il peut être facilement résolu ⁽⁴⁾. Le problème de concurrence soulevé doit être tellement précis et les mesures correctives doivent être tellement claires qu'il n'est pas nécessaire d'entamer une enquête approfondie et que les engagements soumis à la Commission sont suffisants pour exclure clairement tous «doutes sérieux» au sens de l'article 6, paragraphe 1, point c), du règlement sur les concentrations ⁽⁵⁾. Si l'appréciation confirme que les engagements proposés lèvent les doutes sérieux suscités par l'opération, la Commission peut autoriser celle-ci à l'issue de la phase I.
82. Compte tenu des contraintes de temps inhérentes à la phase I, il est particulièrement important que les parties présentent en temps utile à la Commission les informations demandées dans le règlement d'application pour lui permettre d'analyser correctement la teneur et la viabilité des engagements et d'apprécier s'ils sont de nature à maintenir durablement les conditions d'une concurrence effective dans le marché commun. Si les parties ne se conforment pas à l'obligation prévue dans le règlement d'application, la Commission peut ne pas être en mesure de conclure que les engagements proposés permettront de lever les doutes sérieux suscités par l'opération.
83. Lorsque l'examen des engagements proposés révèle qu'ils ne sont pas suffisants pour résoudre les problèmes de concurrence posés par l'opération, les parties en seront informées. Étant donné que les mesures correctives prévues dans la phase I sont conçues de façon à fournir une réponse directe à des problèmes de concurrence aisément identifiables, seules des modifications limitées peuvent être acceptées. De telles modifications, présentées comme une réponse immédiate aux résultats de consultations, peuvent comporter des éclaircissements, des précisions et/ou d'autres améliorations visant à assurer que les engagements sont praticables et effectifs. Ces modifications ne seront toutefois acceptées que dans les cas où il est garanti que la Commission est en mesure d'évaluer valablement les engagements offerts ⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ Article 20, paragraphe 2, du règlement d'application.

⁽²⁾ Voir l'article 2, paragraphe 1, point c), de la directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements (JO L 82 du 22.3.2001, p. 16). Voir également, l'article 2, paragraphe 1, point g), de la directive 94/45/CE du Conseil du 22 septembre 1994 concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire ou les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs (JO L 254 du 30.9.1994, p. 64).

⁽³⁾ En ce qui concerne le rôle des autorités réglementaires compétentes dans le cadre d'un mécanisme de règlement des litiges, voir le point 66.

⁽⁴⁾ Voir le considérant 30 du règlement sur les concentrations.

⁽⁵⁾ Voir l'arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-119/02, Royal Philips Electronics NV/Commission, point 79 et suivants, Recueil 2003, p. II-1433.

⁽⁶⁾ Voir le considérant 17 du règlement d'application et l'arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-119/02, Royal Philips Electronics NV/Commission, point 237 et suivants, Recueil 2003, p. II-1433.

84. S'il ressort de l'appréciation finale portée par la Commission dans une affaire qu'il ne se pose pas de problème de concurrence sur un ou plusieurs marchés, les parties en seront informées et pourront retirer les engagements présentés pour ces marchés qui n'ont plus lieu d'être. Si les parties ne les retirent pas, la Commission n'en tiendra généralement pas compte dans sa décision. En tout état de cause, ces propositions d'engagements ne conditionnent pas l'autorisation.
85. Lorsque les parties sont informées que la Commission entend maintenir dans sa décision finale que l'opération soulève des problèmes de concurrence pour un marché spécifique, il leur appartient de proposer des engagements. La Commission n'est pas en mesure de fixer unilatéralement des conditions aux fins de l'octroi d'une décision d'autorisation mais ne peut le faire que sur la base des engagements soumis par les parties ⁽¹⁾. Elle examinera cependant si les engagements présentés par les parties sont proportionnels au problème de concurrence avant de les inclure sous forme de conditions ou de charges dans sa décision finale ⁽²⁾. Il convient toutefois de souligner que toute proposition d'engagement devra nécessairement contenir tous les éléments requis pour satisfaire aux conditions de base d'engagements acceptables, telles que précisées au point 9 et suivants. Le présent paragraphe et les précédents s'appliquent également aux engagements contractés au cours de la phase II.
86. Si la Commission conclut que les engagements présentés par les parties ne lèvent pas les doutes sérieux suscités par l'opération, elle prend alors la décision d'engager la procédure en vertu de l'article 6, paragraphe 1, point c).

2. Phase II

87. En vertu de l'article 8, paragraphe 2, du règlement sur les concentrations, la Commission déclare une opération de concentration compatible avec le marché commun si, après modification, l'opération notifiée n'entrave plus de manière significative l'exercice d'une concurrence effective au sens de l'article 2, paragraphe 3, dudit règlement.
88. Les engagements proposés à la Commission en vertu de l'article 8, paragraphe 2, doivent lui être communiqués dans un délai de 65 jours ouvrables à compter de la date d'engagement de la procédure. Lorsque les délais pour l'adoption de la décision finale ont été prorogés conformément à l'article 10, paragraphe 3, du règlement sur les concentrations, les délais pour la présentation des mesures correctives sont automatiquement prorogés d'un nombre identique de jours ⁽³⁾. La Commission peut accepter uniquement dans des circonstances exceptionnelles que des engagements soient présentés pour la première fois après l'expiration de cette période. La demande de prolongation de cette échéance présentée par les parties doit être reçue dans le délai fixé et exposer les circonstances exceptionnelles qui, selon ces dernières, la justifient. Outre l'existence de circonstances exceptionnelles, la prolongation n'est possible que si la Commission dispose de suffisamment de temps pour apprécier correctement la proposition présentée et pour consulter les États membres et les tiers dans des conditions satisfaisantes ⁽⁴⁾.
89. La question de savoir si le fait de présenter ou non des mesures correctives prolongera le délai d'adoption par la Commission d'une décision finale dépend du stade de la procédure auquel ces engagements sont proposés. Lorsque les parties présentent des engagements moins de 55 jours ouvrables suivant l'ouverture de la procédure, la Commission doit prendre une décision finale dans un délai maximal de 90 jours ouvrables après la date d'ouverture de la procédure ⁽⁵⁾. Lorsque les parties présentent des engagements le 55^e jour ouvrable (voire après le 65^e jour ouvrable, si ces engagements devaient être recevables en raison de circonstances exceptionnelles telles que décrites au point 88), le délai d'adoption d'une décision finale par la Commission est porté à 105 jours ouvrables conformément à l'article 10, paragraphe 3, deuxième alinéa. Lorsque les parties présentent des engagements dans un délai inférieur à 55 jours ouvrables mais qu'elles soumettent une version modifiée le 55^e jour ou ultérieurement, le délai d'adoption d'une décision finale sera également porté à 105 jours ouvrables.

⁽¹⁾ Voir le point 6 ci-dessus.

⁽²⁾ Voir l'arrêt rendu par le Tribunal de première instance le 18 décembre 2007 dans l'affaire C-202/06 P, *Cementbouw/Commission*, point 54, Recueil 2007.

⁽³⁾ Article 19, paragraphe 2, deuxième alinéa, du règlement d'application.

⁽⁴⁾ Article 19, paragraphe 2, deuxième alinéa, du règlement d'application. Voir l'affaire COMP/M.1439 — *Telia/Telenor*, décision du 13 octobre 1999; l'affaire IV/M.754 — *Anglo American/Lonrho* du 23 avril 1997.

⁽⁵⁾ Lorsque les délais pour l'adoption de la décision finale ont été prolongés conformément à l'article 10, paragraphe 3, deuxième alinéa, du règlement sur les concentrations avant le 55^e jour ouvrable, cette période est également prolongée.

90. La Commission est disposée à examiner des engagements appropriés bien avant la fin de la période de 65 jours ouvrables. Les parties sont encouragées à présenter des projets de propositions traitant les questions de fond comme de mise en œuvre qui doivent être réglées pour garantir que les engagements seront pleinement viables. Si les parties estiment qu'un délai plus important est nécessaire pour examiner les problèmes de concurrence et concevoir des engagements appropriés, elles peuvent également suggérer à la Commission de prolonger le délai d'adoption d'une décision finale sur la base de l'article 10, paragraphe 3, premier alinéa. Cette demande devra être effectuée avant la fin de la période de 65 jours ouvrables. En effet, la Commission ne prolongera pas en temps normal le délai d'adoption d'une décision finale sur la base de l'article 10, paragraphe 3, premier alinéa, lorsque la demande de prolongation est soumise après le délai de présentation des mesures correctives prévu dans le règlement d'application, à savoir après le 65^e jour ouvrable ⁽¹⁾.
91. Pour satisfaire aux exigences d'une décision fondée sur l'article 8, paragraphe 2, les engagements proposés doivent remplir les conditions suivantes:
- a) ils doivent être de nature à régler tous les problèmes de concurrence soulevés par la concentration et préciser dans le détail les engagements sur le fond et les modalités de mise en œuvre souscrits par les parties;
 - b) ils doivent être signés par une personne dûment mandatée à cet effet;
 - c) des informations sur ces engagements doivent être apportées, comme le prévoit le règlement d'application (voir le point 7 ci-dessus); et
 - d) ils doivent inclure en annexe une version non confidentielle des engagements ⁽²⁾ en vue de la consultation des tiers intéressés, dans le respect des exigences énoncées au point 79 ci-dessus.
92. La Commission examinera les engagements proposés par les parties, qui remplissent ces conditions. Si les résultats de cette appréciation confirment que les engagements proposés lèvent les doutes sérieux (dans le cas où la Commission n'a pas encore adressé de communication des griefs) ou éliminent les problèmes de concurrence soulevés dans la communication des griefs, à la suite des consultations exposées au point 80 ci-dessus, la Commission adoptera une décision d'autorisation conditionnelle.
93. Si, en revanche, l'appréciation aboutit à la conclusion que les engagements proposés ne sont apparemment pas suffisants pour résoudre les problèmes de concurrence soulevés par l'opération, les services de la Commission en informent les parties ⁽³⁾.
94. La Commission n'est pas tenue par le règlement sur les concentrations d'admettre des engagements soumis après le délai légal de présentation des mesures correctives, sauf si elle accepte d'examiner des engagements dans des circonstances particulières ⁽⁴⁾. De ce fait, lorsque les parties modifient les engagements proposés après le délai de 65 jours ouvrables, la Commission n'acceptera ces engagements modifiés que si elle peut établir clairement — sur la base de son appréciation des informations déjà obtenues dans le cadre de l'enquête, notamment des résultats de la consultation antérieure des acteurs du marché et sans avoir recours à une autre consultation du même type — que, une fois mis en œuvre, de tels engagements supprimeront complètement, en levant toute ambiguïté, les problèmes de concurrence constatés, et à condition qu'elle dispose d'un temps suffisant pour effectuer une analyse adéquate et consulter de façon appropriée les États membres ⁽⁵⁾ ⁽⁶⁾. En principe, la Commission rejettera les engagements modifiés qui ne remplissent pas ces conditions ⁽⁷⁾.

⁽¹⁾ Le Tribunal de première instance a confirmé que le règlement sur les concentrations et le règlement d'application ne font aucune obligation à la Commission d'accepter des engagements soumis après le délai légal, comme le rappelle le point 94 ci-dessus; voir l'affaire T-87/05, EDP/Commission des Communautés européennes, point 161, Recueil 2005, p. II-3745. La Commission n'est donc pas tenue de prendre en considération les mesures correctives soumises par les parties après le délai de présentation de ces mesures, même si les parties devaient accepter la prolongation de l'échéance finale. En outre, cela ne correspondrait pas à l'objectif (énoncé dans le considérant 35 du règlement sur les concentrations) que poursuivent les prorogations prévues à l'article 10, paragraphe 3: la prorogation visée à l'article 10, paragraphe 3, premier alinéa, vise à laisser à la Commission suffisamment de temps pour examiner les problèmes de concurrence, tandis que l'objet de la prolongation fixée à l'article 10, paragraphe 3, deuxième alinéa, est de ménager suffisamment de temps pour l'analyse des engagements et la consultation des acteurs du marché à leur sujet.

⁽²⁾ Article 20, paragraphe 2, du règlement d'application.

⁽³⁾ Voir le point 30 et suivants des meilleures pratiques de la DG Concurrence concernant le déroulement des procédures communautaires en matière de contrôle des concentrations, qui prévoient l'organisation de réunions-bilan entre la Commission et les parties tout au long de la procédure.

⁽⁴⁾ Voir l'arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-87/05, EDP/Commission des Communautés européennes, point 161 et suivants, Recueil 2005, p. II-3745. Voir également l'arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-290/94, Kaysersberg SA/Commission, Recueil 1997, p. II-2137.

⁽⁵⁾ Voir l'affaire COMP/M.3440 — ENI/EDP/GDP, décision du 9 décembre 2004, point 855 et suivants, confirmée par l'arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-87/05, EDP/Commission, point 162 et suivants, Recueil 2005, p. II-3745; COMP/M.1628 — TotalFina/Elf, décision du 9 mars 2000, point 345.

⁽⁶⁾ Cette consultation suppose normalement que la Commission soit en mesure d'adresser aux États membres un projet de décision finale comprenant une appréciation des engagements modifiés au moins dix jours ouvrables avant la réunion du comité consultatif avec les États membres. Ce délai ne peut être abrégé que dans des cas exceptionnels (article 19, paragraphe 5, du règlement sur les concentrations).

⁽⁷⁾ Voir l'affaire COMP/M.3440 — ENI/EDP/GDP, décision du 9 décembre 2004, point 913.

V. CONDITIONS AUXQUELLES EST SOUMISE LA MISE EN ŒUVRE DES ENGAGEMENTS

95. Les entreprises proposent des engagements afin d'obtenir l'autorisation de l'opération envisagée et les mettent normalement en œuvre après la décision d'autorisation. Il est alors nécessaire de prendre des mesures de sauvegarde afin que les engagements soient exécutés efficacement et dans les délais prévus. Ces dispositions concernant la mise en œuvre des engagements font normalement partie des engagements contractés par les parties à l'égard de la Commission.
96. Les rubriques suivantes donnent des orientations détaillées sur l'exécution des engagements de cession, qui représentent les engagements les plus fréquents. Certains aspects de la mise en œuvre d'autres types d'engagement sont ensuite abordés.

1. Processus de cession

97. La cession doit s'opérer dans des délais déterminés, convenus entre les parties et la Commission. Selon la pratique de la Commission, la période totale se décompose en une phase de conclusion d'un accord final et une autre phase de clôture de l'opération et du transfert du titre légal. En principe, la période de conclusion d'un accord contraignant comprend, quant à elle, une première phase pendant laquelle les parties peuvent rechercher un acquéreur approprié («première phase de cession») et, si elles ne parviennent pas à céder l'activité, une deuxième phase au cours de laquelle une personne chargée de la cession obtient mandat pour céder l'activité sans qu'un prix minimum ne soit fixé («phase d'intervention du mandataire chargé de la cession»).
98. Selon l'expérience de la Commission, la fixation de délais brefs pour la cession contribue en grande partie au succès de l'opération car, autrement, la cession de l'activité se heurtera à une période d'incertitude prolongée. Il convient donc que les délais soient les plus courts possible. La Commission optera généralement pour un délai d'environ 6 mois en ce qui concerne la première phase de cession et, s'il y a lieu, pour un délai supplémentaire de 3 mois s'agissant de la phase d'intervention du mandataire chargé de la cession. Un délai supplémentaire de 3 mois est normalement prévu pour la clôture de l'opération. Ces délais peuvent être modifiés au cas par cas. En particulier, il pourra s'avérer nécessaire de les raccourcir s'il existe un risque élevé de détérioration de la viabilité de l'activité pendant la période transitoire.
99. En principe, le délai fixé pour la cession commencera à courir le jour de l'adoption de la décision de la Commission. Une exception à ce principe peut se justifier dans le cas d'une opération effectuée par le biais d'une offre publique d'achat, dans le cadre de laquelle les parties s'engagent à céder une activité appartenant à la société cible. Lorsque, dans ce contexte, les parties ne sont pas en mesure de préparer la cession de l'activité de la société cible avant la clôture de la concentration notifiée, la Commission pourrait accepter que les délais impartis pour cette cession ne commencent à courir qu'à la date de clôture de l'opération notifiée. De même, ce type de solution pourra être envisagé si la fixation de la date de clôture de la concentration ne dépend pas des parties, par exemple du fait qu'elle suppose l'autorisation des autorités publiques ⁽¹⁾. En revanche, il pourra être approprié de raccourcir les délais afin de réduire la période d'incertitude pour l'activité à céder.
100. Si pour les solutions de «l'acquéreur initial», la procédure précitée s'applique, il en ira différemment pour celles du «règlement préalable». En général, un accord contraignant avec l'acquéreur aura déjà été conclu au cours de la procédure, si bien qu'après la décision, il conviendra uniquement de prévoir un délai supplémentaire pour la clôture de l'opération. Si, avant la décision, seul un accord-cadre a été conclu avec l'acquéreur, les délais à prévoir pour la conclusion d'un accord complet et la clôture ultérieure de l'opération devront être décidés au cas par cas ⁽²⁾.

2. Approbation de l'acquéreur et du contrat de vente et d'achat

101. Pour garantir l'efficacité de l'engagement, la vente à un acquéreur proposé est subordonnée à l'approbation préalable de la Commission. Lorsque les parties (ou le mandataire chargé de la cession) sont parvenues à un accord final avec un acquéreur, elles doivent soumettre à la Commission une proposition motivée et documentée. Les parties ou le mandataire chargé de la cession, selon le cas, seront tenus de démontrer, à la satisfaction de la Commission, que la personne proposée pour l'acquisition répond aux critères d'approbation de l'acquéreur, et que l'activité est cédée de façon conforme à la décision de la Commission et aux engagements. Lorsque des acquéreurs différents sont proposés pour diverses parties de l'ensemble à céder, la Commission appréciera si chacun d'entre eux est recevable et si l'ensemble des transactions permet de résoudre les problèmes de concurrence.

⁽¹⁾ Toutefois, même dans ces cas, d'autres dispositions contenues dans les engagements, en particulier celles qui établissent les sauvegardes au cours de la période transitoire, doivent commencer à s'appliquer à la date d'adoption de la décision.

⁽²⁾ Voir l'affaire COMP/M.3916 — T-Mobile Austria/tele.ring, décision du 20 avril 2006.

102. En examinant une demande d'agrément d'un acquéreur, la Commission interprétera les conditions que doit remplir l'acquéreur à la lumière de l'objet des engagements, qui est d'assurer immédiatement une concurrence effective sur le marché lorsque des problèmes de concurrence ont été constatés, et de la situation du marché décrite dans la décision ⁽¹⁾. Généralement, l'appréciation par la Commission des conditions à remplir par l'acquéreur s'appuiera sur les informations présentées par les parties, l'évaluation effectuée par le mandataire chargé du contrôle et, en particulier, les discussions menées avec l'acquéreur proposé ainsi que sur son plan d'entreprise. La Commission analysera en outre si les hypothèses retenues par l'acquéreur semblent plausibles en fonction de la situation du marché.
103. La condition prévoyant que l'acheteur doit disposer des ressources financières nécessaires s'étend en particulier au mode de financement de l'acquisition par l'acquéreur proposé. En principe, la Commission n'acceptera pas le financement de la cession par le vendeur, en particulier si celle-ci devait lui donner droit ultérieurement à une participation aux bénéfices de l'entreprise cédée.
104. Lorsqu'elle cherchera à déterminer si l'acquéreur proposé risque de créer des problèmes de concurrence, la Commission procèdera à une évaluation à première vue à la lumière des informations dont elle dispose dans le cadre du processus d'approbation de l'acquéreur. Lorsque l'acquisition donne lieu à une concentration revêtant une dimension communautaire, cette nouvelle opération devra être notifiée conformément au règlement sur les concentrations et autorisée selon les procédures normales ⁽²⁾. Lorsque ce n'est pas le cas, l'approbation d'un acquéreur par la Commission ne préjuge en rien d'éventuelles décisions relevant des autorités nationales chargées du contrôle des concentrations. En outre, on doit pouvoir attendre de l'acquéreur proposé qu'il obtienne auprès des autorités réglementaires compétentes tous les autres agréments nécessaires. Lorsqu'il est prévisible, à la lumière des informations dont dispose la Commission, que des difficultés pour obtenir l'autorisation de l'opération, dans le cadre de la procédure de contrôle des concentrations, ou d'autres autorisations, pourraient retarder indûment l'exécution en temps voulu de l'engagement souscrit, on considèrera que l'acquéreur proposé ne satisfait pas aux critères de sélection d'un acquéreur. À défaut, les problèmes de concurrence constatés par la Commission ne seraient pas supprimés dans le délai approprié.
105. Généralement, l'agrément de la Commission n'est pas seulement fonction de l'identité de l'acquéreur mais aussi du contrat d'achat et de vente et de tout autre accord conclu entre les parties et l'acquéreur proposé, y compris les accords transitoires. La Commission vérifiera si la cession prévue par les accords est conforme aux engagements contractés ⁽³⁾.
106. La Commission fera savoir aux parties si elle juge ou non la candidature de l'acquéreur proposé appropriée. Si elle conclut que l'acquéreur proposé ne remplit pas les critères fixés, elle adoptera une décision constatant que ledit acquéreur ne satisfait pas aux conditions prévues dans les engagements ⁽⁴⁾. Si la Commission conclut que le contrat de vente et d'achat (ou tout accord accessoire) ne prévoit pas une cession conforme aux engagements, elle en informera les parties sans nécessairement rejeter l'acquéreur en tant que tel. Si elle conclut que l'acquéreur est approprié compte tenu des engagements et que les contrats permettent une cession conforme aux engagements, elle autorisera la cession à l'acquéreur proposé ⁽⁵⁾. La Commission délivrera les autorisations nécessaires aussi rapidement que possible.

3. Obligation des parties pendant la période transitoire

107. Les parties doivent s'acquitter de certaines obligations au cours de la période transitoire (qui ont été définies au point 36 ci-dessus). À cet égard, les engagements devraient normalement prévoir les dispositions suivantes: i) des mesures provisoires de sauvegarde et de préservation de la viabilité de l'activité, ii) les mesures nécessaires à la mise en place, le cas échéant, d'un processus de dissociation et iii) les mesures nécessaires à la préparation de la cession de l'activité.

⁽¹⁾ Voir l'arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-342/00, *Petrolessence/Commission des Communautés européennes*, Recueil 2003, p. II-1161.

⁽²⁾ Affaire IV/M.1383 — *Exxon/Mobil*, décision du 29 septembre 1999 et affaires COMP/M.1820 — *BP/JV Dissolution*, décision du 2 février 2000 et COMP/M.1822 — *Mobil/JV Dissolution*, décision du 2 février 2000.

⁽³⁾ Comme cela a été rappelé précédemment, les parties peuvent demander à la Commission d'approuver la cession de l'activité à l'acquéreur proposé sans un ou plusieurs actifs ou certains membres du personnel, pour autant que cela n'affecte pas la viabilité et la compétitivité de l'activité une fois cédée, compte tenu des ressources dudit acquéreur.

⁽⁴⁾ Affaire COMP/M.1628 — *TotalFina/Elf*, décision du 9 février 2000 (stations-service sur autoroutes), confirmée par l'arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-342/00, *Petrolessence/Commission des Communautés européennes*, Recueil 2003, p. II-1161.

⁽⁵⁾ En fonction des circonstances de la cession, il se peut que les parties soient également tenues de s'assurer, par exemple au moyen de dispositions adéquates dans le contrat d'achat, que l'acquéreur préservera la capacité concurrentielle sur le marché des activités cédées et ne les revendra pas peu de temps après.

Mesures provisoires de sauvegarde de l'activité à céder

108. Il appartient aux parties de réduire au minimum tout risque éventuel de perte de compétitivité de l'activité à céder consécutive aux incertitudes inhérentes à un transfert d'activité. Jusqu'à la cession de l'activité à l'acquéreur, la Commission exigera des parties qu'elles proposent des engagements visant à maintenir l'indépendance, la viabilité économique, la valeur marchande et la compétitivité de l'activité. Seul ce type d'engagements permettra à la Commission de conclure, avec le degré de certitude voulu, que la cession de l'activité s'effectuera selon les modalités proposées par les parties dans leurs engagements.
109. De manière générale, ces engagements devraient viser à préserver la séparation entre l'entité à céder et les activités qui seront conservées par les parties, et à s'assurer que cette entité sera gérée, au mieux de son intérêt, comme une activité totalement distincte et cessible, en vue de garantir le maintien de sa viabilité économique, de sa valeur marchande et de sa compétitivité, ainsi que son indépendance par rapport aux activités conservées par les parties.
110. Les parties seront tenues de veiller à ce que tous les actifs de l'entité soient préservés, conformément aux bonnes pratiques commerciales et à la pratique normale des affaires, et à ce qu'aucune pratique susceptible d'avoir une incidence négative importante sur l'entité ne soit mise en œuvre. Cela vaut en particulier pour les immobilisations corporelles, le savoir-faire et les informations commerciales à caractère confidentiel ou exclusif, la clientèle et les compétences techniques et commerciales des employés. Les parties, en outre, doivent faire en sorte que l'entité reste soumise aux mêmes conditions que celles qui prévalaient avant la concentration et, en particulier, lui fournir des ressources suffisantes, par l'apport de capitaux ou l'ouverture d'une ligne de crédit, en s'appuyant sur les plans d'entreprise existants et en les poursuivant, en conservant les mêmes fonctions administratives et de gestion, ou en tenant compte d'autres facteurs permettant de maintenir la concurrence dans le secteur spécifique. Les engagements doivent également prévoir que les parties soient tenues d'adopter toutes les mesures utiles, notamment des systèmes d'incitation adéquats, pour encourager l'ensemble du personnel clé à rester dans l'entité, et qu'elles s'abstiennent de chercher à attirer des membres du personnel dans leurs activités restantes ou de les y transférer.
111. Les parties doivent, en outre, assurer la séparation entre l'entité à céder et les activités qu'elles conservent et veiller à ce que le personnel clé de l'entité à céder n'ait plus aucun lien avec les activités conservées et vice versa. Si l'entité à céder est constituée sous la forme d'une société et qu'il paraît nécessaire d'opérer une dissociation stricte au niveau de la structure de l'entreprise, les droits conférés aux parties en leur qualité d'actionnaires, en particulier les droits de vote, doivent être exercés par le mandataire chargé du contrôle, qui doit également être habilité à remplacer les membres du conseil d'administration nommés pour le compte des parties. S'agissant des informations, les parties doivent «protéger» l'entité à céder et prendre toutes les mesures utiles pour veiller ce qu'elles ne recueillent pas de secrets d'affaires ou d'autres informations confidentielles. Elles doivent retourner à l'entité ou détruire tous les documents ou toutes les informations confidentielles concernant l'entité obtenus avant l'adoption de la décision.
112. Les parties, de surcroît, sont généralement tenues de désigner un gestionnaire chargé de garantir la séparation des activités, possédant les compétences nécessaires, qui sera chargé de la gestion de l'entité et de l'exécution des obligations en matière de séparation et d'autonomie. Le gestionnaire chargé de garantir la séparation des activités doit agir sous la houlette du mandataire chargé du contrôle, qui peut lui donner des instructions. Les engagements doivent en outre prévoir que la désignation du gestionnaire intervienne immédiatement après l'adoption de la décision et avant même que les parties ne puissent clôturer la concentration notifiée. Si les parties peuvent désigner elles-mêmes le gestionnaire chargé de garantir la séparation des activités, les engagements doivent prévoir que le mandataire chargé du contrôle pourra démettre de ses fonctions le gestionnaire si celui-ci ne se conforme pas aux engagements ou compromet leur exécution correcte et en temps opportun. La désignation ultérieure d'un nouveau gestionnaire sera soumise à l'approbation du mandataire chargé du contrôle.

Mesures de dissociation

113. Comme cela a été souligné au point 35, la Commission peut accepter dans certaines circonstances que la cession d'une activité devant être dissociée des activités restantes des parties soit considérée comme une mesure corrective adéquate. Toutefois, dans ces circonstances également, seul le transfert d'une activité viable à un acquéreur en mesure de maintenir et de développer la capacité concurrentielle de cette activité sur le marché résoudra les problèmes de concurrence recensés par la Commission. Les

parties doivent s'engager à effectuer, au cours de la période transitoire, une dissociation des actifs qui font partie de l'activité à céder, avec une obligation de résultat. Ce résultat doit se traduire par la possibilité de transférer à un acquéreur approprié, à la fin de la période transitoire, une activité viable et concurrentielle, autonome et distincte des autres activités des parties. Les parties devront supporter les coûts et les risques de cette dissociation au cours de la période transitoire.

114. La dissociation devra être effectuée par les parties sous le contrôle du mandataire et en coopération avec le gestionnaire chargé de garantir la séparation des activités. Premièrement, les actifs et les membres du personnel qui sont partagés entre l'entité à céder et les activités restantes des parties doivent être affectés à l'entité, pour autant que les engagements ne l'excluent pas ⁽¹⁾. L'affectation des actifs et du personnel sera suivie et devra être autorisée par le mandataire chargé du contrôle. Deuxièmement, le processus de dissociation pourra aussi nécessiter une duplication pour l'entité des actifs détenus ou des fonctions exercées par d'autres pans des activités des parties si cela est nécessaire pour garantir la viabilité et la compétitivité de l'entité à céder. On citera à titre d'exemple la cessation de la participation de l'entité à un réseau informatique central et l'installation pour cette entité d'un système informatique distinct. Généralement, les grandes phases de ce type de processus de dissociation et les fonctions à dupliquer devront être décidées au cas par cas et décrites dans les engagements.
115. Il y a lieu, parallèlement, de veiller à ce que ces mesures n'affectent pas la viabilité de l'activité à céder. Au cours de la période transitoire, les parties doivent donc maintenir l'utilisation des actifs partagés par l'entité et continuer de lui fournir des services dans la même mesure que par le passé, tant que l'entité n'est pas viable par elle-même.

Obligations spécifiques des parties en ce qui concerne le processus de cession

116. S'agissant du processus de cession, les engagements doivent prévoir que les acquéreurs potentiels peuvent se livrer à un examen préalable, obtenir, en fonction du stade de la procédure, des informations suffisantes sur l'entité cédée pour leur permettre d'évaluer pleinement la valeur, l'ampleur et les potentialités commerciales de l'activité, et avoir un accès direct à son personnel. Les parties doivent en outre présenter des rapports périodiques sur les acquéreurs potentiels et la progression des négociations. La cession ne sera exécutée qu'une fois l'opération clôturée, c'est-à-dire après le transfert du titre de propriété à l'acquéreur agréé et le transfert effectif des actifs. À la fin du processus, les parties devront adresser un rapport final confirmant la clôture de l'opération et le transfert des actifs.

4. Le mandataire chargé du contrôle et le mandataire chargé de la cession

Rôle du mandataire chargé du contrôle

117. Étant donné que la Commission ne saurait, quotidiennement, participer directement au contrôle de la mise en œuvre des engagements, il appartient aux parties de proposer la désignation d'un mandataire chargé de vérifier qu'elles respectent leurs engagements, en particulier les obligations qui leur incombent au cours de la période transitoire et du processus de cession («mandataire chargé du contrôle»). De cette manière, les parties garantissent l'efficacité des engagements qu'elles ont soumis et fournissent à la Commission l'assurance que la modification de la concentration notifiée, qu'elles ont proposée, sera réalisée avec le degré de certitude voulu.
118. Le mandataire chargé du contrôle s'acquittera de ses missions sous la surveillance de la Commission et devra être considéré comme les «yeux et les oreilles» de cette dernière. Il veillera à ce que l'entité soit gérée et continue à fonctionner correctement et de façon autonome pendant la période transitoire. La Commission peut donc donner à ce mandataire tout ordre et toute instruction visant à garantir le respect des engagements, et celui-ci peut proposer aux parties toute mesure qu'il juge nécessaire à l'exécution de ses tâches. Les parties, quant à elles, ne peuvent lui donner d'instructions sans l'aval de la Commission.

⁽¹⁾ Voir le point 26 concernant la question de savoir quel traitement réserver aux actifs partagés dans les engagements.

119. Les tâches incombant au mandataire seront généralement fixées dans les engagements. Ses droits et ses obligations seront définis en détail dans le mandat, qu'il devra conclure avec les parties, et ses tâches seront précisées dans un programme de travail. En principe, ses tâches commenceront immédiatement après l'adoption de la décision de la Commission et dureront jusqu'au transfert légal et effectif de l'activité à l'acquéreur agréé. On peut distinguer cinq grandes tâches non exhaustives que le mandataire devra contrôler sous la surveillance de la Commission:
- premièrement, ce mandataire sera appelé à contrôler les sauvegardes concernant l'activité à céder au cours de la période transitoire,
 - deuxièmement, dans les cas de dissociation, ce mandataire devra suivre la séparation des actifs et la répartition du personnel entre l'activité cédée et les activités conservées par les parties ainsi que la duplication des actifs détenus et des fonctions assurées précédemment par les parties,
 - troisièmement, il incombera à ce mandataire de surveiller les efforts déployés par les parties pour trouver un acquéreur potentiel et céder l'activité. En général, il examinera les progrès du processus de cession et les acquéreurs potentiels participant à ce processus. Il vérifiera que les acquéreurs potentiels reçoivent des informations suffisantes sur l'activité — notamment en examinant le prospectus (si ce document est disponible), la salle des données ou le processus d'examen préalable. Une fois qu'un acquéreur aura été proposé, le mandataire chargé du contrôle remettra à la Commission un avis motivé sur la question de savoir si cet acquéreur répond aux critères énoncés dans les engagements et si l'activité est vendue de façon conforme aux engagements. À la fin du processus, le mandataire doit contrôler la cession légale et effective de l'activité à l'acquéreur et adresser un rapport final, confirmant cette cession,
 - quatrièmement, ce mandataire devra servir de point de contact pour toute demande adressée par des tiers, en particulier des acquéreurs potentiels, au sujet des engagements. Les parties informeront les tiers intéressés, notamment les acquéreurs potentiels, de l'identité et des tâches du mandataire chargé du contrôle. En cas de désaccord entre les parties et des tiers sur des questions traitées dans les engagements, le mandataire chargé du contrôle discutera de ces questions avec les deux parties et en fera rapport à la Commission. Afin de pouvoir mener à bien sa tâche, le mandataire chargé du contrôle ne divulguera aucun secret d'affaires des parties et des tiers,
 - cinquièmement, ce mandataire rendra compte de ces questions à la Commission dans des rapports périodiques consacrés au respect des engagements et lui adressera également, à sa demande, des rapports complémentaires.
120. Les engagements énonceront également de façon détaillée les besoins du mandataire chargé du contrôle en termes de soutien des parties et de coopération avec elles; à cet égard, la surveillance de la Commission s'exercera également sur les liens entre les parties et le mandataire chargé du contrôle. Afin de pouvoir s'acquitter de ses missions, le mandataire aura accès à l'ensemble des livres comptables et des registres des parties et de l'activité cédée et, dans la mesure où cela est nécessaire pour la mise en œuvre des engagements, il pourra demander aux parties un soutien sur le plan administratif et de la gestion, sera tenu informé des acquéreurs potentiels et de toutes les évolutions du processus de cession et se verra remettre toutes les informations fournies aux acquéreurs potentiels. De surcroît, les parties l'indemniseront et l'autoriseront, le cas échéant, à désigner des conseillers pour lui permettre de remplir ses missions conformément aux engagements. Les engagements fourniront également l'occasion à la Commission de transmettre les informations communiquées par les parties au mandataire chargé du contrôle, ce qui lui permettra de s'acquitter des tâches lui incombant. Celui-ci sera tenu d'assurer la confidentialité de ces informations.

Rôle du mandataire chargé de la cession

121. Comme dans le cas du mandataire chargé du contrôle, les parties doivent proposer la désignation d'un mandataire chargé de la cession afin de garantir l'efficacité des engagements qu'elles ont soumis et de fournir à la Commission l'assurance que la modification de la concentration notifiée, qu'elles ont proposée, sera réalisée. Si les parties ne parviennent pas à trouver un acquéreur adéquat au cours de la première période de cession, le mandataire chargé de la cession se verra alors conférer, lors de la phase pendant laquelle il est censé intervenir, un mandat irrévocable et exclusif pour céder l'activité à un acquéreur approprié, sous la surveillance de la Commission, dans un délai donné et sans qu'un prix minimum ne soit fixé. Les engagements lui permettront d'inclure dans le contrat d'achat et de vente les modalités et conditions qu'il juge appropriées pour la conclusion d'une vente rapide, en particulier les déclarations usuelles sur l'état de l'activité, les garanties et les indemnités. La vente de l'activité par le mandataire chargé de la cession est soumise à l'autorisation préalable de la Commission de la même façon que la vente par les parties.

122. Comme c'était déjà le cas pour le mandataire chargé du contrôle, les engagements prévoiront que les parties informent le mandataire chargé de la cession et lui apportent leur soutien et leur coopération. S'agissant de la cession, les parties doivent donner au mandataire concerné tous les pouvoirs nécessaires, pour toutes les phases de l'opération.

Approbation du mandataire et de son mandat

123. En fonction de l'engagement, le mandataire chargé du contrôle et le mandataire chargé de la cession pourront ou non être la même personne ou institution. Les parties proposeront à la Commission un ou plusieurs mandataires ainsi que le texte intégral de son mandat et une ébauche de plan de travail. Il est essentiel que le mandataire chargé du contrôle soit en place immédiatement après la décision de la Commission. Aussi les parties doivent-elles proposer un mandataire compétent immédiatement après la décision de la Commission ⁽¹⁾, et les engagements doivent normalement prévoir que la concentration notifiée ne pourra être exécutée qu'à l'issue de la désignation du mandataire chargé du contrôle, après avoir été autorisée par la Commission ⁽²⁾. La situation est différente en ce qui concerne le mandataire chargé de la cession qui doit être désigné bien avant la fin de la première période de cession ⁽³⁾, afin que son mandat puisse prendre effet au début de la phase au cours de laquelle il intervient.
124. Les deux catégories de mandataires seront désignées par les parties sur la base d'un mandat conclu entre elles et le mandataire concerné. La désignation du mandataire et son mandat devront être approuvés par la Commission qui disposera d'un pouvoir d'appréciation pour le choix du mandataire et évaluera si le candidat proposé convient pour les tâches prévues dans le cas spécifique. Ce mandataire sera indépendant des parties, il devra posséder les qualifications nécessaires à l'exécution de son mandat et ne devra pas faire ou devenir l'objet d'un conflit d'intérêts.
125. La Commission appréciera les qualifications nécessaires à la lumière des exigences de l'affaire en cause, notamment la zone géographique et le secteur concernés. Selon l'expérience de la Commission, des sociétés d'audit et d'autres cabinets-conseils pourront être particulièrement bien placés pour s'acquitter des tâches incombant au mandataire chargé du contrôle. Les personnes ayant travaillé dans le secteur en cause pourront également constituer des candidats valables pour remplir ce rôle si elles disposent des ressources nécessaires pour exécuter les tâches considérées. Les banques d'investissement semblent particulièrement qualifiées pour jouer le rôle de mandataire chargé de la cession. L'indépendance du mandataire est essentielle pour lui permettre de s'acquitter correctement de son rôle de contrôle, pour le compte de la Commission, du respect des engagements souscrits par les parties, et garantir sa crédibilité vis-à-vis des tiers. La Commission, en particulier, n'acceptera pas comme mandataires des personnes ou des institutions qui sont en même temps les auditeurs des parties ou leurs conseillers en matière d'investissement pour la cession. Il n'y aura pas, toutefois, de conflit d'intérêt, dès lors que les relations du mandataire avec les parties ne l'empêcheront pas d'exécuter ses tâches avec objectivité et indépendance. Il incombe aux parties de fournir à la Commission toutes les informations lui permettant de vérifier si le mandataire remplit ces conditions. La désignation du mandataire après son approbation par les parties est irrévocable, à moins que celui-ci ne soit remplacé avec l'agrément de la Commission ou à sa demande.
126. Le mandat confié au mandataire précisera les tâches énoncées dans les engagements et comprendra toutes les dispositions utiles pour permettre au mandataire de s'en acquitter dans le respect des engagements acceptés par la Commission. Les parties sont chargées de la rémunération du mandataire dans le cadre du mandat qui lui est confié, et le système de la rémunération doit être tel qu'il n'entrave pas l'indépendance et l'efficacité du mandataire dans l'exercice de son mandat. La Commission n'approuvera la désignation d'un mandataire que si le mandat qui lui est conféré est approprié. Le cas échéant, elle pourra publier l'identité du mandataire et un résumé de ses tâches.
127. Lorsque les engagements spécifiques que le mandataire aura été chargé de faire respecter auront été mis en œuvre, c'est-à-dire lorsque le titre légal sanctionnant la cession aura été établi, que les actifs auront été effectivement cédés à l'acquéreur et que certaines dispositions particulières susceptibles de continuer à s'appliquer après la cession auront été exécutées, le mandataire devra, conformément au mandat, demander à la Commission de le décharger de toute autre responsabilité. Même après l'octroi de cette décharge, la Commission pourra juger nécessaire de demander que le mandataire soit à nouveau désigné sur la base des engagements si elle estime ultérieurement que les engagements concernés n'ont pas été entièrement ou correctement mis en œuvre.

⁽¹⁾ Généralement, les engagements devraient prévoir qu'un mandataire chargé du contrôle soit proposé dans les deux semaines suivant la date de la décision.

⁽²⁾ Voir l'affaire COMP/M.4180 — GdF/Suez, décision du 14 novembre 2006; l'affaire COMP/M.4187 — Carlsberg/Holsten, décision du 12 décembre 2006; l'affaire COMP/M.3916 — T-Mobile Austria/tele.ring, décision du 20 avril 2006.

⁽³⁾ La Commission devra normalement exiger une désignation au moins un mois avant la fin de la première période de cession.

5. Obligations des parties après la réalisation de la cession

128. Les engagements doivent également prévoir que pendant les dix ans qui suivent l'adoption de la décision d'acceptation des engagements, la Commission pourra demander des informations aux parties. Cette disposition permettra à la Commission de contrôler la mise en œuvre effective de la mesure corrective.

6. Exécution d'autres engagements

129. Plusieurs des principes qui ont été examinés ci-dessus en ce qui concerne l'exécution des engagements de cession peuvent également s'appliquer à d'autres types d'engagement si ceux-ci doivent être exécutés à la suite de la décision de la Commission. S'il est prévu par exemple que la Commission devra agréer le bénéficiaire d'une licence, les considérations relatives à l'agrément de l'acquéreur pourront s'appliquer. Compte tenu du large éventail d'engagements portant sur d'autres aspects que la cession, aucune exigence générale et globale ne pourra être fixée en ce qui concerne l'exécution de ce type d'engagements.
130. Compte tenu toutefois de la durée de ce type d'engagements et de leur caractère souvent complexe, un effort très important en matière de surveillance et des instruments spécifiques de contrôle seront fréquemment nécessaires pour permettre à la Commission de conclure qu'ils seront effectivement exécutés. Aussi la Commission demandera-t-elle souvent qu'un mandataire soit chargé de contrôler leur exécution et qu'une procédure d'arbitrage accélérée soit établie afin de prévoir un mécanisme de résolution des litiges et de faire en sorte que ce soit les acteurs du marché eux-mêmes qui fassent respecter ces engagements. Par le passé, la Commission a souvent demandé à la fois la désignation d'un mandataire et l'établissement d'une clause d'arbitrage ⁽¹⁾. Dans ce cas, le mandataire contrôlera l'exécution des engagements mais sera aussi en mesure d'apporter son concours dans une procédure d'arbitrage, de sorte que ces procédures puissent être conclues rapidement.
-

⁽¹⁾ Ce type d'approche dans lequel l'exercice du contrôle est effectué à la fois par un mandataire désigné à cet effet et dans le cadre d'une procédure d'arbitrage a été utilisée, par exemple dans l'affaire COMP/M.2803 — Telia/Sonera, décision du 10 juillet 2002, dans l'affaire COMP/M.3083 — GE/Instrumentarium, décision du 2 septembre 2003 et dans l'affaire COMP/M.3225 — Alcan/Pechiney II, décision du 29 septembre 2003.

IV

(Informations)

INFORMATIONS PROVENANT DES INSTITUTIONS ET
ORGANES DE L'UNION EUROPÉENNE

COMMISSION

Taux de change de l'euro ⁽¹⁾

21 octobre 2008

(2008/C 267/02)

1 euro =

Monnaie	Taux de change	Monnaie	Taux de change
USD dollar des États-Unis	1,3184	TRY lire turque	2,0483
JPY yen japonais	133,06	AUD dollar australien	1,928
DKK couronne danoise	7,4542	CAD dollar canadien	1,5928
GBP livre sterling	0,777	HKD dollar de Hong Kong	10,2233
SEK couronne suédoise	9,992	NZD dollar néo-zélandais	2,1557
CHF franc suisse	1,5224	SGD dollar de Singapour	1,9527
ISK couronne islandaise	305	KRW won sud-coréen	1 769,27
NOK couronne norvégienne	8,894	ZAR rand sud-africain	13,7212
BGN lev bulgare	1,9558	CNY yuan ren-min-bi chinois	9,0096
CZK couronne tchèque	25,308	HRK kuna croate	7,18
EEK couronne estonienne	15,6466	IDR rupiah indonésien	12 979,65
HUF forint hongrois	274,78	MYR ringgit malais	4,65
LTL litas lituanien	3,4528	PHP peso philippin	63,76
LVL lats letton	0,7093	RUB rouble russe	35,0523
PLN zloty polonais	3,6105	THB baht thaïlandais	45,313
RON leu roumain	3,629	BRL real brésilien	2,8372
SKK couronne slovaque	30,467	MXN peso mexicain	17,4029

⁽¹⁾ Source: taux de change de référence publié par la Banque centrale européenne.

V

(Avis)

PROCÉDURES ADMINISTRATIVES

COUR DES COMPTES EUROPÉENNE

AVIS DE VACANCE

COUR DES COMPTES EUROPÉENNE

EMPLOI DE SECRÉTAIRE GÉNÉRAL

(2008/C 267/03)

La Cour des comptes européenne entend pourvoir l'emploi de secrétaire général actuellement vacant à son siège à Luxembourg.

L'avis de vacance d'emploi est publié au Journal officiel C 267 A du 22 octobre 2008 en anglais et en français uniquement.

Des informations complémentaires sont disponibles sur le site web de la Cour à l'adresse suivante:

<http://eca.europa.eu/portal/page/portal/aboutus/workingatthecourtofauditors/jobopportunities>

PROCÉDURES RELATIVES À LA MISE EN ŒUVRE DE LA POLITIQUE DE CONCURRENCE

COMMISSION

Notification préalable d'une concentration

(Affaire COMP/M.5093 — DP World/Conti 7/Rickmers 2.Terminal/DP World Breakbulk)

(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)

(2008/C 267/04)

1. Le 14 octobre 2008, la Commission a reçu notification, conformément à l'article 4 du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil ⁽¹⁾, d'un projet de concentration par lequel l'entreprise DP World NV («DP World», Belgique), auparavant appelée P&O Ports Europe NV, contrôlée par Dubai World («Dubai World», Dubai), Conti 7 NV («Conti 7», Belgique), contrôlée par la famille Brion et Rickmers 2.Terminal NV («Rickmers», Allemagne) contrôlée par Rickmers Holding GmbH & Cie KG («Rickmers», Allemagne) acquièrent, au sens de l'article 3, paragraphe 1, point b), du règlement du Conseil, le contrôle conjoint de DP World Breakbulk NV («DP World Breakbulk», Belgique) par achat d'actions.

2. Les activités des entreprises considérées sont les suivantes:

- DP World/Dubai World: immobilier, matières premières, services maritimes et portuaires,
- Conti 7/Famille Brion: services maritimes de transport,
- Rickmers 2.Terminal/Rickmers: management de flotte navale, transport de marchandises, immobilier, services financiers,
- DP World Breakbulk: gestion d'un terminal portuaire à Anvers.

3. Après examen préliminaire et sans préjudice de sa décision définitive sur ce point, la Commission estime que l'opération notifiée pourrait entrer dans le champ d'application du règlement (CE) n° 139/2004.

4. La Commission invite les tiers intéressés à lui présenter leurs observations éventuelles sur le projet de concentration.

Ces observations devront parvenir à la Commission au plus tard dans un délai de dix jours à compter de la date de la présente publication. Elles peuvent être envoyées par fax [(32-2) 296 43 01 ou 296 72 44] ou par courrier, sous la référence COMP/M.5093 — DP World/Conti 7/Rickmers 2.Terminal/DP World Breakbulk, à l'adresse suivante:

Commission européenne
Direction générale de la concurrence
Greffé des concentrations
J-70
B-1049 Bruxelles

⁽¹⁾ JO L 24 du 29.1.2004, p. 1.

AVIS AU LECTEUR

Les institutions ont décidé de ne plus faire figurer dans leurs textes la mention de la dernière modification des actes cités.

Sauf indication contraire, les actes auxquels il est fait référence dans les textes ici publiés s'entendent comme les actes dans leur version en vigueur.