

# Les Contraintes De L'application Des Injonctions En Droit De La Concurrence

**EKANGO EKANGO Emmanuel**

Doctorant en Droit privé et Sciences Criminelles à l'Université de Dschang-Cameroun

Adresse mail : ekaekaemma@yahoo.fr

## Résumé :

L'injonction dans son sens général est un ordre du juge adressé à une partie au procès, de faire ou de s'abstenir de faire quelque chose. En droit de la concurrence, les autorités interviennent par l'injonction. La finalité corrective de cette sanction la diffère des amendes et des astreintes qui préviennent et répriment. En interdisant aux entreprises de faire quelque chose ou/et en leur imposant d'adopter un comportement, les autorités régulatrices interviennent autoritairement dans les relations contractuelles. Cependant, l'intervention dans le contrat pour des motifs de contrôle se trouve limitée. En effet, la protection du processus concurrentiel nécessite un contrôle des autorités régulatrices pour corriger les dysfonctionnements du marché. Mais, cet office des autorités n'inclut pas qu'elles se substituent à l'unité économique sanctionnée. Les autorités régulatrices se trouvent ainsi confrontées à la nécessité qu'il y a à préserver la liberté contractuelle. Elles sont contraintes par l'opposabilité de la liberté contractuelle et par les mesures liées à l'exécution forcée.

**Mots clés:** Injonction, finalité corrective, autorité régulatrice, dysfonctionnement du marché, liberté contractuelle, opposabilité, exécution forcée.

## Abstract :

The injunction in its general sense is an order of the judge addressed to a litigant, to make or to abstain from making something. In competition law, the authorities intervene by the injunction. The corrective purpose of this sanction makes it different from fines and periods that warn and repress. By forbidding the enterprises to make something and/or imposing them to adopt a behavior, the regulatory authorities intervene authoritatively in the contractual relations. However, intervention in the contract for the reasons of control is limited. Indeed, the protection of the competitive process requires a control of the regulatory authorities to correct the market failures. But, this function of the authorities doesn't include that they may substitute themselves for the punished economic unit. The regulatory authorities are confronted to the necessity of preserving the contractual freedom. They are forced by the opposability of the contractual freedom and by the measures bound to the forced execution.

**Key words:** Injunction, corrective purpose, regulatory authority, market failures, contractual freedom, opposability, forced execution.

## INTRODUCTION

L'injonction, notion qui dans son sens général est un ordre du juge adressé à une partie au procès, de faire ou de s'abstenir de faire quelque chose. On la reconnaît comme une procédure permettant au créancier d'obtenir sur simple requête, une décision judiciaire portant injonction faite au débiteur de payer dans un délai déterminé<sup>1</sup>. Les autorités de concurrence en font une arme de contrôle de l'activité contractuelle. Ainsi, elles exigent, ordonnent de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles<sup>2</sup>. Au sens de Mme DECOOPMAN, « l'injonction est un ordre donné par une autorité. Sa fonction n'est pas de réprimer, mais corriger, de rétablir une situation de remettre en quelque sorte les intéressés dans le droit chemin juridique, économique »<sup>3</sup>.

L'injonction est une sanction consacrée par la loi camerounaise n°98/013. En effet si l'article 24 de cette loi détermine la panoplie des sanctions applicables en cas de violation des

règles de la concurrence<sup>4</sup>, d'autres dispositions de cette même loi établissent spécifiquement l'application de l'injonction<sup>5</sup>. La législation gabonaise prévoit en son article 38 que, « la Commission de la concurrence peut, en cas d'exploitation abusive d'une position dominante ou un état de dépendance économique, demander au Ministre chargé de l'Economie d'enjoindre conjointement avec le Ministre dont relève le secteur, par arrêté motivé, à l'entreprise ou au groupe d'entreprises en cause ; de modifier, compléter ou de résilier, dans un délai fixé par elle, tous accords ou actes par lesquels s'est réalisé la concentration de puissance économique qui a permis les abus, même si ces actes ont fait l'objet de la procédure prévue au présent chapitre »<sup>6</sup>. La loi sénégalaise n°64-63 du 22 Août 1994 sur les prix, la concurrence et le contentieux économique en son article 13 établit l'application de cette sanction. Le Règlement Communautaire CEMAC n°06/2019 précise à l'article 49 que « la Commission, sur avis du CCC, peut décider que les pratiques incriminées sont prohibées ou non par le présent règlement. Elle peut ordonner aux entreprises concernées de mettre fin aux infractions, par injonction, assortie le cas échéant d'astreintes, dans un délai imparti... ». Toutes ces législations entendent par

<sup>1</sup> Voir TPI de Bonanjo Jugement du 16/03/2011, n° 37/com, NGOUM Isaac c/ Société FIRST TRUST SA.

<sup>2</sup> Voir en ce sens GNIMPIEBA TONNANG(E.), Droit matériel et intégration sous régionale en Afrique centrale : contribution à l'étude du droit communautaire de la communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale (CEMAC), thèse, Université Nice-Sophia Antipolis, 2004, p. 312.

<sup>3</sup> DECOOPMAN (N), « Le pouvoir d'injonction des autorités administratives indépendantes », CP éd. G1987, no3303, SP .n°13. EYANGO DJOMBI (A.D.), *Droit économique de la CEMAC et pratiques anticoncurrentielles : Entre droit communautaire et droit camerounais de la concurrence*, éd. Dianoiia, Chennevières/Marne, 1ère édition, 2018, p. 202.

<sup>4</sup> Au sens de l'article 24, « les infractions aux dispositions de la présente loi peuvent donner lieu aux amendes, aux injonctions de mettre fin aux pratiques incriminées et éventuellement, être assorties d'astreinte et de paiement des dommages et intérêts ».

<sup>5</sup> Les articles 25 et 26 de la loi n°98/013

<sup>6</sup> Voir la loi n°014/1998 fixant le régime de la concurrence du Gabon.

l'application de l'injonction, assurer le fonctionnement optimal de la concurrence.

Sanction régulatrice du droit de la concurrence<sup>7</sup> l'injonction s'éloigne des amendes et des astreintes dont l'objectif est de prévenir et de réprimer<sup>8</sup>. L'injonction a une finalité correctrice<sup>9</sup> qui résulte de ce qu'elle condamne les entreprises en leur interdisant de faire quelque chose et/ou en leur imposant d'adopter un comportement. Les perturbations que cette sanction imprime assujettissent les contrats<sup>10</sup> ce

<sup>7</sup> Le caractère régulateur du droit de la concurrence justifie à la base l'objectif de développement et d'intégration économique de l'espace communautaire CEMAC. Voir en ce sens MOUANGUE KOBILA (J.) et DONFACK SOCKENG (L.), « La CEMAC à la recherche d'une nouvelle dynamique de l'intégration en Afrique Centrale », Annuaire africain de droit International, Vol.6, 1998, p. 66. L'idée d'un droit régulateur transparait dans l'article 28 alinéa 5 du Traité de Brazzaville du 08 décembre 1964 instituant l'UDEAC et qui faisait partie de « *la recherche des moyens susceptibles d'aboutir à l'abandon progressif entre les Etats membres des pratiques commerciales restrictives* ».

<sup>8</sup> BENZONI (L.), L'efficacité répressive des décisions en matière de concurrence : une approche économique, Ateliers de la concurrence-DGCCRF, 2000, p. 3 et s. L'entreprise prise au piège de la prohibition des pratiques anticoncurrentielles est frappée d'amendes calculées proportionnellement aux circonstances aggravantes ou atténuantes. OCDE, Les sanctions en cas d'infractions au droit de la concurrence, Forum mondial sur la concurrence, compte rendu de la discussion, DAF/COMP/GF (2016)14, p. 1-3.

<sup>9</sup> MAIL-FOUILLEUL (S.), Les sanctions de la violation du droit communautaire de la concurrence, l'Harmattan, 2002, p. 75 ; MALAURIE-VIGNAL (M.), Droit de la concurrence interne et communautaire, 4<sup>e</sup> éd., Sirey, 2008, p.274. La finalité correctrice de l'injonction est retracée dans le règlement CEMAC n°06/2019 à l'article 53 qui indique que « ... *La Commission peut également, sur avis du CCC, enjoindre les entreprises concernées par les mesures conservatoires, d'informer par écrits leurs contractants ou clients, de la décision prise et de leur droit de renégocier les clauses des contrats en cause ou de les résilier dans le délai imparti* ».

<sup>10</sup> Voir MAIL-FOUILLEUL (S.), Les sanctions de la violation du droit communautaire de la concurrence, *op.cit.*, p.77 et s.

qui fait qu'« *à l'instar de la nullité, l'injonction peut expurger le contrat du vice qui l'atteint; à l'instar de l'exemption, elle peut modeler précisément une convention. Une, comparaison entre ces différentes techniques est instructive. Empruntant à la fois au moderne et au classique, l'injonction constitue à l'évidence un procédé d'intervention dans le contrat parfaitement adapté à la nouvelle physionomie de l'ordre public* »<sup>11</sup>. L'injonction tend alors à être le trait d'union entre la sanction de nullité et l'exemption.

L'injonction est l'arme utilisée par l'autorité de concurrence pour corriger les comportements constituant les obstacles<sup>12</sup> à la mise en œuvre d'une compétition équitable<sup>13</sup>. Il s'agit d'une sanction visant à protéger le processus concurrentiel dans le sens de son bon fonctionnement<sup>14</sup>

La protection du processus concurrentiel est de la responsabilité de l'autorité régulatrice.

<sup>11</sup> CLAUDEL (E), Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats, thèse, *op.cit.*, p.306.

<sup>12</sup> MALLIN (G.), L'appréhension des pratiques restrictives par les autorités françaises et européennes de la concurrence : Analyse des pratiques contractuelles abusives entre professionnels à l'épreuve du droit des pratiques anticoncurrentielles, l'Harmattan, 2014, p. 188-189.

<sup>13</sup> <sup>13</sup> MODI KOKO BEBEY (H.-D.), Droit Communautaire des Affaires (OHADA- CEMAC), Tome1, Droit Commercial général et Droit de la Concurrence, édition DIANOIA, première édition, 2008, p. 132.

<sup>14</sup> L'injonction est une sanction dont « *la mesure a pour fonction de ré-assainir le milieu de la concurrence par la remise des acteurs à la position qu'ils occupaient avant ledit comportement* ». Voir EYANGO DJOMBI (A.D.), Droit économique de la CEMAC et pratiques anticoncurrentielles : entre droit communautaire et droit camerounais de la concurrence, *op.cit.*, p. 203.

Son rôle est en effet de corriger les comportements constituant des obstacles à la mise en œuvre d'une saine concurrence. Si, comme le prescrit le règlement CEMAC « *la Commission... peut ordonner aux entreprises de mettre fin aux infractions, par injonction, assortie le cas échéant d'astreintes, dans un délai imparti* »<sup>15</sup>, elle ne doit non plus se substituer à l'opérateur économique. Cela est cohérent avec la concurrence qui résulte du principe de la liberté du commerce et de l'industrie et qui veut que les opérateurs économiques puissent décider librement d'exercer parmi la multiplicité d'activités légales, celles de leur choix. La consécration par les articles 4,5, 6 et 7 de la loi du 10 août 1990 régissant les activités commerciales, abrogée par la loi n°2015/018 du 21 décembre 2015 qui énonce limpide dans ses articles 5 alinéa1, 44 et 45 le principe de la liberté de commerce et l'industrie est une proclamation de la préservation de la liberté contractuelle. Dans l'optique d'émanciper les entreprises et de leur donner la capacité de faire face au « (...) *contexte mondial de concurrence, des tolérances envisagées afin d'adapter la réglementation (...) aux nécessités du moment* »<sup>16</sup>, ce principe devient exigent ce qui complexifie l'application des règles. Les obligations de faire ou de ne pas faire qui manifestent l'intervention autoritaire par les injonctions en sont contraintes. On peut se poser la question de savoir quelles sont les

contraintes liées à l'application des obligations de faire ou de ne pas faire ? L'idée des limites qui empêchent l'application brutale de l'injonction trouve sa justification dans l'influence qu'elle apporte aux contrats. Dans la mesure où les injonctions en droit de la concurrence sont contractuelles, influençant aussi bien la liberté contractuelle des opérateurs économiques que la force obligatoire de leurs accords, l'application des mesures conservatoires imprime les effets irréversibles susceptibles de paralyser les obligations entre contractants. L'autorité de concurrence dans son office, du fait de l'incertitude de l'infraction<sup>17</sup> doit procéder prudemment lorsqu'elle ordonne une mesure conservatoire<sup>18</sup>. De la responsabilité de mettre en balance la protection de l'intérêt de l'opérateur économique soupçonné de violation des règles de la concurrence et la protection du marché menacé par les violations visées, procède la liberté contractuelle qui lui est opposable (I). Cette contrainte qui fait obligation à l'autorité de concurrence de tenir compte de la liberté contractuelle s'étend lorsque la nécessité s'impose de pratiquer l'exécution forcée de ses décisions (II).

<sup>15</sup> Article 49 alinéa 1 du règlement CEMAC n°06/2019.

<sup>16</sup> NJEUFACK TEMGWA (R.), La protection de la concurrence dans la CEMAC, thèse, op.cit., p.28.

<sup>17</sup> MAIL-FOUILLEUIL (S.), Les sanctions de la violation du droit communautaire de la concurrence, LGDJ, 2002, p. 116.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 121-122.

## **I. L'opposabilité de la liberté contractuelle à l'autorité de concurrence**

L'immixtion de l'injonction dans le contrat trouve sa légitimité dans la protection du processus concurrentiel que les autorités de la concurrence ont la charge d'assurer. Ces autorités sont toutefois amenées à faire face au principe fondamental de la liberté contractuelle qui doit demeurer. Cela leur impose des contraintes dont certaines sont inhérentes aux mesures provisoires<sup>19</sup>(A) d'autres relatives à la préservation de la liberté contractuelle (B).

### **A. Les contraintes afférentes aux mesures provisoires**

Il s'agit des mesures conservatoires imposées aux entreprises par l'autorité de concurrence dans une affaire ou celle-ci n'a pas encore statué sur le fond, afin d'empêcher qu'un comportement anticoncurrentiel n'entraîne de dommages irrémediables avant d'être sanctionné<sup>20</sup>. Ces mesures ont été consacrées par la réglementation CEMAC. Ainsi, « *en cas d'atteinte grave et irrémediable à l'économie de la zone CEMAC, à celle du secteur concerné, à l'intérêt des consommateurs ou des parties saisissantes du fait des pratiques visées aux*

*sections 1 et 2 du Titre 3, le CCC peut proposer à la Commission de prendre des mesures conservatoires, assorties le cas échéant, d'astreinte, dans les mêmes conditions que celles prévues à l'article précédent, à l'encontre de entreprises en cause* »<sup>21</sup>. IL en est de même pour le droit communautaire européen de la concurrence. L'article 8 du règlement 1/2003 dispose : « *dans les cas d'urgence justifiés par le fait qu'un préjudice grave et irréparable risque d'être causé à la concurrence, la Commission, agissant d'office, peut, par voie de décision et sur la base d'un constat prima facie d'une infraction, ordonner des mesures provisoires* ». La présomption de l'infraction<sup>22</sup> relève de ce que de forts doutes ont été constatés. La victime doit établir la preuve d'un préjudice grave et irréparable à l'économie générale, à celle du secteur en litige, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante<sup>23</sup>. En ce sens, l'augmentation par l'opérateur de téléphonie ORANGE Cameroun du coût d'accès à son réseau qui passe à 153 FCFA alors que les frais d'accès ont toujours été de 20 FCFA, constituait une atteinte au jeu concurrentiel empêchant l'essor de l'entreprise Express Union dans le marché de transfert d'argent, et de décourager la clientèle avec ce coût prohibitif. Suite à cette affaire, les mesures imposées par l'autorité de régulation (L'ART) et consistant à imposer l'égalité de traitement des clients/partenaires par les opérateurs et le

<sup>19</sup> Selon la jurisprudence de la CJCE du 26 mars 1992, aff. c-261/90 Reichert Rec-1992 2149(Pt. 46), les mesures provisoires et conservatoires sont celles qui « *sont destinées à maintenir une situation de fait ou de droit afin de sauvegarder les droits dont la reconnaissance est par ailleurs demandé au juge de fond* ».

<sup>20</sup> MALAURIE-VIGNAL (M.), Droit de la concurrence interne et communautaire, 4<sup>e</sup> éd. Sirey, 2008, p. 286.

<sup>21</sup> Article 46 du Règlement CEMAC n°06/2019.

<sup>22</sup> Paris, 4 juil. 2000, RTD CIV.201.140.

<sup>23</sup> Com. 24 Oct.2000, Bull. Civ. IV, n°163, RTD civ. 2001.140, 069-J.MESTRE et Fages, CCC 2001,

maintien d'une concurrence saine et loyale, doublé de la reconsidération du coût d'accès au réseau de transfert d'argent étaient proportionnées à la viciation du jeu concurrentiel, c'est-à-dire limitées à ce qui était impérieusement nécessaire<sup>24</sup>. L'injonction faite à l'opérateur de téléphonie ORANGE Cameroun de rétablir les conditions d'une saine concurrence entre ses concurrents et lui dans l'exploitation de transfert d'argent témoigne de l'existence d'une infraction *prima facie* et du risque d'un dommage irréparable conforme à l'article 46 du règlement CEMAC n°06/2019 cité ci-dessus.

Les injonctions, selon leur nature, influencent tant la liberté contractuelle des entreprises que la force obligatoire de leurs conventions. Elles traduisent ainsi l'obligation de faire<sup>25</sup> ou de ne pas faire<sup>26</sup>. IL en ressort un droit

<sup>24</sup> Com.16 février .2010, France Telecom/Sté Orange, Europe 2010, Comm. 139 : cessation de l'arrêt d'appel qui n' a pas suffisamment examiné l'impact sur la concurrence de la convention d'exclusivité eu égard à la possibilité pour les concurrents de développer les offres de services et de téléphonie internet à haut débit associés à des terminaux concurrents de celles proposées par Orange par l'iPhone, et de ne pas avoir examiné la possibilité d'une exemption au titre de l'art 81 § 3 ou de l'article L. 420-4 du Code de Commerce.

<sup>25</sup> Voir le délibéré du TPI de Yaoundé-Centre administratif du 24 janvier 2017 ordonnant à l'opérateur de téléphonie MTN, de rétablir l'accès à son réseau de transfert d'argent au concurrent Express Union sous astreinte de 500.000 FCFA par jour de retard. Voir également : Decision07-mc-01(confirmée par CA Paris, 26 juin 2007, KALIBRAXE).

<sup>26</sup> Décision N°2013-D-01/CNC du 09 avril 2013 dans laquelle la Commission Nationale de Concurrence à titre démonstratif, a adressé à Express Union et Emi Money une injonction de mettre fin dans l'affaire qui les opposait à Express Exchange SA. Voir aussi : Décision 99-mc-09,01-MC-06et 04- MC 02 (reformée par CA Paris, 28 janvier 2005, orange Caraïbe).

de reformation du contrat par la suppression des clauses anticoncurrentielles ou par la modification de certaines clauses du contrat. L'article 49 du règlement CEMAC précité consacre la suppression des clauses anticoncurrentielles. En effet « *la Commission sur avis du CCC... peut ordonner aux entreprises concernées de mettre fin aux infractions, par injonction, assortie le cas échéant d'astreintes, dans un délai imparti...* ». L'article 45 du même règlement relève pour les cas de modification des clauses l'infliction des astreintes par jour de retard en cas de non-respect total ou partiel des injonctions. Cela veut dire que le respect total ou partiel des injonctions consistant à modifier certaines clauses emporte renonciation de la part de la Commission à l'infliction desdites astreintes.

Les décisions de la Commission qui statue en référé sont par principe transitoires. Il est prévu qu'elles puissent être modifiées ou annulées en cas d'évolution du litige<sup>27</sup>. Ces décisions peuvent en ce sens, être maintenues ou remises en l'état, ce qui n'est pas de nature à avantager le bénéficiaire de la mesure<sup>28</sup>. Cette

<sup>27</sup> MAIL-FOUILLEUIL (S.), Les sanctions de la violation du droit communautaire de la concurrence ; op.cit., p. 121-122.

<sup>28</sup> Décision : BBI du 29 juill. 1987 (JOCE L. 286/36 du 9 oct.1987, concernant BBI) ; SCHOLLER et LANGNESE du 25 mars 1992 ( Bull. CE 3-1992, pt.1.2.41& XX<sup>ème</sup> Rapp. Conc. n°309 S.) Sealink du 11 juin 1992 ( Bull. Ce 6-1992, pt. 1.3.30 & XXII<sup>ème</sup> Rapp. con., n° 219) et Port de Roscoff du 16 mai 1995 ( Bull. UE 5 1995, pt. 1.3.31,X , Europe , juill. 1995, n° 270 & XXV<sup>ème</sup> Rapp. Conc., SP. 126-127. Dans l'affaire Seakink, cette entreprise fut conduite sous la houlette de la Commission, à autoriser

analyse est démentie par le fait que certaines mesures provisoires ont favorisé l'accès d'une entreprise à un marché qui ne lui était pas par abus ouvert<sup>29</sup>.

En atténuant le champ d'application des mesures provisoires, la Commission n'a pas exclu le respect de strictes conditions lorsqu'elle les octroie<sup>30</sup>. En rapport avec l'urgence de l'intervention la Commission ne doit pas se départir de l'idée que la pratique contractuelle en cause n'est que présumée. D'où l'intérêt de procéder à un examen nouveau de l'infraction, l'idée étant de ne pas l'analyser de manière erronée et favoriser des effets irréversibles. Les mesures adoptées sont en ce sens celles qui modifient tout en préservant la position des entreprises. Il faut relever à ce propos qu'un non-lieu à poursuivre la procédure peut être prononcé lorsque les faits à l'origine des mesures provisoires ne sont pas avérés<sup>31</sup>. Ainsi, la Cour ordonna le sursis à exécution de l'injonction de l'article 9 de la décision N°19-D-25 en raison de la violation manifeste du principe du contradictoire et des droits de la défense ; la

---

l'accès à des conditions non discriminatoires de Sea Containers au port de HOLYHEAD.

<sup>29</sup> Sur « les effets irréversibles des mesures conservatoires », voir en ce sens : Concurrences : Revue des droits de la concurrence, les mesures conservatoires à la française : un modèle réellement enviable ? pratiques/concurrence N°3-2018.

<sup>30</sup> Sur l'atténuation du champ d'application des mesures provisoires, voir MALAURIE-VIGNAL (M.), Droit de la concurrence interne et communautaire, 4<sup>e</sup> édition, Sirey, 2008, p. 286 : « sans que cette condition ne soit expressément mentionnée, il faut ajouter que les mesures accordées doivent être proportionnées, c'est-à-dire limitées à ce qui est strictement nécessaire ».

<sup>31</sup> Article 48 du règlement CEMAC n°06/2019.

violation flagrante de l'exigence de clarté, de précision et de certitude de l'injonction et le risque allégué de sanction pour inexécution ; le caractère disproportionné et irréversible de l'injonction<sup>32</sup>. L'ordonnance Camera Care du 17 janvier 1980 postule à cet effet de ne retenir que les mesures strictement nécessaires<sup>33</sup>. Les mesures issues du pouvoir de la juridiction qui a statué sur le fond du litige jouent un double rôle dans leur détail : elles assujettissent les entreprises condamnées au respect de la décision en même temps qu'elles assurent leur protection<sup>34</sup>. Dans le même ordre d'idées, les conditions d'exécution comme la durée des mesures provisoires<sup>35</sup> peuvent protéger

---

<sup>32</sup> Ordonnance du 1<sup>er</sup> juillet 2020 N° RG 20/03762- N° Portalis 35 L7-V-B7E-CBRGL. Dans le même sens Ordonnance Ford du 29 sept.1982 (aff.Jtes 228 et 229/82 R, rec.3091, pt 14) : « Il existe un risque sérieux que les effets préjudiciables de la décision attaquée pourraient, si elle doit être immédiatement exécutée, dépasser ceux d'une mesure conservatoire et provoquer dans l'entre temps des dommages dépassant sensiblement les inconvénients inévitables mais passagers découlant d'une telle mesure. Il y a dès lors lieu de suspendre les effets de la décision attaquée de manière à ce qu'elle soit ramenée aux proportions d'une mesure conservatoire de situation ».

<sup>33</sup> La Commission en ce sens ne saurait prendre des décisions visant à mettre fin aux infractions constatées sans garantir les intérêts de l'entreprise en cause. Ainsi, il est nécessaire que « des mesures provisoires ne soient prises qu'en cas d'urgence établie, en vue de parer à une situation de nature à causer un préjudice grave et irréparable à la partie qui en demande l'institution, ou intolérable pour l'intérêt général ». (CJCE, n° C-792/79, Ordonnance Camera Care Ltd contre Commission des Communautés européennes, 17 janvier 1980.

<sup>34</sup> C'est à cet effet qu'AKZO fut autorisée à aligner ses prix sur les offres plus basses faites par ses concurrents. Décision Akzo du 29 juill. 1983(JOCE L. 252/13 du 23 sept., Cons.24 et 36.

<sup>35</sup> Nous faisons à ce propos nôtre l'analyse de HAUTBOURG qui observe que la procédure des mesures provisoires doit réconcilier deux objectifs qui semblent inconciliables : les autorités de concurrence doivent

l'entreprise condamnée. L'entreprise bénéficiaire des mesures provisoires peut par conséquent, être dans l'obligation de garantir son engagement à les respecter<sup>36</sup>.

La condamnation d'une entreprise à une mesure provisoire consécutive à son inexécution donne lieu à application des sanctions. A cet effet, l'article 46 du règlement CEMAC n° 06/2019 qui dans ses dispositions décrit les conditions amenant à prendre des mesures conservatoires, propose de les assortir d'astreintes le cas échéant<sup>37</sup>. Le pouvoir d'injonction n'a pas pour seul limite les mesures provisoires<sup>38</sup>, la préservation de la liberté contractuelle en constitue une autre.

## **B. Les contraintes afférentes à la liberté contractuelle**

Les prescriptions des injonctions entrent en contradiction avec le souci de préservation de

---

protéger les intérêts des victimes et du marché[...] mais elles doivent également respecter les droits fondamentaux et l'intérêt légitime des entreprises. Cf. CONCURRENCES : Antitrust publications & Events « *les procédures d'urgence en droit de la concurrence* » Gide Loyrette Nouel, Paris, 27 mars 2018, p.1.

<sup>36</sup> MALAURIE-VIGNAL (M.), Droit de la concurrence interne et communautaire, *op.cit.*, p. 284-285.

<sup>37</sup> « *En cas de non-respect total ou partiel des injonctions prévues à l'article précédent dans le délai imparti, le CCC peut proposer à la Commission d'infliger aux entreprises concernées des astreintes par jour de retard, à compter de la date de la décision* ».

<sup>38</sup> L'autorité de concurrence française précise qu'une mesure conservatoire est une décision provisoire, à caractère d'urgence, que l'autorité prend à la demande des parties, lorsqu'une pratique porte une atteinte grave et immédiate à la concurrence. Elle n'est pas censée se substituer à la décision sur le fond et ne préjuge en rien de la solution qui sera finalement prise. Voir GIRAUD (A.) et BLANC (G.), Les mesures conservatoires à la française : un modèle réellement viable ?, *Pratiques / Concurrences* N° 3-2018, p. 1-2.

la liberté contractuelle qui doit demeurer la règle. Ce qui fait que les décisions prononcées par les instances régulatrices touchent aux contrats des opérateurs économiques, lesquels contrats impactent négativement l'économie de l'espace dans lequel les échanges ont lieu, l'intérêt des consommateurs ou des parties saisissantes. Ainsi, l'article 49 du règlement CEMAC n°06/2019 prévoit la suppression de ces contrats ou de ses clauses anticoncurrentielles. L'article 53 exige une renégociation des clauses du contrat ou une résiliation. On se rend compte que les injonctions de l'autorité de la concurrence imposées dans le cadre d'une procédure d'urgence<sup>39</sup>, agissent sur les pratiques de l'opérateur contractant et donc sur les contrats susceptibles de constituer une pratique anticoncurrentielle. L'unilatéralisme des mécanismes d'injonction permet d'imposer avec célérité les conditions contractuelles nécessaires au rétablissement du processus concurrentiel.

L'unilatéralisme qui est la source de la force des injonctions se trouve être aussi son point névralgique, sa faiblesse, sa limite<sup>40</sup>. Ce

---

<sup>39</sup> La Cour d'appel de Paris a relevé les limites du pouvoir d'injonction du Conseil de la concurrence en rappelant le 21 février 2006 que « *les injonctions prononcées par le Conseil de la concurrence doivent être interprétées strictement* ».

<sup>40</sup> « *Les injonctions apparaissent [...] particulièrement nécessaires lorsque l'atteinte à la concurrence résulte des stipulations d'un contrat toujours en vigueur à la date de la décision du Conseil. Le conseil enjoint alors à l'intéressé de supprimer les clauses concernées. L'immixtion dans la stratégie de l'entreprise est alors limitée au strict nécessaire* ». Cf. Etude thématique consacrée aux " sanctions pécuniaires et injonctions, Rapport annuel du conseil de la concurrence pour l'année 2005, la documentation française, p.132.

n'est pas une sinécure pour l'autorité de concurrence d'opérer un choix adapté aux intérêts de l'entreprise, parmi une multiplicité de solutions envisageables pour faire cesser la pratique illicite. Par conséquent, les engagements économiques doivent être préférés aux injonctions prononcées unilatéralement<sup>41</sup>. Une telle solution s'avère cohérente quant aux prévisions du règlement CEMAC n° 06/2019 en vertu duquel « *les parties à une opération de concentration peuvent s'engager à prendre des mesures visant notamment à remédier, le cas échéant, aux effets anticoncurrentiels de l'opération soit à l'occasion de sa notification, soit à tout moment tant que la Commission ne s'est pas prononcée. Lorsque les entreprises s'engagent en cours de procédure à formaliser de telles mesures, le délai fixé à l'article 69 peut être prorogé d'un mois au maximum* »<sup>42</sup>. Le Conseil français de la Concurrence a également observé cette solution<sup>43</sup>, laquelle a été mise en

évidence dans l'injonction de modification d'un acte dont la force exécutoire réside dans l'obligation volontairement consentie par les parties contractantes. A cet effet, les procédures négociées<sup>44</sup> sont maintenues en vertu de ce qu'elles n'entravent pas la liberté contractuelle de l'opérateur économique.

La liberté contractuelle des opérateurs est d'autant plus préservée que les autorités de concurrence usent de l'articulation entre les mesures conservatoires et les engagements pour contourner<sup>45</sup> cette limite afférentes aux injonctions. Les opérateurs proposent de ce fait des engagements conformes aux orientations de l'autorité de concurrence, prises dans ses décisions relatives aux mesures conservatoires<sup>46</sup>. Fort de cette articulation, les autorités régulatrices sont conduites à orienter expressément les acteurs économiques sur le contenu des engagements attendus par l'adoption d'une décision de mesures conservatoires et aux acteurs économiques d'offrir des engagements

<sup>41</sup> MALAURIE-VIGNAL (M.), Droit de la concurrence interne et communautaire, op.cit., p. 285-286.

<sup>42</sup> Article 71 du Règlement CEMAC n° 06/2019.

<sup>43</sup> En brimant la liberté contractuelle par l'application unilatérale des injonctions, les intérêts de la concurrence ne sont pas servis. Le Conseil français de la concurrence dans son étude thématique consacrée aux instruments de mise en œuvre de la concurrence l'a si bien relevé : « *le couple mesure conservatoire/engagement est assez complémentaire, la menace des mesures conservatoires, subies plus que choisies, rendant plus attractif pour une entreprise le choix de proposer elle-même des remèdes adaptés à sa situation et au problème de concurrence soulevé. Cette option intéresse également le Conseil car elle lui permet d'obtenir le résultat visé par la concertation, moyen probablement plus efficace que la voie autoritaire des injonctions qui risquent d'être contestées, contournées ou appliquées à minima* », Cf. Rapport annuel du Conseil de la concurrence pour l'année 2005, La documentation française, p.177.

<sup>44</sup> Com. 4 nov. 2008, D.2008. 1683, Note E. Chevrier, communiqué de procédure du 2 mars 2009 de la DGCCRF relatif aux engagements, GRANDVUILLEMIN (S.), La procédure d'engagement : état des lieux après le communiqué de procédure...", JCOPE 2009.1542.

<sup>45</sup> L'autorité de la concurrence accepte les engagements des entreprises qu'elle rend obligatoire. C'est ainsi que dans la décision 16-D-17 du 21 juillet 2016, la ligne plus s'est engagée à mettre en place un programme de conformité au droit de la concurrence. V en ce sens d'autres engagements proposés par les entreprises en cause et acceptés et rendus obligatoires par l'autorité aux termes des décisions 12-D-09 du 13 mars 2012, 14-D-19 du 18 décembre 2014, 15-D-03 du 11 mars 2015.

<sup>46</sup> Les mesures conservatoires prononcées par l'autorité dans la décision 16-MC-09 du 2 mai 2016 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Direct Energie dans le secteur de l'énergie.

adaptés non seulement au problème de concurrence caractérisé mais aussi à leur situation en tant qu'acteurs du marché. Il découle de ce jeu de rôle, l'analyse de plusieurs affaires telles, l'affaire relative au contrat d'exclusivité conclu entre orange et Apple pour la commercialisation de l'iPhone<sup>47</sup>. Dans sa décision de mesure conservatoire, le Conseil a noté que les exclusivités liant les deux entreprises étaient susceptibles de prohibition et de nature à porter une atteinte grave et immédiate à la concurrence. L'injonction a été faite à Apple et France Telecom de procéder à la suspension de l'application des clauses d'exclusivité contenues dans leurs contrats. Le contenu des injonctions a, plus tard, été repris dans les propositions d'engagement des deux entreprises<sup>48</sup>.

L'articulation entre mesure conservatoire et engagement est mise en application dans d'autres cas. L'autorité indique, dans la décision de mesures conservatoires, le cadre contractuel en dehors duquel les entreprises sont susceptibles de vicier le marché, tandis que l'entreprise propose des engagements<sup>49</sup> fixant littéralement

le contenu contractuel de leurs conventions futures<sup>50</sup>. On note à cet effet un mutuel respect entre l'autorité de concurrence et l'entreprise quant au rôle assumé par chacun dans le jeu concurrentiel. Une des affaires intervenues dans le secteur de l'électricité, concernant les pratiques d'EDF<sup>51</sup> lors de la libéralisation du marché en est une parfaite illustration. Le Conseil a observé que le prix de l'électricité sur le marché de gros ne permettait pas au requérant de faire la concurrence à EDF sur le marché de détail sans courir aux pertes, cette situation étant susceptible d'être qualifiée de ciseaux tarifaire et de constituer un abus de domination. L'autorité a dans ce cas enjoint à EDF de formuler des offres d'approvisionnement en gros qui permettent aux fournisseurs alternatifs de le concurrencer effectivement sur le marché de détail. Le Conseil de la concurrence a précisé que « *dans l'hypothèse où EDF souhaiterait [...] répondre à cette injonction par un engagement d'offrir un produit à terme en énergie de base d'origine nucléaire à un prix conventionnel, cette proposition devra [...]: couvrir une durée et proposer des quantités suffisantes pour la mise en place effective d'une offre de détail viable*

<sup>47</sup>Décision n°10-D-01 du 11 janvier 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans la distribution des iPhones.

<sup>48</sup> L'autorité dans sa conclusion considère que les engagements d'Apple et d'orange, tels que précisés et corrigés lors de la séance du 9 décembre 2009 répondent aux préoccupations de concurrence identifiées par le rapporteur et présentent un caractère crédible et vérifiable. (pt.144.) Il y a donc lieu d'accepter les engagements d'Apple et d'orange et de les rendre obligatoires (pt.145).

<sup>49</sup> La préservation de la liberté contractuelle des entreprises et la protection du jeu concurrentiel procèdent du respect mutuel du rôle que l'autorité de la concurrence et les entreprises sont appelées à assumer : les entreprises en

cause proposent les engagements que l'autorité accepte et rend obligatoires. Voir en ce sens les décisions : 14-D-16 du 18 novembre 2014 ; 15-D-08 du 05 Mai 2015.

<sup>50</sup> Décision 07-ML-04 du 13 juillet 2007 relative à la proposition d'engagement d'EDF visant à répondre aux préoccupations de concurrence exprimée par le conseil de la concurrence.

<sup>51</sup>Les caractéristiques du contrat proposé par EDF quant à la durée D débute le 1<sup>er</sup> janvier 2008 et est comprise entre 10 et 15 ans au choix de l'acquéreur dans le cadre de l'appel d'offre .Cf. Décision 07-MC-04 du 13 juillet 2007 (pt.1.1.).

par un opérateur aussi efficace, proposer des conditions contractuelles non discriminatoires, applicables à tous les fournisseurs souhaitant servir les clients finals ». Faisant suite à cette clarification du conseil, EDF a présenté des engagements<sup>52</sup> acceptés, satisfait les mesures édictées par le Conseil en révélant le détail sur la durée des contrats<sup>53</sup>, le volume annuel<sup>54</sup> d'énergie offert, et le tarif applicable<sup>55</sup>. Les engagements ont une portée pouvant être relevée aussi bien à l'égard des plaignants et des tiers qu'à l'égard d'une autre autorité de concurrence.

S'agissant de la portée de l'engagement à l'égard des plaignants et des tiers, on observe que la procédure en question ne lie que la partie qui les a souscrits. Par conséquent, « l'autorité de concurrence ne peut rendre obligatoire des engagements dont la réalisation serait conditionnée à l'accord ou action de tiers »<sup>56</sup>. L'avis du tiers sera requis dans l'analyse du marché en cas d'impacts juridiques directs et immédiats sur sa situation juridique. En notant que l'avis du tiers n'est pas pris en compte, on

<sup>52</sup> Décision 07-MC-04, op.cit., (pts.1.2-1.3).

<sup>53</sup> Décision 07-MC- 04, op.cit., Sur les conditions de prix (pt.1.4.).

<sup>54</sup> V. KIPIANI (P.), « Les engagements : vers un droit " négocié " en matière de pratiques anticoncurrentielles » CCC 2010. Etude 13.

<sup>55</sup> Décision n° 07- ME -02 du 02 mai 2007 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Emettel.

<sup>56</sup> Les acteurs du recours juridictionnel contre la décision d'engagement : le Ministre de l'économie pour une procédure diligentée devant l'autorité de la concurrence (L'ADLC), la partie saisissante, un plaignant insatisfait ou des tiers intéressés. Voir en ce sens l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne : Commission européenne c/A/Rosa Company LTD (1) Grande chambre, 29 juin 2010, c- 441/07 P.

relève la possibilité d'un recours juridictionnel contre la décision d'engagement. Les titulaires du recours juridictionnel<sup>57</sup> ayant eu accès aux éléments sur lesquels s'est fondé le rapporteur ne sont pas admis sauf erreur manifeste, à questionner devant la juridiction saisie, l'appréciation selon laquelle certains faits dénoncés n'ont pas de pertinence en terme de préoccupation de concurrence. L'influence de la procédure d'engagement sur une potentielle action en dommages intérêts est sans objet<sup>58</sup>.

Pour ce qui est de la portée des engagements lorsqu'il est question d'une autre autorité de la concurrence à l'instar de celle de la CEMAC, on relève que son intervention est une habilitation de l'article 19 du règlement n°06/2019 qui énonce que « la Commission a une compétence générale, en collaboration avec les autorités nationales, pour appliquer le droit communautaire dans tous les domaines visés par les articles 13, 14, 23, 24, 25, 42 de la Convention régissant l'Union Economique de l'Afrique Centrale susvisés ». En ce sens, l'article 20 du même règlement indique que « la Commission a compétence exclusive : pour la constatation, la cessation et la sanction des éventuelles infractions prévues aux articles 23 a) et b) de la convention précitée, lorsque les échanges entre les Etats membres se trouvent affectés... ». Les entreprises ayant proposé des engagements acceptés sont tenues de les exécuter sous peine de condamnation à des peines

<sup>57</sup> Com 12 Mai 2015, n°14-10792, Sté Cogent.

<sup>58</sup> Com 12 Mai 2015, n° 20/2000109, FKT/ECO emballage.

d'amende ou au paiement de l'astreinte<sup>59</sup>. Le droit de la concurrence CEMAC relève en ce sens qu' « *en cas de non-respect total ou partiel des injonctions prévues à l'article précédent, dans un délai de imparti, le CCC peut proposer à la Commission d'infliger aux entreprises concernées des astreintes par jour de retard, à compter de la date de la décision* »<sup>60</sup>. Au-delà du fait que le suivi des engagements n'est pas une sinécure pour l'autorité de concurrence, l'évolution des circonstances économiques peut motiver une révision des engagements.

Si on relève que les prérogatives des autorités de concurrence leur donnent compétence pour contrôler les pratiques des opérateurs économiques, il sera toujours question d'exiger que soit préservée leur sécurité juridique, sécurité juridique qui ne saurait être pensée sans liberté contractuelle. Or déterminer que la liberté contractuelle doive demeurer la règle c'est légitimer la limitation du pouvoir d'injonction des autorités de concurrence face au raisonnement civiliste.

<sup>59</sup> Le paiement d'astreinte est prévu par les législations. Sur le plan interne, l'article 24 de la loi camerounaise relative à la concurrence n°98/013 du 14 juillet 1998 ; le Code de Commerce français en son article L.464-3. Sur le plan communautaire, les articles 51 et 52 du Règlement relatif à la concurrence CEMAC n°06/2019; le Règlement de la Communauté européenne n°1/2003 du 16 décembre 2002 en son article 9.

<sup>60</sup> Article 45 du Règlement CEMAC n° 06/2019.

## II. Les contraintes issues de la référence aux hypothèses de l'exécution forcée

Certains contrats sont noués dans le cadre de la protection du processus concurrentiel, sur la base des considérations qui ne sont pas celles de la libre concurrence<sup>61</sup>. Les considérations dont il est fait référence sont civilistes et elles indiquent la responsabilité qui découle de l'inexécution des obligations contractuelles à la charge du contractant en ce sens que ces obligations, qu'elles soient de commission ou d'omission se résolvent en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur. L'intervention autoritaire des autorités régulatrices dans le contrat par les mécanismes d'injonction s'en trouve démentie<sup>62</sup>.

En faisant observer qu'il n'y a « *pas de contrainte directe dans l'obligation de faire* »<sup>63</sup>,

<sup>61</sup> La procédure d'engagement est consacrée en droit français par l'ordonnance du 4 novembre 2004 et en droit européen par le règlement 2003 du 16 décembre 2002. Pour les propositions d'engagement des entreprises : V. en ce sens ; CLAUDEL(E.), Procédures négociées, accessoires ou alternative à la sanction en droit de la concurrence : Raison gardée, concurrences 4/2015 », p. 61 et S. Voir aussi, Autorité de la Concurrence : Rapport annuel 2009 de l'Autorité de concurrence. éd. La Documentation française, 2010, p. 100.

<sup>62</sup> Arrêté n° 008/MINDIC/DPPM du 7 Mars 1991 définissant les pratiques commerciales anticoncurrentielles. NYAMA (J-M), « Commentaire sur arrêté indiqué », *in juris infos* n°7 juillet-Août-Septembre 1991, pp.29- 31. Sur la libre concurrence qui est une nécessité au cœur des politiques d'intégration : Voir en ce sens GBETNKOM (D), La dynamique de l'intégration économique régionale par le marché : l'exemple du cas de l'UDEAC, Thèse 3<sup>e</sup> cycle, Université de Yaoundé II- Soa, 1995.

<sup>63</sup> Article 1142 du Code civil en vigueur avant l'avènement de l'Ordonnance n°2016-131 portant réforme du droit des

on exclut l'exécution forcée en nature lorsqu'elle est impossible. C'est le sens donné par l'article 1221 du Code civil<sup>64</sup>. La portée des contraintes qui s'observent en des impossibilités d'ordonner l'exécution forcée s'étend tant aux contrats conclus en considération de la personne (A) qu'aux hypothèses en rapport avec le caractère inopérant d'un retour à l'état initial et la disproportion de l'obligation du débiteur (B).

### A. Les contrats conclus en considération de la personne

On ne peut parler des contrats conclus en considération de la personne du cocontractant, sans évoquer la précarité plus générale de la liberté contractuelle. Le déclin de la liberté contractuelle n'a pas été sans effet sur les rapports entre contractants. On peut constater que ce déclin n'est pas perceptible lorsqu'il faut prendre en considération l'idée de la contrariété d'une exécution forcée. La raison est que le caractère *intuitu personae* des relations entre opérateurs économiques intéresse le droit de la concurrence<sup>65</sup>.

---

contrats qui consacre un principe de l'exécution forcée en nature à l'article 1221.

<sup>64</sup> « Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier ».

<sup>65</sup> C'est en ce sens que l'exclusivité qui a une forte dose d'*intuitus personae* « fait l'objet d'un encadrement particulier par le droit des obligations car elle a vocation à affecter la liberté contractuelle de son débiteur et à mettre celui-ci dans une situation de dépendance » : NGOM (M.), La distribution reposant sur une exclusivité, Actes du colloque international de Libreville sur « les pratiques contractuelles d'affaires et les processus d'harmonisation dans les espaces régionaux », du 26 au 28 octobre 2011, p. 141.

Les contrats de distribution selon la nature des accords, qu'ils soient de franchise<sup>66</sup>, de concession ou de distribution sélective<sup>67</sup>, de par le caractère sélectif des partenaires qu'ils opèrent sont-ils incontestablement marqués par un *intuitu personae*. L'*intuitu personae* dans le contrat de franchise se trouve être l'élément qui détermine le choix des franchisés. L'arrêt *Pronuptia* ne le dément pas<sup>68</sup>. La Cour de justice des Communautés européennes retient dans cet arrêt le droit du choix libre des franchisés en soulignant que « les qualifications professionnelles sont une condition pour établir et préserver la réputation du réseau ». Ce même raisonnement est à la base de la décision Yves Rocher pour la laquelle le franchiseur, tel que l'observe la Commission est « logiquement en droit de choisir librement ses partenaires et d'écarter les candidats qui ne lui paraissent pas remplir les qualifications personnelles qu'il exige pour l'application de la formule qu'il a mise au point ».

La conclusion du contrat de franchise sur la base des compétences qualitatives qui

---

<sup>66</sup> CONTAMINE-RAYNAUD (M), L'*intuitu personae* dans les contrats, Thèse, Paris, 1974, p.3.

<sup>67</sup> L'architecture du droit des contrats de concession a été simplifiée et rationalisée depuis l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 et son décret d'application n° 2016- 86 du 1<sup>er</sup> février 2016 qui procédait à la transposition en droit interne française, la directive 2014/23/ UE du 26 février sur l'attribution des contrats de concession.

<sup>68</sup> La Cour d'appel de Paris affirme qu'un distributeur agréé ne dispose d'aucun droit acquis à la poursuite indéfinie d'un contrat de distribution sélective dès lors que tout opérateur économique peut choisir en toute indépendance ses partenaires commerciaux. CA Paris, 31 juil- 2019, n° RG16/20683, SARL Garage Richard Drevet c/SAS Hyundai Motor France.

irriguent ces types de contrats scellent un partenariat véritable entre les parties qui développent le désir d'œuvrer ensemble<sup>69</sup>. Ces compétences qualitatives, expression de l'intuitu personae, doivent constituer la boussole de la relation conventionnelle qui ne devra sa survie qu'autant que ces qualités seront entretenues. Au sens de Mme CONTAMINE-RAYNAUD, « *le choix de la personne du cocontractant a pour but essentiel d'assurer une meilleure exécution des obligations plus conformes à la volonté des parties. Mais l'intuitu personae ne pourra assurer sa fonction que s'il se maintient tout au long du déroulement du contrat. Ainsi, les qualités en fonction desquelles telle partie est choisie doivent se perpétuer jusqu'à la fin du rapport contractuel* ». Sinon, l'absence de la base du contrat est un motif de rupture de la relation contractuelle. Ainsi, « *chaque fois qu'une qualité objective est nécessaire à l'existence du contrat intuitu personae, sa disparition doit entraîner la dissolution du contrat* »<sup>70</sup>.

L'intuitu personae est caractérisé lorsque la violation des compétences qualitatives de la

<sup>69</sup> La franchise n'est pas à proprement parler une opération restrictive de concurrence. Les éventuelles clauses restrictives qu'elle peut véhiculer ne sont pas propres à l'article 30 du Règlement CEMAC n° 06/2019 ou en droit interne du Cameroun l'article 5 de loi n° 98/013. Voir. CJCE, 17 déc. 1986 Pronuptia, aff. 161/84. Arrêt rappelé plusieurs décennies après par Cass.com. 20 décembre 2017, n° 16.20.500 et 16.20501.

<sup>70</sup> Ce partenariat entre les parties, « *cet animus cooperandi postule fréquemment la prise en compte subjective de la personne du cocontractant. Le contrat va ainsi se voir fondé sur un intuitu personae* » cf. FERRIER (D), La rupture du contrat de franchisage, J.C.P., C.I. éd. C.I., 1977, I, 12441.

personne est prise en compte. Ce qui ouvre la voie à une atteinte portée à son droit d'exercer telle ou telle fonction<sup>71</sup>. C'est ainsi que « *les membres d'un certain nombre de professions sont soumis à une réglementation destinées à assurer une certaine sécurité dans les qualités de prestations : avocats, médecins, architectes, pharmaciens, etc... le nombre s'accroît de jour en jour. Certaines fautes, certaines attitudes peuvent entraîner leur radiation ou leur suspension* »<sup>72</sup>. L'intuitu personae peut disparaître consécutivement à la disparition de la communauté d'intérêts. Le lien contractuel ne survit pas à l'absence de confiance nécessaire à son exécution. Ainsi « *le concessionnaire chargé de faire connaître une marque ou un produit doit œuvrer pour la faire connaître et la répandre dans le public et s'abstenir de tout acte de concurrence. Tout agissement contraire aux intérêts du concédant entraîne la disparition de la confiance indispensable à l'exécution du contrat* »<sup>73</sup>.

L'intuitu personae n'est assis que sur l'existence et la permanence des aptitudes professionnelles, lesquelles sont indispensables pour réaliser la prestation attendue. Ce qui importe, c'est la somme des aptitudes professionnelles. Il s'agit de « *considérer la personne à travers ses qualités, abstraction faite*

<sup>71</sup> CONTAMINE-RAYNAUD (M), L'intuitu personae dans les contrats, Thèse, Paris, 1974, p.301.

<sup>72</sup> Ibid., p.302.

<sup>73</sup> Ibid., p.302.

de la personne elle-même »<sup>74</sup>. Du fait que l'intérêt porté sur la personne ne s'explique que par ses qualités actives, on observe que ce sont « les qualités de la personne qui présentent un rapport direct avec la prestation promise. La personne n'est pas envisagée en elle-même, mais par rapport à l'objet du contrat, c'est-à-dire indirectement. Le but essentiel du contrat n'est plus la personne mais la prestation attendue et la personne n'entre en ligne de compte que dans la mesure où elle la conditionne »<sup>75</sup>. L'obligation de faire attachée aux contrats de distribution ne tient qu'aux aptitudes des acteurs. Ce sont ces aptitudes qui rendent compte du lien contractuel entre un distributeur et un fournisseur. Les contrats de distribution sont guidés par une logique : « soit le candidat distributeur ne répond pas aux critères de sélection requis et sa demande est anormale ; il ne saurait solliciter une injonction qui ne se justifie pas. Soit il y répond, et le caractère intuitu personae du contrat est impuissant à faire obstacle à sa demande »<sup>76</sup>. Du fait de la relativisation de la limite portée à l'injonction par l'intuitu personae, nous serons fondés à analyser les hypothèses dans lesquelles

l'exécution de l'injonction subit les contraintes issues de la référence à l'exécution forcée.

## **B. L'impossibilité d'un retour à l'état initial et la disproportion de l'obligation du débiteur**

Il ressort de la lecture de l'article 1221 de l'Ordonnance n°2016-131 du 10 février portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations deux séries d'exceptions : la première est relative à l'impossibilité pour le débiteur d'exécuter son obligation ; la seconde concerne l'existence d'une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier. Ces exceptions sont des contraintes auxquelles l'autorité de concurrence a à faire face lorsqu'il est appelé à appliquer les injonctions. L'autorité de concurrence sera contrainte d'une part par l'impossibilité d'un retour à l'état initial du processus engagé (1), d'autre part lorsqu'il y aura disproportion entre l'obligation imposée au débiteur et l'intérêt du créancier (2).

### **1. L'impossibilité d'un retour à l'état initial du processus engagé**

L'analyse de l'impossibilité d'un retour à l'état initial du processus engagé, c'est-à-dire à partir de l'intervention par injonction de l'autorité de concurrence pour rétablir l'ordre des marchés, sera faite autant juridiquement que matériellement.

<sup>74</sup> Ce caractère déterminant des compétences qualitatives du partenaire a reçu l'adhésion de MM. GHESTIN JAMIN et BILLIAU qui observent que « la qualité des parties tend cependant, à prendre une place non négligeable dans la détermination des obligations dont le sujet est tenu indépendamment de la qualification du contrat, lorsque celui-ci existe ». Cf. GHESTIN (J), Traité de droit civil, les effets du contrat, LDGJ ; 2<sup>e</sup> éd ; 1994, par GHESTIN (J), JAMIN (Ch) et BILLIAU(M) , p. 78.

<sup>75</sup> CONTAMINE-RAYANAUD (M.), L'intuitu personae dans les contrats, Thèse, Paris op.cit., p 354.

<sup>76</sup> Ibid., p.521.

L'impuissance juridique ici, a trait à une exécution forcée<sup>77</sup> qui serait impossible à réaliser en raison de l'existence des droits régulièrement acquis par les tiers<sup>78</sup>. On peut ainsi penser à la chose que le débiteur aurait dû livrer ou restituer en nature<sup>79</sup>. Le tiers de bonne foi possède un droit acquis qui paralyse l'exécution du contrat. Le contentieux du droit des pratiques anticoncurrentielles pourrait faire face à cette impuissance juridique. Il suffit que la licéité d'une clause conventionnelle soit démontrée pour rendre irrecevable la demande, par exemple d'un opérateur économique désireux de s'approvisionner chez un détenteur de monopole. Ainsi, la licéité de l'accord d'approvisionnement entre le fournisseur et sa filiale paralyserait le droit du demandeur. En atteste le refus de vente de mélasse opposé à la société Jean CHATEL par la société sucrière de la Réunion<sup>80</sup>. La licéité du refus relevait de ce que d'une part le fournisseur n'était disposé à livrer que l'excédent de sa production sans garantie de régularité. D'autre part sa production de mélasse servait à approvisionner sa filiale. La licéité du refus s'explique par le fait qu' « *il est loisible à un groupe, dont une filiale produit un bien intermédiaire qui pour la plus grande partie*

*alimente une autre filiale fabricant un produit fini, de réserver à cette seconde filiale la partie de sa production amont qui lui est nécessaire ; que, de même, lorsque des contrats d'approvisionnement de long terme ont été passés avec des clients, il est licite pour un producteur même en position dominante de refuser de répondre à une nouvelle demande qui excède ses capacités de production restant disponibles »*<sup>81</sup>. Une autre possibilité est offerte avec l'obligation de contracter issue de l'affaire ZOJA. L'injonction adressée au groupe CSC-ICI portait sur la livraison urgente d'une quantité de produits à l'entreprise ZOJA et à soumettre à la Commission de concurrence les propositions portant sur les livraisons futures en termes de quantités. L'impuissance juridique pourrait être relevée pour cause d'indisponibilité du produit<sup>82</sup> déjà vendu à un opérateur tiers. Il faut noter un fait, celui de l'imprécision de l'injonction qui entoure les quantités à livrer à ZOJA et qui sont de nature à matérialiser l'impuissance juridique.

L'impuissance matérielle quant à elle renvoie à l'hypothèse où le corps certain qui devait être livré a disparu totalement, ou lorsque le retard est tel que l'exception ne présente plus aucun intérêt pour le créancier. L'impossibilité d'exécuter l'injonction n'est pas en l'espèce liée à l'indisponibilité du bien, mais au défaut du

<sup>77</sup> CONTAMINE-RAYANAUD (M), Ibid. p.521.

<sup>78</sup> CLAUDEL (E), Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats, Thèse, Paris- Nanterre, op. cit , p.361.

<sup>79</sup> BOUCARD (H), « Le nouveau régime de l'inexécution (Rapport français) » ; in *la réforme du droit des obligations en France*, 5<sup>e</sup> journées franco-allemande, sous la dir. de R. SHULZE, G. WICKLER, G. MASCH et D. MAZEAUD, Société de législation comparée, 2015, p.161.

<sup>80</sup> Voir Décision n°01-D-70, Octobre 2001 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la mélasse et du Rhum à la Réunion.

<sup>81</sup> Ibid., considérant n° 7.

<sup>82</sup> Décision Peugeot du 4 décembre 1991, 92/154/CEE. Décision de la Commission du 4 décembre 1991, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/33.157-Ecosystème contre PEUGEOT).

temps comme l'observe Mme CLAUDEL à propos de l'irréversibilité du processus : « *c'est ici l'inanité de la contrainte qui est en cause. La mesure d'exécution forcée n'a plus de sens, parce que la prestation devait être exécutée pendant un laps de temps qui est écoulé, ou parce qu'on ne peut plus revenir sur ce qui a été fait* »<sup>83</sup>. Une décision de la Commission en date du 14 août 1990<sup>84</sup> illustre l'hypothèse de l'inutilité de l'injonction. En effet la CINQ SA sollicite pour le risque de préjudice grave et irréparable, l'octroi de mesures conservatoires. Elle estime qu'en l'absence de mesures provisoires, les dommages et intérêts compensatoires escomptés ne lui seront pas utiles vue la proximité de la date d'expiration de l'autorisation d'émettre qui lui a été accordée. L'autre spécificité de l'affaire « La Cinq » découle de l'éventuelle illicéité du refus d'admission opposée par UER à la CINQ. Dans ce cas, il faudra rétablir rétroactivement sa situation à l'égard des contrats déjà passés avant la décision de la Commission avec les organisateurs d'événement sportifs

<sup>83</sup> Il fut répondu à une des requérantes qui avait fait valoir devant la cour qu'elle avait connu un problème de livraison justifiant son refus « *qu'il est (...) constant que Melchers pouvait livrer immédiatement une grande partie des marchandises commandées sans vraiment mettre ses stocks en péril* » et que « *l'état des stocks ne saurait donc être accepté comme une explication suffisante de la non-exécution de la commande* ». Cela traduit bien l'idée que la considération de la requérante aurait été prise en compte si l'insuffisance de stock pour exécuter l'injonction de livrer eut mis en danger son entreprise. Arrêt C.J.C.E du 7 juin 1983, Musique diffusion, Melchers, Pioneer c/ Commission, aff. Jtes. 100 à 103/80, R.T.D.E. 1984, note A. VANDENCASTEELE.

<sup>84</sup> Arrêt CSC du 6 Mars 1974 (aff. jtes 6et 7/73, Rec. 223, conc/.sp.277).

internationaux. La limitation temporelle est illustrée par la demande de mesures conservatoires adossées sur l'expiration de l'autorisation de La CINQ. De plus, l'illicéité du refus d'admission des mesures conservatoires n'aura pas d'effets positifs pour La CINQ puisque les événements auront été diffusés et les contrats pour la diffusion des événements futurs passés. C'est ce qui rend impossible l'exécution de l'injonction qui par essence a pour but de modeler le contrat, l'adapter aux objectifs de protection des marchés. L'impossibilité d'exécuter l'injonction peut être la conséquence de la disproportion entre l'obligation du débiteur et l'intérêt du créancier<sup>85</sup>.

## 2. La disproportion entre l'obligation du débiteur et l'intérêt du créancier

L'article 1221 issue de l'Ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats légitime l'exclusion de l'exécution forcée en nature lorsqu'il y a une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier. Le caractère disproportionné de l'obligation du débiteur vient en renfort de l'impossibilité d'exécuter<sup>86</sup>. Le principe de proportionnalité gouverne dans l'ensemble les actes des autorités chargées d'appliquer les règles de prohibition des différentes violations du marché. Ce principe « *impose (...) de veiller à ce que les*

<sup>85</sup> Sur l'inefficacité de la disproportion, voir CHAGNY (M.), Droit de la concurrence et droit commun des obligations, thèse, Paris I Panthéon- Sorbonne, 2002 ? p. 712-713.

<sup>86</sup> Cass. Civ. 3e, 11 mai 2005, n°03-21-136 ; Cass. Civ. 3°, 16 juin, n°14-14.612.

*charges et contraintes qui résultent des dispositions et des mesures qu'elles adoptent soient justifiées par l'importance de l'objectif à atteindre et ne dépassent pas ce qui est nécessaire pour l'atteindre »<sup>87</sup>.*

Le rapport de l'ordonnance de 2016 sur la réforme du droit des contrats indique à l'occasion de la prise en compte de la disproportion qu'il s'agirait « *d'éviter certaines décisions jurisprudentielles très contestées : lorsque l'exécution forcée en nature est extrêmement onéreuse pour le débiteur sans que le créancier y ait vraiment intérêt, il apparaît en effet inéquitable et injustifié que celui-ci puisse l'exiger, alors qu'une condamnation à des dommages et intérêts pourrait lui fournir une compensation adéquate pour un prix beaucoup plus réduit* ».

L'appréciation de l'impossibilité d'exécuter l'injonction supposera lorsqu'il est question des pratiques anticoncurrentielles, une disproportion manifeste entre deux éléments. La proportion est utilisée comme base de comparaison entre le coût de l'exécution par le débiteur et l'intérêt pour le créancier. Ainsi, la relation contractuelle entre Total, Shell, Elf Antar et Mobil Oil et leurs revendeurs établissait une disproportion manifeste ce qui a amené les autorités régulatrices à intervenir : « *considérant que la clause litigieuse faisait obligation à des distributeurs de restituer en nature les cuves et matériels figurant dans des contrats Total et*

*Shell, de même que dans des contrats Elf Antar, Esso et Mobil Oil antérieurs à l'accord interprofessionnel du 4 octobre 1982, a, dans la majorité des cas, pour effet d'accroître sans contrepartie économique pour les revendeurs ou commissionnaires considérés (soit 8 à 10 p.100 de l'ensemble des distributeurs des produits pétroliers), les coûts associés à un changement de fournisseurs en cas de rupture de contrat ; qu'une telle clause a donc pour effet de limiter la fluidité du marché des distributeurs entre les fournisseurs ; qu'elle peut, dans certains cas, interdire de fait au revendeur dont le contrat n'a pas été renouvelé de poursuivre son activité avec un autre fournisseur ; qu'aussi bien la Société Shell fait elle-même remarquer que si la clause était abandonnée il serait facile et avantageux pour un concurrent de venir s'installer après l'expiration ou la dénonciation du contrat »<sup>88</sup>.*

La Cour de Cassation, prenant à contre-pied les premières décisions qui militaient pour le respect des termes du contrat<sup>89</sup>, casse les premiers arrêts sur la base de l'article 50 de l'Ordonnance du 30 juin de 1945 : « *alors que l'obligation de restitution en nature du matériel impose des travaux coûteux au revendeur de carburant non*

<sup>87</sup> GOLDMAN (B.), LYON-CAEN (A.) et VOGEL (L.), *Droit commercial européen*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, Paris, 1994, p. 80.

<sup>88</sup> Décision n°87-D-34 du 29 septembre 1987 relative à la restitution des cuves et matériels dans les contrats qui lient les sociétés pétrolières à leurs revendeurs, B.O.C.C.R.F. du 20 octobre 1987 ; PANZT (D.), « Contrats souscrits entre les compagnies pétrolières et leurs revendeurs », *Rev.conc.et cons.* n° 40, p. 39.

<sup>89</sup> En ce sens, la Cour avait noté qu'aux termes du contrat « *les cuves faisaient l'objet d'un prêt à usage auprès de cette société, qui s'était expressément engagée à les restituer ; que de ces constatations et énonciation, la Cour d'Appel a pu déduire qu'il n'existait aucune contestation sérieuse faisant obstacle à la restitution des cuves...* ». *Cass. Com.* 29 janvier 1985, *Gaz. Pal.* 15- 16- 17 Sept. 1985, *JP*, p. 538.

*justifiés par des nécessités techniques en raison de la durée de vie des cuves, et qu'elle est susceptible de le dissuader de traiter avec un autre fournisseur ; qu'elle est ainsi disproportionnée avec la fonction, qui lui a été fixée de faire respecter l'exclusivité d'achat du carburant et constitue un frein à la concurrence d'autres fournisseurs »<sup>90</sup>. L'atteinte à la liberté contractuelle marquée par l'infléchissement de la validité de la convention entre les parties dans l'affaire des cuves n'est qu'apparente. L'injonction faite par les autorités régulatrices aux compagnies de renégocier les contrats est un retour à une juste proportion, à une véritable protection de la liberté contractuelle de sorte que les détaillants, à l'expiration ou à la suite de résiliation anticipée du contrat, ne soient plus tenus de restituer en nature les cuves et matériels mis à leur disposition.*

## **BIBLIOGRAPHIE.**

BENZONI (L.), L'efficacité répressive des décisions en matière de concurrence : une approche économique, Atelier de la concurrence-DGCCRF, 2000, 8 p.

BOUCARD (H), « Le nouveau régime de l'inexécution (Rapport français) », *in la réforme du droit des obligations en France*, 5<sup>e</sup> journées franco-allemande, sous la div.de R. SHULZE, G.WICKLER, G. MASCH et D. MAZEAUD, Société de législation comparée, 2015, 278 p.

<sup>90</sup>Cass. Com. 18 févr. Et 26 mai 1992, éd. E., II,334 note M. BEHAR-TOUCHAIS ; Dalloz, 1993, II, note C HANNOUN.

CHAGNY (M.), Droit de la concurrence et droit commun des obligations, thèse, Paris I Panthéon-Sorbonne, 2002, 1108 p.

CLAUDEL (E), Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats, thèse, Paris X-Nanterre, 1994, 521 p.

CLAUDEL (E.), *Procédures négociées, accessoires ou alternative à la sanction en droit de la concurrence : Raison gardée*, concurrences 4/2015 », pp. 13-39.

CONTAMINE-RAYANAUD (M), L'intuitu personae dans les contrats, Collection thèse française, éd. Université de droit, d'Economie et de Sciences sociales de Paris, 1974, 1660 p.

CORNU (G), *Vocabulaire juridique*, P.U.F, 9<sup>e</sup> éd, quadrige, Dicos poche, 1095 p.

DECOOPMAN (N), « Le pouvoir d'injonction des autorités administratives indépendantes », *CP*, éd. G1987, n°3303, SP, n°13, pp.1-18.

GBETNKOM (D), La dynamique de l'intégration économique régionale par le marché : l'exemple du cas de l'UDEAC, Thèse 3<sup>e</sup> cycle, Université de Yaoundé II- Soa, 1995, 318 p.

GHESTIN (J), *Traité de droit civil, les effets du contrat*, LDGJ ; 2<sup>e</sup> éd ; 1994, 915 p.

GIRAUD (A.) et BLANC (G.), Les mesures conservatoires à la française : Un modèle réellement enviable ?, *Pratiques / Concurrences* N° 3-2018, 17 p.

GOLDMAN (B.), LYON-CAEN (A), et VOGEL (L.), *Droit commercial européen*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, Paris, 835 p.

GRANDVUILLEMIN (S), La procédure d'engagement : état des lieux après le communiqué de la procédure, *JCPE*, 2009, pp. 16-23.

JEANTET(F.C), « Réflexions sur les injonctions et exceptions du droit de la concurrence », *JCP*, éd. G1988, 1 n° 3348, SP. n°3.

KIPIANI (P), « Les engagements : vers un droit " négocié" en matière de pratiques anticoncurrentielles », *CCC*, 2010, Etude 13, pp. 6-9.

MALAUURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la concurrence interne et communautaire*, 4<sup>e</sup> édition, Sirey, 2008, 349 p.

MALLEN (G.), *L'appréhension des pratiques restrictives par les autorités françaises et européennes de la concurrence : Analyse des pratiques contractuelles abusives entre professionnels à l'épreuve du droit des pratiques anticoncurrentielles*, l'Harmattan, 2014, 867 p.

MODI KOKO BEBEY (H.-D.), *Droit Communautaire des Affaires (OHADA-CEMAC), Droit Commercial général et Droit de la concurrence*, édition DIANOIA, première édition, 2008, 207 p.

MOUANGUE KOBILA (J.) et DONFACK SOCKENG (L.), « La CEMAC à la recherche d'une nouvelle dynamique de l'intégration en

Afrique Centrale », *Annuaire africain de droit International*, Vol.6, 1998, p. 65-105.

NJEUFACK TEMGWA (R.), La protection de la concurrence dans la CEMAC, thèse, Université de Dschang, 2005, 379 p.

NGOM (M.), La distribution reposant sur une exclusivité, Actes du colloque international de Libreville sur « *Les pratiques contractuelles d'affaires et les processus d'harmonisation dans les espaces régionaux* », du 26 au 28 octobre 2011, pp. 137-151.

NYAMA (J-M), « Commentaire sur arrêté indiqué », in *juridis infos*, n°7 juillet-Août-Septembre 1991, pp.29- 31.

OCDE, Les sanctions en cas d'infractions au droit de la concurrence, Forum mondial sur la concurrence, compte rendu de la discussion, DAF/COMP/GF (2016) 14, 23 p.