



Communiqué de procédure relatif aux engagements devant le Conseil de la concurrence

Projet

I. Base légale

1. L'article 5 du règlement n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE ⁽¹⁾ prévoit que les autorités de concurrence des États membres sont compétentes pour "*accepter des engagements*".
2. L'article L. 464-2 du code de commerce a doté le Conseil de la concurrence⁽²⁾ (ci-après, le "Conseil") du pouvoir d'"*accepter des engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme aux pratiques anticoncurrentielles*".
3. Cette disposition est complétée par l'article R. 464-2 du code de commerce, qui prévoit que :

"Lorsque le Conseil de la concurrence envisage de faire application du I de l'article L. 464-2 relatif à l'acceptation d'engagements proposés par les entreprises, le rapporteur fait connaître aux entreprises ou organismes concernés son évaluation préliminaire des pratiques en cause. Cette évaluation peut être faite par courrier, par procès-verbal ou, lorsque le Conseil est saisi d'une demande de mesures conservatoires, par la présentation d'un rapport oral en séance. Une copie de l'évaluation est adressée à l'auteur de la saisine et au commissaire du Gouvernement, sauf lorsqu'elle est présentée oralement lors d'une séance en présence des parties.

Le délai imparti aux entreprises ou organismes pour formaliser leurs engagements à l'issue de l'évaluation préliminaire est fixé, soit par le rapporteur dans le cas où l'évaluation a été faite par courrier ou par procès-verbal, soit par le Conseil de la

¹ Règlement (CE) n° 1/2003 de la Commission européenne du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE (JOCE L1, p.1).

² Article 10 de l'ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 portant adaptation de certaines dispositions du code de commerce au droit communautaire de la concurrence, JORF du 5 novembre 2004, codifié à l'article L. 464-2 du code de commerce, qui harmonise les pouvoirs du Conseil de la concurrence avec les compétences des autorités de concurrence européennes prévues dans l'article 5 du règlement n° 1/2003.

concurrence dans le cas où cette évaluation a été présentée oralement en séance. Ce délai ne peut, sauf accord des entreprises ou organismes concernés, être inférieur à un mois.

A réception des engagements proposés par les entreprises ou organismes concernés à l'issue du délai mentionné au deuxième alinéa, le rapporteur général communique leur contenu à l'auteur ou aux auteurs de la saisine ainsi qu'au commissaire du Gouvernement. Il publie également, par tout moyen, un résumé de l'affaire et des engagements pour permettre aux tiers intéressés de présenter leurs observations. Il fixe un délai, qui ne peut être inférieur à un mois à compter de la date de communication ou de publication du contenu des engagements, pour la production des observations des parties, du commissaire du Gouvernement et, le cas échéant, des tiers intéressés. Ces observations sont versées au dossier.

Les parties et le commissaire du Gouvernement sont convoqués à la séance par l'envoi d'une lettre du rapporteur général accompagnée de la proposition d'engagements trois semaines au moins avant le jour de la séance. Ils peuvent présenter des observations orales lors de la séance".

4. En application de ces dispositions, introduisant un système similaire à celui prévu en droit communautaire par les articles 9 et 27, paragraphe 4, du règlement n°1/2003, le Conseil a progressivement développé sa pratique des engagements. Le présent communiqué de procédure a pour objet d'en faire la synthèse au regard de la jurisprudence de la cour d'appel de Paris et des juridictions communautaires. Il décrit successivement les objectifs de cet outil (II), son champ d'application (III), la procédure et ses étapes (IV) et enfin, la nature et la portée des décisions adoptées au terme de sa mise en œuvre (V).

II. Objectifs

5. La procédure d'engagements élargit la gamme des outils permettant au Conseil d'assurer son rôle de régulateur de la concurrence sur les marchés. La décision acceptant des engagements et les rendant obligatoires (ci-après, la "décision d'engagements") intervient à l'issue d'une procédure plus rapide et plus flexible que celle conduisant à un constat d'infraction. Elle a pour but d'obtenir que l'entreprise cesse ou modifie de son plein gré, pour l'avenir, des comportements ayant suscité des préoccupations de concurrence, à la différence d'une décision de condamnation, qui constate le caractère anticoncurrentiel du comportement en cause, en impose la cessation ou la modification, et le sanctionne, le cas échéant.
6. Sa mise en œuvre représente une économie de ressources pour l'autorité de concurrence et pour l'entreprise ou organisme (ci-après, "l'entreprise") qui prend des engagements. Elle permet à l'autorité :
 - d'accélérer la solution des affaires ne portant pas sur des pratiques d'une ampleur ou d'une gravité telle qu'elles nécessitent une sanction,
 - de garantir le maintien ou le rétablissement rapide et volontaire de la concurrence sur le marché, et
 - de concentrer davantage de moyens sur les infractions les plus graves.
7. Elle permet, dans le même temps, à l'entreprise :

- de réduire la durée, l'incertitude et le coût de la procédure en lui faisant jouer un rôle déterminant dans la recherche des remèdes appropriés aux préoccupations de concurrence identifiées,
 - et d'obtenir la clôture de l'affaire sans notification de griefs ni qualification définitive des faits.
8. Il est rappelé que la mission de défense de l'ordre public économique du Conseil l'habilite à rendre des décisions d'engagements qui ne visent pas à satisfaire la demande d'une partie plaignante, mais à mettre fin à une situation objectivement susceptible d'être préjudiciable à la concurrence.

III. Champ d'application

9. La procédure d'engagements s'applique à des situations qui soulèvent des préoccupations de concurrence encore actuelles et auxquelles il peut être mis fin rapidement au moyen d'engagements. Ainsi que la cour d'appel de Paris l'a précisé dans l'arrêt Canal 9 du 6 novembre 2007, « *les textes applicables (...) supposent seulement la constatation d'une atteinte actuelle à la concurrence* ».
10. Le code de commerce ne précise pas la typologie des comportements susceptibles de faire l'objet d'engagements, tout en prévoyant qu'ils doivent susciter des préoccupations de concurrence. Pour autant, la pratique décisionnelle du Conseil a permis d'identifier les comportements pour lesquels l'usage de cette procédure s'avère particulièrement adapté.
11. Le Conseil de la concurrence n'applique pas la procédure d'engagements dans les cas où, en tout état de cause, l'atteinte à l'ordre public économique impose le prononcé de sanctions pécuniaires, ce qui exclut notamment *a priori* les ententes particulièrement graves comme les cartels et certains abus de position dominante ayant déjà causé un dommage à l'économie important.
12. Les pratiques concernées par les décisions d'engagements sont essentiellement certaines pratiques unilatérales mises en œuvre par un opérateur susceptible d'occuper une position dominante ou certaines pratiques verticales dont l'effet serait de nature à restreindre l'accès à un marché.

IV. Mise en œuvre de la procédure

A. ÉVALUATION PRÉLIMINAIRE

1. MOMENT

13. L'article R. 464-2 du code de commerce prévoit que des engagements sont proposés au regard d'une « *évaluation préliminaire des pratiques en cause* », nécessairement préalable

à toute notification de griefs³. Il ne peut donc plus être recouru aux engagements à partir du moment où une notification des griefs est émise.

14. Dans la pratique, l'évaluation préliminaire n'est formulée que s'il ressort des contacts entre le service d'instruction du Conseil et l'entreprise concernée que celle-ci est ouverte à l'éventualité de prendre des engagements, que la nature des préoccupations de concurrence s'y prête et que le projet d'engagements émis par l'entreprise semble, à première vue, susceptible d'autoriser un aboutissement satisfaisant de la procédure.
15. En tout état de cause, le rapporteur n'établit pas d'évaluation préliminaire identifiant les « *préoccupations de concurrence* » s'il estime nécessaire de notifier des griefs à l'entreprise concernée ou s'il n'est pas en mesure d'identifier des préoccupations de concurrence sans mettre en œuvre des mesures d'instruction ou d'investigation approfondies.

2. CONTENU

16. Comme l'a relevé la cour d'appel de Paris dans l'arrêt Canal 9, l'évaluation préliminaire ne « *constitue (...) pas un acte d'accusation au sens de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* » car elle « *n'a pas pour objet de démontrer la réalité des infractions ni leur imputabilité à [une] entreprise, ni, a fortiori, de conduire au prononcé d'une sanction* »⁽⁴⁾, contrairement à la notification des griefs.
17. Dans cette évaluation rédigée au terme de mesures d'instruction allégées, le « *rapporteur précise en quoi les atteintes à la concurrence relevées à ce stade de la procédure sont susceptibles de constituer une pratique prohibée* »⁽⁵⁾. Le degré de caractérisation des pratiques exigé est comparable à celui des mesures conservatoires, ce qui explique que les deux procédures puissent être combinées dans le temps⁽⁶⁾. En conséquence, la caractérisation des pratiques doit être suffisante pour permettre le contrôle du caractère approprié des engagements.
18. L'évaluation préliminaire est portée à la connaissance de l'entreprise concernée par le rapporteur, sous la forme d'un courrier, d'une déclaration actée dans un procès verbal ou, le cas échéant, à l'occasion de l'examen d'une demande de mesures conservatoires, lors de la présentation d'un rapport oral du rapporteur en séance. A l'exception de ce dernier cas où elle est présentée oralement en séance et en présence du plaignant, de l'entreprise concernée (ci-après, les "parties à la procédure") et du commissaire du Gouvernement, une copie de l'évaluation est adressée à l'auteur de la saisine et au commissaire du Gouvernement⁽⁷⁾.

³ A la différence de la procédure de non contestation de griefs (dite de "transaction") qui, au contraire, ne peut être engagée qu'après notification de ces derniers.

⁴ Arrêt Canal 9 précité.

⁵ Arrêt Canal 9 précité.

⁶ Dans un arrêt du 8 novembre 2005, Société Neuf Télécom, la Cour de cassation a en effet jugé que des mesures conservatoires peuvent être décidées « *dès lors que les faits dénoncés (...) apparaissent susceptibles, en l'état des éléments produits aux débats, de constituer une pratique contraire aux articles L.420-1 ou L.420-2 du code de commerce* (...) » (c'est le Conseil qui souligne).

⁷ Article R. 464-2 du code de commerce.

19. Ayant pris connaissance des préoccupations de concurrence exprimées dans l'évaluation préliminaire, l'entreprise concernée fait connaître au rapporteur si elle demande le bénéfice de la procédure d'engagements. Elle transmet des propositions en ce sens, ce qui ne préjuge pas de la décision du Conseil d'enclencher formellement ou non la procédure, cette faculté relevant de son appréciation en opportunité.

B. DEROULEMENT DE LA PROCEDURE

1. OFFRE D'ENGAGEMENTS

20. L'entreprise qui sollicite le recours aux engagements doit être en mesure d'apporter une réponse aux préoccupations de concurrence identifiées dans le cadre de l'évaluation préliminaire. Les engagements proposés doivent donc être pertinents, crédibles et vérifiables.
21. Aux termes de l'article R. 464-2 du code de commerce, l'entreprise doit formaliser son offre initiale d'engagements dans un délai courant à compter de l'expression des préoccupations de concurrence, un tel délai étant imparti, soit par le rapporteur, soit par le collègue lorsque l'évaluation est présentée oralement à l'occasion de l'examen d'une demande de mesures conservatoires. Ce délai ne peut, sauf accord de l'entreprise concernée, être inférieur à un mois. L'offre d'engagements ainsi reçue est communiquée, par le rapporteur général, à l'auteur de la saisine et au commissaire du Gouvernement.
22. Le Conseil veille à ce que les tiers, dont les intérêts peuvent être affectés, puissent faire valoir leurs observations concernant l'offre d'engagements et contribuer à son examen.

2. TEST DE MARCHÉ

23. A la réception des engagements proposés par l'entreprise et après avoir communiqué leur contenu à l'auteur de la saisine ainsi qu'au commissaire du Gouvernement, le rapporteur général fait publier à l'intention des tiers intéressés un communiqué comprenant un résumé de l'affaire et de l'offre d'engagements, qui peut être effectué par tout moyen, mais qui est, en pratique, assuré sur le site Internet du Conseil. Cette communication met les tiers intéressés en mesure de présenter leurs observations dans un délai qui ne peut pas être inférieur à un mois à compter de sa publication.
24. Les parties à la procédure et le commissaire du Gouvernement sont également invités à présenter leurs observations sur les engagements proposés dans un délai d'un mois à compter de la date de communication du contenu des engagements.
25. L'ensemble de ces observations est versé au dossier et communiqué aux parties à la procédure ainsi qu'au commissaire du Gouvernement. Cette période de consultation constitue un « *test de marché* » auquel le Conseil attache une importance particulière afin de vérifier si les engagements proposés sont pertinents, crédibles et vérifiables.

3. ACCES AU DOSSIER

26. Le plaignant et l'entreprise concernée ont accès aux pièces sur lesquelles se fonde le Conseil pour rendre sa décision relative à la procédure d'engagements, c'est-à-dire au

moins, l'évaluation préliminaire et les observations des tiers versées au dossier en réponse au test de marché. Cet accès est donné sous réserve de l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués.

27. Les différentes communications peuvent, le cas échéant, donner lieu à l'application des procédures de protection des secrets d'affaires prévues aux articles L.463-4 et R.463-13 du code de commerce.
28. A l'issue du test de marché, les parties à la procédure et le commissaire du Gouvernement sont convoqués en séance et ont, lors de celle-ci, à nouveau l'occasion de s'exprimer sur la proposition d'engagements que le rapporteur général leur fait parvenir trois semaines au moins avant cette date⁸.

4. NEGOCIATION DES ENGAGEMENTS

29. Pour être effective, la procédure doit garantir aux entreprises concernées que les propositions négociées en amont avec le rapporteur en charge du dossier seront acceptées comme base de discussion par le Conseil en séance, sans préjudice de modifications ultérieures.
30. Une procédure souple, associant le collègue au rapporteur dès le début de la négociation des engagements a par conséquent été adoptée par le Conseil, afin de garantir un niveau de sécurité juridique optimal pour les entreprises.
31. La cour d'appel de Paris a validé la participation active du Conseil à la négociation des engagements en séance, en raison du « *caractère consensuel de cette phase de la procédure* »⁽⁹⁾ et aussi de la nature même de la procédure. En effet, le Conseil doit apprécier la pertinence des engagements et, le cas échéant, leur donner force exécutoire.
32. Le Conseil qui, dans un premier temps, examine le caractère pertinent, crédible et vérifiable de l'offre d'engagements de l'entreprise s'assure, dans un deuxième temps, de leur caractère proportionné. Le critère de proportionnalité suppose que les engagements soient suffisants pour mettre un terme à toutes les préoccupations de concurrence identifiées et, aussi, qu'ils soient nécessaires.
33. En séance, le Conseil peut subordonner l'acceptation des engagements proposés à certaines modifications ou les rejeter lorsqu'il estime que ceux-ci ne sont pas suffisants pour répondre aux préoccupations de concurrence. Il apprécie aussi leur impact en tenant compte des observations du plaignant, de l'entreprise concernée, du commissaire du Gouvernement et des tiers.
34. En pratique, une suspension de séance peut intervenir lorsque l'entreprise concernée accepte de modifier les engagements sur le champ. La séance reprend son cours dès que les engagements sont finalisés.
35. Le collègue peut également ordonner qu'il soit sursis à statuer, pour un délai fixé en séance, lorsque les modifications à opérer sont plus substantielles et que l'entreprise concernée souhaite disposer d'un délai plus long afin de prendre une décision sur une nouvelle proposition d'engagements ou lorsqu'une décision définitive ne peut être prise à l'issue de

⁸ Idem.

⁹ Arrêt Canal 9, précité.

la séance. Une décision sera rendue par le Conseil sur la version finale des engagements proposés lors d'une nouvelle séance, à l'issue du délai imparti.

36. Les engagements pris par l'entreprise pour répondre aux préoccupations de concurrence sont variés, mais ne peuvent lier qu'elle-même. Si ces engagements produisent des effets juridiques directs et immédiats sur la situation juridique d'une entreprise tierce, de nature à affecter substantiellement sa position concurrentielle sur le marché concerné, il est souhaitable d'appeler cette entreprise dans la procédure afin qu'elle puisse s'associer aux engagements souscrits ; dans le cas contraire, la procédure d'engagements a peu de chance de prospérer⁽¹⁰⁾.
37. Le Conseil ne rend pas obligatoires des engagements qui excèdent la résolution des préoccupations de concurrence, bien qu'il puisse, au besoin, donner acte de mesures complémentaires proposées par l'entreprise concernée, par exemple pour faciliter la mise en œuvre des engagements acceptés. C'est ainsi que le Conseil, auquel il n'appartient pas de s'immiscer dans la fixation de tarifs sur les marchés, a donné acte de la tarification proposée par la société Citroën dans son offre aux réparateurs indépendants¹¹.
38. L'autorité de concurrence n'est jamais tenue de décider de rendre obligatoires des engagements plutôt que d'agir par voie de sanctions ou d'injonctions à l'encontre des entreprises. Dans les cas où, faute d'accord entre le Conseil et les entreprises, les engagements ne sont pas acceptés, la procédure d'instruction reprend son cours et débouche, le cas échéant, sur une notification de griefs. L'échec du recours aux engagements conduit le Conseil à prononcer une décision de sursis à statuer ordonnant le renvoi du dossier au service d'instruction. Une telle décision ne rend pas compte des débats sur les engagements. En cas de rejet d'engagements au cours d'une procédure de mesures conservatoires, la procédure d'urgence suit son cours.

V. Décisions rendant des engagements obligatoires

A. EFFETS

39. A l'issue de la discussion, si le Conseil considère que les engagements proposés répondent aux préoccupations de concurrence identifiées dans l'évaluation préliminaire, il adopte une décision rendant ces engagements obligatoires et mettant fin à la procédure.
40. La décision d'engagements n'est pas de nature contractuelle. Elle reste une décision unilatérale, à caractère obligatoire, mettant fin à une situation potentiellement contraire au droit de la concurrence.
41. Cette décision ne statue pas sur le bien fondé d'accusations en matière pénale au sens de l'article 6, § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Elle ne se prononce pas sur la culpabilité de l'entreprise et ne peut être utilisée comme le premier

¹⁰ Dans la première procédure d'engagements dont il a eu à connaître, le Conseil a ainsi appelé en la cause les partenaires d'EUROPQN, la SPQR et l'AEPHR, sans l'accord desquels les engagements souscrits par EUROPQN consistant à intégrer les quotidiens gratuits dans la mesure d'audience gérée par les trois partenaires, ne pouvaient prospérer (Décision n°05-D-12 du 17 mars 2005, relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de la mesure d'audience dans le secteur de la presse quotidienne nationale et sur le marché connexe de la publicité dans ce secteur).

¹¹ Décision n°07-D-31 du 9 octobre 2007, relative à des pratiques mises en œuvre par la société Automobiles Citroën.

terme d'une réitération des pratiques. Elle ne saurait non plus interdire à l'une des parties à la procédure d'engager une action en justice.

42. Si le Conseil est saisi d'une plainte à l'encontre de pratiques qui ont déjà fait l'objet d'une décision d'engagements, il ne peut classer cette plainte sur le fondement du principe *non bis in idem*, en l'absence de toute qualification des pratiques en cause dans la décision d'engagements. Toutefois, le Conseil constatera, le cas échéant, qu'il n'y a plus lieu à agir, compte tenu de la cessation de la pratique, sans préjudice des circonstances évoquées au point 44 ci-dessous.
43. La décision rendant les engagements obligatoires peut être adoptée pour une durée indéterminée lorsqu'il doit être remédié aux préoccupations de concurrence de manière durable ou, au contraire, limitée, lorsque le rétablissement de la concurrence est prévisible, auquel cas le Conseil y fixe un terme.
44. Il revient au Conseil d'apprécier la nécessité de révision des engagements et d'une saisine d'office, au regard des changements intervenus sur le marché en cause. Le Conseil peut rouvrir la procédure, sur demande ou de sa propre initiative :
 - a) si l'un des faits sur lesquels la décision repose subit un changement important ;
 - b) si les entreprises concernées contreviennent à leurs engagements, ou
 - c) si la décision d'accepter les engagements repose sur des informations incomplètes, inexactes ou dénaturées fournies par les parties à la procédure.
45. Les décisions rendant des engagements obligatoires peuvent, dans le délai d'un mois à compter de leur notification, faire l'objet d'un recours en annulation ou en réformation de la part du plaignant ou du ministre de l'économie devant la cour d'appel de Paris. Ainsi qu'il a été précisé dans l'arrêt Canal 9, « *nonobstant la rédaction plus limitée de l'article R. 468-4 [du code de commerce, une partie] en cause devant le Conseil en qualité de saisissant, et qui justifie d'un intérêt dès lors que les engagements contenus dans la décision sont susceptibles de produire des effets sur sa situation personnelle, est recevable à exercer un recours contre la décision d'acceptation des engagements (...)* ».

B. CONTROLE

46. Pour assurer l'effet utile de la décision, l'entreprise concernée peut être tenue de s'engager à rendre compte au Conseil de l'exécution des engagements rendus obligatoires. Cette obligation peut, par exemple, prendre la forme d'un rapport destiné au service d'instruction du Conseil, élaboré au fur et à mesure de la mise en œuvre des engagements, en vertu d'un calendrier préétabli par le Conseil dans sa décision.
47. S'ils l'estiment approprié, les services d'instruction du Conseil peuvent demander des informations complémentaires sur la base du rapport transmis par cette dernière et réaliser une enquête. Lorsque les informations ainsi recueillies font apparaître une inexécution des engagements ou un changement de situation, le Conseil peut se saisir d'office.
48. En vertu du II de l'article L. 464-2 du code de commerce, le Conseil peut assortir "*une décision ayant rendu un engagement obligatoire*" d'astreintes "*dans la limite de 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen, par jour de retard à compter de la date qu'il fixe (...)*".
49. Le plaignant, toute autre entreprise ayant un intérêt à agir ou le ministre de l'économie peuvent saisir le Conseil en cas de non-respect des engagements.

50. La violation ou l'inexécution des engagements peut, conformément à l'article L. 464-3 du code de commerce, être sanctionnée par une amende dont le montant maximum est de 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxe de l'entreprise concernée.

© Conseil de la concurrence