

**Commentaires du groupe de travail de l'AFEC  
sur le projet de Communiqué de procédure  
relatif aux engagements devant le Conseil de la concurrence**

**I - Observations liminaires et générales**

Le Conseil de la concurrence a lancé, le 1<sup>er</sup> février 2008, une « consultation publique sur un projet de communiqué de procédure relatif aux engagements »

Une première consultation de ce type avait été organisée en 2007 à propos d'un projet de communiqué sur la clémence. Convaincue de l'intérêt de cette démarche novatrice, l'AFEC y avait répondu.

Réaffirmant sa satisfaction à voir se développer ce type de consultation publique, l'AFEC tient également à émettre différentes observations au projet proposé.

**II- Observations sur le contenu du projet soumis<sup>1</sup>**

**1. Intitulé du communiqué :**

Les participants à la réunion ont convenu que l'intitulé du communiqué devrait devenir : "Communiqué de procédure relatif aux engagements devant le Conseil de la concurrence en matière de pratiques anticoncurrentielles".

**I. Base légale**

**2. Point 4 :** les membres du groupe de travail ne sont pas convaincus que les articles L. 464-2 et R. 464-2 du Code de commerce introduisent un système « similaire » à celui prévu en droit communautaire (les dispositions françaises ne prévoient par exemple pas la réouverture de la procédure). Il serait possible de substituer à l'adjectif « similaire », l'adjectif « comparable »

---

<sup>1</sup> *Observations : ces points (numérotés) reprennent les éléments de discussion et observations formulés au cours de la réunion du 21 février 2008 à laquelle participaient les personnes listées en annexe. Ils ont été ordonnés de façon à suivre la structure du communiqué, afin de respecter les vœux exprimés par le Conseil dans son communiqué.*

## **II. Objectifs**

3. Point 5 : La référence faite au rôle de « régulateur » du Conseil prête à ambiguïté. Les membres du groupe de travail proposent la formulation suivante : « La procédure d'engagement élargit la gamme des outils permettant au Conseil d'assurer le bon fonctionnement de la concurrence sur le marché ».

## **III. Champ d'application**

4. Points 11 et 12 : Les membres du groupe de travail se sont départagés sur l'opportunité de retenir un champ d'application aussi circonscrit, certains membres étant favorables aux limitations opérées, d'autres à une extension.

Le Conseil semble en effet procéder à une double série d'exclusions.

- il exclut le recours à la procédure d'engagements dans le cas où des sanctions pécuniaires s'imposent (« notamment » cartels et abus de position dominante ayant déjà causé un dommage à l'économie important) ;
- il limite la procédure à « certaines pratiques unilatérales » ou « certaines pratiques verticales », même si l'adverbe « essentiellement » permet de penser que d'autres types de pratiques pourraient être visées.

Cette approche, qui laisse au Conseil un pouvoir discrétionnaire de proposer ou non un recours à cette procédure, a globalement paru trop restrictive.

Certains membres du groupe de travail se sont inquiétés du risque lié au fait que la procédure d'engagement pourrait être utilisée pour résoudre des problèmes non réglés par la jurisprudence (les procédures ayant trait à la distribution sélective par Internet étant citées en exemples). Les entreprises, en tout cas les plus modestes, ne peuvent s'engager en toute connaissance de cause que si elles s'appuient sur une pratique décisionnelle préexistante.

## **III. Mise en œuvre de la procédure**

### **A. Evaluation préliminaire**

#### **1) Moment**

5. Point 14 : des critiques ont été émises sur la notion de "contacts", sur l'imprécision de cette notion et le risque d'opacité y attachée.

#### **2) Contenu**

6. Points 17 : Le groupe de travail s'est inquiété de l'imprécision du contenu des informations à transmettre lorsqu'une préoccupation de concurrence est identifiée.

### **B. déroulement de la procédure**

## **1) Offre d'engagements**

7. Point 21 : la durée d'un mois accordée pour formaliser les engagements apparaît trop courte.

## **2) Test de marché : pas d'observations**

## **3) Accès au dossier**

8. Point 26 : il semble impératif de mieux définir les pièces auxquelles auront accès le plaignant et l'entreprise concernée. Les membres du groupe de travail préconisent que le dossier soit accessible dans son intégralité.

A en effet été relevée l'inégalité de traitement et d'informations communiquées lorsque la procédure est engagée en dehors d'une demande de mesures conservatoires ou dans le cadre d'une telle procédure : les parties ont accès à l'intégralité du dossier lorsqu'il y a une demande de mesures conservatoires, ce qui n'est pas le cas dans une procédure d'engagements en dehors d'une demande de mesures conservatoires.

9. Point 28 : il appartiendra de vérifier que la notion de partie est retenue dans un sens unique tout au long du document.

## **4) Négociation des engagements**

10. Point 32 : Les membres du groupe de travail ont salué la référence au caractère proportionné en engagements pris. La présentation du sens attaché à ce critère prête cependant à discussion. Le Conseil énonce en effet que ce critère permet « aussi » de vérifier que les engagements sont nécessaires. Or, il apparaît que la nécessité de l'engagement constitue la principale composante de la condition de proportionnalité.

11. Points 33 et 34. Le Conseil envisage l'éventualité où des modifications aux engagements initiaux seraient proposées en séance (point 33), lesquelles pourraient être acceptées sur le champ (point 34). Cette possibilité pose la question du droit des « tiers actifs », que l'on pourrait ici définir comme les tiers ayant présenté des observations. Doivent-ils être invités en séance ? Faut-il différencier les droits des tiers et les droits des « tiers actifs »?

12. Point 35 : possibilité de sursis à statuer. Qu'entend-on par « modification substantielle » des engagements ? Les tiers, et en particulier les « tiers actifs », doivent-ils être informés lorsque les engagements proposés sont modifiés substantiellement ou non substantiellement et doivent-ils avoir la possibilité de proposer des observations ?

13. Point 38. Le projet de communiqué envisage l'éventualité où les engagements proposés ne seraient pas acceptés et où une procédure contentieuse « ordinaire »

succèderait à la procédure d'engagement. Il est silencieux sur les garanties alors données à l'entreprise. Il importerait de garantir à celle-ci que les informations transmises et les échanges intervenus au cours de la procédure ne pourront en aucun cas se retrouver dans le cadre d'une autre procédure ou de la même procédure si les engagements ne sont pas acceptés par le Conseil de la concurrence.

**14.** Point 37 : Le statut du "donné acte" devra *a minima* être précisé. Au-delà, est-il admissible en tant que tel que des « mesures » excédant ce qui est nécessaire pour résoudre les préoccupations de concurrence figurent dans la décision ? Les conséquences ne sont pas neutres pour l'entreprise, même si elle n'est pas tenue juridiquement par ces « mesures » « excédentaires ». Le principe de proportionnalité, et donc de nécessité, devrait s'appliquer à tous les engagements pris par l'entreprise, que ceux-ci soient déclarés obligatoire ou non. La requalification d'engagements en « mesures » ne suffit pas à rassurer.

#### **IV. Décisions rendant les engagements obligatoires**

##### **A. Effets**

**15.** Point 40. La question de l'effet des décisions sur les tiers n'est pas résolue, en particulier dans le cadre d'engagements verticaux.

**16.** Point 41 : Les membres du groupe de travail ont fait état de l'utilité qu'il y aurait à prévoir un texte rappelant, à la fin de chacune des décisions validant des engagements, que les pratiques examinées n'ont fait l'objet d'aucune qualification au regard du droit de la concurrence et qu'aucune condamnation n'a été prononcée.

**17.** Point 43 : La référence au caractère indéterminé de la durée des engagements a été critiquée.

Les membres du groupe de travail considèrent *a minima* que, dans l'hypothèse où des engagements seraient souscrits sans limitation de durée, l'entreprise puisse solliciter du Conseil ultérieurement qu'il examine l'utilité de la poursuite de l'engagement, au regard de l'évolution du marché notamment. Il serait possible de prévoir alors un nouveau test de marché.

**18.** Point 44. La possibilité donnée au Conseil de rouvrir la procédure a été contestée au motif que, à la différence de l'article 9.2 du règlement 1/2003, les règles françaises n'ont pas prévu une telle possibilité. Il apparaît dès lors qu'il n'entre pas dans la compétence du Conseil de prévoir cette possibilité. Seule une procédure en non respect des engagements devrait pouvoir être ouverte par la suite.

**19.** Point 47. Le projet est muet sur la possibilité pour les tiers, et en particulier les « tiers actifs », de former un recours devant la Cour d'appel de Paris, en particulier

lorsque les engagements auront été modifiés en séance et qu'ils n'auront pas eu la possibilité de former des observations.

Les membres du groupe de travail ont été partagés sur cette question. Certains se sont exprimés contre tout droit de recours ouvert aux tiers, quels qu'ils soient, d'autres se sont montrés favorables à un droit de recours limité aux tiers actifs.

Reconnaître un tel droit de recours heurterait quoiqu'il en soit la lettre de l'article L .464-8. La Cour d'appel ayant accepté d'y inclure la partie saisissante, il lui appartiendra de se prononcer sur la situation des tiers actifs.

## **B. Contrôle**

Les membres du groupe de travail n'ont pas formulé d'observations sur cette question.

## ANNEXE

Liste des participants à la réunion du 21 février 2008 :

<b>Nom</b>	<b>Société</b>
Georges Chalot	Total S.A
Floriane Chauveau	Intuity
Emmanuelle Claudel	Université Paris X Nanterre
Anjuna Crespin	Latham & Walkins
Pierre-Olivier Guy	Etudiant Paris II
Patricia Kipiani	Bredin Prat
Nizar Lajnef	UGGC
Michel Ponsard	UGGC
Philippe Rincazaux	Orrick
Alain Ronzano	Creeda/CCIP
Robert Saint-Esteben	Bredin Prat