

Observations du Comité National Français de la Chambre de Commerce Internationale (ICC France) sur le projet de communiqué de procédure relatif aux engagements devant le Conseil de la Concurrence

Le Comité National Français de la Chambre de Commerce Internationale se félicite que le Conseil de la concurrence ait fait appel à une consultation publique pour recueillir l'avis des entreprises et organisations intéressées sur son projet de communiqué relatif aux engagements.

Le projet présenté par le Conseil de la concurrence a le mérite de préciser la procédure d'acceptation des engagements par la présentation des objectifs poursuivis, son champ d'application, les étapes de la procédure, la nature et la portée des décisions adoptées au terme de sa mise en œuvre.

La procédure d'engagements constitue une véritable alternative à une décision de sanction et a déjà connu un grand succès, en particulier en ce qui concerne les comportements unilatéraux. Ce succès s'explique par les avantages certains qu'offre cette procédure. D'abord, elle constitue un outil efficace pour rétablir rapidement et maintenir pour l'avenir une situation normale de concurrence, sans qu'il y ait constat d'infraction. Elle permet donc de réduire le nombre d'affaires pendantes devant le Conseil de la concurrence sans donner lieu à des sanctions.

La mise en place de cette procédure représente donc à la fois une économie de ressources pour l'autorité de concurrence, qui peut concentrer ses moyens sur les infractions les plus graves, et une limitation des risques pour l'entreprise qui prend des engagements.

Le projet présenté par le Conseil de la concurrence accroît l'intérêt pour les entreprises d'utiliser cette procédure, et le Comité National Français de la CCI encourage le Conseil de la concurrence à poursuivre sa politique d'engagements qui permet d'apporter des solutions rapides à des situations potentiellement contraires au droit de la concurrence.

Le Comité National Français de la CCI souhaite toutefois faire quelques remarques de nature procédurale.

Concernant son champ d'application, le projet demeure assez vague sur les conditions d'application et les pratiques visées par la procédure d'engagements, mais exclut les cartels et « *certain abus de position dominante ayant causé un dommage à l'économie importants* ». Cette formulation est assez vague et plus restrictive que la pratique du conseil (affaires SACD, Citroën) ou de la Commission qui n'a pas hésité, notamment dans l'affaire Coca-Cola (aff. COMP/39.116, JOUE n° C. 289, 26 novembre 2004) à appliquer la procédure d'engagements en cas d'exercice d'une position dominante.

En précisant au point 12 que les pratiques concernées par les décisions d'engagements « *sont essentiellement certaines pratiques unilatérales mise en œuvre par un opérateur susceptible d'occuper une position dominante* », le Conseil ne précise pas suffisamment, pour les pratiques unilatérales, les cas où il peut appliquer la procédure d'engagements et ceux où il l'exclut.

En ce qui concerne le déroulement de la procédure et l'accès au dossier, le point 26 de la communication est trop imprécis compte tenu des impératifs de respect du contradictoire

garanti par le droit communautaire en application du règlement 1/2003¹. Une clarification dans le communiqué de procédure des modalités d'audition des parties pourrait être utile.

S'agissant de la mise œuvre de la procédure, la Commission européenne accepte les engagements à tous les stades de la procédure, y compris après une notification des griefs, ce que le projet de communiqué de procédure français exclut totalement. Force est d'ailleurs de constater que - sur un plan purement formel - l'article L. 464-2 I du Code de commerce n'interdirait pas au Conseil d'accepter des engagements après la communication des griefs.

Il faut certes coordonner la procédure d'engagements avec la procédure de non-contestation des griefs qui permet aux entreprises mises en cause, qui ne contestent pas la réalité des griefs et qui s'engagent à modifier leur comportement pour l'avenir, de bénéficier d'une sanction pécuniaire réduite. Cette coordination s'avère nécessaire afin d'éviter de remettre en question l'existence de la procédure de non-contestation des griefs, mais elle ne devrait pas exclure la possibilité de recourir à des engagements après notification des griefs lorsque l'entreprise veut accompagner sa non-contestation des griefs d'engagements qui pourraient alors constituer un facteur supplémentaire de réduction d'amende et de rétablissement de la concurrence

Concernant les effets des décisions rendant des engagements obligatoires, le projet prévoit que la procédure d'engagements « *ne saurait (...) interdire à l'une des parties à la procédure d'engager une action en justice* ».

Dans le but d'accroître la transparence vis-à-vis des opérateurs économiques, le texte pourrait préciser que l'infraction n'étant pas établie, la décision d'engagement ne saurait permettre le déclenchement de poursuites pénales (article L. 420-6 Code de commerce), ni d'action en dommages et intérêts de tiers sur la base de la publication des engagements, puisque la qualification d'une infraction n'est pas caractérisée.

Concernant le contrôle des engagements pris par l'entreprise concernée, le point 44 du projet prévoit que le Conseil de la concurrence peut « *rouvrir la procédure, sur demande ou de sa propre initiative si (...) les entreprises concernées contreviennent à leurs engagements* ».

En revanche, le point 49 du projet prévoit que : « *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* », ce qui semble exclure la possibilité d'une saisine d'office du Conseil de la concurrence, qui peut pourtant s'avérer nécessaire.

Enfin, il serait utile que le Conseil précise dans son communiqué de procédure que la portée des engagements ne joue que pour les faits précis qui lui sont soumis et que ces engagements ne doivent pas constituer une décision de principe transposable à d'autres cas, notamment en cas de solutions nouvelles, où certaines entreprises ont pu accepter par sécurité de prendre des engagements qui ne doivent pas « faire jurisprudence » vis-à-vis des concurrents, ou d'autres entreprises dans des secteurs différents, où la solution négociée ne peut être transposée sans un examen plus attentif des marchés.

Il serait donc utile que la portée des engagements soit circonscrite au cas d'espèce concerné, sans qu'ils ouvrent au Conseil un pouvoir de régulation plus général sur des questions de principe, hors du cas d'espèces concerné.

¹ « *le droit d'accéder au dossier détenu par la Commission, ce droit relève selon une jurisprudence constante à des garanties procédurales visant à protéger les droits de la défense et assurer en particulier l'exercice effectif du droit d'être entendu* » TPICE, 11 juillet 2007, Alrosa Company Ltd c/ Commission, Aff. T-170/06 pt 196.

Enfin, la question du recours des plaignants étant toujours posée, même si les pratiques ne sont pas qualifiées, une « transaction » avec les plaignants pourrait être encouragée pour limiter les recours et les conséquences civiles de la décision d'engagements.

Le Comité National français espère que ces quelques suggestions seront prises en compte par le Conseil dans son communiqué final de procédure, ou tout le moins dans l'examen des cas car la procédure d'engagements a la faveur des entreprises par la rapidité et la sécurité qu'elle apporte aux parties en ne qualifiant pas les pratiques.