

**Communiqué de procédure relatif aux engagements devant le Conseil de la concurrence
Commentaires du Groupe France Télécom – 14 mars 2008**

1. A la suite de la consultation lancée par le Conseil de la concurrence (ci-après « le Conseil ») sur un projet de communiqué de procédure relatif aux engagements, le Groupe France Télécom (ci-après « France Télécom ») souhaite apporter un certain nombre de commentaires.

2. France Télécom salue l'initiative du Conseil visant à consulter les acteurs du marché sur la procédure d'acceptation des engagements. Favorable à cette procédure nécessairement souple, puisqu'intervenant avant toute notification de griefs, France Télécom se félicite notamment de ce que le Conseil donne acte de la non utilisation d'une telle procédure dans l'éventuel déclenchement ultérieur d'une procédure indemnitaire.

3. France Télécom souhaite toutefois présenter les observations suivantes sur les questions que lui paraît soulever le projet de communiqué.

I. Sur la base légale

4. France Télécom relève une ambiguïté concernant la base légale : le communiqué de procédure s'appuie sur la pratique des engagements développée par le Conseil de la concurrence sur la base des articles 9 et 27 du règlement européen 1/2003 : or il existe, nous semble-t-il, une très grande différence entre la pratique communautaire qui concerne des engagements comportementaux ou structurels s'ajoutant à une décision de sanction de la part de l'autorité de concurrence, et le présent communiqué qui concerne une procédure d'engagement avant toute notification de griefs, et, a fortiori, avant toute prise de décision de sanction (cf. §7 du projet communiqué : obtenir la clôture de l'affaire sans notification de griefs ni qualification définitive des faits).

5. Il est d'ailleurs éclairant de constater que le Conseil de la concurrence reconnaît pleinement dans sa pratique l'incompatibilité de la procédure d'engagement définie à l'article L. 464-2 avec la qualification de pratiques anticoncurrentielles.

6. Ainsi dans sa décision 06-D-20 du 13 juillet 2006, le Conseil « rappelle notamment que l'évaluation préliminaire de concurrence sur laquelle se fonde la procédure **ne saurait être confondue avec une qualification des pratiques telle que cette qualification peut être retenue dans une décision du Conseil**, ni même avec la qualification proposée par les services d'instruction dans une notification de griefs. Dans ces conditions, l'acceptation par une entreprise d'entrer dans une procédure d'engagements afin de répondre à une préoccupation de

concurrence exprimée par le Conseil n'est en rien assimilable à une reconnaissance de pratique anticoncurrentielle de la part de l'entreprise proposant des engagements. »

7. En conséquence le dispositif d'évaluation et d'acceptation des engagements ne peut par nature avoir pour fondement des dispositions communautaires destinées à encadrer les mesures prises par un acteur dont les agissements ont donné lieu à une sanction, et donc à la reconnaissance préalable d'une pratique manifestement anticoncurrentielle.

II. Champ d'application

8. Qu'est-ce qu'une « préoccupation de concurrence » ? Dans le silence du Code de commerce, relevé à juste titre par le Conseil (§10), le communiqué de procédure pourrait, au bénéfice et dans l'intérêt de tous (autorité de concurrence, entreprise concernée, tiers) préciser, au lieu d'expliquer ce qu'elles ne sont pas, dire plus clairement que ces préoccupations sont relatives a minima à un **problème de nature concurrentielle**, ie entente ou abus de position dominante.

9. Ces procédures d'engagement ne doivent pas aboutir à mettre en place sur des marchés qui ne sont pas régulés une forme indirecte de régulation et se substituer sur les autres à la régulation existante. La mission du Conseil de la concurrence, quelle que soit la forme, outre ses fonctions consultatives, est de sanctionner les pratiques anti concurrentielles visées par le Code de commerce, et pas autre chose. C'est s'il estime qu'il y a potentiellement un risque d'abus ou d'entente, et seulement après l'avoir caractérisé, que le Conseil de la concurrence devrait entrer dans cette procédure.

10. C'est également pour cette raison, et afin de garantir au mieux l'efficacité d'une telle procédure, qu'il nous paraît indispensable de préciser explicitement que la « préoccupation de concurrence » que le Conseil de la concurrence doit nécessairement communiquer à la partie concernée, le soit le plus en amont possible et qu'elle ne fluctue pas ensuite, permettant ainsi à l'entreprise en cause de préparer ses engagements en toute connaissance de cause et au contradictoire de s'organiser le plus efficacement possible.

11. En effet le périmètre des pratiques pouvant donner lieu à des engagements ne peut par nature excéder celui de l'analyse concurrentielle elle-même. Ceci impose donc une appréciation préalable du périmètre du marché concerné et de la position des acteurs sur ce marché permettant à la fois de justifier de l'intérêt des engagements autant que de leur caractère proportionné à la préoccupation de concurrence soulevée.

12. A noter que, selon le § 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 » : or, aux termes du règlement 1/2003, l'autorité de concurrence est tout à fait fondée à assortir un prononcé de sanctions d'engagements comportementaux ou structurels.

Afin de lever toute ambiguïté, il conviendrait donc de préciser que le présent projet de communiqué vise uniquement une procédure d'engagements « *avant notification de griefs* ».

III. Degré de caractérisation

13. La rédaction du § 17 nous paraît **antinomique** avec celle du § 11 mentionné précédemment : en effet, le communiqué de procédure indique ici que le « *degré de caractérisation des pratiques exigé est comparable à celui des mesures conservatoires* ».

14. Or, la double condition d'atteinte grave et d'urgence nécessaire au prononcé de mesures conservatoires ne sera, par construction, **jamais remplie** dans le cas de la procédure d'engagement avant notification de griefs, le Conseil reconnaissant lui-même par ailleurs (cf. §11) l'impossibilité d'une telle application en cas d'atteinte à l'ordre public économique.

15. Il nous apparaît donc impossible, sur le plan juridique, d'aligner le « *degré de caractérisation* » des pratiques sur celui, nécessairement très grave, de mesures conservatoires structurantes aussi bien pour les entreprises que pour les marchés.

IV. L'évaluation préliminaire

16. Le projet de communiqué de procédure (§18) mentionne que « *l'évaluation préliminaire est portée à la connaissance de l'entreprise concernée par le rapporteur, sous la forme d'un courrier (...)* ».

17. La rédaction devrait être plus précise et prévoir explicitement que l'évaluation préliminaire des préoccupations concurrentielles fait l'objet d'une « **expression écrite et préalable** ».

18. Comme souligné précédemment, France Télécom considère que l'articulation engagements avant notification de griefs et mesures conservatoires, avec qui plus est le seul **rapport oral** du rapporteur en séance, ne peut recevoir de fondement juridique.

19. En tout état de cause, une évaluation préliminaire mentionnée sous forme de rapport oral en séance est inefficace et nuit gravement à la fois au contradictoire et à l'efficacité de la procédure d'engagement. Le rapport oral du rapporteur ne devrait que viser **l'adéquation** entre évaluation préliminaire et engagements proposés par l'entreprise en cause, et organiser le débat sur les commentaires reçus des tiers.

20. Il nous semble encore une fois indispensable que la partie concernée ait connaissance le plus en amont possible des préoccupations auxquelles elle doit répondre pour pouvoir proposer les engagements les plus efficaces possibles. Les tiers intéressés doivent également être en mesure, lorsqu'ils font des commentaires, de bien cerner le périmètre des débats et de répondre à la question posée qui est celle de l'adéquation des engagements prononcés pour répondre aux préoccupations exprimées.

21. Ainsi la « combinaison » entre les deux procédures ne peut conduire à une instruction indifféremment de l'une ou l'autre dans la mesure où la finalité de chacune d'elle n'est pas la reconnaissance de pratiques de même portée.

22. La combinaison pure et simple des deux procédures laisse le défendeur sans visibilité aucune sur la possible analyse en séance de préoccupations de concurrence et sur l'éventualité qu'il aura d'un recours à la procédure d'engagement.

23. Au contraire, il apparaît qu'une bonne administration de la procédure et le respect des droits de la défense doit assurer la possibilité pour le défendeur de formuler des engagements cohérents avec les préoccupations de concurrence qui sont identifiées, ou, en tout état de cause, doit lui permettre d'être en état de pouvoir attester de manière éclairée lors de la séance de sa capacité réelle d'entrer dans cette procédure d'engagement .

24. Seule la communication préalable des préoccupations de concurrence peut remédier à la fois à l'exigence d'un traitement rapide d'une demande de mesures conservatoires, tout en garantissant la faculté - y compris dans le cas d'une telle procédure d'urgence - de faire aboutir favorablement la procédure d'engagement.

24. L'incertitude sur les préoccupations de concurrence conduit le défendeur à devoir anticiper non seulement la nature de la séance (étude des mesures conservatoires, ou de la procédure d'engagement) autant que celle des engagements qu'il pourrait formuler. Or cette inconnue obère en partie la possibilité pour l'entreprise de formuler une position réellement en adéquation avec l'analyse du rapporteur, et de proposer des remèdes couvrant parfaitement le champ des préoccupations ainsi que le Conseil a pu le relever par exemple dans sa décision n° 07-MC-03 du 7 juin 2007.

26. Une communication préalable dans un délai qui peut être raccourci par rapport à une procédure au fond, non seulement n'hypothèque pas la faculté pour le Conseil de refuser une telle procédure, mais permet parallèlement à l'entreprise concernée de préparer et formuler des propositions qui assurent une portée réelle à la procédure d'engagement.

27. A cet égard, les termes du § 20 confortent la pertinence d'un tel dispositif de communication écrite préalable, en rappelant que l'entreprise qui sollicite le recours aux engagements « *doit être en mesure d'apporter une réponse aux préoccupations de concurrence identifiés dans le cadre de l'évaluation préliminaire* ». Or l'entreprise dans le cadre de mesures conservatoires est contrainte en l'absence d'un tel dispositif de prendre connaissance des préoccupations et évaluer dans le même temps sa capacité à fournir une réponse circonstanciée.

V. Le test de marché (§ 23 et s.)

28. L'expression « test de marché » (§25) est ambiguë, dans la mesure où le test en question n'est en réalité que la somme des observations des tiers, des parties et du commissaire du Gouvernement.

29. Il n'est donc en rien comparable à, et pourrait engendrer une confusion regrettable avec la consultation des acteurs à laquelle ont recours les autorités de concurrence pour analyser les marchés concernés par une opération de concentration.

30. Par ailleurs, il nous semblerait opportun que les **autorités sectorielles** concernées, notamment lorsqu'elles sont sollicitées pour avis dans le cadre de la procédure, soient en mesure, le cas échéant, de formuler des observations de la même façon que les tiers (§23a1).

VI. Négociation des engagements

31. Sur les questions de procédure, France Télécom insiste sur le fait que, s'il est tout à fait souhaitable pour des raisons évidentes d'efficacité que la procédure d'engagements suivie devant le Conseil soit empreinte d'une certaine souplesse, cela ne peut se faire au détriment des droits des parties.

32. Or, les **échanges** tels que prévus dans les §29 et 30 entre service d'instruction et collège - qui peut prendre des sanctions - pourraient être perçus comme une atteinte au principe d'impartialité et une violation du principe du contradictoire (§29 et 30). Il nous semble qu'un moyen d'éviter cette difficulté pourrait être de prévoir que, si un membre du collège peut instruire le dossier, alors il ne peut prendre part à la décision qui sera prise au final.

33. Le projet de communiqué précise par ailleurs qu'« *une telle décision [de rejet des engagements] ne rend pas compte des débats sur les engagements* ». Effectivement mais il nous semble que pour éviter toute critique d'impartialité il faudrait également que le Collège qui examinera la demande de mesures conservatoires et/ou l'affaire au fond soit autrement constitué.

34. Par ailleurs, sur le caractère de **proportionnalité** des engagements mentionné au §32, il nous semblerait préférable de préciser qu'ils doivent être « *strictement et clairement indispensables* », plutôt que simplement « *nécessaires* ».

35. En outre, si le Conseil décide de rejeter les engagements, comme le prévoit le §33, ce **rejet** doit être clairement motivé ; toujours dans l'hypothèse de modification ou de rejet d'engagements insuffisants pour répondre aux préoccupations de concurrence, il conviendrait que le projet de communiqué précise que ces préoccupations de concurrence auront dû être « *clairement identifiées au préalable* ».

36. De plus, s'agissant de la **suspension de séance** mentionnée par le §34, France Télécom estime que l'hypothèse devrait aussi envisager le cas du sursis à statuer (du reste évoqué au § suivant).

37. Il convient d'ajouter que le projet ne nous semble pas prendre suffisamment en compte les procédures de **contrôles internes** auxquelles sont soumises les entreprises amenées à proposer des engagements : il n'est pas évident que le représentant de l'entreprise en cause ait le pouvoir juridique de modifier de sa propre initiative, « *sur le champ* », sans avoir été mandaté pour ce faire, les engagements initialement proposés. Le § 34 gagnerait donc à être rédigé ainsi :

« En pratique, si le Conseil estime que les engagements initialement proposés doivent être modifiés pour être acceptés, une suspension de séance, voire un sursis à statuer, peut intervenir à la demande du Conseil ou de l'entreprise concernée, afin de permettre à celle-ci de se soumettre aux procédures habituelles de validation internes à l'entreprise. La séance reprend son cours dès que les engagements dûment validés sont finalisés. »

38. Enfin, une dernière remarque sur la négociation des engagements concerne le §38 du projet de communiqué de procédure : l'échec du recours aux engagements conduit le Conseil à prononcer une décision de sursis à statuer ordonnant le renvoi du dossier aux services d'instruction, « **y compris pour les mesures conservatoires** ».

39. Concernant la portée des engagements visés au § 39, il convient que le dispositif de la décision du Conseil fasse apparaître les engagements concourant de manière explicite et directe à la résolution des préoccupations de concurrence, et n'entretienne aucune confusion sur les dispositions n'ayant aucun caractère contraignant.

40. A cet égard, le « donné acte » du Conseil mentionné au § 37 sur toute mesure complémentaire, et notamment tarifaire, ne doit pas pouvoir être interprété par le requérant ou tout tiers intéressé comme interdisant toute modification ultérieure sans remettre en cause la résolution des problèmes de concurrence visés par la décision.

VII. Les effets

41. Il conviendrait d'insérer la précision suivante, dans le §43 : « La décision rendant les engagements obligatoires, *mais toujours limitée à ce qui est nécessaire pour remédier aux préoccupations de concurrence préalablement et clairement identifiées*, peut être adoptée pour une durée indéterminée (...). »

42. Sur la **réouverture de la procédure**, outre les trois cas visés par le projet de communiqué dans son §44, à savoir changement important, contravention à l'engagement, informations inexactes / incomplètes / dénaturées, il conviendrait de prévoir également l'hypothèse où tout simplement « *les préoccupations de concurrence ont disparu* ».

43. Par ailleurs, la notion de « *changement important* » risquant d'être malaisée à apprécier, ne serait-il pas préférable de préciser que le « changement important » intervient dans les trois cas suivants :

- a) disparition des préoccupations de concurrence, notamment du fait de leur prise en compte par des dispositions réglementaires ad hoc (à cet égard le cas de la décision n° 06-D-20 du 13 juillet 2006 est éclairant puisque les engagements de France Télécom ont été repris dans les obligations que le régulateur a imposées à l'ensemble du marché au titre de sa décision n° 06-063 homologuée par arrêté du ministre le 8 mars 2007) ;
- b) violation par les entreprises de leurs engagements ;
- c) fourniture d'informations incomplètes, inexactes, dénaturées ;

d) conditions de marché ayant évolué sensiblement et justifiant que les engagements soient levés

VIII. Astreinte

44. Le § 48 devrait énoncer clairement que « *En cas de non-respect dûment constaté d'une décision ayant rendu un engagement obligatoire, le Conseil de la concurrence peut infliger aux intéressés des astreintes dans la limite de 5% du chiffre d'affaires journalier moyen, par jour de retard à compter de la date qu'il fixe, conformément à l'article L. 464-2 II a) du Code de commerce.* »

45. Il est indiqué que le Conseil peut assortir une décision ayant rendu un engagement obligatoire d'une astreinte. Toutefois le Code du commerce n'a permis que soit imposée aux acteurs intéressés une telle astreinte qu'après le constat du non respect de la décision en indiquant explicitement que le Conseil peut infliger cette astreinte « ***pour contraindre [les intéressés]*** :

a) *A exécuter une décision les ayant obligés à mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles, à exécuter une décision ayant imposé des conditions particulières ou à respecter une décision ayant rendu un engagement obligatoire en vertu du I ».*

46. C'est bien dans ce cas de figure que le Conseil a pu faire usage de cette faculté dans sa décision n° 05-D-37 du 5 juillet 2005 relative à l'exécution de la décision n° 03-D-03 du 16 janvier 2003 concernant des pratiques mises en œuvre par le barreau des avocats de Marseille en matière d'assurance.

47. Il serait d'ailleurs incohérent qu'une astreinte puisse être imposée dès l'origine dans le cadre d'engagements que l'intéressé a lui-même proposé.

48. Il convient donc pour lever toute ambiguïté que soit précisé au § 48 que « (...), le Conseil peut infliger pour contraindre les intéressés au respect d' "une décision, ayant rendu un engagement obligatoire" des astreintes ... » afin qu'il apparaisse que l'exercice de cette faculté demeure liée à un cas de constat par le Conseil de non-respect des engagements obligatoires.