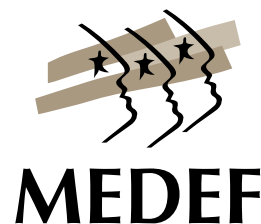


Mars
2008

**Projet de
communiqué de
procédure relatif
aux engagements**

**Commission « Droit de
l'entreprise »**



Conseil de la concurrence

**Projet de communiqué de procédure
relatif aux engagements**

—

Observations du MEDEF

Analyser

Le Conseil de la concurrence a lancé une consultation publique sur un projet de communiqué de procédure relatif aux engagements imposés à l'occasion d'une sanction prononcée par le Conseil de la concurrence pour des pratiques anticoncurrentielles (ententes ou abus de position dominante).

Le MEDEF estime que la procédure d'engagements présente un intérêt pour les entreprises. Toutefois, il considère que la procédure actuelle n'est pas satisfaisante car insuffisamment contradictoire et pouvant se négocier en cas d'entente au détriment d'autres entreprises. Il estime également que cette procédure, du fait de la durée des engagements qui peut s'étendre sur plusieurs années, comporte un risque de retour à une économie administrée.

Il considère donc positivement l'initiative du Conseil de la concurrence de mieux encadrer cette procédure. Toutefois, le projet soumis à la consultation appelle de la part du MEDEF les observations suivantes.

A titre liminaire, le MEDEF souhaite appeler l'attention sur quelques problèmes de cohérence dans les termes employés dans le projet. En premier lieu, l'utilisation du concept juridiquement ambigu de « *pré-occupation de concurrence* » bien que repris par la Cour de Paris dans l'arrêt Canal 9¹, est contestable car il ne figure nullement dans le Code de commerce, ce dernier ne parlant que de « *pratiques anticoncurrentielles* », contrairement à ce que laisse entendre le point 10 du communiqué.

En second lieu, il est pour le moins curieux juridiquement de parler du caractère unilatéral et non contractuel (§ 40) et néanmoins consensuel (§ 31) d'une procédure qui repose sur l'acceptation d'une offre. Ceci conduit à s'interroger sur la cohérence de ce système.

I. Base légale

En tout premier lieu, il est surprenant de constater qu'il n'est fait nulle part état du recours à un mandataire indépendant (*trustee*) ce qui permet de penser que contrairement à ce qui se passe dans la procédure de contrôle des concentrations, l'autorité de concurrence, qu'elle soit communautaire ou nationale, devrait elle-même contrôler le respect des engagements sans en confier la mission à un mandataire indépendant.

Or, depuis l'arrêt Microsoft du 17 septembre 2007, la Commission européenne recourt à la pratique de la nomination du mandataire indépendant. Cette pratique est reconnue par le Tribunal qui a cependant contesté le fait que l'entreprise soit tenue de le rémunérer alors que c'était la Commission qui l'avait nommé.

En sera-t-il de même à l'échelon national pour le Conseil de la concurrence ? Dans l'affirmative, il serait utile que le présent communiqué prenne en compte cette hypothèse et organise les modalités de nomination et de rémunération de ce mandataire. Les entreprises sont en effet intéressées au premier chef par ces questions.

II. Objectifs

Il est précisé que la décision d'engagements « intervient à l'issue d'une procédure plus rapide et plus flexible que celle conduisant à un constat d'infraction ».

¹ Arrêt de la cour d'appel de Paris du 6 novembre 2007.

Les entreprises sont, bien entendu, très désireuses d'obtenir des procédures plus rapides, plus flexibles et surtout moins onéreuses, *a fortiori* lorsqu'elles présentent des engagements qui constituent des concessions et/ou des contraintes à leurs activités.

En conséquence, il serait souhaitable d'avoir plus de détails sur les caractères de rapidité et de flexibilité de cette procédure.

Dans le même ordre d'idées, il est précisé que la mise en œuvre d'une telle procédure « représente une économie de ressources pour (...) l'entreprise ». Ces dernières souhaiteraient connaître en quoi cette procédure pourrait être moins onéreuse et notamment dans l'hypothèse où l'autorité de concurrence demanderait l'intervention d'un mandataire indépendant pour contrôler le respect des engagements comportementaux pendant une durée non négligeable.

En revanche, le MEDEF est satisfait que le Conseil réaffirme de manière forte que les engagements ne doivent pas avoir pour but de défendre les droits des concurrents mais le droit de la concurrence.

III. Champ d'application

Il est précisé que la pratique du Conseil lui a permis d'identifier les comportements pour lesquels le recours aux engagements s'avère particulièrement adapté. Il en est ainsi « des pratiques unilatérales mises en œuvre par un opérateur susceptible d'exercer une position dominante ou de certaines pratiques verticales dont l'effet serait de nature à restreindre l'accès à un marché ».

Le MEDEF est désireux d'avoir des éclaircissements sur les pratiques ainsi visées de manière plus précise.

A cet égard, il doit être précisé que seul l'abus de position dominante constitue une pratique anticoncurrentielle, la position dominante en elle-même et *a fortiori* le fait d'être « *susceptible* » d'occuper une position dominante ne constituent aucunement des pratiques anticoncurrentielles.

Il est évoqué des « pratiques unilatérales » ainsi que des « pratiques verticales » d'un opérateur. Il serait souhaitable de connaître quelles sont les pratiques précisément visées ici.

IV. Mise en œuvre de la procédure

A. Evaluation préliminaire

- Le MEDEF considère que le point de départ de la procédure doit être précisé.

En effet, il est compréhensible que l'« *évaluation préliminaire* » ne puisse être émise après la notification de griefs (§ 13), contrairement à ce qui se passe en procédure communautaire où il semble qu'une notification de griefs puisse tenir lieu d'évaluation préliminaire, puisque nous disposons en France de la procédure distincte de transaction.

Cependant, le communiqué paraît très flou sur les circonstances dans lesquelles on arrive à cette première étape formelle de l'évaluation préliminaire : il y a certes des « contacts » entre les services d'instruction (§ 14), mais le projet de communiqué laisse entendre que cela peut intervenir à la suite d'une

plainte, à l'occasion de mesures conservatoires, ou après suspension d'une instruction qui reprend son cours en cas d'échec de la procédure d'engagements.

- Le MEDEF est satisfait de la mesure qui consiste à porter à la connaissance des entreprises « l'évaluation préliminaire » (§ 18). Cela est en effet conforme au principe du respect des droits de la défense et au principe de procès équitable visés par la CEDH.

- Enfin, l'entreprise transmet des propositions d'engagements mais le Conseil a la faculté d'enclencher ou non cette procédure. Pour ce faire, il use de son pouvoir d'appréciation en opportunité.

L'entreprise aura-t-elle connaissance des motifs qui ont fondé cette appréciation et aura-t-elle la possibilité d'exercer un recours contre cette décision ?

B. Déroulement de la procédure

- Le MEDEF propose d'ajouter l'adjectif « pratiques » à ceux de « *pertinents, crédibles et vérifiables* » (§20).

- Aux § 23 et suivants le MEDEF souhaiterait savoir combien de tests de marché le Conseil pourra faire dans le cadre de cette procédure. Dans l'hypothèse où plusieurs tests seraient prévus, la durée de la procédure serait considérablement allongée.

- Il est essentiel que l'entreprise concernée par les engagements ait accès aux pièces sur lesquelles se fonde le Conseil pour prendre sa décision (§ 26). Il est indispensable, pour respecter le principe du contradictoire, qu'elle puisse répondre aux observations des tiers (concurrents).

- La Cour d'appel de Paris, dans son arrêt « Canal 9 » du 6 novembre 2007, insiste sur le caractère consensuel de la phase de négociation des engagements et également de la nature même de la procédure.

Le MEDEF souhaite que ce principe se traduise dans la pratique par un véritable dialogue entre l'autorité de concurrence et l'entreprise concernée (§ 29 et suivants). Notamment, lorsque le Conseil examine l'offre d'engagements de l'entreprise et qu'il s'assure du caractère proportionné de ceux-ci, il devrait prendre en compte leur impact sur la stratégie de l'entreprise et son développement économique dans le futur.

Cet examen doit être réalisé concomitamment à celui qui répond aux préoccupations de concurrence.

Les engagements pris par l'entreprise ne peuvent lier qu'elle seule. Il est important que le Conseil de la concurrence ne demande pas à une entreprise des engagements ayant des effets juridiques sur des entreprises tierces. En tout état de cause, demander à une entreprise des engagements qui pourraient avoir un impact sur des entreprises tierces et notamment des partenaires commerciaux provoquerait des contraintes disproportionnées et difficilement acceptables.

- Enfin, il ne suffit pas que la décision de constat d'échec «ne rende pas compte des débats»: il faudrait également que les échanges sur les engagements ne soient pas versés au dossier d'instruction. En conséquence, le MEDEF souhaiterait que la partie relative à la confidentialité soit renforcée (§38).