

CONSULTATION DE LA COMMISSION EUROPEENNE SUR UN NOUVEL OUTIL EN MATIERE DE CONCURRENCE (« NEW COMPETITION TOOL »)

La Commission Européenne consulte les parties prenantes sur la nécessité de créer un **nouvel outil en matière de concurrence** destiné à veiller au caractère équitable et concurrentiel des marchés ainsi que sur les caractéristiques qui devraient définir ce nouvel outil afin de remédier en temps utile aux problèmes structurels de concurrence que les outils existants (articles 101 et 102 TFUE) ne permettraient pas de résoudre.

Parallèlement, dans le cadre d'une autre consultation sur le paquet relatif aux services numériques, la Commission étudie **l'opportunité d'instaurer des règles ex ante** pour assurer une réelle concurrence sur les marchés caractérisés par l'existence de grandes plateformes générant des effets de réseaux importants et agissant comme des contrôleurs d'accès (« gatekeepers »).

L'Afep salue ces initiatives de la Commission mettant en lumière la profonde mutation du monde économique due à l'essor du numérique qui pose de nouvelles questions auxquelles les autorités de concurrence doivent répondre.

Dans ce nouveau contexte, l'Europe doit être attractive, réactive et compétitive - sans naïveté. Les moyens pour y parvenir doivent reposer sur une approche holistique se traduisant par un « level playing field » entre acteurs européens et non européens, le renforcement du contrôle des investissements étrangers en Europe et des subventions des pays tiers, une réactivité forte des décideurs européen et nationaux pour répondre à l'agilité des compétiteurs de pays tiers, des capitaux européens permettant d'assurer la souveraineté européenne au soutien des entreprises et une politique de la concurrence mise à jour (révision de la Communication sur les marchés pertinents, DSA package, modernisation du contrôle des concentrations UE...).

La présidente de la Commission européenne souhaite une refonte des règles de concurrence de l'UE en vue « d'une approche plus sectorielle, adaptée aux circonstances ». La vice-présidente exécutive Margrethe Vestager entend mieux prendre en considération les données, partie intégrante du "business model" de plusieurs entreprises.

La Commission considère que les outils existants du droit de la concurrence ne permettraient pas d'appréhender en temps opportun des problèmes de concurrence d'ordre structurel. Il s'agirait ainsi de pallier une lacune juridique dans la mise en œuvre de ces outils (« enforcement gap ») pour renforcer la compétitivité européenne.

Le diagnostic posé par la Commission et les outils l'accompagnant appellent de la part des entreprises les divers commentaires suivants.

1. Aucune démonstration n'est apportée concernant l'existence d'un « enforcement gap » susceptible d'être pallié par la création d'un NCT

Les entreprises de l'Afep considèrent que l'utilisation des outils existants a globalement démontré à de multiples reprises leur **plasticité en s'adaptant aux évolutions économiques**.

Ils ont permis de résoudre à droit constant les cas envisagés dans la consultation ouverte par la Commission sur la création d'un nouvel outil ("NCT"):

- les problèmes concurrentiels liés à des infrastructures qui seraient qualifiées d'essentiels, à des situations de collusion tacite ou en lien avec des marchés oligopolistiques,
- une grande majorité des cas concernant le monde numérique.

Les autorités nationales, telles l'ADLC, ont pu traiter divers cas :

- L'Autorité de la concurrence française (ADLC) a démontré en 2018 l'**adaptabilité du cadre juridique** en se prononçant sur une concentration impliquant deux plateformes en ligne (décision 18-dcc-18 du 1er février 2018) relative à la prise de contrôle exclusif de la société Concept Multimédia par le groupe Axel Springer. Pour ce faire, elle a notamment dû prendre en compte les effets de réseaux croisés et s'est intéressée à l'importance des données dans cette opération, en s'appuyant sur une large consultation de l'ensemble des professionnels du secteur (portails, agences immobilières, fédérations), sur l'analyse de nombreux documents internes des parties et, pour la première fois, sur les résultats d'un questionnaire en ligne administré par l'Autorité auprès de plus de 30 000 agences immobilières.
- Fin 2019, l'ADLC a sanctionné Google en lui infligeant une amende de 150 millions d'euros pour abus de position dominante sur le marché de la publicité liée aux recherches.

Une collaboration entre autorités nationales et Commission européenne

Un des premiers cas traités relatifs au comportement de Booking.com a pu être résolu en 2015 par une coordination étroite entre diverses autorités de concurrence nationales (française, italienne et suédoise) et la Commission européenne. Usant d'outils existants, des engagements ont ainsi été imposés à cette entreprise pour qu'elle modifie la clause de parité tarifaire et supprime toute clause imposant des obligations de parité à l'égard de divers acteurs.

La DG Concurrence de la Commission européenne :

Le cadre juridique existant lui a permis de traiter de nombreux cas nouveaux et complexes relevant du monde numérique, en infligeant notamment trois amendes à Google, concernant son système d'exploitation, son comparateur de prix et son système de publicité contextuelle (Case AT. 39740 Google Search (Shopping); Case AT. 40099 Google Android, Case AT 40411 -Google AdSense).

Dans chacun de ces cas, la boîte à outils existants a permis aux autorités de concurrence d'agir, de s'adapter aux nouveaux agissements économiques et de rétablir l'ordre concurrentiel.

De surcroît, ces mêmes outils vont être renforcés lors de la mise en œuvre de la directive ECN+ qui donne, par exemple, aux autorités nationales de contrôle un pouvoir d'initiative (auto-saisine) en matière de **mesures conservatoires**. La portée d'un tel outil, réclamé par ces autorités, leur permettra de lutter plus efficacement contre les comportements pouvant porter gravement atteinte au marché et de répondre aux préoccupations concurrentielles diagnostiquées par la CE.

2. Un périmètre vaste et préoccupant

Les options envisagées par la Commission sont doublement préoccupantes en ce qu'elles :

- ciblent des entreprises **non dominantes** détenant un pouvoir sur un marché sans que cette notion soit définie ou sur des marchés connexes sans abus comme des structures de marchés oligopolistiques qui ne sont ni nouvelles ni critiquables en soi,
- ne **délimitent pas clairement le marché visé** : numérique ou non numérique/européen ou mondial.

Potentiellement, tout acteur économique en position infra-dominante, sans abus, pourrait entrer dans le champ de cet outil, fondé sur l'analyse des structures de marché. Son caractère intrusif, sur la base d'une analyse qui requiert de prendre en compte de nombreuses et complexes interactions, est susceptible de remettre en cause la construction de réelles stratégies industrielles.

Cet outil conduirait la Commission à prononcer des remèdes comportementaux ou structurels à l'encontre d'entreprises n'ayant commis aucune infraction, contrairement aux principes juridiques selon lesquels seul un abus est répréhensible¹.

Il en ressort une **forte insécurité juridique** pour les acteurs économiques limitant d'autant leur liberté d'entreprendre et leurs stratégies d'expansion et d'innovation sur le marché européen.

Il n'est pas certain qu'un tel outil soutienne la relance économique dont le marché unique a tant besoin dans le contexte économique lourdement impacté par la crise sanitaire.

En outre, la manière dont un tel outil s'intégrerait dans la boîte à outils dont la Commission dispose déjà demeure floue. L'article 103 du TFUE, qui constituerait en partie la base juridique du nouvel outil, permet l'adoption d'une législation pour « donner effet aux principes énoncés aux articles 101 et 102 », « assurer le respect des interdictions » ou « définir le champ d'application des provisions ». Tout nouvel outil fondé sur l'article 103 TFUE devrait donc être conforme aux dispositions essentielles du Traité telles qu'interprétées par les tribunaux (concernant, par exemple, la charge de la preuve, les notions de restriction de concurrence, de position dominante, d'effets anticoncurrentiels...). Cependant, le nouvel outil étant également fondé sur l'article 114 TFUE, la valeur de précédent des articles 101 et 102 TFUE est peu claire, contribuant à accentuer l'incertitude juridique pour les parties prenantes.

Ce nouvel outil ne doit pas mettre à mal la boîte à outils qui a fait ses preuves depuis de nombreuses années et insécuriser le système économique dans son ensemble.

3. Privilégier un outil plus efficient : l'introduction d'une réglementation ex ante

Rejoignant cependant l'analyse de la Commission selon laquelle les grandes plateformes (« gatekeepers ») ont par leur structure et leur comportement une incidence sur le fonctionnement de la concurrence, les entreprises **préconisent de retenir la réglementation ex ante** envisagée dans le paquet sur les services numériques (Digital Services Act Package – DSA), pour régler les situations problématiques.

Cette réglementation ex ante aura le double avantage de:

- donner à la Commission un nouvel outil qu'elle pourra appliquer aux acteurs structurants du secteur numérique, à condition que cette notion soit clairement définie,
- maintenir le cadre juridique connu des entreprises intervenant dans les autres secteurs économiques.

Les mesures visant à définir une **liste des pratiques interdites per se** aux grandes plateformes numériques permettront de corriger l'asymétrie entre celles-ci et les acteurs traditionnels et de prévenir les effets liés aux politiques d'intégration verticales et horizontales des grandes plateformes structurantes.

Une **définition claire des « gatekeepers »** est ainsi requise préalablement pour sérier au mieux les contraintes devant peser sur les acteurs économiques en visant les plateformes les plus structurantes.

¹ Cf en ce sens, en droit national, la décision du Conseil constitutionnel de 2015 invalidant l'article 39 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (le pouvoir d'injonction structurelle sans caractérisation préalable d'un abus de position dominante porte « tant à la liberté d'entreprendre qu'au droit de propriété une atteinte manifestement disproportionnée au regard du but poursuivi ».)

Si le numérique est désormais partout, le comportement des acteurs en la matière varie considérablement. L'usage courant du numérique comme outil d'échange a des impacts concurrentiels radicalement différents de ceux induits par des acteurs construits, structurés et prospérant sur le contrôle de la donnée et sur d'éventuels comportements anticoncurrentiels (barrières à l'entrée, effets de réseaux...).

La définition de ces grandes plateformes auxquelles cette réglementation s'appliquerait devrait s'attacher aux objectifs suivants :

- **éviter de brider l'éclosion** de plateformes innovantes en faisant peser sur elles un risque juridique disproportionné,
- inclure les **caractéristiques principales des plateformes** (effets de réseaux, dépendance des parties tierces, données, création des écosystèmes, etc.),
- dresser une **liste** (« blacklist ») **des pratiques illégales spécifiques** (notamment la prolifération de produits contrefaits sur le net, clause d'auto-préférence) ou autres pratiques trans-sectorielles propres à certains acteurs entravant la concurrence (gestion de la publicité en ligne, imposition aux partenaires des conditions abusives ou discriminatoires...).

Une telle régulation ex ante est essentielle dans la mesure où, en assurant une prévisibilité des règles et en sériant son champ d'application, elle contribue à assurer une sécurité juridique. Un cadre juridique clair et prévisible contribue à soutenir l'économie en général grâce à une politique d'innovation sécurisée (défense des titulaires de droits de brevets et/ou de marques) ou de structuration industrielle facilitée (opérations de concentration).

4. Poursuivre la réflexion

Si un écart dans la mise en œuvre (« enforcement gap ») devait apparaître entre les outils existants dans le domaine de la concurrence et les règles ex ante précisées dans le cadre du DSA, alors seulement pourrait être envisagée l'utilisation d'un outil efficient pour appréhender les problèmes de concurrence structurels liés aux comportements des plateformes les plus structurantes. Cela permettrait une **évaluation au cas par cas** et des recours sur mesure grâce à une structure institutionnelle adéquate, afin d'assurer une **cohérence globale avec le droit de la concurrence**.

Dans une telle hypothèse, il serait nécessaire de retravailler l'approche d'un tel outil, à ce stade beaucoup trop vaste, réduisant son champ d'application et ne ciblant que les cas d' « enforcement gap », à savoir les plateformes structurantes remplissant les critères préalablement définis.

En tout état de cause, le nouvel outil de concurrence ne peut viser tous les secteurs d'économie et tous les marchés sauf à remettre en cause la sécurité juridique ainsi que le principe de proportionnalité dont le respect contribue à préserver la liberté d'entreprendre.

Conclusion

S'il est souhaitable de réfléchir à l'impact concurrentiel du comportement de certains grands acteurs du numérique, il n'est **pas justifié de créer un nouvel outil de la concurrence** transversal susceptible d'impacter l'ensemble des acteurs économiques par un contrôle très insécurisant.

Le maintien d'une mise en œuvre vigoureuse des outils existants en droit de la concurrence (incluant le recours à des mesures provisoires et à des mesures correctives lorsque cela est nécessaire) qui ont déjà démontré leur plasticité face à des situations nouvelles doit être encouragé. Si un "enforcement gap" était cependant démontré, une intervention plus ciblée pourrait être privilégiée s'appliquant précisément aux seules plateformes les plus structurantes dont la définition doit être claire et coordonnée avec celle du DSA package.

Ainsi pourraient être ciblés les cas les plus préoccupants en matière concurrentielle sans impacter durablement l'émergence d'acteurs européens dynamiques.

Les réflexions relatives à cet outil très impactant pour le monde économique doivent donc se poursuivre pour éviter d'introduire un bouleversement juridique dépassant les situations prioritairement visées et pour se concentrer sur des cas réellement problématiques liés aux comportements abusifs des grandes plateformes numériques les plus structurantes.

AU SUJET DE L'AFEP

Depuis 1982, l'Afep regroupe de grandes entreprises présentes en France. L'association, basée à Paris et à Bruxelles, a pour objectif de favoriser un environnement favorable aux entreprises et de présenter la vision de ses membres aux pouvoirs publics français, aux institutions européennes et aux organisations internationales. Le rétablissement de la compétitivité des entreprises pour parvenir à la croissance et à l'emploi durable en Europe et relever les défis de la mondialisation est la priorité de l'Afep. L'Afep compte environ 113 membres. Plus de 8 millions de personnes sont employées par les entreprises de l'Afep et leur chiffre d'affaires annuel cumulé s'élève à 2 600 milliards d'euros.

Emmanuelle Flament-Mascaret – Directrice Affaires commerciales et Propriété Intellectuelle
concurrency@afep.com

Jérémie Pélerin – Directeur Affaires européennes
j.pelerin@afep.com

Alix Fontaine – Chargée de mission Affaires européennes
a.fontaine@afep.com