RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

SÉNAT

COMMISSION
DES
AFFAIRES EUROPÉENNES

Paris, le 8 juillet 2020

AVIS POLITIQUE

relatif à la modernisation de la politique européenne de concurrence

La commission des affaires européennes du Sénat,

Vu le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, et notamment l'article 3 et les articles 101 à 109, ainsi que le protocole n° 27 sur le marché intérieur et la concurrence,

Vu le règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité,

Vu le règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises,

Vu le règlement (CE) n° 773/2004 modifié de la Commission du 7 avril 2004 relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE,

Vu le règlement (CE) n° 800/2008 modifié de la Commission du 6 août 2008 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché commun en application des articles 87 et 88 du traité (règlement général d'exemption par catégorie),

Vu le règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées,

Vu le règlement (UE) n° 1407/2013 de la Commission du 18 décembre 2013 relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides *de minimis*,

Vu le Règlement (UE) n° 651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité,

Vu le Règlement 2016/1037 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 relatif à la défense contre les importations qui font l'objet de subventions de la part de pays non membres de l'Union européenne,

Vu le Règlement (UE) 2019/452 du Parlement européen et du Conseil du 19 mars 2019 établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union,

Vu les lignes directrices de la Commission du 5 février 2004 sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises,

Vu les lignes directrices de la Commission du 18 octobre 2008 sur l'appréciation des concentrations non horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises,

Vu la communication de la Commission du 24 février 2009 – Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du Traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes,

Vu les lignes directrices de la Commission du 10 mai 2010 sur les restrictions verticales (en cours de révision),

Vu les lignes directrices de la Commission du 14 janvier 2011 sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale,

Vu la nouvelle stratégie industrielle pour une Europe verte et numérique, compétitive à l'échelle mondiale, présentée par la Commission européenne le 10 mars 2020,

Vu les consultations publiques lancées par la Commission européenne le 2 juin 2020 sur le Paquet *Digital Services Act* portant, respectivement, sur l'approfondissement du marché intérieur et la clarification des responsabilités des services numériques et sur un instrument de régulation *ex ante* des grandes plateformes en ligne à effets de réseau significatifs se comportant comme des *gatekeepers* dans le Marché intérieur,

Vu la consultation publique lancée le 3 juin 2020 par la Commission européenne sur un nouvel outil de concurrence,

Vu le livre blanc sur les effets de distorsion liés aux subventions étrangères au sein du marché unique, publié par la Commission européenne le 17 juin 2020,

Vu la résolution du Parlement européen du 18 juin 2020 sur la politique de concurrence – rapport annuel 2019 (2019/2131(INI)),

Vu la résolution européenne du Sénat n° 131 (2016-2017) du 8 septembre 2017 pour une réforme des conditions d'utilisation des mesures conservatoires prévues par le règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence,

Vu la résolution européenne du Sénat n° 42 (2017-2018) du 7 janvier 2018 sur le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union européenne,

Vu la résolution européenne du Sénat n° 23 (2018-2019) du 16 novembre 2018 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices des services d'intermédiation en ligne, COM(2018) 238 final,

Vu la proposition de loi adoptée par le Sénat n° 62 (2019-2020) visant à garantir le libre choix du consommateur dans le cyberespace,

Considérant que la prohibition par les traités européens des pratiques et comportements des entreprises ou des aides d'État susceptibles d'empêcher, de restreindre ou de fausser le libre jeu de la concurrence est l'un des principes fondamentaux du bon fonctionnement du marché intérieur qui permet au consommateur européen de bénéficier de produits innovants et de qualité, à un prix raisonnable ;

Considérant que le contrôle des concentrations introduit en 2004 répond à la même préoccupation ;

Considérant que la mise en œuvre de la politique européenne de concurrence par la Commission européenne, sous le contrôle du juge européen, ses outils et ses pratiques ont fait l'objet d'évolutions destinées à alléger les procédures et à encourager l'innovation, tout en permettant de préserver effectivement le choix du consommateur européen, l'innovation compétitive et le bon fonctionnement du marché intérieur ;

Considérant que la Commission européenne a su réagir avec célérité et efficacité aux conséquences économiques de la crise sanitaire en adoptant le 19 mars 2020 un Encadrement temporaire des mesures d'aides d'État visant à soutenir l'économie dans le contexte actuel de la flambée de COVID-19, modifié le 3 avril 2020 et le 8 mai 2020,

Considérant toutefois que la mondialisation de l'économie et des échanges ainsi que le développement du numérique constituent des défis majeurs qui imposent d'adapter sans tarder cette politique, dans le cadre d'une articulation efficace avec les autres leviers de la politique européenne en matière de stratégie industrielle et de politique commerciale,

Sur la nécessité de disposer d'analyses sectorielles systématiques de l'état de la concurrence

Considérant que la Commission européenne ne procède à des enquêtes sectorielles qu'en cas de notification d'opérations de rapprochement entre entreprises ou en cas de pratiques anticoncurrentielles sur des segments de marché ;

Considérant que de telles enquêtes ne portent pas sur l'état des flux commerciaux ni sur des pratiques constatées de subventions ; qu'elles ne prennent pas en compte l'existence d'acteurs systémiques et qu'elles ne comportent pas assez d'éléments prospectifs ;

Considérant qu'il est indispensable d'améliorer la réactivité de la Commission face aux distorsions de concurrence, d'accélérer l'instruction des dossiers en matière de concentrations et d'aides d'État et d'offrir une plus grande prévisibilité aux opérateurs économiques ;

Considérant que les différentes directions générales (DG) de la Commission européenne n'interviennent pas de manière suffisamment coordonnée dans le cadre de l'instruction des dossiers de concurrence ;

Préconise que la DG concurrence de la Commission européenne, en coordination avec les DG sectorielles, établisse d'ici la fin de l'année 2020, des cartographies *ex ante*, régulièrement actualisées, de l'état de la concurrence sur le marché intérieur, à partir d'analyses sectorielles généralisées, destinées à servir de base de travail aux enquêtes menées par la DG Concurrence dans le cadre du contrôle des concentrations et de l'identification de pratiques anti-concurrentielles ;

Estime que ce diagnostic partagé de l'état des marchés devrait analyser l'état de la concurrence et de la concentration du secteur, en relevant l'existence d'acteurs systémiques ou quasi-monopolistiques et la prévalence d'acquisitions tueuses ; les comportements anti-concurrentiels et les pratiques déloyales observées ou suspectées, en identifiant notamment les cas relevant d'acteurs économiques établis dans des pays tiers ; et l'état des flux commerciaux, en mettant particulièrement en lumière les barrières commerciales ou les pratiques de *dumping* et de subventions existantes ou potentielles ;

Recommande que, dès réception par la Commission de la notification d'une opération de concentration, ou dès le lancement d'une enquête portant sur des pratiques anticoncurrentielles, les DG Concurrence, Commerce et Marché intérieur soient systématiquement réunies pour examiner les éléments du dossier, à partir du travail de cartographie ainsi réalisé ;

Sur l'indispensable enrichissement de la notion clé de bien-être du consommateur

Considérant que la politique européenne de concurrence est fondée sur la recherche du bien-être du consommateur, ce qui conduit la Commission à chercher à prévenir toute atteinte qui prendrait la forme d'une hausse des prix, d'une baisse de la qualité du produit ou d'un moindre choix sur le marché à la suite d'un rapprochement entre entreprises, d'une pratique anticoncurrentielle ou de l'octroi d'une aide d'État ;

Considérant que le « bien-être du consommateur » est un concept flou et large, qui regroupe des notions liées au prix, au choix et à l'innovation, mais qui ne permet pas aux entreprises de se fonder sur des précédents cohérents et donne une très grande marge d'interprétation à la DG Concurrence dans l'instruction des dossiers ;

Observe que cette approche empêche la Commission de prendre en compte d'autres critères résultant des objectifs plus larges assignés aux politiques européennes, dont la prise en compte est pourtant devenue impérieuse alors que la compétition internationale s'est accentuée et que les atteintes à l'environnement se sont multipliées ;

Appelle à clarifier les composantes du « bien-être du consommateur » et à y intégrer de nouveaux éléments comme la compétitivité, le maintien de l'emploi, la protection de l'environnement, la protection des données personnelles ou encore l'autonomie stratégique ;

Sur l'allongement de l'horizon temporel afin de prendre en compte la concurrence potentielle future

Considérant que l'horizon temporel retenu par la Commission européenne dans l'analyse de l'atteinte potentielle à la concurrence sur un marché est souvent trop rapproché pour prendre en compte la probabilité d'entrée à moyen terme de concurrents sur le marché européen, en particulier d'entreprises bénéficiant de soutiens publics fournis par des État tiers ;

Constate que, de ce fait, la Commission interdit le rapprochement d'acteurs européens susceptibles d'affronter cette concurrence, ou leur impose des cessions d'actifs (remèdes dits structurels) qui les affaiblissent dans la compétition internationale et portent atteinte à la souveraineté économique et industrielle de l'Europe ;

Préconise, dans le prolongement du manifeste franco-allemand pour une politique industrielle adaptée aux enjeux du XXI^{e} siècle publié en 2019, un allongement de l'horizon temporel à au moins cinq ans, comme le pratiquent d'autres autorités compétentes en matière de concurrence, en particulier aux États-Unis, et une clarification de la doctrine de la Commission européenne sur le poids qu'elle accorde dans son analyse à la concurrence potentielle future ;

Sur l'urgence d'une actualisation de la définition du marché pertinent

Considérant que le concept de « marché géographique » a fortement évolué, avec le développement transfrontière du numérique et du commerce international et l'harmonisation des standards techniques, et que la nature d'un « marché de produit » a également été modifiée par la multiplication des produits ou services utilisés gratuitement par un consommateur par la voie numérique ;

Demande à la Commission européenne d'actualiser sans tarder ses lignes directrices relatives à la définition du marché pertinent, qui datent de 1997, afin d'adapter les notions de « marché de produit » et de « marché géographique » aux évolutions de la réalité économique ;

Sur la nécessité de doter la Commission européenne d'outils lui permettant de lutter efficacement contre les pratiques abusives d'entreprises extra-européennes

Considérant que la concurrence sur le marché européen est faussée par des comportements abusifs d'entreprises établies dans des pays tiers en raison, par exemple, de pratiques commerciales déloyales comme le *dumping*, de subventions publiques, ou encore d'un contrôle des concentrations défaillant ;

Soutient les propositions figurant dans le livre blanc publié le 17 juin 2020 par la Commission européenne qui lui permettraient d'interdire des acquisitions d'entreprises européennes par des entreprises bénéficiant de subventions publiques étrangères qui leur procurent un avantage indu, d'imposer aux entreprises des remèdes tels que des paiements réparateurs ou des mesures correctives de nature structurelle ou comportementale lorsqu'elle identifie des distorsions de concurrence sur un marché liées à de telles subventions et d'exclure des procédures de passation des marchés publics les entreprises soumissionnaires bénéficiant de subventions étrangères qui fausseraient le caractère concurrentiel de l'appel d'offres ;

Sur le nécessaire renforcement de la flexibilité dans l'application du droit européen de la concurrence

Constatant que les délais de mise en œuvre des procédures d'enquête et de sanction des ententes et des abus de position dominante peuvent avoir des effets destructeurs et irréversibles sur le maintien de la concurrence sur le marché intérieur ;

Considérant que les mesures provisoires constituent un outil essentiel pour veiller à ce que la concurrence ne soit pas faussée pendant le déroulement d'une enquête mais que la Commission européenne n'en fait pas usage ;

Préconise que la Commission recoure rapidement à des mesures conservatoires pendant les enquêtes afin de figer l'état de la concurrence et que les conditions de mise en œuvre de telles mesures soient assouplies pour supprimer l'exigence de preuve du caractère irréparable du préjudice, au profit du risque d'atteinte grave et immédiate ; alléger l'exigence de constat *prima facie* d'infraction, en lui substituant le constat que la pratique relevée risque de constituer une telle infraction ; et élargir le champ des intérêts protégés justifiant de telles mesures, en ne visant plus seulement l'atteinte aux règles de concurrence mais également, comme en droit français, l'atteinte à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante ;

Considérant que la Commission privilégie systématiquement des cessions d'actifs lorsqu'une opération de concentration soulève des enjeux concurrentiels, plutôt que des engagements de modification de l'attitude commerciale des parties à l'opération, qui ne les contraignent pas à des cessions d'actifs pénalisantes mais assurent le maintien d'une concurrence effective sur le marché considéré ;

Considérant que cette pratique est préjudiciable aux acteurs européens qui se retrouvent dans l'obligation de céder des actifs à des concurrents étrangers ou sont contraints de renoncer au rapprochement envisagé, ce qui emporte des effets considérables sur l'environnement concurrentiel et le développement ultérieur du marché sans évaluation préalable ;

Recommande que des engagements comportementaux précis, exigeants, vérifiables et révisables en tant que de besoin, soient privilégiés, à l'issue d'une analyse approfondie du marché et de la concurrence potentielle, en association avec les acteurs du marché dès que cela est possible, et que la Commission mette en place un suivi attentif, tant pour vérifier que les engagements pris sont effectivement respectés que pour s'assurer qu'ils atteignent l'objectif poursuivi ;

Demande que des engagements comportementaux soient également mis en place en cas de pratiques anticoncurrentielles, à titre provisoire, dès qu'une telle pratique est identifiée, puis dans le cadre de la procédure de transaction ;

Sur l'intégration de nouveaux concepts d'analyse adaptés au numérique afin d'assurer un suivi préventif des comportements des acteurs

Considérant que les pratiques nouvelles de l'économie numérique constituent un défi pour l'analyse économique, en particulier la gratuité de certains services, les externalités de réseaux, l'existence d'acteurs systémiques et l'économie de la donnée, même si les plateformes ne sont pas toujours en position dominante au sens du droit de la concurrence ;

Considérant qu'il apparaît dès lors nécessaire de revisiter les concepts classiques de la concurrence – en particulier la notion de marché pertinent car il n'y a plus de produits homogènes dans une économie du gratuit -, de changer d'échelle pour intégrer la concurrence potentielle mondiale, enfin de prendre en compte l'efficience économique dynamique ;

Préconise, notamment dans le cadre de la révision de la directive e-commerce, que l'analyse du pouvoir de marché prenne en compte les effets de réseaux et que les relations entre les plateformes, – en particulier celles qui sont en position de verrouiller le marché-, et leurs utilisateurs ou concurrents soient rééquilibrées par un encadrement *a priori* de la collecte et de l'utilisation des données (portabilité des données personnelles, interopérabilité, auditabilité, non-discrimination, loyauté …), ce qui permettra de prendre rapidement des mesures correctrices en cas de manquement à ces règles ;

Estime urgent de définir la notion clé de plateformes verrouillant un marché (*gatekeeping platforms*) à partir de critères précis, comme le propose la Commission dans la consultation qu'elle vient de lancer (effets de réseau, nombre d'utilisateurs et/ou capacité du service à obtenir des données sur les marchés…), et d'identifier le caractère systémique de certains opérateurs numériques afin de pouvoir mettre en place un suivi rapproché, y compris pour contrôler les acquisitions de petites entreprises innovantes qui génèrent peu de chiffres d'affaires et donc n'atteignent pas les seuils de notification actuels et ainsi s'assurer que l'opération envisagée n'est pas de nature à réduire la concurrence, voire à l'éliminer (*killer acquisitions*) ;

Sur la nécessité d'une évaluation a posteriori *et transparente des décisions prises en matière de concurrence*

Considérant que les remèdes demandés par la Commission aux entreprises en cas de concentration sont lourds de conséquences – irréversibles lorsqu'il s'agit de cessions d'actifs – et reposent sur des concepts complexes à appréhender comme le marché pertinent, la concurrence potentielle future, l'horizon temporel ou le pouvoir de marché ;

Considérant que ces remèdes peuvent se révéler *a posteriori* inefficaces voire contre-productifs, certains marchés évoluant rapidement, et préjudiciables à différents intérêts de l'Union comme le bien-être du consommateur, le bon fonctionnement du marché intérieur, la capacité d'innovation, et la compétitivité des entreprises européennes ;

Préconise la mise en place d'un suivi des décisions de la Commission pour analyser la pertinence des mesures correctrices décidées au regard des objectifs qui leur étaient assignés, afin d'éventuellement revoir ou supprimer le remède comportemental manquant dans les faits de pertinence ou constituant un handicap trop lourd pour l'entreprise par rapport au gain concurrentiel escompté ; un tel suivi permettrait en outre à la Commission d'affiner progressivement ses futures décisions, marché par marché, secteur par secteur, alors que les évolutions économiques du niveau concurrentiel d'un marché dans certains secteurs sont particulièrement rapides (modification des parts de marché, nouvel entrant, hausse ou baisse des prix, etc.) ;

Estime qu'un tel suivi permettrait également, dans des cas similaires ultérieurs, de faire évoluer l'application des différents concepts économiques, notamment l'horizon temporel retenu au regard de la vitesse d'évolution d'un marché, la probabilité d'une concurrence potentielle future au regard du soutien public dont un concurrent bénéficie à l'étranger, l'évaluation des gains d'efficacité, ou le degré de prise en compte de l'accès aux données ;

Propose à cet effet la création d'un Observatoire européen d'évaluation de la politique de la concurrence (OEEPC), placé sous l'autorité de la Commission européenne et indépendant de la DG Concurrence, qui serait chargé de collecter les informations relatives à l'état et à l'évolution de la concurrence dans les différents secteurs économiques, notamment dans l'objectif d'actualiser les cartographies sectorielles et de fonder l'évaluation des décisions de la Commission en matière de concurrence ; de compiler et de tenir à jour une base de données de ces décisions et de la jurisprudence afférente de la Cour de Justice de l'Union européenne ; enfin de suivre l'application des décisions de la Commission en matière de concurrence et de réaliser une évaluation de ces décisions en fonction, notamment, de leur impact sur les prix, le choix offert aux consommateurs, les flux commerciaux, la concentration du marché, la compétitivité des entreprises, l'emploi européen, la capacité d'innovation, la protection de l'environnement, ou la protection des données personnelles.