

Information Technology and Innovation Foundation
700 K Street NW, Suite 600
Washington, DC 20001

Consultation publique sur la transposition en droit français de la Directive (UE) 2019/1 du Parlement
Européen et du Conseil du 11 décembre 2018

Pour la DGCCRF

Contribution de la Information Technology and
Innovation Foundation à la Consultation
Publique du 11 janvier 2021

)

)

)

)

)

)

)

Bureau 3B

DGCCRF

1er Février 2021

Le 14 janvier 2019, le Parlement européen et le Conseil ont publié la Directive (UE) 2019/1 visant à renforcer les pouvoirs et les moyens des autorités nationales de concurrence. Cette directive fait l'objet d'une transposition en droit français par l'article 37 de la loi n°2020-1508 du 3 décembre 2020 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union Européenne en matière économique et financière¹.

Officiellement intitulée comme « *visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur* », le texte européen poursuit la volonté de l'Union Européenne d'harmoniser l'application des articles 101 et 102 du TFUE (ententes prohibées et abus de position dominante). Pour se faire, il a pour objet de doter les autorités nationales de garanties fondamentales d'indépendance, de ressources ainsi que de pouvoirs minimum de coercition, de telle sorte que l'application du droit de la concurrence européen soit uniforme au sein de l'Union Européenne.

Les différences de pouvoirs et de moyens entre les différentes autorités de la concurrence pouvaient entraîner une divergence dans l'application des articles 101 et 102 du TFUE. Un tel fonctionnement menait à une application inégale du droit de la concurrence européen et faussait donc la concurrence entre les acteurs économiques. L'harmonisation des pouvoirs et garanties des autorités nationales et l'application uniforme du droit de la concurrence en Europe entraînent un effet bénéfique sur le marché car cela se traduit pour les entreprises par une diminution de l'incertitude au regard de certaines opérations. La mise en place d'une réglementation claire et unique sur un même marché permet aux acteurs de s'y développer en pleine liberté et concourent à la croissance économique ainsi qu'à davantage de sécurité juridique.

Bien que l'Autorité de la Concurrence (« Adlc ») soit une des autorités nationales les plus actives en Europe et dispose déjà de garanties et de moyens importants, la transposition de cette directive dans le droit national va indéniablement renforcer ses pouvoirs. Parmi les pouvoirs accordés aux autorités, la directive introduit dans un premier temps un principe d'opportunité des poursuites. En application du principe d'indépendance, la directive permet aux autorités de fixer un ordre de priorité dans les demandes. La possibilité laissée aux autorités de la concurrence de rejeter les plaintes qu'elle ne considère pas comme une priorité devrait faire l'objet de garanties assez importantes afin de préserver les droits à la défense des entreprises ainsi que leur droit à être entendus. Le principe de l'opportunité des poursuites est louable car il permettra à l'Adlc de se focaliser sur les pratiques les plus dommageables tout en évitant d'être utilisée de façon opportuniste par des rivaux saisissant l'Adlc dans le seul but d'obtenir par le régulateur un avantage concurrentiel qu'il pourrait/devoir

¹ Cf: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000042607095>

obtenir par la rivalité et l'inventivité. Néanmoins, ce principe rapprochant l'Adlc d'un rôle de procureur économique doit s'accompagner de garanties, telle que la justification, raisonnablement détaillée, de l'abandon des poursuites. Cette justification devrait pouvoir être contesté dans des rares cas prévus par la loi afin de garantir l'accès au juge conformément aux libertés fondamentales s'appliquant aux entreprises. Une telle obligation de justification ainsi qu'une telle possibilité de contestation de ladite justification semble manquer dans le projet de loi examiné.

Concernant la possibilité d'imposer des mesures conservatoires, il est à préciser que cette possibilité procède d'une approche précautionneuse du droit de la concurrence – ainsi le principe de précaution vient être s'introduire dans un droit gouvernant l'innovation². Cette relative contradiction doit être soulevée afin de s'assurer que l'Adlc use de ce pouvoir avec parcimonie étant donné les conséquences importantes et immédiates sur les incitations à l'innovation que de telles mesures conservatoires occasionnent. Surtout, l'adoption de mesures conservatoires ne saurait être décidée sans la démonstration soit de l'urgence de la situation, soit de l'irréparabilité du dommage occasionné ou à intervenir. Il conviendrait dès lors que le projet de loi stipule expressément l'exigence de démontrer l'urgence ou l'irréparabilité du dommage comme condition sine qua non à l'adoption de mesures conservatoires. Cette démonstration doit pouvoir faire l'objet d'un éventuel recours devant le juge des référés. Le projet de loi devrait être l'occasion de renforcer de telles garanties en matière du juge des référés et de nécessaire contestabilité des mesures conservatoires par les entreprises visées.

Plus généralement, nous pouvons ajouter que la directive confère également aux autorités nationales la possibilité de mettre en place des sanctions pouvant aller jusqu'à 10% du chiffre d'affaire mondial, mais également d'imposer une restructuration aux entreprises en cas d'infraction si aucune mesure comportementale moins contraignante ne pourra être retenue.

A l'heure où les autorités de la concurrence dans le monde, et notamment en Europe, lancent de multiples investigations contre les géants du numérique, et quelques semaines après l'annonce des Digital Service Act et Digital Market Act, ces textes semblent présenter un atout afin de réguler l'économie du numérique en constante évolution. Le principal objectif du droit de la concurrence est de permettre aux acteurs présents sur le marché de se développer en toute liberté et de manière efficace. Les institutions compétentes ne doivent alors intervenir qu'en cas d'infraction sur le marché et doivent garantir aux agents économiques un certain niveau de sécurité juridique. Cependant,

² Voir, dans ce sens: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document//E-8-2017-004559_EN.html ; Aurelien Portuese, European Competition Enforcement and the Digital Economy : the Birthplace of Precautionary Antitrust, *Report on the Digital Economy*, Global Antitrust Institute, 597-651 (2020), <https://gaidigitalreport.com/2020/08/25/antitrust-enforcement-activity-in-digital-markets-europe/> .

l'octroi de tels pouvoirs aux autorités nationales impose à l'inverse une réelle contrainte sur le marché.

Le pouvoir donné aux autorités nationales d'imposer des sanctions structurelles aux entreprises présente également une contrainte pour le marché. Bien qu'elle soit subordonnée à l'absence de solution comportementale pour l'entreprise en infraction, une telle sanction traduit l'idée selon laquelle l'efficacité du marché est principalement due aux nombres d'acteurs présents sur le marché. Cependant, l'efficacité d'un marché peut résulter d'un petit nombre d'acteurs, notamment dans le secteur numérique où la moindre innovation lancée par un concurrent peut remettre en cause les produits offerts sur le marché. L'imposition d'une sanction structurelle aurait des conséquences négatives sur l'innovation dans le marché, et a fortiori sur les consommateurs.

Afin qu'une telle sanction ne porte atteinte au développement du marché, il serait intéressant de poser comme condition à son utilisation l'existence d'infractions très graves ou extrêmes au droit de la concurrence. La simple absence de mesure coercitive d'efficacité égale reste une mesure assez floue car l'efficacité d'une mesure reste difficile à évaluer avant sa mise en place.

Enfin, la directive ECN+ dote également les autorités nationales de la concurrence de pouvoirs d'investigation étendus. Celles-ci auraient alors la possibilité d'obtenir toutes les informations relatives à l'entreprise visée par l'enquête. Couplée à la possibilité pour l'autorité de s'autosaisir, cette prérogative représente un vrai danger pour le marché car elle pourrait nuire aux entreprises alors forcées de remettre des informations confidentielles. L'existence d'une telle mesure devrait être assortie de garanties ne permettant à l'autorité compétente d'obtenir l'ensemble de ces informations qu'en cas d'infraction d'une gravité suffisamment importante et menaçant le marché. En définitive, il serait intéressant pour préserver le bon fonctionnement du marché de soumettre l'application de ces pouvoirs à d'importantes garanties permettant de protéger le marché et les droits des entreprises visées.