

Commentaires du CCBE sur un "nouvel outil de concurrence" dans le cadre d'une future législation qui sera proposée par la Commission européenne

14/10/2020

1 Introduction

Le CCBE est ravi de présenter ses commentaires sur le nouvel outil de concurrence dans le cadre d'un futur paquet législatif (lié à une proposition législative sur les services numériques) que la Commission européenne (ci-après la Commission) prépare actuellement. Au point 2, le CCBE expose ses préoccupations par rapport à la justification de la Commission, et présente au point 3 le cadre et la base juridiques possibles pour cet outil. Le point 4 compare le nouvel outil de la Commission en matière de concurrence avec des régimes similaires déjà en place dans d'autres juridictions. Enfin, le point 5 offre certaines propositions au cas où la Commission décide d'instaurer cet outil en matière de concurrence.

Résumé : Le CCBE est particulièrement préoccupé par le fait que l'introduction d'un nouvel outil de concurrence changerait radicalement la nature des instruments du droit de la concurrence et l'équilibre des pouvoirs, tout en abaissant le niveau de preuve et en mettant en danger de manière disproportionnée les droits de la défense des parties. Le CCBE ne pense pas que la Commission ait besoin d'un outil allant au-delà de sa capacité actuelle à mener des enquêtes sectorielles.

Si un tel outil devait être introduit, la Commission devrait clarifier les critères juridiques et économiques qu'elle appliquerait avant d'intervenir sur un marché ou d'imposer des mesures correctives. En particulier, il conviendra de définir des critères exacts et niveau de preuve que la Commission doit respecter avant de pouvoir intervenir sur un marché. La Commission doit également préciser ce que les nouveaux pouvoirs d'enquête impliqueraient exactement. Le CCBE propose également que la Commission établisse des règles claires fondamentales et introduise des garanties procédurales solides (à l'instar de celles en vigueur au Royaume-Uni).

En tout état de cause, des garanties appropriées et rigoureuses doivent être mises en place, telles que des contrôles de proportionnalité, des garanties procédurales et un contrôle juridictionnel approfondi. Un autre danger potentiel auquel la Commission pourrait être confrontée avec un tel outil est la nécessité accrue de trouver un équilibre parmi les intérêts des États membres, au risque de devenir politisée et de voir donc son indépendance politique compromise.

2 Raisonement

- 2.1 Le raisonnement qui sous-tend cette proposition est qu'un nouvel outil de concurrence est nécessaire pour permettre à la Commission de traiter les problèmes de concurrence structurels sur les marchés qu'elle a identifiés et qui ne peuvent être réglés ou traités de la manière la plus efficace selon les règles de concurrence actuelles (par exemple, empêcher des situations de « tipping » dans les marchés).
- 2.2 Bien que l'analyse d'impact initiale de la Commission cite plusieurs rapports de recherche sur lesquels se fonde sa proposition actuelle, et qui indiquent les dangers plausibles et potentiels qui

peuvent survenir et rien de plus. Bien qu'il semble y avoir un consensus plus large parmi les universitaires sur les dangers potentiels, la plupart de ces rapports admettent qu'ils manquent de preuves empiriques et qu'ils n'ont pas d'exemples réels, ce qui a souvent été reconnu comme une véritable nécessité afin de savoir comment procéder¹.

- 2.3 Ainsi, aucune preuve concrète et convaincante n'a été avancée pour prouver qu'un nouvel outil est nécessaire pour relever les défis qui se présentent. La Commission serait en effet dans une position plus favorable si elle pouvait clairement délimiter les lacunes que cet outil de concurrence tente de combler. Au lieu de cela, les rapports d'experts² ne font référence à aucun exemple réel et se fondent sur une simple plausibilité, rendant dès lors l'objectif ultime de l'outil peu clair et ne faisant qu'informer d'un résultat souhaité, ce qui n'est pas le but du droit de la concurrence, et sans une évaluation fondée sur les faits, ce qui est contraire aux principes européens d'amélioration de la réglementation tels que promus par la Commission, consistant à ce que les actions de l'UE reposent sur des preuves et la compréhension de ses effets.
- 2.4 Plus précisément, le rapport de l'OCDE³ repose sur un résultat indésirable hypothétique, et postule que ce résultat est un problème. La nature de la concurrence en tant que discipline n'est ni de contrôler ni d'améliorer les résultats du marché. Il s'agit de garantir un processus équitable, et les rapports sur lesquels repose l'analyse d'impact initiale n'abordent pas le moyen d'y parvenir.
- 2.5 Il n'existe pas de norme pour mesurer un tel problème. En fait, les rapports semblent tous mettre l'accent sur le résultat plutôt que sur la méthodologie, ce qui n'est pas utile lorsqu'on tente de créer une solution juridique à un problème. En effet, le rapport de l'OCDE évoqué ci-dessus cite Kaplow en disant que l'approche actuelle pourrait être trop « formaliste » pour s'attaquer aux dommages causés, dans une tentative de justifier une « approche du droit de la concurrence davantage fondée sur l'économie⁴ », qui ne tient pas compte de l'accent mis sur les méthodes exactes utilisées pour obtenir les résultats préjudiciables précités. L'adoption d'une telle approche permettrait en effet à la Commission de contourner les normes établies en matière de preuve, puisqu'il n'est pas nécessaire de constater une infraction, et d'intervenir en l'absence des résultats souhaités sur le marché sous couvert de protection des consommateurs.
- 2.6 La Commission a indiqué que les règles de concurrence actuelles restent « *l'essentiel de la politique de concurrence*⁵ », ce dont convient parfaitement le CCBE. Les autorités chargées du droit de la concurrence disposent déjà d'une multitude d'outils pour faire face aux nouvelles réalités potentielles. Ces outils ont résisté à l'épreuve du temps, et s'il y a un problème à résoudre, il pourrait s'agir plutôt d'une application plus approfondie et d'un effort supplémentaire pour répondre aux normes en matière de preuve si le souhait est de constater une infraction. Le CCBE se félicite de l'utilisation accrue de la boîte à outils actuelle de la Commission, en particulier les mesures provisoires, les enquêtes sectorielles et enquêtes au titre des articles 101 et 102 du TFUE.
- 2.7 En outre, le CCBE souhaite exprimer ses préoccupations quant à la transformation du droit de la concurrence comme une panacée pour chaque préoccupation politique. L'ampleur de l'ingérence qui accompagne un outil d'une telle flexibilité pose des questions sur la manière dont l'application en serait proportionnée et efficace. Le CCBE estime que la structure de gouvernance singulière des institutions de l'UE n'est pas suffisamment équipée pour traiter les questions de responsabilité et de transparence si un tel instrument venait à être ajouté à la boîte à outils de la Commission.

¹ Le rapport de l'OCDE sur la collusion tacite admet clairement le caractère hypothétique de ses idées. Voir OCDE (2017), *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age* www.oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm.

² OCDE (2017), *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age* www.oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm.

³ OCDE (2017), *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age* www.oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm.

⁴ Kaplow, L. (2011), "On the Meaning of Horizontal Agreements in Competition Law", *California Law Review*, Vol. 99, No. 3, pp. 683-818, <https://www.jstor.org/stable/23014697?seq=1> - page_scan_tab_contents.

⁵ Déclaration de la commissaire Vestager devant le Comité américain sur le sous-comité judiciaire sur l'antitrust, le droit commercial et administratif, 3 août 2020 [en ligne] Disponible sur : < <https://eaccny.com/news/chapternews/statement-by-executive-vp-of-the-eu-commission-margrethe-vestager-to-the-u-s-committee-on-the-judiciary-subcommittee-on-antitrust-commercial-and-administrative-law/> > [consulté le 6 août 2020].

- 2.8 Le raisonnement de l'OCDE dans son rapport sur les algorithmes et la collusion préconise trop librement de remplacer les références juridiques par « l'économisation » afin de justifier les nouveaux objectifs de la Commission. Le CCBE est convaincu que cela pourrait entraîner à la fois une insécurité juridique et des interrogations quant au seuil d'intervention de la Commission. De même, l'OCDE a indiqué : « *En tenant compte d'objectifs multiples, on accroît les risques de conflits et d'une application incohérente de la politique de la concurrence*⁶ ».

3 Cadre et base juridiques actuels

- 3.1 **Si, dans la pratique, l'introduction de ce nouvel outil de concurrence peut signifier que la Commission est tenue de respecter des normes moins strictes en matière de preuve que celles prévues par les règles de concurrence actuelles, cet outil posera également la question de savoir si ces pouvoirs s'inscrivent dans le cadre européen actuel étant donné que la Commission se verrait presque accorder la capacité juridique de faire avancer la réglementation du marché tout en rendant les droits des entreprises en matière de procédures régulières moins sûrs sur le plan juridique. Le CCBE ne pense pas que la Commission ait besoin d'un outil allant au-delà de sa capacité à mener des enquêtes sectorielles.**
- 3.2 En outre, il existe également un chevauchement potentiel avec d'autres règlements tels que le futur règlement sur les contrôleurs d'accès (« gatekeepers ») et le règlement « platform-to-business » récemment introduit. Comme la Commission a déjà précisé que le nouvel outil de concurrence et le règlement « gatekeepers » seront supervisés par la DG CNECT et la DG COMP, il a été souligné à juste titre que les entreprises pourraient être soumises à deux agences de régulation différentes, ce qui augmenterait la charge réglementaire tout en ayant la possibilité d'imposer des mesures correctives analogues. **Tout comme pour le règlement « platform-to-business », l'attention de la Commission devrait porter sur l'équité du processus plutôt que sur l'équité du résultat, tout en reconnaissant la création de valeur des plateformes pour les utilisateurs et les consommateurs.**
- 3.3 En outre, le CCBE estime que la base juridique de cet outil est discutable. Il a été souligné à juste titre que ce nouvel outil de concurrence contournerait inévitablement les exigences d'intervention établies par la Commission, en particulier lorsqu'un chevauchement peut être trouvé entre le nouvel outil de concurrence et un comportement contraire aux articles 101 et 102 du TFUE. Toutefois, l'article 103 du TFUE ne constituerait pas une base juridique adéquate étant donné qu'il « *devrait être compatible avec les dispositions du traité telles qu'interprétées par les juridictions (concernant, par exemple, la charge de la preuve, la notion de restriction de la concurrence, la position dominante, les effets anticoncurrentiels...)*. Les dispositions du traité traitent des restrictions de concurrence, mais ne peuvent sans doute pas constituer la base juridique de mesures visant à créer une nouvelle concurrence ».⁷
- 3.4 **Enfin, le CCBE exhorte la Commission à clarifier les critères juridiques et économiques qu'elle appliquerait avant d'intervenir sur un marché ou d'imposer des mesures correctives. En particulier, il conviendra de définir le critère et la norme en matière de preuve exacts que la Commission doit respecter avant de pouvoir intervenir sur un marché. La Commission doit également préciser ce que ses nouveaux pouvoirs d'enquête impliqueraient exactement. Le CCBE propose également que la Commission divulgue un format de règles fondamentales et mette en place des garanties procédurales élaborées telles que celles en vigueur au Royaume-Uni.**

⁶ Voir également le Forum mondial de l'OCDE sur la concurrence, 2003. LES OBJECTIFS DU DROIT ET DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE. [en ligne] Organisation de coopération et de développement économiques. Disponible à l'adresse suivante : [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=CCNM/GF/COMP\(2003\)3&docLanguage=Fr](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=CCNM/GF/COMP(2003)3&docLanguage=Fr) [consulté le 5 août 2020].

⁷ Voir aussi Lamadrid, A., 2020. Can This Be the New Normal? 10 Questions on the Proposed New Competition Tool. Blog Chilin'Competition, disponible sur : <https://chillingcompetition.com/2020/06/11/can-this-be-the-new-normal-10-questions-on-the-proposed-new-competition-tool/> [consulté le 5 août 2020].

4 Comparaison et contraste avec d'autres juridictions

- 4.1 Alors que la Commission cherche à progresser vers un cadre où les outils ex-post et ex-ante sont intégrés, des pays tels que la Grèce, l'Islande, le Mexique, la Roumanie, l'Afrique du Sud et, plus particulièrement, le Royaume-Uni, ont déjà mis en place de tels systèmes d'enquête sur le marché. Ces systèmes sont de nature très discrétionnaire, permettant aux autorités de prendre des mesures drastiques en cas de constatation d'une défaillance du marché, telle que la cession d'actifs et la séparation structurelle.
- 4.2 Il est intéressant de noter que la Grèce dispose de deux types de pouvoirs (depuis 2005) : (i) examiner un secteur spécifique de l'économie grecque qui relève de sa compétence, et si elle conclut qu'il n'y a pas de conditions de concurrence effective dans ce secteur et considère que l'application du reste de ses instruments de concurrence n'est pas suffisante pour créer les conditions d'une concurrence effective, elle peut, par décision motivée, prendre toutes les mesures nécessaires et proportionnées à cet égard, y compris une proposition législative motivée soumise au ministre compétent et au ministre de l'Économie, de la compétitivité et de la marine marchande ; (ii) mener une enquête sur un secteur spécifique de l'économie ou sur un type spécifique d'accords dans divers secteurs lorsque la fixation des prix ou d'autres circonstances font soupçonner une restriction ou une distorsion éventuelle de la concurrence. En ce qui concerne ce dernier point, il n'y a pas de délais, mais la Commission hellénique de la concurrence (HCC) peut publier un rapport sur les résultats de son enquête et demander aux parties intéressées de faire part de leurs commentaires. Toutefois, en ce qui concerne les rapports, la HCC doit notifier son avis sur le caractère anticoncurrentiel du marché dans les 90 jours suivant le début de la procédure, suivi d'une consultation publique d'une durée minimale de 30 jours. L'étape suivante consiste à émettre un avis motivé exposant les mesures proposées, qui est également soumis à une consultation publique d'au moins 30 jours. La décision ultérieure de la HCC est exécutoire et peut également faire l'objet d'un recours, avec une sanction pour non-respect de la part des personnes physiques ou morales de 15 000 euros au minimum et de 10 % au maximum du chiffre d'affaires total de l'année précédant la décision. Si, au cours des deux années suivantes, la HCC constate que les mesures sont insuffisantes, elle relance la procédure. Ces deux pouvoirs impliquent un effort et un engagement de temps substantiels tant de la part de l'autorité que des acteurs du marché concernés, comme l'illustrent par exemple l'enquête de la HCC sur les biens de consommation de base lancée en 2011, qui aurait accumulé près de 300 pages d'informations, et la consultation publique lancée en avril 2020. Il est à noter que le HCC mène également des enquêtes sur le commerce électronique et les technologies de la finance, respectivement, et pourrait éventuellement enquêter sur les taxis.
- 4.3 En Roumanie, il existe une procédure en une seule étape qui s'adresse aux acteurs privés et publics et qui aboutit à l'adoption d'une décision. Le Conseil roumain de la concurrence est tenu de notifier les parties faisant l'objet d'une enquête dans le cadre d'une procédure d'enquête préliminaire, mais il n'y a pas de délai fixe pour l'enquête. Une fois le rapport rédigé, une copie doit être soumise aux parties au moins 30 jours avant les audiences, où les parties peuvent présenter leurs allégations. Par la suite, le Conseil roumain de la concurrence soumettra sa décision, mais il n'y a pas non plus de délai fixé pour cette étape. Le Conseil roumain de la concurrence a fait un usage assez actif de ce pouvoir au cours des dernières années.
- 4.4 **Le CCBE a deux préoccupations principales concernant l'adoption potentielle par la Commission du nouvel outil de concurrence. L'encadrement proposé offrirait à la Commission une ingérence beaucoup plus large telle que, comme l'a mentionné la vice-présidente exécutive Mme Vestager, un devoir de « mettre les données à la disposition de tiers, par exemple. En dernier recours, cela pourrait même signifier un démantèlement d'entreprises pour protéger la concurrence⁸ ». En outre, lorsque la Commission ne serait pas en mesure d'articuler le préjudice en vertu des outils conventionnels des articles 101 et 102 TFUE, le CCBE craint que ces pouvoirs soient utilisés pour promouvoir des objectifs politiques et cibler exclusivement des secteurs ou des entreprises spécifiques.**

⁸ Discours de la commissaire Vestager sur la concurrence à l'ère du numérique : Changing Enforcement for Changing Times, Conférence annuelle de l'ASCOLA, 26 juin 2020 [en ligne] Disponible sur : https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/competition-digital-age-changing-enforcement-changing-times_en [consulté le 6 août 2020].

- 4.5 Avec près de vingt enquêtes de marché réalisées au Royaume-Uni depuis la première introduction de l'outil, il est intéressant de noter que la *Competition and Markets Authority* (CMA) a choisi de ne pas utiliser son instrument d'enquête de marché dans les affaires numériques. Bien que la CMA ait la possibilité de remédier à tout « effet négatif sur la concurrence⁹ », il n'est pas nécessaire de constater une infraction. Tout comme les effets rencontrés au Royaume-Uni à la suite d'enquêtes de marché, si ce nouvel outil de concurrence est mis en œuvre, les engagements substantiels en termes de temps et de ressources de la part du personnel constituent l'un des nombreux défis auxquels les entreprises seront confrontées.
- 4.6 Des inquiétudes se sont également fait sentir au Royaume-Uni du fait que, lorsque le gouvernement préfère ne pas intervenir ouvertement ou que les instruments de concurrence ne sont pas optimaux pour résoudre des questions de nature politique, des enquêtes de marché sont menées comme un moyen d'atteindre des objectifs politiques. À cet égard, la CMA a précédemment commenté discrètement le soutien de la part du gouvernement à sa position importante de régulateur indépendant.
- 4.7 Compte tenu des contraintes de temps et de la portée des enquêtes, certaines parties s'accordent à dire que l'examen effectué n'est pas suffisamment rigoureux et qu'il est assorti de mesures correctives disproportionnées, d'autant plus que les activités de marché en question ne font que répondre à des effets négatifs sur les exigences de la concurrence¹⁰ et ne sont donc pas « illégales ». Compte tenu de ce qui précède, les enquêtes de marché au Royaume-Uni ont parfois été jugées excessivement problématiques. Depuis le raccourcissement des délais des enquêtes de marché¹¹, les retards se transforment de plus en plus en un point sensible pour les procédures d'enquête. En raison du manque de temps pour répondre aux déclarations, aux documents de travail ou aux demandes, il est possible d'affirmer que le droit à la défense des parties est compromis et que, à toutes fins utiles, les conclusions de l'enquête sont faussées.
- 4.8 La Commission a clairement tiré sa vision du régime britannique, un système dont la vice-présidente exécutive Vestager fait régulièrement l'éloge, mais il reste à savoir si les tribunaux de l'UE seraient en mesure d'exiger de la Commission européenne qu'elle rende des comptes de la même manière que le *Competition Appeal Tribunal* (CAT). Au Royaume-Uni, les parties peuvent, dans les deux mois suivant la notification du rapport final, former un recours auprès du CAT contre les décisions du CMA. Si un jugement du CAT confirme un aspect de l'appel, cela pourrait conduire à ce que l'enquête ou une partie de celle-ci soit renvoyée au CMA pour réexamen¹². Les appels contre les jugements du CAT peuvent, s'ils sont autorisés, être transmis à la Cour d'appel ou, en Écosse, à la *Court of Session* et, en dernier ressort, à la Cour suprême. Au Royaume-Uni, le système est soumis à des garanties rigoureuses, avec une procédure détaillée et transparente en place pour tenir les autorités responsables au moyen de programmes rigoureux contenant des documents de travail, des audiences de déclarations et des consultations sur les recours. L'UE doit s'assurer qu'elle est institutionnellement à un stade où elle est en mesure de mettre en œuvre ce degré de responsabilité et de transparence, notamment en ce qui concerne les tribunaux de l'UE. Ces derniers doivent être en mesure d'effectuer le même niveau de contrôle juridictionnel méticuleux et strict que les tribunaux britanniques. Par exemple, les mécanismes de recours qui pourraient être disponibles ne semblent pas aussi solides que ceux qui sont disponibles dans le contexte britannique, où le CAT tient à un niveau élevé le CMA.
- 4.9 En effet, un tel outil nécessiterait les garanties les plus strictes, et comprendrait une participation sans compromis des parties concernées au cours d'une enquête, des visites sur place, une

⁹ Section 138(2) de la loi sur les entreprises de 2002.

¹⁰ Les trois questions suivantes sont examinées lors de l'application du test AEC : (i) les caractéristiques du marché et les résultats de la concurrence à l'intérieur de celui-ci ; (ii) la définition du marché ; et (iii) l'état de la concurrence sur le marché ; plus précisément, s'il existe des caractéristiques nuisant à la concurrence.

¹¹ Le 7 mars 2016, la CMA a annoncé qu'elle prolongeait de trois mois le délai de l'enquête sur le marché de la banque de détail (voir

https://assets.publishing.service.gov.uk/media/56d9b770e5274a036e000000/Notice_of_extension_of_the_inquiry_statutory_period.pdf). Le 21 septembre 2015, la CMA a annoncé qu'elle prolongeait de six mois le délai de son enquête sur le marché de l'énergie, du 25 décembre 2015 au 25 juin 2016 (voir www.gov.uk/government/news/cma-extends-energy-investigation-timetable)

¹² Par exemple, à la suite d'appels contre les décisions du CMA, le CAT a ordonné au CMA de reconsidérer certaines parties des mesures de recours dans les rapports finaux sur l'alimentation (avril 2008) et l'assurance de protection des paiements (PPI) (janvier 2009). Ces aspects étaient, respectivement, le test de concurrence appliqué aux demandes de planification de la vente au détail de produits alimentaires et l'inclusion d'une interdiction de l'émission de PPI au point de vente.

communication en temps utile des audiences et des consultations sur les mesures, ainsi qu'un suivi étroit après l'imposition de mesures. En outre, le caractère exécutoire des mesures et l'intensité du contrôle exercé par la Cour de justice dans une perspective de mesures provisoires et suspensives devraient également être particulièrement pris en considération. Dans ce nouveau régime, la question de l'exécution immédiate des décisions de la Commission et du contrôle par la Cour de justice à titre préventif devrait être réexaminée.

Actuellement, le régime fonctionne bien pour les amendes, mais s'il s'agit d'imposer aux entreprises l'obligation d'essayer de restructurer le marché, la situation serait tout à fait différente. L'application de ces mesures alors qu'elles feraient l'objet d'un recours devrait être réexaminée étant donné que sous le régime actuel les décisions de la Commission sont presque toujours immédiatement exécutoires et qu'il est très difficile d'obtenir une mesure provisoire auprès de la Cour de justice. Comme il s'agit de questions structurelles, les dommages qui peuvent être causés aux entreprises sont irréversibles et il est assez incertain que l'état actuel du droit de l'Union européenne sur les mesures provisoires soit bien adapté à cette nouvelle pratique.

- 4.10 En France, il était prévu que les pouvoirs publics confèrent à l'Autorité de la concurrence un pouvoir d'injonction structurel, mais ces tentatives ont finalement été abandonnées.
- 4.11 Ce pouvoir d'injonction structurelle a d'abord été introduit dans le droit français pour le secteur du commerce de détail dans certains territoires d'outre-mer (loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012) et en Nouvelle-Calédonie, puis en Polynésie française. Toutefois, compte tenu des résultats limités de cette introduction, le système a finalement été abrogé en Polynésie française.
- 4.12 À la suite d'une demande de l'Autorité de la concurrence¹³, la loi du 6 août 2015 (Loi Macron) a prévu l'introduction d'une injonction structurelle en France métropolitaine. Cependant, ce projet a été rejeté par le Conseil constitutionnel, qui a estimé que ce dispositif portait une atteinte excessive à la liberté d'entreprise et au droit de propriété dans la mesure où il pouvait conduire à une remise en cause des prix ou des marges ou entraîner des cessions d'actifs alors que la position dominante pouvait être acquise au fond et qu'aucun abus n'avait été constaté¹⁴. Comme le montrent les différentes solutions proposées, le simple fait de s'adresser à des secteurs particuliers peut être interprété comme discriminatoire, alors que le fait de laisser le champ d'application totalement indéfini peut être considéré comme disproportionné. Le CCBE serait favorable à ce qu'il y ait une clarification sur quelque soit le seuil ou le critère.
- 4.13 Il est certain que l'intervention de la Commission dans les situations où elle le juge nécessaire exigerait une certaine proportionnalité. Le CCBE souhaite voir proposer des garanties pour assurer cette proportionnalité.

5 Propositions

- 5.1 **Tel qu'indiqué ci-dessus, le CCBE soutient que des garanties appropriées et rigoureuses doivent être mises en place, telles que des contrôles de proportionnalité, des garanties procédurales et un contrôle juridictionnel approfondi. Un autre danger potentiel auquel la Commission européenne pourrait être confrontée si elle décide de mettre en œuvre cet outil est l'équilibre qu'elle doit trouver entre les intérêts des États membres, au risque de d'être politisée. L'UE étant une Union d'États membres (qui confèrent des compétences à cette Union pour atteindre des objectifs communs tels que visés par les traités), elle est beaucoup plus exposée à ce risque potentiel que les États membres qui optent pour un tel outil d'enquête sur leurs marchés, et la Commission devra adopter une approche proactive pour préserver son indépendance politique vis-à-vis des intérêts nationaux.**
- 5.2 Nombreux sont ceux qui demandent une participation étroite et active lors des procédures d'enquête afin de garantir un résultat plus équitable et peut-être plus efficace. Il a déjà été suggéré que la Commission propose un ensemble de critères clairs tant pour l'ouverture d'une enquête que pour l'imposition de mesures, afin d'offrir au moins aux entreprises une certaine sécurité

¹³ Avis 12-A-01 du 11 janvier 2012 de l'Autorité de concurrence relatif à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris.

¹⁴ Décision du Conseil constitutionnel français n° 2015-715 du 5 août 2015.

juridique. En outre, la Commission ne devrait pas avoir le « *pouvoir d'imposer des mesures arbitraires* » et les entreprises d'un secteur soumis à une enquête devraient avoir la possibilité de prendre des engagements volontaires dès le début de la procédure d'enquête.

- 5.3 Même si la Commission décide d'adopter ce nouvel outil, le CCBE aimerait ajouter qu'il devrait néanmoins être soumis (i) à une charge de la preuve avec la nécessité de respecter les normes de preuve juridique et (ii) qu'il incomberait à la Commission de démontrer comment son intervention profiterait au marché qu'elle cherche à aider. Comme tous les marchés ne présentent pas des caractéristiques similaires (certains effets anticoncurrentiels sur certains marchés peuvent être considérés comme favorables à la concurrence sur d'autres), il serait essentiel de disposer à la fois de la norme juridique et de l'obligation de justification.
- 5.4 Bien qu'il semble que la Commission recherche un niveau de preuve moins élevé afin de pouvoir intervenir plus rapidement, le CCBE précise que ce niveau devrait être conforme à la jurisprudence développée dans le cadre de la législation existante en matière de concurrence. Des effets plausibles ou un simple risque que de tels effets se produisent, ne seraient pas suffisants étant donné que cela laisserait pratiquement n'importe quel marché sujet à une enquête. Compte tenu de la jurisprudence existante, les effets anticoncurrentiels doivent être directement liés aux éléments du marché considérés, et la Commission devrait pouvoir apporter la preuve que les effets anticoncurrentiels considérés sont plus susceptibles de se produire que de ne pas se produire, plutôt que d'être simplement probables.
- 5.5 Dans la deuxième partie de cette proposition, il incomberait à la Commission de démontrer que ses mesures amélioreraient les conditions de concurrence sur le marché faisant l'objet de l'enquête. S'il y avait plusieurs options de mesures, le CCBE soutient que la Commission devrait choisir la moins restrictive. Compte tenu du stade théorique auquel se trouve actuellement ce nouvel outil de concurrence, ces considérations sont cruciales. Compte tenu du potentiel de modifier radicalement le fonctionnement des marchés par une multitude de mesures probables, y compris les cessions, et les obligations d'information/d'interopérabilité, il est particulièrement vital d'avoir des clarifications au niveau procédural.
- 5.6 Un autre point que le CCBE tient à mentionner en lien avec la nécessité d'un mécanisme d'appel plus solide est l'effet des délais dans la procédure d'appel, qui peuvent signifier que ces questions réglementaires pèseront longtemps pour les entreprises, même si celles-ci auront été gagnantes à la fin de la procédure.

6 Conclusion

- 6.1 Bien que le CCBE félicite la Commission pour la conclusion des rapports d'experts à l'étude d'impact initiale, nous pensons que la Commission devrait s'efforcer de démontrer et de légitimer l'urgence de cet outil. Comme indiqué précédemment, il est nécessaire d'obtenir davantage de preuves empiriques sur un préjudice certain pour les consommateurs. La Commission devrait donc sonder davantage le terrain quant à la nécessité de cet outil avant d'en poursuivre l'adoption.
- 6.2 Si la Commission décide de poursuivre avec la mise en œuvre de ce nouvel outil de concurrence, elle doit veiller à ce que son utilisation soit limitée dans sa portée et clairement délimitée. Comme cet outil peut être très lourd, tant en termes de temps que de coûts, pour toutes les parties concernées, la Commission doit tenir compte des enseignements tirés d'autres juridictions pour introduire des orientations claires en matière de procédure avec des garanties rigoureuses.

7 Références

Crémer, J., de Montjoye, Y. and Schweitzer, H., 2019. Competition Policy For The Digital Era. [online] Luxembourg: Publications Office of the European Union. Available at: <<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>> [Accessed 4 August 2020].

Facebook (Ireland), 2020. Facebook Observations to The Inception Impact Assessment On The DSA Ex- Ante Instrument Of Very Large Online Platforms Acting As Gatekeepers. [online] Available at: <<https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12418-Digital-Services-Act-package-ex-ante-regulatory-instrument-of-very-large-online-platforms-acting-as-gatekeepers/F535672>> [Accessed 6 August 2020].

Giles, I., Thomas, C. and Williams, R., 2017. The Public Competition Enforcement Review: United Kingdom. The Law Reviews, [online] Available at: <<https://www.nortonrosefulbright.com/media/files/nrf/nrfweb/imported/pcer-9-edition--england--wales--public.pdf>> [Accessed 9 August 2020].

Global Competition Review. 2020. Proposed Market Investigation Tool Attracts Hesitant Support. [online] Available at: <<https://globalcompetitionreview.com/article/1228565/eu%E2%80%99s-proposed-market-investigations-tool-attracts-hesitant-support>> [Accessed 6 August 2020].

Kaplow, L. (2011), "On the Meaning of Horizontal Agreements in Competition Law", California Law Review, Vol. 99, No. 3, pp. 683-818, Available at: [https://www.jstor.org/stable/23014697?seq=1 - page_scan_tab_contents](https://www.jstor.org/stable/23014697?seq=1&page_scan_tab_contents) [Accessed 13 August 2020].

Komninos, A., 2020. The European Commission eyes the addition of a market investigation tool to its 60-year-old toolbox – but is it a chisel or a sledgehammer?. [Blog] Kluwer Competition Law Blog, Available at: <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2020/06/05/the-european-commission-eyes-the-addition-of-a-market-investigation-tool-to-its-60-year-old-toolbox-but-is-it-a-chisel-or-a-sledgehammer/?doing_wp_cron=1597706602.6801850795745849609375> [Accessed 6 August 2020].

Lamadrid, A., 2020. Can This Be the New Normal? 10 Questions on the Proposed New Competition Tool. [Blog] Chillin'Competition, Available at: <<https://chillingcompetition.com/2020/06/11/can-this-be-the-new-normal-10-questions-on-the-proposed-new-competition-tool/>> [Accessed 5 August 2020]

Lamadrid, A., 2020. The debate on big tech- We can do better. [Blog] Chillin'Competition, Available at: <<https://chillingcompetition.com/2020/05/18/the-debate-on-big-tech-we-can-do-better/>> [Accessed 5 August 2020].

OECD (2017), Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age, Available at: www.oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm [Accessed 13 August 2020]

OECD Global Forum on Competition, 2003. THE OBJECTIVES OF COMPETITION LAW AND POLICY. [online] Organisation for Economic Co-operation and Development. Available at: <<http://www.oecd.org/daf/competition/2486329.pdf>> [Accessed 5 August 2020].

Oxera. 2020. Platforms At The Gate? Initial Reactions To The Commission's Digital Consultations | Oxera. [online] Available at: <<https://www.oxera.com/agenda/platforms-gate-initial-reactions-commissions-digital-consultations/>> [Accessed 6 August 2020].

Speech by Commissioner Vestager. Competition in a Digital Age: Changing Enforcement for Changing Times, ASCOLA Annual Conference, June 26, 2020 [online] Available at: <https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/competition-digital-age-changing-enforcement-changing-times_en> [Accessed 6 August 2020].

Speech by Andrea Coscelli. 'Andrea Coscelli – our work in the regulated sectors', Utility Week Congress, October 18, 2016 [online] Available at: <<https://www.gov.uk/government/speeches/andrea-coscelli-our-work-in-the-regulated-sectors>> [Accessed 13 August 2020].

Statement by Commissioner Vestager to the U.S. Committee on the Judiciary Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law, August 3, 2020 [online] Available at: <<https://eaccny.com/news/chapternews/statement-by-executive-vp-of-the-eu-commission-margrethe-vestager-to-the-u-s-committee-on-the-judiciary-subcommittee-on-antitrust-commercial-and-administrative-law/>> [Accessed 6 August 2020].

van Weert, W. and Muto, M., 2020. European Commission Initiates Consultation on Possible New Competition Investigation Tool. *The National Law Review*, [online] X(181). Available at: <<https://www.natlawreview.com/article/european-commission-initiates-consultation-possible-new-competition-investigation>> [Accessed 5 August 2020].

Willis, C., 2020. Market investigations would give EU a “powerful tool”, lawyers say. *Global Competition Review*, [online] Available at: <<https://globalcompetitionreview.com/market-investigations-would-give-eu-powerful-tool-lawyers-say>> [Accessed 5 August 2020].