



AVIS

CCE 2020-2320

Le droit de la concurrence à l'épreuve de la mondialisation et des plateformes numériques

CCE
Conseil Central de l'Economie
Centrale Raad voor het Bedrijfsleven
CRB



Avis
sur le droit de la concurrence à l'épreuve de la mondialisation et
des plateformes numériques

Bruxelles
01.12.2020

Introduction et saisine

L'adoption de règles de concurrence est une compétence exclusive de l'UE et leur application est assurée par la Commission européenne en coopération avec les autorités de concurrence des Etats membres. L'objectif de la politique européenne de concurrence est d'assurer la concurrence libre et non faussée entre agents économiques au sein du marché intérieur, garantissant le bon ajustement des prix pour le consommateur et l'ouverture des marchés aux nouveaux entrants. Elle repose sur trois piliers : (1) l'interdiction des aides d'Etat (la concurrence doit se faire par « le mérite »), sous réserve d'exceptions ; (2) la lutte contre les ententes et abus de position dominante et (3) le contrôle des concentrations.

Actuellement, la politique européenne de concurrence fait l'objet de critiques de la part de certains Etats membres. Critiques qui se sont exacerbées depuis le [rejet de fusion entre Alstom/Siemens en février 2019](#). D'une part, ces Etats membres considèrent que la politique européenne de concurrence est appliquée par la Commission européenne avec trop de sévérité par comparaison aux Etats tiers. D'autre part, ils estiment que son cadre juridique est resté depuis trop longtemps largement inchangé alors que l'environnement économique lui a fortement évolué et que les questions telles que la réciprocité, l'accès aux marchés, la concurrence loyale sont devenues majeures.

Dans un tel contexte de tensions, il est clair que des ajustements vont devoir être apportés à la politique européenne de concurrence afin de l'adapter à ce nouvel environnement économique. Des débats et consultations sur des pistes d'évolution possibles sont actuellement engagés. Une [nouvelle stratégie industrielle européenne](#), mais déjà considérée comme insuffisante par le Parlement européen, a même été élaborée pour chercher la manière de mieux protéger le tissu économique européen face aux entreprises issues de pays tiers.

C'est pourquoi, la CCS Concurrence a estimé important de se saisir d'initiative pour déjà se prononcer via cet avis sur une série de pistes d'évolution avancées et qui pourrait alimenter les débats et les positions qui seront défendues par les autorités belges auprès des institutions européennes.

Ce projet d'avis a été soumis, pour approbation, à la CCS Concurrence qui l'a approuvé à l'unanimité le 1^{er} décembre 2020, sous la présidence de M. Bourgeois.

AVIS

1. Remarques préliminaires

Le marché intérieur est de plus en plus mondialisé sans bénéficier pour autant de règles du jeu équitables au niveau mondial

Sous l'effet de la mondialisation croissante des marchés, outre les compétiteurs américains, des compétiteurs issus d'Etats tiers comme la Chine ou l'Inde ont pu étendre la portée de leurs activités industrielles jusqu'à l'intérieur des frontières de l'UE.

Pour mener à bien leurs projets industriels, ces Etats tiers (Etats-Unis inclus) subventionnent leurs entreprises. De telles subventions ne relèvent pas du contrôle des aides d'Etat de l'UE. Elles ont néanmoins pour conséquence de permettre à une entreprise située hors de l'UE de pratiquer des prix plus bas ; ce qui conduit les acheteurs européens à se tourner plutôt vers l'importation de biens que

vers l'achat de produits européens plus coûteux. A cela s'ajoute encore le fait que certains Etats tiers ferment ou restreignent l'accès à leurs marchés publics (le cas de la Chine est interpellant) tandis que ceux de l'UE sont ouverts aux soumissionnaires des pays tiers. Il en résulte qu'une entreprise subventionnée issue d'un tel pays tiers peut être en mesure de soumettre des offres avantageuses, avec le risque de décourager celles (européennes ou non) non-subventionnées (et parfois plus efficaces) de remporter le marché.

Au service de cette politique, ces Etats tiers utilisent aussi des contraintes peu exigeantes en matière de contrôle des concentrations (fusion ou acquisition). En Chine, en outre, le contrôle des concentrations apparaît plutôt à géométrie variable. Les grands groupes étrangers sont soumis (presque) normalement et parfois avec sévérité à une application du contrôle des concentrations tandis que les entreprises publiques chinoises y sont peu ou pas soumises. Des critères d'« intérêt national » et de « politique industrielle » peuvent également intervenir dans la prise de décision d'autorisation d'une concentration. Cette manière de procéder a permis la consolidation de conglomérats géants publics ou privés (des « champions chinois »), largement soutenus, financés, voire parfois dirigés par l'Etat chinois dont la plupart disposent aujourd'hui d'un quasi-monopole dans leur secteur et sont actifs sur des marchés autres que leur marché d'origine (par exemple, dans le secteur de la construction navale, les deux conglomérats « China State Shipbuilding Corporation et « China Shipbuilding Industry Corporation » ont fusionné en novembre 2019, constituant ainsi un leader mondial dominant près d'un cinquième du marché global). Mais ce serait une erreur de se limiter à la Chine. Aux Etats-Unis, les règles de concurrence et plus particulièrement le contrôle des concentrations ne font pas obstacle à la formation de géants au pouvoir de marché important. La littérature récente relève une application moins stricte du contrôle des concentrations que celle mise en œuvre par la Commission européenne. Cette plus grande souplesse s'expliquerait notamment par une plus grande perméabilité à des considérations de politique industrielle, par un affaiblissement de la législation antitrust au cours des années 2000 et des lignes directrices en matière de fusions-acquisitions en 2010. La plupart des secteurs de l'économie américaine sont aujourd'hui plus concentrés qu'il y a 15 ans, mais aussi plus concentrés que leurs équivalents européens.

Plusieurs conséquences peuvent être tirées de ces pratiques. Premièrement, elles génèrent des distorsions de concurrence qui échappent largement au contrôle de la Commission européenne puisqu'elles trouvent leur origine à l'extérieur du marché. Deuxièmement, elles entraînent de plus en plus une occupation du marché mondial par des firmes non-européennes. Troisièmement, elles mettent en cause l'efficacité de la politique européenne de concurrence existante et posent la question des moyens dont dispose l'UE pour défendre son industrie et rétablir une concurrence juste et loyale par rapport à des Etats tiers concurrents qui ne respectent pas les mêmes principes. A cet égard, les Etats membres critiques avancent, notamment, l'idée de reconsidérer la primauté que tient actuellement la politique de concurrence sur les autres objectifs de politique publique. Ainsi, le droit européen de la concurrence devrait se plier un peu plus aux objectifs de politique industrielle. Ils sollicitent aussi une plus grande souplesse dans la mise en œuvre du contrôle des concentrations pour remédier à ces inégalités de la concurrence au détriment des entreprises européennes, voire demandent l'introduction d'un droit d'opposition politique – ou « droit d'évocation » aux décisions de la Commission européenne, ainsi qu'une meilleure prise en compte du contrôle de l'Etat et des subventions accordées aux entreprises.

Un marché intérieur de plus en plus numérisé sans réel contrôle sur les “géants du numérique” issus d'Etats tiers

L'accélération du numérique dans l'économie a permis en particulier aux entreprises de la Silicon Valley, gorgées de cash et immunisées fiscalement, à travers leur maîtrise des plateformes, de mettre la main sur n'importe quel secteur et n'importe quelle start-up dans le monde. A tel point qu'aujourd'hui, l'UE peine à contrôler ces plateformes américaines que l'on appelle communément

GAFAs (Google, Apple, Facebook, Amazon) et qui, derrière elles, entraînent le spectre de très sérieux concurrents chinois.

Leur pouvoir de marché est actuellement considérable et les concepts et instruments classiques de la politique de concurrence peinent à appréhender l'impact sur la concurrence des caractéristiques attachées aux plateformes (gratuité des prestations, avantages conférés par la détention de données, effets de réseaux, etc.). De plus, les seuils de contrôle prévus par le règlement (CE) n° 139/2004 ne permettent pas toujours de filtrer les acquisitions dites « prédatrices ». Enfin, la régulation *ex ante* (à savoir la volonté normative d'intervenir sur un phénomène avant que celui-ci ne se cristallise) des acteurs du numérique apparaît déjà datée et insuffisante, au vu de la rapidité d'évolution des technologies.

Certains États membres réclament dès lors de mieux réguler la concurrence au sein de l'économie numérique, non pas ici par un assouplissement des règles comme dans le cas de l'industrie mais par un renforcement de celles-ci, y compris au moyen de nouveaux outils.

Pour appréhender cette nouvelle donne, des pistes de solutions ont été suggérées pour que la politique européenne de concurrence soit plus adaptée, réactive, efficace. Certaines d'entre elles peuvent être faites à droit constant, sous réserve d'aménagements des lignes directrices de la Commission. Elles pourraient en outre être facilitées par l'assouplissement ou le durcissement, selon le problème à traiter, du cadre réglementaire. Un encadrement a priori définissant les obligations de certains acteurs et de nouveaux outils peuvent venir en complément.

2. Politiser les règles de concurrence

La CCS Concurrence est d'avis que la prise en compte des considérations rappelées ci-dessus ne devrait pas être recherchée par la politisation de l'application des règles de concurrence et que d'autres solutions sont préférables.

Selon la CCS Concurrence, une politisation des règles de concurrence peut être interprétée de deux manières.

La première manière consisterait à dire que la politique européenne de concurrence ne peut rester imperméable aux considérations politiques. Elle devrait donc se plier à d'autres objectifs de politique publique, telle que des objectifs de politique industrielle. D'autant que dans d'autres pays tiers comme cela a été évoqué, le droit de la concurrence ne gêne pas la mise en œuvre d'objectifs de politique industrielle. Bien au contraire, elle en est parfois l'instrument. À cet égard, la CCS soutient une autre approche qui consiste à dire que si on veut promouvoir une politique industrielle européenne qui a un véritable impact au niveau mondial, il convient d'assurer clairement au sein de la Commission européenne la coordination effective de la politique industrielle avec d'autres politiques européennes concourant à sa mise en œuvre (par exemple, la politique de concurrence, la politique commerciale, la politique en matière de recherche et d'innovation, la politique en matière numérique, la politique de compétitivité, la politique climatique, etc.).

La seconde manière consisterait à prévoir, pour un certain nombre de dossiers, qu'un organe politique puisse passer outre à la décision de la Commission européenne pour des considérations autres qu'une appréciation au regard des règles de concurrence. À cet égard, une telle procédure existe déjà au niveau de certains États membres (par exemple, France, Allemagne, Italie, Pays-Bas, Norvège, Portugal, Espagne et Royaume-Uni). Dans ces États, en effet, un membre du gouvernement ou l'ensemble de celui-ci peut aller à l'encontre d'une décision prise par l'autorité nationale de concurrence interdisant une concentration. En Belgique, une telle procédure existait aussi dans l'ancienne loi sur la concurrence de 2006, mais elle a été supprimée avec la réforme de 2013 qui a

introduit un Livre IV dans le code de droit économique. Cette suppression a permis d'aligner le droit sur la pratique constante puisqu'une telle procédure n'avait jamais été mise en œuvre. La CCS Concurrence se pose la question de l'opportunité d'une telle procédure au niveau européen car elle reviendrait à mettre sous tutelle la Commission européenne agissant comme autorité de concurrence. Or, il reste essentiel que les institutions chargées de la politique de concurrence (qu'elles soient d'ailleurs européenne ou nationales) jouissent d'une indépendance suffisante vis-à-vis du pouvoir politique pour préserver une application « neutre » du droit de la concurrence. Par ailleurs, l'organe politique qui serait concerné n'interviendrait pas comme une autorité agissant dans le cadre d'un recours contre la décision de refus de concentration de la Commission européenne mais se situerait sur un autre plan : il ne se prononcerait pas sur le risque d'atteinte à la concurrence mais sur d'autres raisons considérées comme supérieures à ce risque. Cela reviendrait à nouveau à subordonner le droit de la concurrence à d'autres préoccupations (telles des priorités géopolitiques) que la CCS Concurrence n'estime pas souhaitable. La CCS Concurrence préconise dès lors une autre solution qui consiste à laisser plus de marge à la Commission européenne dans son appréciation, que le législateur européen pourrait définir avec précision et introduire dans le [règlement sur les concentrations \(CE\) 139 /2004](#) ainsi que dans un règlement précisant dans certaines branches économiques le champ d'application des articles 101 et 102 du TFUE.

3. Faciliter l'émergence de leaders européens capables de concurrencer les leaders mondiaux issus d'Etats tiers

3.1 *Via l'assouplissement de certaines modalités du contrôle des concentrations*

La faiblesse de la dimension des entreprises européennes serait un handicap pour la compétitivité de l'industrie à l'international. En effet, pour maîtriser les mécanismes de la compétitivité internationale, il serait nécessaire de franchir des « seuils » de taille qui permettraient la constitution de « champions industriels européens » compétitifs sur le marché mondial. Un levier essentiel, pour atteindre une taille critique dans la compétition mondiale, réside dans le rapprochement d'entreprises européennes, qui ne peut être mis en œuvre que s'il est autorisé par la Commission européenne dans le cadre d'un contrôle des concentrations. Or, selon certains Etats membres, le contrôle des concentrations tel qu'il est exercé actuellement empêcherait la constitution de « champions européens » capables de rivaliser dans la compétition économique mondiale pour trois motifs. Le *premier motif*, c'est qu'à l'heure actuelle, le niveau de concurrence résultant du rapprochement d'entreprises, qu'elles soient européennes ou non, est évalué par la Commission par rapport au seul marché unique. Lui seul est considéré comme pertinent. Il n'y a pas de prise en compte des effets de la concentration par rapport au marché mondial. Il peut alors en résulter une surestimation de la part de marché des entreprises concernées et du taux de concentration sur le marché dit pertinent ; ce qui conduit la Commission à n'autoriser dans la plupart des cas le rapprochement d'entreprises européennes désireuses de mener à bien des opérations de croissance externe que sous la contrainte de l'acceptation et de la mise en œuvre de mesures correctrices de nature comportementale ou structurelle (les « remèdes »). Pour les Etats membres critiques, une telle vision centrée sur le marché unique est dépassée à l'heure des économies ouvertes et du numérique qui abolit les frontières. Numérique où la situation est encore beaucoup plus déséquilibrée puisque l'UE ne dispose d'aucun champion européen de taille significative. Par conséquent, nombre de commentateurs s'interrogent actuellement sur le fait de savoir si le marché européen doit continuer à rester le marché pertinent à considérer dans l'analyse économique, voire même si cette étape de la définition du marché pertinent ne doit pas être carrément supprimée. Le *deuxième motif* est que, dans un deuxième temps le cas échéant, après avoir défini le marché pertinent, la Commission européenne évalue la potentielle entrée de nouveaux acteurs sur le marché pertinent dans la limite d'un horizon jugé raisonnablement prévisible de deux ans. Beaucoup de commentateurs remettent en cause ce délai de deux ans, trouvé trop restrictif. D'une part, les

entreprises dans le cadre d'une vision prospective de leur marché envisagent un délai bien plus long. D'autre part, il ne permettrait que très imparfaitement d'anticiper l'arrivée vraisemblable sur le marché intérieur à moyen terme de concurrents extra-européens (notamment lorsqu'ils bénéficient de subventions). *Le troisième motif* est que la Commission européenne conditionne trop souvent ses autorisations de concentration à des mesures correctrices de nature structurelle (comme la cession d'actifs à des entreprises tierces concurrentes des entreprises qui souhaitent se rapprocher); ce qui prive les entreprises désireuses de se rapprocher d'avoir le même poids c'est-à-dire la même taille que leur(s) concurrent(s) à l'international vu qu'elles sont obligées de procéder à des cessions d'actifs trop importantes pour leur permettre de rivaliser avec leurs concurrents internationaux, ou alors les dissuade de poursuivre leur projet de rapprochement.

Sur l'utilisation du terme « champion européen », la CCS Concurrence s'interroge. En effet, actuellement, il n'existe pas de critères pour définir ce qu'est un champion européen : est-ce la propriété du capital (nationalité des actionnaires) ? ; est-ce le centre de décision ? ; est-ce le principal lieu de production ? ; est-ce autre chose ?

Sur la question de la taille, la CCS Concurrence reconnaît qu'il s'agit-là d'une question complexe. La taille constitue-t-elle de manière générale un facteur concurrentiel déterminant pour conquérir des marchés au niveau mondial ? D'une part, la CCS Concurrence rappelle une évidence : la plus grande partie du tissu économique européen (86%) est constitué de PME qui peuvent être aussi des leaders mondiaux dans leur domaine et la concurrence leur a permis d'être là où elles sont. Il faut donc plus que jamais réfléchir à comment renforcer la position des PME pour conquérir les marchés sur un terrain d'égalité. D'autre part, la CCS Concurrence estime aussi qu'il existe des éléments qui laissent penser que, pour certains secteurs ou activités spécifiques, la taille peut constituer un élément déterminant. Ainsi, c'est le cas des plateformes numériques où les effets de réseau font de la taille un atout central. Les montants de plus en plus élevés et qui sont nécessaires pour investir dans de nouveaux outils de production (par exemple, métallurgie) ou développer de nouveaux produits (aviation, pharmacie, etc.) font aussi de la taille un élément important.

Sur la question de la définition du marché pertinent, la CCS Concurrence ne penche pas pour sa suppression. Elle juge au contraire que cette étape demeure un outil essentiel de l'analyse économique réalisée dans le cadre du contrôle des concentrations. Elle reconnaît néanmoins que la définition du marché pertinent telle qu'elle existe aujourd'hui dans la [communication de 1997 sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence](#) n'est pas suffisamment flexible pour s'adapter aux réalités économiques actuelles. La CCS Concurrence est donc favorable à une révision de la définition du marché pertinent afin de mieux prendre en compte des marchés d'envergure mondiale et le phénomène des plateformes numériques qui influencent de nombreux marchés sans tenir compte des frontières, et qui en raison de l'ensemble de leurs caractéristiques (effet de réseaux, rendements d'échelle, gratuité des produits, multiface, exploitation massive de données, etc.) rend les méthodes établies pour définir le marché pertinent difficile, voire impossible à appliquer. La CCS Concurrence ne peut donc que se réjouir qu'une consultation publique ait été lancée par la Commission européenne à cet effet.

Sur la question de la concurrence potentielle, la CCS Concurrence est partisane de mieux la prendre en compte. Surtout, lorsqu'elle concerne l'arrivée potentielle sur le marché intérieur de concurrents extra-européens, bénéficiant de subventions. Dans cette optique, la Commission européenne pourrait modifier [les lignes directrices sur l'évaluation des concentrations horizontales](#) en supprimant le délai de deux ans au paragraphe 74 pour ne retenir dans ce paragraphe que le principe général selon lequel l'horizon temporel pour l'évaluation de la concurrence potentielle "dépend des caractéristiques et de la dynamique du marché, ainsi que des capacités spécifiques des entrants potentiels". Cela offrirait plus de flexibilité. Une deuxième option consisterait à purement et simplement allonger ce délai de deux ans. La CCS Concurrence estime aussi qu'une clarification de la doctrine de la Commission européenne sur le poids qu'elle accorde dans son analyse à la concurrence potentielle future serait utile car la

pratique de la Commission européenne reste aléatoire. En effet, si le [règlement sur les concentrations \(CE\) 139/2004](#) précise dans son art. 2, §1, a) que la Commission tient compte “de la concurrence réelle ou potentielle d’entreprises situés à l’intérieur ou à l’extérieur de la Communauté”, il apparaît dans la communication de 1997 précitée que cette prise en compte n’est non seulement pas prise en considération pour la définition du marché pertinent mais est même effectuée “ (...) Le cas échéant, (...) et qu’elle s’avère soulever des problèmes sous l’angle de la concurrence.” .

Sur la question des mesures correctrices, la Commission européenne conserve une préférence marquée pour des remèdes de nature structurelle.

La CCS Concurrence souligne la nécessité de garder une certaine prudence dans l’arbitrage entre remèdes de nature structurelle ou comportementale pour deux raisons. D’une part, chacun d’eux a ses avantages et ses inconvénients. D’autre part, les effets de ces remèdes qu’ils soient de nature structurelle ou comportementale, restent encore parfois difficiles à évaluer. Il serait donc intéressant que la Commission européenne instaure de manière formelle un suivi *ex post* de ses décisions lorsque des remèdes ont été exigés puis mis en œuvre car la compréhension qu’elle en retirerait lui permettrait d’affiner les décisions futures qu’elle devrait prendre. Cela dit, la CCS Concurrence n’est pas opposée à une évolution qui imposerait un recours plus fréquent aux engagements comportementaux par la Commission européenne pour permettre l’adaptation à des environnements concurrentiels changeants (càd à des marchés évolutifs). Cela permettrait de rééquilibrer la pratique européenne avec les usages des Etats tiers. Cela rendrait le contrôle des concentrations plus pertinent dans le cadre d’une internationalisation croissante des échanges avec des pays ne respectant pas toujours les règles du jeu prévues par l’OMC ou celles auxquelles sont soumises les entreprises européennes.

3.2 Via les aides d’Etat

Il existe un dispositif spécifique, mis en place par la Commission européenne pour des “Projets Importants d’Intérêt Européen Commun (PIIEC)”, qui permet à plusieurs Etats membres d’apporter une aide financière à de tels projets. Il pourrait servir de base à une politique industrielle européenne permettant de rassembler les entreprises intéressées et les Etats membres, ainsi que la Commission européenne autour de tels projets, de revaloriser des filières, réinternaliser des chaînes de valeur et partant fortifier les capacités de l’industrie européenne. La Commission a déjà d’ailleurs exprimé son intention d’utiliser les PIIEC afin de mener une politique industrielle ambitieuse dans plusieurs domaines de haute technologie.¹ Ainsi, en 2018, un PIIEC sur la microélectronique a été autorisé et, un autre en 2018, sur les batteries. Il conviendrait d’améliorer ce dispositif et d’en élargir l’utilisation à d’autres domaines industriels.

A l’occasion de l’annonce de l’évaluation des règles en matière d’aides d’Etat qui régissent les PIIEC, quelques propositions d’amélioration devraient être proposées par la Belgique. *Notamment* et *a minima*, a) raccourcir les délais d’examen des aides destinées à développer les PIIEC, trop longs par rapport aux pratiques constatées dans les pays tiers, et appliqués, en outre, à des secteurs de haute technologie où des actions doivent souvent être prises rapidement. Ainsi, dans le cas du PIIEC microélectronique, les discussions avec la Commission européenne ont duré environ 20 mois, tandis que dans le cas du PIIEC sur les batteries, environ un an². La CCS Concurrence suggère également d’assouplir les critères permettant aux Etats membres de soutenir des PIIEC (ce qui faciliterait l’instruction du dossier par la Commission européenne) ; b) mieux refléter dans la communication la

¹ Voir notamment “Strengthening Strategic Value Chains for a future-ready EU Industry”, Report of the Strategic Forum for Important Projects of Common European Interest, European Commission, 5 novembre 2019.

² B. Deffains, Olivier d’Ormesson, T. Perroud, [Politique de concurrence et politique industrielle : pour une réforme du droit européen](#), Fondation Robert Schuman, janvier 2020, p.30-31.

problématique liée à la dimension externe de la concurrence, par exemple par l'ajout d'un indicateur de prise en compte de la dimension externe de la compétitivité ; c) préciser l'articulation entre les DG sectorielles de la Commission européenne et le cadre de leur association avec la DG COM.

4. Améliorer la politique commerciale commune pour rétablir des règles du jeu équitable (level playing field) et prévenir les distorsions sur le marché intérieur

Dans une économie de plus en plus mondialisée, la question de la réciprocité des échanges commerciaux de l'UE s'inscrit dans la problématique plus large de la compétitivité des entreprises européennes face à la concurrence émanant d'Etats tiers partenaires/adversaires. Elle pose la question fondamentale du « level playing field », autrement dit de l'équivalence des conditions de compétitivité par le droit.

Les instruments de défense commerciale de l'UE connaissent des limites puisqu'ils n'apportent de solutions qu'en ce qui concerne le commerce des biens. Dans le domaine des investissements, tant les Etats membres (qui peuvent conclure des traités bilatéraux d'investissement dit « TBI » dans certaines limites et sous conditions) que l'UE exercent des compétences. Cet exercice partagé des compétences fait donc intervenir de multiples décideurs dont les points de vue et approches sont susceptibles de diverger. La CCS Concurrence est d'avis qu'à cet égard une approche concertée de l'UE pourrait présenter un réel avantage, en particulier dans le cas de la Chine. C'est pourquoi, la CCS Concurrence exprime le souhait de voir intensifier les efforts en vue de finaliser l'accord global sur les investissements (AGI) entre l'UE et la Chine qui devrait, d'une part, assurer l'accès des investisseurs européens au marché chinois et la protection des investissements de l'UE en Chine et, d'autre part, remplacer les TBI nationaux existants avec la Chine.

Alors que les marchés publics européens sont parmi les plus ouverts au monde, les entreprises européennes restent confrontées au protectionnisme de certains partenaires commerciaux de l'UE soit parce qu'ils conservent des législations contraignantes imposant le recours à des prestataires locaux (cas, par exemple, des Etats-Unis avec le Buy American Act) soit parce qu'ils ne sont pas tenus d'ouvrir leurs marchés publics car ils ne sont pas partie à l'accord sur les marchés publics de l'OMC (cas, par exemple, de la Chine ou de l'Inde) soit parce qu'ils n'ont pas conclu d'accord de libre-échange comprenant un volet « marchés publics ». Dans ce contexte compliqué et défavorable à l'UE, la CCS Concurrence se réjouit de la réactivation, après plusieurs échecs, des discussions au niveau européen pour essayer de concevoir un instrument relatif aux marchés publics internationaux (IMPI) prévoyant d'introduire, après enquête, des restrictions en l'absence de réciprocité ou en cas de mesures restrictives et discriminatoires imposées aux entreprises européennes par les pays tiers. Toutefois, La CCS Concurrence rappelle que pour renforcer la position de l'UE dans de futures négociations bilatérales ou multilatérales en vue d'amener les Etats tiers à poursuivre l'ouverture de leurs marchés publics, un tel instrument devra être ambitieux au niveau de son contenu.

L'utilisation des subventions industrielles et les instruments pour remédier à leurs effets préjudiciables sont encadrés par l'accord de l'OMC sur les subventions, qui s'avère insatisfaisant. Ses règles sont trop restrictives dans leur définition et trop exigeantes dans la preuve qu'elles nécessitent. La meilleure réponse à ce constat serait une réforme de l'accord de l'OMC sur les subventions, mais vu le blocage existant à l'OMC pour faire évoluer les règles, cela risque de prendre beaucoup de temps. La CCS Concurrence soutient dès lors le [Livre blanc sur les subventions étrangères](#) dans le marché unique qui vise à apporter des solutions nouvelles et pragmatiques et qui permettrait à la Commission européenne de contrôler des acquisitions d'entreprises européennes par des entreprises en fonction de subventions publiques étrangères, d'imposer aux entreprises des remèdes tels que de 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. La CCS Concurrence souhaite être consultée sur toute proposition législative qui résulterait de ce Livre blanc.

Rétablir un level playing field signifie aussi que les contraintes en matière environnementale, sociale et de développement durable devraient être intégrées dans les règles du commercial international (OMC, ALE) et pouvoir donner lieu à des mesures de l'UE destinées à neutraliser les avantages concurrentiels d'entreprises étrangères qui ne seraient pas soumises à des contraintes comparables.

4.1 Clarifier la notion de bien-être du consommateur

La politique européenne de concurrence consiste à établir et à maintenir dans l'UE une concurrence effective par les paramètres de prix, de choix des produits et des services et d'innovation. A cet égard la concurrence sur le marché des plateformes soulève plusieurs problèmes. Premièrement, pour développer leur marché et renforcer leur position dominante, les plateformes utilisent une stratégie commerciale qui consiste à fixer des prix d'éviction, c'est-à-dire à baisser délibérément les prix de vente sur lesquels les concurrents ne peuvent s'aligner sur le court ou moyen terme jusqu'à leur éviction du marché ou l'affaiblissement concurrentiel qui en résulte a un effet défavorable sur le bien-être des consommateurs puisqu'elle aboutit en fin de compte à une augmentation des prix ou une diminution du choix ou de l'innovation. Ces effets négatifs ne se répercutent pas toujours directement sur les consommateurs car cette pratique vise avant tout les concurrents de la plateforme. En outre, un aspect complexe de cette pratique est que des gains d'efficacité peuvent survenir, qui produisent des effets positifs sur les consommateurs. Deuxièmement, sur les plateformes, les prix peuvent fluctuer rapidement et être personnalisés à l'aide d'algorithmes. Troisièmement, sur les plateformes de nombreux services y sont souvent offerts gratuitement, même si en réalité, les consommateurs fournissent en contrepartie leurs données personnelles. Les préjudices causés aux consommateurs peuvent donc être autres que financier.

4.2 Changer l'approche du contrôle des concentration dans le cas des acquisitions tueuses (killer acquisitions)

Les start-ups ou entreprises naissantes jouent un rôle vital dans des marchés concurrentiels. Elles sont sources d'idées neuves, de produits nouveaux, d'innovation disruptive et de modèles d'entreprise originaux. Elles peuvent aussi aider à morceler des marchés concentrés.

Les opérations de rachat de petites start-ups innovantes par les grands acteurs du numériques sont néanmoins nombreuses et ont souvent pour effet de tuer dans l'œuf une concurrence naissante ou à bénéficier d'innovation technologique. Ces acquisitions sont qualifiées d'« acquisitions tueuses ou prédatrices » en ce qu'elles impliquent que l'acheteur « tue » le développement ou la production de la cible. Une telle acquisition permet en outre à l'acheteur de limiter ses propres efforts internes pour innover et développer des produits et services concurrents. Ce préjudice concurrentiel est une variante particulière de la théorie plus générale du préjudice causé par la « perte de concurrence potentielle découlant de l'acquisition d'une entreprise naissante ».

Les acquisitions tueuses échappent au contrôle *ex ante* des concentrations exercé par la Commission européenne dans la mesure où les seuils de notification en chiffres d'affaires de ces opérations ne sont pas atteints. Pour remédier à ce problème, la Commission européenne [a rappelé qu'elle peut](#), sur le fondement de l'article 22 du règlement sur le contrôle des concentrations, être saisie d'acquisitions, qui n'atteignent pas les seuils de notification, par une ou plusieurs autorités de concurrence nationales. Elle a annoncé des lignes directrices à cet effet. La CCS Concurrence plaide pour l'établissement d'une présomption simple, selon laquelle les acquisitions d'entreprises naissantes par des entreprises dominantes ont des effets anticoncurrentiels, soit en général, soit lorsque l'acquisition accroît le risque de préjudice concurrentiel, par exemple de xx%. Vu l'état de concentration extrême des marchés numériques et la vitesse à laquelle progresse cette concentration, une présomption permettra d'obtenir un effet immédiat tout en permettant, puisqu'elle est réfragable, aux entreprises d'apporter une preuve contraire. Mais cela requerra sans doute une modification du règlement (CE) n° 139 /2004 sur les concentrations.

4.3 Davantage recourir à des lignes directrices et à des avis informels

Comme indiqué dans [le mémorandum commun des autorités de concurrence belge, néerlandaise et luxembourgeoise d'octobre 2019](#), il importe d'avoir davantage de lignes directrices *ex ante* de la part de la Commission mais aussi des autorités de concurrence nationales en ce qui concerne le secteur numérique. Elles fourniraient aux entreprises une plus grande prévisibilité sur la manière dont le droit de la concurrence est interprété et appliqué spécifiquement aux marchés numériques.

La CCS Concurrence partage aussi le point de vue de ces autorités de concurrence que la Commission européenne devrait utiliser davantage la possibilité qui lui est donnée d'émettre des avis informels.

4.4 Accompagner les règles de concurrence par de nouveaux outils de régulation

Actuellement, la Commission européenne cherche à définir un corps de règles claires pour les marchés numériques. Elle a publié deux feuilles de route concernant le "Digital Service Act" et mené à leur égard des consultations. L'une a trait à [une éventuelle réglementation ex ante des plateformes dotées d'un pouvoir de marché conséquent \(dites « gatekeepers » ou « opérateurs systémiques »\)](#). La Commission y envisage notamment la mise en place d'une liste noire de pratiques interdites et l'adoption de remèdes sur mesure (sans établir d'infraction au préalable) s'adressant, au cas par cas, aux grosses plateformes jouant un rôle de gardien (comme des obligations d'accès aux données non personnelles, des critères spécifiques sur la portabilité des données personnelles ou des critères d'interopérabilité). L'objectif de ce dispositif consiste à prévenir l'abus de position dominante pour ouvrir plus facilement l'accès aux nouveaux entrants (y compris pour les PME et les start-ups) ; ce qui devrait du coup promouvoir le choix des consommateurs et stimuler l'innovation. L'autre a trait à [l'éventuelle introduction d'un nouvel instrument de concurrence \(« A new competition tool »\)](#). Cette initiative est présentée comme visant à appréhender les problèmes de concurrence d'ordre structurel que les instruments existants du droit de la concurrence (art. 101 et 102 TFUE) ne permettent pas d'appréhender, ou pas de la façon la plus efficace (par exemple, cas des marchés à basculement, caractérisés par des effets de réseau très importants). L'objectif de ce nouvel instrument n'est pas de détecter une infraction individuelle ou collective d'entreprises aux règles de concurrence mais uniquement d'analyser le fonctionnement du marché même et de vérifier si, après enquête et débat contradictoire avec les participants audit marché, ce dernier exigera des remèdes. La CCS Concurrence signale que, dans un souci de sécurité juridique, il sera important d'établir une démarcation claire et cohérente entre ces deux outils législatifs s'ils sont tous les deux adoptés.

Sur la réglementation ex ante des plateformes, la CCS Concurrence accueille favorablement son introduction, à l'instar [du mémorandum commun des autorités de concurrence belge, néerlandaise et luxembourgeoise d'octobre 2019](#). Elle appelle néanmoins à définir ce que l'on entend par « opérateurs systémiques » à partir de critères ou d'indicateurs clairs et précis. La CCS Concurrence plaide aussi pour qu'une telle réglementation, d'une part, conserve un caractère agile pour s'adapter au rythme des innovations et des pratiques d'affaires sur les marchés digitaux et, d'autre part, n'entraîne pas la répercussion d'exigences supplémentaires pour les entreprises qui les utilisent. La CCS Concurrence souhaiterait aussi que cette réglementation prennent en compte le [règlement \(UE\) 2019/1150 sur l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne](#) et surmonte les limites qu'il contient encore, notamment au niveau de son champ d'application.

Sur le nouvel instrument de concurrence, la CCS Concurrence n'est pas opposée à son introduction, d'autant qu'un tel instrument existe depuis près de 20 ans chez nos voisins britanniques et qu'il a fait ses preuves. Toutefois, la CCS Concurrence insiste pour que la relation de ce nouvel instrument de concurrence avec les articles 101 et 102 TFUE soit clarifiée et pour qu'il reste complémentaire et ne se substitue pas à ce que peut faire la Commission ou les autorités nationales de concurrence en exerçant leurs pouvoirs traditionnels. Par ailleurs, un tel instrument soulève un ensemble de questions et d'enjeux liés aux critères à prendre en compte pour son champ d'application, mais aussi liés à la complémentarité des compétences entre la Commission européenne et les autorités nationales de concurrence. De telles questions doivent être prises en compte dans les règles définissant le nouvel instrument et ses conditions d'application. Il s'agit, entre autres, du standard qui permet de déclencher l'intervention de la Commission européenne (ou des autorités nationales de concurrence si elles peuvent mettre en œuvre cet instrument), des secteurs concernés (tous les secteurs ou seulement les secteurs problématiques combinés à soit toutes les entreprises ou seulement les entreprises dominantes ?), du critère qui définit le secteur numérique (où commence-t-il ou s'arrête-t-il ?), ainsi que de savoir si les autorités nationales de concurrence disposeront d'une compétence partagée avec la Commission pour appliquer ce nouvel instrument. De plus, la CCS concurrence plaide pour que la palette des remèdes qui pourraient être pris en vertu de cet instrument soit la plus large possible et aille au-delà des seuls remèdes de nature structurel ou comportemental. Ainsi, par exemple, dans le cas où la régulation est défailante, voire inexistante sur le marché visé, on pourrait imaginer qu'une recommandation soit faite aux pouvoirs publics pour réguler ledit marché. Enfin, la CCS Concurrence fait remarquer que ce nouvel instrument marquera un élargissement des pouvoirs d'intervention de la Commission européenne ; ce qui nécessitera des garanties et des contrôles de proportionnalité adéquats.

Pour terminer, la CCS Concurrence souhaiterait continuer à participer à la poursuite du débat sur ces deux initiatives et sollicite qu'on lui transmette les propositions législatives qui en découleront au plus tôt.