



DINER DÉBAT AVEC BENOÎT COEURÉ

POINTS CLÉS

PARIS - 14 MARS 2024



Laurent FLOCHEL (Vice Président, Charles River Associate, Paris) et Didier THÉOPHILE (Avocat, Darrois Villey Maillot Brochier, Paris) ont modéré la discussion.

Benoît Cœuré

Président, Autorité de la concurrence, Paris

Vision panoptique de l'activité de l'Autorité de la concurrence

- En 2023, dans sa mission de contrôle des concentrations, l'Autorité a rendu 266 décisions, ce qui correspond à une hausse de 3,5 % par rapport à 2022.
- Dans sa mission consultative, l'Autorité a rendu 20 avis, soit une hausse de 120 % par rapport à 2022.
- Dans sa mission de contentieux, l'Autorité a rendu 37 décisions.
- Les sanctions que l'Autorité a imposées en 2023 représentent 167 millions d'euros, ce qui est moins important que les années précédentes. Ce chiffre sera rehaussé en 2024 comme l'a déjà montré la décision Google droits voisins.

L'efficacité de l'action de l'Autorité de la concurrence

- L'Autorité n'hésite pas à s'autosaisir en matière consultative.
- L'Autorité renforce ses méthodes de détection des pratiques avec la DGCCRF qui lui fournit des renseignements utiles.
- L'Autorité a une bonne dynamique en demande de clémence (7 demandes en 2023 et déjà 2 demandes en 2024). Elle utilise également la nouvelle procédure de lanceurs d'alerte.
- Elle est la seule autorité en Europe à faire un usage régulier des mesures conservatoires.
- L'Autorité développe d'autres modes d'intervention que les avis d'initiative : avis croisés avec les autorités sectorielles (CNIL, ARCEP) et création de modes d'intervention nouveaux (ex : déclaration commune avec la CNIL du 12 décembre 2023, lettre à la Première Ministre cosignée avec la présidente de la CRE).

- Concernant le contrôle des concentrations, l'Autorité fait face à une augmentation du nombre de dossiers et à une complexification de ces dossiers. Si cette tendance se confirme et à ressources constantes, l'antitrust sera plus long et, à effectifs constants, l'Autorité traitera moins de dossiers.
- L'Autorité accepte des engagements structurels ou comportementaux. En 2023, il y a eu 3 "phases 2", 4 autorisations comportant des engagements comportementaux et 2 autorisations comportant des engagements structurels.

L'utilité de l'action de l'Autorité de la concurrence

- L'Autorité se veut utile au débat public, non seulement en termes de substance, mais aussi en intervenant au bon moment.
- En 2023, l'Autorité a apporté beaucoup de réponses aux questions du Gouvernement au travers d'avis qui ont eu un certain écho public (avis cloud, entremise immobilière, marché des titres restaurants, etc.).
- L'Autorité essaie de fournir au Gouvernement des avis "prêts à l'emploi", qui sont le plus exploitables possible.
- L'Autorité alimente activement le pipeline de saisine de la Commission au titre de l'article 22 du règlement 139/2004 (*Illumina/Grail*, *Qualcomm/Autotalks*, en revanche le dossier des bourses énergétiques scandinaves ne concerne pas le marché français).

La pertinence et les priorités de l'action de l'Autorité de la concurrence

- L'Autorité est attentive aux attentes du public pour orienter ses priorités et savoir sur quels marchés elle doit rendre ses avis. Le développement durable est une des priorités de l'Autorité. Elle aspire à aborder cette dimension d'un point de vue contentieux (cf. décisions revêtements de sol et BPA), consultatif (transports terrestres de personnes, bornes de recharge de véhicules électriques...), et peut-être un jour sous l'aspect du contrôle des concentrations.



Elle le fait aussi sur le mode procédural par le biais de la consultation sur un communiqué de procédure sur les orientations informelles en matière de développement durable.

- Le numérique demeure une priorité pour l'Autorité, car la demande de la part du Parlement et des pouvoirs publics est conséquente et régulière (ex : publicité en ligne, informatique en nuage, partage de la valeur dans l'audiovisuel et la presse...).
- Concernant l'intelligence artificielle (IA), l'Autorité souhaite avoir un cadre d'analyse structuré qui se centre dans un premier temps sur le rôle des grands acteurs en amont de la chaîne de valeur de l'IA (accès aux données, aux cartes graphiques et à la puissance de calcul, aux financements, aux talents). Un avis sera rendu en juin 2024. Le rapport de la Commission sur l'IA créée par le Président de la République le 13 mars 2024 relève que la dimension de concurrence sur l'IA est importante.
- La pratique dans le numérique sera articulée avec le Digital Markets Act (DMA). L'Autorité contribuera à la discussion réglementaire et politique sur la bonne application du DMA, du Data Act et de l'AI Act pour traiter les problèmes dans l'IA.

Bilan des deux ans à la tête de l'Autorité

- On ne peut manquer de relever la grande qualité des équipes et de l'écosystème.
- L'Autorité de la concurrence a un pied dans le monde judiciaire et un pied dans la politique économique. Cela peut être un problème mais aussi une chance à condition que l'on exploite la complémentarité entre les trois missions de l'Autorité et que l'on fertilise de manière croisée les connaissances qu'elles apportent, ce qui suppose de dépasser le fonctionnement « en silo ».
- L'indépendance de l'Autorité et son savoir sur un certain nombre de secteurs renforce sa crédibilité et son utilité auprès du politique. Toutefois, l'Autorité doit aussi être capable de prendre des décisions qui déplaisent au politique, au contentieux comme en contrôle des concentrations.

- Le réseau européen de concurrence (REC) reflète une véritable intégration européenne. L'organisation entre les autorités nationales de concurrence (ANC) et la Commission fonctionne bien et les conflits avec la Commission sont très rares. 90% des décisions rendues sur le fondement des articles 101 et 102 du Traité le sont par des autorités nationales : les ANC disposent d'une vraie capacité à créer de la jurisprudence sur des sujets européens tout en étant transparentes les unes auprès des autres.

L'adoption des textes

- Deux textes de loi sont en préparation ou en projet : un texte sur la simplification - à l'occasion duquel un relèvement des seuils de concentrations a été proposé par l'Autorité - et un autre sur la modernisation de l'économie, en vue duquel l'Autorité a déjà fait des propositions issues de sa pratique consultative.
- A terme, il serait utile de trouver le bon concept pour un instrument d'injonction structurelle afin de remédier aux dysfonctionnements de certains marchés alors même qu'il n'y a ni abus de position dominante, ni entente. Cet outil devrait être un intermédiaire entre l'antitrust et la régulation sectorielle. Mais de nombreuses discussions au niveau aussi bien national qu'euro-péen n'ont pas permis pour le moment de dégager le bon concept.

La démarche de l'Autorité dans le secteur de l'électricité

- Dans le cadre de la nouvelle organisation du marché de l'électricité, l'Autorité a voulu montrer au Gouvernement et aux acteurs concernés que la Commission de Régulation de l'Énergie (CRE) et l'Autorité de la concurrence étaient d'accord dans les grandes lignes.
- L'Autorité préfère intervenir en prévention afin de mettre en exergue les risques qu'elle décèle (notamment liées à la position dominante d'EDF) et que des gardes-fous soient mis en place, plutôt que d'intervenir *a posteriori* dans le cadre du contentieux en prononçant des sanctions, éventuellement sous forme de mesures conservatoires ou d'injonctions, qui pourraient perturber le marché.
- La loi énergie est, pour l'instant, dans les limbes. La discussion avec le Gouvernement va être reprise.



La problématique de l'abus d'éviction et le test AEC

- La discussion sur de futures lignes directrices sur l'article 102 (abus d'éviction) est en cours au sein du REC.
- La pratique de l'article 102 par l'Autorité n'est pas identique à celle de la Commission ou à celle d'autres ANC. Elle utilise beaucoup cet article et pas seulement dans le cadre des abus d'éviction.
- Au contraire, elle mobilise peu le "test du concurrent aussi efficace" ou test "*as efficient competitor*". Dans certains cas, ce test est important, voire nécessaire notamment en matière d'effets tarifaires mais il n'a pas été utilisé devant l'Autorité depuis la décision 20-D-06 du 2 avril 2020 sur la livraison de colis.

Consultation publique de communiqué de procédure pour les orientations informelles en matière de développement durable

- Il y a eu des contributions d'avocats, d'entreprises, d'associations professionnelles et d'universitaires.
- De nombreuses remarques ont porté sur la question des délais.
- Certaines contributions ont demandé si un projet ne pouvait pas être soumis à un stade plus précoce, puisque l'Autorité requiert que le projet soit "suffisamment avancé".
- La question de concurrence soulevée dans le projet doit avoir un "caractère nouveau et complexe" pour être examinée par le rapporteur général : certaines contributions ont fait savoir que ce critère n'était pas clair.
- Une sensibilité est accordée aux questions de communication et de publicité de la lettre d'orientation informelle et, en corollaire, au traitement du secret des affaires sur les documents joints à la demande.
- Des questions ont été posées sur l'articulation entre la procédure informelle et la procédure contentieuse.

- L'objectif de cette consultation a bien été compris. D'une part, l'Autorité aurait pu s'appuyer sur les lignes directrices de la Commission et limiter la procédure aux exemptions à l'article 101.3, mais elle a opté pour une approche plus large qui couvre les abus de position dominante et abus de dépendance économique (mais pas les concentrations). D'autre part, elle a choisi dans un premier temps de clarifier la procédure pour établir la confiance avec les entreprises. Une fois que la pratique décisionnelle sera suffisamment importante alors il sera possible de publier des lignes directrices.

L'article 22 et la jurisprudence *Towercast*

- L'article 22 concerne trois cas qui sont à des stades différents de l'instruction. L'Autorité doit construire une capacité de détection qu'elle n'a pas, ce qui se fait au sein du service des concentrations avec des effectifs restreints. La technologie et l'IA pourront mobiliser les données et élaborer des instruments de veille capables de signaler des cas à l'Autorité.
- Concernant l'article 102, la Cour de justice de l'UE a remis l'instrument sur la table (décision *Towercast*) et l'Autorité peut désormais l'utiliser. Pour l'instant, la doctrine d'emploi pose une hiérarchie claire et consensuelle : utilisation du Règlement 139/2004 en premier recours, mobilisation de l'article 22 quand une opération de concentration sous les seuils remplit les critères de notification de la Commission, utilisation de l'article 102 lorsqu'aucune des deux voies n'est fructueuse et qu'il y a renforcement d'une position dominante.
- Par ailleurs, une procédure *ex post* présente un risque pour la sécurité juridique des entreprises auxquelles il faudra être vigilant.
- Concernant l'utilisation de l'article 101 il faudra construire une doctrine commune en concertation avec la Commission.
- Remèdes comportementaux versus remèdes structurels
- Il y a une tendance internationale à dire qu'il faut cesser les remèdes comportementaux car seuls les remèdes structurels seraient efficaces. Ce n'est pas la pratique traditionnelle de l'Autorité de la concurrence.



- Dans beaucoup d'affaires, les remèdes comportementaux peuvent marcher (ex : décision *OCS/Canal*, 12 janvier 2024), mais ce n'est pas toujours le cas (ex : fusion entre deux opérateurs qui créent des effets de recouvrement horizontaux, cf. *TF1-M6*).
- Il y a tout de même une fatigue de l'Autorité dans le suivi des remèdes comportementaux qui prennent parfois beaucoup de temps (ex : grande distribution en outre-mer).
- Il est préférable de se tourner vers les remèdes structurels lorsque c'est possible.

Le programme de clémence

- La distinction entre clémence partielle et clémence totale relève du cas par cas. Il n'y a pas de règle générale à ce sujet, même si l'Autorité entend le message selon lequel la clémence partielle n'aide pas.
- Il faut protéger le système de clémence tel qu'il existe. Il est permis d'émettre des réserves au sujet des propositions radicales d'évolution de la clémence (ex : protection du demandeur de clémence contre les actions en réparation), notamment car il n'est pas forcément nécessaire de réformer un système qui, en France, fonctionne plutôt bien.

Le numérique abordé par l'Autorité

- La discussion avec la Commission portera sur ce qui sera soumis au DMA et ce qui relèvera de l'antitrust traité par la Commission ou les ANC.
- La chaîne de valeur de la publicité en ligne (sur laquelle l'Autorité a fondé sa décision *Google Ad Tech*) connaît une mutation rapide du fait des conséquences de certaines obligations du DMA et de l'IA qui va transformer le fonctionnement des moteurs de recherche.
- Concernant l'IA, l'Autorité va identifier et détailler dans son avis les risques concurrentiels en amont de la chaîne de valeur (accès aux données, au *cloud*, aux cartes graphiques, aux financements,

aux talents...). Au-delà, la question à se poser est la suivante : en quoi l'IA, en changeant les cas d'usage et la chaîne de valeur, oblige l'Autorité à revoir sa pratique décisionnelle dans certains domaines comme la publicité en ligne ?

Le *legal privilege* pour les juristes d'entreprise

- Le projet de loi tel qu'il a été voté par le Parlement à l'automne puis, à nouveau, par le Sénat suscite de vives préoccupations de la part de l'Autorité de la concurrence, de l'Autorité des marchés financiers et de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, aussi bien en matière d'efficacité de leurs enquêtes que de compatibilité avec le droit européen.
- La décision du Parlement et du Gouvernement d'exclure les matières pénales et fiscales du champ de ce projet de loi est incompréhensible. Cela signifie qu'ils considèrent les ententes, les abus de marché ou le financement du terrorisme comme des infractions moins graves que la fraude fiscale.
- L'inquiétude de l'Autorité est partagée par la Commission. Margrethe Vestager a écrit à Elisabeth Borne pour lui faire part de son inquiétude au regard du principe d'effectivité du droit de l'Union et, implicitement, du risque d'action en manquement. Olivier Guersent a également écrit au directeur de cabinet du Premier Ministre en mentionnant que l'effectivité du droit de l'Union faisait partie de ses préoccupations.