

Bruxelles, le 5.9.2024
COM(2024) 394 final

RAPPORT DE LA COMMISSION AU CONSEIL ET AU PARLEMENT EUROPÉEN

**sur le cadre juridique applicable aux mesures provisoires adoptées par les autorités
nationales de concurrence et le recours à ces mesures**

RAPPORT DE LA COMMISSION AU CONSEIL ET AU PARLEMENT EUROPÉEN

sur le cadre juridique applicable aux mesures provisoires adoptées par les autorités nationales de concurrence et le recours à ces mesures

1. INTRODUCTION: CONTEXTE ET PORTEE DU RAPPORT

Les règles de l'Union européenne en matière d'ententes et d'abus de position dominante interdisent les accords et les pratiques concertées entre entreprises qui restreignent le jeu de la concurrence [article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après le «TFUE»)], ainsi que les pratiques abusives des entreprises qui détiennent une position dominante sur le marché (article 102 du TFUE). La Commission européenne (ci-après la «Commission») et les autorités de concurrence des États membres (ci-après les «**autorités nationales de concurrence**») sont conjointement chargées d'assurer l'application de ces règles conformément aux articles 4, 5 et 10 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil¹. L'article 3 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil impose aux autorités nationales de concurrence d'appliquer les règles de l'Union en matière d'ententes et d'abus de position dominante lorsqu'un accord ou un abus est susceptible d'affecter le commerce entre États membres. La Commission et les autorités nationales de concurrence coopèrent au sein du réseau européen de la concurrence (ci-après le «REC») pour faire appliquer lesdites règles.

Les mesures provisoires peuvent constituer un puissant outil permettant aux autorités de concurrence de veiller à ce que la concurrence sur le marché soit préservée ou rétablie au cours d'une enquête concernant des pratiques anticoncurrentielles. Ces mesures visent à éviter que de nouveaux préjudices soient causés à la concurrence au cours des procédures. Les mesures provisoires peuvent, par exemple, permettre aux autorités de concurrence d'ordonner à une entreprise de fournir un produit ou un service donné ou de cesser un comportement donné tant que l'enquête concernant les pratiques anticoncurrentielles est en cours.

Le pouvoir de la Commission d'imposer des mesures provisoires dans les procédures en matière d'ententes et d'abus de position dominante est prévu à l'article 8 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, qui est reproduit ci-dessous.

1. Dans les cas d'urgence justifiés par le fait qu'un préjudice grave et irréparable risque d'être causé à la concurrence, la Commission, agissant d'office, peut, par voie de décision et sur la base d'un constat prima facie d'infraction, ordonner des mesures provisoires.

2. Une décision prise en application du paragraphe 1 est applicable pour une durée déterminée et est renouvelable dans la mesure où cela est nécessaire et opportun.

¹ Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (JO L 1 du 4.1.2003, p. 1).

Le 11 décembre 2018, le Parlement européen et le Conseil ont adopté la directive (UE) 2019/1² (ci-après la «**directive REC+**») afin de permettre aux autorités nationales de concurrence de mettre en œuvre plus efficacement les règles de l'Union en matière d'ententes et d'abus de position dominante, en veillant notamment à ce qu'elles disposent: i) de ressources et de garanties d'indépendance fondamentales; ii) de pouvoirs fondamentaux en matière d'enquête, de décision et de fixation d'amendes; iii) de programmes de clémence; et iv) de mécanismes d'assistance mutuelle.

L'article 11 de la directive REC+ impose aux États membres de conférer à leurs autorités nationales de concurrence le pouvoir d'imposer des mesures provisoires. Le libellé de cet article est reproduit ci-dessous.

1. Les États membres veillent à ce qu'au moins dans les cas d'urgence justifiés par le fait qu'un préjudice grave et irréparable risque d'être causé à la concurrence, les autorités nationales de concurrence soient habilitées à agir de leur propre initiative, pour ordonner, par voie de décision sur la base d'un constat prima facie d'infraction aux dispositions de l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, l'imposition de mesures provisoires aux entreprises et associations d'entreprises. Cette décision est proportionnée et s'applique, soit pour une durée déterminée, qui peut être renouvelée dans la mesure où cela est nécessaire et opportun, soit jusqu'à ce que la décision définitive soit prise. Les autorités nationales de concurrence informent le réseau européen de la concurrence de l'imposition de ces mesures provisoires.

2. Les États membres veillent à ce que la légalité, y compris la proportionnalité, des mesures provisoires visées au paragraphe 1 puisse être réexaminée dans le cadre de procédures de recours accélérées.

Le considérant 38 de la directive REC+ précise que les mesures provisoires constituent un outil important pour éviter que la structure du marché n'évolue à un point tel que cette structure pourrait être très difficile à rétablir par une décision prise par une autorité nationale de concurrence à la fin de la procédure. Il souligne également que les États membres sont libres de conférer des pouvoirs plus étendus aux autorités nationales de concurrence pour leur permettre d'imposer des mesures provisoires et que les États membres devraient créer les conditions nécessaires pour garantir que les autorités nationales de concurrence puissent recourir à des mesures provisoires dans la pratique. Les États membres étaient tenus de transposer la directive REC+ pour le 4 février 2021 au plus tard.

Dans une déclaration jointe à la directive REC+, la Commission s'est engagée à «analyser s'il est possible de simplifier l'adoption des mesures provisoires, au sein du réseau européen de la concurrence», «[a]fin de permettre aux autorités de concurrence de faire face plus efficacement aux évolutions rapides des marchés».

² Directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 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 (JO L 11 du 14.1.2019, p. 3).

Il était initialement envisagé de présenter les résultats de cette analyse dans un rapport au Conseil et au Parlement européen dans un délai de deux ans à compter de la date limite de transposition de la directive REC+, c'est-à-dire au plus tard le 4 février 2023. Cependant, en juin 2022, la Commission a lancé un processus d'évaluation du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil et du règlement (CE) n° 773/2004 de la Commission. Le rapport a donc été reporté de manière à pouvoir être présenté en même temps que les résultats de l'évaluation du pouvoir de la Commission d'adopter des mesures provisoires dans les procédures en matière d'ententes et d'abus de position dominante conformément à l'article 8 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil. Le report du rapport a également permis une analyse plus complète, étant donné que la plupart des États membres ont entre-temps achevé le processus de transposition de la directive REC+³.

Le présent rapport porte sur le cadre juridique applicable aux mesures provisoires adoptées par les autorités nationales de concurrence et le recours à ces mesures. Il repose sur une évaluation comparative des éléments suivants: i) les textes législatifs pertinents des États membres; ii) les données quantitatives que les autorités nationales de concurrence ont fournies dans le cadre du processus d'évaluation du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil et du règlement (CE) n° 773/2004 de la Commission et qui ont été complétées dans le cadre de la présente analyse; et iii) les retours d'information qualitatifs des autorités nationales de concurrence recueillis au moyen d'une demande de renseignements⁴.

Le présent rapport commence par donner un aperçu: i) des dates d'introduction du pouvoir d'imposer des mesures provisoires en cas d'infraction aux règles de l'Union en matière d'ententes et d'abus de position dominante dans les différents États membres; et ii) des modifications législatives apportées à ce pouvoir par la transposition de la directive REC+. Le rapport présente ensuite les différences entre les cadres législatifs des États membres en ce qui concerne le critère juridique matériel qui doit être rempli avant d'imposer des mesures provisoires et les exigences procédurales applicables à ces mesures. Enfin, il analyse le recours effectif des autorités nationales de concurrence à cet outil de mise en œuvre et leur expérience en la matière. Le rapport se termine par quelques conclusions préliminaires.

2. LE POUVOIR D'ADOPTER DES MESURES PROVISOIRES DANS LES ÉTATS MEMBRES

Les 27 autorités nationales de concurrence du REC ont le pouvoir d'imposer des mesures provisoires en cas d'infractions aux règles de l'Union en matière d'ententes et d'abus de position dominante et/ou à leurs dispositions équivalentes en droit national de la concurrence. Ce pouvoir fait partie de la boîte à outils standard des autorités nationales de concurrence pour l'application

³ Tous les États membres, à l'exception de l'Estonie, ont entre-temps transposé la directive REC+. L'analyse exposée dans le présent rapport couvre l'Estonie, mais ne reflète pas encore d'éventuelles modifications législatives apportées au pouvoir d'adopter des mesures provisoires à la suite de la transposition de la directive REC+.

⁴ À la mi-novembre 2023, la Commission a envoyé une demande informelle de renseignements à toutes les autorités nationales de concurrence concernant l'introduction et la base juridique des mesures provisoires dans leur État membre respectif et leur expérience en la matière. Toutes les autorités nationales de concurrence ont répondu à cette demande.

des règles en matière d'ententes et d'abus de position dominante qui est incluse dans leur droit national de la concurrence respectif.

Aperçu de l'introduction du pouvoir d'imposer des mesures provisoires

Avant que le pouvoir de la Commission d'imposer des mesures provisoires ne soit codifié dans le règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil⁵, 11 autorités nationales de concurrence disposaient déjà de ce pouvoir, à savoir celles de la France (1986), de Chypre (1989), de l'Espagne (1989), de la Belgique (1991), de la Finlande (1992), de la Suède (1993), de la Grèce (1995), de Malte (1995), de la Hongrie (1997), de la Lituanie (1999) et de l'Autriche (2002).

En outre, 13 autorités nationales de concurrence ont obtenu ce pouvoir en même temps que l'adoption du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil ou après celle-ci, à savoir celles de la Croatie (2003), du Portugal (2003), de la Tchéquie (2004), de la Lettonie (2004), du Luxembourg (2004), de la Pologne (2004), de l'Allemagne (2005), de la Roumanie (2005), de l'Italie (2006), de la Bulgarie (2008), de la Slovaquie (2008), du Danemark (2013) et de l'Estonie (2013).

Pour justifier l'introduction du pouvoir d'adopter des mesures provisoires, les autorités nationales de concurrence invoquent généralement la nécessité de pouvoir intervenir plus rapidement et de préserver une situation ou de rétablir la concurrence dans l'attente d'une enquête concernant les pratiques anticoncurrentielles. Pour les autorités nationales de concurrence qui ont reçu ce pouvoir après l'adoption du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, le souhait d'aligner leurs pouvoirs d'exécution sur ceux de la Commission et/ou d'autres autorités nationales de concurrence a constitué un facteur de motivation supplémentaire.

Deux États membres ont introduit le pouvoir d'adopter des mesures provisoires récemment, dans le cadre du processus de transposition de la directive REC+: les Pays-Bas (2021) et l'Irlande (2022⁶). En Slovaquie, l'autorité nationale de concurrence pouvait déjà se prévaloir d'un pouvoir plus général d'imposer des mesures provisoires sur la base de son code administratif national, mais ce n'est qu'avec la transposition de la directive REC+ (en 2021) que le pouvoir d'adopter des mesures provisoires a été introduit dans le droit national de la concurrence slovaque.

Modifications législatives introduites à la suite de la directive REC+

Même si la plupart des autorités nationales de concurrence disposaient déjà du pouvoir d'imposer des mesures provisoires avant la directive REC+, la transposition de cette directive a nécessité certaines modifications législatives. Le processus de transposition a également été l'occasion, pour certains États membres, d'introduire des modifications allant au-delà des exigences de la directive REC+. La plupart des modifications législatives permettent aux

⁵ Le règlement n° 17 du Conseil du 6 février 1962 a été le premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité (JO 13 du 21.2.1962, p. 204). Il ne prévoyait pas expressément le pouvoir d'adopter des mesures provisoires, mais ce pouvoir a été reconnu par la Cour de justice de l'Union européenne (voir ordonnance du 17 janvier 1980, *Camera Care Ltd/Commission*, 792/79 R, EU:C:1980:18, point 18).

⁶ L'acte qui a introduit ce nouveau pouvoir pour l'autorité irlandaise de concurrence a été adopté en 2022 et est entré en vigueur en 2023.

autorités nationales de concurrence d'adopter plus facilement des mesures provisoires à la suite de la transposition de la directive REC+ dans leur État membre.

Dans le cadre de la transposition de la directive REC+, la France et le Luxembourg ont introduit la possibilité pour l'autorité nationale de concurrence d'adopter des mesures provisoires de leur propre initiative (d'office), comme l'exige la directive. Grâce à la transposition par la Lituanie, l'autorité lituanienne de concurrence n'a plus besoin de l'autorisation d'un tribunal pour imposer des mesures provisoires. Dans le cadre de sa transposition, l'Allemagne a introduit un critère juridique moins strict pour les mesures provisoires, puisqu'elle n'exige plus la preuve d'un «préjudice irréparable» à la concurrence. De même, la Bulgarie n'exige plus de «preuves suffisantes» d'une infraction, des preuves *prima facie* étant suffisantes aux termes de la directive. L'autorité nationale suédoise de concurrence a désormais la possibilité d'imposer des mesures correctives structurelles à titre de mesures provisoires⁷. Lors de sa transposition, l'Italie a introduit le pouvoir de renouveler ou de prolonger la durée des mesures provisoires, ce qui n'était pas formellement possible auparavant. Le Portugal a introduit une référence spécifique à l'exigence d'un constat *prima facie* d'infraction aux règles de l'Union en matière d'ententes et d'abus de position dominante comme base pour imposer des mesures provisoires. Il n'exige plus de l'autorité nationale de concurrence qu'elle adopte une décision dans la procédure au principal dans un délai de 180 jours à compter de l'imposition de mesures provisoires. Enfin, la Finlande a porté à 12 mois au maximum la période pendant laquelle des mesures provisoires peuvent être imposées (et pendant laquelle la décision peut être renouvelée)⁸.

Pour la Finlande, le Luxembourg et la Slovaquie, l'alignement sur le critère juridique matériel de la directive REC+ a donné lieu à un seuil permettant aux autorités nationales de concurrence d'adopter des mesures provisoires qui est plus élevé que le critère juridique matériel appliqué auparavant. En Pologne, l'obligation imposée par la directive REC+ d'adopter une communication des griefs avant de prendre une décision constatant une infraction a introduit une étape procédurale supplémentaire pour l'adoption de mesures provisoires⁹. Dans le cadre de sa

⁷ Il s'agit d'une conséquence indirecte de la transposition de la directive REC+. En Suède, le pouvoir d'adopter des mesures provisoires est lié au pouvoir d'imposer des mesures correctives. Conformément à l'article 10, paragraphe 1, de la directive REC+, les autorités nationales de concurrence doivent pouvoir imposer «toute mesure corrective de nature structurelle ou comportementale». Le pouvoir de l'autorité suédoise de concurrence d'imposer des mesures correctives a été étendu aux mesures correctives structurelles, ce qui a donc également étendu son pouvoir d'imposer des mesures provisoires.

⁸ Avant la transposition de la directive REC+ en Finlande, les mesures provisoires imposées par l'autorité finlandaise de concurrence ne restaient valables que pendant une période de 90 jours.

⁹ L'article 3, paragraphe 3, de la directive REC+ dispose que «[l]es États membres veillent à ce que, avant de prendre une décision [constatant une infraction], les autorités nationales de concurrence adoptent une communication des griefs». En Pologne, il existe deux types de procédures formelles: la procédure préliminaire (sans parties à la procédure, et donc sans accès au dossier) et la procédure d'infraction (avec des parties à la procédure, qui ont accès au dossier). La communication des griefs a été adoptée au moment de l'ouverture de la procédure formelle d'infraction. Étant donné que des mesures provisoires ne peuvent être adoptées qu'après l'ouverture d'une telle procédure, la transposition de l'article 3, paragraphe 3, a entraîné une étape procédurale supplémentaire en vue de l'adoption de mesures provisoires, puisque davantage d'informations doivent être communiquées aux entreprises au moment de l'ouverture de la procédure d'infraction.

transposition, la Grèce a supprimé la possibilité pour le ministre du développement de demander des mesures provisoires et a introduit un délai de 12 mois pour l'adoption de la décision dans la procédure au principal à la suite de l'imposition de mesures provisoires (prorogeable une fois de 12 mois).

Enfin, d'autres modifications législatives dans les États membres: i) ont apporté des précisions quant à l'obligation de respecter le principe de proportionnalité et à la nécessité de disposer de procédures de recours accélérées en vertu de la directive; et ii) ont introduit l'obligation de notifier l'adoption des mesures provisoires au REC.

3. CRITERE JURIDIQUE ET PROCEDURE: PLUS D'HARMONISATION, MAIS DES DIFFERENCES SUBSISTENT

La directive REC+ a, dans une certaine mesure, harmonisé le pouvoir des autorités nationales de concurrence d'imposer des mesures provisoires. L'article 11 de la directive REC+ impose aux États membres de conférer à leurs autorités nationales de concurrence le pouvoir d'adopter des mesures provisoires de leur propre initiative (d'office). Il dispose que ce pouvoir doit, à tout le moins, s'appliquer dans les cas où une autorité nationale de concurrence a posé un «constat prima facie d'infraction aux [règles de l'Union en matière d'ententes et d'abus de position dominante]» et lorsqu'«un préjudice grave et irréparable risque d'être causé à la concurrence». Étant donné qu'il s'agit là d'une exigence d'harmonisation minimale, les États membres peuvent opter pour un critère juridique matériel moins strict. La directive prévoit également que toute mesure provisoire doit: i) respecter le principe de proportionnalité; ii) être de nature temporaire; et iii) pouvoir être réexaminée dans le cadre de procédures de recours accélérées. Elle impose également à toutes les autorités nationales de concurrence de notifier l'adoption de mesures provisoires au REC.

Le pouvoir de lancer la procédure d'adoption de mesures provisoires

Toutes les autorités nationales de concurrence ont désormais le pouvoir d'imposer des mesures provisoires ou de lancer la procédure d'adoption de telles mesures de leur propre initiative (d'office). Avant la transposition de la directive REC+, les autorités nationales de concurrence française et luxembourgeoise n'avaient le pouvoir d'adopter des mesures provisoires qu'à la demande d'une partie. Bien qu'aucune autorité nationale de concurrence ne dépende plus de la demande d'une partie d'adopter des mesures provisoires, 11 autorités nationales de concurrence prévoient aussi expressément le pouvoir d'adopter des mesures provisoires à la demande des parties (Autriche, Belgique, Bulgarie, Chypre, Espagne, France, Italie, Luxembourg, Portugal, Roumanie et Tchéquie). Toutefois, d'autres autorités nationales de concurrence ont également indiqué que, dans la pratique, elles agissent souvent à la demande d'un tiers. La seule différence semble être que ces autorités nationales de concurrence ne sont pas tenues de donner suite à ces demandes.

Le critère juridique matériel

Quinze autorités nationales de concurrence ont opté pour le critère juridique matériel de la directive REC+, qui est le même que celui qui s'applique à la Commission lorsqu'elle impose

des mesures provisoires en vertu de l'article 8 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil. Elles doivent démontrer qu'il existe une «urgence justifié[e] par le fait qu'un préjudice grave et irréparable risque d'être causé à la concurrence» (Bulgarie, Chypre, Croatie, Estonie, Finlande, Grèce, Irlande, Italie, Lettonie, Luxembourg, Malte, Pays-Bas, Roumanie, Slovaquie et Suède).

Douze autorités nationales de concurrence disposent d'un critère juridique matériel moins strict. En Pologne, au Portugal et en Slovaquie, le préjudice doit simplement être «difficile à réparer». Au Danemark, le préjudice doit être «grave», sans même la condition du caractère irréparable.

D'autres autorités nationales de concurrence, en plus de ne pas être nécessairement tenues de démontrer un préjudice «irréparable», peuvent également démontrer l'existence d'un préjudice causé à d'autres entreprises ou à des intérêts plus généraux. Par exemple, l'autorité belge de concurrence doit démontrer «un préjudice grave, imminent et difficilement réparable aux entreprises dont les intérêts sont affectés par ces pratiques» ou une atteinte «à l'intérêt économique général». L'autorité française de concurrence doit démontrer «une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou le cas échéant, à l'entreprise plaignante». L'autorité allemande de concurrence peut s'appuyer plus largement sur la nécessité de «protéger la concurrence» ou prendre des mesures en cas de «menace imminente de préjudice grave à une autre entreprise». L'autorité hongroise de concurrence peut adopter des mesures provisoires s'«il est urgent de protéger les intérêts juridiques ou économiques des parties concernées et [si] le développement, le maintien ou l'amélioration de la concurrence sont menacés». L'autorité lituanienne de concurrence doit démontrer «un préjudice matériel ou des conséquences irréparables pour les intérêts des entreprises ou du public».

Pour d'autres autorités nationales de concurrence, le critère est plutôt lié à la préservation de l'issue de la procédure. L'autorité tchèque de concurrence peut adopter des mesures provisoires si elle estime que c'est «nécessaire pour réguler provisoirement la situation des parties ou s'il existe des craintes que l'exécution d'une décision puisse être compromise». L'autorité espagnole de concurrence doit démontrer que les mesures provisoires sont nécessaires pour garantir «l'efficacité de la décision qui sera rendue en temps utile».

En Autriche, la preuve *prima facie* d'une infraction constitue un motif suffisant pour adopter des mesures provisoires, quel que soit le préjudice.

En ce qui concerne le constat d'une infraction, la plupart des autorités nationales de concurrence doivent démontrer *prima facie* l'existence d'une infraction pour pouvoir adopter des mesures provisoires. Les législations nationales de la France et de la Slovaquie semblent prévoir une exigence moins stricte: dans ces deux États membres, des mesures provisoires peuvent être adoptées s'il peut être démontré qu'il existe «un risque» d'infraction aux règles de l'Union en matière d'ententes et d'abus de position dominante.

Exigences procédurales

Il existe des différences entre les exigences procédurales des autorités nationales de concurrence en ce qui concerne l'adoption de mesures provisoires. Cela s'explique principalement par les différences entre leurs systèmes nationaux de mise en œuvre des règles, par la structure de

l'autorité nationale de concurrence et par les exigences procédurales qui ne sont pas harmonisées au niveau de l'Union européenne. Par exemple, l'Autriche et Malte disposent d'un système d'exécution judiciaire, ce qui signifie que l'autorité nationale de concurrence administrative doit demander des mesures provisoires à la juridiction qui agit en tant qu'autorité nationale de concurrence judiciaire¹⁰. Il existe également des différences entre les États membres pour ce qui est de la question de savoir s'il convient de suivre la même procédure que celle relative à une décision sur le fond pour l'adoption de mesures provisoires, ou s'il existe certaines particularités procédurales qui permettent à l'autorité nationale de concurrence d'agir plus rapidement.

Seize autorités nationales de concurrence présentent des particularités procédurales lorsqu'elles adoptent des mesures provisoires par rapport à leur procédure de décision sur le fond. La plupart de ces particularités ont trait à une certaine limitation des droits de la défense de l'entreprise concernée. En Italie, l'autorité nationale de concurrence peut, à titre exceptionnel et en cas d'extrême urgence, imposer des mesures provisoires sans entendre l'entreprise concernée (*inaudita altera parte*)¹¹. De même, l'autorité bulgare de concurrence n'a pas besoin de permettre la présentation d'observations écrites par l'entreprise ni d'organiser une audition, et il n'y a pas d'accès au dossier. L'autorité suédoise de concurrence a également indiqué qu'il n'est pas nécessaire d'entendre l'entreprise concernée, bien que, dans la pratique, il y ait toujours un certain dialogue, et que l'accès au dossier peut être refusé.

En Finlande et en Allemagne, le droit d'être entendu de l'entreprise concernée peut être limité en raison de l'urgence de la procédure. En Allemagne, cela signifie que le droit d'être entendu serait limité à une audition à titre d'exception à la procédure écrite normale. L'autorité portugaise de concurrence peut reporter tant l'accès au dossier que l'audition des parties jusqu'après l'adoption des mesures provisoires. En Lituanie et en Pologne, il n'y a pas d'audition.

D'autres particularités procédurales concernent les délais de procédure. En Tchéquie, une demande de mesures provisoires présentée par un tiers doit être tranchée dans un délai de 10 jours. En Roumanie, l'entreprise dispose de 15 jours pour répondre à la notification de l'intention de l'autorité de concurrence d'adopter des mesures provisoires, et l'autorité nationale de concurrence doit adopter la décision dans un délai de 15 jours supplémentaires. En Belgique, l'audition est organisée dans un délai d'un mois, et la décision sur les mesures provisoires doit être prise dans un délai d'un mois à compter de l'audition¹². En Espagne, l'organisme chargé de l'enquête dispose de deux mois pour soumettre un rapport au conseil d'administration, tandis que l'entreprise dispose de cinq jours pour présenter des observations écrites, et le conseil d'administration dispose ensuite de trois mois pour adopter une décision. À Malte, l'entreprise

¹⁰ Conformément à l'article 2, point 3, de la directive REC+, on entend par «autorité nationale de concurrence judiciaire» une autorité judiciaire désignée par un État membre pour exercer une partie des fonctions d'une autorité nationale de concurrence.

¹¹ Les mesures sont de nature provisoire et doivent être confirmées après que les parties ont eu la possibilité de répondre aux allégations.

¹² Le délai d'audition peut être prolongé de deux semaines supplémentaires, et le délai de décision peut être suspendu pendant huit jours ouvrables au total afin de permettre aux parties de présenter leurs observations si les mesures provisoires envisagées s'écartent de la demande de mesures provisoires.

dispose de huit jours pour répondre à la demande de mesures provisoires de l'autorité nationale de concurrence, et le tribunal doit statuer «d'urgence» et ne peut organiser qu'une seule audition.

Dans d'autres États membres, certaines parties de la procédure peuvent être raccourcies. L'autorité portugaise de concurrence peut accorder aux parties des délais plus courts pour présenter leur point de vue (par exemple, cinq jours au lieu de 30). C'est également le cas en Lituanie (à savoir, un minimum de sept jours au lieu d'un minimum de 14 jours). Au Danemark, le délai d'audition est plus court.

L'autorité française de concurrence suit un calendrier indicatif de 90 jours du début de l'enquête jusqu'à l'audition. La procédure est aussi essentiellement orale. Les parties peuvent présenter des observations écrites, mais l'organisme chargé de l'enquête ne présente son point de vue qu'oralement lors de l'audition. Pour certaines affaires plus simples, la procédure peut se limiter à une audition ou à demander directement au conseil d'administration de rejeter la demande.

En Grèce, l'autorité nationale de concurrence peut, après avoir convoqué l'entreprise concernée à une audition, adopter une injonction interlocutoire (c'est-à-dire une ordonnance provisoire), qui est valable jusqu'à l'adoption de la décision finale sur les mesures provisoires. Les mesures provisoires doivent être portées devant l'organe de décision dans un délai de 30 jours, faute de quoi l'injonction interlocutoire expire automatiquement.

L'aperçu des pouvoirs des autorités nationales de concurrence en matière d'adoption de mesures provisoires figurant ci-dessous repose sur les textes législatifs et les explications des autorités nationales de concurrence. Il indique quels États membres i) disposent d'un critère juridique matériel moins strict pour imposer des mesures provisoires que celui prévu à l'article 11 de la directive REC+ et à l'article 8 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil et/ou ii) ont des exigences procédurales moins strictes pour l'adoption de mesures provisoires que la procédure au fond.

Tableau 1: Aperçu du critère juridique matériel et des exigences procédurales pour l'adoption de mesures provisoires

État membre	Critère juridique matériel moins strict	Exigences procédurales moins strictes
Allemagne	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>
Autriche	<input checked="" type="checkbox"/>	
Belgique	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>
Bulgarie		<input checked="" type="checkbox"/>
Chypre		
Croatie		
Danemark	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>
Espagne	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>
Estonie		
Finlande		<input checked="" type="checkbox"/>
France	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>

Grèce		<input checked="" type="checkbox"/>
Hongrie	<input checked="" type="checkbox"/>	
Irlande		
Italie		<input checked="" type="checkbox"/>
Lettonie		
Lituanie	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>
Luxembourg		
Malte		<input checked="" type="checkbox"/>
Pays-Bas		
Pologne	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>
Portugal	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>
Roumanie		<input checked="" type="checkbox"/>
Slovaquie		
Slovénie	<input checked="" type="checkbox"/>	
Suède		<input checked="" type="checkbox"/>
Tchéquie	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>

4. LE RECOURS A DES MESURES PROVISOIRES AU SEIN DU REC

Dans le cadre de l'évaluation du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil et du règlement (CE) n° 773/2004 de la Commission, des données ont été collectées sur les décisions adoptées par les autorités nationales de concurrence entre l'entrée en vigueur de ces règlements en mai 2004 et décembre 2022. Ces données ont été complétées par les autorités nationales de concurrence et examinées conjointement avec les notifications de décisions relatives aux mesures provisoires reçues par la Commission pour la période comprise entre janvier 2023 et juin 2024. Cet examen révèle qu'entre le 1^{er} mai 2004 et le 1^{er} juin 2024, en tout, 95 décisions imposant des mesures provisoires ont été adoptées par 16 autorités nationales de concurrence (Autriche, Belgique, Chypre, Croatie, Espagne, France, Grèce, Italie, Lettonie, Luxembourg, Malte, Pologne, Portugal, Slovaquie, Suède et Tchéquie)¹³. Il s'agit notamment de décisions imposant des mesures provisoires pour des infractions aux règles de l'Union en matière d'ententes et d'abus de position dominante, ainsi que des mesures provisoires pour des infractions à des dispositions équivalentes du droit national de la concurrence.

Sur ces 95 décisions imposant des mesures provisoires, plus de la moitié ont été adoptées par trois autorités nationales de concurrence: l'autorité française de concurrence a adopté

¹³ Le nombre total de décisions imposant des mesures provisoires, ainsi que le nombre individuel pour certains États membres figurant dans le tableau 2, diffèrent des données incluses dans l'évaluation des règlements (CE) n° 1/2003 du Conseil et (CE) n° 773/2004 de la Commission, à la fois parce que les données ont été complétées par certaines autorités nationales de concurrence dans le cadre de la présente analyse et parce qu'un délai supplémentaire a été pris en considération (à savoir, la période comprise entre le 1^{er} janvier 2023 et le 1^{er} juin 2024).

20 décisions au cours de cette période, l'autorité belge de concurrence en a adopté 18 et l'autorité italienne de concurrence en a adopté 14. Parmi les 13 autres autorités nationales de concurrence qui ont adopté des mesures provisoires au cours de la période considérée, huit ont adopté des mesures provisoires à plusieurs reprises (Chypre, Croatie, Espagne, Grèce, Malte, Pologne, Portugal et Suède).

Tableau 2: Nombre de mesures provisoires adoptées au sein du REC entre le 1^{er} mai 2004 et le 1^{er} juin 2024

État membre	Nombre de décisions relatives aux mesures provisoires
France	20
Belgique	18
Italie	14
Espagne	8
Grèce	7
Chypre	6
Suède	6
Pologne	5
Croatie	2
Malte	2
Portugal	2
Autriche	1
Tchéquie	1
Lettonie	1
Luxembourg	1
Slovaquie	1

Ces chiffres ne reflètent pas pleinement l'expérience acquise par les autorités nationales de concurrence au fil des ans en ce qui concerne les mesures provisoires. Certaines autorités nationales de concurrence ont adopté des mesures provisoires avant mai 2004¹⁴. Les chiffres ne tiennent pas compte non plus des cas dans lesquels les autorités nationales de concurrence ont examiné, mais finalement rejeté, des demandes de mesures provisoires, des cas dans lesquels elles ont envisagé des mesures provisoires mais ne les ont finalement pas imposées, les parties ayant proposé des engagements, et des cas dans lesquels elles ont imposé des mesures provisoires, qui n'ont toutefois pas été confirmées dans le cadre d'un recours.

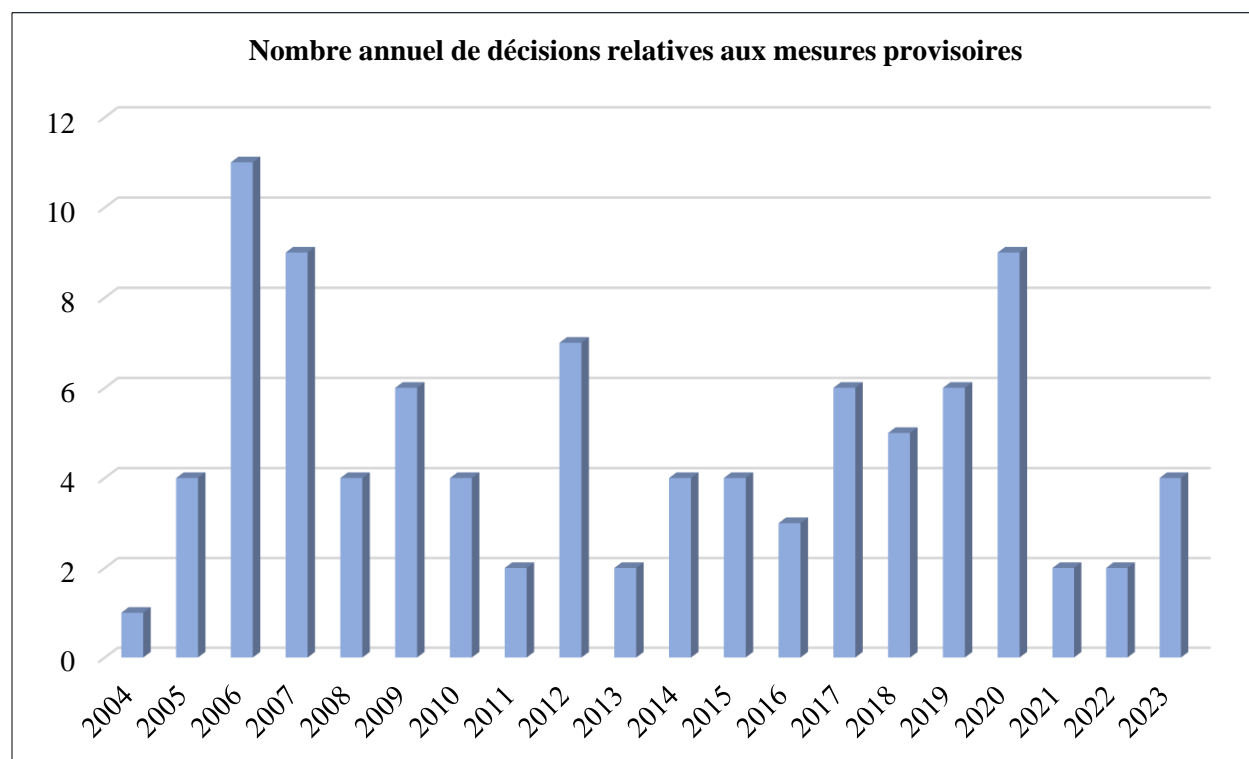
Si l'on compare ces données, on observe que neuf des 11 autorités nationales de concurrence qui ont déjà adopté plus d'une décision imposant des mesures provisoires ont des exigences

¹⁴ Par exemple, l'autorité finlandaise de concurrence a adopté une décision imposant des mesures provisoires en 1993.

procédurales moins strictes que pour leurs procédures au fond (Belgique, Espagne, France, Grèce, Italie, Malte, Pologne, Portugal et Suède). Pour la France et la Belgique, qui sont les deux autorités nationales de concurrence qui ont adopté la plupart des décisions relatives aux mesures provisoires, ainsi que pour l'Espagne, la Pologne et le Portugal, cet état de fait est associé à un critère juridique moins strict.

Si l'on examine le nombre de décisions adoptées par an au cours de la période allant de mai 2004 à juin 2024, on peut observer que les autorités nationales de concurrence ont adopté, en moyenne, cinq décisions imposant des mesures provisoires par an. Le graphique ci-dessous montre que ce nombre a varié d'une année à l'autre, mais qu'il n'y a pas de tendance générale à la hausse ou à la baisse.

Graphique 1: Nombre annuel de décisions relatives aux mesures provisoires adoptées par les autorités nationales de concurrence du REC



5. EXPERIENCE DE L'OUTIL: UTILITE ET CAS APPROPRIES

Les autorités nationales de concurrence ont également fourni un retour d'information qualitatif sur leur expérience concernant les mesures provisoires. La grande majorité des autorités nationales de concurrence ayant répondu avaient connu une expérience globalement positive en ce qui concerne les mesures provisoires et ont déclaré qu'elles les considéraient comme un outil de mise en œuvre utile¹⁵. Ces autorités nationales de concurrence ont souligné l'importance: i) de

¹⁵ Quatorze autorités nationales de concurrence ont répondu à une question les invitant à donner leur avis global sur les mesures provisoires et 13 ont répondu qu'elles les jugeaient utiles.

leur capacité, au moyen de mesures provisoires, soit de préserver la structure d'un marché jusqu'à l'adoption d'une décision dans l'affaire au principal, soit de rétablir la concurrence sur le marché à court terme; ii) de l'effet dissuasif des mesures provisoires; et iii) de l'adéquation des mesures provisoires pour résoudre les problèmes qui se posent face aux évolutions rapides des marchés. Ainsi que l'une d'entre elles l'a expliqué, «elles peuvent être utilisées pour éviter un préjudice grave et irréparable à la concurrence qui ne pourrait autrement pas être évité par d'autres outils disponibles».

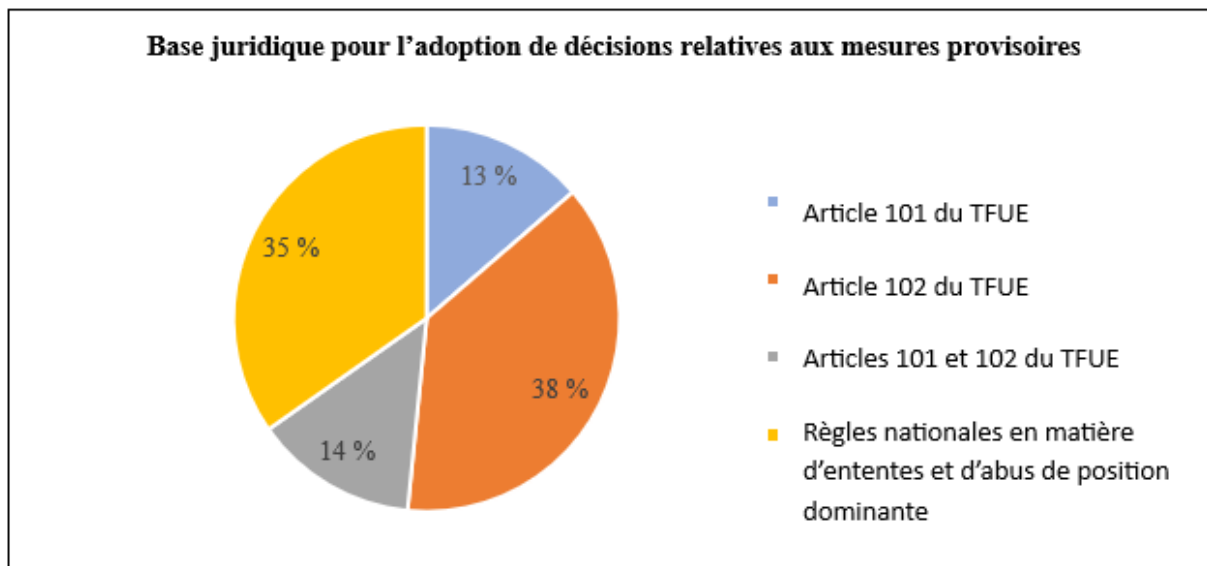
Une autorité nationale de concurrence ne s'est pas montrée favorable à cet outil de mise en œuvre, soulignant plutôt les difficultés liées à la nécessité de prouver à la fois une infraction *prima facie* et le caractère urgent de mesures provisoires. Cette autorité préfère plutôt engager rapidement la procédure qui conduit à l'adoption d'une décision sur le fond de l'affaire.

Au sujet de l'incidence des mesures provisoires sur la procédure au fond (c'est-à-dire la question de savoir si les mesures provisoires augmentent ou diminuent la durée totale de la procédure ou si elles augmentent les chances de parvenir à une transaction avec les parties concernées ou les parties proposant des engagements), les autorités nationales de concurrence avaient des points de vue divergents¹⁶. La plupart des autorités nationales de concurrence, qui ont toutes adopté au moins une décision imposant des mesures provisoires, estiment que le recours à cet outil de mise en œuvre peut réduire la durée totale des procédures, dont certaines peuvent se terminer par des engagements proposés par les parties à la procédure pour remédier aux préoccupations recensées en matière d'ententes et d'abus de position dominante. Certaines autorités nationales de concurrence ont affirmé que l'incidence des mesures provisoires sur la durée de la procédure au principal peut varier et que ces mesures peuvent aussi bien raccourcir la procédure que l'allonger, en fonction: i) des circonstances particulières de l'affaire; et, surtout, ii) de la confirmation finale, ou de l'absence de confirmation finale, par l'instance de recours, de la décision imposant des mesures provisoires.

De nombreux exemples montrent que les mesures provisoires sont un outil polyvalent, bien qu'elles soient loin d'être adaptées à toutes les enquêtes concernant des pratiques anticoncurrentielles. Elles peuvent être utiles dans les enquêtes portant à la fois sur des accords potentiellement anticoncurrentiels et sur de potentiels abus de position dominante. Le graphique ci-dessous montre que, sur les 95 décisions adoptées par les autorités nationales de concurrence, la plupart des décisions fondées sur les règles de l'Union en matière d'ententes et d'abus de position dominante étaient liées à de potentiels abus de position dominante (article 102 du TFUE).

¹⁶ Neuf autorités nationales de concurrence ont répondu à la question.

Graphique 2: Base juridique des décisions relatives aux mesures provisoires prises par les autorités nationales de concurrence au sein du REC



Les pratiques les plus courantes pour lesquelles des mesures provisoires ont été imposées sont le refus de fourniture (lorsqu'une entreprise dominante refuse de fournir un produit ou un service à un concurrent en aval) et le boycott collectif (lorsqu'un groupe de concurrents convient d'exclure ou d'entraver un concurrent réel ou potentiel). Les autorités nationales de concurrence signalent que ce sont souvent les affaires impliquant une théorie du préjudice plus simple qui sont particulièrement adaptées au recours à des mesures provisoires. Bien que certaines autorités nationales de concurrence indiquent que les affaires relevant du secteur numérique peuvent être particulièrement adaptées au recours à des mesures provisoires, les exemples montrent que des mesures provisoires ont été imposées dans différents secteurs, des télécommunications aux industries de base et de la radiodiffusion au secteur agricole.

Les mesures provisoires adoptées par les autorités nationales de concurrence varient en fonction des circonstances spécifiques de l'affaire. Elles prennent généralement la forme d'une obligation de suspendre un accord ou certaines de ses clauses, de (re)commencer à fournir un produit ou service donné, ou de modifier les conditions dans lesquelles l'accès à une installation ou à une ressource donnée est accordé.

Les exemples exposés ci-après, fournis par les trois autorités nationales de concurrence qui ont le plus utilisé cet outil, illustrent la polyvalence des mesures provisoires.

Obliger Google à négocier la rémunération avec les éditeurs de presse

En 2019, l'autorité française de concurrence a adopté des mesures provisoires obligeant Google à négocier avec les éditeurs de presse la rémunération pour l'affichage de leurs contenus protégés

par le droit d’auteur, tels que des photographies ou de courts extraits de leurs articles¹⁷. Une nouvelle règle législative, qui donnait aux éditeurs de presse le droit d’autoriser ou d’interdire l’affichage de leurs contenus sur les plateformes numériques, était alors sur le point d’entrer en vigueur. L’intention de Google était simplement de cesser d’afficher tous ces contenus sur ses sites web, y compris sur Google Search, à moins que les éditeurs de presse ne lui aient donné l’autorisation d’utiliser ces contenus gratuitement. L’autorité française de concurrence a donné suite à une plainte d’éditeurs de presse qui pensaient que cette approche pouvait constituer un abus de position dominante de Google, car cette dernière refusait d’entamer des négociations sur la rémunération équitable à verser pour l’utilisation de ces contenus protégés par le droit d’auteur. L’autorité française de concurrence a donc ordonné des mesures provisoires pour s’assurer que Google négocie de bonne foi avec les éditeurs de presse jusqu’à ce qu’une décision soit prise sur le fond de l’affaire, et a ensuite infligé une amende à Google pour non-respect desdites mesures. La procédure au fond s’est conclue par des engagements proposés par Google et acceptés par l’autorité française de concurrence.

Permettre aux radiodiffuseurs tiers de diffuser des rencontres de football

En 2023, l’autorité italienne de concurrence a imposé des mesures provisoires à deux radiodiffuseurs interdisant certaines clauses contractuelles entre eux qui visaient à garantir qu’eux seuls, et aucun autre radiodiffuseur, auraient le droit de diffuser certaines compétitions de football¹⁸. En adoptant les mesures provisoires, l’autorité italienne de concurrence est intervenue pour faire en sorte que d’autres radiodiffuseurs de manifestations sportives puissent négocier le droit de diffuser également les compétitions de football en question. Grâce aux mesures provisoires, il a été possible de voir des matchs de football sur d’autres chaînes que celles des deux radiodiffuseurs. Après avoir examiné le fond de l’affaire, l’autorité italienne de concurrence a infligé des amendes aux deux radiodiffuseurs qui avaient conclu l’accord. La décision de l’autorité a été confirmée dans le cadre d’un recours.

Préserver la concurrence sur le marché de l’internet à haut débit

En 2023, l’autorité belge de concurrence a imposé des mesures provisoires à Proximus dans le cadre d’une enquête sur un potentiel abus de position dominante¹⁹. Proximus avait acquis EDPnet, l’un de ses concurrents directs sur les marchés de gros et de détail de l’internet à haut débit fixe. L’autorité belge de concurrence estimait que cette acquisition pouvait avoir un effet négatif sur la concurrence. Elle a donc imposé des mesures provisoires à Proximus afin d’assurer à la fois la continuité des activités d’EDPnet et l’indépendance opérationnelle et commerciale d’EDPnet par rapport à Proximus pendant la durée de l’enquête sur la procédure au fond. Proximus a finalement décidé de revendre EDPnet au nouvel entrant dans le secteur belge des télécommunications, ce qui a permis à l’autorité belge de concurrence de conclure son enquête.

¹⁷ Décision 19-MC-01 du 31 janvier 2019.

¹⁸ 1857 - ACCORDO TIM-DAZN SERIE A 2021/2024.

¹⁹ Décision n° ABC-2023-RPR-17 du 21 juin 2023 dans l’affaire n° CONC-RPR-23/0002.

6. CONCLUSIONS

Toutes les autorités nationales de concurrence du REC ont désormais le pouvoir d'adopter des mesures provisoires pour les infractions aux règles de l'Union en matière d'ententes et d'abus de position dominante.

Si la plupart des autorités nationales de concurrence disposaient déjà de ce pouvoir avant la transposition de la directive REC+, cette dernière a abouti à une plus grande harmonisation, en permettant aux autorités nationales de concurrence: i) d'adopter des mesures provisoires d'office, c'est-à-dire de leur propre initiative, sans demande préalable d'un tiers; ii) de fonder ces mesures provisoires sur un constat *prima facie* d'infraction; et iii) de renouveler les mesures provisoires jusqu'à l'adoption de la décision sur le fond de l'affaire. Certaines différences subsistent, en ce qui concerne tant le critère juridique matériel à appliquer que les exigences procédurales entre les États membres.

Le recours effectif aux mesures provisoires varie considérablement d'une autorité nationale de concurrence à l'autre. La plupart des autorités nationales de concurrence qui ont adopté plus d'une décision présentent certaines particularités procédurales qui leur permettent d'agir plus rapidement que dans la procédure au fond, parfois en combinaison avec un critère juridique matériel moins strict. Il apparaît donc que des procédures plus rationalisées, éventuellement associées à un critère juridique matériel moins strict pour imposer des mesures provisoires, conduisent à un recours accru à cet outil de mise en œuvre.

Parallèlement, certaines autorités nationales de concurrence n'ont pas, malgré des procédures et un critère juridique matériel moins stricts, adopté de décisions imposant des mesures provisoires. Il semble donc également que le recours à des mesures provisoires relève d'un choix stratégique de la part des autorités nationales de concurrence.