DÉCISIONS

DÉCISION D'EXÉCUTION (UE) 2020/737 DE LA COMMISSION

du 27 mai 2020

sur l'applicabilité de l'article 34 de la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil aux marchés attribués pour les activités relatives à la prestation de certains services postaux au Danemark

[notifiée sous le numéro C(2020) 3335]

(Le texte en langue danoise est le seul faisant foi.)

(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)

LA COMMISSION EUROPÉENNE,

vu le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne,

vu la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE ([1]), et notamment son article 35, paragraphe 3,

Après consultation du comité consultatif pour les marchés publics,

considérant ce qui suit:

1. **LES FAITS**

(1) Le 19 décembre 2019, le Danemark (ci-après le «demandeur»), a soumis à la Commission, par courrier électronique, une demande au titre de l'article 35, paragraphe 1, de la directive 2014/25/UE (ci-après la «demande»). La demande est conforme à l'article 1er, paragraphe 1, de la décision d'exécution (UE) 2016/1804 de la Commission ([2]).

(2) La demande porte sur certains services postaux au Danemark. Les services concernés décrits dans la demande sont les suivants:

a) les services nationaux de livraison de colis envoyés par des entreprises à des consommateurs (B2C) — livraison ordinaire à un consommateur d'un colis envoyé par une entreprise ayant un contrat de livraison au Danemark (transport porte à porte ou livraison à un point de collecte au Danemark);

b) les services internationaux de livraison de colis envoyés par des entreprises à des consommateurs (B2C), à savoir:

— les livraisons ordinaires de colis provenant d'une entreprise ayant un contrat de livraison au Danemark et envoyés à un consommateur situé en dehors du Danemark (transport porte à porte ou livraison à un point de collecte de colis);

— les livraisons ordinaires de colis provenant d'une entreprise internationale et envoyés à un consommateur danois (transport porte à porte ou livraison à un point de collecte au Danemark).

(3) L'autorité danoise de la concurrence et des consommateurs (ci-après l'«ADCC»), qui est une entité indépendante du ministère danois de l'industrie, des entreprises et des affaires financières, a soumis la demande au nom du Danemark. PostNord ([3]), seule entité active dans le secteur postal au Danemark et soumise aux règles de passation des marchés publics, est à l'origine de cette demande.

([1]) JO L 94 du 28.3.2014, p. 243.

([2]) Décision d'exécution (UE) 2016/1804 de la Commission du 10 octobre 2016 relative aux modalités d'application des articles 34 et 35 de la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (JO L 275 du 12.10.2016, p. 39).

([3]) PostNord AB est le nom de la société holding des deux sociétés postales fusionnées, Posten AB et Post Danmark, qui ont officiellement fusionné le 24 juin 2009. Post Danmark est une filiale de PostNord qui est établie et active au Danemark.

(4) La demande contenait un avis motivé et justifié de l'ADCC. L'ADCC, qui est compétente dans le domaine des activités concernées, a analysé de manière approfondie les conditions d'applicabilité de l'article 34, paragraphe 1, de la directive 2014/25/UE aux activités concernées, en application de l'article 34, paragraphes 2 et 3, de cette directive. L'avis de l'ADCC était fondé sur une enquête par questionnaire réalisée auprès des acteurs réels du marché et des concurrents potentiels sur les marchés danois des services nationaux et internationaux de livraison ordinaire de colis expédiés par des entreprises à des consommateurs.

(5) Le 3 février 2020, la Commission a demandé des informations complémentaires au demandeur dont la réponse est parvenue à la Commission le 10 février 2020. Le 16 mars 2020, le demandeur a fourni d'autres informations relatives à l'état de la concurrence sur le marché des services internationaux de livraison de colis B2C.

(6) Conformément à l'annexe IV, point 1 a), de la directive 2014/25/UE, les actes d'exécution visés à l'article 35 de cette directive doivent être adoptés dans un délai de 90 jours ouvrables lorsque le libre accès à un marché donné est présumé exister sur la base de l'article 34, paragraphe 3, premier alinéa, de la directive 2014/25/UE. Conformément à l'annexe IV, point 1, troisième alinéa, de la directive 2014/25/UE, le délai d'adoption des actes d'exécution commence à courir à compter du jour ouvrable suivant la date à laquelle la Commission reçoit la demande visée à l'article 35, paragraphe 1, ou, si les informations devant être fournies avec la demande sont incomplètes, à compter du jour ouvrable suivant la réception des informations complètes. Le délai initial a donc expiré le 11 mai 2020 ([4]). La Commission a prolongé ce délai jusqu'au 29 mai 2020 avec l'accord du demandeur.

2. **CADRE JURIDIQUE**

(7) La directive 2014/25/UE s'applique à la passation de marchés pour l'exercice d'activités liées aux services postaux, à moins que l'activité ne soit exemptée en vertu de l'article 34 de ladite directive.

(8) Conformément à la directive 2014/25/UE, les marchés destinés à permettre la prestation de l'une des activités visées par la directive 2014/25/UE ne doivent pas être soumis à ladite directive si, dans l'État membre où elle est exercée, l'activité est directement exposée à la concurrence sur des marchés dont l'accès n'est pas limité. La question de savoir si une activité est directement exposée à la concurrence est tranchée sur la base de critères objectifs, par exemple les caractéristiques des produits ou services concernés, l'existence de produits ou de services de remplacement jugés substituables du côté de l'offre ou de la demande, les prix ou la présence de plus d'un fournisseur des produits ou de plus d'un prestataire des services en question.

3. **ÉVALUATION**

3.1. **Accès non limité au marché**

(9) L'accès au marché est réputé non limité dès lors que l'État membre concerné a transposé et appliqué la législation pertinente de l'Union concernant l'ouverture à la concurrence d'un secteur donné ou d'une partie de celui-ci. La liste de ces dispositions législatives figure à l'annexe III de la directive 2014/25/UE qui, pour les services postaux, inclut la directive 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil ([5]).

(10) Comme l'a confirmé le demandeur ([6]), et sur la base des informations dont dispose la Commission, le Danemark a transposé ([7]) la directive 97/67/CE. Par conséquent, l'accès au marché en cause est réputé non limité conformément à l'article 34, paragraphe 3, de la directive 2014/25/UE.

3.2. **Exposition directe à la concurrence**

(11) L'exposition directe à la concurrence doit être évaluée sur la base de différents indicateurs dont aucun n'est déterminant en soi. Eu égard aux marchés concernés par la présente décision, la part de marché des principaux acteurs sur un marché donné constitue un critère à prendre en considération. Étant donné la variété des conditions propres aux différentes activités sur lesquelles porte la demande, il importe que l'examen de la situation concurrentielle tienne compte de la situation particulière de chaque marché.

([4]) JO C 64 du 27.2.2020, p. 55.

([5]) Directive 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service (JO L 15 du 21.1.1998, p. 14).

([6]) Voir la demande, section 4.1 et l'annexe 1 de la demande.

([7]) Acte de transposition national: Postal Law (Lovbekendtgoreste 2017-08-30, nr. 1040 Postlov).

(12) La présente décision est sans préjudice de l'application des règles sur la concurrence et d'autres dispositions du droit de l'Union. Notamment, les critères et la méthodologie utilisés pour évaluer l'exposition directe à la concurrence en vertu de l'article 34 de la directive 2014/25/UE ne sont pas nécessairement identiques à ceux utilisés pour effectuer une évaluation en application de l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ou du règlement (CE) nº 139/2004 du Conseil ([8]), ainsi que l'a confirmé le Tribunal ([9]).

(13) L'objectif de la présente décision est de déterminer si les activités concernées par la demande sont exposées à un niveau de concurrence sur des marchés dont l'accès n'est pas limité au sens de l'article 34 de la directive 2014/25/UE, susceptible de garantir que, même en l'absence de la discipline qu'imposent les règles détaillées de passation de marchés fixées par la directive 2014/25/UE, la passation de marchés pour les activités concernées par la demande reposera sur des procédures transparentes et non discriminatoires et sur des critères permettant aux acheteurs de retenir la solution globalement la plus avantageuse sur le plan économique.

(14) Dans le présent contexte, il importe de mentionner que, sur les marchés concernés, les acteurs ne sont pas tous soumis aux règles de passation des marchés publics. Sur les marchés faisant l'objet de la présente demande, seule PostNord est une entité adjudicatrice au sens de l'article 4, paragraphe 1, de la directive 2014/25/UE et est donc soumise aux règles de passation des marchés publics. Les entreprises qui ne sont pas soumises à ces règles devraient, lorsqu'elles interviennent sur ces marchés, avoir normalement la possibilité d'exercer une pression concurrentielle sur les acteurs qui sont eux soumis aux règles de passation des marchés publics.

3.3. **Définition du marché de produit en cause**

(15) Dans des décisions antérieures ([10]), la Commission a déclaré que le marché des services de distribution de colis peut être segmenté en services de livraison de colis express et ordinaire (également dénommés «différés»). Cette distinction tient compte du fait que les services express sont plus rapides et plus fiables qu'un service ordinaire, que chacun de ces services exige une infrastructure différente et que les services express présentent des caractéristiques supplémentaires à valeur ajoutée, comme les services de suivi et de localisation, et sont généralement plus onéreux.

(16) Dans une décision antérieure ([11]), la Commission a également opéré une distinction entre les services intérieurs et internationaux de livraison de colis. La Commission a considéré que les services intérieurs de livraison de colis sont fournis par des sociétés exploitant des réseaux de distribution nationaux, tandis que les services internationaux de livraison de colis consistent en la collecte de colis à acheminer et à livrer à l'étranger et sont fournis par des entreprises qui ont accès à des réseaux dans les pays de destination.

(17) Dans des décisions antérieures, la Commission a estimé que les services de livraison ordinaire de colis aux consommateurs [colis envoyés par des consommateurs à des tiers (C2X), c'est-à-dire à d'autres consommateurs (C2C) et à des entreprises (C2B)] et aux entreprises [colis envoyés par des entreprises à des tiers (B2X), c'est-à-dire à d'autres entreprises (B2B) et à des consommateurs (B2C)] constituent des marchés de produits distincts. La fourniture de services de livraison de colis aux consommateurs (colis envoyés par des consommateurs à des tiers) et la fourniture de services de livraison de colis aux entreprises (colis envoyés par des entreprises à des tiers) nécessitent une infrastructure différente (notamment un réseau de bureaux de poste à la disposition des consommateurs privés). ([12])

([8]) Règlement (CE) no 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises («règlement CE sur les concentrations») (JO L 24 du 29.1.2004, p. 1).

([9]) Arrêt du 27 avril 2016, Österreichische Post AG/Commission, T-463/14, EU:T:2016:243, point 28.

([10]) Décision d'exécution 2013/154/UE de la Commission du 22 mars 2013 exemptant certains services du secteur postal, en Hongrie, de l'application de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (JO L 86 du 26.3.2013, p. 22). M.5152 du 21 avril 2009 — Posten AB/Post Danmark A/S; M.6570 — UPS/TNT Express du 30 janvier 2013 et M.7630 — FedEx/TNT Express du 8 janvier 2016.

([11]) Voir M.5152 — Posten AB/Post Danmark A/S, du 21 avril 2009, points 54 à 57, affaire M 6570- UPS/TNT du 30 janvier 2013, points 165 à 182, affaire M.7630 — FedEx/TNT, arrêt du 8 janvier 2016, points 81 à 89. Voir également la décision 2009/46/CE de la Commission du 19 décembre 2008 exemptant certains services du secteur postal en Suède de l'application de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (JO L 19 du 23.1.2009, p. 50) et la décision d'exécution 2013/154/UE de la Commission du 22 mars 2013 exemptant certains services du secteur postal en Hongrie de l'application de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (JO L 86 du 26.3.2013, p. 22).

([12]) Voir décision du 21 avril 2009, COMP/M.5152 — Posten AB/Post Danmark A/S, point 60. Affaire AT. 35.141 Deutsche Post AG, point 29; décision 2007/564/CE de la Commission du 6 août 2007 exemptant certains services du secteur postal en Finlande, à l'exclusion des Îles Åland, de l'application de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (JO L 215 du 18.8.2007, p. 21); décision 2009/46/CE et décision 2010/142/UE de la Commission du 3 mars 2010 exemptant certains services du secteur postal en Autriche de l'application de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil (JO L 56 du 6.3.2010, p. 8).

(18) En outre, la Commission a estimé dans des décisions antérieures que les livraisons de colis B2B et B2C ne sont pas substituables. Du point de vue de l'offre, la livraison de colis B2C nécessite un réseau plus dense pour atteindre les destinataires privés, contrairement aux destinataires professionnels qui sont souvent situés dans des ensembles denses. Par conséquent, la distance entre les destinataires professionnels est plus courte que la distance entre les consommateurs. Les conséquences en termes de couverture du réseau et de coûts peuvent être très importantes, ce qui différencie donc les marchés de livraison de colis B2B et B2C ([13]).

(19) La définition du marché des produits du demandeur est conforme à la pratique antérieure de la Commission.

(20) Sur la base des considérants 15 à 19 aux fins de l'appréciation réalisée dans la présente décision et sans préjudice du droit de la concurrence, on peut considérer que les marchés de produits en cause sont:

a) le marché des services intérieurs de livraison ordinaire de colis B2C;

b) le marché des services internationaux de livraison ordinaire de colis B2C.

3.4. **Définition du marché géographique en cause**

(21) La Commission a estimé dans sa pratique antérieure ([14]) qu'indépendamment de la distinction entre les services intérieurs et les services internationaux de livraison, les marchés de livraison de colis B2C revêtent une dimension nationale. La position du demandeur est conforme à la pratique de la Commission.

(22) Dès lors qu'aucune indication n'est donnée quant à une étendue différente du marché géographique, aux fins de l'appréciation réalisée au titre de la présente décision et sans préjudice du droit de la concurrence, la Commission considère que l'étendue géographique des services intérieurs et internationaux de livraison de colis B2C est le territoire du Danemark.

3.5. **Analyse du marché — services intérieurs de livraison de colis B2C**

(23) La Commission observe que, à l'instar de ce qui s'est produit dans la majorité des États membres, le marché danois a enregistré une croissance significative des volumes de colis au cours des dernières années, principalement en conséquence du commerce électronique. Selon les informations disponibles, entre 2016 et 2018, la part de marché de PostNord a chuté de […] ([15]), passant de […]% en valeur et […] % en volume, à […] % en valeur ([16]) et à […] % en volume ([17]).

(24) Alors que les parts de marché de PostNord ont diminué au cours de la période observée, les parts de marché des […] concurrents ont augmenté […] au cours de la même période. Entre 2016 et 2018, les parts de marché de la concurrence […], […], sont passées de […] % à […] % en valeur et de […] % à […] % en volume. ([18]). De même, au cours de la même période, les parts de marché de […] sont passées de […] % à […] % en valeur et de […] % à […] % en volume. ([19]) […]. Sur cette base, on peut considérer que ces sociétés concurrentes (c'est-à-dire […]) seraient en mesure d'exercer une pression concurrentielle significative sur PostNord. Dans ce contexte, il est également important d'observer que […] est parvenu à accroître son marché […] dans un laps de temps assez court, ce qui suggère que […] exerce une pression concurrentielle importante sur PostNord.

(25) En outre, la Commission note qu'au cours des cinq dernières années, de nouveaux opérateurs sont entrés sur le marché: à savoir DAO365 et Burd Delivery ([20]) et […] au cours des trois dernières années.

(26) Aux fins de la présente décision et sans préjudice du droit de la concurrence, il convient de considérer les facteurs décrits aux considérants 23, 24 et 25, comme indiquant une exposition de cette activité à la concurrence au Danemark. Par conséquent, étant donné que les conditions énoncées à l'article 34 de la directive 2014/25/UE sont remplies, il convient de constater que la directive 2014/25/UE ne devrait pas s'appliquer à la passation de marchés destinés à permettre l'exercice de cette activité au Danemark.

([13]) Voir décision du 21 avril 2009, COMP/M.5152 — Posten AB/Post Danmark A/S, points 61 et 62.
([14]) Décision du 21 avril 2009 dans l'affaire COMP/M.5152 — Posten AB/Post Danmark A/S, points 64 à 74.
([15]) […] — données confidentielles.
([16]) Voir la demande, p. 11, tableau 5.
([17]) Voir la demande, p. 11, tableau 6.
([18]) Voir la demande, p. 11, tableaux 5 et 6.
([19]) Voir la demande, p. 11, tableaux 5 et 6.
([20]) Voir la demande, p. 16, section 5.3.1.

3.6. **Analyse de marché — services internationaux de livraison de colis B2C**

(27) La Commission observe que, à l'instar du marché intérieur de la livraison de colis B2C, le marché international de la livraison de colis B2C a enregistré une croissance significative au cours de ces dernières années. Toutefois, contrairement à l'évolution de la concurrence observée sur le marché intérieur de la livraison de colis B2C, la part de marché de PostNord sur le marché international de la livraison de colis B2C est restée relativement stable au cours des trois dernières années, tant en valeur ([21]) ([…] % en 2016, […] % en 2017 et […] % en 2018) qu'en volume ([22]) ([…] % en 2016, […] % en 2017 et […] % en 2018) ([23]).

(28) Parallèlement, la part de marché cumulée de la concurrence a baissé […] en termes de valeur et […] en termes de volumes. À ces niveaux, on ne peut pas conclure que ces concurrents seraient en mesure d'exercer une pression concurrentielle significative sur PostNord ni que la situation du marché pourrait changer prochainement compte tenu des parts de marché relativement stables de PostNord au cours de la période observée.

(29) Le demandeur fait valoir que […] détient une part importante des services internationaux de livraison de colis B2C. Selon la demande ([24]), il semble que le […].

(30) Toutefois, même en adoptant une approche prudente […], la part de marché de PostNord en termes de volume reste […]. Comme […], il est peu probable que la situation concurrentielle change dans un avenir proche.

(31) Le demandeur indique ([25]) que […]. Il suggère également qu'étant donné la croissance du marché du commerce électronique au Danemark et en Europe, la demande de livraison de colis internationaux B2C devrait augmenter. Enfin, le demandeur a informé la Commission le 16 mars 2020 que PostNord avait identifié d'autres fournisseurs de services internationaux de livraison de colis B2C.

(32) Toutefois, le demandeur a précisé que, sur la base des informations fournies par PostNord, certains de ces fournisseurs (à savoir Prime Cargo, Blue Water, Scan Logistics, GTX Logistics et Link Logistics) ne fournissent pas eux-mêmes directement de services de livraison de colis, mais proposent plutôt des solutions logistiques, ce qui inclut la vente des services de distributeurs de colis tels que PostNord. En outre, il semble que certains autres fournisseurs (à savoir United Broker, Shipmondo et pakke.dk) offrent des «services de consolidation», c'est-à-dire des solutions et des plateformes informatiques. Le demandeur a également reconnu que le marché danois a une portée limitée en termes de taille, ce qui peut limiter le nombre de fournisseurs de services de livraison de colis.

(33) La Commission note qu'un nouveau concurrent, DAO 365, est entré sur le marché international des colis B2C en 2019, mais il n'existe pas encore de données disponibles concernant ses performances sur ce marché. En admettant que des entreprises telles que celles identifiées au considérant 32 ci-dessus peuvent exercer une certaine pression concurrentielle sur PostNord, même si elles ne fournissent pas elles-mêmes des services internationaux de livraison de colis B2C, les informations fournies par le demandeur ne permettent pas de conclure que c'est effectivement le cas. L'ampleur de cette éventuelle contrainte concurrentielle est particulièrement incertaine puisque, comme le montre le considérant 27 ci-dessus, la part de marché de PostNord, tant en volume qu'en valeur, reste stable au cours de la période observée.

(34) Compte tenu des facteurs examinés dans les considérants 27 à 33 on ne saurait conclure que les services internationaux de livraison de colis B2C sont directement exposés à la concurrence au Danemark. Par conséquent, il convient que la directive 2014/25/UE continue de s'appliquer aux marchés destinés à permettre la poursuite de ces activités au Danemark.

4. **CONCLUSIONS**

(35) La présente décision est fondée sur la situation juridique et factuelle de la période comprise entre décembre 2019 et mars 2020, telle qu'elle ressort des informations présentées par le demandeur et des informations accessibles au public ([26]). Elle peut être révisée si, par suite de changements significatifs dans la situation juridique ou factuelle, les conditions d'applicabilité de l'article 34 de la directive 2014/25/UE ne sont plus remplies.

([21]) Voir la demande, p. 12, tableau 7.
([22]) Voir la demande, p. 12, tableau 8.
([23]) Voir la demande, p. 21, premier graphique.
([24]) Voir la demande, p. 13, paragraphes 2 et 3.
([25]) Voir la réponse du demandeur du 10 février 2020 à la demande de renseignements de la Commission du 3 février 2020, p. 2.
([26]) Voir «*Development of Cross-border E-commerce through Parcel Delivery*» — Étude réalisée pour la Commission européenne, direction générale du marché intérieur, de l'industrie, de l'esprit d'entreprise et des PME, par WIK Consult, février 2019; «*Annual and Sustainability Report*» 2018 PostNord; «*Main Developments in the Postal Sector (2013-2016)*» — Étude pour la Commission européenne, direction générale du marché intérieur, de l'industrie, de l'entrepreneuriat et des PME, par Copenhagen Economics, juillet 2018.

(36) Étant donné que la directive 2014/25/UE devrait continuer de s'appliquer aux services liés aux services internationaux de livraison de colis B2C, il est rappelé que les marchés publics couvrant plusieurs activités doivent être traités conformément à l'article 6 de cette directive. Cela signifie que, lorsqu'une entité adjudicatrice prévoit d'attribuer un marché «mixte», c'est-à-dire un marché visant à permettre l'exercice à la fois d'activités exemptées de l'application de la directive 2014/25/UE et d'activités qui n'en sont pas exemptées, les activités auxquelles ce marché est principalement destiné doivent être prises en compte. Dans le cas d'un tel marché mixte dont l'objet principal est de permettre la prestation d'activités qui ne sont pas exemptées, il y a lieu d'appliquer les dispositions de la directive 2014/25/UE. S'il est objectivement impossible de déterminer à quelle activité le marché est principalement destiné, il y a lieu d'attribuer le marché conformément aux règles énoncées à l'article 6, paragraphe 3, de la directive 2014/25/UE,

A ADOPTÉ LA PRÉSENTE DÉCISION:

Article premier

La directive 2014/25/UE ne s'applique pas aux marchés attribués par des entités adjudicatrices et destinés à permettre l'exercice d'activités liées aux services intérieurs de livraison ordinaire de colis envoyés par des entreprises à des consommateurs (B2C) sur le territoire du Danemark.

Article 2

La directive 2014/25/UE continue de s'appliquer aux marchés attribués par des entités adjudicatrices et destinés à permettre la réalisation des activités liées aux services internationaux de livraison ordinaire de colis B2C sur le territoire du Danemark.

Article 3

Le Royaume de Danemark est destinataire de la présente décision.

Fait à Bruxelles, le 27 mai 2020.

Par la Commission
Thierry BRETON
Membre de la Commission