

Observations de l'AFEC sur la proposition de communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit de la concurrence de l'Union.

Janvier 2023

L'Association française d'Etude de la Concurrence (AFEC) est une association indépendante créée en 1952. Elle regroupe des spécialistes du droit de la concurrence provenant de toutes les professions de ce secteur, professeurs de droit et d'économie, magistrats, membres de l'Administration (DGCCRF), membres de l'Autorité de la concurrence, avocats, juristes d'entreprise, représentants de syndicats professionnels, étudiants. L'AFEC est le Groupe Français de la Ligue Internationale du Droit de la Concurrence.

Dans le cadre de son objet, l'AFEC formule, grâce à la diversité de ses représentants, des observations techniques sur les projets de loi et projets de textes de toute nature qui sont susceptibles d'avoir un impact sur le droit de la concurrence.

Un groupe de travail, composé de membres de l'AFEC¹, a été constitué pour présenter les observations ci-dessous en réponse à la consultation publique de la Commission européenne (ci-après la « Commission ») relative à la communication sur la définition du marché en cause (ci-après la « Communication »).

Introduction

En décembre 2019, la Commission a engagé une réflexion sur l'évolution de la définition des marchés pertinents qui étaient jusqu'ici définis par la Communication publiée en décembre 1997. Après une phase d'évaluation, le 12 juillet 2021, la Commission a publié un document de travail qui résume le résultat de cette évaluation et conclut en faveur d'une mise à jour de la Communication. Elle précisait les raisons de cette révision, justifiée par l'évolution du contexte économique mondial, notamment par le marché du numérique. Une

¹ Ce Groupe de Travail était animé par Thierry Boillot (AFEC). Il comprenait Jérémy Bernard (Delcade), Mailys Dorandeu, Michaël Cousin (Addleshaw Goddard), Emmanuelle Flament-Mascaret (AFEP), Etienne Pfister et Laure Schultz (RBB Economics), Cynthia Picart, Mélanie Ravoisier-Ranson et Anne Schmitt (Cabinet Picart), Lisa Marty (La Poste), Romain de Nijs (Extent Economics), Maurice Nussenbaum (Orgemeval), Anne Servoir (Hoyngrokh), Wladimir Soltmann (Mayer Brown).

proposition de communication (ci-après la « Proposition ») est aujourd'hui soumise à enquête publique.

L'AFEC salue le travail de la Commission qui, dans un document très complet de 45 pages, cherche à donner de la visibilité aux praticiens et à refléter l'évolution de la pratique décisionnelle et de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, en particulier sur des marchés nouveaux comme ceux du secteur du numérique. Cette Proposition apporte d'utiles clarifications sur de nombreux aspects de la définition des marchés pertinents, notamment sur le fait que les frontières du marché pertinent peuvent être différentes selon l'entreprise considérée, sur le fait que les parts de marché sont un indicateur de pouvoir de marché moins probant en présence de produits différenciés, sur le rôle de la discrimination en prix, sur les différentes manières de définir un marché pertinent en présence d'activités bifaces ou d'activités de R&D. Les exemples présentés en note de bas de page de ladite Proposition sont également très utiles.

L'AFEC souhaite toutefois soumettre à la Commission certaines observations sur le rôle du marché pertinent dans les procédures de concurrence (1), sur la modification des frontières des marchés pertinents en fonction du paramètre de concurrence et/ou des entreprises étudiés (2), sur la définition des marchés géographiques (3) sur l'absence de hiérarchisation entre les différents critères d'appréciation de la substituabilité (4), et sur l'absence de prise en compte des règlements sur le numérique (5). D'autres remarques, plus ponctuelles, sont aussi formulées (6).

1. Sur le rôle du marché pertinent dans les procédures de concurrence

La définition du marché pertinent est un exercice notoirement difficile. Or, selon les cas, son utilité peut être plus ou moins grande. Pour cette raison, il pourrait être opportun de réserver la définition des marchés pertinents aux analyses pour lesquelles cet exercice est effectivement nécessaire.

A cet égard, la Commission indique certes dans sa Proposition que « *la définition du marché n'est pas une étape obligatoire dans toutes les appréciations prévues par le droit de la concurrence de l'Union* »². Elle mentionne ensuite les abus de position dominante et les concentrations comme des domaines dans lesquels la définition des marchés pertinents est « *régulièrement* » ou « *généralement* »³ utilisée, ainsi que les infractions à l'article 101 pour lesquelles une analyse des effets est requise en vue d'établir leur éventuel caractère anticoncurrentiel.

A l'inverse, les restrictions de concurrence par objet ne donnent pas lieu à une définition de marché. Cet espace résiduel pour lequel la Commission considère qu'il n'est pas utile de

² Proposition §7.

³ Proposition §8.

procéder à la définition des marchés pertinents est cependant en-deçà de ce que l'on pouvait imaginer.

La Commission aurait en effet pu profiter de la Proposition pour rappeler que certains outils, parfois plus simples à manier que la notion de marché pertinent, peuvent être utilisés pour apprécier les effets de certains comportements d'entreprises dans le cadre tant d'une pratique anticoncurrentielle que d'une opération de concentration. Trop fréquemment, les services d'instruction des autorités de concurrence font de la définition du marché pertinent une étape indispensable de leur raisonnement alors qu'en pratique, cet outil peut mobiliser des ressources importantes, entraîner des délais importants et ne pas nécessairement être d'une grande aide pour l'analyse des comportements d'entreprise.

Par exemple, lorsque les produits des différents concurrents potentiels présentent une différenciation significative, l'analyse des effets unilatéraux d'une opération de concentration peut être plus rapidement évaluée au travers d'une analyse des ratios de diversion qu'au travers d'une analyse du marché pertinent.

De même, dans une affaire d'abus de position dominante, certaines données peuvent suffire à démontrer que l'entreprise susceptible d'être en position dominante subit en réalité la concurrence d'autres opérateurs ou est dans l'incapacité d'élever son prix au-dessus de son niveau concurrentiel. Peu importe alors de déterminer les frontières du marché pertinent.

Ainsi, pour reprendre les termes de la Commission, si « *la définition du marché permet de distinguer les contraintes concurrentielles à l'intérieur du marché de celles provenant de l'extérieur du marché, en n'incluant que les contraintes concurrentielles immédiates sur le marché en cause* »⁴, cette distinction peut parfois n'être que d'une utilité limitée, particulièrement lorsque *in fine*, « *la Commission tient compte de toutes les contraintes concurrentielles (immédiates ou non) dans son appréciation concurrentielle* »⁵.

En réalité, la Commission estime elle-même que « *même si la définition du marché reste une étape importante, l'analyse du degré de concurrence entre les fournisseurs peut devenir plus pertinente dans l'appréciation concurrentielle de marchés différenciés* ». Ce point, relativement général car sur de nombreux marchés, les produits sont différenciés, pourrait donc être présenté plus tôt dans la Proposition et il pourrait alors être important de détailler, même sommairement, les outils pouvant être utilisés.

Par rapport à ces outils ou raisonnements alternatifs, l'un des principaux avantages d'une définition du marché pertinent est, en théorie, d'accroître la sécurité juridique des entreprises : une fois le marché pertinent défini dans une décision, celles-ci sont alors en mesure d'évaluer, même approximativement, leur part de marché et d'apprécier si un comportement donné qu'elles envisagent d'adopter (accord d'exclusivité, rabais rétroactifs, rachat d'une autre entreprise, etc.) est susceptible ou non de fausser la concurrence. De même, de nombreux instruments juridiques permettent de présumer la licéité d'un accord sur la base d'un seuil de parts de marché (règlements d'exemption par catégorie,

⁴ Proposition §14.

⁵ *Ibid.*

communication *de minimis*...). Concrètement, pour les affaires courantes, les avocats et juristes se fondent sur les « précédents » de la Commission et des autorités de concurrence pour établir la définition des marchés. Ce n'est que pour les affaires les plus importantes qu'il sera fait appel à des économistes pour procéder à une définition in concreto des marchés pertinents. Dès lors, s'il est nécessaire de faire évoluer les définitions passées de ces marchés, une redéfinition devrait être effectuée d'une main tremblante.

Cependant, la Proposition semble laisser à la Commission d'importantes marges de manœuvre pour remettre en cause des définitions de marché déjà établies dans de précédentes décisions, par exemple en fonction des évolutions de marché, des entreprises considérées, du paramètre de concurrence étudié, etc. Le surcroît de sécurité juridique censé être apportée par une définition des marchés pertinents est donc lui-même très fragile.

Sous un angle purement juridique, le commentaire de la Commission selon lequel « *le résultat de la définition du marché dans une affaire donnée n'est généralement pas affecté par la question de savoir si cette définition du marché a lieu dans le cadre du contrôle des concentrations ou de l'application des règles en matière de pratiques anticoncurrentielles* »⁶ mériterait d'être nuancé pour tenir compte de la pratique de l'institution. En effet, dans le cadre d'une décision d'abus de position dominante, où la Commission analyse les effets de pratiques sur un marché, il est en pratique plus important de délimiter précisément le marché car, si l'analyse ne révèle pas l'existence d'une position dominante, la pratique examinée n'est plus anticoncurrentielle.

Par ailleurs, en matière de restrictions par objet, la Proposition indique que l'analyse ne nécessite pas de définition de marché, donnant ainsi l'impression qu'en cette matière, la prise en compte du contexte concurrentiel dans lequel les entreprises mettent en œuvre un comportement litigieux est sans importance. Mais il pourrait être judicieux d'indiquer que la définition du marché pertinent, ou, plus largement, la prise en compte des contraintes concurrentielles s'exerçant sur ces entreprises peut être utile pour apprécier le pouvoir de marché des entreprises mises en cause. Une telle appréciation peut en effet s'avérer utile, notamment dans le cadre de l'examen de la gravité de la pratique.

Enfin, la méthodologie générale de la Commission⁷ réitère son approche traditionnelle de la définition du marché alors même que les conditions de concurrence générale ont sensiblement évolué depuis 1997.

A partir de ce constat, l'analyse du marché pertinent devrait considérer non seulement la concurrence au niveau mondial, mais également la concurrence potentielle future dans des horizons temporels cohérents avec la réalité économique. Il s'agit ainsi d'obtenir une approche plus dynamique et à long terme de la concurrence, à l'échelle mondiale, tenant compte à la fois du bien-être du consommateur et de la réalité économique à laquelle les acteurs européens sont confrontés.

⁶ Proposition §11.

⁷ Proposition §24 et s.

Or, à ce stade, la Proposition identifie « *trois grandes sources de contraintes* »⁸ pour définir le marché, la Commission continue à considérer la substituabilité du côté de la demande comme « *le facteur de discipline le plus immédiat et le plus efficace vis-à-vis des fournisseurs d'un produit donné* »⁹ et la substituabilité du côté de l'offre comme un élément susceptible d'entrer en ligne de compte pour cette définition notamment « *lorsqu'elle est aussi immédiate et efficace que la substituabilité du côté de la demande* »¹⁰. La Commission rappelle, en outre, que les contraintes concurrentielles plus lointaines nécessitent une analyse de facteurs supplémentaires, cantonnant de facto la prise en compte de la concurrence potentielle à un stade ultérieur.

Il semblerait cependant pertinent d'utiliser ces trois critères dans une analyse globale de la situation concurrentielle concernée dès la délimitation des marchés concernés :

- la substituabilité de la demande, focalisée sur l'élasticité de la demande au prix, ne peut plus être le seul critère d'analyse. D'abord, face à une économie globalisée et numérisée, de nouvelles capacités de consommation sont offertes : plateformes numériques, distributions/livraisons via Internet ou gratuité complète du service rendu. Celles-ci conduisent à ce que l'observation des prix ne soit plus immédiatement aussi pertinente. Ensuite, un certain nombre d'opérations sont liées à une concurrence par la qualité, qui, pour être maintenue, nécessite des investissements importants, ainsi qu'une appréciation croisée de la qualité et des prix dans le long terme. A ces deux titres, pour tenir compte de cet environnement différent du consommateur, le poids de la substituabilité du côté de la demande et du seul indicateur des prix devrait être relativisé en intégrant de possibles concurrences par la qualité et l'émergence des services numériques.

- l'analyse des concurrents potentiels susceptibles d'arriver sur le marché concerné est devenue stratégique et doit être lue dans une temporalité réaliste d'au moins 3 – 4 ans suivant le moment où l'analyse économique est menée ; à ce titre, la rédaction du § 25 devrait affirmer son caractère incontournable en l'intégrant dans la méthodologie générale de la définition du marché.

Dans un monde économique désormais globalisé (et numérisé) auquel sont confrontés les acteurs économiques, la prise en compte modulée de ces trois critères, non cumulatifs, dès le début de l'analyse est essentielle pour permettre une restitution plus équilibrée de la réalité économique et éviter ainsi une définition trop étroite du marché concerné, susceptible d'entraîner l'invalidation induite de certaines opérations de concentration.

Cette analyse renouvelée doit s'accompagner d'une meilleure prise en compte des impacts de ces opérations dans d'autres domaines que la seule concurrence (compétitivité, emploi, commerce international, etc.), selon des procédures transparentes et équitables. Pour assurer ce processus, l'analyse de la concurrence devrait également intégrer les contributions

⁸ Proposition §25.

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid

positives significatives des concentrations aux politiques européennes adoptées, à l'instar du précédent existant dans les textes européens encourageant les PIIEC.

2. La définition de marché pourrait varier selon les paramètres de la concurrence

La Commission indique que « *le résultat de la définition du marché peut varier, même en présence des mêmes produits et de la même géographie* »¹¹, en fonction non seulement de la période étudiée mais aussi de l'entreprise étudiée et des paramètres de concurrence considérés.

La Commission a raison de souligner que la définition du marché peut varier en fonction de l'entreprise ou du groupe d'entreprises auquel elle s'intéresse, les pressions concurrentielles s'exerçant sur les entreprises pouvant varier selon les caractéristiques de ces dernières. De même, elle a raison de souligner que l'identification des « concurrents immédiats » peut différer selon le paramètre de concurrence envisagé. Ainsi une entreprise peut ne pas être un « concurrent immédiat » d'une autre s'agissant de la concurrence en prix, mais en revanche être un « concurrent immédiat » s'agissant de la concurrence par l'innovation.

Certains membres du groupe de travail se demandent cependant dans quelle mesure une prise en compte adéquate de la concurrence par l'innovation (les concurrents potentiels étant fréquemment exclus du marché pertinent) ne permettrait pas de réintégrer dans une définition de marché unique ces différents types de concurrents. L'analyse concurrentielle devrait ensuite s'adapter à la prise en compte de cette contrainte concurrentielle et ne pas uniquement s'appuyer sur les parts de marché des entreprises existantes.

En tout cas, ce considérant, relativement nouveau, risque d'accroître sensiblement l'incertitude juridique face à laquelle se trouvent les entreprises et, corrélativement, de diminuer de façon sensible l'intérêt de définir un marché pertinent, comme nous l'avons déjà mentionné dans la section précédente.

3 Sur la définition des marchés géographiques

Pour la définition des marchés géographiques, la Commission semble insister sur le critère de l'homogénéité des conditions de concurrence¹². Or, ce critère est extrêmement insatisfaisant.

Ainsi, selon la Communication, « *le marché géographique en cause comprend le territoire sur lequel la ou les entreprises concernées offrent ou demandent des produits en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué*

¹¹ Proposition §15.

¹² Proposition §15, 17, 21, 26, 40.

des territoires voisins en particulier en raison des conditions de concurrence sensiblement différentes de celles prévalant sur ces territoires »¹³.

Or, considérons, par exemple, deux zones géographiques distinctes sur lesquelles est vendu un produit parfaitement identique. Dans l'une, une seule entreprise est présente. Dans l'autre, de nombreuses entreprises sont en concurrence. Les conditions de concurrence sont donc *a priori* différentes. Or, si les entreprises de l'une ou l'autre de ces zones ne sont pas en mesure de s'abstraire de la concurrence des entreprises sur l'autre zone, un seul marché pertinent peut être défini réunissant les deux marchés.

Le critère des conditions de concurrence est donc soit inutile (car la définition du marché pertinent dépend des capacités de choix des consommateurs, qui ne dépendent pas uniquement des conditions de concurrence), soit tautologique (considérer que les conditions de concurrence sont différentes entre les deux zones présuppose que les deux zones forment des marchés distincts).

Le paragraphe 42¹⁴ de la Proposition peut de la même façon être compris sans faire référence aux conditions de concurrence homogènes – le paramètre essentiel pour apprécier si un seul ou deux marchés géographiques distincts doivent être définis réside dans la capacité des consommateurs à s'approvisionner ou non dans l'autre territoire.

Et de même, au paragraphe 64 de ce document, la Commission relève que « *lorsque des clients situés sur différents territoires géographiques ont accès aux mêmes fournisseurs réels et potentiels et que ces fournisseurs ont des parts de marché similaires sur les différents territoires, cela constitue généralement une première indication que les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes pour inclure ces territoires dans le même marché géographique en cause* » (soulignement ajouté). Cependant, c'est bien cette question de l'accès qui est fondamentale. La question des conditions homogènes de concurrence est donc inutile.

Et lorsque la Commission précise, au même paragraphe, que « *lorsque les parts de marché de ces fournisseurs varient considérablement d'un territoire à l'autre, cela indique généralement que les conditions de concurrence sur ces territoires ne sont pas suffisamment homogènes* », cela indique surtout que les consommateurs de chaque territoire n'ont peut-

¹³ Proposition § 21.

¹⁴ « *Lorsqu'elle définit les marchés géographiques en cause, la Commission analyse aussi généralement les schémas de substituabilité du côté de la demande, tels que le fait de se tourner vers des importations, afin de déterminer les options d'approvisionnement alternatives dont disposent les clients⁵⁷. Lorsque les clients de deux territoires considèrent à peu près les mêmes fournisseurs comme des solutions de remplacement et peuvent facilement passer de l'un à l'autre pour obtenir leurs volumes d'achat, cela peut indiquer, conjointement avec d'autres facteurs, que les conditions de concurrence entre les deux territoires sont suffisamment homogènes et que les deux territoires devraient donc faire partie du même marché géographique en cause. À l'inverse, lorsque des clients de deux territoires considèrent différents fournisseurs comme des alternatives ou lorsque les volumes pour lesquels ils peuvent se tourner vers des importations sont limités, par exemple en raison des préférences des clients ou du niveau limité des volumes d'importation disponibles, cela montre que les conditions de concurrence sur les deux territoires ne sont pas suffisamment homogènes* ».

être pas la capacité de mettre en concurrence les entreprises sur leur territoire avec celles implantées sur l'autre territoire.

Sur ce point, il serait d'ailleurs judicieux de pouvoir montrer qu'il existe effectivement des obstacles à la substitution par les consommateurs d'une zone des fournisseurs d'une autre zone aux fournisseurs de la leur. Typiquement, si la concurrence est très forte entre les entreprises, les clients vont se répartir entre les entreprises en fonction de leur proximité à cette entreprise - le paragraphe 65 de la Proposition semble faire référence à cette limite mais n'est pas très explicite. De même, en référence au paragraphe 75 de cette Proposition, si la concurrence est forte mais qu'il existe de coûts faibles au transfert entre zones, il n'y aura pas de flux entre zones mais cela ne signifie pas que les marchés géographiques sont distincts.

L'attention de la Commission portée à ce critère des conditions de concurrence homogènes peut s'avérer d'autant plus contre-productive qu'il est fréquemment mal interprété par des rapporteurs, qui peuvent estimer que des conditions de concurrence différentes entre des marchés de produits candidats peuvent suffire à définir des marchés pertinents distincts.

Enfin, la Commission estime que des similitudes ou des différences dans les préférences des clients et leur comportement d'achat peuvent attester de l'existence de marchés pertinents géographiques distincts. Toutefois, des différences dans les préférences des clients et leur comportement d'achat ne vont être déterminantes pour définir un marché que si les offreurs peuvent différencier leurs conditions de ventes selon les groupes de consommateurs, ce qui n'est pas nécessairement le cas lorsque le raisonnement porte sur des zones infranationales ou si les coûts de transport sont limités.

4 Une absence de hiérarchisation des différents critères utilisés pour délimiter un marché pertinent

La Commission indique qu'« elle ne soumet pas à une hiérarchie rigide les différentes sources d'information ou les différents types de preuves »¹⁵. Elle fournit cependant quelques éléments permettant de hiérarchiser, au cas par cas, certains de ces éléments. Certaines considérations pourraient cependant être amendées et d'autres mises en avant plus fortement.

L'institution relève par exemple que « si la Commission peut se fonder sur les principes du test SSNIP dans son appréciation du marché en cause, elle n'est pas tenue d'appliquer le test SSNIP de manière empirique, et d'autres types de preuves sont tout aussi valables pour éclairer la définition du marché, comme décrit plus en détail à la section »¹⁶.

En effet, un test SSNIP peut être difficile à réaliser compte tenu des données disponibles ou manquer de pertinence lorsque la concurrence ne s'exerce pas principalement en prix. La

¹⁵ Proposition, § 76

¹⁶ Proposition § 33.

Commission a raison de souligner que d'autres types de preuves sont tout aussi valables qu'un test SSNIP pour apprécier si un produit ou groupe de produits subit la concurrence d'autres produits. Cependant, elle pourrait préciser quels sont ces autres types de preuves. Il nous semble en effet que, si un test SSNIP basé sur des données fiables a pu être réalisé, il pourra fournir une démonstration plus convaincante que de nombreux autres indices pour définir un marché pertinent. Il est à cet égard dommage que le test SSNIP figure en dernier parmi la liste des éléments de preuve pouvant être utilisés pour établir la substituabilité du côté de la demande car à défaut de toujours pouvoir être réalisé, il constitue le cadre d'analyse de l'ensemble des autres critères.

De manière générale, la Commission manifeste une grande prudence à l'égard des indices quantitatifs alors que si les précautions adéquates sont prises, ces analyses peuvent être très informatives. A l'inverse, il serait judicieux qu'elle manifeste une plus grande prudence à l'égard de certains indices qualitatifs. Par exemple, l'institution évoque des coûts de changement sans indiquer que ces coûts peuvent ne pas suffire à empêcher une substitution¹⁷.

Plus problématique, s'agissant de l'avis d'associations sectorielles ou des autres acteurs du marché, la Commission ne semble pas manifester, dans ce paragraphe, de méfiance systématique à l'égard du caractère potentiellement « subjectif », voire biaisé, des « points de vue » d'entreprises ou d'associations qui peuvent avoir un intérêt à orienter l'affaire ou son instruction dans un sens qui leur est favorable.

Le considérant formulé au paragraphe 77 de la Proposition, selon lequel « *les preuves ont une valeur probante plus élevée s'il peut être établi qu'elles n'ont pas pu être influencées par l'enquête de la Commission ; il s'agit notamment de celles qui datent d'avant les discussions relatives à une concentration ou à un comportement et d'avant l'enquête de la Commission* », est bienvenu mais il devrait être rappelé à chaque fois que la Commission mentionne la possibilité de s'intéresser aux points de vue des entreprises tierces. L'institution devrait ainsi préciser la valeur qu'elle entend apporter aux points de vue des concurrents formulés pendant l'instruction, notamment par rapport à d'autres indices (sondages des consommateurs, éléments quantitatifs sur le comportement concurrentiel des entreprises).

Par ailleurs, nous relevons que la Commission enrichit considérablement les différentes catégories et sources de preuve à sa disposition et à celle des opérateurs pour définir les marchés en cause (17 paragraphes sont consacrés à ces éléments de preuve dans la Communication actuellement en vigueur¹⁸ contre 28 dans la Proposition¹⁹).

Toutefois l'absence de hiérarchie formelle entre les différents critères pourraient être une source d'insécurité juridique.

¹⁷ Proposition § 57.

¹⁸ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (97/C 372/03) §§ 35 à 52

¹⁹ Proposition §§ 47 à 75

En effet, si la Proposition précise à juste titre que la Commission ne doit pas pour chaque cas individuel « *obtenir des preuves et évaluer l'ensemble des facteurs mentionnés* », avant de justifier que « *les preuves relatives à un sous-ensemble de ces facteurs seront souvent suffisantes pour permettre à la Commission de parvenir à une conclusion sur le marché en cause* »²⁰, le texte n'impose pas à la Commission de préciser et de justifier, dans chaque affaire, la manière dont elle a pondéré les éléments de preuve ou informations qu'elle a reçus ou collectés.

Il faut souligner qu'une marge d'appréciation trop grande laissée à la Commission dans le choix et la pondération des critères retenus pour définir le marché pertinent soulève des questions sur le plan de la sécurité juridique. Il pourrait y être remédié en consacrant des développements supplémentaires, dans la Proposition, aux principes gouvernant la hiérarchisation de ces critères.

La Commission pourrait, à cet égard, s'inspirer de sa propre pratique décisionnelle (pour un exemple, cité par elle-même dans la Proposition, voir l'affaire Essilor/ Luxottica²¹, dans laquelle l'institution a détaillé la méthode l'ayant conduite à retenir les éléments de preuve qui ont fondés son analyse).

Si la Commission reconnaît que l'appréciation de la substituabilité des produits au regard de leurs caractéristiques, de leurs prix et de l'usage auxquels ils sont destinés est toujours pertinente pour déterminer le marché de produits mis en cause, elle relève que ces considérations peuvent (i) ne pas refléter avec précision la valeur que le client accorde aux caractéristiques du produit et la manière dont il réagirait à des changements de l'offre relative ou (ii) ne pas permettre de déterminer que deux produits appartiennent à des marchés de produits différents.

La Proposition intègre alors de nouveaux facteurs pour apprécier le degré de substituabilité des produits, parmi lesquels les différences entre les canaux de distribution (y compris les canaux en ligne et hors ligne), le niveau d'innovation ou la qualité du produit.

Nous nous interrogeons toutefois sur l'appréciation de ces paramètres, dans la mesure où :

- la Commission cherche à apprécier de manière objective « le choix des clients », qui, par définition, relève nécessairement d'une appréciation subjective ; et
- la référence au niveau d'innovation des produits, qui n'est par ailleurs pas définie, pourrait, notamment sur les marchés pour lesquels les opérateurs sont continuellement incités à innover, enfermer la délimitation du marché dans une période trop limitée (celle de l'innovation) et conduire à définir le marché, non plus au regard de la seule dimension produit/localisation, mais également dans une dimension temporelle.

Enfin, la Commission propose de « *se fonder sur des informations sur la manière dont les clients sont susceptibles de réagir à des changements hypothétiques des conditions relatives*

²⁰ Proposition §47

²¹ Comm. Eur., 1er mars 2018, M.8394 – ESSILOR / LUXOTTICA, §§ 23 à 30

de l'offre²² » (« substituabilité hypothétique »). Nous relevons ici qu'elle entend encore, dans une démarche pour autant objective, délimiter un marché en se fondant sur des considérations subjectives.

5 Sur l'absence de référence aux textes sur le marché du numérique.

Le 19 octobre 2022, le Conseil de l'Union européenne et le Parlement européen ont adopté une législation sur les services numériques²³ (dite « Digital Services Act » ou « DSA ») et sur le marché numérique²⁴ (dite « Digital Market Act » ou « DMA », ci-après ensemble avec le DSA le « Paquet Numérique »)

Bien que la Commission ait intégré à sa Proposition l'existence de spécificités liées aux marchés numériques et aux écosystèmes, nous relevons qu'elle ne fait aucune référence au Paquet Numérique. Quand bien même la Commission considérerait que le DMA ne fait pas partie des règles de concurrence, le DMA soumet certains opérateurs à de nouvelles contraintes réglementaires et juridiques. Ces nouvelles contraintes impactent donc nécessairement la structure et les caractéristiques du marché, et donc, selon nous, la délimitation du marché pertinent.

Cela rejoint par ailleurs :

- le §14 de la Proposition : « *la définition du marché permet de distinguer les contraintes concurrentielles à l'intérieur du marché de celles provenant de l'extérieur du marché, en n'incluant que les contraintes concurrentielles immédiates sur le marché en cause. Toutefois, la Commission tient compte de toutes les contraintes concurrentielles (immédiates ou non) dans son appréciation concurrentielle* » ; et
- le §51 de la Proposition : « *Outre le prix du produit, plusieurs paramètres peuvent orienter de différentes manières les choix des clients [...]. [...] le cadre réglementaire [peut] également être pertinent* », de sorte que la Commission devrait prendre en considération, pour la délimitation des marchés en cause, les distorsions de concurrence dans les pays tiers à l'UE et le DMA constitue un outil qui pourrait permettre une telle prise en considération.

Cette omission nous paraît regrettable, dans la mesure où :

- l'exposé des motifs de la proposition de règlement ayant abouti au DMA indique sans équivoque que : « *la Proposition vient compléter les règles de concurrence existantes de l'UE (et nationales)* » et souligne par ailleurs qu'elle « *visé les pratiques déloyales des contrôleurs d'accès qui soit ne relèvent pas des règles de concurrence existantes de l'UE, soit ne peuvent pas être aussi efficacement couvertes par ces règles, étant donné que l'application des règles en matière de*

²² Proposition § 54

²³ Règlement (UE) 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE (règlement sur les services numériques)

²⁴ Règlement (UE) 2022/1925 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2022 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique et modifiant les directives (UE) 2019/1937 et (UE) 2020/1828 (règlement sur les marchés numériques)

pratiques anticoncurrentielles concerne la situation des marchés spécifiques, intervient inévitablement après que la pratique restrictive ou abusive s'est produite et implique des procédures d'enquête longues pour établir l'existence de l'infraction »²⁵ ;

- l'essor du numérique tend désormais à relativiser les frontières géographiques, de sorte que la Commission devrait prendre en considération les distorsions de concurrence dans les pays tiers à l'Union européenne – notamment lorsque sont en cause des grands acteurs du numérique ; et
- la Proposition ne règle toujours pas la difficulté d'articulation entre le DMA et les textes du droit de la concurrence, notamment au regard des questions de compétence des autorités nationales et européennes en charge de veiller au respect du DMA et du droit de la concurrence.

6. Sur l'absence de référence aux objectifs environnementaux.

Les dynamiques de marché propres aux activités permettant la transition écologique ne sont pas suffisamment visées par le projet de communication.

L'absence de référence explicite aux critères de développement durable pourrait porter atteinte à la réalisation des objectifs environnementaux portés par d'autres textes de l'Union Européenne ; Un développement aurait pu être consacré aux critères permettant de définir les dynamiques concurrentielles spécifiques en matière de commercialisation des produits durables et plus respectueux de l'environnement ; Le projet de communication n'a pas développé la prise en compte explicite des facteurs environnementaux dans la délimitation des marchés pertinents alors que cette Communication pourrait être justement l'occasion d'assurer un peu mieux la cohérence des stratégies sociales, industrielles et commerciales menées par l'Union européenne dans ce domaine.

En effet, l'unique mention expresse aux enjeux environnementaux est timidement contenue dans l'exposé préalable : "*La politique de concurrence préserve le bon fonctionnement des marchés tout en remédiant à leurs défaillances, contribuant ainsi à la double transition écologique et numérique et à la résilience du marché unique*"²⁶. Il est à noter que ces objectifs sont effectivement au cœur des politiques publiques européennes, tant d'un point de vue transdisciplinaire – à travers le Green Deal – qu'en droit de la concurrence – à travers les nouvelles lignes directrices sur les accords horizontaux intégrant un nouveau chapitre sur les accords de développement durable. La communication devrait permettre de mieux réconcilier la méthodologie de la délimitation des marchés avec les objectifs du Green Deal,

²⁵ Commission européenne, Proposition de Règlement relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique, COM (2020) 842 final, EXPOSE DES MOTIFS, 1. Contexte de la Proposition, Cohérence avec les autres politiques de l'UE

²⁶ Proposition §2.

par exemple, selon lequel les produits durables devraient avoir vocation à remplacer les produits conventionnels.

Le risque d'un conflit de normes entre celles garantissant la réalisation d'objectifs environnementaux et le droit de la concurrence pourrait être la source d'une insécurité juridique dommageable pour les industriels (un tel constat avait pu être fait en France dans le secteur des logements sociaux à la fois soumis à l'obligation de regroupement des bailleurs sociaux imposée par l'État notamment dans les territoires sous tension et la mise en œuvre des règles de concurrence par l'Autorité de la concurrence en matière de contrôle des concentrations).

Il nous apparaît qu'un marché défini trop étroitement impliquera de distinguer un marché de produits durables et un marché de produits conventionnels. Or, souvent, les entreprises produisant de manière durable ne sont en mesure de concurrencer celles produisant les produits conventionnels, qu'après avoir atteint une taille critique. L'entrée sur le marché de masse, qui est jusqu'à présent toujours dominé par les produits conventionnels, nécessite souvent d'atteindre une taille certaine qui, dans de nombreux cas, ne peut être réalisée autrement que par des regroupements d'acteurs. Par conséquent, une définition trop étroite du marché pourrait empêcher les concurrents "verts" de créer des économies d'échelle et des synergies, qui sont souvent importantes pour rendre les produits durables plus compétitifs, notamment en termes de prix.

Ainsi que le faisait remarquer l'association Studienvereinigung Kartellrecht e.V. (Association d'études sur le droit des cartels) dans le cadre de la consultation publique de la Commission européenne sur la "politique de concurrence du Green Deal"²⁷, la pratique décisionnelle de la Commission²⁸ montre qu'il est possible et nécessaire de prendre en compte les aspects de durabilité dans la définition du marché de produits en cause en privilégiant par exemple une approche fondée sur l'offre.

Les facteurs environnementaux peuvent particulièrement jouer un rôle dans la définition du marché géographique. Ces dernières années, on observe une prise de conscience croissante des problèmes environnementaux et des changements dans les habitudes des consommateurs. Les consommateurs sont en effet plus enclins à faire des choix orientés vers la performance écologique, par exemple en limitant leur rayon d'approvisionnement pour éviter les transports polluants ou en l'élargissant pour avoir accès à des produits plus respectueux de l'environnement. Il existe ainsi un risque que des marchés trop étroitement définis traduisent artificiellement un pouvoir de marché des "producteurs bio" locaux par exemple, alors que ces producteurs luttent encore pour convaincre le consommateur de privilégier l'achat de produits durables et plus respectueux de l'environnement.

En définitive, en matière de production de biens durables, la concurrence semble s'exercer encore aujourd'hui davantage sur la performance que sur les prix. La communication devrait ainsi permettre d'identifier plus clairement les facteurs environnementaux et leur

²⁷ Consultation du 20 Novembre 2020.

²⁸ M.7292-DEMB/Mondolez/Charger OPCO § 55-59.

impact sur la délimitation du marché pertinent pour limiter le risque d'une segmentation fondée sur les prix ou sur l'homogénéité des conditions de concurrence sur un territoire donné.

7. Autres remarques

Au paragraphe 25 de la Proposition, la Commission pourrait préciser dans quelles circonstances les « *contraintes concurrentielles plus lointaines qui ne remplissent pas les critères de substituabilité du côté de l'offre en termes d'immédiateté et d'efficacité* » seront effectivement pertinentes pour analyser un comportement concurrentiel. De façon générale, la définition du marché pertinent devrait prendre en compte l'ensemble des contraintes concurrentielles suffisamment fortes et immédiates pour discipliner les offreurs.

Au paragraphe 51 de cette Proposition, la Commission emploie, apparemment de manière indifférenciée, les terminologies de « *clients* » et de « *consommateurs* ». Cette utilisation indifférenciée soulève la question de la distinction entre les deux notions et nous paraît devoir être clarifiée pour davantage de sécurité juridique.

Au paragraphe 52 de ladite Proposition, la Commission donne, comme exemple d'une expérience naturelle, l'apparition d'un nouveau produit. Elle indique « *le lancement de nouveaux produits peut également donner des indications précieuses lorsqu'il est possible de déterminer précisément les produits dont les ventes ont reculé au profit du nouveau produit considéré* ».

Il pourrait être important de préciser que cette expérience passée ne renseigne pas nécessairement sur la substituabilité entre les anciens et le nouveau produit à l'instant auquel une instruction a lieu. En effet, les consommateurs qui continuent d'acheter l'ancien produit peuvent ne pas être prêts à acheter le nouveau produit en cas de hausse de prix de l'ancien produit car avoir continué de consommer l'ancien produit témoigne de leur attachement à ce dernier. Ainsi, cette substitution passée, utile pour des instructions contentieuses portant sur le passé, peut être peu informative sur la substituabilité présente ou à venir, qui est celle pertinente pour l'analyse des cas de concentration.

Au paragraphe 54 de la Proposition, sur le sujet des sondages, la Commission parle de « *réponses motivées* ». Or, il n'est pas aisé d'apprécier ce que la Commission entend par là.

La seconde phrase de la note de bas de page 72 de ce document, consacrée aux preuves sur les ratios de diversion ou les élasticités des prix croisés, pourrait nécessiter un surcroît d'explications.

Au paragraphe 59 de cette Proposition, les relations existantes entre le ratio de diversion et la perte critique pourraient être précisées dans une note de bas de page.

La section 4.2 (paragraphe 88) de cette Proposition sur la définition du marché en présence d'une discrimination par les prix est un point important à portée générale. Il pourrait être replacé au début de la communication lorsque les considérants généraux sur la définition de

marché sont introduits. Cette notion de discrimination en prix est notamment très importante pour définir des marchés par groupes de clients ou des marchés géographiques.

Au paragraphe 95, la Proposition indique que les effets de réseau indirects « *peuvent quand même être pris en compte dans l'appréciation concurrentielle* »²⁹. Il serait plus exact d'indiquer qu'ils doivent quand même être pris en compte dans l'appréciation concurrentielle dès lors qu'ils sont suffisamment importants pour affecter les comportements des plateformes sur l'autre marché.

Au paragraphe 98 de cette Proposition, qui concerne les situations où le prix constaté sur le marché est nul, la Commission indique qu'elle « *se concentre sur des éléments tels que les fonctionnalités du produit, l'usage auquel il est destiné, les preuves d'une substituabilité hypothétique et les contraintes concurrentielles sur la base des points de vue du secteur, les obstacles ou les coûts du changement, comme l'interopérabilité avec d'autres produits et les caractéristiques des licences* ». Ces critères ne semblent pas fondamentalement différents de ceux utilisés pour les cas où les prix sont positifs.

Par ailleurs, la Commission indique que « *dans de tels cas, les éléments autres que le prix sont particulièrement pertinents pour l'appréciation de la substituabilité* ». Cependant, ces autres éléments, comme la qualité, peuvent aussi être particulièrement pertinents sur des marchés où des prix positifs sont pratiqués.

Paris, le 06 Janvier 2023.

²⁹ Proposition, §95.