



Paris, le 13/01/2023

NOTE DES AUTORITES FRANCAISES

Objet : Réponse des autorités françaises à la consultation publique relative au projet de Communication révisée sur la définition du marché pertinent

La Commission européenne a lancé le 8 novembre 2022 une consultation publique concernant le projet de la communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit de la concurrence ou « communication sur la définition du marché pertinent » qui a été révisé (ci-après « la Communication révisée »). Cette consultation est ouverte jusqu'au 13 janvier 2023.

Elle fait suite à la consultation publique s'étant tenue du 26 juin au 9 octobre 2020 portant sur l'évaluation du texte. Les autorités françaises y ont répondu le 9 octobre 2020 en exprimant leur soutien à l'initiative de la Commission européenne d'actualiser la Communication (qui n'avait pas évolué depuis sa rédaction en 1997) tout en soulignant certains points spécifiques qui méritaient d'être pris en compte dans le processus de révision et notamment la nécessité d'adapter la rédaction du texte à la mondialisation et à la numérisation de l'économie notamment.

Les autorités françaises remercient la Commission européenne de ce projet de texte actualisé. Elles réitèrent leur soutien à la démarche de la Commission européenne visant à offrir davantage d'orientations, de transparence et de sécurité juridique aux entreprises et elles constatent la prise en compte des évolutions liées à la numérisation de l'économie, aux nouveaux modes d'offre de biens et de services et à la globalisation des échanges commerciaux.

Le projet de Communication révisée appelle de la part des autorités françaises les observations suivantes.

Remarques générales

Tout d'abord, les autorités françaises saluent l'approche de la Commission européenne dans ce projet de Communication révisée qui reprend les principes de sa pratique décisionnelle développée depuis 1997 en la matière. Le projet offre ainsi un guide à destination des praticiens du droit de la concurrence, en particulier des entreprises, qui y trouveront des indications beaucoup plus actuelles, précises et détaillées que la précédente version.

Les autorités françaises remercient la Commission européenne pour la prise en compte des observations qu'elles avaient portées à sa connaissance lors de la consultation publique de 2020 et en particulier concernant (i) la référence explicite à d'autres critères que le prix du produit ou du service aux fins de définition du marché, (ii) la demande de précision lors de la définition de marché dans le cas de plateformes bifaces et multifaces, (iii) la possibilité de recourir à des tests alternatifs au SSNIP¹ et (iv) l'indication explicite de la possibilité de retenir un marché de dimension mondiale avec les critères pertinents à prendre en considération dans ce cadre².

S'agissant de la dimension géographique du marché et de la prise en compte de la globalisation de nos économies, les autorités françaises saisissent l'occasion pour se féliciter de l'adoption récente du

¹ Comme le test « SSNDQ » (pour « *Small but Significant and Non Transitory Decrease in Quality* ») auquel la Commission européenne mentionne avoir eu recours dans l'affaire AT.40099 Google Android et dont la pertinence a pu être confirmée par le Tribunal de l'Union européenne dans son arrêt du 14 septembre 2022, Google et Alphabet/Commission, T-604/19.

² Cf. paragraphes 40 et 70 ; cf. également les développements consacrés notamment à l'analyse des importations et des flux commerciaux au paragraphe 75.

règlement (UE) 2022/2560 du 14 décembre 2022 relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur. Ce règlement va permettre, sur un aspect distinct mais complémentaire au droit des pratiques anti-concurrentielles et au droit des concentrations, de répondre à la préoccupation des États membres de voir l'intégralité des entreprises actives sur le marché intérieur être traitées sur un même pied d'égalité (*level playing field*)³.

Enfin, les autorités françaises saluent la référence au paragraphe 2 du projet de Communication révisée à « la double transition écologique et numérique et à la résilience du marché unique », venant rappeler le rôle pouvant être joué par le droit de la concurrence pour leur réalisation. Elles notent à ce titre la pertinence des développements des paragraphes 50 et 51 établissant que « *Outre le prix du produit, plusieurs paramètres peuvent orienter de différentes manières les choix des clients, par exemple, le niveau d'innovation ou la qualité du produit, comme indiqué au point 12* »⁴.

Sur les paramètres de la concurrence servant l'analyse du marché

Comme rappelé au paragraphe 12 du projet de Communication révisée, lorsqu'elle définit le marché en cause, la Commission européenne tient compte des différents paramètres de la concurrence que les clients considèrent comme pertinents sur le territoire et la période évalués.

Si cet examen se concentre généralement sur les réactions des consommateurs aux hausses de prix, il ressort de la jurisprudence que ce dernier peut également tenir compte de l'évolution d'autres paramètres de la concurrence, tels que la qualité ou le niveau d'innovation.

Les autorités françaises tiennent à remercier la Commission européenne de la clarté des développements insérés sur cet aspect, notamment aux paragraphes 12⁵, 29 et 51, qui viennent acter le fait que le critère lié au prix du produit ou du service en cause n'est pas le seul critère pertinent en la matière, en particulier dans certains secteurs liés au domaine numérique.

Sur la définition du marché en cause dans des circonstances spécifiques

Les autorités françaises soulignent la pertinence de l'ajout de sections nouvelles dans le projet de Communication révisée, en particulier la section 4 (paragraphes 83 à 103) relative à la définition du marché en cause dans des circonstances spécifiques.

Ces développements particuliers, dans une section 4 constituée de cinq sous parties⁶, avaient en effet été demandés par de nombreux États membres et entreprises, notamment par la France.

Sur les différentes sources de contrainte concurrentielle

Au paragraphe 16 du projet de Communication révisée, la Commission européenne précise qu'elle peut tenir compte des transitions attendues dans la structure d'un marché lorsque l'affaire nécessite une analyse prospective.

³ Ce règlement européen comble un vide juridique en permettant désormais aux services de la Commission européenne de remédier unilatéralement aux distorsions de concurrence qui ont pour origine des subventions de pays tiers à l'Union européenne octroyées à des entreprises qui exercent une activité économique dans le marché intérieur (e.g. une entreprise qui fusionne avec une entreprise établie dans l'Union ou qui en acquiert le contrôle, ou une entreprise qui participe à une procédure de passation de marchés publics ou de concessions au sein de l'Union européenne).

⁴ Tel est, par exemple, le cas des secteurs marqués par l'évolution des modes de consommation (en particulier lorsque le consommateur souhaite s'inscrire dans les objectifs de protection de l'environnement et de développement durable, qui impliquent souvent une hausse du prix pratiqué).

⁵ À titre d'exemple, selon le paragraphe 12 de la Communication révisée, « *Ces paramètres peuvent inclure le prix du produit, mais aussi son niveau d'innovation, sa qualité sous différents aspects – tels que, par exemple, sa durabilité, la valeur et la diversité des utilisations offertes par le produit, l'image véhiculée ou la sécurité et la protection de la vie privée offertes – ainsi que sa disponibilité, y compris son délai de mise en route, la résilience des chaînes d'approvisionnement, la fiabilité de l'approvisionnement et les coûts de transport* ».

⁶ La section 4 est composée des cinq sous parties suivantes : Définition du marché en présence d'une différenciation notable (§84 à 87) ; Définition du marché en présence d'une discrimination par les prix (§88) ; Définition du marché en présence d'investissements notables dans la R&D (§89 à 93) ; Définition du marché en présence de plateformes multifacés (§94 à 98) ; Définition du marché en présence de marchés de l'après-vente, de produits groupés et d'écosystèmes numériques (§99 à 103).

Les autorités françaises remercient la Commission européenne des développements consacrés à la distinction entre concurrence potentielle et analyse prospective, en particulier avec les paragraphes 14 et 16 qui viennent clarifier la distinction entre ces deux notions tout en affirmant leur prise en compte effective, que ce soit au stade de la définition de marché ou au stade de l'analyse concurrentielle.

Actualisation de référence

Enfin, les autorités françaises attirent l'attention de la Commission européenne sur la note en bas de page 126, en rapport avec le paragraphe 105, qui mentionne les Lignes directrices de 2011 sur les accords de coopération horizontale en cours de révision, et qu'il conviendra d'actualiser si le texte venait à être adopté d'ici la publication du projet de Communication révisée.