

Paris, le 9 octobre 2020

NOTE DES AUTORITÉS FRANÇAISES

Objet : Révision de la Communication de 1997 sur la définition du marché pertinent

P.J. : Réponse au questionnaire en ligne relative à la consultation sur la revision de la communication de 1997

La politique de la concurrence a été au cœur de la construction du marché intérieur et du modèle économique européen. Les autorités françaises se félicitent que cette dernière ait atteint ses objectifs en assurant un fonctionnement efficace de l'économie au bénéfice des consommateurs. Toutefois, elles constatent que cette politique doit aujourd'hui faire face à de nouveaux défis :

- **D'une part, l'économie numérique fait apparaître des phénomènes nouveaux**, notamment, des positions dominantes difficilement contestables de certains géants du numérique appelant un traitement par la politique de la concurrence ;

- **D'autre part, la nature de la compétition mondiale a changé**. L'Europe fait désormais face à de nouveaux partenaires qui investissent massivement dans la recherche et l'innovation ; en outre, le soutien public dont bénéficient certains acteurs extra-européens peut constituer une concurrence déloyale (subventions, marchés intérieurs protégés de la concurrence extérieure, etc.).

Au regard de ces constatations, la France soutient l'initiative de la Commission d'actualiser les règles en matière de définition du marché pertinent datant de 1997.

La France souhaite que cette révision ne reste pas une initiative isolée et milite pour une modernisation plus ambitieuse du droit de la concurrence, dans la droite ligne des récentes consultations européennes relatives au nouvel outil de concurrence, au Digital Services Act et au livre blanc sur les subventions étrangères. Les autorités françaises saluent l'intention affichée par la Commission de permettre un recours plus fréquent à l'article 22 du règlement 139/2004 relatif au contrôle des concentrations. Elle répond notamment aux propositions formulées par la France, s'agissant par exemple d'acquisitions par des entreprises en position dominante ou bien d'acquisitions prédatrices ou consolidantes réalisées par des plateformes numériques.

Les autorités françaises souhaitent également indiquer à la Commission leur volonté de la voir continuer à prendre en compte la concurrence potentielle au sein de ses analyses. En effet, dans le contexte d'une économie mondialisée où certaines entreprises de pays tiers sont susceptibles de pénétrer rapidement le marché européen (notamment celles bénéficiant d'un soutien de la puissance publique sur leur marché domestique), l'analyse de la concurrence potentielle peut revêtir une

importance majeure. En outre, le contexte de l'économie numérique a introduit des phénomènes préoccupants qui appellent à une prise en compte accrue de la concurrence potentielle (ex. l'élimination massive et volontaire de la concurrence réelle et potentielle par certains acteurs en vue de renforcer leur position de marché).

La révision de la communication sur le marché pertinent n'est ainsi qu'une étape du processus visant à adapter la politique de la concurrence aux développements de l'économie numérique, à la mondialisation et à la prise en compte accrue des intérêts européens, notamment concernant l'autonomie stratégique et la souveraineté de l'Union européenne. La révision des textes tels que les lignes directrices relatives aux concentrations horizontales reste nécessaire et devrait être articulée avec les principes du Livre Blanc sur les subventions étrangères.

Le présent document propose des pistes de réflexion afin de mettre en œuvre les orientations proposées par les autorités françaises. Il constitue un document de travail non exhaustif et évolutif, qui doit permettre d'engager un dialogue constructif avec les services de la DG Concurrence.

I- Une meilleure prise en compte des spécificités liées à l'économie numérique

Les autorités françaises, conformément à la position de la Commission européenne, considèrent primordial que la Communication sur le marché pertinent soit modernisée afin de pouvoir adapter les critères de la définition du marché pertinent au développement de l'économie numérique (marché multifaces, prix nuls, effets de réseaux importants, lock in du consommateur au sein d'un écosystème, effets congloméraux etc.).

À cet égard, la Communication pourrait, en particulier, préciser qu'en complément du traditionnel calcul des parts de marchés, le recours à d'autres considérations, notamment en matière numérique, pourrait permettre d'identifier des configurations de marché et d'apprécier les conditions de substituabilité (à partir, par exemple, des notions d'offres groupées, d'écosystèmes, de plateformes multi-faces, etc.).

La Communication pourrait également préciser la façon dont le marché pertinent doit être défini dans des cas impliquant des plateformes bifaces ou multifaces. Comme le souligne le rapport « Crémer, De Montjoye et Schweitzer », en ce qui concerne les plateformes de contenu, dès lors qu'il n'y a pas d'interactions directes entre consommateurs, publicitaires, et fournisseurs de contenu, les autorités de concurrence pourraient définir différents marchés pour chaque face de la plateforme (Filistrucchi et al, 2014 ; Wright, 2004). En effet, les différentes faces d'utilisateurs sont susceptibles de percevoir la substituabilité entre produits à différents degrés, par exemple un réseau social peut avoir des substituts aux yeux des publicitaires mais ne pas en avoir aux yeux des utilisateurs. Dans le cas des plateformes d'appariement, cependant, un seul marché pourrait être défini dès lors que les transactions ont lieu simultanément entre les deux faces.

En outre, la communication devrait prévoir la possibilité d'utiliser des tests alternatifs au « SSNIP test » (*Small but significant and non-transitory increase in price*) ou « test du monopoleur hypothétique », notamment en présence de services gratuits ou quasi-gratuits. En effet, le SSNIP test repose sur l'analyse de l'effet de variations des prix et de quantités des entreprises actives sur un marché, rendant cet outil inopérant lorsque les entreprises offrent des services ou produits à prix nuls¹. **Dans ce contexte, il pourrait être fait mention du « SSNDQ test » (*Small but significant non-transitory decrease in quality*), l'idée de ce test étant d'analyser le comportement de la demande de**

¹ Sur ce point voir la note OCDE « Big data : bringing competition policy to the digital era » [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf)

consommateurs pour un service suite à des variations de qualité. Ce test ayant l'avantage de ne pas requérir de données relatives à un prix.

II- Évolutions générales au regard de la pratique décisionnelle et de la jurisprudence

a- Le rôle de la définition du marché pertinent dans l'application du droit européen de la concurrence

Il ressort de la pratique de la Commission que la définition du marché pertinent, bien qu'apparaissant souvent comme une étape séparée et préalable à l'analyse concurrentielle, a pour objectif d'établir un cadre flexible d'analyse, qui peut et est enrichi, au regard de l'analyse concurrentielle menée. Ainsi, si la délimitation du marché pertinent d'un côté et l'analyse concurrentielle de l'autre, constituent bien deux étapes distinctes, elles sont menées parallèlement par la Commission et s'enrichissent mutuellement, tout au long de l'analyse.

La Communication pourrait faire apparaître cette souplesse de méthodologie qui caractérise la pratique de la Commission, ce qui permettrait aux opérateurs de mieux saisir l'importance et le rôle attribué à cette étape dans le cadre de l'analyse concurrentielle.

À ce titre, la Commission pourrait notamment s'inspirer de la pratique décisionnelle de certaines Autorités de concurrence européennes. Ainsi, à titre d'illustration, l'Autorité de concurrence française a été amenée, dans sa décision « FNAC DARTY » du 17 février 2016, à adapter son analyse concurrentielle au regard du constat, au moment de la délimitation du marché pertinent, de la présence d'un marché unique de distribution incluant les ventes en ligne et en magasin.

De plus, sur le plan formel, la Communication de 1997 envisage en son paragraphe 27 la possibilité, « *si l'opération ne pose aucun problème sous l'angle de la concurrence* », de laisser la question de la définition du marché en suspens. Ce paragraphe étant intégré à la section « dimension produit », il serait utile de clarifier si cette possibilité vaut également pour la dimension géographique. À cet égard, la Communication pourrait inscrire plus distinctement la possibilité que la définition du marché pertinent soit, dans certains cas, laissée en suspens, afin de permettre un enrichissement utile et effectif des deux analyses menées par la Commission. Une telle approche se justifie d'autant plus dans le contexte d'une économie mondialisée, évolutive et où le numérique occupe une place de plus en plus importante.

L'ensemble de ces démarches permettrait ainsi de moderniser la Communication sur le marché pertinent en actualisant, au regard de la pratique décisionnelle, le rôle donné à la définition du marché pertinent et à l'analyse des effets.

b- Une meilleure prise en compte de la mondialisation de l'économie

En s'inscrivant dans la lignée de sa pratique, la communication pourrait préciser, de façon plus systématique, la possibilité pour la Commission de mener ses analyses à un niveau local, régional, européen ou bien mondial, selon les hypothèses.

*Illustration : En l'état la formulation du paragraphe 28 précise que « la Commission se fera une première idée de l'étendue du marché géographique en se basant sur une vue d'ensemble de la répartition des parts de marché détenues par les parties et par leurs concurrents, ainsi que sur une analyse préliminaire de la fixation des prix **au niveau national, communautaire ou de l'espace économique européen** »².*

² « L'approche suivie par la Commission pour définir le marché géographique peut être résumée ainsi: elle se fera une première idée de l'étendue du marché géographique en se basant sur une vue d'ensemble de la

Cette formulation, pertinente en 1997 à la suite de l'établissement de l'Union européenne et à un stade où l'internationalisation des échanges n'avait pas le niveau atteint aujourd'hui, ne fait pas référence à des stratégies d'entreprises basées hors UE et peut donner l'impression que la possibilité de définir un marché mondial est écartée. Le paragraphe 29 renforce cette impression en étant entièrement consacré à la problématique du marché unique et des barrières nationales (« certaines sociétés peuvent détenir des parts de marché sur leurs marchés nationaux simplement en raison du poids du passé »³). En outre, il pourrait être précisé plus haut dans la communication que le marché géographique puisse aller d'une dimension locale à une taille globale (mondiale) (en l'état au §51)⁴.

La Communication pourrait aussi préciser des exemples de critères, généralement pris en compte par la Commission, et qui revêtent une importance particulière aux fins de la définition d'un marché de dimension mondiale, tels que la présence en nombre de produits fabriqués hors de l'UE sur le marché européen, le rôle négligeable joué par les coûts de transport dans les décisions d'approvisionnement, le caractère réduit des barrières au commerce, l'homogénéité des standards techniques ou encore la négociation des prix au niveau mondial sans distinction de la localisation des différents acheteurs ou clients.

répartition des parts de marché détenues par les parties et par leurs concurrents, ainsi que sur une analyse préliminaire de la fixation des prix et des écarts de prix au niveau national, communautaire ou de l'Espace économique européen. Cette première image constituera généralement une hypothèse de travail qui permettra à la Commission de cibler ses investigations, afin de parvenir à une définition précise du marché géographique ».

³ « Certaines sociétés peuvent détenir des parts élevées sur leurs marchés nationaux simplement en raison du poids du passé et, inversement, une présence homogène de sociétés données dans l'ensemble de l'Espace économique européen peut être compatible avec l'existence de marchés géographiques nationaux ou régionaux. »

⁴ « Sur la base des preuves constituées, la Commission définira alors un marché géographique qui pourrait aller d'une dimension locale à une taille globale, et on trouve des exemples à la fois de marchés locaux et mondiaux dans les décisions passées de la Commission ».