

COMMUNICATION DE LA COMMISSION EUROPEENNE SUR LA DEFINITION DU MARCHÉ

Commentaires détaillés de l'Afep sur la consultation

La Commission européenne soumet aux parties prenantes un questionnaire destiné à évaluer la pertinence de sa Communication de 1997 portant sur la définition du marché en cause aux fins du droit de la concurrence.

Les entreprises membres de l'Afep saluent cette initiative qu'elles appelaient de leurs vœux depuis de nombreux mois. La démarche de la Commission fait également écho aux [courriers](#) de divers Etats membres, dont la France, l'appelant en 2020 à « Moderniser la politique de la concurrence de l'Union européenne ». En outre, de nombreux rapports commandés par la Commission ([Rapport](#) sur la politique de concurrence à l'ère du numérique) ou rédigés au sein des Etats membres ont souligné cette nécessité, à l'instar du [rapport](#) français « La politique de la concurrence et les intérêts stratégiques de l'UE ».

Cette évaluation s'inscrit également dans la série de travaux lancés par la Commission sur sa politique future, qui visent à rendre la politique de concurrence plus pragmatique et efficiente : « DSA Package », nouveau régime de contrôle et de correction des effets de distorsion des subventions des pays tiers...

Dans un monde en grandes mutations économiques (importance du numérique) et structurelle (globalisation des marchés), l'approche européenne de la politique de la concurrence doit en effet continuer à s'adapter pour **accompagner les entreprises agissant dans un monde globalisé** complexe et évoluant rapidement.

En complément du questionnaire soumis à consultation, les acteurs économiques multinationaux que sont les entreprises membres de l'Afep souhaitent souligner que la **modernisation du droit de la concurrence, stratégique, ne peut pas se limiter à la révision du marché en cause mais doit également porter sur l'analyse de la concurrence faite par la Commission** pour :

- Retenir une **analyse économique et juridique plus globalisante** du marché pertinent avec l'application non cumulative et modulée des trois critères de contraintes concurrentielles (substitution du côté de la demande et de l'offre, et également la **concurrence potentielle** actuellement non prise en compte) et d'une **temporalité dynamique**. La Commission doit également mieux tenir compte de la concurrence externe potentielle sur le marché intérieur de la part de **concurrents extra-européens** (élargir l'analyse à **3-4 ans**) ;
- Intégrer **les mutations numériques et structurelles** dans **les dimensions produits et géographie** du marché et dans le **calcul des parts de marché**, telles que la gratuité des services, les marchés bifaces, les barrières à l'entrée et les pouvoirs de marché des plateformes les plus structurantes...
- Inclure dans l'analyse le pouvoir de marché des **entreprises non-européennes** concernées en prenant mieux en compte la concurrence internationale et son impact sur le marché intérieur (marchés captifs, subventions des Etats tiers...).
- Permettre une **meilleure prise en compte des intérêts de l'UE** (environnement, digital, politique industrielle) et des **impacts dans d'autres domaines** que la seule concurrence. Le renforcement des **consultations interservices** au sein de la Commission européenne dès notification de l'opération est donc primordial.

• Une mise à jour nécessaire d'un texte qui demeure utile

La Communication de 1997 a longtemps apporté aux parties prenantes (acteurs économiques comme autorités de concurrence) une grille de lecture pour analyser le marché, offrant une **relative prévisibilité juridique**. Cependant, à la lumière du **contexte mondialisé en 2020**, les paramètres évoqués par la Communication de 1997 ont besoin d'être revus.

L'économie et son cadre ont profondément évolué depuis 1997 tant en Europe (monnaie officielle commune à dix-neuf des vingt-sept pays de l'Union, élargissement de l'Union européenne) que dans le monde en général (extension, puis affaiblissement de l'OMC, influence grandissante de la Chine, hausse des tensions commerciales, numérisation de l'économie). Les usages et comportements des consommateurs en ont été modifiés, de même que les conditions de concurrence des acteurs économiques européens. Ces derniers devant composer avec une forte interconnexion économique avec de nouveaux marchés sur les différents continents, la Commission doit **inclure ces nouvelles dimensions** dans son analyse.

Parce que la délimitation du marché en cause est essentielle en ayant « souvent une influence déterminante sur l'appréciation d'une affaire de concurrence » (Communication - § 4), l'appréciation via la Communication de 1997 qui en est faite par la Commission est désormais parfois décalée par rapport à la réalité économique nouvelle.

A ce titre, des **modifications structurantes** doivent être opérées dans cette communication (au-delà de changements de références textuelles relatives au traité ou au règlement sur le contrôle des concentrations).

- **Retenir une approche économique et juridique plus globalisante : application non cumulative et modulée des trois critères (dont la concurrence potentielle) et d'une temporalité dynamique**

L'Afep ne remet pas en question les différentes applications du marché pertinent selon le type de cas analysé par la Commission (§12). Toutefois, en matière de contrôle des concentrations notamment, il existe une **dichotomie entre la phase de définition du marché et l'analyse qui en suit**. La définition, trop statique, nuit à la pertinence de l'analyse qui est par nature prospective. Doivent être non seulement considérées 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.

Cela conduit à **revoir les principes de base de la définition des marchés** en modifiant l'interprétation faite des contraintes concurrentielles soulignées aux §13, 14 et 24. Alors que le § 13 identifie « trois grandes sources de contraintes » pour définir le marché, la Commission n'envisage de retenir celle découlant de la substituabilité du côté de l'offre que lorsque celle-ci a « des effets équivalents à ceux de la substitution du côté de la demande en termes d'immédiateté et d'efficacité » (§ 20) et ne prend pas en compte la concurrence potentielle, si ce n'est à un stade ultérieur (§ 24).

Ces trois critères doivent être utilisés 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 § 13 doit être revu pour relativiser le poids de la substituabilité du côté de la demande et du seul indicateur des prix en intégrant de possibles concurrences par la qualité et l'émergence des services numériques.

- un **nouvel équilibre entre la demande et l'offre** doit contribuer à la détermination du marché pertinent, en redonnant un peu plus de poids dans l'analyse aux capacités d'offre. Il faut notamment prendre en compte les importantes capacités industrielles de certains acteurs comme les géants du numérique et les entreprises de certains Etats tiers ; à ce titre, la modification suivante doit être effectuée dans le § 20 « On doit aussi analyser ... ».
- 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 § 24 doit affirmer son caractère incontournable en remplaçant « La concurrence potentielle... n'est pas prise en considération » par « doit être prise... ». La nature même des marchés numériques, à croissance rapide, demande également une adaptation de la notion. Cette analyse de la concurrence potentielle doit prendre en compte les caractéristiques du marché, la durée de vie d'un produit et les capacités spécifiques (notamment les subventions) des concurrents potentiels à entrer sur le marché au moins à moyen-terme. La Commission pourrait aussi élargir les critères de son analyse à d'autres marchés et produits dans des secteurs comparables, pour prévoir les évolutions à plus long terme dans un secteur donné.

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. Il convient de renforcer la consultation interservices, dès notification et non pas uniquement sur le projet de décision, en impliquant pleinement dans l'enquête de la DG COMP les Directions Générales de la Commission pertinentes, notamment la DG GROW, la DG TRADE, et la DG EMPL.

Pour assurer ce processus, l'analyse de la concurrence devrait également **intégrer les contributions positives significatives des concentrations aux politiques européennes adoptées**, afin d'assurer une cohérence d'approche avec les stratégies digitale, industrielle, environnementale européennes, et la capacité à innover, à l'instar du précédent existant dans les textes européens encourageant les PIIEC. Cet intérêt de l'UE devra être également cohérent avec celui qui sera défini par l'instrument de contrôle des subventions internationales.

- **Envisager différemment certains éléments d'appréciation contribuant à la définition des marchés : les dimensions produit et géographique**

Il est essentiel de disposer d'une meilleure et plus claire définition géographique du marché, les marchés pertinents étant actuellement le plus souvent mondiaux et la numérisation ayant profondément modifié les comportements de l'offre comme de la demande. Dès lors, la définition des marchés doit pouvoir prendre en compte tous les concurrents actuels et potentiels à l'échelle mondiale et intégrer l'interaction des marchés de produits physiques et ceux de ventes en ligne dans sa dimension produit.

- **Intégrer la dimension numérique dans la dimension produit**

Depuis 1997, le paysage de l'offre produit a considérablement évolué par la numérisation de l'économie. Les § 25 à 27 doivent refléter cette transformation profonde pour définir le marché pertinent.

Désormais, Internet est significativement intégré au comportement d'achat des consommateurs, tant en ce qui concerne la comparaison des offres à l'amont que pour l'acte d'achat lui-même. Ceux-ci se renseignent alternativement en boutique physique ou en ligne pour procéder à l'achat de manière de plus en plus indifférenciée. Si la substituabilité des canaux n'est pas parfaite, l'Autorité française de la concurrence a ainsi considéré dès 2016 qu'« elle apparaît suffisante pour considérer que les ventes en ligne exercent une pression concurrentielle telle sur

les ventes en magasin que ces deux canaux doivent à présent être considérés comme faisant partie du même marché »¹. Dans le cas visé, l’Autorité conclut que « l’analyse concurrentielle doit être menée sur le marché de la distribution au détail de produits électroniques bruns et gris intégrant à la fois les ventes en magasins et les ventes à distance. »

La Communication doit également **mieux refléter la nouvelle gratuité des services** dans le numérique et les **caractéristiques des marchés bifaces**. En effet, les parts de marché calculées en fonction des seules ventes des opérateurs ne sont plus toujours pertinentes quand les services sont fournis gratuitement, chose courante dans l’économie numérique. Les outils de substituabilité tels que le test SSNIP sont alors inopérants. Une meilleure appréhension de ces marchés bifaces non transactionnels pourrait donc être introduite. Il peut ainsi sembler nécessaire de distinguer dans la Communication la situation dans laquelle différentes faces d’un marché biface constituent un seul marché de la situation dans laquelle elles constituent des marchés séparés.

▪ Revoir la portée de la dimension géographique du marché

- L’analyse du marché géographique est circonscrite dans le § 28 au niveau national, de l’UE ou de l’Espace économique européen, alors que les analyses concurrentielles de la Commission devraient **prendre en compte les distorsions de concurrence dans les pays tiers**. Notamment, la prise de contrôle d’entreprises européennes par des entreprises non-européennes devrait être analysée notamment au regard du statut de ces dernières (entreprises publiques) ou des aides/subventions reçues dans leur pays d’origine.
- La Communication doit être donc revue pour intégrer les marchés mondiaux dans l’analyse de la Commission. La réalité économique globalisée montre de plus en plus combien ces marchés sont source de pression concurrentielle forte sur les marchés visés dans le § 28. Cette même analyse conduit à réviser la dernière phrase du § 32 afin de mentionner que « Un processus d’intégration du marché ... des marchés géographiques élargis doit (et non peut) être pris en considération... » et à compléter le § 48 pour intégrer les marchés mondiaux.
- L’essor du **numérique tend désormais à relativiser voire à effacer les frontières géographiques**, que ce soit pour le consommateur qui achète sur une place de marché étrangère des produits (eux-mêmes parfois d’origine étrangère) sans savoir exactement avec qui il est en transaction ou pour l’entreprise européenne pour laquelle la concurrence est sans frontière. Son importance dans la grille d’analyse de la Commission doit être fortement pondérée dans les § 45 et suivants. La prise en compte de déplacements passés pour appréhender une situation (§45) fournit une photographie économique statique d’un monde devenu mobile et agile. Pour restituer la réalité économique actuelle, dont des concurrents d’un type nouveau (moteurs de recherche, plateformes...), la dernière phrase de ce § doit être remplacée par une prise en compte de la concurrence potentielle offrant une analyse prospective de l’opération ;
- **L’importance des barrières à l’entrée** doit être établie dans ces paragraphes en plus des barrières juridiques et celles afférentes aux coûts de transport. Le § 46 doit être mis à jour pour intégrer le caractère ouvert ou fermé de certains marchés de pays tiers (difficultés administratives, normes, marchés publics...) créant de réels déséquilibres concurrentiels dans l’accessibilité de ces marchés. De plus, les pratiques de subventionnement public massif de certains Etats accroissent la rapidité de l’arrivée de certaines entreprises sur le marché intérieur, qu’ils y soient déjà ou non présents, ce qui appelle à relativiser les barrières à l’entrée sur le marché intérieur ;

1 Décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016 relative à la prise de contrôle exclusif de Darty par la Fnac

- Les courants d'échanges potentiels au niveau global dans l'analyse du terrain du jeu de la concurrence doivent être pris en compte en vue de mieux **apprécier la dimension globale du marché affecté** (§ 49). De même, il est nécessaire de tenir compte des propres **accords de libre-échange de l'UE** (ou d'autres Etats) qui reposent sur une similitude des marchés qui doit être prise en considération dans l'analyse globale ;
 - Les entraves et coûts liés à la réorientation des commandes (§ 50) doivent refléter une **approche plus globale des flux commerciaux en termes de marchés** (devenus mondiaux) et **d'outils** (prééminence du numérique).
- **Refléter ces mutations économiques et structurelles dans le calcul des parts de marché**

Les paragraphes sur le calcul des parts de marché (53 à 55) devraient mieux refléter la dimension numérique. Il est essentiel que l'analyse menée par la Commission intègre le fait que le pouvoir de marché des principaux acteurs est différent de celui des acteurs « traditionnels » et transcende la notion de dimension géographique physique. Si le numérique est désormais partout, le comportement des acteurs en la matière varie considérablement. L'usage courant du numérique comme outil d'échange a des impacts concurrentiels radicalement différents de ceux induits par des acteurs construits, structurés et prospérant sur le contrôle de la donnée et sur d'éventuels comportements anticoncurrentiels (barrières à l'entrée, effets de réseaux...).

Dans certains cas, le calcul des parts de marché fondé sur les ventes ne reflète pas la position et la **puissance réelle des opérateurs**. En effet, comme déjà signalé, les services numériques sont souvent fournis gratuitement (en échange de données notamment).

Enfin, le calcul de ces parts de marché à la dimension internationale devrait prendre en compte la **potentielle existence d'un marché captif** à l'étranger afin de ne pas sous-estimer le pouvoir de marché d'un concurrent qui n'aurait par ailleurs peu de parts sur le marché intérieur.

- **Une transparence accrue sur la constitution de la preuve**

Les § 33 et 34 entendent faciliter la recherche d'informations/preuves sur les limites de marchés en interrogeant divers acteurs, dont les concurrents.

Constituant une forme de test de marché, cette démarche est soutenue par les entreprises. Cependant, elle peut se révéler source de biais : un concurrent sera le plus souvent réservé sur la concentration envisagée.

Pour limiter ce biais dont les conséquences peuvent être importantes, il conviendrait que la Commission explique, dans chaque affaire, la manière dont elle a pondéré l'ensemble des preuves/informations reçues.

* * *

A PROPOS DE L'AFEP

Depuis 1982, l'Afep regroupe de grandes entreprises présentes en France. L'association, basée à Paris et à Bruxelles a pour objectif de favoriser un environnement favorable aux entreprises et de présenter la vision de ses membres aux pouvoirs publics français, aux institutions européennes et aux organisations internationales. Le rétablissement de la compétitivité des entreprises pour parvenir à la croissance et à l'emploi durable en Europe et relever les défis de la mondialisation est la priorité de l'Afep. L'Afep compte environ 113 membres. Plus de 8 millions de personnes sont employées par les entreprises de l'Afep et leur chiffre d'affaires annuel cumulé s'élève à 2 600 milliards d'euros.

Contact:

Emmanuelle Flament-Mascaret – Directrice Affaires commerciales et Propriété Intellectuelle concurrence@afep.com

Jérémy Pélerin – Directeur Affaires européennes j.pelerin@afep.com

Alix Fontaine – Chargée de mission Affaires européennes a.fontaine@afep.com