

MISE A JOUR DE LA COMMUNICATION SUR LA DEFINITION DU MARCHE (REVISION) - APPEL A CONTRIBUTION

La Commission européenne a ouvert un appel à contribution afin d'éclairer ses travaux avant une consultation publique en juin 2022 sur son projet révisant la communication de 1997 sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence.

Cette révision vise « à faire en sorte que la communication reste adaptée à sa finalité et soit mise à jour pour prendre en compte les dernières évolutions des marchés et de l'approche suivie par la Commission en matière de définition du marché. »

L'Afep remercie la Commission européenne de poursuivre avec les parties prenantes ses échanges entamés depuis plusieurs mois pour parvenir à une mise à jour de son texte d'origine aussi proche que possible de la réalité économique actuelle.

En octobre 2020, l'Afep avait déjà apporté à la Commission [son plein soutien](#) à cette modernisation du droit de la concurrence, stratégique. Cette évolution doit en effet conduire à réviser la définition du marché et porter sur une analyse de la concurrence plus large afin de :

- 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) dans le cadre d'une **temporalité dynamique** ;
- 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.

En février 2022, l'Afep réitère ses propos de 2020 tout en soulignant que des évolutions textuelles bienvenues sont désormais à prendre en compte dans la proche révision de la communication.

En effet :

- Le *Digital Markets Act* (DMA) -en phase de finalisation- renforce la capacité de la Commission européenne dans sa lutte contre les pratiques concurrentielles déloyales des acteurs numériques les plus structurants: des listes d'obligations viennent contraindre ceux-ci pour recréer une certaine équité concurrentielle dans le monde numérique ;
- La proposition de règlement sur les distorsions créées par les subventions des Etats tiers au sein du marché intérieur, en cours de discussions au Conseil et au Parlement européen, entend mieux prendre en considération les avantages concurrentiels dont disposent les entreprises hors UE du fait du soutien de leurs Etats de rattachement dans l'UE comme sur les marchés. Il pose le principe d'un contrôle horizontal de tout type d'effet de distorsion, d'un contrôle des subventions pouvant générer des distorsions de concurrence lors d'opérations de concentration et d'un contrôle des subventions susceptibles de fausser la concurrence lors de la passation des marchés publics. Ce texte contribuera

ainsi à fournir à la Commission européenne des outils d'analyse plus fins pour apprécier le réel pouvoir de marché des entreprises non-européennes et leur impact sur le marché intérieur.

*

En plus de ces orientations déjà initiées par la Commission, l'Afep souhaite rappeler les principales modifications structurantes - développées dans sa réponse d'octobre 2020- à opérer à l'occasion de la révision de la Communication de 1997 afin que la politique de la concurrence soit un atout majeur dans les intérêts stratégiques de l'UE.

1/ Revoir les principes de base de la définition des marchés

L'objectif est ici de disposer d'outils efficaces permettant une analyse concurrentielle plus dynamique inscrite dans le long terme et à l'échelle mondiale.

Une **nouvelle interprétation** des contraintes concurrentielles mentionnées aux § 13, 14 et 24 de la Communication de 1997 est ainsi requise pour **apprécier dès le début de l'analyse et de manière non cumulative**, les trois sources de contraintes permettant de déterminer le marché visé :

- **la substituabilité de la demande**, focalisée sur l'élasticité de la demande au prix, ne peut plus être le seul critère d'analyse : le poids de la substituabilité du côté de la demande et du seul indicateur des prix (exemple de l'utilisation du test SNNIP) doivent être relativisés 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 du poids dans l'analyse aux capacités d'offre, notamment celles des géants du numérique ;
- **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**. L'évaluation de la Commission de la communication avait notamment relevé la question des marchés en évolution rapide et la dimension temporelle de la définition du marché comme points devant être mieux pris en compte par le texte¹ ;

2/ Elargir la définition des marchés

Deux facteurs nouveaux depuis 1997 sont à considérer : **la globalisation des marchés**, les marchés pertinents étant désormais le plus souvent mondiaux et **la numérisation** qui a 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 dans la mesure où :**
 - o les consommateurs ont intégré Internet dans leurs comportements d'achat (comparaison des offres en amont ou acte d'achat lui-même). Les ventes en ligne exercent une pression concurrentielle réelle sur les ventes en magasins à considérer comme des canaux de vente équivalents ;
 - o la gratuité des services (« tarification zéro ») dans le numérique et les caractéristiques des marchés bifaces sont désormais consubstantiels à l'économie numérique.
- **Revoir la portée de la dimension géographique du marché en :**
 - o **élargissant le champ de l'analyse du marché géographique**, actuellement circonscrite (§ 28) au niveau national, de l'UE ou de l'Espace économique européen. Le futur texte sur les subventions des Etats tiers devrait permettre à la Commission de prendre en compte dans ses analyses concurrentielles les distorsions de concurrence dans les pays tiers et d'intégrer le caractère ouvert ou fermé de certains marchés de pays tiers (existence de droits spéciaux ou exclusifs qui réduisent d'autant la

¹ Document de travail de la Commission, "Evaluation of the Commission notice on the definition of relevant market for the purposes of the Community competition law of 9 December 1997", Juillet 2021

possibilité pour les entreprises étrangères de s'y implanter). La place des marchés géographiques dans le contexte de mondialisation et de la concurrence des importations doit être revue dans la communication ;

- o **relativisant la notion de frontière géographiques** face à des comportements numériques qui gommement cette notion et en prenant mieux en compte la concurrence potentielle offrant une analyse prospective de l'opération.

3/ Intégrer dimension numérique et mutations économiques dans le calcul des parts de marchés

- Dans certains cas, le calcul des parts de marché fondé sur les ventes ne reflète pas la position et la puissance réelle des opérateurs, les services numériques étant souvent fournis gratuitement ;
- Le calcul de ces parts de marché dans sa 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 aurait par ailleurs peu de parts sur le marché intérieur.

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 Droit économique - concurrence@afep.com

Marc Poulain – Directeur Négociations Commerciales Internationales - commerce.international@afep.com

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