

## MEMORANDUM

---

**A :** [comp-revision-of-the-market-definition-notice@ec.europa.eu](mailto:comp-revision-of-the-market-definition-notice@ec.europa.eu) ;  
[COMP-MERGER-REGISTRY@ec.europa.eu](mailto:COMP-MERGER-REGISTRY@ec.europa.eu)

**De :** Vogel & Vogel

**Réf. :** Observations du cabinet Vogel & Vogel sur la proposition par la Commission de Communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit de la concurrence de l'Union

**Date :** 2023.01.09

---

Le cabinet Vogel & Vogel souhaite formuler des observations sur le projet de révision de la Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit de la concurrence de l'Union (ci-après, « *le projet de communication* ») afin de souligner, dans un premier temps, les avancées bienvenues et positives de la communication (I). Le cabinet estime toutefois nécessaire de noter que certains points de la communication pourraient être améliorés afin de garantir une sécurité juridique plus grande pour les entreprises (II) et une meilleure adéquation avec la réalité économique (III). Enfin, le cabinet suggère des propositions que la Commission pourrait prendre en compte dans le cadre de sa prochaine révision de la communication sur les marchés pertinents (IV).

### I. LES AVANCEES BIENVENUES ET POSITIVES DU PROJET DE COMMUNICATION SUR LA DEFINITION DES MARCHES PERTINENTS

---

Le cabinet Vogel & Vogel souhaite, tout d'abord, saluer la volonté de mise à jour de la communication compte tenu des bouleversements profonds des marchés intervenus depuis lors et valider l'objectif affiché d'adapter le texte actuel aux défis posés par « *la numérisation de l'économie et des nouveaux modes de fourniture des biens et des services, ainsi que de la nature de plus en plus interconnectée et mondialisée des échanges internationaux* ».

#### A. La nouvelle approche de la Commission concernant la définition des marchés

La communication de 1997 adoptait une approche très formaliste où la délimitation des marchés constituait le préalable nécessaire à l'analyse concurrentielle. Le projet de communication évolue et

adopte une approche nouvelle en incluant les contraintes externes provenant de tiers au marché et privilégie une approche par les effets pour l'analyse des marchés de produits dits « différenciés ».

- Concernant les contraintes externes, la Commission affirme tenir compte dans son analyse concurrentielle de « *toutes les contraintes concurrentielles (immédiates ou non)* », et indique que « *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 les marchés en cause* » (pt. 14 du projet de communication).
- Concernant les marchés de produits dits différenciés, où il n'existe pas d'homogénéité, c'est une analyse par les effets qui est privilégiée. En effet, le point 86 du projet prévoit que « *Lorsque les produits sont différenciés, les parts de marché peuvent fournir un indicateur moins fiable du pouvoir de marché et la Commission analyse généralement si l'entreprise ou les entreprises concernées et les autres fournisseurs sont en concurrence étroite, dans le cadre de son appréciation concurrentielle. Une appréciation concurrentielle, détaillée du degré de concurrence entre les fournisseurs peut réduire l'importance des parts de marchés différenciés* ».

Le projet poursuit : « *dans le cas d'un degré significatif de différenciation des produits ou de différenciation géographique, les parts de marché ont tendance à être moins instructives et il peut être plus pertinent d'apprécier le degré de substituabilité dans le cadre d'une appréciation concurrentielle. La Commission peut, s'il y a lieu, se fonder sur les parts pour les segments du marché en cause et en tenir compte lorsqu'elle apprécie le degré de concurrence entre entreprises et entre ces dernières et leurs concurrents* » (pt. 109 du projet de communication).

Cette rupture avec l'approche traditionnelle est bienvenue et s'inscrit dans la lignée de la vision des Etats-Unis et du Royaume-Uni concernant les opérations de concentration. En effet, leurs lignes directrices favorisent l'appréciation des effets unilatéraux, au détriment de l'évaluation du degré de concentration par les parts de marché.

## **B. La prise en compte de nouveaux éléments par le projet de communication permettant d'être en phase avec la numérisation de l'économie**

- Le projet de communication consacre notamment la notion de concurrence asymétrique (pt 15 du projet de communication) en tant qu'élément pouvant faire varier la définition d'un marché lorsqu'il s'agit de la même activité économique sur le plan des produits et de la géographie. Ce paramètre a déjà été utilisé par plusieurs autorités nationales de concurrence, dont l'Autorité française de la concurrence (ci-après, « l'Adlc »). Dans une décision du 17 novembre 2020, l'Adlc a retenu cette forme de concurrence pour le marché du petit commerce de détail (hors Paris) en considérant que « *si les hypermarchés et les supermarchés exercent une vive concurrence sur le petit commerce de détail (moins de 400 m<sup>2</sup>), la réciproque n'est presque jamais vérifiée.* »<sup>1</sup>. La concurrence asymétrique peut être utilisée dans le secteur du digital car

---

<sup>1</sup> ADLC, 17 novembre 2020, n° 20-DCC-164, point 19.

il concurrence fortement certaines activités classiques (commerce en ligne contre commerce physique ; publicité en ligne contre publicité hors ligne des médias traditionnels) même si l'inverse ne se vérifie pas nécessairement ou pas au même degré.

- De même, la communication prévoit au point 16 du projet de communication que « *la Commission peut tenir compte des transitions attendues dans la structure d'un marché lorsque l'affaire nécessite une analyse prospective* ». La prise en compte des transitions de marché est la bienvenue afin de prendre en compte la révolution numérique qui est intervenue depuis la communication de 1997.
- De manière intéressante, le prix ne constitue plus le seul paramètre de l'analyse concurrentielle ; en effet, le point 32 de la communication dispose que : « *lorsque des entreprises se livrent concurrence sur des paramètres autres que le prix, tels que la qualité ou le niveau d'innovation, il est difficile d'appliquer le test SSNIP, en particulier, dans le contexte de produits à prix monétaire nul* ». Ainsi la qualité ou le niveau d'innovation doivent également être intégrés à l'analyse dans un contexte de produits à prix monétaire nul (pt. 32 du projet de communication). Ici, le projet illustre cette évolution par la décision Google Shopping<sup>2</sup>, dans laquelle la Commission avait examiné si les fabricants, les utilisateurs et les développeurs d'applications abandonneraient les boutiques d'applications Android pour des boutiques d'applications d'autres systèmes d'exploitation mobiles en cas de diminution faible mais significative et non provisoire de la qualité. Il s'agit du test « *Small But Significant and Non-Transitory Decrease of Quality* » - (SSNDQ) test. La mise en avant de cette décision démontre la volonté de la Commission d'élargir la définition des marchés au secteur du numérique.

Le cabinet Vogel & Vogel est donc favorable à ces nouveautés proposées par la Commission quant à la définition des marchés pertinents dans le cadre d'une analyse de droit de la concurrence.

## **II. UN PROJET DE COMMUNICATION DONT CERTAINS POINTS POURRAIENT ETRE PRECISES DANS LE SENS D'UNE PLUS GRANDE SECURITE JURIDIQUE POUR LES ENTREPRISES**

---

### **A. Un défaut de précision qui rend l'auto-évaluation en matière de marchés difficile pour les entreprises**

La Commission rappelle sa pratique habituelle consistant, lorsque la définition du marché est laissée en suspens, à étudier toutes les définitions possibles (pt. 18 du projet de communication), ce qui conduit en pratique à étudier de nombreux marchés hypothétiques extrêmement étroits. Une telle démarche a pour effet d'alourdir considérablement la préparation et l'instruction des dossiers de notification ; des précisions sur les limites qui s'imposent à la Commission concernant la multiplication des segmentations seraient bienvenues.

Il est aussi précisé que la Commission peut laisser en suspens la question de la délimitation du marché tant dans les situations où il y a des problèmes de concurrence, que dans celles où il n'y en a pas. Elle

---

<sup>2</sup> AT.40099, Google Android.

ajoute que la profondeur de l'analyse concurrentielle varie d'un marché à l'autre. Ces deux derniers éléments sont flous et n'offrent pas aux entreprises une ligne de conduite claire sur la marche à suivre, source donc d'une grande insécurité juridique. Il serait utile de préciser dans quels cas un marché devrait faire l'objet d'une étude approfondie ou non, et les justifications qui conduisent la Commission à délimiter ou non un marché.

## **B. Une boîte à outils très large à la disposition de la Commission mais sans sécurité juridique suffisante quant à son emploi au cas d'espèce pour les entreprises**

### **1) Les outils utilisés dans le cadre de la définition de marchés dans des conditions générales**

Le texte continue d'offrir une large marge de manœuvre à la Commission, mais sans assortir ses options de conditions d'application suffisamment strictes qui pourraient guider les entreprises et garantir leurs droits. Le projet affirme ainsi tour à tour que le résultat de la définition du marché vaut de façon générale à la fois pour le contrôle des concentrations et les pratiques anticoncurrentielles (pt 11 du projet de communication) mais la note de bas de page 20 vient immédiatement contredire ce principe en indiquant que dans certains cas, il peut en aller différemment, sans expliquer lesquels. De plus, le point 32 du projet de communication met en lumière les difficultés résultant de l'application de la substituabilité du côté de la demande en fonction du « *type d'appréciation effectuée* », à savoir l'analyse des concentrations ou l'existence d'une position dominante. Il serait donc utile de préciser l'articulation entre le principe et les exceptions.

En outre, il aurait été intéressant que le projet de communication remarque que les définitions de marché pertinent pour les secteurs réglementés (*telecoms, énergie...*) ne sont pas nécessairement les mêmes que ceux de droit de la concurrence, étant donné que les objectifs du droit de la concurrence et du droit de la régulation diffèrent.

### **2) Les outils utilisés dans le cadre de la définition des marchés dans des conditions spécifiques**

La délimitation des marchés dans le cadre de plateformes multifaces peut être, selon le projet (pt. 95 du projet de communication) effectuée par la Commission de deux façons, soit un marché de produits pour les produits proposés par une plateforme dans son ensemble, soit un marché de produits en cause distincts pour les produits proposés sur chaque face de la plateforme. Il serait utile que la Commission précise dans quels cas une approche sera préférée par la Commission par rapport à une autre.

Dans le cadre des plateformes multifaces, la définition de marché en cas de fourniture d'un produit à un prix monétaire nul n'est pas claire (pt. 98 du projet de communication). Le projet propose de se référer à « *l'usage auquel est destiné le produit* », « *les preuves d'une substituabilité hypothétique* » ou « *les contraintes concurrentielles sur la base des points de vue du secteur* », « *les obstacles où les coûts du changement* », mais ces éléments ne semblent pas représenter une valeur substituable à un prix. Il serait intéressant que le projet de communication soit plus précis sur ces références et aborde par exemple les datas des utilisateurs susceptibles de mieux valoriser la vente de la publicité en ligne.

Les trois possibilités de définition du marché de l'après-vente sont développées : (i) le marché des systèmes comprenant à la fois le produit primaire et le produit secondaire, (ii) les marchés multiples, à savoir un marché pour le produit primaire et des marchés distincts pour les produits secondaires associés à chaque marque du produit primaire et (iii) les marchés doubles, à savoir le marché du produit primaire et le marché du produit secondaire (pts 100 à 102 du projet de communication). Cependant, le projet de communication accorde une marge de manœuvre trop importante quant aux conditions permettant la classification dans telle ou telle catégorie, ce qui conduit à ce que certains marchés de l'après-vente soient analysés aujourd'hui encore par marque alors que, de nos jours, le multimarquisme s'impose.

Il serait souhaitable que la Commission prenne en compte l'ensemble de ces remarques afin de rendre la communication plus précise au service tant des autorités nationales et européenne que des entreprises, en tant qu'acteurs de l'économie.

### **III. DES ADAPTATIONS POURRAIENT ETRE MISES EN ŒUVRE EN VUE D'UNE PLUS GRANDE COHERENCE AVEC LA REALITE ECONOMIQUE**

---

#### **A. Une prise en considération trop importante des décisions antérieures par la Commission mais sans garantie de sécurité pour les entreprises**

Le projet continue de permettre l'analyse des marchés actuels ou futurs sur le fondement des décisions antérieures (pt. 11 du projet de communication), qui sont souvent anciennes et obsolètes. Cette manière de procéder peut conduire, en matière de contrôle des concentrations, à réitérer des définitions de marché déconnectées de la réalité. A partir d'une certaine ancienneté des précédents, qui pourrait être définie, il serait plus efficient d'analyser les marchés en cause *de novo*, sans préjugé, et de confronter dans un deuxième temps les résultats aux précédents. Surtout, pour ce qui concerne les pratiques anticoncurrentielles, la position des entreprises est très défavorable et déséquilibrée : la Commission n'est nullement tenue par ses précédents (pt. 11 du projet de communication) alors que l'entreprise qui s'est fondée sur eux ne bénéficie d'aucun droit à une confiance légitime (note de bas de page 21). Le projet de communication invoque un arrêt du Tribunal de l'Union européenne du 7 mai 2009<sup>3</sup>, énonçant que « *en particulier, les requérants ne sauraient avoir une telle confiance légitime du fait que la Commission a défini des marchés d'une manière particulière dans une décision antérieure, celle-ci, et a fortiori, le Tribunal n'étant pas liés par les constatations faites dans une telle décision* ». Cependant, la non-reconnaissance d'une confiance légitime dans une définition de marché préalable apparaît déséquilibrée si la Commission peut quant à elle se départir de sa pratique décisionnelle précédente de façon asymétrique avec les droits inexistantes des entreprises. Il faudrait au moins que l'entreprise qui s'est fondée de bonne foi sur un précédent bénéficie en cas d'infraction d'une immunité ou d'une réduction d'amende.

Le point 15 du projet de communication rappelle que « *les marchés définis sont souvent les mêmes d'une affaire ou d'une appréciation à l'autre lorsqu'il s'agit de la même activité économique sur le plan des produits et de la géographie* ». La note de bas de page 24 du projet illustre ce principe en donnant

---

<sup>3</sup> TUE, 7 mai 2009, NVV e.a/Commission, T-151/05, point 136.

comme exemples les secteurs aériens et de la publicité en ligne. Or, cela risque de figer dans le marbre la définition de ces marchés, en contradiction avec le principe exposé ci-dessus (pt 11 du projet de communication) selon lequel la pratique décisionnelle passée ne détermine aucunement la définition des marchés pour l'avenir. La note de bas de page 24 devrait être supprimée.

## **B. Des concepts du projet de communication dont la cohérence avec la vie économique des entreprises pourrait être améliorée**

### **1) Certains paramètres devraient être clarifiés pour que les entreprises puissent les utiliser en pratique**

Tout d'abord, la notion de « *marché d'achat* » est prévue au point 6 du projet de communication mais il n'est pas précisé dans quels cas le recours à un marché d'achat peut être préféré à un marché de vente. Il serait intéressant d'expliquer les choix possibles pour les entreprises et de mentionner s'il existe une hiérarchie entre les deux.

Ensuite, le projet prévoit en son point 15, dans l'élément « *période considérée* » pouvant faire varier la définition des marchés, une possibilité de convergence des marchés avec le temps pour la définition géographique des marchés. Il serait utile que la Commission ajoute cette hypothèse pour la définition d'un marché de produits.

En outre, la substituabilité du côté de l'offre est toujours considérée de façon très accessoire sans explication suffisante. Le projet de communication dispose en effet que « *la substituabilité du côté de l'offre peut également entrer en ligne de compte pour la définition du marché en cause dans certains cas, notamment lorsqu'elle est aussi immédiate et efficace du côté de la demande* ». (pt. 25 du projet de communication). L'articulation entre la substituabilité du côté de l'offre et la substituabilité du côté de la demande ainsi que les conditions dans lesquelles utiliser la substituabilité du côté de l'offre, devraient être précisées car le texte est peu clair en l'état.

De la même façon, la prise en considération des effets de transition (pt. 16 du projet de communication), qui est bienvenue, est soumise à un standard de preuve trop élevé qui rend cette notion difficilement applicable en pratique. Le seul exemple cité est d'ailleurs celui de l'apparition de médicaments génériques (à travers la décision Generics<sup>4</sup> de la Cour de Justice) dont l'effet sur les marchés pertinents est largement connu et documenté. Il serait intéressant que la Commission apporte des illustrations autres que dans le secteur pharmaceutique.

Enfin, la Commission a introduit au point 22 de son projet de communication « *les considérations temporelles* » comme élément de définition du marché de produits et le marché géographique lorsque certains facteurs « *affectent les préférences des clients ou la structure de l'offre* ». Etant donnée que la variation de l'offre et de la demande dans le temps est une caractéristique répandue, il serait souhaitable d'ajouter que cet élément peut affecter de « *manière substantielle* » les préférences des clients ou les structures de l'offre.

---

<sup>4</sup> CJUE, 30 janvier 2020, Generics, C-307/18.

## **2) La primauté des tests quantitatifs objectifs sur les tests qualitatifs plus subjectifs, comme moyen de preuve, devrait être prévue dans la communication**

Le projet ne reconnaît pas la supériorité des tests quantitatifs, notamment le test SSNIP, sur les modes de preuve qualitatifs pourtant très subjectifs (telles que les demandes d'informations faites au secteur). Cela peut conduire à faire prévaloir des définitions de marché imparfaites. Qui plus est, l'application du test SSNIP est classée au dernier rang des preuves pertinentes après les preuves de substituabilité hypothétique ou « *les points de vue de secteur* » (pt. 56 du projet de communication) alors qu'ils sont souvent, bien peu objectifs et trop souvent biaisés. S'il est vrai que les données nécessaires au calcul des tests quantitatifs font souvent défaut, lorsqu'elles existent, les tests quantitatifs et notamment le test SSNIP devrait primer sur les tests qualitatifs.

Il est indéniable que les tests quantitatifs permettent de nuancer les approches subjectives que constituent les retours de tests de marché. Les réponses aux tests de marché comportent de sérieux biais stratégiques tels que la volonté pour certains répondants de nuire au développement d'un concurrent, la volonté d'éviter un rééquilibrage des rapports de force fournisseur/acheteurs, la revanche de candidats écartés d'un processus de cession, la volonté d'exercer une pression sur un partenaire... Les opérateurs ayant un avis positif ou simplement neutre sont peu incités à répondre, ce qui aboutit à une surinterprétation des avis négatifs

Le projet de communication apparaît plus exigeant concernant les éléments de preuve utilisés pour la définition des marchés pertinents (pts 49 et suivants du projet de communication), alors qu'il ne ressort pas du projet de communication que ce principe s'applique aux retours de tests de marché (pts 56 et 78 du projet de communication). Cela est surprenant étant donné que ces éléments de preuves sont plus subjectifs que les tests quantitatifs. Il est nécessaire que la Commission affirme la supériorité des tests quantitatifs sur les tests qualitatifs afin d'obtenir des définitions de marché correspondant mieux à la réalité économique.

La prise en compte de ces éléments permet d'établir une communication plus en accord avec la réalité économique de la vie des entreprises.

## **IV. SYNTHÈSE DES PROPOSITIONS POUR LA RÉVISION DE LA COMMUNICATION SUR LES MARCHÉS PERTINENTS**

---

En synthèse, il est proposé une liste de modifications que la Commission pourrait prendre en compte dans le cadre de la révision de la communication sur les marchés pertinents :

- 1) Concernant la possibilité pour la Commission de laisser la définition d'un marché en suspens, il serait utile de préciser dans quels cas un marché devrait faire l'objet d'une étude approfondie ou non et les justifications qui conduisent la Commission à délimiter ou non un marché.

- 2) Le projet établit que la définition du marché vaut de façon générale à la fois pour le contrôle des concentrations et les pratiques anticoncurrentielles, mais prévoit une exception à sa note de bas de page 20. Il serait nécessaire que la Commission précise l'articulation entre ce principe et cette exception.
- 3) Dans le cadre de la définition d'un marché multiface, deux approches de définitions de marchés sont possibles, il serait utile que la Commission précise dans quelles hypothèses une approche est favorisée par rapport à une autre.
- 4) Les références utilisées par la Commission pour la définition d'un marché en cas de prix monétaire nul devraient être précisées.
- 5) A partir d'une certaine ancienneté des précédents (utilisés pour la définition des marchés), qui pourrait être définie, il serait plus efficient d'analyser les marchés en cause *de novo*, sans préjugé, et de confronter dans un deuxième temps les résultats aux précédents.
- 6) Si une entreprise s'est fondée dans le cadre du fonctionnement de son activité sur les délimitations fixées antérieurement par des décisions de la Commission, il faudrait au moins que l'entreprise qui s'est fondée de bonne foi sur un précédent, bénéficie en cas d'infraction d'une immunité ou d'une réduction d'amende.
- 7) En matière de preuves, il est nécessaire de reconnaître une primauté des outils quantitatifs sur les outils qualitatifs, car les premiers résultent d'analyses économiques éprouvées alors que les seconds sont généralement plus subjectifs.
- 8) Pour être davantage en adéquation avec la réalité économique de la vie des entreprises, la note de bas de page 24 devrait être supprimée, car elle pourrait venir graver dans le marbre que les marchés cités en exemple sont figés et ne peuvent évoluer dans le temps alors qu'ils font l'objet d'une révolution sans précédent.
- 9) L'articulation entre la substituabilité du côté de l'offre et la substituabilité du côté de la demande ainsi que les conditions dans lesquelles utiliser la substituabilité du côté de l'offre, devraient être précisées car le texte est peu clair en l'état.
- 10) Etant donné que la variation de l'offre et de la demande dans le temps est une caractéristique répandue, il devrait être indiqué que « *les considérations temporelles* » peuvent affecter de « *manière substantielle* » les préférences des clients ou les structures de l'offre.
- 11) La notion de marché d'achat est prévue dans le projet, mais la Commission n'a pas expliqué dans quelles situations la définition d'un marché d'achat pouvait être préférée à la définition d'un marché de vente. Il pourrait être utile que la Commission illustre ce point.
- 12) Une possibilité de convergence dans la définition d'un marché de dimension géographique est prévue, il serait utile d'ajouter cette possibilité pour un marché de dimension « *produits* ».