
LA DÉCISION DU MOIS

Le groupe Essilor lourdement sanctionné pour abus de position dominante dans le secteur des verres optiques.

L'Autorité de la concurrence (AdlC) vient d'infliger à la société Essilor International SAS, principal fabricant et distributeur en gros de verres optiques en France, et leader mondial de la fabrication de verres correcteurs, une amende d'un montant de 81 067 400 euro pour avoir mis en œuvre des pratiques commerciales discriminatoires durant plus de onze ans, sa maison mère, EssilorLuxottica SA ayant été sanctionnée solidairement à hauteur de 15 400 000 euro. La décision commentée intervient à la suite d'opérations de visite et saisie réalisées en 2014 dans les locaux de plusieurs entreprises du secteur, à l'issue desquelles les services d'instruction de l'Autorité ont reproché à Essilor, d'une part, l'application d'un traitement discriminatoire à l'égard des sites de vente en ligne de verres correcteurs et, d'autre part, la diffusion d'un discours trompeur à leur encontre.

D'abord, concernant la dimension géographique du marché concerné, l'Autorité relève que le marché de la fourniture en gros de verres correcteurs n'est pas de taille mondiale, comme le prétend Essilor, mais nationale, même si les verres de "stock" sont majoritairement produits en Asie, dès lors que les verres de prescription sont transformés en verres ophtalmiques finis dans des laboratoires situés en Europe, que la majorité des chaînes de distribution au détail de produits optiques acquiert les verres au niveau national, que les principaux fabricants de verres sont présents localement au sein des États membres de l'EEE afin de livrer rapidement les verres et proposer des services aux opticiens, que la fabrication repose sur des stratégies nationales qui dépendent des politiques de remboursement et d'assurance propres à chaque pays, et que la structure du marché aval est essentiellement dominée par des opticiens indépendants ou des enseignes locales qui achètent leurs verres à l'échelle nationale.

L'Autorité caractérise ensuite la position dominante d'Essilor International sur le marché français de la distribution en gros de verres correcteurs, qui résulte non seulement de la détention d'une part de marché située entre 60 et 70 %, de marques, Essilor ou Varilux, bénéficiant d'une notoriété importante et, en tout cas, très supérieure à celle de ses concurrents, d'un outil industriel et technologique puissant qui lui permet de disposer d'un maillage territorial au plus près des opticiens et consommateurs, mais aussi du fait qu'elle constitue le seul verrier verticalement intégré à tous les niveaux de la chaîne de valeur, ce qui lui permet de réaliser des synergies tout en lui conférant une maîtrise totale de la chaîne de distribution et la possibilité de mettre en place des stratégies globales.

Une entreprise peut infliger un traitement discriminatoire, soit par des discriminations de premier niveau qui consistent à renforcer son pouvoir de marché sur le marché dominé ou un autre marché en imposant des restrictions d'accès par exemple, soit par des discriminations de second niveau mises en œuvre sans sa participation directe sur le marché affecté, du fait par exemple de sa position particulière à l'égard d'acteurs situés à un autre stade de la production lui permettant d'avantager ou désavantager artificiellement certains opérateurs par rapport à d'autres.

Sur le premier grief d'abus, l'AdlC considère qu'en imposant spécifiquement aux sites internet d'opticiens actifs en France des restrictions en matière de livraison des verres de marque Essilor ou Varilux, de communication sur leur origine et d'utilisation de ses marques et logos, complétées par une limitation des conditions de garantie desdits verres, Essilor a mis en œuvre une politique de vente discriminatoire visant à entraver le développement en France des sites de vente en ligne, qui a eu pour effet de

limiter l'accès des consommateurs à un canal de vente alternatif tout en favorisant le maintien de prix élevés. De telles différences de traitement par rapport aux opticiens exerçant dans des magasins physiques ne sauraient être justifiées, ni par une différence de modèle économique qui empêcherait prétendument les opticiens en ligne de garantir la prise de mesure satisfaisante pour les verres complexes, ni par la nécessité de préserver la qualité et l'image des verres litigieux ou de lutter contre un supposé risque de parasitisme causé par les *pure players* qui encouragerait les clients à se rendre chez les opticiens physiques pour la prise de mesures et l'ajustage des montures. En outre, à l'étranger, Essilor a parallèlement commercialisé les verres litigieux sur internet alors qu'il s'y est opposé en France.

Concernant le second grief, l'AdlC estime en revanche que même si certaines prises de position d'Essilor ont pu faire une présentation erronée de la vente en ligne de verres correcteurs en véhiculant l'idée trompeuse que ce canal de vente ne permettait pas de bénéficier des conseils personnalisés d'un opticien, elles ne constituent pas, compte tenu de leur caractère isolé, diffus, fluctuant, et parfois non public, un discours commercial trompeur de nature à influencer la structure de marché et limiter le développement de la vente en ligne en France.

ABUS DE POSITION DOMINANTE

Autorité de la concurrence

6 octobre 2022

LawLex202200009992JBJ

★★



Le juge spécialisé consacre l'application des clauses attributives de juridiction dans les rapports internationaux.

La première affaire (LawLex202200009656JBJ), opposait un fabricant étranger, son distributeur français, dont il avait rompu le contrat, et sa filiale française, destinée à remplacer ce distributeur. À propos de la rupture brutale des relations commerciales établies entre l'ancien distributeur et le fabricant, ce dernier soulevait l'applicabilité d'une clause attributive de juridiction incluse dans ses conditions générales de vente (CGV). L'enjeu était, pour lui, d'écarter la compétence de la juridiction saisie, le Tribunal de commerce de Marseille, au profit des juridictions allemandes, désignées par la clause. En l'occurrence, les juges considèrent que les CGV, qui comportent une clause attributive de juridiction, sont bien applicables aux relations entre les parties. D'abord, afin d'évacuer toute tentative de contestation de l'applicabilité d'une clause contractuelle à une action délictuelle, le juge souligne, se référant à la jurisprudence Granarolo (CJUE, 14 juill. 2016, LawLex201600001360JBJ), que dans l'ordre international, les litiges portant sur la rupture brutale des relations commerciales établies sont considérés comme de nature contractuelle. Ensuite, pour conforter l'applicabilité de la clause, le tribunal relève qu'elle est parfaitement identifiable et lisible (V. sur l'exigence de lisibilité, Paris, 26 nov. 2010, LawLex201000001339JBJ), même si elle est rédigée en anglais – circonstance

indifférente pour le juge dès lors qu'aucune difficulté de compréhension de la langue anglaise par la partie à laquelle elle est opposée n'est relevée et que la pratique de l'anglais est courante dans le domaine des relations internationales (Comp., excluant l'opposabilité d'une clause rédigée en allemand, Paris, 20 sept. 2017, LawLex201700001508JBJ). En outre, estime le tribunal, ces conditions générales de vente n'avaient pas à faire l'objet d'un accord spécial écrit, dès lors qu'elles étaient intégralement annexées au catalogue tarifaire papier remis tous les ans au distributeur et que les relations, d'une durée de 15 ans, étaient suffisamment longues pour écarter l'hypothèse de leur ignorance par ce dernier (V. égal., sur la nécessaire connaissance de la clause après 15 années de relations, Cass. 1re civ, 20 nov. 2019, LawLex201900001428JBJ).

Dans la seconde affaire, tranchée deux jours plus tard (LawLex202200009790JBJ), les juges consulaires ont estimé que la clause qui attribue compétence aux juridictions allemandes pour tout litige né du contrat, « en ce compris toutes les obligations liées à l'exécution de ce contrat ou au contrat lui-même », doit s'entendre comme relative aux litiges découlant de la relation contractuelle, et qu'elle est formulée de façon suffisamment large pour s'appliquer à ceux qui découlent de faits de rupture brutale des relations commerciales éta-

blies (V. égal., sur l'interprétation large de la portée de la clause, Paris, 25 juin 2018, LawLex201800000775JBJ ; 14 juin 2018, LawLex201800000958JBJ ; 15 sept. 2015, LawLex201500001824JBJ), même si des dispositions impératives constitutives de lois de police, comme celles de l'article L. 442-1, II, du Code de commerce seraient applicables au fond du litige. La solution est parfaitement conforme aux principes dégagés par la Cour de cassation en matière d'opposabilité d'une clause attributive de juridiction en présence de dispositions impératives applicables au fond du litige, en matière internationale (Cass. 1re civ, 22 oct. 2008, LawLex200800001850JBJ ; 18 janv. 2017, LawLex201700000148JBJ ; Cass. com., 24 nov. 2015, LawLex201500001618JBJ ; v. aussi Paris, 23 févr. 2016, LawLex201600000448JBJ ; Aix-en-Provence, 15 juin 2011, LawLex201100001342JBJ).

ABUS DE DÉPENDANCE

Tribunal de commerce de Marseille

8 novembre 2022

LawLex202200009656JBJ

10 novembre 2022

LawLex202200009790JBJ



L'Autorité de la concurrence inflige une amende de 60 000 euro à une organisation professionnelle pour des pratiques de prix imposés ayant conduit à un contrôle de la production et des débouchés.

Le 16 novembre 2022, l'Autorité de la concurrence (AdlC) a, pour la première fois depuis l'adoption de la directive ECN+, qui a relevé le plafond de l'amende encourue à 10 % de la somme des chiffres d'affaires de ses membres pour les associations d'entreprises (art. L. 464-2 C. com.), condamné une association professionnelle – l'Association réunionnaise interprofessionnelle de la pêche et de l'aquaculture (l'ARIPA) – dans le cadre d'une procédure de transaction.

En l'espèce, l'Autorité reproche à l'ARIPA d'avoir élaboré des grilles d'orientation de prix, qu'elle a imposées par diverses mesures contraignantes à ses membres. Eu égard à la pratique décisionnelle constante selon laquelle la fixation d'un prix ou d'un barème, même simplement indicatif ou recommandé, affecte le jeu de la concurrence (V. not. AdlC, 22 juill. 2021, 21-D-20, LawLex202100004687JBJ ; 17 sept. 2020, 20-D-12, LawLex202000003000JBJ), l'AdlC considère que ces grilles d'orientation décidées en commun lors des comités de gestion de l'ARIPA et adressées aux membres des familles professionnelles, par leur caractère impératif et les contrôles menés pour s'assurer de leur respect, ont

pour objet de restreindre la concurrence au sens de l'article L. 420-1 du Code de commerce. Ces mesures, qui avaient pour objet de structurer ou réguler le marché, ont non seulement supprimé la libre détermination des prix des produits, mais aussi constitué un outil de contrôle de leur production et de leurs débouchés. Elles contreviennent, selon l'AdlC, par leur objet et leur effet, aux dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce. L'Autorité écarte, en revanche, l'application du droit européen dans la mesure où les pratiques se déroulent sur un marché géographiquement limité à un territoire local et ultramarin qui ne concerne qu'une part infime du marché national.

L'Autorité précise, par ailleurs, la notion d'association d'entreprises susceptible d'être sanctionnée à hauteur de 10 % du chiffre d'affaires de ses membres. L'ARIPA, association interprofessionnelle, constitue une telle association car elle regroupe, en tant qu'entité composée d'associations et de syndicats professionnels, des opérateurs de la chaîne de valeur et de la vente du produit concerné, dont les activités se caractérisent par une mise en relation d'une offre et d'une demande portant sur ce produit et donnent lieu à

des transactions à titre onéreux. L'ARIPA, en tant qu'entité normative, fixe ainsi les règles de production et de commercialisation au nom d'un projet interprofessionnel auquel chaque adhérent est réputé consentir du fait de son adhésion.

Ces pratiques, mises en œuvre durant 11 ans et 1 mois, revêtent une particulière gravité dès lors que l'ARIPA a élaboré et participé à une entente unique, complexe et continue, visant à manipuler un paramètre essentiel du jeu de la concurrence, le prix. L'ARIPA, qui n'a pas contesté les faits reprochés, a accepté de conclure une transaction avec la rapporteure générale adjointe. Si l'infliction d'une amende de 60 000 euro, en adéquation avec l'étendue limitée du marché géographique concerné, peut paraître négligeable, il n'en reste pas moins que cette décision revêt une portée pratique importante pour l'application de la directive ECN+.

ENTENTES

Autorité de la concurrence

16 novembre 2022

LawLex202200009868JBJ





La Cour d'appel de Paris n'estime pas dévalorisantes les conditions de revente de chaussures de sport, couvertes par un accord de distribution sélective, par une enseigne discount.

Le 19 octobre 2022, la Cour d'appel de Paris s'est prononcée dans une affaire relative aux conditions de revente de produits couverts par la distribution sélective dans une enseigne *discount*. La tête d'un réseau d'articles de sport et de loisirs reproche à l'enseigne d'avoir vendu ses produits dans le cadre d'une opération promotionnelle à l'occasion de laquelle elle aurait commis des fautes de concurrence déloyale, consistant, notamment, à commercialiser ses produits aux côtés de produits incompatibles avec son image de marque, et d'avoir de ce fait porté atteinte à sa notoriété.

En premier lieu, la Cour d'appel de Paris estime que la tête de réseau échoue à établir que les conditions de vente de ses produits de marque par un distributeur *discount* sur des supports publicitaires de médiocre qualité, dans le cadre d'une opération foire aux vins, à côté de produits alcooliques ou de produits bas de gamme, ont nui à son image de performance sportive et porté atteinte à sa notoriété aux yeux du consommateur. En effet, elle relève que la vente de produits de sa marque est couramment proposée dans les catalogues publicitaires d'autres enseignes, ses produits étant présentés en regard de produits de grande consommation. En outre, elle souligne que la marque a elle-même déjà organisé la promotion de ses produits en partenariat avec d'autres marques, y

compris de boissons alcoolisées ou de sodas à faible valeur nutritionnelle.

Par ailleurs, la tête de réseau reproche au *discount* d'avoir utilisé des supports papier de présentation de ses produits de qualité très inférieure à ceux qu'elle utilise. La Cour d'appel de Paris considère que bien que la tête de réseau soit engagée dans une lutte contre les supports de promotion tels que, notamment, les catalogues, en vue de la promotion de la vente de produits de sport, il n'en demeure pas moins que ce mode de communication est fréquemment utilisé par les annonceurs pour promouvoir la vente de cette catégorie de produits par la grande distribution. Elle en conclut que la tête de réseau échoue à démontrer en quoi les supports de communication utilisés par le distributeur *discount* porteraient atteinte à sa réputation, alors même que ses produits ont été présentés à côté de produits de même renommée.

En second lieu, les juges d'appel estiment que la présentation de chaussures de sport de marque sur des racks ou à même le sol, ou dans leurs boîtes, dans l'allée centrale d'un supermarché, à l'occasion d'une opération publicitaire isolée, n'est pas dévalorisante dès lors que la tête de réseau autorise ses revendeurs agréés à utiliser ce type de présentation au cours de périodes promotionnelles. La présentation de chaussures de sport de marque

à proximité immédiate de ballerines et de bottines de faible prix ne l'était pas davantage, puisqu'il ne s'agissait pas nécessairement de produits bas de gamme et que des produits de marque de notoriété équivalente à ceux de la tête de réseau, quoique de nature différente, étaient également proposés à leurs côtés.

Défaite sur le terrain de la concurrence déloyale, la tête de réseau a été plus heureuse sur celui des pratiques commerciales déloyales. En effet, les juges d'appel lui donnent raison en estimant que le fait, pour le *discount*, d'avoir présenté sous le terme générique de « basket », à l'aide du slogan « 3, 2, 1 SPORTEZ ! » sous une piste de course à pied, des chaussures de la marque, destinées à la pratique de différents sports selon des degrés d'intensité variables et revêtant en tant que telles une certaine technicité, constituait une pratique commerciale trompeuse. Selon les juges, le consommateur pouvait en inférer qu'elles étaient recommandées pour la pratique de l'athlétisme alors qu'il s'agissait de simples chaussures de loisir.

DISTRIBUTION SÉLECTIVE

Cour d'appel de Paris

19 octobre 2022

LawLex202200009084JBJ



Revirement de jurisprudence : un mandant ne peut plus invoquer la faute grave de l'agent découverte après la rupture pour le priver du bénéfice de l'indemnité compensatrice.

Dans la présente affaire, un mandant reprochait à son agent d'avoir exercé une activité de représentation au profit d'un concurrent en parallèle de son mandat. L'agent rétorquait que cette activité était connue depuis de longues années de son mandant. Toutefois, plusieurs années après le début de leurs relations, le mandant avait amendé le contrat pour interdire à l'agent de représenter une entreprise concurrente. Pour la Chambre commerciale de la Cour de cassation, l'insertion d'une telle clause avait eu pour effet de remettre en cause la tolérance dont le mandant avait pu faire preuve par le passé. Dès lors, la poursuite de son activité pour le compte du concurrent, après la modification du contrat, constituait une faute grave de l'agent.

Au stade de la caractérisation de la faute, la solution demeure classique, dès lors qu'il est établi de longue date que l'agent commercial qui représente un concurrent de ses engagements contractuels, commet une faute grave justifiant une rupture immédiate des relations (Cass. com., 11 déc. 2001, LawLex200200004864JBJ ; 7 oct. 2008, LawLex200800001825JBJ ; 6 sept. 2016, LawLex201600001416JBJ).

L'apport de l'arrêt se situe ailleurs. La Haute juridiction a en effet considéré que le manquement grave, commis par l'agent commercial antérieurement à la

rupture du contrat, ne pouvait le priver de son droit à indemnité compensatrice, dès lors qu'il n'avait pas été mentionné dans la lettre de résiliation, ayant été découvert postérieurement à celle-ci par le mandant. Cette solution tranche avec la ligne jurisprudentielle classique, selon laquelle la circonstance que les faits reprochés par le mandant aient été découverts postérieurement à la résiliation du contrat d'agence n'empêche pas ce dernier de s'en prévaloir, pour autant qu'ils aient été commis au cours de l'exécution du contrat (Cass. com., 1er juin 2010, LawLex201000000678JBJ ; 24 nov. 2015, LawLex201500001634JBJ ; 19 juin 2019, LawLex201900000836JBJ ; Paris, 30 juin 2022, LawLex202200006364JBJ).

Pour justifier ce revirement, la Haute juridiction expose avoir tiré les conséquences juridiques dans l'ordre interne de l'arrêt *Volvo* rendu le 28 octobre 2010 par la Cour de justice (LawLex201000001196JBJ), dans lequel le juge de l'Union avait retenu qu'un agent commercial ne pouvait être privé de son droit à indemnité pour un manquement établi par le mandant postérieurement à la notification de la résiliation du contrat moyennant préavis. La nécessité d'alignement du droit français a été renforcée par un arrêt ultérieur de la Cour aux termes duquel toute interprétation de l'article 17 de la directive, rela-

tif au droit à l'indemnité compensatrice, qui pourrait s'avérer être au détriment de l'agent commercial, est exclue (CJUE, 19 avr. 2018, LawLex201800000603JBJ). L'étau se resserant de plus en plus autour de la Cour de cassation, celle-ci n'a eu d'autre choix que de s'incliner et de faire application du principe de primauté du droit de l'Union.

En excluant la prise en considération de tout motif de rupture autre que celui énoncé dans la lettre de résiliation, la solution rapproche le statut de l'agent commercial de celui du salarié, et contribue à le rendre encore moins attractif. Elle impose au mandant de surveiller attentivement l'activité de son agent et de documenter scrupuleusement tout manquement à ses obligations contractuelles, afin de pouvoir l'invoquer, le cas échéant, dans la lettre de rupture et se dispenser de lui verser une indemnité compensatrice. La demande d'établissement de rapports d'activité, ou un renforcement de leur périodicité, sont dès lors vivement recommandés.

AGENT COMMERCIAL

Cour de cassation

Chambre commerciale

16 novembre 2022

LawLex202200009995JBJ





Projet de révision de la Communication sur la définition des marchés pertinents : des avancées bienvenues mais une sécurité juridique encore insuffisante et un risque de sur-réglementation.

La Commission a lancé une consultation publique et invite les parties intéressées à lui présenter, avant le 13 janvier 2023, leurs observations sur le projet de communication révisée sur la définition du marché (Comm. UE, IP/22/6528, 8 nov. 2022). Le processus de révision a débuté en avril 2020 et le projet soumis à consultation constitue l'une des dernières étapes en vue de moderniser le texte actuel, qui date de 1997. On ne peut que se féliciter de cette volonté de mise à jour 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.

Le projet comprend effectivement de nombreux éléments d'analyse permettant de mieux appréhender la concurrence du digital. Il consacre notamment la notion de concurrence asymétrique (pt 15 du projet), déjà utilisée par plusieurs ANC : le digital concurrence fortement certaines activités classiques (commerce en ligne vs commerce physique ; publicité en ligne vs publicité hors ligne des médias traditionnels) même si l'inverse ne se vérifie pas nécessairement ou pas au même degré.

De même, la prise en considération des effets de transition dans la structure de marché est tout à fait opportune compte tenu de la révolution numérique qui s'est déployée depuis la communication de 1997 (pt 16). Le prix ne constitue plus le seul paramètre : la qualité et l'innovation doivent également être intégrés à l'analyse dans un contexte de produits à prix monétaire nul (pt 32 du projet). Plus innovant encore, alors que la communication de 1997 adoptait une approche très formaliste où la délimitation préalable des marchés constituait l'alpha et l'oméga de l'analyse, le projet rompt en partie avec cette philosophie pour inclure les contraintes externes provenant de tiers au marché et privilégie une approche par les effets pour l'analyse des marchés de produits dits « différenciés ». Malheureusement il n'apporte pas de sécurité juridique suffisante aux entreprises et contient en germe un risque de sur-réglementation.

I. Une sécurité juridique insuffisante

1. Un défaut de précision qui rend l'auto-évaluation difficile.

La Commission rappelle sa pratique habituelle consistant, lorsque

la définition du marché est laissée en suspens, à étudier toutes les définitions possibles, ce qui conduit en pratique à étudier de nombreux marchés hypothétiques extrêmement étroits. Une telle démarche alourdit considérablement l'instruction des dossiers de notification.

2. Une boîte à outils très large pour la Commission mais sans sécurité juridique pour les entreprises.

Le texte offre beaucoup de marge de manœuvre à la Commission, sans assortir ces options de conditions d'application suffisamment strictes pour guider les entreprises et garantir leurs droits. Il affirme ainsi tout à tour que le résultat de la définition du marché vaut à la fois pour le contrôle des concentrations et les pratiques anticoncurrentielles (pt 11) mais la note de bas de page 20 contredit immédiatement ce principe en indiquant que dans certains cas il peut en aller différemment, sans expliquer lesquels. Les trois possibilités de définition du marché de l'après-vente sont développées (pts 100 à 102), mais avec une marge de manœuvre trop importante quant aux conditions permettant la classification dans telle ou telle catégorie : certains marchés de l'après-vente seront encore analysés par marque alors que le multimarquisme s'est imposé.

3. Une prise en considération trop privilégiée du passé 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), qui sont souvent anciennes et obsolètes, ce qui 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, puis de confronter 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 pas tenue par ses précédents (pt 11), alors que l'entreprise qui s'est fondée sur eux ne bénéficie d'aucun droit à une confiance légitime (note 21) ou au moins à une immunité ou réduction d'amende.

II. Un risque de sur-réglementation

4. La pratique décisionnelle ac-

tuelle sur-réglemente déjà les entreprises européennes dans tous les domaines.

En contrôle des concentrations, les seuils actuels sont toujours trop bas et soumettent à contrôle des opérations qui ne devraient pas l'être et dont elles retardent considérablement la mise en œuvre. Ils ne constituent même plus un garde-fou étanche compte tenu de la faculté de contrôle en-dessous des seuils de l'article 22 du règlement 139/2004, illustrée par l'affaire Illumina-Grail et les velléités de restauration du contrôle des concentrations non contrôlables par le droit des abus de position dominante (cf. concl. Av. gén. Kokott, 13 oct. 2022, aff. C-449/21). Le fait que la quasi-totalité des opérations soient autorisées en phase 1 sans engagements devrait amener à reconsidérer l'ampleur du contrôle. De façon générale, les définitions de marché adoptées sont souvent excessivement étroites et la concurrence de l'internet n'a été prise en considération que très tardivement et partiellement. Les entreprises européennes sont défavorisées par cette approche par rapport à leurs concurrents américains et asiatiques ou aux fonds d'investissement qui ne sont généralement pas entravés par cette hyper-réglementation lorsqu'ils prennent le contrôle d'entreprises européennes.

5. Le projet de communication peut conduire à adopter des définitions de marché ne correspondant pas à la réalité économique.

La substituabilité du côté de l'offre est toujours considérée de façon très accessoire (pt 25), sans explication suffisante. La prise en considération des effets de transition (pt 16), qui est bienvenue, est soumise à un standard de preuve trop élevé qui rend cette notion difficilement applicable en pratique. La supériorité des tests quantitatifs, notamment le test SSNIP, sur les modes de preuve qualitatifs très subjectifs (telles que les demandes d'informations faites au secteur), n'est toujours pas reconnue, ce qui risque de faire prévaloir des définitions de marché imparfaites. L'application du test SSNIP est même reléguée au dernier rang des preuves pertinentes après les preuves de substituabilité hypothétique ou « les points de vue de secteur » (pt 59) dont on sait pourtant qu'ils sont très peu objectifs et trop souvent biaisés.