

VII.2. Vous pouvez, si vous le souhaitez, joindre un document concis, par exemple un document de synthèse, détaillant votre avis ou comprenant des informations et des données complémentaires. Veuillez noter que le document que vous chargerez sera publié en même temps que vos réponses au questionnaire, qui constituent la contribution essentielle à cette consultation publique. Ce document est facultatif et servira de référence complémentaire pour mieux comprendre votre point de vue.

L'APDC souhaite justifier les réponses faites au questionnaire s'agissant de la pertinence (I), de l'efficacité (II) et de la cohérence (III) de la Communication.

Elle annexe également à la présente la liste récapitulative des propositions qu'elle fait dans ses réponses au questionnaire (**annexe 1**), ainsi que sa réponse du 15 mai 2020 à la préconsultation de la Commission (**annexe 2**).

I. Pertinence (les objectifs de la Communication sont-ils toujours en adéquation avec les besoins ou les problèmes actuels ?)

La question de la pertinence des objectifs poursuivis par la Communication, à savoir fournir des « orientations correctes, complètes et claires » sur la définition du marché dans le cadre des appréciations au titre du droit communautaire de la concurrence, n'est pas remise en cause. Ce qui interroge, c'est de savoir si, aujourd'hui, et au regard des évolutions survenues depuis 1997, la Communication et la pratique décisionnelle de la Commission qu'elle doit guider permettent toujours de les assurer.

Pour assurer des « orientations complètes et claires » :

- **la Communication devrait préciser le rôle distinct que joue la délimitation du marché dans l'antitrust et dans le contrôle des concentrations et les différences qui peuvent en résulter.**

La délimitation du marché pertinent y joue en effet un rôle différent.

Dans le contrôle des concentrations (procédure d'autorisation tournée vers le futur, dans laquelle les parties ont la charge de la preuve), la délimitation du marché pertinent joue en pratique un rôle de filtre, « simple à l'usage » et économe en ressources à mobiliser, entre les opérations pouvant être problématiques et celles, *prima facie*, qui ne posent pas de difficultés. Une fois le marché pertinent délimité et les parts de marché des parties établies sur ce marché, il est possible de déterminer si une analyse poussée sur les marchés « affectés » doit être effectuée (i.e. parts de marché cumulées de 20% ou plus dans les concentrations horizontales et part de marché individuelle d'une des parties de 30% ou plus dans les concentrations verticales et conglomerales), le cas échéant en analysant des éléments non examinés au stade de la délimitation du marché pertinent (telle que la concurrence potentielle). L'enjeu, au stade de cette délimitation, est *in fine* de filtrer les opérations potentiellement problématiques des autres.

En matière d'abus de position dominante (procédure d'infraction tournée vers le passé, dans laquelle les services d'instruction ont la charge de la preuve), il s'agit d'une première étape, clef, de la qualification de l'infraction, qui nécessite, dès le départ, la mobilisation de ressources importantes incluant tous les éléments de l'analyse (outre l'analyse du côté de la demande, substituabilité du côté de l'offre, concurrence potentielle, barrières à l'entrée etc.) pour déterminer, sur cette base, l'existence ou non d'une position dominante. Le même constat peut être fait en matière d'ententes par effets (voire, pour les ententes par objet, dans la détermination de la sanction, l'appréciation des effets pour déterminer la gravité de l'infraction supposant une délimitation précise du marché pertinent).

- En matière de contrôle des concentrations, la Commission devrait :
 - o **limiter sa pratique visant à laisser la délimitation des marchés ouverte**. *In fine*, les parties à la concentration doivent en effet effectuer l'analyse de parts de marché (afin de déterminer l'existence ou non de marchés « affectés »), sur autant de segmentations matérielles et géographiques de marché que de segmentations envisagées et non tranchées par la Commission dans sa pratique décisionnelle, ce qui conduit à un manque de clarté de celle-ci et à mobiliser des moyens importants sans que leur nécessité ne soit établie ;
 - o **intégrer dans ses décisions simplifiées son analyse du marché pertinent (sans intégrer celle de l'analyse concurrentielle subséquente)**. Trop souvent, la Commission rend des décisions simplifiées, dans lesquelles par définition, les parties auront délimité les marchés et la Commission se sera positionnée sur ces délimitations, sans pour autant qu'elles ne figurent dans la décision. Il en ressort une orientation moins complète et claire de la Commission sur la délimitation des marchés. Cette absence d'orientations claires est particulièrement problématique en matière d'abus de position dominante où les entreprises peuvent manquer d'un socle clair (le marché précis sur lequel elles agissent au sens du droit de la concurrence, même défini à l'occasion de décisions de contrôle des concentrations, beaucoup plus nombreuses que celles rendues en matière d'abus de position dominante) pour adapter leurs comportements.
- **la Communication, par définition figée (la dernière n'a pas été modifiée depuis 23 ans), devrait être accompagnée d'une base de données, régulièrement actualisée, des délimitations de marchés pertinents**.

Pour assurer des « *orientations correctes* »,

- en matière de pratiques anticoncurrentielles, la Communication devrait préciser **le degré de la charge de la preuve** qui pèse sur les services d'instruction dans la démonstration de leur délimitation du marché pertinent, afin de permettre aux juridictions d'exercer leur contrôle sur cette délimitation.
- la Commission pourrait assurer que l'objectif de fournir des orientations exemptes de critiques quant à leur objectivité, soit rempli **en organisant une séparation en son sein entre les case-handlers chargés de délimiter les marchés et ceux qui traitent ensuite de la position dominante, de l'abus, des effets de l'opération etc.** Et ce, afin d'éviter le reproche que le marché pertinent soit *in fine* délimité en fonction de la part de marché qui peut en résulter, à l'instar de ce que les professeurs Nicolas Petit & Thibault Schrepel proposent dans leur feedback à la roadmap.

II. Efficacité (la Communication répond-elle à ses objectifs ?)

II.1. La Communication à la lumière de son objectif de fournir des orientations correctes, complètes et claires

Dans son discours du 9 novembre 2019 annonçant la révision de la Communication, le Commissaire Margrethe Vestager a résumé en une phrase l'ambition de la Commission : « *nous voulons nous assurer que les orientations données sont correctes et actualisées, et que [la Communication] définit une approche claire et cohérente applicable tant aux pratiques anticoncurrentielles qu'aux concentrations, dans différents secteurs d'activités, et ce de manière accessible* »¹.

La démarche de la Commission ne vise donc pas à utiliser la révision de la Communication pour refonder le droit européen de la concurrence (comme certains ont pu l'appeler de leurs vœux²), mais seulement à actualiser la Communication notamment au regard des plus récentes jurisprudences de la CJUE et décisions de la Commission.

C'est dans ce cadre que la Commission interroge notamment les répondants sur l'efficacité de la Communication, c'est-à-dire sur la « *mesure dans laquelle la Communication remplit son objectif de fournir des orientations correctes, complètes et claires sur la définition des marchés par l'UE* »³.

De façon générale, la Communication répond à ces trois objectifs, en proposant une présentation relativement claire, correcte et complète de la notion de marché pertinent.

Il convient cependant d'améliorer la praticité de la Communication en adoptant un cadre d'analyse adaptable à toute situation ainsi qu'une présentation plus pédagogique. Vingt-trois ans après sa publication, la Communication doit également être actualisée et complétée afin d'être rendue plus efficace.

1. Actualiser la communication pour qu'elle remplisse davantage son objectif de fournir des orientations « correctes »

1.1. Adapter le cadre général d'analyse aux particularités de certains marchés

La Communication présente un cadre général de détermination du marché pertinent mais ne reflète pas toujours de manière adéquate la jurisprudence ou la pratique décisionnelle relative aux particularités propres à certains marchés, pour lesquels ce cadre général doit être adapté.

¹ M. Vestager, *Defining markets in a new age*, Chillin' Competition Conference, Brussels, 9 décembre 2019, https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/defining-markets-new-age_en, traduction par nos soins.

² Lettre conjointe de MM. Peter Altmaier, Jadwiga Emilewicz, Bruno Le Maire et Stefano Patuanelli au Commissaire Margrethe Vestager en date du 4 février 2020.

³ Questionnaire public aux fins de l'évaluation 2020 de la communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence. Le questionnaire de la Commission précise qu'une orientation est :

- « correcte » si elle reflète de manière adéquate la jurisprudence de l'Union européenne, les bonnes pratiques appliquées par la Commission et d'autres autorités de concurrence, ainsi que les principaux résultats de recherches universitaires de qualité ;
- « complète » si elle est matériellement exhaustive et résume tous les grands principes applicables à la définition des marchés ainsi que les principaux critères spécifiques applicables aux types d'affaires les plus importants ; et
- « claire » si elle est facile à comprendre et à suivre.

Il en va ainsi par exemple des marchés dits groupés, ou des marchés qui se caractérisent par la présence de produits complémentaires, ou encore des marchés au sein desquels la concurrence ne s'exerce entre les offreurs qu'à l'occasion d'appels d'offres.

(i) Le cas des marchés groupés ou des produits complémentaires

La Communication indique de façon générale qu': « *un marché de produits en cause comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés* »⁴.

Une telle définition n'englobe pas le cas de produits complémentaires ou formant un continuum de produits, ou encore le cas des marchés dits groupés, pour lesquels l'offre et la demande portent sur un lot de biens ou de services⁵.

La Communication consacre certes quelques développements aux cas particuliers des chaînes de substitution (par. 57 et 58), mais elle ne fait pas ressortir de critères permettant d'apprécier plus largement dans quelle mesure des produits imparfaitement substituables mais complémentaires peuvent être appréhendés au sein d'un même marché pertinent ou constituer à l'inverse deux marchés présentant des interactions fortes (à l'instar des marchés de produits primaires et secondaires).

A titre d'exemple, la pratique décisionnelle de la Commission en matière de pièces de rechange automobiles, qui retient alternativement selon les cas soit une délimitation du marché pièce par pièce soit l'existence d'un marché groupé⁶, illustre cette problématique.

Il pourrait donc être envisagé d'indiquer dans la Communication les modalités selon lesquelles des biens ou services complémentaires et imparfaitement substituables peuvent ou non être regroupés au sein d'un même marché pertinent.

Pour délimiter les biens ou services pouvant être regroupés au sein d'un même marché pertinent, la Communication pourrait indiquer qu'il convient d'analyser l'importance des incitations au regroupement de ces biens ou services (c'est-à-dire la réduction des coûts transactionnels pour le consommateur qui achète les biens concomitamment et, subsidiairement, les économies d'échelle réalisées par le producteur pour leur fabrication)⁷.

(ii) Le cas des marchés structurés par des appels d'offres

Le cadre général présenté dans la Communication ne semble pas non plus adapté aux marchés dans lesquels la concurrence s'exerce par le biais d'appels d'offres, en particulier en ce qu'une analyse figée des positions détenues par les opérateurs du marché à partir des ventes réalisées lors d'une année N peut ne pas refléter fidèlement le pouvoir de marché qu'ils détiennent réellement.

⁴ Par. 7 de la Communication.

⁵ OCDE, 13 octobre 2012, *Définition du marché pertinent*.

⁶ Comme l'ont relevé Paul le Coz et Julien Pellefigue, *Principes de délimitation de la frontière d'un « marché groupé »*, Concurrences n°1-2014.

⁷ OCDE, 13 octobre 2012, *Définition du marché pertinent* et Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit, *The Bundle The Market ?*, août 2007.

C'est exactement ce que relevait la Commission dès 1992, en constatant sur un marché d'appel d'offres « d'importantes fluctuations de la demande d'une année à l'autre. Par conséquent, les parts de marchés peuvent ne pas refléter précisément la situation concurrentielle, quand bien même plusieurs années sont prises en compte »⁸. Cette incertitude est d'ailleurs encore renforcée s'agissant de marchés où les appels d'offres sont plus espacés dans le temps et/ou portent sur l'attribution de parties significatives du marché pertinent⁹.

Dans ce cadre, la Commission est parfois amenée à retenir un marché pertinent comprenant uniquement le marché résultant de l'appel d'offres, et parfois plusieurs appels d'offres.¹⁰

A titre d'exemple, dans sa décision *General Electric / Alstom*¹¹, la Commission a développé un cadre d'analyse particulièrement détaillé pour l'analyse concurrentielle des marchés d'appel d'offres, en tenant compte des appels d'offres obtenus par chaque partie par rapport à ceux auxquels elles avaient soumissionné, ainsi que l'identité de l'entreprise arrivée deuxième au terme de l'appel d'offres.

Toutes ces spécificités pourraient figurer dans la Communication, afin d'adapter le cadre général d'analyse aux particularités propres à certains marchés.

1.2. Préciser les critères de délimitation du marché géographique

Le Commissaire Margrethe Vestager a consacré une partie significative de son discours précité aux évolutions envisageables de la notion de marché géographique pertinent. A ce sujet, le Commissaire a précisé que la Commission ne reviendrait pas sur son approche casuistique de la détermination du marché géographique et qu'elle n'avait pas vocation à identifier de façon plus systématique l'existence de marchés de dimension mondiale du seul fait du développement des échanges internationaux.

Si nous partageons la position du Commissaire sur la nécessité de retenir une approche casuistique, il convient toutefois de rappeler que la Communication vise à assurer une transparence par laquelle « les entreprises et leurs conseillers seront davantage en mesure de prévoir la possibilité que la Commission puisse conclure qu'une opération déterminée pose des problèmes sous l'angle de la concurrence et pourront, dès lors, en tenir compte dans leur processus de décision interne lorsqu'ils projettent, par exemple, une acquisition, la création d'une entreprise commune ou la conclusion de certains accords »¹².

Or force est de constater que, dans plusieurs affaires récentes¹³, les entreprises concernées ont notifié leur opération de concentration en envisageant qu'une délimitation mondiale du marché serait retenue. A l'inverse, la détermination d'un marché géographique plus restreint par la Commission a finalement conduit à l'interdiction de ces opérations.

⁸ Commission européenne, 26 mai 1992, *ABB / BREL*, M.221.

⁹ A l'inverse, pour des marchés caractérisés par des procédures d'appel d'offres fréquentes et/ou de faible valeur, la Commission n'applique généralement pas un cadre d'analyse spécifique (à titre d'exemple Commission européenne, 13 juillet 2005, *Siemens / VA Tech*, M.3653 et Commission européenne, 2 septembre 2003, *GE / Instrumentarium*, M.3083).

¹⁰ Daniel Coublucq, 14 mars 2016, *Closeness of Competition and the role of bidding data*.

¹¹ Commission européenne, 8 septembre 2015, *General Electric / Alstom*, M.7278, ainsi que Commission européenne, 29 juin 2015, *Siemens / Dresserand*, M.7429 et Commission européenne, 6 février 2019, *Siemens / Alstom*, M.8677.

¹² Par. 5 de la Communication.

¹³ Commission européenne, 11 juin 2019, *Tata Steel / Thyssenkrupp*, M.8713 et Commission européenne, 6 février 2019, *Siemens / Alstom*, M.8677.

Dans ce contexte, **il convient de s'assurer de la prévisibilité des orientations présentées dans la Communication, notamment s'agissant des conditions dans lesquelles la Commission est susceptible de retenir l'existence d'un marché de dimension mondiale.**

A cet égard, la Communication pourrait, comme le recommandent Amelia Fletcher et Bruce Lyons¹⁴, définir de manière plus précise les modalités de prise en compte des coûts de transport dans la détermination du marché géographique pertinent¹⁵.

Outre le cas des marchés de dimension mondiale, la Communication n'aborde pas non plus la question de la délimitation géographique des marchés locaux.

D'ailleurs, comme le constate Amelia Fletcher et Bruce Lyons, on peut s'étonner que la pratique décisionnelle de la Commission ne retienne que rarement l'existence de marché de dimension locale¹⁶.

Il apparaît donc nécessaire de définir dans la Communication un cadre d'analyse pour la délimitation des marchés locaux.

Il peut être constaté à ce sujet que la pratique décisionnelle de la Commission et des autorités nationales de concurrence de l'UE montre une grande diversité de méthodes, qui, hors quelques exceptions¹⁷, peuvent être regroupées comme suit :

- les méthodes fondées sur la prise en compte du temps ou de la distance à parcourir pour relier l'acheteur et le vendeur (par le recours à des cercles centrés sur le point de vente¹⁸ ou à des zones isochrones¹⁹) ; ou
- les méthodes dites d'empreintes réelles (c'est-à-dire la délimitation d'une zone géographique en fonction de l'emplacement géographique de la clientèle - 80% du chiffre d'affaires du point de vente²⁰ ou 80%²¹ voire la totalité²² de la clientèle du point de vente).

La Communication pourrait donc définir un cadre d'analyse unique, qui aurait vocation à uniformiser les pratiques au sein de l'Union européenne.

¹⁴ Amelia Fletcher and Bruce Lyons, *Geographic Market Definition in European Commission Merger Control*, Janvier 2016 et OCDE, *Defining geographic markets across national borders*, 30 septembre 2016.

¹⁵ Par. 31 de la Communication.

¹⁶ A l'exception notable des marchés de la vente de béton (à titre d'exemple, Commission européenne, 15 décembre 2014, *Holcim / Lafarge*, M.7252 et Commission européenne, 24 avril 2015, *CHR / Holcim Lafarge Divestment Business*, M.7550).

¹⁷ Parmi lesquelles il convient de relever : Commission européenne, 23 mars 2016, *Statoil Fuel and Retail / Dansk Fuels*, M.7603 et CMA, 26 octobre 2016, *Ladbroke plc / Gala Coral Group Limited*.

¹⁸ A titre d'exemple, Autorité belge de la concurrence, 15 mars 2016, *Ahold / Delhaize*, 16-CC-10.

¹⁹ A titre d'exemple, Autorité belge de la concurrence, 15 mars 2016, *Ahold / Delhaize*, 16-CC-10.

²⁰ A titre d'exemple, Autorité belge de la concurrence, 15 mars 2016, *Ahold / Delhaize*, 16-CC-10.

²¹ A titre d'exemple, Commission européenne, 22 octobre 2015, *Koninklijke Ahold / Delhaize Group*, M.7702, Autorité de la concurrence, 23 mars 2012, décision n°12-DCC-41 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Brossette par la société Point P, Autorité belge de la concurrence, 25 mars 2016, *Kinopolis / Utopolis*, 16-IO-12.

²² A titre d'exemple, Autorité de la concurrence, 15 mai 2015, Décision n° 15-DCC-53 relative à la prise de contrôle exclusive de la société Totalgaz SAS par la société UGI Bordeaux Holding SAS.

1.3. Envisager une dimension temporelle du marché pertinent

La Communication n'aborde pas non plus la question des marchés soumis à des variations cycliques, tels que les marchés saisonniers ni les marchés caractérisés par une très grande volatilité des positions des opérateurs, tels que les marchés de l'innovation.

Pourtant, comme le relèvent Anzhelika Gerasymenko et Svitlana Afendikova²³, la demande ainsi que l'élasticité prix d'un produit innovant tel qu'un smartphone varient très fortement en quelques mois après son introduction sur le marché.

Comme le souligne l'Office of Fair Trading²⁴, la délimitation temporelle des marchés apparaît particulièrement nécessaire dans les marchés où :

- les produits ne sont pas réellement substituables dans le temps pour les consommateurs. C'est le cas par exemple de la vente d'énergie aux consommateurs en période pleine et en période creuse ;
- les produits ne sont pas substituables dans le temps pour les fournisseurs. C'est le cas notamment des producteurs qui ne sont pas en mesure de proposer leurs produits à la vente toute l'année.

La Communication n'évoque pas non plus les marchés en déclin ou en croissance, pour lesquels le cadre général défini par la Communication (notamment s'agissant de la détermination des parts de marché) ne paraît pas toujours adapté.

En présence d'un marché en pleine croissance, une analyse non prospective des positions d'un opérateur peut ainsi conduire à surévaluer son poids réel sur le marché pertinent, et ce d'autant que la nature de la demande ou les caractéristiques des produits offerts sur le marché peuvent évoluer très rapidement.

A titre d'exemple, la pratique décisionnelle de la Commission dans des affaires telles que *HP / Compaq*²⁵ ou *Microsoft / Skype*²⁶ se révèle particulièrement en décalage avec le cadre général défini dans la Communication.

La délimitation temporelle du marché pertinent pourrait donc faire l'objet d'une partie spécifique dans la nouvelle version de la Communication. Il conviendrait notamment d'y décrire les spécificités propres aux marchés cycliques ou aux marchés en déclin ou en croissance.

2. La nécessité de préciser certains points de la Communication pour qu'elle remplisse davantage son objectif de fournir des orientations « complètes »

2.1. Mentionner le rôle et l'importance de la pratique décisionnelle antérieure

La Communication ne fait pas référence à la pratique décisionnelle antérieure qui constitue pourtant le point de départ de l'analyse des marchés pertinents.

²³ Anzhelika Gerasymenko et Svitlana Afendikova, *The relevant temporal market definition in antitrust analysis*, in *Baltic Journal of Economic Studies*, 2018.

²⁴ Analyse de l'OFT de 2004 « *Market definition* ».

²⁵ Commission européenne, 31 janvier 2002, *HP / Compaq*, M.2609.

²⁶ Commission européenne, 7 octobre 2011, *Microsoft / Skype*, M.6281 (confirmée par TUE, 11 décembre 2013, *Cisco Systems Inc. et Messagenet SpA c. Commission européenne*, T-79/12).

Dans ses publications, la Commission souligne plutôt la nécessité de procéder une nouvelle analyse des marchés pertinents pour chaque affaire. Elle a, par exemple, expliqué dans un article du *Competition Policy Brief*²⁷ que dans la mesure où la définition des marchés se fonde sur la réalité économique, elle examine, dans chaque affaire, avec un œil neuf, les marchés pertinents sur la base des informations les plus à jour telles que les données de vente ou les statistiques disponibles, et demande aux clients et fournisseurs leur vision la plus récente des marchés²⁸.

Dans les décisions de concentration les plus substantielles (en particulier les décisions de phase I avec engagements et de phase II), la Commission mène certes de très nombreuses analyses afin de définir les marchés pertinents de la façon la plus à jour possible. Les décisions peuvent d'ailleurs comprendre de longs développements sur ces points. Toutefois, même dans ces affaires, la pratique décisionnelle constitue généralement le point de départ de l'analyse, tant des parties que de la Commission.

Par la suite, les définitions de marché préalablement établies / envisagées sont largement utilisées tant par les parties notifiantes que par la Commission pour définir les marchés dans les opérations notifiées dans le même secteur d'activité.

L'importance de la pratique décisionnelle antérieure de la Commission ressort tout particulièrement dans le cas les plus simples où, en l'absence de marché affecté, la Commission ne conduit pas de test de marché.

De même, en l'absence de pratique décisionnelle de la Commission, il est courant de se référer à la pratique décisionnelle d'autres autorités de concurrence ou d'autorités de régulation qui peuvent apporter un éclairage utile. La Communication n'y fait pas référence.

Ainsi, compte tenu du poids de la pratique décisionnelle antérieure dans son analyse, la Communication devrait, tout particulièrement en contrôle des concentrations, préciser (i) que la pratique décisionnelle antérieure de la Commission constitue le point de départ de l'analyse de marchés pertinents et (ii) qu'elle entend se référer à la pratique décisionnelle des autorités nationales de concurrence ou même des autorités de régulation.

Toutefois, la Communication devrait également souligner les limites inhérentes à un tel exercice et rappeler qu'il convient de vérifier la pertinence de reprendre les définitions de marché précédemment adoptées²⁹. Tel est particulièrement le cas lorsque la Commission a rendu un grand nombre de décisions non problématiques dans un secteur d'activités et que ni les parties, ni la Commission, n'ont actualisé (ou remis en cause) la définition des marchés pertinents. Or les définitions envisagées peuvent ne plus être pertinentes au regard de l'évolution des marchés concernés. Dans un tel cas de figure, il appartient à la Commission de vérifier si les définitions de marchés précédemment retenues sont encore pertinentes.

²⁷Competition Policy Brief, "Market definition in a globalised world", mars 2015, https://ec.europa.eu/competition/publications/cpb/2015/002_en.pdf.

²⁸ Voir également en ce sens, discours de Joaquin Almunia, "Policy Objectives in Merger Control", 8 septembre 2011 : « *Often companies tell us that our market definitions are too narrow and that we should broaden them because of globalisation and of new competition from emerging markets. This is a fair point, because defining the markets affected by a merger which involves companies and competitors with operations in several regions of the world can be a very complex exercise. However, we try to respond to the challenge by **constantly adjusting our market definitions to changing market realities*** ».

²⁹ Voir par exemple en ce sens: discours de Carles Esteva Mosso "The Contribution of Merger Control to the Definition of Harm to Competition, GCLC Conference 2016 : "*In fact, **market definitions in merger decisions** should be also taken "with a grain of salt" **before they are "imported" into subsequent merger cases: our exercise of market definition is very much facts-driven and we stand ready to adapt our previous conclusions to the new prevailing circumstances, where markets have evolved, for instance by widening in scope***".

En ce sens, la Communication pourrait reprendre les principes exposés au point 521 des Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence :

« L'Autorité tient compte, dans son analyse, des décisions antérieures de contrôle des concentrations des autorités de concurrence européenne et nationales portant sur les marchés concernés ou, lorsqu'elle l'estime approprié, des délimitations de marchés pertinents développées dans les décisions portant sur des pratiques anticoncurrentielles et dans les avis des autorités nationales de régulation sectorielle. Toutefois, l'évolution des marchés peut rendre obsolète une délimitation antérieure, par exemple lorsque de nouveaux produits sont apparus ou lorsque les marchés se sont internationalisés, ou encore sous l'effet d'évolutions technologiques majeures. C'est pourquoi l'Autorité vérifie si les décisions et analyses antérieures restent pertinentes et peut être amenée à délimiter les marchés pertinents d'une manière différente ... »³⁰.

2.2. Prévoir que la Commission publiera de façon régulière l'ensemble des définitions de marché envisagées, à tout le moins dans les décisions simplifiées

Dans la mesure où la Commission rend de nombreuses décisions simplifiées, les parties ne disposent bien souvent pas d'informations sur les marchés retenus dans ces affaires.

Une telle opacité est problématique. En effet, non seulement elle est nature à alourdir la collecte des informations pour les parties (celles-ci ne disposant d'aucun précédent récent sur lequel s'appuyer) mais elle complique également l'examen d'une opération par les services de la Commission (ceux-ci devant potentiellement demander aux parties de fournir des informations sur d'autres segmentations déjà envisagées par le passé, mais dont les parties n'avaient pas connaissance).

Dans un souci de transparence et d'effectivité, la Commission pourrait, de façon par exemple trimestrielle ou semestrielle, publier la liste des marchés / segments envisagés dans les décisions simplifiées. Ainsi, les parties pourraient avoir connaissance de l'ensemble des définitions de marché envisagées par la Commission dans sa pratique décisionnelle.

Par ailleurs, s'il est compréhensible que la Commission cherche à réduire le nombre de cas dans lesquels elle doit trancher de façon définitive sur la délimitation pertinente, un juste équilibre doit être trouvé en la matière, en limitant la pratique des délimitations laissées ouvertes. En effet, dès lors que la Commission laisse très régulièrement ouverte la question de la délimitation précise des marchés, les parties sont contraintes de fournir de nombreuses données correspondant à tous les segments potentiellement envisageables. Dans de nombreux dossiers, cela conduit les parties à consacrer de nombreuses ressources pour fournir les données sur l'ensemble des segments envisagés alors même que l'opération examinée n'est pas susceptible de poser le moindre problème de concurrence.

2.3. Fournir des précisions supplémentaires sur la substituabilité du côté de l'offre

Selon la Communication, la substituabilité du côté de la demande est le « *facteur de discipline le plus immédiat et le plus efficace vis-à-vis des fournisseurs d'un produit donné* » tandis que les « *contraintes au niveau de la concurrence qui découlent de la substituabilité du côté de l'offre (...) sont, en règle générale moins immédiates* ». Ce faisant, la Commission tend à prendre en compte cet élément au stade de l'analyse concurrentielle plutôt que de la définition des marchés.

³⁰ Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence en date du 23 juillet 2020.

La substituabilité du côté de l'offre est prise en compte uniquement lorsque les fournisseurs peuvent « réorienter leur production vers les produits en cause et les commercialiser à court terme sans encourir aucun coût ni risque supplémentaire substantiel en réaction à des variations légères, mais permanentes, des prix relatifs »³¹.

Une telle approche est particulièrement restrictive et la Communication ne fournit pas d'éléments précis sur les notions de « court terme », de « coût » ou de « risque » supplémentaires.

Or une telle appréciation dépend nécessairement de l'industrie concernée.

Ainsi, la Communication devrait préciser que les notions de coûts et de délais doivent faire l'objet d'une analyse au cas par cas pour tenir compte des spécificités du secteur examiné et donner des éléments supplémentaires d'appréciation afin de permettre aux parties de mener l'analyse.

A titre d'exemple, dans des secteurs industriels nécessitant de lourds investissements capitalistiques, la notion de « coûts » doit nécessairement s'apprécier au regard des spécificités de ces secteurs. Dans de telles configurations, la question qui doit se poser n'est pas de savoir si un fournisseur peut, immédiatement et sans supporter de coûts substantiels, commencer à produire les produits concernés mais plutôt s'il pourra le faire dans le délai adéquat et à des coûts raisonnables au regard du secteur industriel concerné, afin de contrer toute possibilité pour les parties de porter atteinte au jeu de la concurrence.

2.4. Donner des précisions méthodologiques sur les tests économiques utilisés et le calcul des parts de marché

Comme l'a expliqué le Commissaire Margrethe Vestager dans son discours du 9 décembre 2019³², la Commission européenne a développé et amélioré les techniques utilisées pour définir les marchés et les éléments de preuve qu'elle utilise.

Or, si la Communication fournit des éléments généraux sur les tests économiques et la méthode de calcul des parts de marché, elle ne décrit pas la méthodologie à suivre.

S'agissant des tests économiques, la Commission les utilise de plus en plus fréquemment et a développé des méthodologies sophistiquées, de sorte qu'une partie de la Communication pourrait être consacrée à décrire, dans les grandes lignes, les différents types de tests envisageables (SSNIP, UPP, GUPPI, etc.), les cas dans lesquels le recours à un tel test est approprié, ainsi que les grands principes méthodologiques applicables.

S'agissant du calcul des parts de marché, la Communication pourrait traiter notamment des points méthodologiques suivants :

- la période pour laquelle il est utile de fournir des données de parts de marché : le plus souvent 3 ans mais jusqu'à 10 ans pour les marchés caractérisés par des achats peu fréquents³³ ;

³¹ Communication, par. 20.

³² M. Vestager, *Defining markets in a new age*, 9 décembre 2019,

³³ Voir par exemple, Commission européenne, 6 février 2029, *Siemens / Alstom*, M.8677.

- le sort des ventes captives : pour mémoire, le Tribunal de l'Union a censuré la décision Schneider / Legrand notamment en ce que la Commission avait exclu les ventes réalisées par les entreprises verticalement intégrées³⁴. Il conviendrait que la Commission tienne compte de cette jurisprudence et rappelle dans la Communication que les ventes réalisées par les entreprises n'ont pas par principe à être exclues de l'analyse ;
- le traitement des produits vendus sous marque de distributeurs.

Par ailleurs, la Communication devrait envisager les hypothèses dans lesquelles les parts de marché ne reflètent pas de façon adéquate le pouvoir de marché des entreprises. Il s'agit par exemple :

- des marchés d'appels d'offres : alors même que dans de nombreuses affaires, l'analyse des appels d'offres occupe une place déterminante, la Communication ne traite pas ce point (comme vu au point 1.1). Seules les Lignes directrices relatives aux concentrations horizontales mentionnent cette question sous l'angle de la pression concurrentielle mais de façon particulièrement succincte³⁵ ;
- des marchés susceptibles de faire l'objet d'un « shrinkage effect »: tel est notamment le cas lorsque les clients des entreprises concernées ont la possibilité de sponsoriser très facilement l'entrée d'un nouvel entrant, de sorte que la part de marché effective des parties sera inférieure à la somme de leurs parts de marchés antérieures à l'opération de concentration examinée ;
- des tout petits marchés pour lesquels les parts de marché sont extrêmement volatiles et peu représentatives. En effet, sur de tels marchés, le gain ou la perte d'un client peut avoir un impact énorme sur les parts de marché ;
- des marchés du numérique en forte croissance (v. infra « *la Communication à la lumière des principales tendances et évolutions depuis sa publication* »).

3. La nécessité de renforcer la praticité de la communication pour qu'elle remplisse davantage son objectif de fournir des orientations « claires »

Si la Communication tend à remplir son objectif de formuler des orientations claires sur la définition des marchés par l'Union européenne, certains éléments permettraient de la rendre plus compréhensible, et partant, plus accessible.

3.1. Illustrer les développements de la Communication à l'aide d'exemples et de cas pratiques

En vue de renforcer la compréhension de la Communication, la Commission pourrait y insérer des références jurisprudentielles et de pratique décisionnelle, à l'instar de ce qu'ont pu faire certaines autorités de concurrence d'Etats membres de l'Union européenne (i) et, de façon complémentaire ou alternative, des cas pratiques, comme l'a déjà fait la Commission dans ses lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du TFUE aux accords de coopération horizontale (ii).

³⁴ TUE, 22 octobre 2002, T-310/01.

³⁵ Lignes directrices sur les concentrations horizontales, point 29 : « *Sur les marchés fonctionnant par appels d'offres, il peut être possible de mesurer si, par le passé, les offres présentées par l'une des parties à la concentration ont subi une pression concurrentielle du fait de la présence de l'autre partie à l'opération* ».

(i) Insérer des références jurisprudentielles et de pratique décisionnelle

Certaines autorités nationales de concurrence – comme par exemple les autorités de concurrence française, néerlandaise et portugaise – ont récemment publié des lignes directrices adoptant une présentation résolument pédagogique en insérant, au soutien de leurs développements, des exemples de pratique décisionnelle et/ou de jurisprudence pertinentes³⁶.

Ces présentations vont dans le sens d'une meilleure compréhension et d'une plus grande clarté des règles de concurrence par toutes les parties concernées.

A titre d'illustration, dans ses nouvelles lignes directrices, l'autorité de la concurrence française présente en quelques lignes une ou plusieurs décision(s) pertinente(s) aux termes de laquelle/desquelles elle a été amenée à se prononcer pour chacun des indices qu'elle est susceptible de prendre en compte pour délimiter les marchés de produits ou de services.

Pour l'indice relatif aux « *caractéristiques physiques d'un produit ou d'un service* » par exemple, elle cite une première décision au soutien de son affirmation selon laquelle des produits ou des services différents d'un point de vue physique ou technique, mais ayant la même fonction ou destinés à la même utilisation ou à répondre au même besoin, peuvent être considérés comme substituables par les clients. Elle cite également une seconde décision pour montrer qu'*a contrario*, des produits ou des services présentant des similitudes physiques ou techniques, mais n'ayant pas le même usage, peuvent ne pas appartenir au même marché (points 526 et 527).

A l'instar des lignes directrices de ces autorités de concurrence, la Communication pourrait contenir des exemples pertinents issus de la jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice de l'Union européenne et de la pratique décisionnelle de la Commission, illustrant ses différents développements³⁷.

(ii) Insérer des cas pratiques

Dans ses lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du TFUE aux accords de coopération horizontale³⁸, la Commission présente un certain nombre de cas pratiques sous forme d'exemples particulièrement utiles pour comprendre et mettre en perspective les règles qu'elle édicte.

A titre d'exemple, après avoir notamment décrit la définition et la portée des « *principaux généraux de l'appréciation des échanges d'information sous l'angle de la concurrence* », la Commission présente six exemples constituant six situations différentes d'échanges d'informations et, pour chacune d'entre elle, présente son analyse concurrentielle. Dès lors, un praticien du droit qui devra déterminer si un échange d'informations est susceptible de restreindre la concurrence au sens de l'article 101 du TFUE pourra, à l'aide de comparaison et/ou rapprochements, utiliser ces mises en situation pratique pour mener sa propre analyse.

³⁶ Notamment : Autorité de la concurrence, *Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations*, version 2020 ; Autoridade da concorrência, *Linhas de orientação sobre a avaliação de impacto concorrencial de políticas públicas*, juillet 2018 et Authority for Consumers & Markets, *Guidelines arrangements between suppliers and buyers*, 26 février 2019.

³⁷ Il pourrait être également envisagé de créer des liens hypertextes pour un accès simplifié aux décisions visées.

³⁸ Commission européenne, Communication de la Commission - Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, 14 janvier 2011.

Ainsi, par leur définition même, les cas pratiques viennent apporter une vision plus concrète des règles souvent plus générales qui sont édictées. Ils permettent parfois de préciser un point, d'éclairer la règle de droit, d'envisager une hypothèse précise dont il est difficile de retirer un principe d'application générale voire d'effectuer des parallèles avec le cas que devra traiter le praticien du droit. Ils constituent un bon complément – voire une alternative – à la jurisprudence et la pratique décisionnelle.

A l'instar des lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du TFUE aux accords de coopération horizontale, la Communication pourrait contenir des cas pratiques qui illustreraient ses différents développements.

3.2. Insérer des précisions pratiques concernant les procédures concourant à la détermination du marché pertinent

Si la Communication décrit les éléments d'appréciation sur lesquels s'appuie la définition des marchés, et donne des outils aux praticiens (et plus généralement, aux destinataires de la Communication) quant à la démarche à suivre pour définir les marchés en cause, elle reste parfois théorique voire silencieuse sur les procédures qu'elle met elle-même en place pour se prononcer *in fine* sur la délimitation de marché.

C'est notamment le cas de la procédure du test de marché visée aux points 33 et 34 de la Communication traitant de la question de la constitution de la preuve. La Communication précise que la Commission a fréquemment recours au test de marché « *lorsqu'une définition précise du marché s'impose* ». Elle ajoute notamment que cette prise de contact « *avec les principaux clients et les principales entreprises du secteur* » permet de connaître « *leur opinion sur les limites du marché de produit et géographique et d'obtenir les éléments de fait nécessaires pour lui permettre de tirer des conclusions* ».

Alors même que les éléments obtenus dans le cadre des tests de marché sont souvent déterminants pour permettre à la Commission de « *tirer des conclusions* », la Communication ne précise pas la manière dont la Commission traite les informations de marché qu'elle reçoit des parties concernées et/ou des tiers intéressés. En particulier, elle ne précise pas la manière dont elle prend en compte les intérêts propres de chaque contributeur, alors qu'un concurrent interrogé aura souvent peu intérêt à la réalisation d'une opération et donc tendance à orienter ses réponses en conséquence.

C'est également le cas des autres procédures que la Communication mentionne brièvement aux points 33 et 34 de la Communication : demandes d'informations complémentaires aux entreprises concernées, inspections dans les locaux des différents acteurs, discussions avec certains opérationnels au sein des entreprises concernées, etc.

Par ailleurs, la Commission attache une importance toujours grandissante aux documents préparés par les entreprises dans son analyse, y compris des marchés pertinents. Par exemple, dans la décision *Deutsche Börse / NYSE Euronext*, la Commission fait très largement référence aux documents internes des parties qui montraient l'absence de substituabilité entre les différents produits dérivés examinés³⁹. Si les documents internes ne permettent pas nécessairement à eux seuls de conclure à l'existence d'un marché distinct, ils peuvent fournir à la Commission des éléments très utiles pour identifier les marchés pour lesquels une analyse approfondie est nécessaire⁴⁰.

³⁹ Commission, 1^{er} février 2012, *Deutsche Börse / NYSE Euronext*, M. 6166, p. 84 et s.

⁴⁰ Voir en ce sens, N. Levy and C. Cook, *European Merger Control Law: A Guide to the Merger Regulation*, Lexisnexis, par. 8.08.

En définitive, il serait sans doute utile que la Commission détaille de façon plus claire dans sa Communication la méthodologie suivie et les procédures employées pour parvenir à une conclusion sur le marché pertinent, en précisant l'ordre hiérarchique des différents éléments pris en compte dans son analyse.

3.3. Préciser, lorsque c'est nécessaire, les particularités propres aux concentrations et aux pratiques anticoncurrentielles ou, à défaut, articuler la Communication avec les autres textes de la Commission

Dans son discours du 9 novembre 2019 annonçant la révision de la Communication, le Commissaire Margrethe Vestager⁴¹ a précisé que la Communication devait définir une approche claire et cohérente applicable tant aux pratiques anticoncurrentielles qu'aux concentrations. Or, une telle approche globale peut parfois être difficile à maintenir.

Ainsi, sans aller jusqu'à scinder en deux textes les règles applicables en matière de contrôle des concentrations et de pratiques anticoncurrentielles, des précisions au sein de la Communication permettraient aux praticiens du droit, et plus largement à tous ses destinataires, d'appréhender les différences qui peuvent exister au stade de la délimitation du marché pertinent entre ces deux sphères du droit de la concurrence.

A titre d'exemple, à l'instar des lignes directrices de l'autorité de la concurrence française (point 518), la Communication pourrait préciser de façon plus claire que les critères utilisés peuvent différer. Alors que pour la délimitation des marchés pertinents dans le cadre du contrôle des concentrations, l'analyse sera très souvent prospective (les évolutions en cours ou anticipées à un horizon raisonnable sont prises en compte), en matière de pratiques anticoncurrentielles, l'analyse est davantage rétroactive (elle décrit un marché contemporain des pratiques).

Lorsque ces précisions conduiraient à alourdir la Communication ou lui faire perdre de sa clarté, il pourrait être envisagé à tout le moins de procéder sous forme de renvois aux textes pertinents.

A titre d'exemple, les lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du TFUE aux accords de coopération horizontale fournissent des informations précises et détaillées sur la délimitation des marchés en vue de l'appréciation, au regard du droit des ententes, de certains accords comme les accords de R&D, accords de production, accords d'achat, accords de commercialisation et les accords de normalisation. Il pourrait ainsi y être fait référence, tel que par exemple s'agissant de la définition de la notion de concurrence potentielle.

En outre, il pourrait être envisagé de préciser la première note de bas de page de la Communication portant sur les aides d'Etat en indiquant, dans le corps du texte de la Communication, dans quelles conditions les orientations données dans la Communication peuvent être utilisées dans le cadre du contrôle des aides d'Etat et, le cas échéant, d'insérer des renvois vers les autres textes applicables en la matière.

⁴¹ M. Vestager, *Defining markets in a new age*, Chillin' Competition Conference, Brussels, 9 décembre 2019, traduction par nos soins.

II.2. La Communication à la lumière des principales tendances et évolutions depuis sa publication

En matière de transformation numérique, certaines questions ont déjà été plus ou moins envisagées par les autorités de concurrence, comme ce qui touche aux données et au *big data*, aux plateformes d'intermédiation, à la question des critères d'évaluation du pouvoir de marché des géants du digital qui maîtrisent des masses considérables de données et renforcent de façon continue leurs positions par les effets de réseaux. D'autres en revanche sont moins explorées, ou sont encore en gestation mais sont porteuses de mutations importantes en termes de fonctionnement de la concurrence, qu'il s'agisse des nouvelles générations d'outils qui reposent sur l'intelligence artificielle ou des questions que posent, du point de vue stratégique comme des points de vue économique et concurrentiel, l'arrivée de ces modèles distribués et décentralisés que sont les « chaînes de blocs » ou *blockchains*.

La question de la spécificité numérique n'est pas neutre, car alors que le droit de concurrence repose encore largement sur la délimitation de marchés pertinents et l'analyse des effets de pratiques identifiées sur ces marchés, dès lors qu'il s'agit de transformation digitale, les frontières traditionnelles ont tendance à s'estomper :

- les différentes composantes de la transformation digitale, pour être imbriquées, ne sont pas toutes au même stade de maturité ;
- ces différences composantes forment un écosystème protéiforme, mais où elles sont toutes plus ou moins interdépendantes les unes des autres, ce qui rend l'analyse concurrentielle et les délimitations de marchés, difficiles à envisager de façon claire (la collecte des données par les opérateurs ou les plateformes alimente par exemple les autres versants des marchés multifaces, et les algorithmes et autres outils prédictifs, qui produisent à leur tour des effets concurrentiels, en matière de marketing actif ou de tarification. Les plateformes pourront aussi avoir intérêt à s'adosser pour leurs transactions, à la technologie *blockchain*, alors que c'est cette même technologie, à terme, qui pourrait priver de sens leur rôle d'intermédiation en permettant des relations économiques sans intermédiaires et l'automatisation des relations contractuelles (*smart contracts*) ;
- ces différentes composantes ont quasiment toutes des effets concurrentiels ambigus, étant potentiellement porteuses d'une part d'effets bénéfiques pour le bien être global, voire dans certains cas d'effets pro-concurrentiels, et d'autre d'effets potentiellement négatifs.

1. Dans le contexte des plateformes numériques, intégrer des développements sur la notion de marché « multi-face »

S'agissant en particulier des plateformes, la question de la délimitation de marché a déjà été envisagée par les autorités de concurrence.

Les plateformes numériques offrent un service d'intermédiation entre différents groupes d'utilisateurs. Elles sont présentes dans de nombreux secteurs sous la forme de places de marché ou de plateformes communautaires.

D'un point de vue économique, elles sont appréhendées sous la notion de « marché biface » ou « marché multiface » qui désigne un marché sur lequel un acteur facilite des interactions entre les utilisateurs qu'il cherche à recruter sur les différentes faces du marché (Rochet J.-C. et J. Tirole (2003), "*Platform competition in two-sided markets*").

Les plateformes numériques présentent de nombreuses particularités qui rendent la définition de marché complexe à plusieurs égards. Les différentes faces ont des intérêts et modèles économiques différents tout en étant interdépendantes. Sont ainsi observés des effets de réseaux directs entre les utilisateurs (au sein d'un même groupe) et indirects (entre les différents groupes d'utilisateurs). Par ailleurs, la plupart des plateformes proposent un service gratuit au moins sur l'une des faces rendant inopérante une définition de marché fondée sur une analyse des facteurs monétaires. Des facteurs non monétaires comme la qualité du service ou l'innovation peuvent jouer un rôle central auprès de la demande. Enfin, à l'instar des autres marchés digitaux, les plateformes numériques évoluent très rapidement.

Jusqu'à présent, les autorités de concurrence ont décidé d'adopter une approche pragmatique en adaptant les outils existants aux spécificités des plateformes.

S'agissant de ces marchés « multifaces », la première difficulté porte sur le nombre de marchés à considérer. Est-il préférable de commencer par une définition de marché par face et de prendre en compte, seulement au stade de l'analyse concurrentielle, les interactions et interdépendances existantes entre les faces ?

Par ailleurs, l'utilisation des outils traditionnels comme le test SSNIP soulève des difficultés. En effet, ce test ne permet pas de capter la valeur globale du produit puisque la demande d'une face est conditionnée à la demande de l'autre face, indépendamment du facteur prix. L'application du test SSNIP a ainsi été écartée par la Commission dans l'affaire Google Shopping au profit d'un examen des fonctionnalités des services offerts dans le cadre d'une analyse de la substituabilité des services qui est, cependant, moins rigoureuse que le test SSNIP.

Une alternative au test SSNIP a été mise en œuvre par la Commission dans l'affaire Google/Android. Il s'agit du "Small but Significant Non-transitory Degradation in Quality" test (SSNDQ). Ce test peut être également critiqué puisqu'il suppose que la qualité soit un paramètre mesurable et se heurte à la difficulté de capter une diminution globale de la qualité du produit ou du service sur l'ensemble des faces.

En matière de concentration, les opérations Logis-Immo/Se Loger en France et Just Eat/Hungryhouse au Royaume Uni constituent des illustrations intéressantes de l'approche pragmatique des autorités de concurrence.

L'Autorité de la concurrence (ADLC) comme la Competition Market Authority (CMA) ont défini des marchés uniques et bifaces. Dans la première, il s'agissait du marché des petites annonces immobilières en ligne sur lequel chacun des groupes d'utilisateurs cherche à accéder à un service d'intermédiation de petites annonces immobilières.

Dans la seconde, le marché de la commande de denrées alimentaires et des services connexes comprenant deux groupes de clients distincts, les restaurateurs et les consommateurs dont les participations sont interdépendantes, a été défini.

La question de la définition du marché géographique a également été adaptée par l'Autorité de la concurrence et la CMA qui ont envisagé une double dimension de ces marchés. La dimension locale du marché des petites annonces immobilières en ligne, du point de vue de la demande des consommateurs, et la dimension nationale de ce marché, du point de vue de l'offre, ont été analysées.

La CMA a défini le marché des plateformes alimentaires en ligne comme étant de dimension nationale tout en prenant en compte les aspects locaux notamment le caractère local de la demande dans son analyse.

La définition de marché des plateformes numériques tant du point de vue de la définition du marché de produit que celle de la définition du marché géographique doit être flexible pour s'adapter à des marchés en perpétuelle mutation. Certains outils comme le SSNIP test apparaissent aujourd'hui dépassés pour appréhender les produits et services offerts gratuitement à un groupe d'utilisateurs sur une face et compensés par des services payants à d'autres groupes d'utilisateurs sur d'autres faces.

La notion de marché « multi-face » est aujourd'hui absente de la Communication alors que de nombreux marchés présentent de telles caractéristiques et que l'utilisation de cette notion peut être appelée à se développer notamment dans le contexte des plateformes numériques. Le test SSNIP basé sur une variation de prix est inadapté en présence de produits gratuits ou dont le coût n'est pas supporté par ceux qui déterminent la demande. La Commission a remplacé le facteur prix par celui de la qualité et fait application du test SSNDQ.

Le test SSNDQ peut cependant être également critiqué puisqu'il suppose que la qualité soit un paramètre objectivement mesurable. Le test SSNDQ se heurte par ailleurs à la difficulté de capter une diminution globale de la qualité du produit ou du service concerné sur l'ensemble des faces dans le contexte de marchés « multi-faces »

2. Dans le contexte des « marchés de l'attention », intégrer le fait que le temps est une nouvelle variable pertinente pour mesurer la substituabilité du point de vue de la demande et la pression concurrentielle

Aussi bien dans l'économie traditionnelle que numérique, le but de nombreuses entreprises est de capter l'attention des consommateurs pour ensuite vendre cette attention à des annonceurs.

Or, des études montrent que le temps quotidien allouable par un consommateur à l'information, la recherche de contenus ou les divertissements est limité. En d'autres termes, le consommateur est conduit à réaliser des arbitrages entre différents types de contenus.

Des acteurs très variés sont ainsi en concurrence pour capter la plus grande part de cette « attention » disponible :

- comme on l'a vu, cela est en particulier le cas des plateformes digitales qui adoptent un modèle économique fondé sur la gratuité de l'une des faces du marché. Les internautes « payent » le service qui leur est fourni non pas à travers une contrepartie monétaire, mais à travers leurs données personnelles, qui sont collectées par la plateforme et monétisées sur la face payante du marché. On peut citer les cas des moteurs de recherche généralistes ou spécialisés (Google, Bing, Booking, Amazon, Airbnb, ...), des réseaux sociaux (Facebook, Snapchat, LinkedIn, Twitter, ...), des plateformes d'hébergement de vidéos ou de musique (YouTube, Dailymotion, ...) ou encore certains jeux vidéo (Fortnite, ...) ;
- d'autres plateformes, notamment les médias traditionnels gratuits (TV, radio, annuaires, ...), tirent également tout ou partie de leurs revenus de la publicité.

Un lien empirique peut être fait entre le développement des plateformes numériques et la réduction du temps consacré aux médias traditionnels. Par exemple, en France, le régulateur du secteur audiovisuel (CSA) a publié une étude économétrique montrant que la consommation de contenus vidéo sur Internet, et plus largement l'ensemble des activités auxquelles donne accès une offre mobile ou Internet fixe, contribue à une baisse de la consommation de télévision (chez les jeunes publics en particulier, mais également chez « *toute la population dans son ensemble* »⁴²).

Le transfert de l'attention des consommateurs vers les offres numériques s'illustre par un transfert des montants d'investissements et de recettes publicitaires (qui dépendent du niveau d'audience/trafic) vers ces nouveaux acteurs. A titre d'exemple, la presse ne représentait plus que 18 % des recettes publicitaires pluri-médias en 2017, contre 41 % en 2017, tandis qu'Internet est passé de 9 % en 2007 à 36 % en 2017. Les dépenses totales n'ont pas augmenté (11,6 milliards d'euros en 2007 et 11,5 milliards en 2017)⁴³.

Il est possible de considérer que certains services payants sont également en concurrence avec les services ci-dessus pour capter l'attention des consommateurs. Dans le secteur de l'audiovisuel, notamment, l'Autorité de la concurrence française (ADLC) relève un estompement croissant de la distinction entre services linéaires/non-linéaires et gratuits/payants, entraînant une « *convergence croissante des marchés* »⁴⁴.

Ainsi, les fondements traditionnels de la concurrence entre entreprises (prix, qualité) se trouvent bouleversés par l'essor du secteur numérique. Les méthodes habituellement privilégiées par la Commission européenne pour mesurer la substituabilité du point de vue de la demande sont inadaptées : la méthode quantitative fondée sur les prix (SSNIP) est tout simplement inapplicable aux plateformes gratuites, tandis qu'une approche qualitative fondée sur les contenus et les usages peut conduire, comme dans l'affaire *Google Shopping*⁴⁵, à définir un marché étroit qui peut s'avérer détaché de la réalité économique.

L'APDC est d'avis que la future Communication de la Commission européenne devrait introduire la possibilité de mesurer la substituabilité entre différents services du point de vue de la demande à travers la variable attention/temps. Cette prise en compte devrait intervenir au stade de la définition même des marchés de produits pertinents ou, à tout le moins, au stade de l'analyse de la concurrence potentielle.

La méthode de définition du marché de produit exposée dans la Communication est centrée sur l'analyse des caractéristiques, de l'usage et du prix des produits et services. Or l'attention/le temps est une variable de plus en plus pertinente pour mesurer (i) la substituabilité du point de vue de la demande et (ii) la concurrence potentielle

3. Intégrer des développements sur la notion de blockchains

S'agissant en particulier des *blockchains*, la question de la délimitation de marché est entièrement à défricher.

⁴² CSA, *Vidéos en ligne ou télévision chez les jeunes publics : étude économétrique*, 25 janvier 2018 (p.16), étude accessible sur : <https://www.csa.fr/Informer/Collections-du-CSA/Thema-Toutes-les-etudes-realisees-ou-co-realisees-par-le-CSA-sur-des-themes-specifiques>.

⁴³ Avis de l'ADLC n°19-A-04 du 21 février 2019 relatif à une demande d'avis de la commission des Affaires culturelles et de l'Éducation de l'Assemblée nationale dans le secteur de l'audiovisuel (p. 42).

⁴⁴ *Ibid*, p.43.

⁴⁵ Décision AT.39740 de la Commission européenne du 27 juin 2017, *Google Search (Shopping)*.

La *blockchain* permet de stocker de l'information, d'y accéder et d'intégrer de nouvelles informations qui deviennent infalsifiables. Elle permet donc à des agents qui ne se connaissent pas d'effectuer une transaction de manière sécurisée et sans passer par un tiers de confiance (banque, notaire, centre de clearing, plateforme d'intermédiation) censé prévenir les risques de fraude en tenant seul le registre des transactions.

La *blockchain* permet en effet l'échange direct sur un réseau pair à pair, et l'enregistrement de la transaction dans un registre (*ledger*) qui garde trace de toutes les opérations effectuées, et qui n'est pas détenu dans un lieu centralisé mais « distribué » dans les ordinateurs de tous les participants, qui sont appelés « nœuds ». Chaque nouveau bloc de transactions vient s'ajouter à la chaîne, lié au précédent par le procédé cryptographique. La *blockchain* contient ainsi l'ensemble des opérations validées depuis la création de la chaîne.

Dans son acception publique (comme le protocole bitcoin), la *blockchain* repose sur la transparence totale et est donc porteuse de risques collusifs. Dans son acception privée (chaînes contrôlées avec sélection des participants), elle est potentiellement porteuse d'effets d'éviction et la question se pose de savoir si ces risques concurrentiels peuvent être appréhendés par les outils traditionnels du droit de la concurrence qui est la délimitation de marché à retenir pour la caractérisation, nécessaire dans de nombreux cas, d'une position dominante.

La principale question qui se pose est donc de savoir quelle serait l'assise, au sens matériel, du marché pertinent. Faut-il retenir un marché de la *blockchain* ? Cela supposera, *in concreto*, de déterminer si d'autres protocoles, distribués ou non, peuvent être considérés comme substituables aux *blockchains*. Par exemple, le bitcoin pourrait-il être considéré comme substituable avec d'autres protocoles de cryptomonnaies, comme le Litecoin ou l'Ether ? Présenterait-il un certain degré de substituabilité avec des modes de paiement traditionnels comme les cartes de crédit en ligne ou les virements ?

L'idée, en filigrane, est que la délimitation de marché (et donc la détermination de la part de marché) pourrait être envisagée non sur la *blockchain* elle-même, mais sur le type d'application qu'elle supportera.

Selon qu'elles sont publiques ou privées, les blockchains peuvent comporter des risques de collusion ou d'éviction qui posent la question de la délimitation de marché à retenir (marché de la Blockchain, question de la substituabilité d'autres protocoles, distribués ou non, appréhension du marché comme étant la blockchain elle-même, ou le type d'application qu'elle supporte).

III. Cohérence (la communication est-elle cohérente sur le plan interne ? La Communication complète-t-elle d'autres mesures ou constate-t-on des contradictions ?)

La Communication complète-t-elle d'autres mesures ou constate-t-on des contradictions ?

Dans cette section, nous aimerions comprendre dans quelle mesure la Communication est cohérente sur le plan interne ainsi qu'avec les autres règles ou politiques de l'UE.

L'exigence de cohérence peut s'entendre de plusieurs façons. La cohérence s'entend soit de l'absence de contradiction, soit du caractère logique d'un ensemble. Elle suppose une comparaison entre deux termes. Les deux termes à comparer peuvent être soit la méthode d'analyse (ex. : substituabilité de la demande) ou les techniques (test) mises en œuvre pour délimiter un marché, soit le résultat obtenu (marché pertinent défini).

Au sein du droit des pratiques anticoncurrentielles, il est indispensable d'avoir des délimitations de marché identiques pour les mêmes périodes.

Les délimitations de marché (méthodes mises en œuvre et résultat de l'analyse) doivent être identiques pour adopter une décision sur le fondement de la prohibition des ententes (horizontale ou verticale) et sur celui de la sanction d'une exploitation abusive d'une position dominante.

Les délimitations de marché de la Commission doivent être conformes aux solutions adoptées par la Cour de Justice et celle des autorités nationales ne peuvent contredire les solutions de la Commission.

1. Dans quelle mesure les différentes composantes de la Communication fonctionnent-elles bien ensemble ?

Lorsqu'on compare les délimitations de marchés opérées sur le fondement du droit des pratiques anticoncurrentielles avec celles intervenant en droit du contrôle des opérations de concentration ou en droit de la régulation, la cohérence ne s'impose pas. Ces corps de règles poursuivent des objectifs distincts. Il s'agit de faire en sorte de coordonner ceux-ci, mais non de les rendre similaires.

Les méthodes mises en œuvre pour délimiter les marchés et les résultats obtenus n'ont pas à être identiques, mais doivent être en adéquation avec les objectifs poursuivis par chaque corps de règles au sein desquels ils s'intègrent.

Compte tenu des caractères essentiellement factuels et contingents des analyses nécessaires à la délimitation du marché, une communication sur ce sujet ne devrait pas avoir de caractère normatif et se présenter simplement comme une boîte à outil méthodologique dont dispose la Commission.

Toutefois, pour renforcer la sécurité juridique des entreprises qui doivent s'auto évaluer, il est nécessaire, notamment :

- ***que la Communication soit régulièrement actualisée pour tenir compte des évolutions des méthodes et des techniques utilisées par la Commission ;***
- ***que la Commission motive ses décisions sur ce point de façon complète et précise ;***

- *que la DG IV collabore pour la délimitation des marchés avec tous les services de la Commission, avec toutes les autorités chargées de la régulation d'un secteur (transport, agriculture, communication, etc.) ainsi, le cas échéant, qu'avec les autorités nationales de la concurrence ; il importe également que ces éléments soient accessibles aux entreprises dans le cadre de la procédure de mise en œuvre des articles 101 et 102 TFUE.*

2. La Communication est-elle cohérente avec les autres instruments fournissant des orientations sur l'interprétation des règles de l'UE en matière d'ententes (fondées sur les articles 101 et 102 du TFUE) ?

Le souci de cohérence doit principalement être ici recherché avec le Règlement 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 relatif à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées. Ces deux instruments de la Commission étant simultanément en cours de refonte, il sera nécessaire de veiller à leur cohérence respective avant l'établissement de leur version définitive.

En premier lieu, la distinction entre concurrent actuel et concurrent potentiel posée dans l'article 1 du Règlement 330/2010 gagnerait à être intégrée dans la Communication à venir dès lors que cette dernière fait référence aux mêmes notions pour apprécier la substitution du côté de l'offre.

En effet, le §20 de la Communication s'intéresse à la substitution du côté de l'offre, précisant « *il faut, pour cela, que les fournisseurs puissent réorienter leur production vers les produits en cause et les commercialiser à court terme sans aucun coût ni risque supplémentaire substantiel en réaction à des variations légères mais permanentes des prix relatifs* » et s'approche de la définition de la notion de concurrent potentiel du Règlement 330/2010. ***Ces similitudes pourraient être harmonisées.***

La Communication pourrait prévoir, comme nombre d'instruments de la Commission, un article dédié aux définitions des notions essentielles à l'analyse et l'application de la Communication.

Parmi les notions qui mériteraient d'être définies, pourraient figurer ainsi : entreprise, entreprise concurrente, concurrent actuel, concurrent potentiel, marché, marché de gros, marché de détail, marché amont, marché aval.

En second lieu, la Communication est orientée vers l'appréhension des marchés de vente alors que le Règlement 330/2010 appréhende les marchés d'achat comme les marchés de vente. On peut s'interroger dans la recherche de cohérence sur l'opportunité d'abandon de cette notion de marché d'achat.

En troisième lieu, certaines décisions fondées sur l'article 101 du TFUE ne définissent pas au préalable les marchés sur lesquels sont observées les pratiques en cause.

Une obligation de définir au préalable les marchés avant de caractériser les pratiques en cause, y compris pour les ententes par objet, permettrait de construire une pratique jurisprudentielle unique d'appréciation des marchés qui servirait l'ensemble des acteurs, et notamment les entreprises, dans l'interprétation des pratiques concernées et le respect du droit de la concurrence.

Certaines décisions gagneraient en effet en lisibilité en intégrant systématiquement la définition des marchés concernés. Ainsi, la Cour de justice n'a pas défini dans son arrêt du 13 octobre 2011 le marché des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle alors même qu'elle précise que Pierre Fabre détiendrait 20% de part de marché en France⁴⁶.

L'Autorité de la concurrence a de son côté oublié de préciser la dimension géographique du marché dans une affaire pourtant fondée sur l'article L.420-2 du Code de commerce prohibant les abus de position dominante⁴⁷.

3. La Communication est-elle cohérente avec le règlement sur les concentrations et les autres instruments fournissant des orientations sur l'interprétation des règles communautaires en matière de contrôle des concentrations, tels que les lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales et les lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales ?

La Communication retient au §12 que la méthode de définition des marchés peut conduire à des résultats différents selon la nature du problème de concurrence en cause.

Ainsi, en matière de contrôle des concentrations, l'analyse est essentiellement prospective alors qu'elle ne peut pas l'être pour l'examen a posteriori de pratiques anticoncurrentielles.

En premier lieu, on peut s'interroger sur l'opportunité de définir un horizon temporel à l'étude prospective menée dans le cadre du contrôle des concentrations dont le but poursuivi pourrait justifier la définition d'un cadre temporel d'appréhension des marchés concernés. Un tel horizon temporel devrait permettre de prendre en compte dans l'analyse la concurrence potentielle à court terme.

Sur ce point, le Règlement européen n°139/2004 relatif au contrôle des concentrations indique bien à son article 2 que la Commission européenne tient compte dans son appréciation de la concurrence potentielle d'entreprises⁴⁸. Pourtant la Communication en contradiction avec ce Règlement énonce que : « *la concurrence potentielle (...) n'est pas prise en considération pour la définition des marchés (...). Le cas échéant, cette analyse n'est menée qu'à un stade ultérieur, généralement une fois que la position des entreprises en cause sur le marché a déjà été déterminée et qu'elle s'avère soulever des problèmes sous l'angle de la concurrence* »⁴⁹.

La méthodologie applicable à la prise en compte de la concurrence potentielle devrait être clarifiée dans un souci de sécurité juridique.

De manière plus globale, les objectifs en matière d'analyse de marché en matière de concentration et de pratiques anticoncurrentielles ne sont pas identiques et il est difficile de maintenir la cohérence dans l'analyse.

⁴⁶ CJUE, 13 octobre 2011, C439/09, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS.

⁴⁷ AdIC, 27 septembre 2017, 17-D-17, relative à des pratiques mises en œuvre par la Française des jeux dans le secteur des jeux de grattage.

⁴⁸ Règlement européen 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, article 2 définitions

⁴⁹ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (97 /C 372 /03) paragraphe 24.

En second lieu, si un document unique paraît préférable pour définir la méthodologie d'analyse du marché, des spécifications d'analyse distinctes en matière de pratiques anticoncurrentielles et de contrôle des concentrations pourraient être envisagées et une analyse plus poussée pour ce dernier.

Enfin, en matière de calcul de parts de marché, la Communication donne à son §53 une place particulièrement importante aux parts de marché en valeur, alors même que dans la pratique des données de marché en volume et en valeur sont systématiquement demandées par les autorités de concurrence.

En troisième lieu, les différences de méthodes de définition de marché retenues par les autorités de concurrence dans les dossiers de concentrations et de pratiques anticoncurrentielles devraient être systématiquement justifiées et motivées à l'aide d'une explication détaillée du raisonnement employé.

Les décisions adoptées par les autorités de concurrence dans le cadre du contrôle des concentrations retiennent particulièrement souvent des définitions de marché ouvertes alors même que les parties notifiantes communiquent un grand nombre d'informations dans leurs dossiers. Ces dossiers de notification sont fondés sur la pratique décisionnelle antérieure des autorités de concurrence qui est systématiquement demandée par ces dernières.

L'exercice a néanmoins ses limites car il s'écarte parfois de la réalité du marché tel qu'observé dans le cadre de l'examen d'une opération, sous prétexte d'un ou plusieurs précédents, quand bien même les marchés auraient évolué, et décourage les parties notifiantes à préciser la définition des marchés concernés au risque de rallonger significativement les délais d'examen de leur opération.

Cette pratique conduit particulièrement souvent les autorités de concurrence à conserver ouvertes les définitions de marché. Or, contrairement à ce qu'affirme la Communication à son §27, quand bien même l'opération envisagée ne pose aucun problème sous l'angle de la concurrence, cette pratique accroît considérablement le nombre d'informations à fournir par les entreprises.

En effet, pour chaque marché envisagé le travail de collecte d'informations et d'analyse devra être mené. Cette pratique accroît en réalité non seulement la charge de travail mais également les inquiétudes et les risques pour les entreprises, notamment en matière de délais.

En quatrième lieu, une solution pourrait consister dans la mise en place d'une base de données qui rassemblerait régulièrement l'ensemble des définitions de marché retenues par la Commission par secteur d'activités.

4. La Communication est-elle cohérente avec la jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice de l'Union européenne ?

Si la Communication de 1997 ne paraît pas présenter d'incohérences avec la jurisprudence rendue depuis par le TUE et la CJUE, la réforme de ce texte pourrait fournir l'occasion de l'actualiser et de le préciser à l'aune de ces dites décisions.

Sur la nécessité de définir précisément le marché

Dans le paragraphe 11 de sa Communication, la Commission européenne énonce que « Cette définition des marchés serait également nécessaire dans les procédures d'application de l'article 85 du traité de manière à déterminer, en particulier, si la concurrence est restreinte de manière sensible ou pour vérifier si la condition prévue à l'article 85, paragraphe 3, point b), pour bénéficier d'une exemption de l'application de l'article 85, paragraphe 1, est remplie ».

Si la jurisprudence européenne a reconnu qu'il pouvait ne pas être nécessaire de définir précisément le marché en présence d'entente anticoncurrentielle par objet, la future Communication pourrait rappeler que cette définition demeure nécessaire :

- pour apprécier les effets d'une entente ;
- pour apprécier le caractère unique d'une infraction.

Ainsi, le TUE a jugé que « la nécessité de définir le marché de référence pouvait s'imposer afin de déterminer la portée de l'entente, son caractère unique et/ou global ainsi que la portée de la participation individuelle de chacune des entreprises concernées (arrêt *Adriatica di Navigazione/Commission*, point 81 *supra*, point 30). Une erreur dans l'attribution des responsabilités des participants à une entente peut trouver son origine dans une définition insuffisante du marché en cause, dans la mesure où une définition déficiente amènerait la Commission à mal saisir la nature et l'ampleur de l'entente concernée »⁵⁰.

En premier lieu, il pourrait être rappelé expressément que :

- **le principe est celui de la nécessité de définir au préalable les marchés pertinents matériel et géographique, y compris en droit des ententes ;**
- **que ce n'est qu'à titre dérogatoire, et entendu de façon restrictive, qu'une autorité de la concurrence peut se passer d'une délimitation précise en présence d'une entente anticoncurrentielle par objet (et uniquement par objet, nécessité de définir le marché si elle l'est aussi par effet) ;**
- **qu'en tout état de cause, la définition des marchés de produit ou service et géographique demeure nécessaire, y compris en droit des ententes, en particulier pour apprécier l'affectation du commerce entre Etats membres, les effets d'une entente et le caractère unique d'une infraction.**

Appréciation de la substituabilité matérielle et/ou géographique des produits ou services (§§15 et s. de la Communication)

Au moins trois sujets pourraient donner lieu à précision de la part de la Commission européenne à l'aune de la jurisprudence rendue depuis 1997 :

Substituabilité unilatérale/substituabilité réciproque

⁵⁰ Arrêt du TUE du 16 novembre 2011, *Plásticos Españoles SA/Commission européenne*, aff. T-76/06, pt 83

Pour que deux produits soient jugés substituables, et appartenir donc au même marché, est-il nécessaire qu'ils soient substituables réciproquement, ou suffit-il que le produit A soit substituable au produit B, même si le produit B n'est pas substituable au produit A ? Autrement formulé : la pression concurrentielle doit-elle nécessairement être exercée de façon réciproque ou non ?

Dans l'affaire AstraZeneca, le TUE, puis la CJUE, ont répondu par la négative, nous semble-t-il : « *la circonstance que les IPP ont exercé une contrainte concurrentielle considérable sur les anti-H2 et, par conséquent, que les IPP ont appartenu au marché des anti-H2 entre 1991 et 2000 est dénuée de pertinence dans le cadre de la présente affaire, dès lors qu'elle n'implique pas que les anti-H2 ont, quant à eux, exercé une contrainte concurrentielle significative sur les IPP et, partant, que les anti-H2 ont appartenu au marché des IPP.*

En effet, la définition du marché en cause consiste, en l'espèce, uniquement à identifier les contraintes concurrentielles significatives exercées sur les IPP durant la période en cause et ne s'intéresse pas, par conséquent, aux contraintes concurrentielles que les IPP ont pu exercer sur d'autres produits.

Comme la Commission l'a rappelé à juste titre au considérant 493 de la décision attaquée, il résulte du paragraphe 3 de la communication sur la définition du marché que le concept de marché en cause diffère des autres concepts de marché souvent utilisés dans d'autres contextes, tels que le territoire à l'intérieur duquel les entreprises vendent leurs produits ou, plus largement, l'industrie ou le secteur dont les entreprises relèvent. Ainsi, le fait que les anti-H2 aient été la principale cible concurrentielle du Losec ne permet pas de considérer que les premiers aient exercé une contrainte concurrentielle significative sur le second »⁵¹.

Degré de substituabilité requis

La future Communication pourrait fournir quelques précisions sur le « moment quantifié » à partir duquel deux produits ou services sont suffisamment substituables pour appartenir au même marché (puisque les juges et autorités reconnaissent qu'une substituabilité parfaite n'existe quasiment jamais).

Dans l'affaire Commercial solvents de 1974, la CJCE avait jugé que « *c'est seulement la présence sur le marché d'une matière première substituable sans grandes difficultés au nitropropane ou à l'aminobutanol pour la fabrication de l'ethambutol, qui serait susceptible d'invalider la thèse que CSC détient une position dominante au sens de l'article 86 ; que, par contre, l'invocation de procédés alternatifs potentiels et de nature expérimentale ou pratiqués à petite échelle, n'est pas de nature à réfuter les motifs de la décision attaquée* »⁵².

Autrement dit, même si une substituabilité parfaite n'est pas requise, encore faut-il qu'elle soit suffisamment proche.

⁵¹ Arrêt du TUE du 1^{er} juillet 2010, AstraZeneca AB, AstraZeneca plc/Commission européenne, aff. T 321/05, point 97.

⁵² Arrêt de la CJCE du 6 mars 1974, Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A et Commercial Solvents Corporation/Commission des Communautés européennes, aff. jtes 6/73 et 7/73, point 15.

Or une approche similaire s'est retrouvée en jurisprudence après 1997, dans une affaire de 2010. Dans l'affaire Solvay, relative au carbonate de soude, la Commission européenne a apparemment reconnu que les utilisateurs pouvaient réduire leurs besoins en soude de 15% par du calcin, mais n'a donc pas reconnu les deux produits comme faisant partie du même marché⁵³. Dans cette même affaire (pour une autre entreprise), le TUE a validé cette analyse de la Commission. Donc, en l'espèce, le fait que deux produits soient substituables à hauteur de 15% maximum n'a pas été jugé suffisant pour les faire appartenir au même marché⁵⁴.

Cette exigence porte tant sur le marché de produit que sur le marché géographique : dans cette même affaire, les parties contestaient également la dimension géographique du marché retenu par la Commission en faisant valoir qu'il fallait y inclure les ports de Méditerranée. La réponse du Tribunal est de même nature (point 294) : « *Il est indéniable qu'il existe une certaine substituabilité entre les services de transport maritime assurés dans le cadre du TAA et les services réguliers de transport de conteneurs, sur la ligne transatlantique, offerts à partir ou à destination des ports méditerranéens. Toutefois, ce n'est pas l'absence totale de substituabilité qui justifie l'exclusion de ces derniers services du marché pertinent, mais la circonstance que cette substituabilité est très limitée* »⁵⁵.

Ce sujet a été abordé dans différentes affaires en France⁵⁶, mais relativement peu en droit européen. La nouvelle communication pourrait palier cette absence sur un sujet qui peut s'avérer être important en pratique.

Quelle demande ?

La Communication, largement suivie par les juridictions, fait de la substituabilité de la demande la clé de voûte de la définition d'un marché. Mais en pratique, du point de vue des utilisateurs, la question est de savoir quelle population doit servir de référence, et notamment s'il doit s'agir de la population majoritaire moyenne, ou si l'on peut s'attacher aux besoins d'une minorité.

Un exemple peut être trouvé en droit communautaire dans une affaire relative au secteur du transport maritime de marchandises entre les Etats-Unis et l'Europe⁵⁷. La Commission européenne avait estimé qu'il s'agissait du marché « *du transport maritime de ligne (de conteneurs) entre l'Europe du nord et les Etats-Unis, par les routes maritimes entre les ports d'Europe du nord et ceux des Etats-Unis et du Canada* ».

⁵³ Décision de la Commission européenne du 13 décembre 2000, aff. IV/33.133, confirmée sur ce point par l'arrêt du TPIUE du 17 décembre 2009, Solvay SA/Commission européenne, aff. T-57/01, points 295 à 298

⁵⁴ Arrêt du TUE du 25 juin 2010, Imperial Chemical Industries Ltd/Commission européenne, aff. T-66/01, point 272

⁵⁵ Arrêt du TPICE du 28 février 2002, Atlantic Container Line AB e.a./Commission des Communautés européennes, aff. T-395/94, points 208 et s. et 267 et s.

⁵⁶ Cf., notamment : décision de l'Autorité de la concurrence du 22 novembre 2012, relative à une saisine présentée par les sociétés NHK Conseil, Agence I&MA conseils, Sudmédia conseil, OSCP, Audit Conseil Publicité Annuaire, Charcot.net, Agence Heuveline, Avycom publicité annuaire, Toocom, Ecoannuaire, Netcreative-Pages annuaires à l'encontre de pratiques mises en oeuvre par la société PagesJaunes SA, n° 12-D-22, §§33 à 35, ou Décision de l'Autorité de la concurrence du 20 avril 2020, relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la livraison de colis, n° 20-D-06, §§53 et 54

⁵⁷ Arrêt du TPICE du 28 février 2002, Atlantic Container Line AB e.a./Commission des Communautés européennes, aff. T-395/94, points 208 et s. et 267 et s.

Pour contester cette définition, les parties en cause mettaient en avant d'autres sources de concurrence que seraient les opérateurs pratiquant le transport de marchandises non placées dans des conteneurs, les autres types de transport spécialisé et le transport aérien. Le TPI a néanmoins validé l'analyse de la Commission : « *Le fait que d'autres modes de transport, maritime ou aérien, puissent, pour un nombre limité de marchandises, exercer une concurrence marginale sur le marché des services du transport de ligne de conteneurs, comme le soulignent les requérantes et comme la Commission l'a d'ailleurs expressément admis (...), ne signifie pas pour autant qu'ils puissent être considérés comme relevant du même marché. En effet, la Commission a démontré que ce phénomène de substituabilité ne concerne qu'une très faible partie de la demande (...)* ».

A l'aune de cette jurisprudence qui valide la nécessité d'une substituabilité minimum, la nouvelle communication pourrait s'attacher à davantage quantifier la part nécessaire de demandeurs pour lesquels deux produits sont substituables pour que ces deux produits appartiennent au même marché.

En second lieu, il pourrait être envisagé :

- ***d'exposer dans quelle mesure la substituabilité de deux produits ou services doit être réciproque ou peut être unilatérale ;***
- ***détailler, voire quantifier, le degré de substituabilité devant être atteint par deux produits ou services pour être considérés comme relevant du même marché ;***
- ***détailler, voire quantifier, la portion suffisante de la demande requise pour juger de la substituabilité ou non de deux produits ou services ;***

Marché temporel

L'affaire AstraZeneca pourrait fournir l'occasion à la Commission de prévoir quelques développements sur le marché temporel.

Dans l'affaire AstraZeneca, la question qui se posait était celle de savoir si un produit innovant constitue un marché de produits distinct du produit existant, étant précisé qu'il ne s'agissait pas de se placer au moment de son introduction sur le marché, mais quatre à cinq ans plus tard⁵⁸. Selon AstraZeneca, son médicament (classe des IPP) n'avait que progressivement⁵⁹ remplacé les médicaments existant (classe des anti-H2) (notamment pour des raisons d'inertie des médecins dans la prescription du nouveau médicament), ce qui signifiait selon lui que ces derniers avaient continué à exercer une pression concurrentielle sur son produit, et donc que les IPP et les anti-H2 relevaient du même marché.

⁵⁸ Cf. en ce sens, arrêt du TUE du 1^{er} juillet 2010, AstraZeneca AB, AstraZeneca plc/Commission européenne, aff. T-321/05, point 49

⁵⁹ Cf. conclusions de l'Avocat général J. Mazák du 15 mai 2012 sous l'arrêt de la CJUE du 6 décembre 2012, AstraZeneca AB, AstraZeneca plc, aff. C-457/10 P, §17 ; le Tribunal précisant que ce cas n'est pas exceptionnel et qu'il est visé au point 45 des Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale de la Commission : arrêt du TUE du 1^{er} juillet 2010, AstraZeneca AB, AstraZeneca plc/Commission européenne, aff. T-321/05, point 88

Pour répondre à cette question, la Commission, validée en cela par le Tribunal, a procédé à une application du test SSNIP : « *il y a lieu de s'interroger sur la question de savoir si, tout en tenant compte de la progression graduelle des ventes du produit nouveau au fil du temps, une augmentation légère du prix du produit nouveau conduirait à une réorientation de la demande vers le produit existant, de telle sorte que cette augmentation de prix ne serait pas rentable, eu égard aux revenus qui auraient été générés en l'absence de l'augmentation de prix susvisée. Or, il convient de relever que le caractère graduel de la progression des ventes du produit nouveau ne disparaîtrait pas nécessairement dans la circonstance où cette augmentation de prix serait rentable et où, en conséquence, il serait conclu que le produit existant n'exerce pas de contrainte concurrentielle significative sur le produit nouveau* ».

La Commission en avait conclu que, en principe, le caractère graduel de l'augmentation des ventes d'un produit nouveau se substituant à un produit existant ne saurait, en lui-même, suffire pour conclure que ce dernier exerce sur le premier une contrainte concurrentielle significative : un produit nouveau appelé à succéder à un produit existant plus ancien peut donc relever d'un marché distinct. Deux produits, dont le second a pour vocation de remplacer l'autre, n'appartiennent pas forcément au même marché ; même lorsqu'ils cohabitent sur une certaine durée assez longue, ils peuvent en réalité correspondre à deux marchés distincts. Cela était d'autant plus le cas en l'espèce qu'il a été constaté un mouvement de substitution asymétrique caractérisé par la croissance des ventes des IPP et la diminution ou la stagnation des ventes des anti-H2, conjugué avec le constat d'un repositionnement de l'usage des anti-H2 vers le traitement des formes plus bénignes des affections, ce qui relativisait le fait que les ventes d'IPP aient été bien inférieures à celles des anti-H2 au cours de l'année en cause⁶⁰.

On en comprend que fort logiquement, le produit nouveau et le produit ancien n'appartiennent au même marché que si le second exerce une pression concurrentielle sur le premier, c'est-à-dire que la progression graduelle du premier est due à la concurrence du second. En l'espèce par exemple, il semble que cette progression seulement graduelle pouvait s'expliquer par la prudence avec laquelle les médecins prescrivent un médicament nouveau qu'ils ne connaissent pas et donc l'inertie que cela entraîne dans la progression des parts de marché.

Il s'agissait donc d'une situation non pas due aux caractéristiques du médicament ancien, mais à un facteur exogène à la concurrence⁶¹.

La CJUE a validé cette analyse : « *le caractère graduel de l'augmentation des ventes d'un produit nouveau se substituant à un produit existant ne signifie pas nécessairement que ce dernier a exercé sur le premier une contrainte concurrentielle significative. Il est en effet possible que, même en l'absence d'un produit antérieur comme les anti-H2, les ventes des IPP en tant que nouveau produit auraient connu globalement le même développement graduel en raison des craintes des médecins prescripteurs quant aux possibles effets cancérigènes des IPP. Partant, c'est à bon droit que le Tribunal a jugé, aux points 91 à 93 de l'arrêt attaqué, qu'il ne saurait être présumé qu'il existe, par principe, un lien de causalité entre le caractère graduel de l'augmentation des ventes des IPP et une contrainte concurrentielle exercée par les anti-H2 sur les IPP* »⁶².

Bien qu'il ne semble pas y avoir de jurisprudence européenne qui se soit précisément prononcée sur ce sujet, la Communication pourrait aborder de façon un peu plus importante qu'au seul actuel paragraphe 19 le sujet de la Cellophane fallacy.

⁶⁰ Conclusions de l'Avocat général J. Mazák du 15 mai 2012 sous l'arrêt de la CJUE du 6 décembre 2012, AstraZeneca AB, AstraZeneca plc, aff. C-457/10 P, §27

⁶¹ En ce sens, arrêt du TUE du 1^{er} juillet 2010, AstraZeneca AB, AstraZeneca plc/Commission européenne, aff. T-321/05, points 56, 92, 98 et 99

⁶² Arrêt de la CJUE du 6 décembre 2012, AstraZeneca AB, AstraZeneca plc, aff. C-457/10 P, point 48

Et, sans lien direct avec la jurisprudence de la CJUE ou du TUE, la nouvelle Communication pourrait également être l'occasion de consolider les méthodes de définitions de marché ressortant des règlements Transfert de technologie et recherche et développement.

Par conséquent, il pourrait être envisagé de consolider dans la nouvelle Communication les définitions de marchés utilisées dans d'autres textes, en particulier les règlements Recherche & développement et Transferts de technologie.

5. La Communication est-elle cohérente avec d'autres législations ou politiques communautaires existantes ou à venir (y compris la législation et les politiques dans des domaines autres que le droit de la concurrence) ?

La Commission doit être vigilante sur la nécessité de veiller à une certaine cohérence entre la Communication et les politiques communautaires relatives à des secteurs particuliers.

Il nous semble notamment nécessaire que les règles applicables aux délimitations de marché tiennent compte des textes et des politiques relatifs à des secteurs comme la santé, l'agriculture, les télécoms, l'énergie, les transports, l'audiovisuel, les médias ou encore la publicité et l'environnement.

A titre d'exemple, en matière de télécoms, l'émergence d'un code des communications électroniques européen et la Directive 2018/1972 du Parlement européen et du Conseil énoncent des définitions précises de certaines activités et de certains marchés⁶³.

Ainsi la cohérence doit être assurée entre la méthodologie utilisée par la Commission et préconisée par la Communication avec des marchés qui ont déjà fait l'objet d'une délimitation.

A cet égard, il paraît dès lors essentiel que :

- ***les règles applicables aux délimitations de marché tiennent compte des textes et des politiques relatifs à des secteurs comme la santé, l'agriculture, les télécoms, l'énergie, les transports, l'audiovisuel, les médias ou encore la publicité et l'environnement ;***
- ***les règles applicables aux délimitations de marché tiennent compte des enquêtes sectorielles qui seraient réalisées ;***
- ***soit mise en place une coopération avec les Autorités sectorielles ou/et encore avec les différentes Direction Générale qui composent la Commission européenne selon une méthodologie transparente et définie dans la Communication.***

*

*

*

⁶³ Directive 2018/1972 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 établissant le code des communications électroniques européen, article 2 définitions

Annexe 1 : liste récapitulative des propositions de l'APDC

I. Pertinence

- La Communication devrait préciser le rôle distinct que joue la délimitation du marché dans la sanction des pratiques anticoncurrentielles et dans le contrôle des concentrations et les différences qui peuvent en résulter au stade de la délimitation du marché pertinent entre ces deux sphères du droit de la concurrence.

Ainsi, dans les pratiques anticoncurrentielles (procédure d'infraction tournée vers le passé, dans laquelle la Commission a la charge de la preuve), il s'agit d'une étape, clef, de la qualification de l'infraction et/ou dans la détermination de la sanction, qui nécessite, dès le départ, la mobilisation de ressources importantes incluant tous les éléments de l'analyse.

Dans le contrôle des concentrations (procédure d'autorisation tournée vers le futur, dans laquelle les parties ont la charge de la preuve), la délimitation du marché pertinent joue de son côté en pratique un rôle de filtre, « simple à l'usage » et économe en ressources à mobiliser, entre les opérations pouvant être problématiques et celles, *prima facie*, qui ne posent pas de difficultés.

- La Communication, en matière de contrôle des concentrations, devrait limiter la pratique de la Commission visant à laisser la délimitation des marchés ouverte.
- La Communication, en matière de contrôle des concentrations, devrait intégrer dans ses décisions simplifiées son analyse du marché pertinent (sans intégrer celle de l'analyse concurrentielle subséquente).
- La Communication devrait être accompagnée d'une base de données, régulièrement actualisée, des délimitations de marchés pertinents.
- La Communication, en matière de pratiques anticoncurrentielles, devrait préciser le degré de la charge de la preuve qui pèse sur les services d'instruction dans la démonstration de leur délimitation du marché pertinent, afin de permettre aux juridictions d'exercer leur contrôle sur cette délimitation.
- La Communication, pour assurer que l'objectif de fournir des orientations exemptes de critiques quant à leur objectivité soit rempli, devrait prévoir une séparation entre les case-handlers chargés de délimiter les marchés et ceux qui traitent ensuite de l'analyse subséquente (position dominante, abus, effets de l'opération etc.), à l'instar de ce que les professeurs Nicolas Petit & Thibault Schrepel proposent dans leur feedback à la roadmap.

II. Efficacité

(i) La Communication à la lumière de son objectif de fournir des orientations correctes, complètes et claires

- La Communication pourrait indiquer les modalités selon lesquelles des biens ou services complémentaires et imparfaitement substituables peuvent ou non être regroupés au sein d'un même marché pertinent. La Communication pourrait ainsi préciser qu'il convient d'analyser l'importance des incitations au regroupement de ces biens ou services.
- La Communication pourrait intégrer les spécificités propres aux marchés dans lesquels la concurrence s'exerce par le biais d'appels d'offres, afin d'adapter le cadre général d'analyse à ces marchés.
- La Communication devrait assurer la prévisibilité des orientations qu'elle présente, notamment s'agissant des conditions dans lesquelles la Commission est susceptible de retenir l'existence d'un marché de dimension mondiale, par exemple en définissant de manière plus précise les modalités de prise en compte des coûts de transport dans la détermination du marché géographique pertinent.
- La Communication devrait définir un cadre d'analyse unique pour la délimitation des marchés locaux, qui aurait vocation à uniformiser les pratiques au sein de l'Union européenne.
- La Communication pourrait contenir une partie dédiée à la délimitation temporelle du marché pertinent, qui décrirait notamment les spécificités propres aux marchés cycliques ou aux marchés en déclin ou en croissance.
- La Communication devrait mentionner, tout particulièrement en contrôle des concentrations, le rôle et l'importance de la pratique décisionnelle antérieure. Elle devrait préciser (i) que la pratique décisionnelle antérieure de la Commission constitue le point de départ de l'analyse de marchés pertinents et (ii) qu'elle entend se référer à la pratique décisionnelle des autorités nationales de concurrence ou même des autorités de régulation, tout en soulignant les limites inhérentes à tel exercice et en rappelant qu'il convient de vérifier la pertinence de reprendre les définitions de marché précédemment adoptées. En ce sens, la Communication pourrait reprendre les principes exposés au point 521 des Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence.
- La Communication devrait prévoir que la Commission publiera de façon régulière l'ensemble des définitions de marché envisagées, à tout le moins dans les décisions simplifiées (cf. supra, pertinence).
- La Communication devrait fournir des précisions supplémentaires sur la substituabilité du côté de l'offre. Elle devrait notamment préciser que les notions de coûts et de délais doivent faire l'objet d'une analyse au cas par cas pour tenir compte des spécificités du secteur examiné et donner des éléments supplémentaires d'appréciation afin de permettre aux parties de mener l'analyse.

- La Communication devrait donner des précisions méthodologiques sur les tests économiques utilisés et le calcul des parts de marché :
 - une partie de la Communication pourrait être consacrée à décrire, dans les grandes lignes, les différents types de tests économiques envisageables (SSNIP, UPP, GUPPI, etc.), les cas dans lesquels le recours à un tel test est approprié, ainsi que les grands principes méthodologiques applicables ;
 - s’agissant du calcul des parts de marché,
 - la Communication pourrait traiter notamment des points méthodologiques suivants : la période pour laquelle il est utile de fournir des données de parts de marché, le sort des ventes captives et le traitement des produits vendus sous marque de distributeurs ;
 - la Communication devrait envisager les hypothèses dans lesquelles les parts de marché ne reflètent pas de façon adéquate le pouvoir de marché des entreprises (v. infra « *la Communication à la lumière des principales tendances et évolutions depuis sa publication* »).
- La Communication pourrait illustrer ses développements à l’aide d’exemples et de cas pratiques et y insérer des références jurisprudentielles et de pratique décisionnelle.
- La Communication pourrait insérer des précisions pratiques concernant les procédures concourant à la détermination du marché pertinent (par exemple, la manière dont la Commission traite les informations de marché qu’elle reçoit des parties concernées et/ou des tiers intéressés). Il serait ainsi sans doute utile que la Commission détaille de façon plus claire dans sa Communication la méthodologie suivie et les procédures employées pour parvenir à une conclusion sur le marché pertinent, en précisant l’ordre hiérarchique des différents éléments pris en compte dans son analyse.
- La Communication devrait préciser, lorsque c’est nécessaire, les particularités propres aux concentrations et aux pratiques anticoncurrentielles ou, à défaut, articuler la Communication avec les autres textes de la Commission A titre d’exemple, à l’instar des lignes directrices de l’autorité de la concurrence française (point 518), la Communication pourrait préciser de façon plus claire que les critères utilisés peuvent différer (cf. recommandation formulée au titre de la pertinence sur ce point).

(ii) La Communication à la lumière des principales tendances et évolutions depuis sa publication

- La Communication devrait, dans le contexte des plateformes numériques, intégrer des développements sur la notion de marché « multi-face »
- La Communication devrait, dans le contexte des « *marchés de l’attention* », intégrer le fait que le temps est une nouvelle variable pertinente pour mesurer la substituabilité du point de vue de la demande et la pression concurrentielle
- La Communication devrait intégrer des développements sur la notion de blockchains (marché de la Blockchain, question de la substituabilité d’autres protocoles, distribués ou non, appréhension du marché comme étant la blockchain elle-même, ou le type d’application qu’elle supporte).

III. Cohérence

- La Communication devrait être régulièrement actualisée pour tenir compte des évolutions des méthodes et des techniques utilisées par la Commission.
- La Communication devrait préciser que la DG IV collabore pour la délimitation des marchés avec tous les services de la Commission, avec toutes les autorités chargées de la régulation d'un secteur (transport, agriculture, communication, etc.) ainsi, le cas échéant, qu'avec les autorités nationales de la concurrence.
- La Communication pourrait intégrer la distinction entre concurrent actuel et concurrent potentiel posée dans l'article 1 du Règlement 330/2010.
- La Communication pourrait prévoir, comme nombre d'instruments de la Commission, un glossaire dédié aux définitions des notions essentielles à l'analyse et l'application de la Communication (notamment : entreprise, entreprise concurrente, concurrent actuel, concurrent potentiel, marché, marché de gros, marché de détail, marché amont, marché aval).
- La Communication pourrait prévoir l'obligation de définir au préalable les marchés avant de caractériser les pratiques en cause, y compris pour les ententes par objet (en particulier pour apprécier l'affectation du commerce entre Etats membres, les effets d'une entente et le caractère unique d'une infraction).
- La Communication pourrait :
 - o exposer dans quelle mesure la substituabilité de deux produits ou services doit être réciproque ou peut être unilatérale ;
 - o détailler, voire quantifier, le degré de substituabilité devant être atteint par deux produits ou services pour être considérés comme relevant du même marché ;
 - o détailler, voire quantifier, la portion suffisante de la demande requise pour juger de la substituabilité ou non de deux produits ou services ;
- La Communication pourrait consolider les définitions de marchés utilisées dans d'autres textes, en particulier les règlements Recherche & développement et Transferts de technologie.
- La Communication devrait prévoir que :
 - o les règles applicables aux délimitations de marché tiennent compte des textes et des politiques relatifs à des secteurs comme la santé, l'agriculture, les télécoms, l'énergie, les transports, l'audiovisuel, les médias ou encore la publicité et l'environnement ;
 - o les règles applicables aux délimitations de marché tiennent compte des enquêtes sectorielles qui seraient réalisées ;
 - o soit mise en place une coopération avec les Autorités sectorielles ou/et encore avec les différentes Direction Générale qui composent la Commission européenne selon une méthodologie transparente qu'elle définirait.

Annexe 2

Réponse à la pré-consultation de la Commission (observations sur la Roadmap) sur l'évaluation de la communication de la Commission « sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence » (OJ C 372/5 du 9 décembre 1997).

L'association française des avocats pratiquant le droit de la concurrence (APDC) salue l'initiative de la Commission européenne de procéder à l'évaluation de la communication de la Commission « sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence », qui date du 9 décembre 1997 (la « Communication »). Elle a pris connaissance, à ce stade, qu'elle comprend être en amont de la consultation proprement dite, de la feuille de route (« Roadmap »), et se réjouit de pouvoir participer, lors de la phase suivante de cette consultation, à la réflexion sur la refonte de la Communication.

L'APDC, à ce stade amont, n'a pas d'observations particulières à formuler sur la méthode de consultation retenue par la Commission, la feuille de route étant très générale et couvrant potentiellement toutes les questions d'intérêt. Elle souhaite toutefois s'assurer que les points suivants feront bien partie intégrante de la réflexion et du travail qui vont être conduits :

- place de la délimitation du marché pertinent dans la politique de concurrence européenne compte tenu des objectifs du Traité. Si cette question plus large n'a pas à proprement parler sa place dans une communication, il importe de garder à l'esprit que la délimitation des marchés pertinents n'est pas seulement une étape intermédiaire pour les besoins de l'analyse concurrentielle mais qu'elle a une portée plus générale, notamment en termes de politiques industrielles des Etats-membres et des Etats extérieurs à l'Union ;
- prise en compte, dans la délimitation des marchés de la dynamique desdits marchés, notamment face à l'émergence de nouveaux marchés volatils et à leur évolution rapide, comme dans le secteur du numérique et en particulier celui des « blockchains » ;
- conciliation entre une nécessaire sécurité juridique pour les entreprises et une non moins nécessaire souplesse pour tenir compte de la dynamique nouvelle des marchés et par voie de conséquence :
 - place de la pratique décisionnelle et de la jurisprudence des juridictions de contrôle européennes dans la future communication, dès lors qu'il est mentionné dans la communication actuelle que l'interprétation de la notion de marché y est sans préjudice de celle des juridictions européennes (§ 6) ;
 - importance accrue du contenu de la future communication compte tenu du développement des procédures négociées s'agissant du contentieux, et de la motivation amoindrie en découlant, et de la multiplication des délimitations laissées « ouvertes » ou des décisions rendues en forme simplifiée s'agissant du contrôle des concentrations ;
- maintien dans la future communication du calcul des parts de marché (mentionné dans la feuille de route dans la partie « Context » (2^{ème} paragraphe), ce qui sera l'occasion de faire le point sur les questions récurrentes qui y sont liées (unités à retenir, valeur / volume, problématiques de délimitation matérielle notamment au regard des outils existants (approche monopoleur hypothétique, test SSNIP...)).

Enfin, l'APDC souhaiterait savoir si le calendrier annoncé dans la feuille de route pour la consultation (lancement au 2^{ème} trimestre 2020 et durée de 12 semaines) sera maintenu en l'état en raison de la crise du SARS-COV-2.

APDC's response to the Commission's pre-consultation (comments on the Roadmap) on the assessment of the Commission notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law (OJ C 372/5 of 9 December 1997)

The French Association of Competition Lawyers (APDC) welcomes the European Commission's initiative to assess the Commission's Notice "on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law" of 9 December 1997 (the "Notice"). It has taken note, at this stage, being ahead of the actual consultation, of the roadmap's content, and is looking forward to participating in the next phase of this consultation, in the reflection on the redesign of the Notice.

The APDC, at this early stage, has no specific comments to make on the consultation method chosen by the Commission, as the roadmap is very general and potentially covers all issues of interest. However, it would like to ensure that the following points will be included in the reflection and work to be carried out:

- the place of the delimitation of the relevant market in European competition policy in the light of the objectives of the Treaty. While this broader question does not strictly speaking have a place in a notice, it is important to bear in mind that the delineation of relevant markets is not only an intermediate stage for the purposes of competitive analysis but has a more general scope, particularly in terms of industrial policies of Member States and of States outside the Union ;
- the taking into account, in the definition of the markets, the dynamics of these markets, particularly in the face of the emergence of new volatile markets and their rapid evolution, as in the digital sector and in particular that of "blockchains".;
- reconciling the need for legal certainty for undertakings with the no less necessary flexibility to take account of the new dynamics of the markets and consequently:
 - the place of the decision-making practice and case-law of the European supervisory courts in the future notice, since the current notice states that the interpretation of the concept of market is without prejudice to that of the European courts (§ 6) ;
 - the increased importance of the content of the future Notice in view of the development of negotiated procedures for litigation and the resulting reduction in the level of reasoning, and the increase in the number of delimitations left "open" or decisions released in simplified form in the field of merger control;
- the maintenance in the future communication of the calculation of market shares (mentioned in the roadmap in the "Context" section (2nd paragraph), which will be an opportunity to take stock of the recurring questions related to it (units to be retained, value / volume, problems of material delimitation in particular with regard to existing tools (hypothetical monopolist approach, SSNIP test...)).

Finally, the APDC would like to know whether the timetable announced in the roadmap for the consultation (launch in the 2nd quarter of 2020 and duration of 12 weeks) will be maintained as it stands because of the SARS-COV-2 crisis.