

Définition du marché pertinent : la Commission européenne publie sa communication révisée

Comm. UE, Communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit de la concurrence de l'Union, C(2023) 6789 final, 8 févr. 2024

En réponse aux évolutions sociétales et technologiques intervenues depuis l'adoption de la première communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence de 1997, ainsi qu'aux évolutions importantes de la jurisprudence de l'Union européenne et de sa pratique décisionnelle, la Commission européenne a revu sa définition du marché pertinent. Après un examen approfondi de sa communication de 1997, elle a adopté le 8 février 2024 une communication révisée sur la définition du marché pour les affaires de concurrence, intégrant ces nouvelles réalités.

Rédigé sous la direction de Claudie Boiteau, en partenariat avec le Master Droit et régulation des marchés de l'Université Paris Dauphine-PSL.

Une révision de la communication pour s'adapter aux nouvelles réalités du marché

Adoptée en 1997, la première communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (Comm. UE, Communication 97/C 372/03, 9 déc. 1997) n'avait fait l'objet d'aucune modification depuis son adoption.

Entre 2020 et 2021, la Commission européenne avait entrepris une évaluation et un examen approfondi de cette communication. Ce travail, réalisé en étroite collaboration avec les représentants des autorités nationales européennes, a abouti à l'adoption d'une communication le 18 novembre 2021, visant à définir les axes clés autour desquels devait s'articuler la révision envisagée.

S'il était ressorti que les dispositions de cette communication continuaient de servir son objectif général de transparence et de prévisibilité, les nouvelles réalités des marchés, induites par les transitions sociétales et technologiques et notamment par le phénomène de numérisation, requéraient néanmoins quelques ajustements.

Ainsi, la relance post-pandémie Covid-19 de l'Union européenne est au cœur des aspirations de cette révision, avec comme objectif la création d'un marché unique davantage résilient. Par ailleurs, la mise en œuvre du Green Deal européen, nouvelle stratégie de croissance de l'Union européenne, ainsi que la transition numérique, destinée à profiter à tous, sont deux axes majeurs de l'amélioration de la communication.

À l'issue de ces réflexions, la communication révisée a été publiée par la Commission le 8 février 2024.

La délimitation du marché pertinent comme étape du contrôle des concentrations et de la détermination de pratiques anticoncurrentielles

La délimitation du marché pertinent, soulignée à la fois par la Commission dans sa communication de 1997 et dans sa version révisée de 2024, constitue une étape incontournable en droit de la concurrence et dans son application pratique. Étape intermédiaire importante dans l'appréciation du contrôle des concentrations et dans la majorité des affaires de pratiques anticoncurrentielles, la définition du marché pertinent permet à la Commission « *d'identifier et de délimiter le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre les entreprises* » (pt 6 de la communication révisée).

Le marché pertinent, aussi appelé « marché en cause », se situe au croisement de deux approches : une première par les produits, et une seconde relevant d'une dimension géographique. Le marché de produits renvoie d'une part à l'ensemble des biens et/ou services qu'un consommateur moyen considère substituables. Cette interchangeabilité s'estime au regard de plusieurs critères tels que notamment le prix, les caractéristiques, ou encore l'usage auquel le bien est destiné. D'autre part, le marché géographique vise à délimiter le territoire sur lequel la concurrence entre les entreprises fournissant le bien ou le service en cause, peut être considérée comme suffisamment homogène.

La délimitation permet ainsi, dans les cas spécifiques, d'apprécier le pouvoir de marché exercé par les entreprises considérées. Par ailleurs, cet exercice revêt également une importance cruciale lorsque les autorités souhaitent établir un seuil de parts de marché sous lequel les entreprises peuvent bénéficier d'aménagements, tels que l'exemption de règles de concurrence pour certains accords, ou encore bénéficier de procédures simplifiées dans la conclusion de certains contrats.

Une version révisée venant fournir des orientations nouvelles ou supplémentaires

Une attention particulière portée aux marchés à forte intensité d'innovation et aux marchés numériques

Comme l'a précisé la Commission, « *il est essentiel de protéger l'innovation pour l'économie de l'UE, ainsi que pour ses citoyens* ». Ainsi, les marchés à forte intensité d'innovation sont au cœur de cette révision. Ils font en ce sens l'objet d'orientations spécifiques, axées notamment sur la concurrence par l'innovation en y incluant les produits en cours de développement.

Des éléments clés relatifs aux marchés numériques complètent également cette communication révisée, qui se concentre sur les plateformes multifaces, les écosystèmes numériques (comme les produits construits autour d'un système d'exploitation mobile) ainsi que sur le calcul des parts de marché pour les marchés à prix nuls.

À noter toutefois que ces orientations actualisées ne supposent pas automatiquement que la Commission « *interviendra de plus en plus dans ce domaine* ».

Il est à noter que la communication révisée de la Commission n'entend pas apporter de précisions sur la définition des marchés au titre du *Digital Markets Act* (Règl. (UE) 2022/1925, 14 sept. 2022). Les règles harmonisées mises en place par le DMA pour encadrer l'activité économique des grandes plateformes ne reposent pas sur l'établissement d'un pouvoir de marché au sens du droit de la concurrence.

Les évolutions de la définition des marchés pertinent au sens de la nouvelle communication

La version révisée de la communication accorde une plus grande importance aux paramètres de concurrence autres que les prix. Elle apporte ainsi des précisions quant à la prise en compte d'une concurrence non-tarifaire, qui se caractérise par des éléments différents du prix comme l'innovation, la fiabilité d'approvisionnement ou encore la qualité des produits et services. À titre d'exemple, la durabilité, la disponibilité ou encore la protection de la vie privée sont des éléments mis en avant par la communication pour illustrer la notion de qualité. Cette focale apportée à la concurrence non-tarifaire s'explique également par le développement des marchés à prix nuls, marchés caractéristiques du secteur du numérique (plateformes multifaces par exemple).

La communication clarifie également l'utilisation des outils mis à disposition pour aider à la délimitation du marché pertinent. Ces outils ne sauraient être les seuls éléments recevables à titre de preuve, d'autres éléments peuvent être pris en compte. Il est notamment précisé que le test SSNIP (ou test du « monopoleur hypothétique ») utilisé afin de déterminer le marché en cause, n'est pas obligatoire et que d'autres types de preuves sont valables. Par exemple, ce test SSNIP ne pourrait être utile dans le cas d'un marché à prix nul évoqué précédemment ; d'où la nécessité de faire évoluer les outils avec le marché.

Le SSNIP (*Small but Significant Increase in Price*), fréquemment utilisé dans les cas antitrust aux États-Unis notamment, repose sur une étude de l'élasticité-prix croisée de la demande à la suite d'une augmentation légère (5 à 10 %) du potentiel substitut. Deux produits substituables au niveau de la demande sont considérés se trouver sur le même marché. L'étude de la substituabilité permet ainsi de délimiter le marché en cause.

Dans cette même logique, il est précisé que le calcul des parts de marché des entreprises actives sur le marché considéré n'est pas le seul moyen d'appréciation d'une puissance concurrentielle. La détermination des parts de marché peut s'avérer utile dans certains cas (marché à produits homogènes), mais d'autres facteurs peuvent se montrer plus pertinents au regard des effets sur l'innovation ou des barrières à l'entrée existantes.

La notion de marché géographique précisée par la nouvelle communication

Prenant en compte la nature toujours plus interconnectée des marchés, la communication révisée s'applique à préciser la notion de marchés mondiaux. Un marché est susceptible d'être de dimension mondiale lorsque les clients du monde entier « ont accès aux mêmes fournisseurs à des conditions similaires, quel que soit le lieu où ils se trouvent » (pt 69). Elle part également de précédents afin de clarifier cette potentielle dimension mondiale, prenant pour exemple le marché des services informatiques ou encore des produits aérospatiaux civils. Par ailleurs, une analyse prospective des

marchés est introduite. Cette analyse peut notamment servir à identifier des transitions structurelles que pourrait subir un marché, marché qui pourrait alors voir sa délimitation géographique élargie.

La portée de la version révisée de la communication

Bien que la révision de la communication soit la conséquence des innovations rapides du milieu du numérique, elle intéresse tous les secteurs. Aussi, l'ensemble des principes énoncés par ces orientations révisées, même les plus spécifiques, peut être appliqué dans différents domaines avec un degré de pertinence plus ou moins élevé selon le secteur concerné.

La Commission précise par ailleurs avoir travaillé en étroite collaboration avec les autorités nationales de concurrence du Réseau européen de la concurrence (REC) pour réviser sa communication, mais aussi d'avoir consulté différentes autorités de pays non-membres de l'EEE. Ces échanges nourris ont permis selon elle de « *favoriser l'alignement international des approches relatives à la définition du marché* » (pt 12 des Questions/Réponses de la Commission).

L'Autorité de la concurrence, qui a participé à la révision de cette communication, s'est félicitée de son adoption. Pour l'Autorité, la version révisée de la communication « *offre d'avantage de transparence aux entreprises par une meilleure prise en compte des évolutions de l'économie, comme le développement des marchés numériques* » (Aut. conc., Communiqué de presse, 8 févr. 2024).

Par Noémie Demange et Halaé Guettaf, étudiantes du Master Droit et régulation des marchés de l'Université Paris Dauphine-PSL

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_23_6001

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/QANDA_23_6002

<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX%3A31997Y1209%2801%29%3AFR%3AHTML>