



HAL
open science

Marchés pertinents – Marchés numériques: La Commission européenne poursuit ses consultations sur la définition des marchés pertinents (Comm. eur., comm. presse du 26 juin 2020, Concurrence - La Commission consulte sur les règles relatives à la définition des marchés pertinents)

Marie Cartapanis, Frédéric Marty

► **To cite this version:**

Marie Cartapanis, Frédéric Marty. Marchés pertinents – Marchés numériques: La Commission européenne poursuit ses consultations sur la définition des marchés pertinents (Comm. eur., comm. presse du 26 juin 2020, Concurrence - La Commission consulte sur les règles relatives à la définition des marchés pertinents). Concurrences [Competition law journal / Revue des droits de la concurrence], 2021. hal-03183581

HAL Id: hal-03183581

<https://hal.science/hal-03183581v1>

Submitted on 18 Oct 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Concurrences

REVUE DES DROITS DE LA CONCURRENCE | COMPETITION LAW REVIEW

Général

Chroniques | Concurrences N° 3-2020 | pp. 78-87

Marie Cartapanis

marie.cartapanis@univ-amu.fr

Maître de conférences
Université Aix-Marseille

Anne-Sophie Choné-Grimaldi

as.chonegrimaldi@parisnanterre.fr

Professeur de droit privé
Université Paris Nanterre

Frédéric Marty

frederic.marty@gredeg.cnrs.fr

Chargé de recherches CNRS
Université Côte d'Azur GREDEG, Nice
CIRANO, Montréal

Général

Marie Cartapanis

marie.cartapanis@univ-amu.fr

Maître de conférences

Université Aix-Marseille

Anne-Sophie Choné-Grimaldi

as.chonegrimaldi@parisnanterre.fr

Professeur de droit privé

Université Paris Nanterre

Frédéric Marty

frederic.marty@gredeg.cnrs.fr

Chargé de recherches CNRS

Université Côte d'Azur GREDEG, Nice
CIRANO, Montréal

1. Union européenne

78 Définition du marché pertinent – Communication – Processus de révision : La Commission européenne publie une feuille de route expliquant le déroulement des étapes qui devraient la conduire à réviser la communication sur la définition du marché pertinent

Comm. eur., 3 avril 2020, Feuille de route pour l'évaluation de la communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins de l'application du droit communautaire de la concurrence

78 Marchés pertinents – Marchés numériques : La Commission poursuit ses consultations sur la définition des marchés pertinents.

Comm. eur., comm. presse du 26 juin 2020, Concurrence – La Commission consulte sur les règles relatives à la définition des marchés pertinents

80 Plateformes numériques – Régulation : La Commission européenne lance deux études d'impact préalables relatives à l'encadrement concurrentiel et régulateur des plateformes d'intermédiation électroniques.

Comm. eur., Étude d'impact initiale – Paquet législatif sur les services numériques – Instrument de régulation ex ante pour les grandes plateformes en ligne ayant des effets de réseau importants et agissant en tant que verrou d'accès au marché dans le marché intérieur de l'Union européenne, Ares(2020)2877647, 2 juin 2020 et Étude d'impact initiale – nouvel instrument concurrentiel, Ares(2020)2877634, 4 juin 2020

1. Union européenne

Définition du marché pertinent – Communication –

Processus de révision : La Commission européenne publie une feuille de route expliquant le déroulement des étapes qui devraient la conduire à réviser la communication sur la définition du marché pertinent (*Comm. eur.*, 3 avril 2020, *Feuille de route pour l'évaluation de la communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins de l'application du droit communautaire de la concurrence*)

Dans une feuille de route publiée le 3 avril 2020, la Commission européenne a officiellement lancé le processus de révision de la communication relative à la définition du marché pertinent qui n'avait pas été modifiée depuis sa parution le 9 décembre 1997. Dans une première étape, la Commission a invité les personnes intéressées à dresser un bilan de la communication de 1997 ; il s'agit à ce stade d'évaluer son effectivité, son efficacité, sa pertinence, sa cohérence ainsi que sa valeur ajoutée s'agissant de son application dans le réseau européen de concurrence. Quarante-quatre papiers, dont six provenant de France, ont été envoyés. Le chiffre est peut-être un peu décevant et s'explique certainement par le choix d'un horizon temporel très contraint, au vu de la situation actuelle : il fallait envoyer sa réponse entre le 3 avril et le 15 mai 2020. Ainsi, aucune réponse de l'Autorité française de concurrence ne semble avoir été fournie dans ce cadre.

Dans sa feuille de route, la Commission a rappelé les deux évolutions majeures du contexte économique qui l'ont incitée à entamer cette réflexion : la digitalisation et la mondialisation de notre économie. Nul doute que des avancées sont attendues en matière de position dominante. En droit des ententes, les évolutions pourraient également ne pas être négligeables. On sait que la part de marché joue un rôle crucial dans l'application des règlements d'exemption et dans la caractérisation de la sensibilité des effets anticoncurrentiels. Or la part de marché est directement corrélée à la question de la délimitation du marché pertinent.

A.-S.C.-G ■

Marchés pertinents – Marchés numériques :

La Commission européenne poursuit ses consultations sur la définition des marchés pertinents (*Comm. eur.*, comm. presse du 26 juin 2020, *Concurrence - La Commission consulte sur les règles relatives à la définition des marchés pertinents*)

À la suite des annonces faites par la Commissaire européenne à la concurrence en décembre 2019 (voir cette chronique, volume 1-2020, pp. 87-88), la Commission a engagé une réflexion sur l'évolution de la définition des marchés pertinents. Ces derniers sont pour l'heure définis à partir d'une communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence publiée en décembre 1997 (JO C 372 du 9.12.1997, pp. 5–13). Dans ce cadre, elle a lancé une consultation publique pour recevoir les avis des différentes parties prenantes pour adapter ces règles aux enjeux de la numérisation et de la globalisation de notre économie et pour renforcer la transparence et la redevabilité de sa pratique décisionnelle (Evaluation of the Commission Notice on the definition of relevant markets for the purpose of Community competition law, Ares(2020)1911361 – 3 avril 2020).

La définition des marchés pertinents est une étape essentielle pour la mise en œuvre des règles de concurrence que cela soit dans le domaine de la sanction des pratiques anticoncurrentielles ou dans celui du contrôle des concentrations. Les enjeux de l'économie numérique et du développement des écosystèmes constituent l'un des facteurs expliquant cette nécessaire évolution tout comme l'accélération des phénomènes de convergence des marchés en grande partie liée à la capacité des grandes plateformes à entrer rapidement sur de nouveaux domaines d'activité.

Plusieurs critères d'évaluation sont privilégiés. Premièrement, l'efficacité de la communication sur la définition du marché sera évaluée en tenant compte du contexte économique et des diverses approches juridiques en la matière. Deuxièmement, la Commission entend vérifier la pertinence des principes mis en place compte tenu de l'évolution du droit (et notamment de l'approche par les effets). Troisièmement, la Commission insiste sur l'exigence de cohérence du droit en matière du marché pertinent et sur la conformité de la communication aux exigences jurisprudentielles qui émanent de la Cour de justice.

Par exemple, le concept même d'écosystème numérique conduit à des architectures de marché non seulement conglomérales mais également très rapidement changeantes. Le projet d'amendement à la loi allemande sur la concurrence traduit bien cette notion avec le concept d'opérateur particulièrement important pour la concurrence sur plusieurs marchés (voir Budzinski O., Gaenssle S. and Stöhr A., (2020), "The Draft for the 10th Amendment of German Competition Law: Towards a new concept of 'outstanding relevance accross markets'", Ilmenau Economics Discussion Papers, 26, 142, June). Les risques de bascule vers une situation d'ultra-dominance pérenne ou d'extension du pouvoir économique vers un autre marché peuvent s'observer sans qu'il soit possible de caractériser une position dominante sur un des marchés concernés. Le cas des places de marché en ligne est emblématique de cette situation. Le pouvoir de marché naît du contrôle d'un écosystème et de la dépendance économique et technique dans laquelle se trouvent les différentes parties prenantes bien plus que de la détention d'un pourcentage donné d'un segment de marché particulier.

De nombreuses décisions ont déjà montré que les parts de marché sont des indicateurs imparfaits du pouvoir de marché (voir notamment la contribution d'Inge Graef à la consultation de la Commission européenne, citant la décision de la Commission COMP/M.6281 – *Microsoft/Skype*, du 7 octobre 2011, para. 78). De la même façon, de nombreuses contributions déjà remises à la Commission insistent sur le caractère statique (sinon rétrospectif) de la prise en compte des parts de marché face aux stratégies conglomérales des grands groupes de l'économie numériques aptes à étendre rapidement leurs activités d'un marché à l'autre et à y contester très efficacement les positions établies (voir sur ce point la notion de molygopole développée par Nicolas Petit : "Big Tech and the Digital Economy – The Mologopoly Scenario?" Oxford University Press, juillet 2020).

Une telle capacité d'entrer sur de nouveaux marchés rapidement conduit à souligner deux risques spécifiques en matière d'évaluation concurrentielle. Le premier risque porte sur les difficultés d'appréciation de la possibilité et de la vitesse de convergence de différents services, comme le montre le cas du contrôle des concentrations (voir le cas de la concentration approuvée en octobre 2014 par la Commission entre Facebook et WhatsApp, cas M.7217 du 29 août 2014). Le second risque tient à une mauvaise appréciation de la concurrence potentielle sur un marché donné, laquelle, comme le souligne Inge Graef, n'est pas prise en compte dans la communication de 1997. Or, le contrôle de données et les capacités techniques et financières des grands groupes de l'Internet leur permettent d'étendre très rapidement leurs activités d'un marché à l'autre, imposant donc une évaluation de la puissance de marché allant au-delà de la prise en compte des parts de marché effectivement contrôlée sur chaque marché individuel concerné à un moment donné.

Le contrôle de flux de données complémentaires ou d'actifs spécifiques peut aisément accroître à très court terme les phénomènes de convergence des marchés. Ces mêmes enjeux conduisent d'autres contributeurs à la consultation de la Commission (notamment Nicolas Petit et Thibault Schrepel dans une contribution jointe) à insister sur l'opportunité de prendre en compte dans l'évaluation des marchés pertinents la pression concurrentielle de biens et services non substituables. L'idée sous-jacente est que par exemple dans le domaine de la téléphonie mobile bien qu'iOS et Android présentent des modèles économiques différents et des infrastructures technologiques spécifiques, ces derniers sont en concurrence. Nicolas Petit et Thibault Schrepel proposent également une différenciation selon que les marchés considérés aient ou non basculés vers des situations d'ultra-dominance (*tipping*). Pour ces derniers, la procédure actuelle serait injustement défavorable aux entreprises intervenant sur des marchés ayant connu une telle bascule en ce qu'elle ne prend pas suffisamment en compte la concurrence des produits adjacents.

Les nombreuses contributions déposées sur le site de la DG Concurrence alimenteront les réflexions de la Commission et de l'ensemble des parties prenantes mais un dernier point peut être à ce stade mis en relief. Dans leur contribution Nicolas Petit et Thibault Schrepel proposent une évolution institutionnelle de nature à éviter le risque d'une surestimation initiale du pouvoir de marché qui pourraient conduire à des décisions que nous pourrions qualifier en termes économiques de faux positifs. Une définition trop restrictive des marchés pertinents concernés déterminerait inexorablement la décision concurrentielle. Ils proposent donc de séparer la tâche de la définition du marché pertinent et de l'éventuelle qualification de position dominante de celle de la qualification des pratiques.

Cette position témoigne du caractère crucial de la définition des marchés pertinents dans les contentieux concurrentiels. Ces mêmes préoccupations sont présentes dans le rapport parlementaire remis par Valéria Faure-Muntian et Daniel Fasquelle (Rapport d'information au nom de

la Commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale sur le thème des plateformes numériques, 24 juin 2020). Ce dernier prenant acte de la difficulté d'inférer le pouvoir économique de la mesure des parts de marché propose de prendre en compte des éléments plus large liés au contrôle exercé par chaque plateforme structurante des différents écosystèmes numériques sur leurs communautés d'utilisateurs (clients et complémentateurs) et sur les données.

Rappelons que le rapport d'information établi par les députés Patrice Anato et Constance Le Grip pour la Commission des affaires européennes de l'Assemblée nationale avait proposé d'abandonner la notion de marché pertinent afin de prendre en compte plus finement la notion de "concurrence potentielle" et de gains d'efficacité (Anato P. et Le Grip C., (2019), Rapport d'information sur le droit européen de la concurrence face aux enjeux de la mondialisation, Commission des affaires européennes, Assemblée nationale, 27 novembre 2019). Le suivi des travaux de la Commission européenne permettra donc de rendre d'un débat déterminant pour la politique de concurrence européenne.

M. C. & F. M. ■

Plateformes numériques – Régulation :
La Commission européenne lance deux études d'impact préalables relatives à l'encadrement concurrentiel et régulateur des plateformes d'intermédiation électroniques (*Comm. eur., Étude d'impact initiale – Paquet législatif sur les services numériques - Instrument de régulation ex ante pour les grandes plateformes en ligne ayant des effets de réseau importants et agissant en tant que verrou d'accès au marché dans le marché intérieur de l'Union européenne, Ares(2020)2877647, 2 juin 2020 et Étude d'impact initiale - nouvel instrument concurrentiel, Ares(2020)2877634, 4 juin 2020*).

Le traitement concurrentiel des plateformes numériques fait l'objet de nombreuses réflexions non seulement dans la littérature économique mais également dans la sphère des politiques publiques.

Par exemple, la *Competition and Markets Authority* (CMA) britannique a proposé le 1^{er} juillet 2020 au Gouvernement de mettre en œuvre un cadre régulateur spécifique pour contrôler le pouvoir de marché de deux plateformes précises, en l'espèce *Google* et *Facebook*. Dans la continuité des recommandations du Rapport Furman, qui lui a été remis en 2019, la CMA propose la mise en place d'une régulation *ad hoc* pour contrecarrer les effets de la concentration du pouvoir économique des plateformes électroniques et pour permettre à la fois une concurrence à égalité des armes et éviter que les consommateurs et les complémentateurs (i.e. les entreprises utilisatrices des services de la plateformes et apportant des services qui lui sont complémentaires) ne fassent l'objet de comportements abusifs.

Dans le même temps, les députés Valéria Faure-Muntian et Daniel Fasquelle ont déposé le 24 juin 2020 un rapport d'information au nom de la Commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale sur le thème des plateformes numériques. Leurs propositions (que nous présentons dans cette même chronique) vont également dans le sens de l'ajout d'une régulation spécifique en complément d'une application des règles de concurrence, elle-même assouplie.

Enfin, est proposé en Allemagne un 10^{ème} amendement à la loi sur la concurrence permettant de traiter des situations dans lesquelles les structures de marché font que des opérateurs détiennent et exercent un pouvoir économique sur plusieurs marchés (notion d'opérateurs particulièrement importants pour la concurrence sur plusieurs marchés). Le projet d'adaptation du droit de la concurrence au numérique insiste également sur les enjeux d'une dominance structurelle et sur les risques concurrentiels qu'il est difficile de traiter avec les outils actuels du droit de la concurrence. Il en est ainsi du risque de distorsion de concurrence au sein des écosystèmes (*self-preferencing*), du basculement vers des situations d'ultra-dominance pérenne (*tipping*), de capacité à étendre sa position de marché vers des marchés connexes par effet de levier, notamment basé sur des avantages en termes de données, de jouer stratégiquement sur la portabilité des données et l'interopérabilité des services ou encore de la possibilité de profiter d'asymétries d'informations vis-à-vis des autres acteurs de l'écosystème (Budzinski O., Gaenssle S. and Stöhr A., (2020), "The Draft for the 10th Amendment of German Competition Law: Towards a new concept of 'outsanding relevance accross markets'", *Ilmenau Economics Discussion Papers*, 26, 142, June).

Ainsi, les deux études d'impacts préliminaires lancées par la Commission s'inscrivent dans un mouvement très large (auquel nous pourrions également rattacher le rapport du Centre Stigler de l'Université de Chicago lui-même publié en 2019). Le 26 juin 2020 dans le cadre son intervention dans le cadre de la 15^{ème} conférence de l'ASCOLA, *Competition in Digital Age: Changing Enforcement for Changing Times*, Margrethe Vestager, Commissaire à la concurrence, insistait sur les risques irréversibles pour la concurrence qui pourraient survenir dans un marché sur lequel une plateforme dominante pourrait atteindre le point de bascule vers une dominance écrasante, du fait des économies d'échelle et d'envergure, des externalités de réseaux, de la gratuité de certains services et des avantages liés aux données. En d'autres termes, le blocage du processus de concurrence peut ne pas provenir du comportement d'une entreprise donnée mais de la structure même du marché. De tels risques concurrentiels supposent pour la Commission, une évolution des règles d'encadrement des marchés.

Les deux consultations lancées par la Commission les 2 et 4 juin derniers sont particulièrement représentatives d'une possible inflexion des politiques de concurrence dans un sens s'écartant significativement de la pratique décisionnelle des quatre dernières décennies. Notre première section présente les deux consultations. Notre deuxième section développe une analyse juridique de celles-ci.