

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES
COMITÉ DE LA CONCURRENCE**

Concurrence et innovation - Le rôle de l'innovation dans les affaires d'application du droit de la concurrence – Note de référence

Rédigée par le Secrétariat

5 décembre 2023

Le présent document a été rédigé par le Secrétariat de l'OCDE afin de servir de note de référence lors de la 141^e réunion du Comité de la concurrence de l'OCDE qui se tiendra du 5 au 6 décembre 2023.

Les opinions exprimées et les arguments avancés dans ce document ne reflètent pas nécessairement le point de vue officiel de l'Organisation ou des gouvernements de ses pays membres.

D'autres documents consacrés à ce sujet peuvent être consultés à l'adresse suivante :
www.oecd.org/competition/the-relationship-between-competition-and-innovation.htm

Pour toute question relative à ce document, veuillez prendre contact avec M. Antonio Capobianco.
[Courriel : Antonio.CAPOBIANCO@oecd.org].

JT03531764

Concurrence et innovation – Le rôle de l'innovation dans les affaires d'application du droit de la concurrence*

La présente note de référence examine comment les autorités de la concurrence ont intégré l'innovation dans l'évaluation à laquelle elles procèdent dans les affaires d'application du droit de la concurrence. Elle explore des scénarios qui ont pris l'innovation en considération dans une perspective statique, en analysant principalement la concurrence actuelle et potentielle sur des marchés de produits bien identifiés (l'approche fondée sur les incitations), comme des scénarios qui l'ont prise en considération dans une perspective dynamique, en définissant souvent des marchés de l'innovation (approche fondée sur l'impact). Elle examine également des affaires dans lesquelles des innovations accrues ont été considérées comme des justifications potentielles des réductions de la concurrence. Cette note examine comment ces différentes approches ont façonné la définition du marché, les théories du préjudice considérées, et même la conception des mesures correctives et des engagements.

* Le présent document a été établi par Aura García Pabón (Division de la concurrence de l'OCDE). Il a bénéficié des commentaires d'Ori Schwartz, d'Antonio Capobianco et d'Alessandra Tonazzi, également membres de la Division de la concurrence. Les opinions exprimées et les arguments avancés dans ce document ne reflètent pas nécessairement le point de vue officiel de l'Organisation ou des gouvernements de ses pays membres.

Table des matières

Concurrence et innovation – Le rôle de l'innovation dans les affaires d'application du droit de la concurrence	2
1. Introduction	4
2. Le cadre légal	7
3. Approche fondée sur les incitations	13
3.1. L'innovation dans des marchés de produits existants	13
3.2. L'innovation dans de futurs marchés de produits	15
3.3. Théories traditionnelles du préjudice	18
3.4. Les mesures correctives	22
3.5. Difficultés liées à l'approche fondée sur les incitations	23
4. Approche fondée sur l'impact	26
4.1. Marchés de l'innovation	27
4.2. Théories du préjudice spécifiques à l'innovation	29
4.3. Mesures correctives	39
4.4. Difficultés liées à l'approche fondée sur l'impact	40
5. Approche fondée sur une relation inverse : facteurs compensatoires, gains d'efficacité et justifications	44
5.1. L'innovation comme facteur contrebalançant le pouvoir de marché	44
5.2. L'innovation comme source de gains d'efficacité	45
5.3. L'innovation comme justification	48
6. Conclusions	50
Notes de fin	52
Bibliographie	58

1. Introduction

1. La concurrence favorise le bien-être des consommateurs et la croissance économique, et rend les marchés plus flexibles et plus innovants (OCDE, 2023^[1]). L'innovation est bénéfique pour les consommateurs car elle leur permet de profiter de produits nouveaux ou meilleurs qui sont mieux adaptés à leurs besoins (Sidak et Teece, 2013^[2]).

2. En juin 2023, le Comité de la concurrence de l'OCDE a débattu de la relation entre la concurrence et l'innovation en se plaçant dans une perspective théorique. Il est parvenu à la conclusion qu'il n'existe pas d'explication théorique unique à la relation entre les deux variables, étant donné que les processus d'innovation fonctionnent de manière différente selon les industries, et dépendent de compétences, de technologies, de capacités et de ressource spécifiques. Il a également relevé que de nombreux facteurs stimulent l'innovation, qui peuvent ne pas se rapporter directement à la concurrence mais interagissent avec elle et ont un impact sur la dynamique concurrentielle des marchés où des innovations ont lieu. L'intégration de ces facteurs dans l'analyse des opérations ou des comportements anticoncurrentiels potentiels joue également un rôle essentiel dans l'évaluation qu'en font les autorités de la concurrence.

3. Les autorités de la concurrence ont notamment pour rôle de garantir le bon fonctionnement des marchés, afin que des processus d'innovation puissent avoir lieu. En outre, la bonne application de la politique de concurrence est bénéfique pour l'innovation, car elle permet de maintenir l'ouverture des marchés aux innovateurs et pourrait intensifier les retombées économiques de l'innovation.

4. Les autorités de la concurrence ont depuis longtemps tenu compte de l'innovation dans l'application des règles de concurrence, et ce à différents stades de leurs procédures¹. Toutefois, cela n'a pas été fait de manière systématique et, dans la plupart des cas, le rôle joué par l'innovation a été secondaire². Bien qu'elles soient souvent invoquées dans des plaintes et des décisions des autorités de la concurrence, les allégations de préjudice causé à l'innovation n'ont pas été analysées de manière méthodique. Les examens relatifs à l'innovation ont rarement abouti à reconnaître une violation de la législation antitrust, car ils se sont généralement accompagnés d'allégations d'effets défavorables sur les prix, se focalisant le plus souvent sur le court terme (Gilbert et Melamed, 2022^[3]).

5. Le contrôle des fusions est le domaine où les autorités de la concurrence ont le plus souvent examiné la question de l'innovation. Il ressort d'une étude empirique sur les fusions aux États-Unis qu'entre 1995 et 2008, un tiers de toutes les contestations de fusions par les autorités de la concurrence américaines ont fait état d'un préjudice causé à l'innovation (Kern, Dewenter et Kerber, 2016^[4]). De la même manière, une analyse de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne révèle que la Cour a pris en considération la question de l'innovation dans 20 affaires au moins de contrôle des fusions depuis 1979, bien qu'elle ait utilisé des paramètres différents dans chaque cas (Schrepel, 2023^[5]). Le Comité de la concurrence de l'OCDE a précédemment consacré des discussions aux éléments relatifs à l'innovation à examiner dans le contrôle des fusions, par exemple, dans le cadre d'analyses des effets hors-prix (OCDE, 2018^[6]).

6. Les marchés basés sur l'innovation ont posé un nombre croissant de difficultés et de questions nouvelles aux autorités de la concurrence, notamment en ce qui concerne la concurrence entre des plateformes multifaces et l'expansion d'écosystèmes dans tout un éventail d'industries numériques et non numériques. Pour leur part, les autorités de la concurrence cherchent à trouver un juste équilibre dans

leurs activités d'application du droit de la concurrence. En effet, une application excessive pourrait réduire les incitations à l'innovation, étant donné que les entreprises prendraient en considération le contrôle intense des autorités de la concurrence dans leur évaluation du risque avant de prendre leurs décisions d'investissement, ce qui empêcherait des innovations qui auraient pu avoir des effets positifs sur le bien-être des consommateurs. Dans le même temps, une application insuffisante pourrait entraîner une plus grande concentration des marchés, ce qui, par contrecoup, pourrait avoir des effets négatifs sur le bien-être des consommateurs et réduire les incitations à innover à long terme.

7. Cette note de référence fait suite à la discussion théorique sur la relation entre la concurrence et l'innovation, en examinant cette relation dans la perspective de l'application du droit de la concurrence. Elle présentera une analyse de la manière dont les autorités de la concurrence intègrent la question de l'innovation dans leurs enquêtes pour violations du droit de la concurrence et leurs contrôles des fusions. Elle discutera également de la manière dont ces autorités évaluent l'innovation : (i) pour définir et examiner des marchés, y compris les aspects liés à la concurrence existante et future, (ii) pour déterminer les effets d'un comportement et d'opérations sur les incitations des entreprises à innover et leur capacité d'innover, (iii) s'il existe des théories du préjudice spécifiques relatives à l'innovation ou si l'innovation est uniquement considérée dans le cadre d'une analyse standard, et (iv) si l'innovation peut être, ou a été invoquée, comme un argument de défense pour justifier un comportement anticoncurrentiel.

8. L'innovation est prise en considération au cas par cas, et l'analyse peut être différente selon qu'elle intervient dans le contexte du contrôle d'une fusion ou de l'examen d'un comportement anticoncurrentiel potentiel. En outre, cette analyse peut être différente selon que l'innovation est comprise comme un moyen de distinguer le produit en cause de celui de concurrents, de manière à obtenir un avantage sur le marché de produits concerné, ou selon que les entreprises se font effectivement concurrence en matière d'innovation. Enfin, l'analyse peut changer selon la manière dont l'autorité comprend la relation entre la concurrence et l'innovation. Autrement dit, l'analyse sera différente selon que l'autorité de la concurrence est intéressée à examiner si la concurrence impacte l'innovation, et/ou si l'innovation affecte la concurrence, et selon que l'évaluation est faite dans une perspective statique ou dynamique³.

9. En particulier, cette note explore les approches suivantes, qui ont été adoptées par les autorités de la concurrence pour appréhender la relation entre la concurrence et l'innovation :

- **l'approche fondée sur les incitations**, qui considère que la concurrence stimule l'innovation et que les marchés sont mus par la concurrence. Selon cette approche, les autorités de la concurrence examinent l'innovation dans une perspective statique, en considérant la concurrence actuelle et potentielle sur des marchés de produits bien identifiés.
- **l'approche fondée sur l'impact**, qui repose sur l'hypothèse que l'innovation stimule également la concurrence, étant donné que les marchés peuvent être mus par l'innovation. L'examen de l'innovation est effectué dans une perspective dynamique et peut impliquer d'examiner des marchés de l'innovation.
- **l'approche fondée sur une relation inverse**, qui examine la hausse des niveaux d'innovation comme des justifications potentielles de la baisse du niveau de concurrence. Généralement, cette hypothèse est envisagée dans le contexte où l'innovation est invoquée comme un facteur contrebalançant un pouvoir de marché, comme un moyen de défense justifiant un comportement anticoncurrentiel ou comme un gain d'efficacité.

10. Il ne semble pas que les différentes juridictions procèdent à une analyse systématique de l'innovation, que ce soit dans les affaires d'application ou dans les décisions sur les fusions. C'est pourquoi la présente note de référence vise à décrire la manière générale dont les autorités de la concurrence ont examiné la question de l'innovation dans leur analyse. À cet effet, elle fait le point sur les décisions d'application du droit de la concurrence, que ce soit dans le domaine du contrôle des fusions ou dans d'autres domaines, et s'efforce de classer l'analyse des autorités de la concurrence dans les trois scénarios décrits ci-dessus. Elle présentera chaque scénario indépendamment mais reconnaît que les

trois perspectives peuvent être complémentaires et présentes dans une seule et même décision (par exemple, en adoptant une perspective dynamique pour la définition du marché mais en analysant une théorie traditionnelle du préjudice fondée sur des considérations classiques).

11. Sur la base d'exemples tirés de ces trois scénarios, la présente note de référence explorera : (i) les types d'innovations qui ont été examinés ; (ii) la manière dont les autorités de la concurrence ont défini les marchés ; (iii) la question de savoir si elles ont analysé les effets de l'opération ou du comportement ; (iv) la question de savoir si elles ont examiné les justifications, les facteurs et les gains d'efficacité compensatoires ; et (v) les aspects relatifs à la conception des mesures correctives ou des engagements.

12. Le contrôle des fusions est le domaine dans lequel l'innovation a été évaluée le plus souvent par les autorités de la concurrence, mais cette évaluation varie au cas par cas. La présente note a mis en lumière le fait que les autorités de la concurrence suivent des approches différentes, y compris dans la même décision, à des stades différents de leur analyse. Ces différences portent notamment sur la manière dont les marchés sont définis et analysés, sur les théories du préjudice examinées et sur la conception des mesures correctives. Ces différences d'approche de l'innovation s'expliquent essentiellement par la manière dont les autorités de la concurrence comprennent la relation entre la concurrence et l'innovation.

13. Plusieurs tentatives ont déjà été faites afin de classer la manière dont les autorités de la concurrence ont approché l'innovation, plus particulièrement dans le contrôle des fusions. À titre d'exemple, (Federico, 2017^[7]) suggère que les autorités de la concurrence devraient examiner les trois aspects sur lesquels les fusions sont susceptibles d'affecter l'innovation : (i) la concurrence sur le marché de produits, (ii) la concurrence pour l'innovation, et (iii) le caractère appropriable des bénéfices de l'innovation. L'auteur examine ces trois aspects en se plaçant dans la perspective des externalités. Bien que de manière imparfaite, la catégorisation proposée par la présente note de référence s'inspire largement de sa proposition. L'approche fondée sur les incitations couvre la concurrence sur le marché de produits, tandis que l'approche fondée sur l'impact se concentre davantage sur la concurrence pour l'innovation. Enfin, l'approche fondée sur une relation inverse touche à la possibilité d'examiner les effets compensatoires sur les incitations à l'innovation, par exemple lorsque les autorités de la concurrence évaluent des hausses de la capacité d'appropriation de l'innovation dues à une fusion, dans le cadre des gains d'efficacité revendiqués.

14. Cette note de référence examine comment les autorités de la concurrence ont inclus l'innovation dans l'application du droit de la concurrence, en considérant les différentes approches de la relation entre ces deux variables. La **Section 2.** résume la manière dont des considérations liées à l'innovation ont été introduites dans le droit de la concurrence, essentiellement sous la forme de lignes directrices, afin de servir de base à l'évaluation de l'innovation. La **Section 3.** décrit des scénarios dans lesquels les autorités de la concurrence ont fondé leurs évaluations sur une approche basée sur les incitations, c'est-à-dire en utilisant une perspective statique pour analyser l'impact d'une concurrence réduite sur l'innovation. La **Section 4.** explore les différentes manières dont les autorités de la concurrence ont introduit des considérations liées à l'innovation dans l'approche fondée sur l'impact, ce qui signifie que les autorités adoptent une approche dynamique pour analyser comment les changements dans l'innovation affectent également la concurrence. La **Section 5.** décrit les approches dans lesquelles l'innovation a été examinée en se fondant sur une relation inverse afin de justifier le comportement en cause ou de revendiquer des gains d'efficacité. Enfin, la **Section 6.** présente certaines conclusions.

2. Le cadre légal

15. Avant d'examiner en détail la manière dont les autorités de la concurrence ont pris l'innovation en considération dans leurs décisions, il importe de regarder comment l'innovation a été conçue dans le cadre légal.

16. Il est extrêmement rare que l'innovation apparaisse formellement comme un facteur dans les lois sur la concurrence, mais les autorités de la concurrence ont pu trouver, dans des sources secondaires, des orientations sur la manière dont elles peuvent l'introduire dans leurs analyses. Ces sources sont principalement des lignes directrices consacrées à des questions de fond, sur lesquelles les autorités de la concurrence s'appuient généralement pour expliquer leur approche de certains aspects retenus dans leurs décisions. Il est donc utile de voir comment elles traitent l'innovation.

17. Les lignes directrices consacrées à l'évaluation sur le fond de fusions et d'acquisitions contiennent normalement une mention explicite à l'innovation et à sa relation avec la concurrence. À titre d'exemple, les deux jeux de lignes directrices de la Commission européenne (CE) respectivement consacrés à l'appréciation des fusions horizontales et non horizontales mentionnent l'innovation à plusieurs reprises, en indiquant qu'elle est l'un des critères au regard desquels la Commission évalue les effets probables d'une fusion. Dans d'autres juridictions comme la [France](#) et le [Royaume-Uni](#) en Europe, le [Brésil](#) et le [Chili](#) en Amérique Latine, le [Canada](#) et les [États-Unis](#) (en cours d'actualisation) en Amérique du Nord, le [Kenya](#) en Afrique, le [Japon](#), les [Philippines](#), l'[Australie](#) et la [Nouvelle-Zélande](#) dans la région Asie-Pacifique, les autorités de la concurrence disposent de lignes directrices sur les fusions qui mentionnent explicitement l'innovation comme une variable à prendre en compte dans le contrôle des fusions.

18. Bien que cette référence à l'innovation soit plus ou moins détaillée et développée selon les juridictions, ces dernières envisagent toutes l'impact potentiel d'une fusion sur l'innovation⁴. La présente note de référence passe en revue ces mentions explicites, afin de comprendre comment les autorités de la concurrence conçoivent la relation entre la concurrence et l'innovation et comment elles s'efforcent de traduire cette relation dans leurs évaluations.

19. Aux États-Unis, par exemple, la section 6.4 des *US Merger Guidelines* (Lignes directrices américaines sur les fusions) (actuellement en cours de révision) évoque la possibilité d'examiner si une fusion est susceptible de diminuer la concurrence pour l'innovation sur des marchés existants ou futurs, en raison de la baisse des incitations à continuer le développement d'un produit ou à commencer le développement de nouveaux produits. De la même manière, le texte révisé de ces lignes directrices, dont le projet a été présenté par le ministère américain de la Justice (DOJ) et la Federal Trade Commission (FTC) pour commentaires, reconnaît l'innovation comme « *une dimension de la concurrence d'importance primordiale* »⁵ et décrit les mécanismes selon lesquels la réduction de la concurrence entraînée par une fusion pourrait affecter la capacité et les incitations à innover.

20. Ce projet de lignes directrices révisées sur les fusions reconnaît que « *les Autorités [de la concurrence] peuvent définir des marchés en cause autour des produits qui résulteraient de cette innovation, même s'ils n'existent pas encore. Dans certains cas, les Autorités peuvent analyser, lorsqu'elles examinent la question de l'innovation, des marchés en cause différents de ceux qu'elles analysent lorsqu'elles examinent d'autres dimensions de la concurrence* »⁶. Cela permettrait aux autorités américaines de la concurrence de définir des marchés en se fondant spécifiquement sur des considérations d'innovation.

21. En outre, ce projet de révision des lignes directrices donne aux autorités de la concurrence la possibilité de tenir compte des capacités à innover des entreprises concernées dans leur évaluation d'une fusion, tout en s'en tenant aux théories traditionnelles du préjudice. Il soutient que les incitations des entreprises à se faire concurrence pour l'innovation dépendent de leurs capacités respectives et que le développement des produits innovants dépend de la disponibilité de l'expertise et des ressources appropriées. Il ajoute que dans les domaines où les entreprises qui fusionnent sont « *deux entreprises formant partie du petit nombre d'entreprises qui ont des collaborateurs spécialisés, des installations de développement, la propriété intellectuelle ou des projets de recherche dans un domaine particulier où opère un petit nombre d'entreprises, la concurrence entre elles aura un impact plus important sur leurs incitations à innover* »⁷. Ce faisant, le projet justifie d'examiner les capacités des entreprises et d'adopter une approche plus dynamique de l'innovation, en incluant la concurrence sur de futurs marchés, tout en se fondant toujours sur l'hypothèse que la concurrence est le moteur du marché, ce qui signifie que la concurrence impacte l'innovation en modifiant les incitations des entreprises à innover (la question sera analysée au paragraphe 3.3).

22. Les lignes directrices adoptées au Chili par la Fiscalía Nacional Económica (FNE) (voir Encadré 2.1) figurent parmi celles qui contiennent les dispositions les plus détaillées sur la manière dont l'innovation peut être évaluée lors du contrôle d'une fusion. Ces lignes directrices couvrent différents scénarios, dans lesquels la FNE examine l'innovation dans le cadre de l'analyse de la concurrence, depuis la détermination de la part de marché jusqu'à celle des effets unilatéraux, envisagés dans l'optique d'une concurrence dynamique, sans oublier l'examen des gains d'efficacité que l'opération pourrait générer.

Encadré 2.1. L'innovation dans les lignes directrices du Chili sur les fusions

L'autorité de la concurrence du Chili (FNE) a mis à jour ses lignes directrices sur les fusions horizontales en mai 2022 afin d'y inclure certaines considérations inspirées par les modifications les plus récentes de son droit de la concurrence, son expérience récente et la jurisprudence des tribunaux chiliens, ainsi que certains aspects liés aux développements de la théorie économique et à l'évolution du marché.

Conformément aux lignes directrices, la FNE considère l'innovation des manières suivantes :

1. Dans le cadre de l'analyse de la part de marché, en particulier si les parts de marché sont volatiles, comme cela est le cas sur les marchés mus par l'innovation.
2. Dans la description de toutes les barrières éventuelles à l'entrée ou à l'expansion, étant donné que les investissements dans l'innovation et la technologie pourraient être considérés comme des coûts irrécupérables.
3. Afin d'expliquer la nécessité de procéder à une analyse plus approfondie des effets d'une opération sur la concurrence, quels que soient les changements des indices de concentration. Tel est particulièrement le cas lorsque l'une des parties à la fusion est un innovateur important.
4. Dans l'analyse des effets unilatéraux, afin d'examiner comment le pouvoir de marché de l'entité fusionnée lui donnera des capacités à affecter les variables de la concurrence ou des incitations à cet effet. Dans ce cas, l'innovation est considérée comme l'une des variables de la concurrence qu'il convient d'examiner.
5. Afin d'analyser la concurrence dynamique. Cet examen est particulièrement nécessaire lorsque l'innovation est importante pour pouvoir faire concurrence et lorsque les scénarios qui examinent les conditions concurrentielles existantes ne constituent pas un bon scénario contrefactuel pour évaluer les effets de l'opération. On pourrait citer l'exemple des marchés où la concurrence s'exerce pour le marché et non dans le marché. Dans ces cas, la FNE propose d'évaluer la position concurrentielle d'autres acteurs du marché afin de développer l'innovation et de déterminer dans quelle mesure ces innovateurs potentiels peuvent faire concurrence aux parties qui fusionnent.
6. Afin d'examiner les réductions des incitations à innover des parties qui fusionnent, en particulier si elles ont des projets d'innovation de nature similaire. Dans ces cas, la FNE évaluera la probabilité que l'opération entraîne l'abandon de l'un des projets, affectant ainsi la vitesse d'entrée sur le marché et/ou la variété des produits et services dont les consommateurs pourront disposer dans un proche avenir.
7. Afin d'examiner les incitations à innover et les modifications qui leur sont apportées sur les marchés extrêmement innovants, où les différents agents peuvent avoir des axes de recherche et de développement différents et où les parties à la fusion ont la possibilité d'éliminer, de rétrograder ou de différer les projets qui pourraient cannibaliser les profits d'un projet actuel ou futur de cette entité.
8. Afin d'examiner les effets positifs sur les incitations à innover, principalement dans les cas où les parties à la fusion sont en mesure de s'approprier plus facilement la valeur générée par l'opération.
9. Afin d'analyser les effets particuliers des opérations sur les marchés numériques, étant donné qu'elles peuvent avoir des effets sur la concurrence hors-prix.
10. Afin d'examiner les gains d'efficacité (statiques et dynamiques) générés par les opérations. La FNE indique que les gains d'efficacité pourraient, par exemple, contrebalancer les préoccupations inspirées par une perte d'innovation dans les opérations intervenant sur les marchés numériques.

Dans tous ces scénarios, les lignes directrices décrivent les éléments à prendre en considération : la performance passée des entreprises en matière d'innovation, le point de savoir si les processus d'innovation observés ont correspondu à des innovations progressives ou de rupture, et l'existence ou l'absence de droits de propriété intellectuelle.

Source : FNE (2022). Horizontal Merger Guidelines. Disponibles à l'adresse suivante : <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2022/05/20220531.-Guia-para-el-Analisis-de-Operaciones-de-Concentracion-Horizontales-version-final-en-ingles.pdf>

23. Les autorités de la concurrence tiennent également compte de l'innovation, telle qu'elle est envisagée dans les lignes directrices sur l'application du droit de la concurrence en matière d'abus de position dominante, ce que reflètent leurs procédures, bien que dans une mesure largement inférieure à celle qui a lieu dans le cadre du contrôle des fusions. On peut citer, à titre d'exemples, les Lignes directrices sur l'abus de position dominante publiées par le Bureau de la concurrence au Canada (voir Encadré 2.2), les Orientations de l'UE sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes⁸, et les Lignes directrices de la Commission de la concurrence et de la consommation (CCCS) de Singapour sur l'interdiction posée par l'article 47⁹. Ces différentes lignes directrices définissent, à des niveaux de détail différents, le rôle de l'innovation dans la définition du marché en cause, l'analyse de la position dominante d'une entreprise et l'examen des effets produits par l'abus de position dominante. Les lignes directrices de la CCCS reconnaissent également l'impact potentiel des mesures correctives sur l'innovation.

Encadré 2.2. L'innovation dans les lignes directrices sur l'abus de position dominante du Canada

Les lignes directrices sur la répression de l'abus de position dominante, publiées par le Bureau de la concurrence au Canada et mises à jour en 2022, décrivent l'approche générale du Bureau en matière d'application des dispositions de la loi sur la concurrence consacrées à l'abus de position dominante. L'innovation semble avoir un rôle majeur dans son approche.

Bien qu'il reconnaisse que le fait de sanctionner une entreprise au seul motif qu'elle est dominante aurait un effet très négatif sur les incitations à innover, et que la perspective de détenir un pouvoir de marché incite dans certains cas les entreprises à s'engager dans une concurrence dynamique, le Bureau estime également, à titre de postulat de départ, qu'une concurrence mue par l'innovation pourrait, entre autres, être réduite par un comportement anticoncurrentiel.

Évoquant la manière d'évaluer le pouvoir de marché et la capacité de l'entreprise dominante à évincer des concurrents, les lignes directrices évoquent l'innovation comme l'un des facteurs pertinents pouvant être évalués, outre le changement technologique.

En ce qui concerne les effets des pratiques anticoncurrentielles, les lignes directrices indiquent que le Bureau, qui se concentre sur les barrières accrues à l'entrée ou à l'expansion, peut également évaluer l'impact du comportement en estimant si, en l'absence de ces pratiques, la qualité du produit, l'innovation ou le choix s'en trouverait amélioré. En ce sens, les lignes directrices soulignent la nécessité pour le Bureau d'examiner les effets du comportement concerné sur la concurrence à la fois statique et dynamique, y compris la rivalité entraînée par l'innovation en termes de procédés ou de produits.

En ce qui concerne les effets sur la concurrence dynamique, les lignes directrices reconnaissent le caractère incertain et plus complexe de l'exercice, et proposent de s'appuyer sur des expériences concrètes, lorsqu'elles existent, afin de déterminer les effets sur la concurrence.

À propos des refus de vente, en particulier, les lignes directrices reconnaissent que contraindre des entreprises à fournir des intrants qui sont le résultat d'un investissement coûteux peut réduire les incitations des entreprises à innover à l'avenir, et le Bureau doit donc en tenir compte lorsqu'il doit déterminer si un refus de vente était un acte anticoncurrentiel.

Source : Bureau de la concurrence du Canada, Abuse of Dominance Enforcement Guidelines, disponibles à l'adresse suivante : <https://ised-isde.canada.ca/site/competition-bureau-canada/sites/default/files/attachments/2022/CB-ADEG-Eng.pdf> ; OECD (2020), Abuse of dominance in digital markets, www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf

24. La Commission fédérale coréenne du commerce (KFTC) a publié en 2022 des lignes directrices sur les pratiques anticoncurrentielles dans le secteur des plateformes¹⁰, dans lesquelles elle a identifié l'innovation comme un facteur clé à considérer pour déterminer le caractère illégal des comportements des plateformes, particulièrement dans deux dimensions : (i) pour la définition du marché, puisqu'elle reconnaît que les frontières d'un marché « pourraient être brouillées » en raison des changements rapides du marché entraînés par l'innovation, et (ii) pour l'évaluation des effets, car elle identifie la nécessité d'examiner si le comportement des plateformes encourage ou décourage l'innovation.

25. Une brève revue de certaines des lignes directrices les plus pertinentes révèle que l'innovation joue un rôle clé dans le cadre légal d'évaluation aux différents stades des procédures des autorités de la concurrence, depuis la définition du marché jusqu'à la conception des mesures correctives. La remarque vaut à la fois pour les enquêtes dans les procédures d'application du droit de la concurrence et pour le

contrôle des fusions. Les sections suivantes examinent si ces discussions se sont traduites dans la pratique et comment.

3. Approche fondée sur les incitations

26. L'une des manières d'examiner la relation entre la concurrence et l'innovation consiste à analyser l'innovation dans le contexte des **marchés mus par la concurrence**, en partant que l'hypothèse que la concurrence sur ces marchés stimule l'innovation. Dans ces cas, les autorités de la concurrence procèdent généralement à une analyse statique, dans laquelle elles considèrent l'innovation comme l'un des multiples facteurs qui se rapportent à la concurrence mais n'en est pas le moteur. Elles estiment plutôt que les niveaux de concurrence existant sur le marché devraient être suffisants pour encourager l'innovation, et, dès lors, que la concurrence met les entreprises sous pression afin qu'elles se différencient en améliorant leurs produits ou services. En d'autres termes, l'innovation est alors comprise comme le résultat d'activités commerciales qui sont motivées par la perspective de s'approprier les rentes découlant de l'innovation, grâce aux ventes rentables générées par le succès de cette innovation.

27. Cette approche concerne les affaires dans lesquelles les autorités de la concurrence ont défini des marchés mus par la concurrence, analysé la capacité et les incitations des acteurs du marché à innover et comment ces incitations changent en raison d'une opération ou d'un comportement particulier, c'est-à-dire si ces incitations ont été influencées de manière négative par des changements de la structure du marché ayant conduit à une réduction de la concurrence¹¹. Dans ces cas, les autorités de la concurrence posent en postulat que la concurrence a un impact sur l'innovation. Dans ce contexte, les autorités de la concurrence ont défini et accepté des mesures correctives visant à restaurer la dynamique concurrentielle, afin d'accroître, ce faisant, les incitations des entreprises à innover.

28. Dans l'approche fondée sur les incitations, les autorités de la concurrence ont analysé l'impact que la concurrence a sur l'innovation sur des marchés de produits existants, ainsi que sur des marchés futurs, sur la base du concept de concurrence potentielle¹².

3.1. L'innovation dans des marchés de produits existants

29. Les autorités de la concurrence ont argué que les situations qui réduisent la concurrence peuvent également restreindre l'innovation. Dans de nombreux cas, une concurrence réduite pourrait affecter l'innovation sur des **marchés de produits existants**. Cet effet est particulièrement important lorsque l'innovation est un outil permettant de rester en phase avec le dynamisme du marché (Bundeskartellamt, 2017⁽⁸⁾). Une concurrence réduite pourrait également impacter des projets novateurs qui sont en cours et auront des résultats prévisibles sur ces marchés.

30. Deux scénarios peuvent se présenter au cours de l'examen des marchés existants. Le premier est celui dans lequel l'innovation affecte déjà des produits existants (c'est-à-dire le cas dans lequel l'innovation est purement incrémentale), et le second est celui dans lequel elle introduit de nouveaux produits ou services qui peuvent être identifiés et feront concurrence sur des marchés où d'autres entreprises sont déjà actives. Dans ces cas, les marchés affectés sont soit des marchés établis caractérisés par des **innovations incrémentales continues**¹³, soit des nouveaux marchés, où des entreprises vendent déjà des produits sur le marché tandis que d'autres développent des produits afin

d'entrer sur ces marchés et d'y exercer une concurrence. On peut citer, à titre d'exemple de ces derniers marchés, ceux dans lesquels il existe un monopole de la production et de la vente de médicaments et où le monopoliste se comporte d'une manière qui stoppe des innovations avancées qui pourraient faire concurrence à ses médicaments existants, y compris en acquérant ces projets (voir Encadré 3.1).

Encadré 3.1. Définition du marché dans le secteur pharmaceutique : acquisition de projets de R&D avancés

En règle générale, les marchés pharmaceutiques suivent un certain schéma : une course aux brevets se déroule entre les entreprises pour la production d'un médicament destiné à traiter une pathologie spécifique. La course s'arrête lorsqu'une entreprise met au point un médicament innovant qui est breveté, grâce auquel elle obtient le monopole du marché pendant une période déterminée. À l'expiration du brevet et lorsqu'elles le jugent rentable, d'autres entreprises se lancent dans la recherche et le développement pour entrer sur le marché et concurrencer la première entreprise. Pour éviter la concurrence, les monopoles tentent souvent d'acheter des projets concurrents ou de mettre au point des pratiques visant à empêcher ces derniers d'entrer sur le marché, ce qui peut constituer une pratique anticoncurrentielle.

En 2017, la FTC a résolu une affaire dans laquelle elle alléguait que Mallinckrodt, en situation de monopole sur le marché des médicaments à base d'hormone adrénocorticotrope (ACTH), avait étouffé la concurrence par une acquisition illégale des droits de mise au point d'un médicament qui aurait pu concurrencer ses médicaments existants. Compte tenu de l'état d'avancement du projet de développement, le marché affecté par le comportement présumé a été défini sur la base du médicament existant, la FTC ayant conclu que les deux seraient suffisamment substituables à l'avenir.

Les examens de fusion sont fréquents dans ce type de situations. En 2015, la Commission européenne a effectué une évaluation d'une fusion entre Pfizer et Hospira. La Commission a estimé qu'après l'acquisition, Pfizer aurait retardé voire interrompu le développement, par Hospira, d'un produit pharmaceutique de phase II destiné au traitement des maladies auto-immunes, éliminant ainsi la concurrence future entre le nouveau produit et les médicaments biosimilaires déjà commercialisés. BMS/Celgene (2019), J&J/Actelion (2017), Novartis/GSK (2015) et Medtronic/Covidien (2014) sont autant d'affaires où la CE a estimé que la transaction aurait un impact sur la concurrence sur des marchés où les parties à la fusion menaient des activités de R&D pertinentes qui, en cas de succès, auraient concurrencé des produits existants ou des programmes similaires en cours d'élaboration. Dans ces affaires, on craignait que l'entité issue de la fusion ne rationalise ses programmes de R&D en interrompant, en retardant ou en réorientant l'une des activités de R&D des parties à la fusion.

Source : Ordonnance d'injonction permanente et de réparation pécuniaire équitable dans l'affaire n° 1:17-cv-120 - dossier FTC n° 1310172 (Mallinckrodt Ard Inc) ; CE, affaire M. 7559 Pfizer/Hospira (2015) ; CE, affaire M. 9294 BMS/Celgene (2019) ; CE, affaire M.8401 J&J/Actelion (2017) ; CE, affaire M.7275 Novartis/branche d'oncologie de GSK (2015) ; CE, affaire M.7326 Medtronic/Covidien (2014).

31. Les autorités de la concurrence ont conclu que lorsque les parties se font concurrence sur des marchés existants, les préoccupations éprouvées ont généralement trait à la réduction ou à un retard d'introduction de nouvelles caractéristiques des produits, ce qui signifie que l'innovation sur les marchés existants sera potentiellement affectée par l'opération¹⁴. Pour parvenir à ces conclusions, elles analysent habituellement des avis de tierces parties et des documents internes des entreprises qui font l'objet de l'enquête ou des parties qui fusionnent, y compris les plans d'innovation futurs ; elles examinent également les parts de marché des entreprises, sur la base du total des investissements en R&D de l'industrie.

32. Les autorités de la concurrence ont pris des éléments similaires en considération dans des affaires d'abus de position dominante, où l'innovation est un élément important pour la définition et l'analyse du marché affecté par le comportement concerné, mais elles définissent le marché sur la base d'un produit existant. Tel a été le cas dans l'enquête ouverte par la FTC dans l'affaire Qualcomm.¹⁵ Dans sa plainte, la FTC alléguait que certaines pratiques commerciales de Qualcomm, y compris une politique baptisée « Pas de licence, pas de puces », avaient pour effet d'augmenter les coûts de ses rivaux pour la vente de processeurs de bande de base (puces modernes). Pour la FTC, ce comportement avait eu pour effet de réduire la capacité et l'incitation des concurrents à innover et développer la nouvelle génération de ces produits. La FTC a certes reconnu que la concurrence pousse les entreprises à innover dans des technologies de la prochaine génération, mais a néanmoins concentré son analyse sur l'innovation dans le marché existant, sachant que des innovations potentielles apportées aux processeurs affecteraient toujours le même marché de produits sur lequel Qualcomm était déjà active.

33. Cette analyse a également été couramment effectuée dans des procédures pour abus de position dominante contre des entreprises pharmaceutiques, accusées de bloquer l'entrée sur le marché de médicaments génériques, sur des marchés où il existe déjà un médicament actif sur le marché et des projets en cours pour produire et commercialiser des médicaments génériques (voir Encadré 3.1 ci-dessus)¹⁶. Cela exclut les scénarios dans lesquels des développements de R&D dont les résultats sont incertains sont également affectés par le comportement abusif.

34. Toutes ces affaires ont en commun le fait que les autorités de la concurrence ont défini les marchés en cause sur la base de produits et de services existants, lorsqu'elles prévoyaient qu'une innovation ait lieu, et qu'elle soit essentiellement de nature incrémentale. Étant donné que les autorités de la concurrence ont pu identifier convenablement les produits et les services concernés dans ces affaires, puisqu'ils étaient déjà offerts sur le marché, le facteur d'incertitude n'a pas été particulièrement pris en compte pour la définition du marché de produits. L'incertitude joue un rôle dans l'analyse de ces marchés, pour l'examen de la concurrence potentielle et de la substituabilité à l'avenir. Cette question est examinée ci-dessous.

3.2. L'innovation dans de futurs marchés de produits

35. Les autorités de la concurrence se sont également souciées de savoir comment les réductions de la concurrence peuvent affecter l'innovation dans les **futurs marchés de produits**, par exemple parce qu'il existe déjà une innovation au dernier stade de développement qui créerait un nouveau marché de produits. Les opérations ou les comportements impliquant des dispositifs médicaux ou des produits pharmaceutiques, qui exigent par nature d'intenses travaux de R&D et dont certains projets en sont aux derniers stades de développement en sont un exemple, particulièrement lorsque les pipelines de produits de différents acteurs du marché se chevauchent. Cette approche pourrait s'étendre, et s'étend dans la pratique, à la concurrence potentielle lorsqu'on s'attend à ce que des acteurs qui ne sont pas encore présents sur un marché existant lancent un nouveau ou un futur produit et commencent à faire concurrence sur ce marché, comme évoqué dans la section précédente (OCDE, 2023^[9]). Dans toutes ces affaires, les autorités de la concurrence se sont fondées sur la définition des futurs marchés de produits pour analyser les effets d'une opération de fusion ou du comportement d'une entreprise et lorsque le produit futur est **bien identifié**.

36. Dans sa plainte cherchant à bloquer l'acquisition par Meta de Within en 2022, la FTC a fondé ses allégations sur la probabilité raisonnable que Meta serait entrée sur le marché existant des applications de fitness VR dédiées par des moyens alternatifs, en l'absence de l'opération. Pour la FTC, le fonctionnement des laboratoires de réalité virtuelle de Meta reposait sur des plans d'affaires et sur des projets de R&D y afférents qui pouvaient générer des innovations permettant à l'entreprise d'entrer sur le marché par elle-même. Le raisonnement sous-jacent a été le suivant : les efforts déployés par les

laboratoires peuvent être pris en considération, quand bien même les innovations futures seraient-elles de proches substituts des produits déjà vendus par Within, et il convient en conséquence de les prendre en compte pour définir l'étendue du marché de produits et analyser sa dynamique concurrentielle¹⁷.

37. Dans la fusion Illumina/Grail, la Commission européenne a défini le marché en cause comme le futur marché des tests de détection précoce du cancer. La Commission a déterminé qu'Illumina, qui est un fournisseur de systèmes de séquençage de la prochaine génération (NGS) pour l'analyse génétique et génomique, exercerait une concurrence à l'avenir si l'opération était réalisée, étant donné que Grail utiliserait ces systèmes de NGS pour développer les tests en question. L'Encadré 3.4 ci-dessous présente l'analyse des effets verticaux de l'opération qui a été faite par le CE, en tenant compte de la définition du marché futur.

38. Dans les deux cas, les autorités de la concurrence se sont appuyées sur des prévisions relatives à la physionomie du marché futur en termes de taille et de structure afin de parvenir à leurs conclusions sur la future dynamique du marché.

39. Les procédures pour abus de position dominante ont également été l'occasion de définir les futurs marchés. L'Encadré 3.2 décrit deux affaires récentes jugées par l'autorité italienne de la concurrence (AGCM), relatives à des allégations d'abus de position dominante par Google.

Encadré 3.2. Enquêtes sur les abus de position dominante de Google en Italie : le rôle des marchés futurs

Google contre Enel X

Google a écopé de sanctions qui lui ont été infligées par l'AGCM en avril 2021 pour avoir abusé de sa position dominante sur les marchés des systèmes d'exploitation sous licence et des magasins d'applications pour le système d'exploitation Android. En effet, Google avait refusé de rendre l'application JuicePass (propriété d'Enel X et développée pour fournir des services de recharge de voitures électriques ainsi que la recherche, la réservation et le paiement de stations de recharge) disponible sur la plateforme Android Auto. Selon l'AGCM, Google n'a pas préparé les solutions informatiques nécessaires pour permettre à Enel X d'intégrer la plateforme, ce qui a entravé et retardé de manière injustifiée la disponibilité d'Enel X sur Android Auto.

Dans son évaluation, l'AGCM a étudié différentes dimensions de la relation concurrentielle entre Google et Enel X. Elle a examiné la concurrence actuelle et potentielle entre les entreprises, ainsi que la concurrence autour des utilisateurs et des données, dans laquelle l'innovation a joué un rôle. Plus précisément, l'AGCM s'est penché sur les effets à long terme du comportement de Google, susceptibles d'influer sur les marchés futurs. Pour l'AGCM, tout comportement visant à priver les concurrents de l'acquisition d'un flux de données pertinentes nécessaire pour définir leurs opérations auprès des utilisateurs pourrait réduire le degré d'innovation et entraver l'apparition de nouveaux produits faisant l'objet d'une demande potentielle. La question de la définition de ces futurs marchés a été laissée ouverte par l'autorité.

Google contre Hoda

En juillet 2022, l'AGCM a ouvert une autre enquête pour un abus potentiel contre Google. En effet, Google aurait entravé l'identification de mécanismes d'interopérabilité servant à mettre les données présentes sur sa plateforme à la disposition d'autres plateformes. Le développeur d'applications, Hoda avait déposé une plainte selon laquelle les utilisateurs avaient du mal à exporter leurs données de Takeout¹ de Google vers Weople, une plateforme de protection des données personnelles et d'investissement, pour en tirer profit.

L'enquête a été ouverte en raison de l'abus présumé qui limite la capacité des opérateurs alternatifs, tels que Hoda, à développer des services innovants basés sur les données. Cette limitation aurait un impact sur le futur marché de l'utilisation et de l'exploitation des données à caractère personnel. Pour l'AGCM, ce marché deviendra essentiel à l'avenir, car il offre aux utilisateurs « *la possibilité de tirer le maximum de potentiel économique de l'utilisation des données à caractère personnel, y compris par des modes d'exploitation différents de ceux pratiqués actuellement par l'opérateur dominant* ».

En juillet 2023, l'AGCM a clos l'enquête en acceptant les engagements pris par Google pour faciliter l'interopérabilité des données des utilisateurs par le biais de Takeout. Google s'est notamment engagé à fournir des outils efficaces pour l'automatisation et l'amélioration du mécanisme d'interopérabilité destiné aux opérateurs tiers.

Remarque :

¹ un projet développé par Google grâce auquel les utilisateurs des produits Google exportent leurs données dans un fichier téléchargeable.

Source : AGCM (2023). A552 - Autorité italienne de la concurrence : Suite à l'intervention de l'Autorité, la portabilité des données de Google est désormais plus aisée. Disponible à l'adresse suivante : <https://en.agcm.it/en/media/press-releases/2023/7/A552>; AGCM (2022). A552 - Autorité italienne de la concurrence, enquête ouverte contre Google pour abus de position dominante en matière de portabilité des

données. Disponible à l'adresse suivante : <https://en.agcm.it/en/media/press-releases/2022/7/A552>; AGCM (2021). A529 Procédure N° . 29645. Google/Compatibilità App Enel X Italia con Sistema Android Auto.

40. Par comparaison avec la sous-section précédente sur les marchés existants en cause, l'incertitude joue un rôle plus important dans l'analyse de marchés futurs. Les autorités de la concurrence peuvent être en mesure d'identifier les futurs produits et services qui seront mis sur le marché, en fonction du degré d'avancement des projets de R&D. Dans les autres cas, les autorités de la concurrence peuvent uniquement identifier les pistes potentielles de projets de R&D qui pourraient conduire à développer des produits ou services qui seront vendus sur le marché. L'autorité de la concurrence peut se servir de preuves comme des documents internes et des tests et résultats préliminaires pour définir un futur marché. Dans ces scénarios, les autorités de la concurrence axent l'analyse de la situation concurrentielle sur le fait qu'indépendamment de l'issue réelle future du projet de R&D, les entreprises analysées pourraient être de futurs concurrents. En conséquence, un comportement ou des opérations éliminant ou retardant l'un des projets auraient des effets négatifs sur la concurrence. Les difficultés liées à l'adoption de cette approche sont évoquées à la section 3.5 ci-dessous.

41. La section 4.1 examinera les cas dans lesquels il n'est pas possible de définir les produits particuliers qui seront le résultat de l'innovation, de telle sorte que les autorités de la concurrence définiront plutôt le marché en cause comme le marché de l'innovation.

3.3. Théories traditionnelles du préjudice

42. Lorsqu'elles évaluent les effets sur la concurrence du comportement de certaines entreprises, par exemple dans le contexte d'une enquête pour abus de position dominante, les autorités de la concurrence examinent si le comportement en question a eu, a, ou est susceptible d'avoir pour effet d'empêcher ou de réduire substantiellement la concurrence sur un marché. Généralement, cette évaluation porte sur le comportement générant des effets d'exclusion du marché. Dans le cadre de cette analyse, les autorités de la concurrence ont examiné les effets de la réduction de la concurrence sur l'innovation. À cet effet, elles ont analysé l'impact du comportement en question sur les **incitations à innover**, à la fois pour l'entreprise dominante et pour ses concurrents¹⁸.

43. Pour analyser les incitations à innover d'une entreprise dominante, les autorités de la concurrence fondent généralement leur évaluation sur la manière dont l'enracinement du pouvoir de marché réduit les incitations de l'entreprise à innover, étant donné qu'il existe moins de menaces concurrentielles que celles qui existeraient sans le comportement en cause. Les autorités étendent souvent leur analyse aux incitations des concurrents à innover, y compris les concurrents potentiels. À cet effet, elles examinent si, du fait d'une moindre concurrence, l'innovation n'aura pas lieu ou aura lieu plus tardivement. Les autorités de la concurrence procèdent à une analyse analogue lorsque le comportement en cause produit des effets verticaux. Par exemple, elles s'intéressent à analyser comment l'éviction, qui réduit la concurrence, dissuade également les concurrents en aval de s'engager dans des projets d'innovation. L'affaire *Intel* examinée par la CE en 2009, est un exemple de ce type d'analyse (voir Encadré 3.3). En général, la manière dont les autorités de la concurrence ont intégré l'innovation dans leurs analyses suit la même approche que celle adoptée dans l'affaire *Intel*, selon laquelle l'innovation n'est qu'une variable de plus affectée par la réduction de la concurrence, au même titre que les prix, la qualité et la variété.

Encadré 3.3. Impact des réductions pour fidélité d'Intel sur l'innovation en aval

En 2009, la Commission européenne a sanctionné Intel pour avoir abusé de sa position dominante sur le marché des unités centrales x86, où elle détenait environ 70 % du marché. Selon les conclusions de la CE, Intel était engagée dans deux pratiques illégales : (i) accorder des remises en douce aux fabricants d'ordinateurs à condition qu'ils achètent la totalité ou la quasi-totalité de leurs processeurs chez Intel et (ii) effectuer des paiements directs à un grand détaillant à la condition qu'il stocke uniquement des ordinateurs équipés d'unités centrales Intel.

Il ressort de l'analyse de la Commission que les remises empêchaient les clients de choisir d'autres produits et limitaient les canaux de vente des produits des concurrents. En conséquence, le lancement de produits spécifiques et innovants par ces concurrents était retardé, car les remises et les paiements directs étaient un frein à leurs incitations à innover.

Plus précisément, la CE a constaté que l'impact négatif sur l'innovation provenait des effets d'éviction des remises. Ce comportement a sapé la capacité des concurrents à rivaliser sur la base des mérites de leurs produits, et a réduit leurs incitations à innover.

Intel a fait appel de la décision de la Commission européenne devant le Tribunal, qui l'a rejeté en juin 2014. En 2017, la Cour de justice de l'Union européenne a annulé ce jugement et renvoyé l'affaire devant le Tribunal parce que ce dernier n'avait pas analysé les effets des remises à la lumière de toutes les circonstances pertinentes (notamment en examinant la manière dont la CE avait appliqué le critère du concurrent aussi efficace). Le Tribunal a fini par annuler en partie la décision de la CE, car l'analyse incomplète ne permettait pas d'établir que les remises avaient, ou étaient susceptibles d'avoir, des effets anticoncurrentiels.

Source : CE, Affaire N° AT.3990 Intel Corporation (2009), paragraphes 1597–1616 ; jugement du Tribunal du 12 juin 2014, Intel contre la Commission, T-286/09 (voir aussi le communiqué de presse N° 82/14) ; arrêt de la Cour de justice du 6 septembre 2017, Intel contre Commission, C-413/14 P (voir aussi le communiqué de presse N° 90/17).

44. Dans toutes les affaires de contrôle des fusions où l'approche fondée sur les incitations a été suivie, et indépendamment du point de savoir si les autorités de la concurrence ont identifié des marchés existants ou futurs, l'accent a été mis sur la manière dont une réduction de la concurrence affectera l'innovation. À cette fin, les autorités de la concurrence ont appliqué soit une théorie traditionnelle du préjudice, fondée sur les effets horizontaux unilatéraux, et ont donc examiné l'impact de la perte de concurrence découlant de l'opération sur des variables comme les prix, les quantités et, bien entendu l'innovation ; soit une théorie du préjudice fondée sur les effets d'éviction verticaux, et ont donc examiné comment l'opération peut réduire les incitations des concurrents à innover.

45. Dans le cadre d'opérations horizontales, l'analyse peut se concentrer soit sur la perte du nombre d'entreprises indépendantes dotées de capacités de R&D suffisantes pour innover sur le marché, entraînée par la fusion, soit sur la réduction de la rivalité interne entre les parties à la fusion, en termes de R&D, étant donné que les innovations peuvent cannibaliser les profits (Petit, 2019^[10]). En d'autres termes, des effets unilatéraux sur l'innovation peuvent être considérés comme analogues à des effets unilatéraux sur les prix, l'analyse se concentrant dans le premier cas sur les décisions des entreprises d'investir des ressources pour développer de nouveaux produits ou services, plutôt que sur leurs décisions en matière de fixation des prix (Federico, Scott Morton et Shapiro, 2020^[11]) et évaluant s'il existe des effets de vol d'affaires liées à l'innovation entre les entreprises qui fusionnent.

46. À titre d'exemple, dans la fusion de 2015 des activités de Novartis et GlaxoSmithKline consacrées à l'oncologie, qui regroupaient les différents efforts des deux entreprises pour développer des traitements contre le cancer, la CE a examiné l'impact de la fusion sur les efforts d'innovation de ces deux entreprises. Elle a en particulier considéré que les projets de R&D des entreprises en cause se cannibaliseraient

mutuellement, et que la fusion aurait donc pour résultat majeur l'abandon de l'un des projets afin d'éviter des externalités négatives liées à l'innovation¹⁹. Cette conclusion s'est fondée sur une analyse des effets unilatéraux, selon laquelle cette concentration accrue a été présumée produire un effet négatif sur l'innovation dans un marché futur, en raison de la substituabilité des produits futurs des entreprises fusionnant (Solidoro, 2019^[12]).

47. Pour analyser la concurrence future sur des marchés de produits bien identifiés, en particulier s'il existe des produits en pipeline (c'est-à-dire qui ne sont pas encore concurrents sur le marché), les autorités de la concurrence prennent en considération des éléments comme les prévisions de parts de marché. Celles-ci peuvent figurer dans les plans d'affaires de l'entreprise, ou être estimées d'après l'historique de l'entreprise en termes d'essais réussis de lancement d'innovations sur les marchés²⁰.

48. Comme dans l'exemple précité, il est généralement possible d'établir que plus l'internalisation du vol d'affaires résultant d'une fusion sera important, plus étroite sera la corrélation entre les innovations ou les projets de R&D des entreprises qui fusionnent. La raison en est que si des produits sont censés être substituables, l'entreprise issue de la fusion tendra à éliminer les projets « faisant double emploi », ce qui signifie également, dans l'optique d'une autorité de la concurrence, qu'elle éliminera la concurrence future potentielle.

49. L'interdiction par la CE de la fusion Illumina/Grail en 2022 illustre comment les autorités de la concurrence évaluent l'innovation dans des fusions verticales, selon une approche fondée sur les incitations, en appliquant une théorie traditionnelle du préjudice basée sur l'éviction. L'Encadré 3.4 présente cette affaire.

Encadré 3.4. Décision d'interdiction de la CE concernant la fusion Illumina/Grail

En 2022, la Commission européenne a interdit une opération impliquant Illumina, un fournisseur de systèmes de séquençage de nouvelle génération (SNG) pour l'analyse génétique et génomique, qui prévoyait d'acquérir Grail, une société qui développerait des tests de détection précoce du cancer grâce aux systèmes SNG. En effet, elle a estimé que la fusion constituerait un frein à l'innovation et réduirait le choix sur le marché en aval. Alors que la théorie du préjudice impliquait un verrouillage potentiel conventionnel dans une transaction verticale, la manière dont l'autorité a évalué le préjudice causé à l'innovation sur les **marchés futurs** a soulevé des questions intéressantes.

Pour la Commission européenne, l'intégration verticale pourrait exclure les concurrents de Grail sur le marché en aval, les empêchant d'accéder à un intrant essentiel pour développer et commercialiser leurs propres tests ou, à tout le moins, pourrait jouer en leur défaveur.

Les entreprises en aval étaient engagées dans une **course à l'innovation** pour le développement et la commercialisation des tests de détection précoce du cancer, et les résultats et l'avenir du marché étaient incertains. La CE a conclu que, si ces tests étaient couronnés de succès, ils révolutionneraient la lutte contre le cancer, en permettant de sauver des millions de vies, et qu'il fallait à tout prix préserver la concurrence à un stade critique de l'innovation. En outre, plusieurs entreprises développaient des tests qui, en l'absence de cette opération, seraient en concurrence étroite avec ceux de Grail.

Pour parvenir à ses conclusions, notamment en ce qui concerne les incitations à l'exclusion, l'autorité s'est appuyée sur des prévisions à l'horizon 2035 qui montraient la valeur du futur marché et la rapidité avec laquelle il deviendrait lucratif. Le fait qu'Illumina était le seul fournisseur crédible de systèmes SNG, du moins à moyen terme, et que les barrières à l'entrée sur le marché étaient élevées, a aussi permis d'évaluer sa capacité à évincer les concurrents de Grail.

Remarque : cette opération a été examinée sur la base d'un renvoi à la Commission européenne par la France, la Belgique, la Grèce, l'Islande, les Pays-Bas et la Norvège en vertu de l'article 22 du règlement communautaire sur les fusions, car elle n'atteignait pas les seuils de chiffre d'affaires et n'avait été notifiée à aucun État membre.

Source : CE, Affaire N° M.10188 – Illumina/Grail (2022).

50. Le projet d'actualisation des US Merger Guidelines rend cette approche fondée sur les incitations plus explicite et renforce la possibilité d'examiner, dans l'évaluation de la fusion, les capacités des entreprises à innover, tout en s'en tenant aux théories traditionnelles du préjudice. Ce projet de lignes directrices indique que les incitations des entreprises à se faire concurrence grâce à l'innovation dépendent de leurs capacités, et que le développement de nouveaux produits ou services dépend de la possession de l'expertise et des ressources appropriées. Il laisse donc augurer d'une approche plus dynamique de l'innovation, en y incluant la concurrence sur de futurs marchés, mais repose néanmoins toujours sur le postulat que les entreprises se font concurrence sur des marchés bien identifiés dont la concurrence est le moteur. Par ailleurs, la théorie du préjudice retenue pour explorer l'impact de la fusion sur l'innovation ressemble toujours à une analyse traditionnelle des effets unilatéraux, qui examine comment la baisse de la concurrence pourrait réduire les incitations des entreprises à innover.

51. Lorsqu'elles évaluent l'innovation par le biais d'une théorie traditionnelle du préjudice, et lorsque les projets de R&D se rapportent à des produits spécifiques bien définis, les autorités de la concurrence peuvent transposer à ces types de fusions les techniques analytiques traditionnelles utilisées pour définir et analyser la concurrence sur le marché, en y ajoutant quelques considérations supplémentaires. Ces dernières incluent le délai à attendre avant que le produit en pipeline arrive sur le marché, la substituabilité de l'innovation avec d'autres produits en pipeline ou existants sur le marché, et les informations sur la future demande potentielle pour l'innovation, informations que les autorités de la concurrence peuvent

obtenir ou prévoir à partir de l'historique des innovations passées de l'entreprise, du comportement et des caractéristiques du marché en cause et des documents internes, entre autres.

52. En raison des chevauchements entre les concepts et les théories du préjudice, les autorités de la concurrence ont analysé les effets sur l'innovation dans le contexte d'autres théories du préjudice, lors de leur examen de fusions entre des entreprises du numérique. À titre d'exemple, dans l'affaire Microsoft/LinkedIn (2016), analysant la théorie du préjudice reposant sur la confiscation d'un intrant vertical, la CE a jugé improbable, pour le cas où des données de LinkedIn seraient utilisées exclusivement par Microsoft après la fusion afin d'améliorer son produit de gestion des relations clients par l'apprentissage automatique, que cela réduirait l'innovation par les concurrents de Microsoft, en particulier en raison de l'importance limitée des données de LinkedIn pour des concurrents potentiels dans le domaine des logiciels de gestion des relations clients²¹. La question ne fait pas l'objet de la présente note de référence, mais l'OCDE a consacré de précédents travaux aux théories du préjudice dans les fusions numériques²².

3.4. Les mesures correctives

53. Dans tous les cas où les autorités de la concurrence ont suivi une approche fondée sur les incitations afin d'analyser les effets de la réduction de la concurrence sur l'innovation, les mesures correctives ont été conçues pour restaurer les niveaux de concurrence sur le marché, en assurant des niveaux d'innovation similaires²³.

54. La conception des mesures correctives, en particulier si elles sont de nature structurelle, dépend du point de savoir si des produits existants ou des pipelines sont en cause. Si les mesures correctives impliquent des projets de R&D, les autorités de la concurrence se sont concentrées sur l'analyse des actifs dont la cession est nécessaire, c'est-à-dire l'étendue de la cession d'actifs qui permettra à l'innovation, si elle est réussie, d'entrer sur le marché. Cela implique des discussions sur les droits de propriété intellectuelle et leur concession sous licence (Majure, Hipsman et Liu, 2022^[13]).

55. Les autorités de la concurrence continuent de préférer des mesures correctives de nature structurelle lorsqu'elles cherchent à restaurer des incitations à innover sur le marché. Ces mesures visent pour la plupart à créer ou renforcer un innovateur indépendant, capable de rétablir les niveaux de concurrence et, partant, d'innovation qui existaient auparavant sur le marché.

56. La FTC a montré sa préférence pour les cessions, en se concentrant sur des produits qui se trouvent déjà sur le marché, si possible²⁴. Dans la fusion Celgene/Bristol-Myers Squibb²⁵, entre le leader du marché pour les médicaments par voie orale destinés au traitement du psoriasis et un concurrent potentiel, l'entité issue de la fusion a cédé l'activité de Celgene consacrée à l'Otezla – c'est-à-dire le produit se trouvant déjà sur le marché. La FTC a conclu que la cession du marché de ce produit était le plus sûr moyen de garantir que l'acquéreur devienne un concurrent indépendant, viable et efficace de l'entreprise issue de la fusion sur le marché des États-Unis.

57. Toutefois, les autorités de la concurrence sont également enclines à inclure dans le package de mesures correctives les actifs qui ne se rapportent pas directement à des produits existants, mais sont plutôt nécessaires pour de futurs développements. L'Encadré 3.5 présente l'opération GE/Alstom, qui a été autorisée sous conditions par la CE, laquelle a imposé la cession d'actifs qui allaient au-delà des seuls produits existants.

Encadré 3.5. Conception du plan de mesures correctives dans l'affaire GE/Alstom

En septembre 2015, la Commission européenne a autorisé l'acquisition de la branche énergétique d'Alstom (dotée d'actifs de production et de transmission d'électricité) par General Electric, sous réserve de certaines conditions. L'analyse approfondie de la CE fait état de problèmes sur le marché des turbines à gaz lourdes, utilisées dans les centrales électriques au gaz, où GE est le premier fabricant mondial et Alstom le troisième acteur mondial. La CE craignait en particulier qu'après l'opération, General Electric réduise ou arrête la production de certains modèles, afin de réduire la pression concurrentielle. Ceci aurait eu pour conséquence, le retrait de certaines technologies les plus avancées d'Alstom, vitales pour atteindre les objectifs en matière de changement climatique. Il s'agissait notamment d'un modèle nouvellement développé et pas encore commercialisé.

Les parties ont proposé des mesures correctives structurelles dont la vente à un concurrent de certains actifs clés de l'activité d'Alstom : les produits existants, la technologie en pipeline pour les améliorations futures, le personnel de R&D essentiel pour les développements ultérieurs et les installations d'essai. Étant donné que le problème portait sur une réduction de l'innovation sur un marché existant (celui des turbines à gaz lourdes), les engagements ont été approuvés car ils étaient censés fournir à un troisième concurrent, actif sur le marché, tous les éléments nécessaires pour se substituer à Alstom en tant qu'innovateur sur le même marché et maintenir inchangé le nombre de concurrents effectifs. Selon la Commission européenne, « *la cession garantit le maintien de la technologie distinctive d'Alstom en matière de turbines à gaz lourdes à double combustion, particulièrement bien adaptée aux besoins des clients européens, tout en offrant à l'acquéreur des capacités de R&D avancées et des mesures d'incitation pour continuer à promouvoir l'innovation sur ce pan de marché important pour l'Europe* ».

Au cours de la phase de consultation des acteurs portant sur les mesures correctives, la CE a estimé qu'un transfert pur et simple des modèles d'Alstom ne suffirait pas à faire de l'acheteur un concurrent viable, car les restrictions imposées à la mise à niveau des modèles pourraient réduire les incitations à investir dans ces derniers. Ainsi, la CE a inclus dans les mesures correctives finales le transfert de tous les éléments nécessaires (c'est-à-dire les installations d'essai, les technologies, le personnel et l'expertise) afin de faciliter et de renforcer les mesures incitant l'acheteur à mettre à niveau ces modèles.

Source : CE, Affaire N° M.7278 – General Electric/Alstom (Branche Énergie thermique - Énergie renouvelable et réseau) (2015).

58. Ainsi qu'il a été indiqué ci-dessus, les autorités de la concurrence semblent partager la volonté commune que les actifs à céder incluent tous les éléments nécessaires afin que l'acquéreur puisse faire concurrence sur le marché, y compris ceux qui sont nécessaires pour maintenir cette concurrence à l'avenir, et pour produire des développements ultérieurs sur les marchés affectés.

3.5. Difficultés liées à l'approche fondée sur les incitations

59. Les préoccupations liées à l'innovation dans les affaires d'application du droit de la concurrence, notamment l'analyse de la manière dont une concurrence réduite affecte l'innovation, sont encore abordées selon une approche plutôt statique. Bien qu'elles reconnaissent l'existence d'une concurrence future résultant de l'entrée d'innovations sur le marché à une date future, les autorités de la concurrence semblent avoir adopté une attitude prudente en ce qui concerne la manière de définir et d'analyser les marchés sur la base des évolutions futures de ces marchés, et ces analyses ont inclus, dans un très petit nombre de cas, des considérations sur ce que ces innovations pourraient signifier pour la concurrence (la question sera examinée à la section 4. ci-dessous). L'application des théories traditionnelles du préjudice

ne semble pas suffisante pour saisir les aspects dynamiques de la concurrence et de l'innovation (Kerber et Vezzoso, 2021^[14]).

60. Les difficultés naissent généralement dans trois situations, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit : (i) de définir et d'analyser des marchés pertinents qui présentent des taux d'innovation élevés, (ii) d'examiner la concurrence future, et (iii) d'évaluer des effets unilatéraux. Dans tous les cas, le manque de preuves dû à l'incertitude est l'un des principaux problèmes.

61. En ce qui concerne la définition du marché, l'inconvénient de l'approche traditionnelle « produit-marché » tient au fait qu'elle ne peut pas appréhender le fait que des innovateurs concurrents peuvent ne pas être identiques aux concurrents existants sur le marché de produits, étant donné que quelques entreprises en place pourraient ne pas innover, tandis que d'autres entreprises pourraient prendre part à la concurrence pour l'innovation. En outre, elle ne saisit pas des informations pertinentes permettant de savoir qui dispose des ressources nécessaires afin d'innover et des incitations requises afin de décider d'innover pour devenir plus compétitif à l'avenir (Kern, Dewenter et Kerber, 2016^[4]). Dans ces conditions, les calculs des parts de marché et des niveaux de concentration pourraient ne pas être de bons indicateurs afin d'évaluer les pressions concurrentielles, qui proviennent essentiellement de l'innovation.

62. Prédire la concurrence future est hautement incertain. Dans ces scénarios, les autorités de la concurrence sont confrontées à la possibilité que l'évaluation ne réponde pas aux critères légaux requis sur le fond, en raison de l'incertitude introduite par le recours à des probabilités pour formuler une conclusion relative à l'impact sur la concurrence. Toutefois, on ne peut pas oublier à cet égard que le contrôle d'une fusion est par nature un processus spéculatif, même lorsque l'innovation n'est pas impliquée. En conséquence, les parties à la fusion ne peuvent pas invoquer cet argument pour récuser l'analyse du rôle de l'innovation dans la dynamique du marché. Il y aura toujours un certain degré d'incertitude à propos du scénario contrefactuel choisi pour l'évaluation d'une fusion, même lorsque des marchés traditionnels sont examinés à l'aide des outils disponibles. En reconnaissant l'existence d'un certain degré d'incertitude, il est possible d'envisager de prendre davantage la concurrence potentielle en considération.

63. Évaluant ex-post la fusion Google/Waze de 2013, qui a été autorisée par l'Office of Fair Trading du Royaume-Uni (devenu la CMA), les auteurs ont conclu que l'autorité avait rejeté une théorie du préjudice fondée sur l'innovation perdue, en raison de l'incertitude entourant les prévisions de croissance future de Waze et les évolutions potentielles du marché (Argentesi et al., 2020^[15]). Selon l'OFT, l'opération avait le potentiel d'affecter l'innovation sur le marché des services mobiles de navigation pas à pas, mais a toutefois considéré qu'il n'existait pas de preuves suffisantes d'un potentiel significatif de croissance grâce à des effets de réseau de Waze au Royaume-Uni, et n'a pas non plus considéré que Waze serait une force de rupture à l'avenir.

64. Comme l'indique cette évaluation ex-post, la théorie du préjudice a été rejetée en raison d'une évaluation prudente par l'OFT des preuves prétendant établir que Waze aurait pu devenir une force concurrentielle importante, et des synergies qui auraient pu se produire entre Waze et Google Maps en termes de collecte et de partage des données, et d'accès à l'infrastructure cloud. À la lumière de cette évaluation, considérer Waze comme un innovateur de rupture sur le marché aurait pu conduire à conclure que la fusion avait le potentiel de réduire les incitations de Google à innover et améliorer la qualité du produit.

65. L'application du critère des effets unilatéraux est en outre compliquée par la nature qualitative de l'innovation et, ici encore, par le degré d'incertitude entourant les conclusions, ce qui signifie qu'elle ne peut pas être mesurée aussi facilement que les prix. Comme le montrent les différents exemples ci-dessus, se fonder sur des avis de tiers, des plans d'affaires, les investissements réalisés, les innovations passées et leurs résultats s'est avéré utile pour permettre aux autorités de la concurrence d'anticiper les effets sur la capacité et les incitations à innover des entreprises et de leurs concurrents. Cette remarque est

particulièrement vraie dans les cas où les projets de R&D se trouvent déjà à des stades avancés et où leurs résultats potentiels sont plus faciles à prédire.

66. En résumé, l'évaluation de l'innovation dans une perspective fondée sur les incitations pose plusieurs difficultés majeures, qui sont essentiellement les suivantes. En premier lieu, la difficulté à appréhender la dynamique de la substituabilité possible, qui n'est pas claire lorsque l'innovation joue un rôle clé sur le marché. Le risque est alors de définir un marché trop vaste ou trop étroit en raison de l'incertitude entourant les résultats de l'innovation. En second lieu, la difficulté à traiter les développements inattendus sur le marché, ce qui implique de prendre en considération des preuves comme des projections de croissance et des prévisions sur la présence de l'innovation sur le marché. En troisième lieu, la difficulté liée au manque de mesures quantitatives de l'innovation qui pourraient permettre d'anticiper les effets d'un certain comportement sur la capacité et les incitations à innover. Ces difficultés augmentent si les autorités de la concurrence se trouvent dans un cadre légal restrictif, qui leur impose d'inclure dans leurs décisions d'application la définition du marché en cause, le calcul des parts de marché et d'autres éléments.

4. Approche fondée sur l'impact

67. L'approche fondée sur l'impact est le second moyen par lequel les autorités de la concurrence ont incorporé des considérations touchant à l'innovation dans leurs procédures d'application des règles de concurrence. Selon cette approche, les autorités analysent des **marchés mus par l'innovation**, en se fondant sur l'hypothèse que les acteurs du marché se font concurrence en termes d'innovation et que l'innovation est le facteur qui définit la concurrence. Le point de départ de l'analyse est l'examen des changements des niveaux et de l'intensité de l'innovation, en tant que moteurs de la concurrence. Cette approche repose sur le postulat que l'innovation impacte la concurrence autant que la concurrence affecte l'innovation.

68. Cette approche implique de se placer dans une perspective plus dynamique, qui suppose de définir les marchés en se basant sur les modèles et les projets d'innovation, plutôt que sur des paramètres plus traditionnels comme la substituabilité de la demande et de l'offre. Elle considère également des **théories du préjudice spécifiques à l'innovation**, où les autorités de la concurrence prennent en compte des facteurs comme les capacités, les compétences spécialisées et les actifs afin d'évaluer l'effet d'une opération ou d'un comportement sur les marchés. Dans ces scénarios, les mesures correctives visent directement à restaurer des niveaux d'innovation sur le marché, en ciblant la dynamique à court mais également long terme, étant donné que l'objectif essentiel sur ces marchés semble être d'augmenter les niveaux de concurrence et de restaurer l'innovation ou de contrebalancer un préjudice potentiel causé à l'innovation.

69. Dans plusieurs affaires, les autorités de la concurrence ont considéré que l'innovation était le moteur le plus puissant de la concurrence, en se plaçant essentiellement dans une perspective dynamique considérant que l'innovation d'aujourd'hui modifiera la structure du marché et, partant, aura des effets sur la concurrence de demain. Cette approche ne considère pas seulement que des innovations pourraient être introduites sur de futurs marchés de produits pouvant être bien identifiés ; au contraire, elle inclut tous les cas dans lesquels les résultats des efforts de R&D ne sont pas clairs, et, dès lors, le produit qui sera mis sur le marché n'est pas encore défini.

70. Dans ces cas où les autorités de la concurrence considèrent l'innovation comme le moteur le plus important de la concurrence, les scénarios les plus courants sont ceux où les entreprises déploient des efforts intenses de R&D, qui ne peuvent pas (encore) être reliés à des produits spécifiques, existants ou futurs. Dans ces situations, certains comportements ou certaines opérations pourraient entraîner une réduction de l'activité de R&D, du fait que la concurrence en termes d'innovation est restreinte, ce qui pourrait également, par voie de conséquence, entraver la concurrence sur un futur marché, même si ce marché ne peut pas être défini.

71. Dans la plupart de ces cas, les autorités de la concurrence soutiennent que la concurrence encourage certes l'innovation au bénéfice des consommateurs, mais que, simultanément, le fait d'entraver l'innovation nuit également à la concurrence²⁶. En ce sens, les questions qui seront décrites dans cette section sont pour l'essentiel complémentaires à celles qui ont été analysées dans la section précédente. En plus des considérations relatives aux marchés mus par l'innovation, par exemple, les autorités de la concurrence ont adopté l'approche fondée sur l'impact dans des affaires impliquant des marchés mus par la concurrence, la définition du marché en cause étant alors basée sur la concurrence existante ou future,

évoquée ci-dessus, ainsi que toute l'analyse de la capacité et des incitations des entreprises à innover sur ces marchés.

72. À titre d'exemple, dans l'une de ses plus récentes décisions d'interdiction d'une fusion, la CE a bloqué une opération entre deux constructeurs navals sud-coréens, en se fondant, entre autres arguments, sur le fait que l'opération contribuerait à la création d'une position dominante sur le marché de la construction de grands méthaniers, étant donné que les parties à la fusion étaient des innovateurs performants sur un marché essentiellement mu par l'innovation. Le fait que l'innovation ait été le moteur du marché a été corroboré par l'analyse de la CE qui a porté sur tous les brevets récents des parties à la fusion, sur le type de technologies et d'innovations utilisées et sur la manière dont ces innovations agissaient comme des barrières à l'entrée sur le marché²⁷.

73. En ce sens, cette section examine les scénarios dans lesquels les autorités de la concurrence ont adopté une approche fondée sur l'innovation, même en complément de l'analyse des incitations, et exclut les cas dans lesquels l'autorité a évoqué, au moins de manière théorique, la manière dont l'innovation peut impacter la concurrence, mais sans retenir ces considérations dans son évaluation.

4.1. Marchés de l'innovation

74. Dans les industries où l'innovation est un moteur important, ou dans les scénarios où la dynamique de l'innovation ne se rapporte pas à des marchés de produits identifiables, les autorités de la concurrence ont fondé leur évaluation sur des « **marchés de l'innovation** ». Les marchés de l'innovation sont différents des marchés de produits traditionnels, en ce sens qu'ils n'identifient pas un marché spécifique existant ou futur qui inclut un produit ou un service particulier. Au contraire, ils considèrent les activités de R&D comme un marché en elles-mêmes. En général, ces activités de R&D peuvent impacter de multiples marchés ou secteurs si elles sont couronnées de succès. Dans ces cas, les autorités de la concurrence examinent les **capacités** des entreprises à innover.

75. Dans cet exercice, des outils traditionnels comme le test du monopoleur hypothétique (test du SSNIP) sont peu utiles, étant donné que l'incertitude quant au résultat de l'innovation rend impossible de déterminer si des entreprises exerceront effectivement une concurrence sur un marché de produits et quel sera ce marché. Définir un marché de l'innovation implique de considérer tous les proches substituts d'un projet de R&D spécifique, - en tenant compte des efforts, des technologies, des compétences et des actifs spécialisés -, qui restreindraient l'exercice du pouvoir de marché au titre de cette R&D. Par exemple, en limitant les incitations et les capacités de l'innovateur à ralentir ses efforts, c'est-à-dire le rythme de la recherche et du développement²⁸.

76. Les marchés de l'innovation ne sont pas nouveaux. Le concept est né aux États-Unis en 1995, à une époque où les effets dynamiques à considérer dans l'analyse des fusions inspiraient déjà quelques réflexions (Gilbert et Sunshine, 1995^[16]), et il s'inscrit dans la ligne de l'approche plus récente fondée sur les capacités dynamiques (Teece, 2007^[17]). Selon cette approche, lorsque deux entreprises ou plus ont des capacités et des lignes de recherche similaires, elles sont susceptibles d'être concurrentes dans leurs efforts futurs d'innovation, alors même qu'elles ne sont pas concurrentes sur un marché de produits ou même dans la course pour développer des produits concurrents (Lyra et Pires-Alves, 2022^[18]). Dans ces cas, l'existence de ces capacités et de ces lignes de recherche exerce une pression concurrentielle sur chacune de ces entreprises, et un comportement particulier ou une opération particulière impliquant l'un de ces innovateurs peut retarder ou interrompre ces efforts, aujourd'hui ou à l'avenir (Kokkoris et Valetti, 2020^[19]).

77. Les deux autorités de la concurrence des États-Unis ont appliqué ce concept dans des contrôles de fusions. L'Encadré 4.1 illustre comment elles ont défini les marchés de l'innovation. Toutefois, la définition des marchés de l'innovation dans ces affaires ne s'est pas étendue à une approche fondée sur

l'impact, étant donné que, dans les deux affaires, les autorités ont encore analysé les changements intervenus dans l'innovation essentiellement comme une conséquence de la réduction de la concurrence, telle que décrite dans le chapitre précédent.

Encadré 4.1. Les marchés de l'innovation dans le contrôle des fusions par les autorités américaines de la concurrence

FTC

En 2013, la FTC a analysé l'opération entre deux entreprises actives dans les services de mesure d'audience Nielsen (pour la télévision) et Arbitron (pour la radio). Dans sa plainte, la FTC a fait valoir que, même si aucun service national de mesure d'audience multiplateformes n'était disponible sur le marché au moment de l'examen, il existait une demande croissante pour ce service et les parties à la fusion étaient en train de développer un service chacune, avec des projets personnalisés déjà produits et des tests bêta. La plainte précise que les deux entreprises étaient les mieux placées pour développer des services de mesure multiplateformes, compte tenu de leurs actifs, compétences et capacités technologiques. Toutefois, selon la FTC, la transaction aurait entravé la concurrence future pour les services de mesure multiplateformes en tendant à créer un monopole sur un produit innovant. L'opération a finalement été autorisée sous réserve de la cession et de l'octroi de licences d'actifs et de capacités destinées à reproduire la technologie développée par Arbitron.

DOJ

La même année, le DOJ a contesté une autre opération entre deux fournisseurs mondiaux d'équipements pour la fabrication de puces semi-conductrices, Applied Materials et Tokyo Electron. Pour le DoJ, ces deux entreprises qui souhaitaient fusionner « possédaient le savoir-faire, les ressources et les capacités nécessaires pour développer et fournir des équipements semi-conducteurs non lithographiques à haut volume » (Section antitrust DoJ, 2016^[20]), considérés comme des innovations de nouvelle génération. Dans sa plainte, le DoJ a fait valoir que la concurrence actuelle entre les entreprises sur un marché, tel que celui visé par l'opération, caractérisé par un degré élevé d'innovation, était le signe d'une concurrence future plus importante entre les entreprises. Les parties à la fusion ont abandonné l'opération en 2015 après que le DoJ ait rejeté leur proposition de mesures correctives.

Source : Plainte de la FTC dans l'affaire n° C-4439 concernant Nielsen Holdings N.V. et Arbitron Inc. ; décision et ordonnance de la FTC dans l'affaire n° C-4439 concernant Nielsen Holdings N.V. et Arbitron INC ; (DOJ Antitrust Div., 2016^[20]), Soumission au Congrès : Budget de performance 44 (2016) de l'exercice 2017, disponible à l'adresse suivante : <https://www.justice.gov/jmd/file/821001/download>; (OCDE, 2018^[6]), Effets non tarifaires des fusions - Note des États-Unis. Disponible à l'adresse suivante : [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2018\)45/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2018)45/en/pdf)

78. Une définition analogue existe en Europe. Par exemple, les Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du TFUE aux accords de coopération horizontale reconnaissent la nécessité de prendre en considération les marchés de l'innovation plutôt que les marchés de produits traditionnels afin d'évaluer les effets des accords de R&D sur la concurrence. Dans le contexte des marchés pertinents, en particulier, la CE fait la différence entre les marchés de produits et la concurrence en termes d'innovation ou d'efforts de R&D. Pour la CE, la clé pour évaluer les accords est d'identifier des produits, technologies ou efforts qui agiront comme les contraintes principales pour les parties à l'accord. Dans cette situation, on peut identifier deux catégories supplémentaires : la première est celle où il existe des pôles de R&D spécifiques qui visent des produits particuliers pouvant déjà être identifiés, même à un stade précoce du processus d'innovation. La seconde recouvre les cas où aucun pôle de R&D ne peut être identifié étant donné que le processus d'innovation n'est pas aussi clairement structuré que dans le premier cas. Bien qu'elles aient

été définies dans le contexte d'accords de coopération, ces catégories ont également été appliquées dans le cadre du contrôle des fusions et de procédures pour abus de position dominante.

79. En ce qui concerne le premier scénario impliquant des produits qui peuvent être identifiés, même s'ils sont encore en phase de développement, la CE a analysé des affaires où les travaux des parties à la fusion se chevauchent dans le développement d'innovations qui, si elles sont couronnées de succès, pourraient potentiellement se faire concurrence à l'avenir²⁹. Bien qu'aucune des innovations n'ait encore été sur le marché, de telle sorte qu'il existait une incertitude à la fois quant au résultat des projets et à leur concurrence sur le même marché en cause, l'analyse de l'environnement concurrentiel dans ces affaires est la même que celle des marchés futurs décrite à la section 3.2.

80. Dans le cadre du second scénario impliquant des processus d'innovation qui ne sont pas nécessairement bien structurés, la CE a analysé la question de l'innovation en adoptant une approche fondée sur l'impact dans deux fusions agrochimiques : Dow/DuPont (2017)³⁰ et Bayer/Monsanto (2018).³¹ Fait intéressant, la CE s'est concentrée dans ces affaires sur ce qu'elle a appelé des **espaces d'innovation**, plutôt que d'analyser des marchés de produits mus par la concurrence, c'est-à-dire des domaines dans lesquels les parties ont ciblé leurs activités de R&D (qui, dans ces affaires, visaient des combinaisons de cultures et de ravageurs spécifiques) sans établir un lien direct avec des marchés existants ou futurs.

81. Lorsque les autorités de la concurrence examinent des marchés de l'innovation, la manière dont elles considèrent le pouvoir de marché peut également changer. Les parts de marché de l'entreprise ne fournissent pas nécessairement un indicateur de son importance par rapport à ses concurrents, et des aspects comme les incitations et la capacité à innover deviennent plus pertinents. L'importance limitée des parts de marché dans les marchés de l'innovation afin d'évaluer la position dominante ou même le pouvoir de marché a été soulignée par de nombreuses autorités, qui définissent les parts de marché comme une condition insuffisante mais uniquement comme de premiers indicateurs utiles, comme l'expliquent généralement les lignes directrices sur les fusions. Les aspects importants pour l'évaluation du pouvoir de marché sont notamment la force des futurs concurrents et la probabilité de succès des plans de R&D des entreprises (Solidoro, 2019^[12]).

82. Au Brésil, l'autorité de la concurrence (CADE) a approuvé, en la subordonnant à des mesures correctives, l'opération entre Bayer et Monsanto en 2018, en raison des préoccupations que lui inspirait la réduction des niveaux d'innovation entraînée par cette opération dans le domaine de la biotechnologie. Dans l'exercice de définition du marché, la CADE a identifié en tant que marchés pertinents au titre des semences le marché de la R&D et de la concession sous licence d'organismes génétiquement modifiés (caractéristiques biotechnologiques), et le marché de la R&D au titre des variétés de semences (amélioration génétique). Pour analyser le pouvoir de marché et l'importance des parties à la fusion sur le marché, la CADE a utilisé des estimations du temps nécessaire qu'il faudrait à de nouveaux acteurs développant des projets de R&D pour entrer sur le marché³².

83. En général, un très petit nombre d'autorités de la concurrence ont considéré les marchés de l'innovation dans leurs analyses des opérations, le concept a été rarement utilisé dans le contexte des enquêtes pour abus de position dominante, si tant est qu'il l'ait jamais été, et les décisions se fondent encore sur des définitions traditionnelles du marché de produits, peut-être pour éviter certaines difficultés liées à la définition des marchés de l'innovation (voir les développements consacrés à la question à la section 4.4).

4.2. Théories du préjudice spécifiques à l'innovation

84. Le fait de définir un marché comme mu par l'innovation plutôt que par la concurrence peut également influencer la manière dont les autorités de la concurrence analysent les affaires. Plutôt que de

considérer une théorie traditionnelle du préjudice où l'innovation est l'une des multiples variables examinées, les autorités de la concurrence ont étudié, dans certaines affaires, des théories du préjudice spécifiques à l'innovation. Une théorie du préjudice spécifique à l'innovation part du postulat que les entreprises se font concurrence par des efforts d'innovation, qu'elles soient ou non concurrentes sur le marché de produits, et qu'il existe un degré élevé d'incertitude concernant les futurs résultats des efforts d'innovation. Dans ces scénarios, les autorités de la concurrence ont directement examiné l'**impact sur l'innovation** d'un comportement ou d'une opération et ont évalué, postérieurement, comment l'augmentation ou la réduction de l'innovation pourrait impacter la concurrence, surtout à l'avenir, en reconnaissant sa nature dynamique.

85. La différence entre les théories du préjudice spécifiques à l'innovation et les théories traditionnelles tient au fait que, dans le premier cas, les autorités de la concurrence voient les impacts potentiellement négatifs sur l'innovation comme la motivation principale du préjudice, plutôt que comme une répercussion de la réduction de la concurrence dans le second cas. La doctrine a depuis longtemps évoqué à ce propos une innovation d'exclusion³³.

86. Les autorités de la concurrence ont souvent considéré la question de savoir si l'une des entreprises analysées est un innovateur fréquent, étant donné que la source du préjudice causé par un comportement ou une opération pourrait être l'élimination de cet innovateur. Pour répondre à cette question, les autorités se réfèrent aux informations historiques sur les dépenses de R&D, l'activité de dépôt de brevets, les plans d'affaires passés et présents et des informations sur les ressources financières.

87. L'opération Halliburton/Baker Hughes aux États-Unis est marquante à cet égard, puisque le DOJ a exprimé dans cette affaire des préoccupations à propos de la perte d'innovation et, partant, de concurrence dynamique entre les deux parties à la fusion. Selon le DOJ, « *Halliburton et Baker Hughes continuent de se pousser mutuellement pour développer les technologies les plus avancées dans le secteur de l'énergie et du pétrole. Chaque entreprise s'est engagée dans des efforts de recherche concurrents afin d'être la première à lancer sur le marché des technologies nouvelles qu'elle qualifie de "révolutionnaires" ou "disruptives", ou pour surpasser la technologie existante de l'autre* »³⁴. Pendant l'enquête, les défenseurs ont déclaré qu'ils « *projetent d'éliminer les dépenses liées à des projets de recherche faisant double emploi après l'acquisition proposée* »³⁵. Le DOJ a considéré que la réduction imminente de l'innovation découlant de l'élimination de ces projets de R&D faisant double emploi mettrait fin à la concurrence entre les versions des technologies émergentes des parties à la fusion (Federico, Scott Morton et Shapiro, 2020^[11]).

88. Dans ses décisions sur la fusion Dow/DuPont (2017) et la fusion Bayer/Monsanto (2018), la CE est allée au-delà de la définition du marché, et a examiné les chevauchements entre les lignes de recherche des parties et leurs projets se trouvant à un stade précoce, car elle a constaté qu'elles étaient des innovateurs importants, et qu'il n'existait qu'un petit nombre d'autres concurrents innovants et que les barrières à l'entrée étaient élevées. L'Encadré 4.2 présente certains détails sur les théories du préjudice spécifiques à l'innovation qui ont été considérées par la CE. Le DOJ a également examiné la fusion Bayer/Monsanto³⁶ et, bien que les préoccupations suscitées par l'opération aient été similaires à celles exprimées par la CE, les aspects liés à l'innovation ont été analysés selon une théorie traditionnelle du préjudice lié aux effets unilatéraux. Le DOJ a allégué que l'opération aurait supprimé la concurrence actuelle et dynamique, ce qui entraînerait un préjudice en termes de prix et d'innovation dans plusieurs marchés existants. La plainte du DOJ a également identifié le fait que seuls deux autres concurrents pourraient offrir de futures solutions intégrées aux agriculteurs.

Encadré 4.2. Théories du préjudice fondées sur l'innovation dans les affaires Dow/DuPont et Bayer/Monsanto examinées par la CE

Entre 2017 et 2018, la CE a autorisé sous conditions deux grandes fusions touchant les marchés agricoles, principalement le marché des pesticides. En 2017, la CE a évalué la fusion entre Dow et DuPont, autorisée sous réserve de la cession d'une grande partie de la branche mondiale des pesticides de DuPont, y compris son pôle de R&D. En 2018, elle a examiné l'acquisition de Monsanto par Bayer, qui s'est traduite par la création du plus grand acteur mondial intégré dans le domaine des semences et des pesticides. La CE a approuvé l'opération sous réserve de certaines conditions, notamment la cession d'activités et d'actifs de Bayer en vue de supprimer les conflits d'intérêts existants en matière de concurrence sur les marchés. Le plan de cession comprenait le pôle R&D de Bayer pour les semences et les caractères agronomiques et les activités de recherche de Bayer visant à développer un produit concurrent du glyphosate de Monsanto.

Dans les deux cas, la CE craignait que les parties estiment qu'il serait rentable de réduire l'ensemble des investissements en R&D après les opérations, ce qui se traduirait par un manque de produits innovants à l'avenir. Pour parvenir à cette conclusion, la CE a établi deux théories principales du préjudice, dans lesquelles elle reconnaît l'effet de l'innovation sur la concurrence, surtout par rapport aux effets dynamiques à long terme. La première concernait une approche basée sur les mesures incitatives, tandis que la seconde considérait davantage l'approche basée sur l'impact.

La première théorie du préjudice concernait spécifiquement la concurrence en matière d'innovation, en particulier l'interruption, le retard ou la réorientation probables des activités et du programme du pôle R&D, qui pourraient aboutir à une perte considérable de la concurrence en matière d'innovation dans le secteur concerné. Cette théorie s'appuyait sur le fait que la fusion pousserait les entreprises à arrêter leurs projets de R&D dans les mêmes domaines d'innovation, par crainte de cannibalisation.

La CE a évalué une autre théorie du préjudice spécifique à l'innovation dans les deux fusions, qui avait trait aux incitations des parties à innover à l'avenir, et aux incitations de toute l'industrie à initier des projets d'innovation. La CE a examiné cette question sous l'angle de l'impact de l'innovation sur la concurrence et a jugé cet impact particulièrement important dans la mesure où, après la fusion, il ne resterait dans l'industrie des pesticides que trois acteurs actifs à l'échelle mondiale impliqués dans le processus de R&D visant à mettre au point de nouveaux ingrédients.

Les informations sur les consolidations antérieures du marché, les lancements antérieurs de nouveaux produits, les développements en cours, les projets de recherche actifs des concurrents, les parts des entreprises dans les dépenses de R&D et l'évaluation de leurs portefeuilles ont été essentielles pour déterminer les effets des réductions potentielles des incitations à l'innovation, principalement de la part des parties à la fusion.

Source : CE, Affaires N° M. 7932 Dow/Dupont (2017) et M. 8084 Bayer/Monsanto (2018).

89. Les deux théories du préjudice spécifiques à l'innovation développées par la CE et décrites dans l'Encadré 4.2 font partie d'un cadre analytique comportant quatre strates, élaboré par la Commission et qui complète deux théories du préjudice plus traditionnelles liées aux effets sur les produits existants, en se concentrant essentiellement sur la concurrence en termes de prix qui s'exerce sur les marchés existants, et sur les produits potentiels qui se chevauchent avec des produits existants ou à venir³⁷.

90. Selon la CMA britannique, il est également possible d'analyser les pertes de concurrence résultant de la réduction des incitations des entreprises à innover. La CMA a établi cette approche dans ses lignes directrices sur les fusions, qui envisagent la possibilité d'inclure dans l'examen des fusions des aspects liés à la concurrence dynamique, tels des modèles d'innovation incertains qui pourraient impacter la concurrence dynamique. Dans ces lignes directrices, la CMA reconnaît également que, si tel est le cas,

elle peut évaluer les effets de l'opération en examinant les incitations des entreprises à continuer d'investir dans des programmes ou stratégies concurrents, y compris ceux se rapportant à la R&D, plutôt que de se concentrer sur des chevauchements individuels de produits existants ou futurs³⁸.

91. À titre d'exemple, la CMA a constaté, dans ses conclusions provisoires sur la fusion entre Illumina et Pacific Biosciences, qu'en plus des effets sur les marchés de produits existants où les parties se faisaient déjà concurrence, il existait des preuves qu'elles se livraient une concurrence dynamique ayant l'innovation pour moteur. En particulier, l'examen des documents internes des parties à la fusion a conduit la CMA à conclure que les parties consacraient des dépenses très importantes à la R&D. Elle a en outre constaté que leurs efforts se concentraient sur des innovations en cours de développement qui leur permettraient d'être dominantes dans de multiples technologies, dont certaines pourraient être totalement nouvelles et que les parties n'exploitaient pas encore au moment de l'opération. Bien que la CMA n'ait pas pu identifier tous les produits et services qui seraient affectés par ces efforts de R&D, étant donné que certains d'entre eux se trouvaient encore dans une phase précoce de développement, les preuves disponibles étaient suffisantes pour montrer : (i) que le marché était dynamique, (ii) que Pacific Biosciences était un innovateur de rupture, et (iii) qu'il était clairement prévisible que les parties se livreraient à une concurrence plus importante si elles ne fusionnaient pas³⁹.

92. Dans les exemples passés, les autorités de la concurrence ont tenu compte d'un élément décisif pour parvenir à leurs conclusions : celui de savoir si les entreprises faisaient partie du nombre très limité d'entreprises disposant des **capacités nécessaires pour innover** dans leurs domaines de recherche. Pour répondre à cette question, elles ont notamment examiné si les domaines dans lesquels les entreprises investissaient dans l'innovation présentaient d'importantes barrières à l'entrée pour les futurs innovateurs, et si, d'après leur historique et leurs plans de recherche, ces entreprises avaient déjà réussi dans leurs tentatives de lancement de produits nouveaux sur le marché (rendant ainsi probable que l'innovation aboutisse à créer un produit).

93. Des théories du préjudice spécifiques à l'innovation ont également été retenues dans des décisions où les autorités de la concurrence n'ont pas constaté l'existence de marchés de l'innovation, mais ont reconnu, au sein de marchés de produits traditionnels, que l'innovation est l'un des moteurs les plus importants de la concurrence, sinon son principal moteur.

94. Dans l'une des opérations qui ont été contestées par le DOJ en 2022, la plainte du DOJ indiquait que l'opération étoufferait l'innovation sur les marchés de l'assurance santé, ce qui, par contrecoup, porterait préjudice à la concurrence actuelle et future. Selon le DOJ, l'opération qui avait des effets verticaux car elle devait être conclue entre une compagnie d'assurance santé privée et le propriétaire d'une technologie utilisée par les assureurs pour traiter les demandes d'indemnisation des assurés, donnerait aux parties à la fusion le contrôle de données critiques qui leur permettraient d'infléchir la concurrence à leur profit. Pour l'autorité, il en résulterait probablement une réduction de la concurrence entre les assureurs santé en termes d'innovation, étant donné que les assureurs rivaux sauraient que les parties à la fusion pourraient identifier et s'approprier leurs innovations, grâce à leur accès à des contenus de l'innovateur, sensibles sur le plan concurrentiel. De l'avis du DOJ, cette situation causerait un préjudice à l'innovation, dont la conséquence serait des plans moins abordables ou de moindre qualité. La plainte ajoutait que l'acquisition proposée permettrait également à l'entité issue de la fusion d'exploiter son contrôle de la technologie pour désavantager des rivaux dans le secteur de l'assurance santé, en augmentant leurs coûts et en leur refusant l'accès ou en retardant leur accès à des innovations et des améliorations qualitatives des produits et des services fournis⁴⁰. Cette affaire est juste un exemple de la manière dont les autorités de la concurrence ont pu introduire dans leur évaluation l'innovation et ses changements, en tant que moteur principal de changements de la concurrence.

95. La toute dernière décision d'interdiction de la Commission australienne de la concurrence et de la consommation (Australian Competition and Consumer Commission (ACCC)), concernant l'industrie des télécommunications mobiles, contient des considérations relatives à l'innovation, dans le cadre d'une

approche fondée sur l'impact. L'ACCC a analysé comment le projet de partage de réseaux et de spectres entre Telstra Corporation Limited et TPG Telecom Limited, que l'autorité a évalué comme une concentration, réduisait les incitations des entreprises à innover et à améliorer le service et les réseaux, affaiblissant ainsi le jeu de la concurrence. L'ACCC a reconnu que le marché se caractérisait par une concurrence dynamique mue par l'innovation, permettant d'améliorer les services offerts aux consommateurs, et que les changements qui interviendraient dans les décisions d'investissement et d'innovation, du fait de l'opération, auraient un impact sur la concurrence et les prix futurs. Étant donné que l'opération réduirait les incitations des parties en cause à innover, l'ACCC en a conclu qu'elle aurait également une incidence sur la manière dont les entreprises se feraient concurrence à l'avenir, et a donc décidé de refuser d'autoriser l'opération proposée⁴¹.

96. Dans l'UE, la fusion Takeda/Shire en 2018⁴² est une affaire intéressante qui montre comment, dans un marché mu par la concurrence défini de manière traditionnelle, qui inclut un chevauchement « du marché au pipeline » entre les parties à la fusion, l'autorité de la concurrence peut également prendre en considération une approche fondée sur l'impact⁴³. Le marché analysé dans la décision de la CE était le marché des traitements de la maladie inflammatoire de l'intestin, sur lequel l'une des parties (Takeda) offrait déjà un traitement biologique et l'autre (Shire) en développait un. La CE est parvenue à la conclusion qu'en raison des risques élevés de cannibalisation des ventes, l'opération était susceptible de retarder ou d'interrompre les efforts d'innovation. Pour la Commission, la disparition d'un nouveau traitement ou le retard mis à le développer « *représenterait une perte d'innovation et une réduction de la concurrence future potentielle, entraînant une perte de variété des produits disponibles et une réduction de l'intensité de la concurrence future en termes de prix sur le marché de produits, au détriment des consommateurs* »⁴⁴.

97. L'analyse fondée sur l'innovation est souvent complétée par un examen des barrières empêchant de démarrer des projets de R&D comparables, étant donné que leur arrêt potentiel réduirait considérablement la concurrence en termes d'innovation dans des domaines exigeant des actifs et des compétences spécialisés. Dans l'affaire Illumina/Pacific Biosciences, qui concernait le marché de la prochaine génération de systèmes de séquençage de l'ADN, la CMA est parvenue à la conclusion que le développement de technologies comme celles des parties à la fusion avait déjà combiné et projetait de combiner des compétences complexes « *dans une vaste gamme de disciplines comme la nanofabrication, la physique, la photonique, l'optique, la biologie moléculaire, l'ingénierie, le traitement du signal, le calcul intensif et la bioinformatique* ». Pour la CMA, cet élément rendrait les futures innovations plus difficiles et impliquerait également des processus longs et coûteux. Dans son évaluation, la CMA a également examiné la protection de la propriété intellectuelle dans l'industrie, les barrières réglementaires et d'autres coûts, afin de conclure à l'existence de barrières importantes à l'entrée qui seraient encore plus importantes en conséquence de l'opération proposée⁴⁵.

98. Certaines évaluations d'acquisitions prédatrices peuvent également être examinées dans ce contexte. L'Encadré 4.3 résume la discussion qui s'applique en particulier à ce type d'opérations.

Encadré 4.3. L'innovation dans les acquisitions prédatrices

En ce qui concerne les acquisitions prédatrices, les autorités de la concurrence évaluent généralement les théories du préjudice lorsque l'entreprise acquéreuse a pour stratégie de mettre fin aux projets d'innovation de la société cible. Cette tâche implique de considérer que ces baisses des niveaux d'innovation entravent la concurrence future. L'OCDE a examiné les théories du préjudice qui s'appliquent aux acquisitions anticoncurrentielles et, en particulier, aux marchés numériques, dans le contexte du contrôle des fusions¹. Selon l'OCDE, ces théories reposent principalement sur le fait qu'il serait plus rentable de mettre un terme à l'innovation des rivaux que de les concurrencer ou de subir des pertes lorsque leur produit séduit les consommateurs.

Par exemple, le DoJ a contesté le projet d'acquisition de Plaid par Visa en 2020.² Dans sa contestation, l'autorité a reconnu que même si l'innovation n'était pas une caractéristique inhérente au marché, Plaid pourrait être un perturbateur qui amènerait les autres acteurs à se faire concurrence pour les innovations futures. Ainsi, pour le DoJ, l'opération réduirait l'innovation et augmenterait les barrières à l'entrée pour les futurs innovateurs.

Note :

¹ Voir les notes de référence de l'OCDE sur : [Theories of Harm for Digital Mergers](#) (2023) et [Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control](#) (2020).

² United States of America DOJ v. Visa Inc. & Plaid Inc. Affaire 3:20-cv-07810.

99. Bien que cette approche ait été plus fréquemment adoptée dans le contrôle des fusions, quelques enquêtes pour abus de position dominante ont également impliqué l'analyse de l'impact sur l'innovation et de ses effets sur la concurrence, dans tous les cas afin de compléter l'approche plus traditionnelle fondée sur les incitations. Dans ces affaires, les autorités de la concurrence se sont intéressées à déterminer si le comportement qui avait potentiellement pour effet d'exclure un rival serait finalement préjudiciable ou bénéfique pour les consommateurs. La source du préjudice serait le comportement retardant l'innovation de la part du rival exclu ou dissuadant ce rival d'innover, tandis que le bénéfique pourrait découler du comportement protégeant l'innovation de l'entreprise dominante en premier lieu⁴⁶. En d'autres termes, les changements affectant l'innovation sont considérés comme l'effet majeur, que ce soit dans le cadre de l'effet négatif du comportement abusif ou dans celui des effets positifs qui le justifie (cette question sera examinée à la section 5.3).

100. Dans l'UE, la CE a invoqué l'effet dissuasif sur l'innovation comme un argument essentiel pour reconnaître la nature anticoncurrentielle de pratiques abusives, bien que ce soit le plus souvent dans le contexte de marchés de produits bien identifiés. C'est ce qui a été confirmé par le Tribunal de l'UE en appel dans des affaires comme l'affaire Google Android en 2022, évoquée dans l'Encadré 4.4 ci-dessous, et l'affaire AstraZeneca en 2010⁴⁷, où le Tribunal a conclu que le comportement d'AstraZeneca, qui impliquait le maintien d'exclusivités dans le marché des médicaments antiulcéreux au-delà de la période de protection des brevets, a entraîné un détournement du système de brevet. Ce comportement a eu pour effet de réduire les incitations à innover et, partant, a été jugé anticoncurrentiel.

101. Les toutes dernières enquêtes pour abus de position dominante de la CE contre Google illustrent parfaitement l'application des théories du préjudice spécifiques à l'innovation dans ces enquêtes. L'Encadré 4.4 présente les arguments particuliers qui ont été soulevés dans l'affaire du système d'exploitation Android, mais la CE a invoqué des arguments similaires pour analyser les effets directs du comportement de Google sur l'innovation dans l'affaire Shopping Service en 2017,⁴⁸ et dans l'affaire AdSense en 2019.⁴⁹

Encadré 4.4. Un comportement abusif peut étouffer l'innovation : l'affaire Google Android

L'une des trois sanctions majeures imposées à Google par la Commission européenne pour abus de sa position dominante en matière de recherche générale sur Internet était liée à l'imposition de restrictions illégales aux fabricants d'appareils Android et aux opérateurs de réseaux mobiles.

Dans sa décision, la CE a souligné que certaines de ses craintes tenaient au risque que Google limite le choix et l'innovation dans plusieurs applications et services mobiles, y compris la navigation mobile, en exigeant des fabricants qu'ils préinstallent l'application Google Search et le navigateur Chrome afin d'obtenir une licence pour le Play Store (vente liée illégale), ainsi qu'en imposant une obligation d'anti-fragmentation dans le cadre de ses accords.

La CE a examiné comment un tel comportement affectait les motivations des concurrents à innover et a conclu que le comportement était anticoncurrentiel car il freinait l'innovation, nuisant ainsi aux consommateurs. En particulier, la CE a établi que la vente liée de Google Search avec le Play Store empêchait les services de recherche générale concurrents de percevoir des revenus liés aux requêtes de recherche nécessaires pour faire bénéficier les utilisateurs de solutions innovantes. En compliquant l'obtention de tels revenus, Google a réduit les incitations de ses concurrents à investir dans le développement de fonctionnalités innovantes telles que des algorithmes et la conception de l'expérience utilisateur. Tel était le cas, par exemple, des services axés sur un groupe spécifique d'utilisateurs incapables d'atteindre l'échelle et l'accès aux utilisateurs qui leur permettraient d'investir dans la R&D pour développer des fonctionnalités innovantes.

En outre, la CE a constaté que les obligations anti-fragmentation pouvaient aussi entraver l'innovation, car la fragmentation peut être une source de concurrence pour des produits innovants. Pour étayer cet argument, la Commission européenne a pris l'exemple de Google, qui a créé Android par le biais d'une rupture de compatibilité (fragmentation) avec Java.

Selon la CE, il suffisait de prouver que les comportements de Google ont eu un impact sur l'innovation pour établir leurs effets anticoncurrentiels. Google a fait valoir que cette approche ne tenait pas compte des innovations réalisées par l'entreprise au cours de la période, mais la CE a rejeté cette allégation en affirmant que, d'une part, Google n'avait jamais démontré comment l'augmentation de ses innovations n'affectait pas les incitations et la capacité des concurrents à innover et que, d'autre part, Google n'avait pas prouvé qu'en l'absence de son comportement, ses produits et services n'auraient pas été améliorés dans une plus large mesure. Pour la CE, au final, les clients disposaient d'un choix limité, tandis que les concurrents étaient peu motivés à innover car le comportement de Google avait limité leur accès aux clients.

Dans sa décision, la CE a infligé à Google une amende supérieure à 4 milliards d'euros et lui a fait injonction de mettre fin à son comportement illégal dans un délai de 90 jours à compter de la décision.

Source : CE, Affaire No. AT.40099 – Google Android (2018), (Commission européenne, 2013^[21]) et (Balasingham, 2022^[22]).

102. Le Bureau de la concurrence canadien a suivi une approche similaire dans une enquête pour refus de fourniture concernant le secteur de l'immobilier à Toronto. L'Encadré 4.5 donne un exemple de la manière dont le Bureau de la concurrence canadien et le Tribunal de la concurrence ont évalué les effets sur les incitations des concurrents à innover dans une affaire d'abus de position dominante.

Encadré 4.5. Refus de fourniture sur le marché des services de courtage immobilier résidentiel à Toronto

En mai 2011, le Bureau canadien de la concurrence a introduit un recours auprès du Tribunal de la concurrence alléguant un abus de position dominante de la part du Toronto Real Estate Board (TREB), la plus grande chambre immobilière du Canada, sur le marché des services de courtage immobilier résidentiel.

Selon le recours, la TREB a imposé des restrictions sur l'utilisation et la divulgation en ligne d'importantes données immobilières dans le Multiple Listing Services (MLS), une base de données contenant des données actuelles et historiques sur les listes de propriétés, y compris les prix de vente. La TREB autorisait ses membres à communiquer les données relatives aux ventes à leurs clients en main propre, par courrier électronique ou par télécopie, mais empêchait l'affichage de ces données en ligne par l'intermédiaire des Virtual Office Websites (VOW), plateformes en ligne sécurisées et protégées par un mot de passe, sur lesquelles les courtiers peuvent fournir des informations MLS à leurs clients. En excluant les données relatives aux ventes de son flux électronique de données destiné à ses membres, la TREB limitait leur capacité à développer des outils analytiques nouveaux et sophistiqués ainsi que des modèles d'entreprise et des services innovants susceptibles de constituer une menace pour les modèles d'entreprise traditionnels. En avril 2016, le Tribunal a jugé que la TREB avait abusé de sa position dominante pour les raisons suivantes :

- La TREB avait une mainmise sur le MLS et contrôlait donc le marché des services immobiliers résidentiels basés sur le MLS, un élément clé de l'offre de services immobiliers résidentiels.
- Ces restrictions visaient à limiter l'émergence des courtiers VOW, considérés comme des agents novateurs, car les VOW risquaient d'entraîner une plus grande concurrence entre ses membres. Selon les termes du Tribunal : « *La principale motivation de la TREB dans la mise en œuvre des restrictions relatives aux VOW était d'isoler ses membres de la concurrence gênante que les maisons de courtage innovantes basées sur Internet (...) souhaitaient introduire sur le marché concerné* ».
- Ces restrictions entravaient considérablement la concurrence.

Le Tribunal s'est appuyé sur le fait que la concurrence entre les sociétés de courtage était dynamique et principalement basée sur l'innovation. Une partie essentielle de l'analyse a porté sur la manière dont le comportement anticoncurrentiel avait restreint l'innovation et, par conséquent, limité la possibilité d'une plus grande concurrence sur le marché. En concluant que le comportement de la TREB avait réduit l'innovation, le Tribunal a déclaré que « *la concurrence dynamique, y compris l'innovation, est le type de concurrence le plus important et que les consommateurs sont privés des avantages de services améliorés lorsque les membres sont exemptés d'une concurrence disruptive* ». De plus, « sans » les restrictions de la TREB en matière de VOW, le marché concerné aurait probablement connu une innovation considérablement supérieure, et les maisons de courtage qui utilisent des VOW dotés de l'intégralité des informations auraient un impact considérable sur la concurrence dynamique. Dans un contexte en perpétuel mouvement comme celui-ci, une innovation réduite impliquait une concurrence réduite à l'avenir.

Outre l'évaluation de l'impact des restrictions de la TREB sur l'innovation, le Tribunal de la concurrence a noté que ce comportement avait d'autres effets anticoncurrentiels, à savoir : l'augmentation des barrières à l'entrée et à l'expansion et la diminution de la gamme et de la qualité des offres de services de courtage.

Le Tribunal a ordonné à la TREB de supprimer ses restrictions anticoncurrentielles. La TREB a fait appel de cette décision devant la Cour d'appel fédérale, qui l'a rejeté. Le TREB a également déposé

une demande d'autorisation d'appel auprès de la Cour suprême du Canada, mais cette dernière l'a rejetée le 23 août 2018, et l'ordonnance du Tribunal a donc pris effet.

Source : OCDE (2020), Abus de position dominante sur les marchés numériques, www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf; OECD (2021) Une victoire pour l'innovation au Canada, Centre régional de l'OCDE-GVH pour la concurrence, Lettre d'information n° 16. Consulter les pages 25-27 : <https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-gvh-newsletter16-mar2021-en.pdf>; Bureau de la concurrence du Canada, fiche d'information : Abus de position dominante par la Toronto Real Estate Board, <https://www.canada.ca/en/competition-bureau/news/2018/08/backgrounder-abuse-of-dominance-by-the-toronto-real-estate-board.html>; Tribunal de la concurrence, synthèse de la décision, https://www.ct-tc.gc.ca/en/cases/decision-summaries/CT-2011-003.html?zoom_highlight=+CT%2D2011%2D003+decision+summary; https://www.ct-tc.gc.ca/en/cases/decision-summaries/CT-2011-003.html?zoom_highlight=+CT%2D2011%2D003+decision+summary; Décision du tribunal : <https://decisions.ct-tc.gc.ca/ct-tc/cdo/en/item/462979/index.do?q=toronto+real+estate+board+reasons>

103. D'une manière générale, dans tous les cas où les autorités de la concurrence ont évalué des opérations ou un comportement dans le cadre d'une théorie du préjudice spécifique à l'innovation, elles ont adopté une **perspective dynamique** pour identifier les sources potentielles de préjudice causé à l'innovation, et en particulier les risques d'élimination d'innovateurs performants ou d'activités de R&D importantes. Le postulat de base est que l'innovation est l'un des moteurs les plus importants de la concurrence, sinon son moteur principal. Dans ces affaires, les autorités de la concurrence examinent l'importance des entreprises soumises à un risque, la présence d'autres concurrents innovants et les barrières à l'entrée, après quoi elles analysent comment l'innovation réduite impactera la concurrence à l'avenir. Les éléments probants essentiels retenus dans le cadre de cette évaluation sont respectivement l'examen des compétences et des capacités des innovateurs, l'évolution des dépenses de R&D, les innovations passées et les plans de recherche et d'affaires. Lorsqu'elles analysent l'innovation dans une perspective dynamique, les autorités de la concurrence recherchent souvent des preuves leur permettant de comprendre l'importance respective des innovateurs sur les marchés en cause, la possibilité de répliquer leurs efforts et la probabilité que leurs innovations aboutissent à la création de produits. À cet effet, elles ont utilisé différents types de preuves sur les capacités d'innovation à la fois des entreprises à la fusion et de leurs concurrents. L'Encadré 4.6 présente un résumé du type de preuves que la Commission européenne a prises en considération dans l'affaire de la fusion Bayer/Monsanto afin d'évaluer les capacités d'innovation des parties à la fusion et de leurs concurrents⁵⁰.

Encadré 4.6. Preuve des capacités dynamiques des innovateurs dans la fusion Bayer/Monsanto

Lors de l'examen de l'acquisition de Monsanto par Bayer, la Commission européenne a recueilli plusieurs éléments pour évaluer les capacités d'innovation des entreprises, dans le but, entre autres, de déterminer :

- si les parties à la fusion étaient des innovateurs proches dans plusieurs domaines d'innovation
- s'il existait d'autres innovateurs aussi efficaces, c'est-à-dire des entreprises dotées de capacités analogues.

La première partie de l'analyse décrivait les portefeuilles d'activités de R&D des parties, leurs dépenses relatives aux R&D et leurs accords commerciaux et de licence avec d'autres entreprises. Le deuxième exercice portait sur l'examen de documents internes, notamment des rapports sectoriels, des documents de stratégie et des présentations. La Commission européenne, sur la base de ces documents, a indiqué quels innovateurs alternatifs représentaient une menace sérieuse pour les projets de R&D des parties à la fusion. Les documents internes montraient la rivalité perçue entre des projets de R&D spécifiques et les probabilités que ces projets deviennent des produits, en présentant souvent des prévisions de parts de marché. La Commission européenne a constaté que les objectifs d'innovation des concurrents sont généralement suivis de près par les entreprises. Grâce aux documents internes, la Commission a eu une vue d'ensemble claire des efforts de R&D dans les différents espaces d'innovation et a recueilli des informations sur les prévisions concernant le calendrier de lancement des produits et les estimations des taux de réussite de ces innovations.

La troisième partie de l'évaluation a consisté en une analyse des brevets. Il s'agissait de collecter des données sur les brevets afin de mesurer le degré d'innovation des différentes entreprises engagées dans la R&D dans les espaces d'innovation concernés. Cette analyse, qui s'appuyait sur les innovations antérieures, a permis à la Commission d'identifier les capacités des parties à la fusion et de leurs concurrents dans les espaces d'innovation où les activités des parties se chevauchent en termes de R&D. En particulier, la Commission a compté le nombre de fois où chaque brevet a été cité par des brevets ultérieurs, afin d'examiner la qualité des innovations antérieures. L'exercice a porté sur tous les brevets pertinents des cinq plus grandes entreprises du secteur et de toutes les autres entreprises actives dans la recherche sur l'un des espaces d'innovation entre 2007 et 2016.

Parmi les autres éléments de preuve utilisés par la Commission pour évaluer les capacités des concurrents, citons l'analyse des barrières à l'entrée, l'intégration des activités des entreprises à différents niveaux (c'est-à-dire la question de savoir si les entreprises actives dans la découverte et le développement avaient également la capacité d'enregistrer et de commercialiser les produits par elles-mêmes ou si elles devaient collaborer avec des tiers), et si les innovateurs étaient actifs dans un seul ou plusieurs des espaces d'innovation analysés.

À l'issue de l'analyse globale, la Commission européenne a conclu que :

1. les parties à la fusion, auparavant innovateurs performants, étaient les principaux innovateurs dans de nombreux secteurs à l'heure actuelle et très actives en matière de R&D, de sorte qu'elles seraient des concurrentes proches dans plusieurs espaces d'innovation.
2. Peu d'alternatives étaient disponibles pour certains espaces d'innovation où les parties détenaient des projets de R&D qui se chevauchaient et dont les parts de brevets combinées étaient élevées. En effet, aucune autre entreprise en dehors du groupe des cinq plus grandes entreprises n'était considérée comme un innovateur important.

3. Même au sein des cinq plus grandes entreprises, pour chaque espace d'innovation, seules une ou deux d'entre elles, en plus des parties à la fusion, étaient généralement actives et détenaient des brevets de bonne qualité.

Source : CE, Affaire N° AT.8084 - Bayer / Monsanto (2018).

4.3. Mesures correctives

104. Les mesures correctives conçues ou acceptées dans un contexte où les effets sur l'innovation ont été considérés selon une approche fondée sur l'impact visaient à maintenir la concurrence en termes d'innovation et sont pour la plupart de nature structurelle. Elles impliquent la cession de projets de R&D parallèles à des entreprises concurrentes ou des acquéreurs appropriés qui peuvent développer les projets avec le même taux de succès que leurs propriétaires précédents (Kern, Dewenter et Kerber, 2016^[4]). Le raisonnement sous-jacent est l'exigence de céder un vaste ensemble d'actifs incluant des **capacités d'innovation** suffisantes pour remplacer la perte d'un innovateur indépendant.

105. À ce stade du contrôle d'une fusion, il s'agit de déterminer si les cessions doivent porter sur des produits existants sur le marché ou sur des pipelines et s'il est nécessaire de céder des projets entiers de R&D afin de garantir des niveaux similaires de concurrence en termes d'innovation.

106. Dans la décision de la CE sur la fusion Dow/DuPont, l'approche fondée sur l'impact a également influencé la conception et l'évaluation des mesures correctives. La CE a ordonné aux parties, entre autres mesures correctives, de céder certains actifs spécifiques de l'activité pétrochimique de Dow et de l'activité pesticides de DuPont à un acquéreur approprié, y compris une grande part des capacités de R&D de DuPont dans les deux activités. Selon la CE, ces mesures correctives visaient à contrebalancer les effets de l'opération sur la concurrence due par l'innovation, à court, moyen et long terme. En conséquence, la vente de la structure et des pipelines de R&D était nécessaire pour permettre à l'acquéreur de devenir un concurrent performant en termes de R&D⁵¹. Dans l'affaire Bayer/Monsanto, les mesures correctives ont inclus la cession d'activités et d'actifs de Bayer nécessaires afin d'éliminer des chevauchements existants sur les marchés où des préoccupations ont été exprimées, y compris la structure de R&D de Bayer consacrée aux semences et à leurs caractères génétiques et les activités de recherche de Bayer visant à développer un produit concurrent du glyphosate de Monsanto. Le package contenait uniquement des actifs de Bayer, plutôt que de mélanger des actifs des deux entreprises, afin de préserver les complémentarités existantes entre les projets de R&D et les portefeuilles de produits⁵².

107. Dans les deux affaires, la CE a exigé la cession de la quasi-totalité des projets de R&D des entreprises étant donné qu'elle estimait que c'était le seul moyen de permettre à un acquéreur de remplacer durablement la pression concurrentielle de l'entreprise sur le marché et les incitations à innover, c'est-à-dire de créer un concurrent indépendant ayant des capacités d'innovation suffisantes. Dans les deux cas, les mesures correctives ont inclus non seulement des produits mais également des pipelines.

108. Le package de mesures correctives approuvé par le DOJ dans l'affaire Bayer/Monsanto aux États-Unis comprenait également la cession d'un ensemble complet d'actifs incluant des actifs liés à l'innovation, notamment des droits de propriété intellectuelle, des capacités de recherche et des projets en pipeline. Pour le DOJ, cet ensemble d'actifs cédés devait permettre à l'acquéreur, BASF, d'obtenir « *tous les actifs requis pour répliquer l'héritage d'innovation de Bayer* »⁵³.

109. On peut également citer un autre exemple de ce type de mesures correctives, à savoir l'opération de 2015 portant sur les activités de Novartis/GSK dans le domaine de l'oncologie, première opération autorisée sous conditions par la CE, où les mesures correctives ont été conçues sur la base de théories du préjudice spécifiques à l'innovation et ont inclus des cessions portant sur des produits pharmaceutiques en phase précoce de développement⁵⁴. Dans cette affaire, la CE craignait que la fusion cause un préjudice à l'innovation pour deux raisons : l'abandon du programme d'essais cliniques de Novartis portant sur deux

traitements pour différents types de cancer, d'une part, et l'arrêt du lancement d'un traitement combiné pour le cancer de la peau. Pour éviter cela, Novartis s'est engagée à rétrocéder ses droits sur un inhibiteur servant de base au traitement du cancer de la peau, et à vendre, à la même entreprise, l'un des programmes d'essais cliniques. Il était en effet nécessaire de ne pas séparer ces deux actifs dans les mesures correctives conditionnant l'autorisation de la fusion, en raison des complémentarités entre les deux médicaments, particulièrement utiles pour le traitement du cancer de la peau. L'ensemble de mesures correctives comprenait également la fourniture d'une assistance transitoire à l'acquéreur afin d'achever les études cliniques de Phase III. La CE est parvenue à la conclusion que ces mesures correctives garantiraient la poursuite des essais cliniques et, en cas de succès de ces derniers, l'arrivée du médicament sur le marché, tout en éliminant les chevauchements concurrentiels entre les parties à la fusion. La CE a jugé important que les deux activités soient vendues au même acquéreur disposant des compétences et de l'expérience suffisantes sur le marché, étant donné que cela accroîtrait la probabilité qu'elles soient viables.

110. Dans l'acquisition de Shire par Takeda, autorisée sous conditions par la CE en 2018⁵⁵, la CE a considéré que l'opération risquait de réduire l'innovation sur le marché des traitements de la maladie inflammatoire de l'intestin, ce qui pourrait affecter la concurrence future. La CE a donc conditionné son autorisation à la cession d'un traitement biologique en cours de développement par Shire. Dans son évaluation des engagements proposés par les parties à la fusion et les modifications qui leur ont été apportées, la CE a examiné si les actifs à céder comprenaient tous les actifs nécessaires afin de mettre le produit sur le marché, si l'innovation était couronnée de succès. À ce propos, la CE a également examiné les capacités de l'acquéreur à poursuivre le développement et à le porter potentiellement jusqu'au stade de la commercialisation, ce qui impliquait l'exigence que l'acquéreur ait un portefeuille de produits complémentaires.

111. Dans la fusion entre Halliburton et Baker Hughes, à propos de laquelle le DOJ a soulevé des préoccupations au sujet de l'innovation, au titre de multiples marchés de produits essentiels pour l'exploration et la production de pétrole et de gaz naturel, les entreprises ont proposé un ensemble de cessions qui incluait quelques actifs liés aux produits existants des deux entreprises. Le DOJ a rejeté ces mesures correctives car elles n'incluaient pas certains actifs revêtant une importance critique, dont le personnel, afin de restaurer la concurrence robuste qui existait avant l'opération⁵⁶. De l'avis du DOJ, les cessions proposées ne répliqueraient pas convenablement les capacités dynamiques et la position concurrentielle de Baker Hughes (Federico, Scott Morton et Shapiro, 2020^[11]).

112. En conclusion, les autorités de la concurrence conçoivent les mesures correctives résultant d'une analyse fondée sur l'impact afin de régler la préoccupation essentielle des théories du préjudice spécifiques à l'innovation, à savoir : **la perte d'un innovateur pertinent**. En ce sens, elles conçoivent ces mesures correctives afin de répliquer les capacités de l'innovateur qui est éliminé du marché, que ce soit par une acquisition ou par un comportement anticoncurrentiel.

4.4. Difficultés liées à l'approche fondée sur l'impact

113. Les autorités de la concurrence sont confrontées à plusieurs difficultés lorsqu'elles suivent cette approche⁵⁷. Les plus fréquentes ont trait à la capacité de prévoir et d'évaluer les effets à long terme de l'innovation et, en premier lieu, de prédire les résultats des activités d'innovation. Bien que cette difficulté ne soit pas propre aux autorités de la concurrence, elle peut être particulièrement importante lorsque leur décision est directement liée à des prévisions et des attentes, afin de satisfaire à la norme de preuve exigée. La rareté des décisions fondées sur des théories du préjudice spécifiques à l'innovation s'explique essentiellement par le risque élevé que ces décisions soient rejetées par les tribunaux. Les motifs principaux de ces rejets pourraient tenir au manque de caractère certain de l'évaluation ou au non-respect de critères légaux de fond qui, bien qu'ils soient différents selon les juridictions, exigent généralement que

l'autorité de la concurrence rapporte la preuve de la réduction significative de la concurrence ou de l'entrave significative à une concurrence effective (OCDE, 2023^[9]).

114. L'une des difficultés essentielles est de définir des marchés en cause en considérant des projets de R&D au lieu de produits ou de services tangibles. Plusieurs auteurs ont soutenu qu'il n'existe pas d'outils permettant de prévoir exactement l'orientation et la vitesse de l'innovation à long terme, et qu'il n'est donc pas possible de prédire comment des projets de R&D se trouvant à des stades précoces évolueront, et encore moins comment ils pourraient concurrencer d'autres produits à l'avenir⁵⁸. Cette difficulté est encore plus importante pour les autorités de la concurrence ayant des cadres inflexibles, où le marché doit être convenablement défini dans le cadre de l'examen d'une opération ou d'un comportement⁵⁹. (OCDE, 2018^[6]) présente certains autres inconvénients liés à la définition des marchés de l'innovation, tels la subjectivité dans la définition des activités d'innovation et l'accent mis sur les dépenses de R&D plutôt que sur les résultats des activités de R&D. Certaines propositions sont déjà disponibles à ce sujet. Par exemple, (Kerber et Vezzoso, 2021^[14]) proposent l'utilisation d'approches existantes bien établies des capacités dynamiques, qui sont déjà adoptées dans le contexte de la gestion stratégique et de l'innovation.

115. L'approche fondée sur l'impact pose une autre difficulté importante, selon que le système juridique applicable permet ou non d'évaluer les effets de l'innovation directement. La plupart des autorités doivent respecter un critère légal clair, c'est-à-dire prouver les effets, ou les effets potentiels, de l'opération ou du comportement en question sur la concurrence. Cela signifie que des effets indirects, tels les effets sur l'innovation, peuvent être jugés insuffisants par les tribunaux pour prouver l'impact sur la concurrence. Afin d'atténuer ce risque, il est fondamental que les autorités de la concurrence établissent un lien direct entre l'innovation et la concurrence. Telle est la stratégie suivie par la CE dans l'affaire Bayer/Monsanto. Pour la CE, dans les cas où l'innovation représente une part importante de l'état de la concurrence, l'une de ses tâches est d'établir si une opération donnera lieu à une entrave à l'innovation, auquel cas il est clair, selon elle, qu'il en résultera une entrave à la concurrence effective. De manière similaire, les autorités de la concurrence pourraient arguer qu'elles peuvent également considérer l'innovation comme l'un des bénéfices découlant d'une concurrence effective sur certains marchés, et, partant, comme l'un des effets d'une fusion. On pourrait dès lors considérer que des incitations accrues à innover font partie des gains d'efficacité générés par une opération⁶⁰.

116. En termes d'applications pratiques, une troisième difficulté pourrait également surgir dans la recherche de preuves sur les innovations ou les produits qui auraient été offerts aux consommateurs en l'absence du comportement en cause⁶¹. Néanmoins, les autorités de la concurrence ont souligné qu'il n'est pas nécessaire de prouver quelles innovations auraient pu être mises sur le marché afin d'établir qu'un comportement est anticoncurrentiel, étant donné que des effets potentiels peuvent être reconnus comme suffisants pour satisfaire au critère légal. Le Tribunal de l'UE a soutenu cet argument dans l'affaire Google Android, par exemple⁶². En outre, l'Encadré 4.6 présente quelques exemples du type de preuve que les autorités de la concurrence ont utilisé avec succès pour prouver l'importance de l'innovation dans la dynamique concurrentielle et les capacités d'innovation des entreprises.

117. Dans la plupart des cas, les difficultés décrites ci-dessus expliquent également pourquoi les autorités ont considéré des théories du préjudice causé à l'innovation, en plus des théories traditionnelles. En effet, les auteurs qui critiquent le fait de donner à l'innovation un rôle majeur dans une évaluation de la concurrence soutiennent également que les théories du préjudice spécifiques à l'innovation tendent à être plus abstraites. La raison en est qu'il n'existe aucun lien direct avec des produits ou services spécifiques, qu'aucune analyse de la substituabilité de la demande ne peut être faite et qu'il n'existe aucune preuve d'une restriction réelle ou potentielle de la concurrence sur un marché de produits spécifique⁶³. Parallèlement, des arguments ont été avancés à propos de la manière dont l'incertitude à propos des résultats des activités d'innovation pourrait être évaluée par les autorités de la concurrence et comment, en dépit de cette incertitude, l'innovation pourrait néanmoins être un facteur à prendre en compte et dans quelle mesure. Comme le montrent les développements ci-dessus, ce débat a porté en particulier sur les

normes de preuve requises afin d'établir comment l'opération ou le comportement en cause impactera l'innovation future. Au final, ces difficultés ont rendu les autorités de la concurrence extrêmement prudentes lorsqu'il s'agit d'élaborer des théories du préjudice spéculatives, car elles doivent veiller à ce que l'approche suivie, et les preuves qui la soutiennent, leur permettent d'atteindre ces seuils et de prendre des décisions conformes à la loi.

118. Pour atténuer les risques liés à la définition du marché, les autorités de la concurrence ont notamment trouvé la solution d'adopter à la fois une approche fondée sur les incitations et une approche fondée sur l'impact. Elles analysent alors l'impact de la concurrence sur l'innovation et de l'innovation sur la concurrence (future), mais continuent de procéder à une analyse liée à un marché de produits spécifique. En général, cela implique de laisser la définition exacte du marché ouverte pour refléter l'incertitude entourant des produits qui n'existent pas encore et pour pouvoir évaluer l'importance des efforts de R&D pour des marchés futurs. C'est la méthodologie qui a été adoptée par la CE depuis le début des années 2000, mais qui ne peut pas nécessairement être utilisée lorsque la législation de certaines juridictions imposent la définition du marché en tant que prérequis⁶⁴.

119. La CMA britannique a également abordé cette question et a franchi un pas supplémentaire. Dans l'une de ses décisions d'interdiction les plus récentes, l'affaire Facebook (désormais Meta) / Giphy⁶⁵, l'autorité a considéré qu'elle peut évaluer l'impact de l'opération dans une perspective dynamique, en dépit de l'incertitude à propos des résultats que les activités d'innovation auraient produits en l'absence de la fusion, y compris sur le point de savoir si ces activités auraient finalement abouti à des produits ou services disponibles pour les consommateurs. La CMA estime qu'elle peut évaluer cet impact en tenant compte de la probabilité que ces innovations deviennent disponibles à l'avenir, sur la base de preuves comme les succès enregistrés jusqu'à présent par les entreprises, les plans futurs en cours et existants, les documents internes et les témoignages de tiers⁶⁶. En outre, la CMA a reconnu que l'incertitude quant aux résultats des activités d'innovation peut être un moteur de la concurrence dynamique⁶⁷. La CMA considère que les preuves à cet égard peuvent découler de documents internes, de plans d'affaires et, en général, des mesures prises pour entrer sur le marché ou s'y développer, notamment des investissements préventifs en matière de marketing et des efforts de sensibilisation du personnel⁶⁸.

120. S'agissant des mesures correctives, plusieurs difficultés spécifiques se posent en raison de la nature de l'innovation. Étant donné que les mesures correctives pensées dans une perspective dynamique visent à répliquer des capacités d'innovation, il peut y avoir une certaine ambiguïté entre la tentative de l'autorité de la concurrence afin de maximiser le nombre d'innovateurs ayant des projets de R&D concurrents et la nécessité de maximiser l'innovation. On peut également soutenir qu'il est également possible de répondre à cette nécessité en concentrant les efforts sur des activités de R&D moins nombreuses mais plus productives.

121. Enfin, en complément de la discussion présentée à la section 3.5, l'incertitude à propos du résultat, de l'étendue, de la chronologie et du succès de la commercialisation d'une innovation a également un impact sur l'effet d'une mesure corrective imposée par une autorité de la concurrence. La souplesse dans l'imposition, la révision et la mise à jour des mesures correctives joue également un rôle clé dans ce contexte. L'acquisition de Shire par Takeda, autorisée sous conditions par la CE en 2018 et décrite ci-dessus, illustre bien comment la souplesse pourrait aider à surmonter cette difficulté⁶⁹. Sur le fondement de son analyse, la CE a conditionné l'opération à la cession d'un traitement biologique en cours de développement par Shire. Un an après la décision de la CE, les parties ont présenté une demande d'annulation de l'intégralité des engagements en raison de circonstances imprévues affectant le calendrier du projet de développement dans une mesure significative. Ces circonstances comprenaient des difficultés à recruter des patients pour des essais cliniques et les résultats négatifs d'une étude de reprotoxicité, ainsi que l'absence d'acquéreurs soumettant des offres appropriées et répondant aux critères définis dans les engagements et les changements intervenus dans l'environnement concurrentiel du marché.

122. Bien qu'il n'existe aucune solution unique à ces difficultés, les autorités de la concurrence ne devraient pas être dissuadées de suivre des approches plus spéculatives si besoin est, en particulier afin de tenir compte de la complexité de la relation entre la concurrence et l'innovation. Elles devraient viser à trouver un équilibre entre l'utilisation de ces approches et l'obtention de preuves suffisantes pour respecter leurs critères légaux.

5. Approche fondée sur une relation inverse : facteurs compensatoires, gains d'efficacité et justifications

123. Les autorités de la concurrence ont également considéré l'innovation dans l'évaluation des facteurs contrebalançant la réduction de la concurrence. Les acteurs du marché ont invoqué l'innovation pour justifier leur projet de fusion ou un comportement potentiellement anticoncurrentiel en raison des gains d'efficacité. Dans ces affaires, les autorités présument qu'il existe une relation en forme de U ou même une relation négative entre la concurrence et l'innovation, au contraire d'une relation linéaire positive, c'est-à-dire qu'une innovation accrue pourrait valider ou compenser une baisse de la concurrence.

5.1. L'innovation comme facteur contrebalançant le pouvoir de marché

124. Les autorités de la concurrence considèrent souvent que le pouvoir de marché ne pourrait pas être durable sur des marchés dynamiques et très innovants. En effet, le leader du marché pourrait être soit limité dans son pouvoir d'agir indépendamment, soit être aisément remplaçable par l'un de ses concurrents en raison de ses activités d'innovation. Par exemple, si ce dernier parvient à réaliser une innovation qui lui confère un avantage concurrentiel. Dans le cadre des affaires d'application du droit de la concurrence, cette approche conduit les autorités à considérer l'innovation (et les marchés où il existe peu de barrières à l'entrée d'innovateurs potentiels futurs) comme une caractéristique qui pourrait limiter le pouvoir de marché des acteurs, en dépit de la détention de parts de marché élevées.

125. L'innovation, en tant que contrepoids du pouvoir de marché, est souvent liée à la reconnaissance par les autorités de l'existence d'autres moteurs de l'innovation. Dans la pratique, ces moteurs ont également été pris en compte, bien que les exemples soient plus rares. On peut citer, à titre d'exemples de ces moteurs, la maturité du marché (stade de développement), les cycles de vie du produit et l'existence d'effets de réseau⁷⁰.

126. Dans la fusion entre Lanxess et DSM en 2011, par exemple, où il a examiné le marché de la production et de la vente de gommes, le Bundeskartellamt a reconnu que sur des marchés en expansion comme celui examiné, des innovations permettent des changements rapides des parts de marché. Le Bundeskartellamt en a conclu qu'il n'existait aucune preuve d'une domination collective réelle ou potentielle. Pour parvenir à ses conclusions sur la probabilité d'un comportement coordonné, il a pris en compte le degré prévisionnel de croissance du marché et des futures innovations attendues, ainsi que le fait que le marché était volatil⁷¹.

127. De la même manière, dans les marchés caractérisés par de puissants effets de réseau, les autorités de la concurrence ont examiné comment le succès d'une innovation peut dépendre de ces effets, étant donné qu'ils agissent comme des barrières structurelles à l'entrée sur le marché. Dans ces cas, la discussion se concentre sur la manière dont la position d'une plateforme leader peut rester vulnérable si

des concurrents innovants réussissent à attirer rapidement un grand nombre d'utilisateurs grâce à leurs innovations et bénéficient eux-mêmes de puissants effets de réseau (Bundeskartellamt, 2017^[8]).

128. Le cycle de vie des produits est un autre aspect qui a été pris en considération pour évaluer le pouvoir de marché sur des marchés innovants. Dans les secteurs où les produits ont des cycles de vie courts, en raison du rythme auquel ces innovations sont introduites sur le marché, ces innovations limitent le pouvoir de marché des entreprises en place, en dépit de leurs parts de marché importantes. Une décision illustre cette analyse : l'évaluation par la CE de l'opération Microsoft/Skype⁷², qui concernait le marché des communications par internet, essentiellement dans le segment de la visiophonie qui était encore en développement à l'époque où l'opération a été examinée. Pour la CE, il s'est avéré que les innovations dans les services de communications, qui représentent l'aspect essentiel de la concurrence, raccourcissent le cycle de vie des produits lancés sur le marché. En conséquence, des parts de marché importantes n'impliquent pas nécessairement la détention d'un pouvoir de marché. La CE a considéré des aspects comme l'attitude des consommateurs à l'égard de l'innovation dans le secteur, l'entrée rapide et réussie d'acteurs du marché de taille mondiale ayant des marques fortes, et la croissance rapide de la demande pour les produits offerts par les parties à la fusion et leurs concurrents. Les parties ont fourni à la CE des documents internes révélant les innovations réalisées par Skype au fil du temps afin de maintenir sa position d'acteur sur le marché, ainsi que la baisse de ses parts de marché au moment où un concurrent s'est implanté sur le marché avec des produits innovants. La CE a autorisé l'opération en dépit du fait que les parties à la fusion détenaient une part de marché de 90%⁷³.

129. Tous ces exemples illustrent des scénarios dans lesquels les autorités de la concurrence reconnaissent que l'innovation peut être considérée comme un facteur contrebalançant le pouvoir de marché, en raison de certaines caractéristiques spécifiques des marchés en cause.

5.2. L'innovation comme source de gains d'efficacité

130. Dans le contrôle des fusions, les gains d'efficacité peuvent jouer un rôle clé dans l'examen des opérations. Dans la pratique, les parties à la fusion prétendent, dans la plupart des juridictions, que leur opération produira des effets positifs sur le marché. Dans ces cas, les autorités de la concurrence évaluent (i) si ces effets existent, (ii) s'ils sont liés à l'opération, (iii) si cette opération est indispensable pour générer les gains d'efficacité revendiqués et, (iv) dans certains cas, s'il en découle des améliorations du bien-être des consommateurs.

131. Lorsqu'elles invoquent les gains d'efficacité générés par l'innovation, les parties peuvent notamment prétendre que l'opération accroît les capacités de l'entreprise issue de la fusion à innover, ainsi que les incitations et la capacité à innover. L'accroissement des capacités est généralement lié au transfert volontaire de technologie entre les entreprises à la fusion, qui entraîne le passage à une échelle supérieure, une réduction des coûts ou le renforcement des compétences dédiées à un processus d'innovation particulier (Federico, Scott Morton et Shapiro, 2020^[11]). Les parties peuvent également invoquer une autre source de gains d'efficacité, grâce à l'internalisation des retombées involontaires qui se produisent dans des situations où les entreprises à la fusion ont des innovations non rivales. L'importance de ces retombées dépend de la manière dont la R&D est conduite dans les entreprises, et de l'étendue de la complémentarité de leurs capacités. L'argument tiré de ces gains d'efficacité est le suivant : étant donné que le marché verra arriver des produits ou des services nouveaux ou meilleurs, les consommateurs auront accès à une meilleure qualité ou à plus de choix, ce qui, par contre-coup, accroîtra leur bien-être. Du côté des producteurs, les innovations ont le potentiel de réduire les coûts, d'autant plus si l'innovation entraîne également une innovation dans les procédés de production, ce qui accroît également leur bien-être.

132. Les parties à la fusion ont évoqué ces différents types de gains d'efficacité. La fusion entre Western Digital et Hitachi en est un bon exemple ; cette fusion a été évaluée par la CE en 2011 et est expliquée dans l'Encadré 5.1⁷⁴.

Encadré 5.1. Allégations de gain d'efficacité dans le cadre de la fusion Western Digital/Hitachi

En 2011, la CE a approuvé, avec des mesures correctives, l'opération entre Western Digital et Viviti Technologies, filiale d'Hitachi, tous deux fournisseurs de pilotes de disques durs (HDD). La CE craignait une augmentation des prix des disques durs de 3,5 pouces pour ordinateurs de bureau après l'opération.

Certes, les problèmes soulevés n'étaient pas directement liés à l'innovation, mais les parties à la fusion ont présenté différentes allégations de gains d'efficacité dans lesquelles l'innovation jouait un rôle majeur. Les gains d'efficacité invoqués étaient les suivants :

- La combinaison des actifs complémentaires des parties profiterait aux consommateurs, car l'entité issue de la fusion pourrait rivaliser plus vigoureusement avec ses principaux concurrents.
- La combinaison des ressources des parties en matière de R&D permettrait d'améliorer et d'accélérer le développement des produits. Elle avait également amélioré la capacité de l'entité issue de la fusion à initier et à mettre en œuvre des transitions technologiques plus importantes, nécessaires pour continuer à développer des disques durs plus rapides et de plus grande capacité.
- Les parties espèrent réaliser d'importantes économies de coûts et d'échelle qui se traduiraient par des réductions de prix et une innovation accrue. Ces économies portent sur la réduction des frais généraux de fabrication redondants et sur les coûts d'investissement grâce à une meilleure utilisation des actifs existants.

Les entreprises ont présenté, à l'appui de leur deuxième allégation de gains d'efficacité, un plan d'investissement important en R&D afin d'élargir leur gamme de produits et de mettre au point des composants de disques durs de nouvelle génération. Toutefois, la CE a rejeté cette allégation, estimant que les parties n'avaient pas prouvé que les gains d'efficacité étaient spécifiques à la fusion et vérifiables.

La CE a également rejeté la troisième allégation, car les entreprises n'ont pas fourni d'éléments prouvant l'effet escompté sur l'innovation ou garantissant que les consommateurs bénéficieraient des réductions de coûts. En outre, la CE a conclu que la source et les détails des réductions des coûts n'étaient ni précis ni cohérents.

La CE a autorisé l'opération sous réserve d'une cession d'actifs, y compris le transfert ou l'octroi de licences de droits de propriété intellectuelle et le transfert de personnel de R&D. L'analyse des mesures correctives par la CE a consisté à déterminer si les actifs à céder garantissaient l'établissement d'un acteur indépendant doté des capacités nécessaires pour innover et rester compétitif sur les futurs marchés des disques durs.

Source : CE, Affaire M. 6203 Western Digital/Viviti Technologies (2011).

133. Les gains d'efficacité grâce à l'innovation n'ont pas été évalués uniquement dans le contexte d'une fusion. Les accords anticoncurrentiels sont parfois exemptés de l'interdiction des ententes et autres pratiques concertées lorsqu'ils contribuent à promouvoir le progrès technique ou économique et attribuent une part des bénéfices en résultant aux consommateurs.

134. L'exemple le plus flagrant est l'évaluation des accords de R&D. La plupart des autorités de la concurrence ont la possibilité d'évaluer ce type de coopération, soit parce qu'elles envisagent la possibilité d'enquêter et de reconnaître la licéité de ces accords *ex post*, soit parce qu'elles ont le pouvoir d'examiner ces accords *ex ante* et de les autoriser en raison de gains d'efficacité. Dans l'un et l'autre cas, l'analyse semble se dérouler selon la séquence suivante :

- En premier lieu, les autorités de la concurrence ont clairement identifié les principaux problèmes que les accords de R&D peuvent poser en termes de concurrence, par exemple la réduction ou le ralentissement de l'innovation, la probabilité d'une coordination accrue à l'avenir et des problèmes d'éviction, si la coopération implique au moins un acteur détenant un pouvoir de marché significatif dans une technologie clé et le droit d'exploitation exclusive des résultats⁷⁵.
- En second lieu, elles ont identifié des scénarios extrêmes. D'une part, des accords restrictifs de la concurrence en raison de leur objet, c'est-à-dire lorsque le projet de R&D sert uniquement d'outil pour s'engager dans une activité d'entente. D'autre part, des accords de R&D qui ne produisent pas d'effets restrictifs sur la concurrence, tels ceux entre des non-concurrents ou entre des concurrents détenant de très petites parts de marché. À titre d'exemple, la CE a adopté le Règlement sur l'exemption de certaines catégories d'accords de R&D⁷⁶ pour les cas où les parts de marché combinées des parties n'excèdent pas 25%, car il est improbable qu'avec une telle part, l'accord impacte les niveaux de concurrence sur le marché.
- En troisième lieu, elles ont conclu que les accords sortant du cadre des exemptions n'entraînent pas nécessairement des effets restrictifs sur la concurrence, ce qui est principalement le cas si les entreprises orientent la R&D vers l'amélioration des produits existants ou la création de nouveaux produits. Dans le premier cas, les autorités évalueront ensuite les effets sur le prix, les résultats, la qualité, la variété et l'innovation en termes de produits sur les marchés existants. Dans le second cas, elles examineront les restrictions possibles en termes de qualité et de variété des produits ou technologies futurs ou la vitesse d'innovation. Jusqu'à ce stade, les autorités peuvent procéder à une analyse fondée sur les incitations et/ou à une analyse fondée sur l'impact.
- En quatrième lieu, les autorités de la concurrence ont évalué les gains d'efficacité. Les autorités analysent essentiellement si l'accord combine des compétences et des actifs complémentaires ou de substitution, étant donné que, dans le premier cas, il pourrait en résulter des innovations développées et commercialisées à un rythme plus rapide qu'en l'absence de l'accord. Les autres gains d'efficacité incluent la diffusion plus large de connaissances, qui peut déclencher de nouvelles innovations et des réductions de coûts.

135. Un exemple illustre clairement l'application de cette méthodologie, à savoir l'examen par le Bundeskartellamt, en 2017, du projet de coentreprise entre des banques privées leaders en Allemagne. Cet accord avait pour objectif d'introduire une nouvelle fonction de paiement P2P (transferts d'argent entre téléphones mobiles) dans le système de paiement en ligne *Paydirekt*. La coentreprise couvrait uniquement ce développement et les banques continueraient de se faire concurrence dans tous les autres domaines. Le Bundeskartellamt ne s'est pas opposé à la coentreprise car il a considéré qu'elle améliorerait les conditions concurrentielles sur le marché des systèmes de paiement en ligne en conduisant à des innovations des produits qui existaient déjà sur le marché et étaient offerts par d'autres acteurs mondiaux⁷⁷. Pour parvenir à sa décision, le Bundeskartellamt a examiné la probabilité d'une coopération future entre les membres de la coentreprise, les restrictions potentielles de la concurrence et les gains liés aux innovations développées et commercialisées plus rapidement qu'en l'absence d'accord. Ce dernier élément a joué un rôle crucial dans la décision de non-objection. Il existe beaucoup d'autres exemples de ces accords, qui suivent tous la même logique d'évaluation.

136. La Federal Trade Commission coréenne (KFTC) a appliqué une méthodologie similaire afin de sanctionner des constructeurs automobiles allemands pour collusion afin d'éviter la concurrence dans le

développement de technologies d'épuration des émissions (voir Encadré 5.2 pour des détails sur cette affaire).

Encadré 5.2. La KFTC sanctionne les constructeurs automobiles pour entrave à la concurrence en matière de R&D

En février 2023, la KFTC a infligé d'importantes amendes et ordonnances correctives (Ordonnance de cessation et d'abstention) à quatre constructeurs automobiles (Mercedes-Benz Group, BMW, Audi et Volkswagen) pour s'être entendus afin d'éviter la concurrence dans la recherche et le développement d'une technologie d'épuration d'émissions. Les entreprises ont accepté d'utiliser un logiciel qui réduit la quantité de dosage d'AdBlue¹ dans leur élaboration d'un système de réduction catalytique sélective² même si elles étaient au courant du problème des émissions excessives de gaz et des initiatives des différentes juridictions pour les réduire.

La KFTC est parvenue à la conclusion que l'accord restreignait le développement et la commercialisation de nouvelles voitures diesel dotées de meilleures performances de réduction des émissions de gaz, et qu'il avait donc freiné l'innovation et limité le choix des consommateurs. Pour la KFTC, ce comportement visait à éviter la concurrence en matière d'innovation pour la mise au point de technologies innovantes plus écologiques. Pour parvenir à sa décision, la KFTC a reconnu, pour la première fois dans le cadre d'une procédure d'application, que la durabilité et l'innovation sont des paramètres de concurrence essentiels sur le marché concerné, en plus des quantités et des prix des produits. Le comportement ayant un objectif anticoncurrentiel était illégal par nature et la KFTC n'avait pas besoin d'en examiner les effets. La KFTC n'a pas non plus analysé de justificatifs ou de critères d'efficacité.

Remarque :

¹ AdBlue est une solution conçue pour permettre la réduction des émissions automobiles. La quantité d'émissions de gaz dépend fortement de la quantité d'AdBlue injectée dans les gaz d'échappement des véhicules.

² SCR est un système de traitement qui convertit les gaz toxiques, tels que les oxydes d'azote qui se forment lors de la combustion des carburants dans les moteurs de voiture, en eau et en azote.

Source : KFTC (2023). Communiqué de presse, disponible à l'adresse suivante : https://www.ftc.go.kr/solution/skin/doc.html?fn=d458a05f8b59bff168e61d09a7bcb680385945bfc3d844bd1b231f6b67553b44&rs=fileupload/data/result/BBSMSTR_00000002402/

5.3. L'innovation comme justification

137. L'innovation peut être invoquée par les parties à une procédure d'application comme la justification d'un comportement anticoncurrentiel dans une dernière situation. Les entreprises pourraient soutenir, en particulier dans le contexte d'un comportement d'éviction, que leur comportement (par exemple, un refus de vente) vise à protéger leurs investissements et l'innovation sur le marché qui les a conduites à conquérir leur position dominante. Dans certaines juridictions, comme l'UE, les entreprises doivent prouver, avec un degré de probabilité suffisant, que leur pratique a produit un effet proconcurrentiel, par exemple une innovation accrue de la part de l'entreprise dominante⁷⁸. Tel a été le cas au Brésil, où l'autorité brésilienne de la concurrence (CADE) a évalué trois procédures administratives concernant des allégations d'abus de position dominante par Google, auxquelles l'autorité a mis fin après avoir conclu qu'il n'existait pas suffisamment de preuves du caractère illégal des pratiques de Google. Les conclusions de la CADE se sont fondées sur le manque de preuves établissant comment le comportement en cause empêchait la concurrence, et sur le fait que l'autorité a trouvé des justifications objectives à ce comportement. L'Encadré 5.3 résume l'affaire AdWorks, où le tribunal de la CADE a considéré que la protection de l'innovation justifiait le comportement de Google.

Encadré 5.3. Abus de position dominante de Google AdWorks au Brésil

En 2013, la CADE a lancé une procédure administrative à l'encontre de Google pour abus de position dominante présumé lié à son outil de recherche publicitaire AdWorks. En effet, Google incluait des clauses dans ses contrats avec les annonceurs pour les empêcher de transférer des données de sa plateforme vers les plateformes concurrentes, restreignant ainsi le multihébergement et la concurrence.

En 2019, le tribunal de la CADE a rejeté l'affaire en se fondant sur deux arguments principaux. Le premier, il n'existait aucune preuve que les clauses de Google avaient réellement entravé la concurrence, car de telles clauses étaient courantes dans les contrats de licence et n'impliquaient pas nécessairement l'interdiction du multihébergement. Le deuxième argument concernait le fait que le Tribunal avait trouvé une justification commerciale raisonnable à certaines clauses des contrats. Le Tribunal a conclu qu'une obligation de retirer de telles clauses en les déclarant illégales pourrait décourager l'innovation.

Après une étude de marché approfondie, incluant des enquêtes auprès d'annonceurs, de concurrents et de clients, la CADE a pris la décision de classer l'affaire.

Source : Procédure administrative CADE 08700.005694/2013-19 et (OCDE, 2020^[23])

138. Lorsque l'innovation est considérée comme justifiant un comportement anticoncurrentiel, l'analyse suit généralement la logique selon laquelle une concurrence réduite incite les entreprises en place à innover, étant donné que les perspectives de s'approprier les rentes découlant de ces innovations accroissent leurs incitations à investir dans celles-ci.

139. Dans certains cas, les entreprises invoquent non seulement cet argument mais également les améliorations qu'elles-mêmes ou leurs concurrents ont apportées sur le marché, afin de prouver qu'aucun comportement d'éviction n'a eu lieu (Federico, Scott Morton et Shapiro, 2020^[11]). Toutefois, les autorités de la concurrence reconnaissent depuis longtemps que la vraie question n'est pas de savoir si des améliorations ont été apportées sur le marché, mais si elles auraient été plus importantes sans le comportement en cause. En 1998, le DOJ a ouvert une enquête sur Microsoft, pour maintien illégal de sa position de monopole sur le marché des ordinateurs personnels, du fait de restrictions limitant la possibilité pour les constructeurs et les utilisateurs d'utiliser d'autres programmes comme Netscape et Java⁷⁹. Pendant cette enquête, le DOJ a rejeté l'argument de Microsoft selon lequel les multiples innovations apportées à son logiciel montraient à quel point son comportement a été positif pour les consommateurs. Pour l'autorité, ces améliorations, indépendamment de leur valeur pour les clients, n'ont pas empêché que le comportement anticoncurrentiel ait causé un préjudice à la concurrence.

140. Tel a également été le cas dans l'enquête Google/Android, expliquée dans l'Encadré 4.4, où la CE a rejeté l'argumentation de Google, car elle a considéré que le scénario contrefactuel était inexact.

6. Conclusions

141. Les autorités de la concurrence ont depuis longtemps tenu compte de l'innovation dans l'application des règles de concurrence. Toutefois, à la lumière des évolutions du marché, notamment l'expansion d'écosystèmes et la création de nouveaux modèles de concurrence, la manière dont l'innovation peut et devrait être analysée suscite un intérêt croissant.

142. Cette note de référence passe en revue des décisions prises par diverses juridictions, en matière de fusions et dans d'autres domaines, et tente de décrire les différentes manières dont les autorités de la concurrence ont inclus l'innovation dans leur analyse. Elle parvient à la conclusion qu'il n'existe aucune approche systématique de l'innovation dans les procédures d'application, et que le contrôle des fusions est le domaine où les autorités de la concurrence ont le plus souvent évalué l'innovation, bien que leur approche diffère d'une affaire à l'autre. Néanmoins, elle identifie trois manières différentes dont l'innovation a été analysée, qui diffèrent selon la manière dont les autorités de la concurrence perçoivent la relation entre la concurrence et l'innovation. Dans certains cas, les hypothèses à propos de la relation entre ces deux variables varient au sein de la même décision.

143. En fonction de l'approche suivie par les autorités de la concurrence pour incorporer des considérations liées à l'innovation dans leurs activités d'application du droit de la concurrence, certains aspects seront différents, notamment la manière dont les marchés sont définis, la théorie du préjudice à explorer et la manière de concevoir et d'imposer des mesures correctives ou des engagements.

144. En ce qui concerne la définition des marchés en cause, les autorités se sont fondées sur les marchés de produits existants, en suivant l'approche habituelle, mais ont également évalué des marchés futurs, ainsi que les marchés de l'innovation. Les marchés de l'innovation sont différents des marchés de produits traditionnels, en ce sens qu'ils n'identifient pas un marché spécifique existant ou futur qui inclut un produit ou un service donné, mais considèrent plutôt les activités de R&D comme un marché en soi.

145. Les théories traditionnelles du préjudice adaptées aux préoccupations liées à l'innovation semblent être les plus courantes, et il n'existe qu'un petit nombre d'affaires dans lesquelles les autorités de la concurrence ont considéré des théories du préjudice spécifiques à l'innovation. Lorsque les autorités de la concurrence évaluent des théories traditionnelles du préjudice, elles examinent généralement comment un comportement ou une opération réduit la concurrence et, partant, impacte les incitations et la capacité à innover. Dans les rares affaires où les autorités de la concurrence ont examiné des théories du préjudice spécifiques à l'innovation, elles ont examiné, dans une perspective dynamique, si l'élimination d'innovateurs ou d'activités de R&D entraînerait des risques. Plus généralement, dans les affaires où les autorités de la concurrence reconnaissent que l'innovation affecte la concurrence autant que la concurrence affecte l'innovation, elles évaluent finalement les changements des incitations et des capacités à innover. Ces évaluations reposent sur les changements des niveaux de concurrence et comment ceux-ci, vus dans une perspective dynamique, impactent également la concurrence à long terme.

146. Les autorités de la concurrence ont adopté une approche similaire pour la conception des mesures correctives. La préoccupation principale semble être que les actifs à céder incluent tous les éléments nécessaires pour que l'acquéreur puisse faire concurrence sur le marché, y compris ceux qui sont nécessaires afin de maintenir cette concurrence à l'avenir. Lorsque des considérations dynamiques sont prises en compte, le package de mesures correctives tend à être plus vaste afin d'y inclure des capacités

d'innovation pertinentes qui pourraient ne pas être directement liées à des produits existants, mais qui garantiraient le remplacement de la perte de l'innovateur indépendant.

147. L'innovation a également joué un rôle lorsque les entreprises revendiquent des gains d'efficacité ou tentent de justifier objectivement leur comportement. En outre, les autorités de la concurrence ont examiné la question de l'innovation dans l'analyse des facteurs qui contrebalancent le pouvoir de marché ou la concentration.

148. L'incertitude joue un rôle clé dans l'analyse de l'innovation, particulièrement lorsque les produits ne sont pas encore entrés sur le marché ou lorsque les résultats potentiels des activités d'innovation ne sont pas clairement identifiables. En outre, étant donné que l'innovation implique un degré élevé de spéculation, les autorités de la concurrence sont confrontées au risque que leur évaluation ne soit pas conforme au critère légal de fond imposé dans leurs juridictions. Dans ces scénarios, les autorités de la concurrence se sont montrées prudentes et se sont essentiellement fondées sur des documents internes (c'est-à-dire, des modèles d'affaires, des prévisions) et des informations historiques (notamment l'activité en matière de brevets et les dépenses de R&D) qui les aident à déterminer les résultats prévisionnels des activités d'innovation. Cela implique notamment d'estimer quel pourrait être le produit et comment la concurrence future pourrait évoluer.

149. Bien que l'analyse de l'innovation s'accompagne de difficultés, les autorités de la concurrence ne devraient pas être découragées de suivre des approches plus spéculatives si besoin est. En particulier, afin de saisir la complexité de la relation entre la concurrence et l'innovation, elles devraient viser à trouver un équilibre entre l'utilisation de ces approches et l'obtention de preuves suffisantes pour pouvoir satisfaire à leurs critères légaux.

Notes de fin

¹ En 1982, par exemple, l'U.S. Department of Justice a pris en considération des arguments fondés sur l'innovation dans sa procédure contre International Business Machines Corp (IBM), en retenant que l'entreprise avait utilisé l'innovation (et l'annonce d'innovations futures) afin de désavantager les concurrents. Déjà en 1995, les lignes directrices antitrust pour la concession sous licence de droits de propriété intellectuelle contenaient des dispositions plus spécifiques, mentionnant que les lois antitrust ont notamment pour but de promouvoir l'innovation.

² Voir, par exemple, (Schrepel, 2023^[5]) analyses de certaines affaires en Europe.

³ La note de référence n'entend pas couvrir les cadres d'évaluation de la concurrence dynamique. Pour une discussion sur le sujet, voir, par exemple : <https://www.oecd.org/fr/daf/concurrence/merger-control-in-dynamic-markets.htm>.

⁴ Certaines lignes directrices sur les fusions, évoquées ci-dessous, contiennent des dispositions explicites relatives à l'innovation tandis que d'autres, par exemple, présentent l'innovation comme l'une des multiples références aux effets hors-prix (OCDE, 2018^[6]).

⁵ U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission Merger Guidelines – Draft for Public Comment Purposes. Annexe 2, section E. Disponible à l'adresse suivante : https://www.justice.gov/d9/2023-07/2023-draft-merger-guidelines_0.pdf

⁶ U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission Merger Guidelines – Draft for Public Comment Purposes. Annexe 3, section B.7. Disponible à l'adresse suivante : https://www.justice.gov/d9/2023-07/2023-draft-merger-guidelines_0.pdf

⁷ U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission Merger Guidelines – Draft for Public Comment Purposes. Annexe 2, section E. Disponible à l'adresse suivante : https://www.justice.gov/d9/2023-07/2023-draft-merger-guidelines_0.pdf

⁸ Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, disponibles à l'adresse suivante : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A52009XC0224%2801%29>.

⁹ Lignes directrices de la CCCS sur l'application de l'interdiction posée par la Section 47 (abus de position dominante), disponibles à l'adresse suivante : https://www.cccs.gov.sg/-/media/custom/ccs/files/legislation/cccs-guidelines-2022-interactive/cccs-guidelines-2022_interactive.ashx

¹⁰ KFTC (2022), *Guidelines on Anticompetitive Conduct in the Platform Sector*. L'essentiel de ces lignes directrices est résumé en langue anglaise et disponible à l'adresse suivante : https://www.ftc.go.kr/solution/skin/doc.html?fn=23f6848cbcadf63a97f87accd6400b8ce5d2b65a537490de4adc0313932e2cc2&rs=/fileupload/data/result/BBSMSTR_000000002402/

¹¹ Par exemple, la section 6.4. des lignes directrices américaines sur les fusions horizontales de 2010 affirme que la concurrence incite les entreprises à innover et que, dans ce sens, les autorités de la concurrence peuvent examiner si une fusion est susceptible de réduire la concurrence pour l'innovation en réduisant les efforts d'innovation ou les incitations à l'innovation.

¹² Pour une discussion détaillée sur la concurrence potentielle, voir (OCDE, 2021^[31]).

¹³ Tel a été le cas dans la décision sur la fusion General Electric/Alstom (CE, affaire M. 7278 2015), où la CE a défini le marché de produit comme le marché des turbines à gaz lourdes, où les parties à la fusion se livraient déjà une concurrence active en termes de prix et d'innovation et où les barrières technologiques et financières étaient significatives. Dans cette affaire, la CE est parvenue à la conclusion que les parties comptaient pour environ 30% des dépenses de R&D, qu'il était essentiel d'être à la pointe des évolutions de l'industrie pour conserver les clients et que d'autres concurrents avaient des capacités de R&D limitées par rapport aux parties à la fusion.

¹⁴ Autre exemple : la fusion Sabre/Farelogix interdite par la Competition and Markets Authority britannique (CMA) en 2020. Les deux entreprises étaient actives sur le marché des solutions logicielles aidant les compagnies aériennes à vendre des vols par le biais d'agents de voyages. Bien que les préoccupations de la CMA tenaient au fait que l'opération aurait pour conséquence de réduire l'innovation des deux entreprises, le marché affecté a été défini comme le marché existant pour les solutions informatiques qu'elles offraient déjà, étant donné que les innovations futures se rapporteraient à de nouvelles caractéristiques (c'est-à-dire une innovation incrémentale). La CMA craignait donc que ces nouvelles caractéristiques soient commercialisées plus lentement. CMA (2020). Rapport final sur la fusion Sabre/Farelogix. Disponible à l'adresse suivante : https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5e8f17e4d3bf7f4120cb1881/Final_Report_-_Sabre_Farelogix.pdf

¹⁵ US Federal Trade Commission's Complaint for Equitable Relief dans l'affaire No. 5:17-cv-00220 (Qualcomm Inc.)

¹⁶ Voir également la sanction de KFTC à l'encontre de AstraZeneca et Alvogen en 2022 pour collusion afin de supprimer la concurrence sur le marché des médicaments destinés au traitement du cancer, en convenant que Alvogen ne produirait pas de médicaments génériques pour le traitement du cancer en échange de droits exclusifs de vendre trois autres médicaments sur le même marché. Synthèse de la décision disponible à l'adresse suivante : https://www.ftc.go.kr/solution/skin/doc.html?fn=d7698c862a1a5a2cbaf0f3735a8d8b610ba6901b47152b9e4ad54f20d097620d&rs=/fileupload/data/result/BBSMSTR_00000002402/

¹⁷ FTC (2022). Plainte dans l'affaire Meta Platforms, Inc., Mark Zuckerberg, et Within Unlimited Inc. Disponible à l'adresse suivante : https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/D09411MetaWithinComplaintPublic.pdf. La plainte a été rejetée après que l'United States District Court pour le District nord de Californie ait rejeté la requête de la FTC sollicitant une injonction préliminaire bloquant l'opération.

¹⁸ Cette évaluation correspond à ce que (Petit, 2017^[25]) a qualifié d'évaluation visant à déterminer si la fusion constituerait un « obstacle significatif à l'innovation dans l'industrie (SII) ».

¹⁹ CE, affaire No. M.7275 Novartis/GlaxoSmithKline (2015).

²⁰ Voir, par exemple, la plainte de la FTC dans l'affaire No. 9339 Thoratec/Heartware.

²¹ CE, affaire M.8124 Microsoft/LinkedIn (2016).

²² Voir (OCDE, 2023^[9]).

²³ Dans toute cette note de référence, les concepts de mesures correctives et d'engagements sont utilisés de manière interchangeable, à la fois dans le contexte d'un abus de position dominante et du contrôle d'une fusion. On peut trouver une discussion sur leur signification précise et leurs différences dans (OCDE, 2022^[30]).

²⁴ Des exceptions existent lorsque la FTC a exigé des cessions de pipelines, soit parce que les produits existants présentent des caractéristiques spéciales, par exemple lorsqu'ils sont très difficiles à fabriquer, soit lorsqu'ils sont des monopoles. Voir, par exemple, la décision de la FTC Decision No. C-4650 dans l'affaire Amneal Holdings et Impax Laboratories.

²⁵ Décision de la FTC No. C-4690 dans l'affaire Bristol-Myers Squibb Company et Celgene Corporation.

²⁶ Tribunal de l'UE, affaire No. T-604/18 contre Google et Alphabet (affaire Google Android).

²⁷ CE, affaire M. 9343 Hyundai Heavy Industries Holdings / Daewoo Shipbuilding & Marine Engineering (2022).

²⁸ La définition des marchés de l'innovation est contenue dans les Lignes directrices sur la propriété intellectuelle (*Intellectual Property Guidelines*) du ministère de la Justice américain/de la FTC de 1995.

²⁹ Par exemple, dans l'opération J&J/Actelion examinée en 2017 (CE, affaire M. 8401 J&J/Actelion), la CE a conclu à un chevauchement des travaux des parties pour le développement de nouveaux médicaments destinés au traitement de l'insomnie. Les deux parties à la fusion poursuivaient des projets de R&D qui se trouvaient en Phase II de développement et avaient déjà une date prévisionnelle d'introduction sur le marché. Afin d'évaluer le paysage concurrentiel, la CE a considéré comme des concurrents directs d'autres projets de R&D développés à des fins similaires qui se trouvaient déjà en Phase II ou III de développement. La CE a également examiné des projets se trouvant à un stade précoce de développement, mais conclu que la différence en termes de délai jusqu'à ce que les pipelines entrent sur le marché était décisive afin de les considérer comme de proches substituts.

³⁰ CE, affaire M.7932 Dow/DuPont (2017).

³¹ CE, affaire M.8084 Bayer/Monsanto (2018).

³² CADE, affaire de fusion No. 08700.001097/2017-49.

³³ Voir (Montagnani, 2006^[26]).

³⁴ Plainte du DOJ, affaire 1:16-cv-00233-UNA US v Halliburton Co and Baker Hughes Inc. 6 avril 2016.

³⁵ Ibid.

³⁶ Plainte du DOJ, US v Bayer AG et Monsanto Company, 29 mai 2018.

³⁷ Voir CE, affaire M.9294 BMS/Celgene (2019). Ce cadre analytique en quatre strates a été décrit par Paul Csiszár, Directeur, Industries de base, secteur manufacturier et agriculture, Direction générale de la concurrence de la CE, au cours de l'atelier sur le thème : The Future of Pharmaceuticals : Examining the Analysis of Pharmaceutical Mergers, qui s'est tenu en juin 2022. Un résumé des travaux de cet atelier est disponible à l'adresse suivante : https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/Future%20of%20Pharma%20Workshop%20--%20Summary.pdf

³⁸ CMA (2021). Merger Assessment Guidelines (Lignes directrices sur l'évaluation des fusions), par. 5.20 et 5.21.

³⁹ CMA (2019). Projet d'acquisition de Pacific Biosciences of California, Inc. par Illumina, Inc.

⁴⁰ DOJ, État du Minnesota et État de New York c. UnitedHealth Group Incorporated and Change Healthcare Inc. Affaire 1:22-cv-00481.

⁴¹ ACCC Merger Authorisation Number: MA 1000021. Determination of 21 December 2022.

⁴² CE, affaire M. 8955 Takeda/Shire (2018).

⁴³ CE, affaire M. 8955 Takeda/Shire (2018).

⁴⁴ *Ibid.* par. 94.

⁴⁵ CMA (2019). Projet d'acquisition de Pacific Biosciences of California, Inc. par Illumina, Inc. Section 9.

⁴⁶ (Shapiro, 2012_[24]).

⁴⁷ Affaire T-321/05, AstraZeneca c. Commission.

⁴⁸ CE, affaire No. AT.39740 Google Search (Shopping) (2017).

⁴⁹ CE, affaire AT.40411 Google Search (AdSense) (2019).

⁵⁰ Une analyse plus détaillée est présentée dans (OCDE, 2018_[6]).

⁵¹ CE, affaire M.7932 Dow/DuPont (2017). Communiqué de presse disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_772

⁵² (Federico, Scott Morton et Shapiro, 2020_[11])

⁵³ DOJ Competitive Impact Statement, US v Bayer AG and Monsanto Company, 29 mai 2018.

⁵⁴ CE, affaire M.7275 Novartis / GlaxoSmithKline Oncology Business (2015).

⁵⁵ CE, affaire M. 8955 Takeda/Shire (2018).

⁵⁶ Communiqué de presse du DOJ : « Halliburton and Baker Hughes Abandon Merger After Department of Justice Sued to Block Deal ». Disponible à l'adresse suivante : <https://www.justice.gov/opa/pr/halliburton-and-baker-hughes-abandon-merger-after-department-justice-sued-block-deal>

⁵⁷ Pour une discussion sur les difficultés découlant en particulier des théories du préjudice relatives aux acquisitions prédatrices où l'innovation joue un rôle primordial, voir (OCDE, 2020^[29]).

⁵⁸ Voir (Stigler Center for the Study of the Economy and the State, 2019, p. 92^[28]).

⁵⁹ En Allemagne et au Mexique, par exemple, la définition du marché est un prérequis imposé par la loi, alors que dans d'autres juridictions, comme le Chili, la loi n'impose pas cette exigence. Dans ce dernier cas, cette définition est généralement conçue comme l'un des outils dont les autorités de la concurrence disposent pour procéder à leurs évaluations de la concurrence.

⁶⁰ CE, affaire M.8084 Bayer/Monsanto (2018).

⁶¹ *Supra* note 31.

⁶² Jugement du Tribunal de l'UE dans l'affaire T-608/18 du 14 septembre 2022, par. 82.

⁶³ Voir par exemple (Cabral, 2021^[27]) et (Petit, 2019^[10]).

⁶⁴ Voir par exemple CE, affaires M.3354 Sanofi-Synthelabo/Aventis (2004), M.727 Novartis/GSK Oncology (2015) et M.9294 BMS/Celgene (2019).

⁶⁵ Pour une présentation détaillée de l'affaire, voir (OCDE, 2023^[9]), Encadré 3.2.

⁶⁶ Rapport final de la CMA sur l'acquisition par Facebook, Inc (désormais Meta Platforms, Inc) de Giphy, Inc. le 18 octobre 2022. Disponible à l'adresse suivante : https://assets.publishing.service.gov.uk/media/635017428fa8f53463dcb9f2/Final_Report_Meta.GIPHY.pdf

⁶⁷ Enquête de la CMA dans la fusion AstraZeneca / Alexion Pharmaceuticals (2021), <https://www.gov.uk/cma-cases/astrazeneca-slash-alexion-pharmaceuticals-merger-inquiry#full-publication-updatehistory>

⁶⁸ CMA, Enquête sur la fusion entre Roche Holdings, Inc et Spark Therapeutics, Inc (2020), <https://www.gov.uk/cma-cases/roche-holdings-inc-spark-therapeutics-inc-merger-inquiry>

⁶⁹ CE, affaire M. 8955 Takeda/Shire (2018).

⁷⁰ Pour une discussion détaillée sur les moteurs de l'innovation, voir (OCDE, 2023^[1]).

⁷¹ Bundeskartellamt, décision dans l'affaire No. B3-143/10 of 2011.

⁷² CE, affaire M.6281 Microsoft/Skype (2011).

⁷³ On peut citer une autre opération dans laquelle les cycles de vie des produits ont été pris en compte pour évaluer le pouvoir de marché dans des marchés innovants, à savoir la fusion Seagate/Samsung (CE, affaire M. 6214 Seagate/HDD Business of Samsung 2011). Dans sa décision d'autorisation, la CE a établi

que, bien qu'elle deviendrait le nouveau leader du marché en raison de sa part de marché après l'opération, Seagate serait néanmoins soumise à la pression concurrentielle de deux concurrents solides, indépendamment des préoccupations inspirées par l'accroissement possible de son pouvoir de marché. Cette conclusion s'est fondée sur le fait que l'industrie se caractérisait par des progrès significatifs de la technologie et des cycles de vie courts des produits, où les fournisseurs introduisent des produits nouveaux ou améliorés sur le marché tous les 12 à 18 mois.

⁷⁴ CE, affaire M. 6203 Western Digital Ireland / Viviti Technologies (2011).

⁷⁵ Voir par exemple les Lignes directrices de la CE sur l'applicabilité de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale.

⁷⁶ Règlement de la Commission (UE) 2023/1066 du 1^{er} juin 2023.

⁷⁷ Bundeskartellamt (2017). Communiqué de presse « Bundeskartellamt has no objection to paydirekt's new payment function ». Disponible à l'adresse suivante : https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2017/12_04_2017_paydirekt.html

⁷⁸ Voir discussion dans l'affaire T-168/01 GlaxoSmithKline c. Commission.

⁷⁹ US v. Microsoft Corporation. Civil Action No. 98-1232 (TPJ).

Bibliographie

- Argentesi, E. et al. (2020), « Merger Policy in Digital Markets: an Ex Post Assessment », *Journal of Competition Law & Economics*, pp. 1-46. [15]
- Balasingham, B. (2022), « Exclusionary innovation in the European Commission's decisions against Google », *European Competition Journal*, vol. 18/3, pp. 631-657. [22]
- Bundeskartellamt (2017), *Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis [Innovations - Défis pour la pratique du droit de la concurrence]*, Conference of the Working group on antitrust law, 5 octobre. [8]
- Cabral, L. (2021), « Merger Policy in Digital Industries », *Information Economics and Policy*, vol. 54, <http://luiscabral.net/economics/publications/IEP%202021.pdf>. [27]
- Commission européenne (2013), *Commission seeks feedback on commitments offered by Google to address competition concerns*. [21]
- DOJ Antitrust Div. (2016), *Congressional Submission: FY 2017 Performance Budget 44*. [20]
- Federico, G. (2017), « Horizontal Mergers, Innovation and the Competitive Process », SSRN, <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3049338>. [7]
- Federico, G., F. Scott Morton et C. Shapiro (2020), « Antitrust and Innovation: Welcoming and Protecting Disruption », *NBER*. [11]
- Gilbert, R. et D. Melamed (2022), « Innovation Under Section 2 of the Sherman Act », *Antitrust Law Journal*, vol. 84. [3]
- Gilbert, R. et S. Sunshine (1995), « Incorporating Dynamic Efficiency Concerns in Merger Analysis: the Use of Innovation Markets », *Antitrust Law Journal*. [16]
- Kerber, W. et S. Vezzoso (2021), « Dow/DuPont: Another Step Towards a Proper Assessment Concept of Innovation Effects of Mergers », SSRN, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3856885>. [14]
- Kern, B., R. Dewenter et W. Kerber (2016), « Empirical Analysis of the Assessment of Innovation Effects in U.S. Merger Cases », *Journal of Industry, Competition and Trade*, vol. 16, pp. 373–402. [4]
- Kokkoris, I. et T. Valetti (2020), « Innovation Considerations in Horizontal Merger Control », *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 16/2, pp. 220–261. [19]

- Lyra, M. et C. Pires-Alves (2022), « Three Faces of Innovation Competition in Horizontal Mergers: Choosing the Framework for Competition Policy Assessment », *UFRJ Instituto de Economia*, vol. Discussion Paper 008. [18]
- Majure, W., N. Hipsman et J. Liu (2022), *Evaluating Innovation Theories of Harm in Merger Review: Economic Frameworks and Difficulties*, Cornerstone Research, <https://www.cornerstone.com/wp-content/uploads/2022/01/Evaluating-innovation-theories-of-harm-in-merger-review.pdf>. [13]
- Montagnani, M. (2006), « Predatory and Exclusionary Innovation: Which Legal Standard for Software Integration in the Context of the Competition v. Intellectual Property Rights Clash? », *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 37. [26]
- OCDE (2023), *Competition and Innovation: A Theoretical Perspective*, <https://www.oecd.org/daf/competition/competition-and-innovation-a-theoretical-perspective-2023.pdf>. [1]
- OCDE (2023), *Scénarios anticoncurrentiels pour les fusions numériques*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2023\)6/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2023)6/fr/pdf). [9]
- OCDE (2022), *Mesures correctives et engagements dans les affaires d'abus de position dominante*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2022\)5/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2022)5/fr/pdf). [30]
- OCDE (2021), *Concept of potential competition*, <https://www.oecd.org/daf/competition/the-concept-of-potential-competition-2021.pdf>. [31]
- OCDE (2020), *Abuse of Dominance in Digital Markets: Contribution from Brazil*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD\(2020\)7/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD(2020)7/en/pdf). [23]
- OCDE (2020), *Start-ups, acquisitions prédatrices et seuils de contrôle des fusions*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2020\)5/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)5/fr/pdf). [29]
- OCDE (2018), *L'examen des effets hors-prix dans le contrôle des concentrations*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)2/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)2/fr/pdf). [6]
- Petit, N. (2019), « Innovation Competition, Unilateral Effects and Merger Policy », *Antritrust L.J.*, vol. 82, pp. 873-919, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3113077. [10]
- Petit, N. (2017), « Significant Impediment to Industry Innovation: A Novel Theory of Harm in EU Merger Control? », *ICLE*, <https://orbi.uliege.be/bitstream/2268/207345/1/SSRN-id2911597.pdf>. [25]
- Schrepeel, T. (2023), « A Systematic Content Analysis of Innovation in European Competition Law », *ALTI Working Paper*. [5]
- Shapiro, C. (2012), « Competition and Innovation. Did Arrow Hit the Bull's Eye? In The Rate and Direction of Inventive Activity Revisited », *University of Chicago Press*. [24]
- Solidoro, S. (2019), *Assessing Innovation Theories of Harm in EU Merger Control*. [12]
- Stigler Center for the Study of the Economy and the State (2019), *Stigler Committee on Digital Platforms - Final Report*, <https://www.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf>. [28]
- Teece, D. (dir. pub.) (2013), *Dynamic Competition in Antitrust Law*, Edward Elgar. [2]

Teece, D. (2007), « Explicating dynamic capabilities: the nature and microfoundations of (sustainable) enterprise performance », *Strategic Management Journal*, vol. 28/13, pp. 1319-1350.

[17]