

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

**Synthèse des discussions de la table ronde sur le rôle de l'innovation dans les affaires
d'application du droit de la concurrence**

Annexe au compte rendu succinct de la 141e réunion du Comité de la concurrence

5-6 décembre 2023

Ce document établi par le Secrétariat de l'OCDE présente une synthèse détaillée des discussions de la table ronde sur le rôle de l'innovation dans les affaires d'application du droit de la concurrence, organisée par le Comité de la concurrence le 5 décembre 2023.

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

JT03559331

Synthèse des discussions de la table ronde sur le rôle de l'innovation dans les affaires d'application du droit de la concurrence

Le 5 décembre 2023, le Comité de la concurrence de l'OCDE a organisé une table ronde sur le rôle de l'innovation dans les affaires d'application du droit de la concurrence. Présidée par M. Frédéric Jenny, cette table ronde a permis d'approfondir les thèmes abordés lors de l'audition sur la relation entre concurrence et innovation tenue en juin 2023. Elle avait surtout pour objet de faire le point sur l'expérience acquise dans les affaires d'application du droit et d'examiner comment cette relation théorique et très complexe se traduit dans la pratique.

Le **Président** explique que la table ronde se déroulera en trois parties. La première partie portera sur la manière dont les autorités de la concurrence prennent en compte l'innovation dans leurs activités d'application du droit de la concurrence. La deuxième partie sera axée sur les aspects dynamiques, à savoir la manière dont l'innovation peut être mesurée, le type d'informations requises, la source de ces informations et la manière dont les autorités de la concurrence peuvent satisfaire au critère de preuve requis dans de telles affaires. Enfin, la troisième partie sera consacrée à l'examen de certaines des mutations juridiques actuelles qui permettent aux autorités de la concurrence de s'adapter et de prendre véritablement en compte des considérations liées à l'innovation dans leurs activités d'application du droit de la concurrence. Les deux experts suivants interviendront également : **Douglas Melamed**, professeur à la Stanford Law School, et **Simonetta Vezzoso**, professeure associée à la Faculté d'économie de l'Université de Trente.

Le Président ouvre la discussion en présentant **Aura García Pabón** du Secrétariat de l'OCDE et lui donne la parole pour présenter une vue d'ensemble de la note de référence.

Aura García Pabón explique que les auteurs de la note de référence se sont penchés tout d'abord sur la façon dont les autorités de la concurrence tiennent compte de l'innovation dans leurs activités d'application du droit de la concurrence et ont conclu, s'agissant des cadres juridiques, que les autorités de la concurrence prennent déjà en considération l'innovation dans le contrôle des fusions, dans l'examen des comportements anticoncurrentiels, unilatéraux ou coordonnés, et aux différents stades des procédures d'enquête. Trois approches sont recensées dans la note de référence. La plus courante, qui s'inspire de la théorie traditionnelle du préjudice, consiste à examiner les incitations à innover et la façon dont une réduction de la concurrence influerait sur la capacité et les incitations des entreprises à innover. La deuxième approche la plus courante est appliquée aux affaires dans lesquelles l'innovation est invoquée comme argument de gains d'efficacité ou pour justifier un comportement. Enfin, la troisième approche, celle fondée sur l'impact, s'intéresse à la dynamique du marché et consiste à examiner dans quelle mesure l'innovation actuelle influera sur le marché à l'avenir. L'analyse de la concurrence repose donc sur la capacité d'innover plutôt que sur les incitations. En conclusion, Mme Pabon fait observer que la table ronde a précisément pour objet d'examiner les façons d'appréhender la dynamique concurrentielle (en particulier sur le long terme), de satisfaire au critère légal et de recueillir suffisamment de données probantes, et elle invite les participants à faire part des difficultés et problèmes rencontrés et de leur expérience en ce qui concerne l'innovation dans l'application du droit de la concurrence.

Le Président remercie **Aura García Pabón** et donne la parole à **Douglas Melamed** pour qu'il ouvre le débat sur les pratiques actuelles des autorités de la concurrence s'agissant de l'innovation dans l'application du droit de la concurrence.

Douglas Melamed commence son exposé en affirmant que les autorités de la concurrence devraient, lorsqu'elles examinent des comportements anticoncurrentiels présumés, appliquer des théories du préjudice spécifiques à l'innovation, qui sont à bien des égards différentes des théories traditionnelles du préjudice. Le postulat de base est que l'innovation est essentielle au bien-être économique. En se fondant sur le modèle américain pour illustrer son argument, M. Melamed explique que le principal enjeu dans le droit américain de la concurrence consiste à repérer les comportements qui devraient être interdits en évaluant si ces comportements ont accru, ou sont susceptibles d'accroître, le pouvoir de marché d'une entreprise. Le pouvoir de marché augmente lorsque la discipline concurrentielle des concurrents diminue, par exemple à la suite de fusions, de collusions ou de comportements excluant des concurrents ou érigeant des barrières à l'entrée. En d'autres termes, dans ce scénario, le défendeur renforce son pouvoir de marché et se trouve par conséquent en mesure d'augmenter les prix, dans des conditions de rentabilité, ou de nuire d'une autre manière aux partenaires commerciaux. La preuve de l'existence ou de l'absence d'un préjudice passé peut s'avérer pertinente, mais elle ne constitue pas un élément nécessaire de ce type d'infraction. Dans ce modèle, on peut présumer qu'une augmentation du pouvoir de marché nuit au prix, à la production et à la qualité. Ainsi, mettre l'accent sur l'accroissement du pouvoir de marché suffit à établir l'existence d'un préjudice dans la plupart des affaires de concurrence, et l'évaluation des effets sur l'innovation s'avère souvent superflue. Cependant, M. Melamed précise qu'il est parfois important et nécessaire d'évaluer les effets sur l'innovation dans les affaires de concurrence, car cela peut aider à déterminer l'ampleur du préjudice à la concurrence et les potentiels effets préjudiciables à l'innovation. Il souligne en outre que dans les rares cas où, par exemple, la réglementation est exhaustive ou des contrats à long terme empêchent ou atténuent les hausses de prix et les préjudices du même ordre, il se peut que le préjudice à l'innovation soit le seul préjudice susceptible d'être causé aux clients et aux fournisseurs. L'évaluation des effets sur l'innovation peut également s'avérer nécessaire pour concevoir une mesure corrective optimale ou pour établir des règles de fond en matière de conduite qui tiennent rigoureusement compte des coûts des faux négatifs et des faux positifs. M. Melamed explique qu'en droit américain, la charge de la preuve qui pèse sur les défendeurs et les demandeurs peut revêtir une importance particulière pour l'innovation. Le défendeur peut faire valoir que le comportement a ou aura des effets bénéfiques compensatoires en augmentant la probabilité d'innovations améliorant le bien-être. On ne peut toutefois pas présumer qu'un accroissement du pouvoir de marché peut à lui seul porter préjudice à l'innovation. M. Melamed estime que l'analyse est plus compliquée, car elle dépend de la capacité et de la motivation du défendeur à réduire l'innovation. À son avis, pour évaluer la question de la capacité, il faut examiner un marché de R-D ou d'innovation distinct et recenser les entreprises ayant la capacité d'innover dans le domaine en question. M. Melamed reconnaît que certains spécialistes contestent cette approche en faisant valoir que la R-D et l'innovation ne sont généralement pas échangés de la même manière que les biens et les services sur les marchés commerciaux. Il précise cependant que l'idée consiste simplement à identifier les entreprises qui sont en mesure d'innover dans le domaine en question.

M. Melamed explique ensuite que la concurrence sur le marché des produits joue également un rôle important dans la question de la motivation, car elle crée des incitations à innover pour gagner des parts de marché ou empêcher la perte de parts de marché au profit de concurrents innovants. Toutefois, une concurrence réduite sur le marché des produits peut accroître la capacité de l'innovateur de s'approprier les fruits de son innovation lorsque la

propriété intellectuelle et d'autres types de protections ne suffisent pas à empêcher la reproduction non autorisée. Les théories du préjudice à l'innovation sont ainsi plus complexes que celles du préjudice au prix, à la production et à la qualité. Pour illustrer son propos, M. Melamed donne un exemple spécifique à l'innovation. Si une entreprise détient un pouvoir de marché sur le marché de la R-D, l'acquisition d'un pouvoir de marché sur le marché des produits peut réduire son *incitation* à innover et rendre l'innovation moins probable. En effet, le pouvoir de marché accru de l'entreprise augmentera les revenus générés par les produits existants qui seraient phagocytés par l'innovation du fait de ce que l'on appelle la « cannibalisation ». À l'inverse, si l'entreprise n'exerce ses activités que sur le marché de la R-D, l'acquisition d'une position de monopole sur le marché de la R-D peut réduire la *probabilité* d'innovation, dans la mesure où elle réduit la menace d'innovation par d'autres acteurs. M. Melamed souligne toutefois que ces affirmations sur les scénarios dans lesquels l'innovation est plus ou moins probable sont des généralisations fondées sur des situations diverses et variées. Elles se veulent des hypothèses utiles (et non des prédictions exactes) pouvant être remises en cause sur la base des faits propres à chaque cas.

M. Melamed poursuit en indiquant qu'une entreprise défenderesse peut, par son comportement, accroître sa capacité d'innover en combinant des ressources d'innovation complémentaires, telles que la propriété intellectuelle, le capital ou la culture entrepreneuriale. La conduite d'une entreprise peut également accroître la capacité d'innovation d'autres entreprises en améliorant leur accès aux ressources nécessaires. Ainsi, l'innovation peut devenir plus probable en cas de vente d'une filiale ou d'une division qui joue un rôle de premier plan sur le marché de la R-D et si l'entreprise vendeuse détient un pouvoir de marché sur le marché de produits en cause. Un comportement peut également renforcer l'incitation d'une entreprise défenderesse à innover par l'acquisition de droits de propriété intellectuelle, renforçant la capacité d'appropriation des bénéfices de l'innovation, ou la capacité d'innovation d'autres entreprises.

Enfin, M. Melamed s'exprime sur l'idée que le droit de la concurrence est rétrospectif par nature et que l'innovation est le résultat de facteurs plus larges et complexes. Selon lui, les lois en vigueur sont prospectives et tiennent compte des préjudices dynamiques, comme on l'a vu dans l'affaire Microsoft, par exemple. Reconnaisant le caractère complexe de l'innovation, M. Melamed exhorte les autorités de la concurrence à s'appuyer sur les connaissances existantes pour évaluer les comportements au regard du droit de la concurrence. Il conclut en affirmant que le droit de la concurrence a pour objet la prévention des comportements préjudiciables susceptibles de nuire à l'innovation, et non la planification industrielle.

Le Président remercie **Douglas Melamed** et oriente la discussion vers des études de cas pratiques, en commençant par des affaires d'application du droit de la concurrence qui reprennent la théorie traditionnelle du préjudice, c'est-à-dire des affaires dans lesquelles les autorités de la concurrence examinent les incitations à innover et la manière dont une réduction de la concurrence influerait sur la capacité d'innovation et les incitations à innover. Il donne ensuite la parole à la **Pologne**, dont la contribution présente en détail plusieurs affaires d'application du droit de la concurrence portant sur l'innovation. Le Président demande à la Pologne de commenter l'affaire Allegro, dans le cadre de laquelle l'autorité de la concurrence a estimé que la plateforme de commerce électronique se livrait à des pratiques anticoncurrentielles en favorisant ses propres produits (autopréférence), ce qui avait probablement pour effet de réduire l'innovation et, partant, la concurrence.

Partie I : l'approche fondée les incitations à innover

La **Pologne** explique qu'en novembre 2024, une décision constatant une infraction aux règles de concurrence a été rendue. Celle-ci indique qu'Allegro a abusé de sa position dominante en recourant à des pratiques d'autopréférence. Plateforme hybride comparable à Amazon, Allegro facilitait les transactions entre les consommateurs et les vendeurs et était en concurrence avec d'autres commerçants par l'intermédiaire de sa propre boutique officielle en ligne. La décision indique qu'Allegro utilisait les données de l'algorithme de correspondance et les informations concernant les comportements des utilisateurs pour améliorer son activité de détail et ses ventes ainsi que les fonctionnalités promotionnelles, alors que ces informations n'étaient pas accessibles aux autres vendeurs sur la plateforme. Pour l'autorité de la concurrence, la principale question était de savoir si l'utilisation de ces fonctionnalités se justifiait comme moyen d'améliorer la qualité de la plateforme et de faciliter les transactions entre les utilisateurs, les vendeurs professionnels et les consommateurs. L'autorité polonaise de la concurrence a conclu que ce comportement constituait un abus de position dominante et qu'il n'était pas proportionné pour justifier la réduction de l'innovation. Dans l'ensemble, la décision souligne que les opérateurs peuvent tester les fonctionnalités de leurs plateformes et favoriser leur boutique officielle, mais que la justification doit être proportionnée au risque de préjudice à la concurrence.

Le Président remercie la Pologne et demande au **Japon** de parler de l'opération impliquant Lam Research Corporation et KLA-Tencor Corporation, affaire dans le cadre de laquelle l'autorité de la concurrence a conclu que leur fusion réduisait les incitations à innover. Il s'intéresse particulièrement à l'examen des divers effets de la fusion, tels que la diminution de la capacité d'innovation des concurrents du fait de pratiques anticoncurrentielles, et le renforcement de l'incitation à innover pour les entreprises en question.

Le **Japon** explique que la Commission japonaise de la concurrence a analysé l'impact d'une fusion entre KLA-Tencor, un fournisseur d'outils de métrologie et d'inspection pour la fabrication de semi-conducteurs, et Lam Research Corporation, un fournisseur d'équipements de fabrication de semi-conducteurs. La Commission a estimé qu'il s'agissait d'une fusion verticale, les ventes des intrants produits par KLA jouant un rôle crucial dans le processus de fabrication de Lam. Plus précisément, les outils de KLA sont considérés comme les produits de référence dans le secteur et sont indispensables aussi bien pour Lam que pour ses concurrents. Au cours de la procédure d'examen, la Commission de la concurrence japonaise a exprimé des inquiétudes concernant l'impact de la fusion sur l'innovation, estimant que Lam bénéficierait d'un avantage indu si KLA partageait des informations confidentielles obtenues dans le cadre d'une activité conjointe de R-D avec Lam. Elle a donc conclu que la fusion restreindrait la concurrence sur le marché des outils de fabrication de semi-conducteurs. Bien que les parties à la fusion aient proposé des mesures correctives visant à faire en sorte que les concurrents de Lam aient la possibilité d'utiliser les outils de KLA quasiment en même temps que Lam, la Commission ne les a pas acceptées. Le Japon explique qu'il est très difficile de surveiller la mise en œuvre des mesures correctives et de rétablir la concurrence une fois qu'elle a disparu. En conséquence, la partie concernée a retiré son projet de fusion.

Le **Président** remercie le Japon et rappelle aux experts qu'ils peuvent intervenir à tout moment durant les exposés. Il revient ensuite au **Japon** pour lui demander de parler d'un groupe d'étude qui a été constitué dans le pays et du rapport rendu par celui-ci, dans lequel il est expliqué comment adopter l'approche dynamique dans des affaires d'innovation telles que la fusion de KLA-Tencor.

Le **Japon** explique que le rapport fournit un cadre conceptuel répertoriant les principaux mécanismes d'impact sur l'innovation à partir des théories et des connaissances

économiques et se concentre sur quatre types de comportements, à savoir les fusions horizontales, verticales et conglomérales, et les activités conjointes de R-D. Le Japon décrit ensuite le fonctionnement de ce cadre dans les affaires de fusions horizontales. Il existe plus précisément deux mécanismes principaux par lesquels les fusions horizontales influent sur la R-D et les incitations : celles-ci peuvent directement entraver la concurrence interne des entreprises qui fusionnent, ou indirectement réduire les incitations des parties à la fusion ou de leurs concurrents en limitant la concurrence sur le marché de produits en cause. Parmi les facteurs internes, on peut citer la probabilité, les externalités de diffusion, les intrants nécessaires, la capacité, ainsi que la structure et les conditions de rentabilité. Le Japon explique que les fusions horizontales peuvent accroître la capacité d'appropriation et les activités de R-D des parties à la fusion par l'internalisation de concurrents susceptibles d'adopter des comportements opportunistes en matière de R-D. Toutefois, ce type de fusion peut aussi réduire les externalités de diffusion pour les entreprises autres que les parties à la fusion, ce qui diminue les incitations à la R-D. Les auteurs du rapport soulignent également l'importance des intrants nécessaires et la capacité de R-D, ainsi que la structure et les conditions de rentabilité, dans la mesure où les fusions peuvent accroître les incitations à la différenciation des produits, la demande et les bénéfices. Ils examinent en outre l'impact de facteurs extérieurs sur les marchés de produits, notamment l'effet de remplacement, l'effet d'échappement à la concurrence, l'effet des parties à la fusion et l'effet de dissipation de la rente. L'effet de remplacement consiste en l'internalisation de la concurrence pour les ventes par le truchement de l'innovation, induisant une cannibalisation entre les entreprises. L'effet d'échappement à la concurrence réduit ou élimine les incitations à la R-D, les entreprises s'attendant à accroître leurs bénéfices en échappant à la concurrence par l'innovation. L'effet de dissipation de la rente incite davantage à mener des activités de R-D lorsqu'une entreprise fusionnée devient monopolistique, mais cet effet peut diminuer si le grand nombre de nouveaux entrants diminue.

Le Japon fait observer que le rapport traite également des coentreprises de recherche, tout en précisant que les marchés des produits fabriqués par les participants à ces coentreprises sont une source de préoccupation particulière. Le groupe d'étude a également mis au point un cadre propre aux fusions verticales et conglomérales, axé sur les marchés amont et aval. Pour conclure, le Japon indique que le rapport peut être consulté sur le site web de la Commission de la concurrence japonaise. Il précise que le groupe d'étude poursuit ses travaux et s'attache à présent à appliquer le cadre à des exemples concrets en s'appuyant sur des dispositions plus précises de la loi. Le Japon se réjouit à la perspective de présenter les résultats de cette étude lors d'une prochaine réunion du Comité de la concurrence.

Le Président remercie le Japon de son exposé et invite les participants à poser des questions ou à faire part de leurs commentaires. Il donne tout d'abord la parole à **M. Melamed**, qui demande au Japon si des marges bénéficiaires plus élevées, qui résulteraient d'économies ou d'une réduction de la concurrence, pourraient accroître l'innovation. Le **Japon** répond que les marges bénéficiaires englobent à la fois la réduction des coûts et l'innovation de produit, précisant en outre que l'innovation de produit peut conduire à une différenciation des produits, ce qui réduit la concurrence. En ce sens, un accroissement des marges découlant d'une différenciation passe par un affaiblissement des contraintes concurrentielles.

Simonetta Vezzoso demande ensuite au Japon d'expliquer comment le groupe d'étude envisage l'utilisation des externalités positives de diffusion par les autorités de la concurrence, sachant que ces externalités s'avèrent cruciales et peuvent se rattacher à différents concepts économiques ou d'innovation. Le **Japon** rappelle que le groupe d'étude s'emploie actuellement à l'application concrète du cadre. En ce qui concerne les externalités, il s'agit d'analyser ces effets, et le Japon suggère que les autorités de la

concurrence s'appuie à cette fin sur les recherches menées sur la mesure des externalités dans l'économie de l'innovation.

Le **Président** remercie le Japon et présente la partie suivante de la table ronde, qui est consacrée aux théories du préjudice fondées sur l'innovation. Il invite l'**Espagne** à présenter sa contribution et demande en quoi son analyse et son application des théories du préjudice fondées sur l'innovation diffèrent de l'approche traditionnelle fondée sur les incitations.

Partie 2 : Théories du préjudice fondées sur l'innovation

En **Espagne**, le nombre d'analyses d'opérations de fusion dans le numérique a considérablement augmenté au cours des quatre dernières années, et le poids des facteurs d'innovation dans les évaluations est passé de 20-30 % à 60 %. L'Espagne précise que les analyses se concentrent principalement sur les fusions dans les secteurs de la livraison de repas en ligne, des logiciels anti-plagiat, de la cybersécurité, des ressources juridiques en ligne et d'autres activités liées aux plateformes numériques.

L'Espagne mentionne ensuite plusieurs exemples d'opérations, notamment l'acquisition de Just Eat en 2019. Les autorités espagnoles ont noté, dans le cadre de leur analyse, que la société cible réalisait un chiffre d'affaires modeste, malgré une part de marché en progression. L'entreprise ayant notamment peu investi dans la recherche et le développement, l'autorité de la concurrence a conclu que l'acquéreur ne cherchait pas à éliminer un concurrent innovant du marché.

Deux ans plus tard, l'autorité de la concurrence a été saisie d'une autre affaire concernant l'entreprise Turnitin/Ouriginal, qui commercialise des logiciels anti-plagiat et éducatifs. L'Espagne explique que cette fusion a été approuvée rapidement après avoir évalué les ventes groupées de produits numériques et leurs effets sur l'innovation. À l'instar de Just Eat, l'Espagne note que l'entreprise cible n'investissait pas énormément dans la recherche et le développement par rapport à son chiffre d'affaires. D'autre part, plusieurs autres acteurs étaient présents sur le marché, y compris de grandes entreprises technologiques dotées de capacités d'innovation. Au vu de ces éléments, l'Espagne a conclu que cette fusion ne présentait aucun risque en matière d'innovation.

L'Espagne cite également l'acquisition d'Avast par Norton, un concurrent de moindre envergure dans le domaine des solutions de cybersécurité ; l'opération a été analysée sous l'angle de ses conséquences sur l'innovation et des barrières à l'entrée résultant des effets de verrouillage. L'analyse a révélé que la cible était moins innovante que l'acquéreur, et que parmi les concurrents figuraient de grandes entreprises technologiques offrant des produits gratuits au sein de leurs écosystèmes. La multiplication des cybermenaces incitait par ailleurs les entreprises du secteur à améliorer sans cesse leurs produits. L'Espagne a notamment conclu que sur le plan de l'innovation, la fusion avait aussi favorisé des gains d'efficacité, plus qu'elle n'avait posé de menaces.

À l'inverse, dans l'affaire Karnov/Thomson Reuters et Wolters Kluwer, l'analyse a mis en évidence de possibles problèmes en matière d'innovation. L'Espagne explique que Thomson Reuters et Wolters Kluwer étaient des entités conjointes dans le domaine des solutions logicielles juridiques, des bases de données, de la formation et des publications. Ensemble, elles détenaient des parts de marché significatives (30-40 %) et présentaient des chevauchements d'activités importants (10-20 %). Étant donné l'importance de l'innovation dans certains segments, comme les logiciels juridiques et la gestion automatisée des fichiers, et le fait que les parties étaient de proches concurrents du point de

vue de leurs stratégies d'innovation, l'Espagne a entrepris une étude de marché afin d'évaluer l'impact de cette opération sur l'innovation.

Bien que l'étude de marché n'ait pas apporté de preuves concluantes quant aux effets de l'opération sur l'innovation, d'autres facteurs ont été analysés et ont apporté suffisamment d'éléments permettant à l'autorité de la concurrence de prendre une décision. Parmi ces facteurs, on peut notamment citer les pressions concurrentielles exercées par des entreprises innovantes comparables, l'influence d'autres solutions disponibles sur le marché, ainsi que des documents internes attestant des gains d'efficacité et des efforts d'innovation constants déployés par l'acquéreur. L'Espagne souligne que l'accord a été approuvé lors de la phase 1, sous réserve de certains engagements portant principalement sur les conditions et restrictions potentielles liées au multihébergement, plutôt que sur l'innovation en elle-même.

Le **Président** remercie l'Espagne de ses éclairages et rappelle l'importance de bien appréhender la relation entre budgets de R-D et capacité d'innovation. Il souligne que pour évaluer la capacité d'innovation d'une entreprise avec justesse, les documents internes peuvent fournir des indications plus fiables que le budget de R-D.

Le Président se tourne ensuite vers Commission européenne, reconnaissant sa vaste connaissance des marchés de l'innovation, acquise en particulier depuis la fusion Dow/DuPont. Il s'interroge notamment sur la question de savoir si l'effet sur l'innovation est suffisant, à lui seul, pour répondre au critère légal définissant un comportement anticoncurrentiel, ou si des éléments supplémentaires établissant un lien entre restrictions à l'innovation et limitations de la concurrence sont nécessaires pour interdire une fusion. Il passe ensuite la parole à la **Commission européenne**.

En introduction, la **Commission européenne** commence par mettre l'accent sur le fait que le système juridique de l'UE mentionne de manière explicite l'innovation comme un paramètre important de la concurrence, comme cela a été confirmé par plusieurs tribunaux européens. Ainsi, en vertu du droit de la concurrence de l'UE, les comportements ayant un impact négatif sur l'innovation peuvent être causés par des accords restrictifs (article 101) et des abus de position dominante (article 102). La Commission européenne reconnaît cependant qu'il est difficile d'établir un critère légal universel permettant de déterminer l'existence d'un comportement anticoncurrentiel. Elle explique que la réglementation de l'UE relative aux accords de transfert de technologie prévoit des seuils de parts de marché pour identifier les accords pouvant bénéficier d'exemptions à l'interdiction des accords en forme simplifiée. Ces textes se concentrent principalement sur la concurrence et l'innovation, en mettant l'accent sur les marchés de produits et les marchés des technologies en cause. Ils abordent également la question de la concurrence et l'innovation résiduelles, notamment d'autres pôles technologiques en mesure d'innover. Bien qu'il ne s'agisse pas de théories du préjudice à proprement parler, cette analyse offre à la Commission européenne de premières indications sur la manière d'évaluer le préjudice causé à l'innovation dans le cadre des fusions.

La Commission européenne aborde ensuite spécifiquement les théories du préjudice dans les affaires de concurrence, en particulier dans le secteur du numérique où l'innovation joue un rôle majeur. Elle appuie ses propos à l'aide d'exemples tirés du secteur pharmaceutique et d'une affaire relative aux émissions des véhicules automobiles dans laquelle un accord illégal a été sanctionné et interdit pour entraver le développement de technologies moins polluantes. Elle cite d'autres exemples pour illustrer l'impact des produits gratuits sur les consommateurs, comme dans les affaires Microsoft et Google, où des produits habituellement liés ont été proposés gratuitement. La Commission européenne explique que sur les marchés où les produits sont gratuits, le préjudice peut se manifester par une moindre innovation et un choix restreint. Pour appuyer son propos, elle souligne que la

diminution de l'innovation constitue un argument objectif justifiant d'intervenir, citant à cet égard l'affaire Broadcom. Dans cette affaire, la réduction de l'innovation fait partie d'un critère légal spécifique relatif à un refus de fourniture.

Concernant les fusions, la Commission européenne explique que le contrôle des fusions dans l'UE lui permet d'évaluer les effets des fusions-acquisitions sur l'innovation. Il convient de noter que la Commission ne considère pas le préjudice concurrentiel résultant de la réduction de l'innovation de la même manière que l'augmentation des prix ou la baisse de la production. Le critère matériel de l'entrave significative à une concurrence effective est énoncé au paragraphe 3 de l'article 2, qui traite des concentrations entravant de manière significative une concurrence effective. La Commission européenne précise qu'une entrave significative à une concurrence efficace peut se manifester sous diverses formes, telles qu'une diminution de l'innovation. Ce concept est inscrit dans ses lignes directrices sur les fusions, lesquelles définissent également des scénarios spécifiques, comme les opérations impliquant deux innovateurs majeurs ou des produits prometteurs en cours de développement, qui pourraient être interdites. En conclusion, la Commission européenne considère que l'innovation est un facteur fondamental qui devrait à ce titre figurer parmi les critères légaux utilisés pour l'évaluation des fusions.

Le **Président** remercie la Commission européenne et estime, lui aussi, que la réduction de l'innovation peut entraîner une diminution de la concurrence, et partant, moins de nouveaux produits sur le marché. Cela dit, l'application du critère légal à l'innovation peut s'avérer compliquée. Le Président invite ensuite le Brésil à faire part de son expérience et des difficultés qu'il a rencontrées.

Le **Brésil** évoque trois affaires dans lesquelles l'autorité de la concurrence (CADE) a fait appel aux théories du préjudice pour évaluer les impacts sur l'innovation et les problèmes de concurrence dynamique. Les affaires concernent Google et des pratiques anticoncurrentielles présumées, notamment l'appropriation de contenus tiers, la suppression des obstacles à l'accès à diverses plateformes, le multihébergement, l'innovation anticoncurrentielle et l'autopréférence dans Google Shopping. Ces affaires ont soulevé des discussions sur la question de la concurrence dynamique au Brésil et présentent des spécificités qui nécessitent une analyse au cas par cas. Le Brésil indique qu'il dispose déjà d'une réglementation claire en matière d'abus de position dominante, qui établit une présomption d'abus potentiel dès lors qu'au moins 20 % du marché en cause est concerné. Cette réglementation assure ainsi une sécurité juridique sur les marchés de l'innovation au Brésil.

L'intervenant souligne que le CADE se consacre à l'évaluation des effets de l'innovation sur ces marchés, mais que des difficultés subsistent pour évaluer les avantages ou les préjudices éventuels causés par une baisse de l'innovation, ainsi que pour estimer les gains d'efficacité dans un contexte de concurrence dynamique. Si l'affaire Google Shopping a permis d'ouvrir le débat sur la question de l'innovation prédatrice, le CADE a conclu, dans ce cas précis, que les éléments étaient insuffisants pour sanctionner Google au titre des pratiques examinées. Il a estimé que le marché permettait l'émergence de nouveaux distributeurs et pouvait accueillir de nouveaux acteurs ainsi que des modèles économiques innovants, ce qui l'a conduit à n'imposer aucune sanction à l'entreprise.

Le **Président** remercie le Brésil et fait observer que les autorités de la concurrence peuvent parfois considérer l'innovation comme un facteur d'efficacité pouvant contrebalancer les effets anticoncurrentiels. Il se tourne vers la **Pologne**, qui mentionne deux affaires dans sa contribution, l'affaire Uber et l'affaire Otomoto. Dans ces deux cas, les autorités polonaises ont déterminé que l'innovation constituait une justification légitime à l'amointrissement de la concurrence. Il invite la Pologne à expliquer comment son autorité de la concurrence a mis en balance les gains d'efficacité liés à l'innovation avec les effets anticoncurrentiels.

La **Pologne** précise que dans les deux affaires évoquées par le Président, elle s'est penchée sur les justifications objectives. Dans l'affaire Otomoto, les justifications reposant sur le développement de l'innovation ont été déterminantes pour différencier l'abus de position dominante illicite de la concurrence fondée sur les mérites. Otomoto, une plateforme en ligne de petites annonces pour véhicules, était soupçonnée d'abuser de sa position dominante en pratiquant des tarifs jugés excessivement élevés. L'autorité de la concurrence a néanmoins estimé que les tarifs de base de la plateforme étaient bas et qu'interdire leur augmentation nuirait aux initiatives d'investissement des entreprises dominantes. Ainsi, la justification objective a été évaluée après l'examen du comportement potentiellement anticoncurrentiel, plutôt que sur la seule base d'une analyse *prima facie*. S'agissant de l'affaire Uber, la Pologne indique que l'autorité de la concurrence n'a pas ouvert d'enquête officielle. Au lieu de cela, elle a défendu le modèle économique disruptif de l'entreprise, arguant qu'il pourrait certes porter préjudice aux concurrents, sans pour autant nuire à la concurrence ni au bien-être des consommateurs, ce qu'elle considère comme un processus naturel du jeu concurrentiel.

Le Président invite le **Taipei chinois** à faire part de son expérience concernant l'approbation de plusieurs transactions dans le domaine des technologies financières en invoquant l'innovation comme contre-argument à d'éventuelles restrictions de la concurrence.

Le **Taipei chinois** explique tout d'abord que la Commission de la concurrence et la Commission de surveillance financière ont travaillé conjointement à l'élaboration de lignes directrices régissant les fusions entre entreprises de technologie financière, en particulier les compagnies financières holdings. Comme indiqué dans sa contribution, le Taipei chinois mentionne trois affaires : une fusion dans le secteur des services de paiement mobile, une opération sur le marché des services bancaires en ligne et l'acquisition d'une compagnie financière holding.

La première affaire concernait une fusion entre un magasin de proximité, une banque commerciale et une entreprise de technologie mobile, survenue après la révision par le Taipei chinois de sa loi sur les établissements de paiement électronique en 2021. L'autorité craignait en l'espèce que cette opération ne la contraigne à intensifier ses interventions après la fusion ou qu'elle ne perturbe la concurrence en matière d'innovation. L'examen a cependant révélé que les obstacles technologiques à l'entrée sur les marchés de la technologie mobile et des magasins de proximité étaient faibles, et que les entreprises conservaient une forte dynamique d'innovation après la fusion.

Le deuxième exemple concerne une série d'affaires relatives au marché des services bancaires en ligne. En 2018, le Taipei chinois a ouvert le marché des services bancaires en ligne, dans le but d'encourager la concurrence en matière d'innovation dans les activités bancaires traditionnelles. Cette décision a permis à des sociétés non financières disposant de solides capacités technologiques d'entrer sur le marché. L'autorité de la concurrence a examiné et approuvé trois dossiers très médiatisés concernant des entreprises uniquement présentes en ligne. Le Taipei chinois précise en l'espèce que le potentiel d'innovation dans le secteur bancaire traditionnel est manifeste et que les effets anticoncurrentiels liés à l'arrivée de ces entreprises sont compensés par leur part de marché.

La troisième affaire portait sur l'acquisition d'une compagnie financière holding par une grande société financière basée dans le Taipei chinois. L'opération a suscité des inquiétudes concernant la possible disparition de services de technologie financière après la fusion. La société absorbante a été invitée à s'engager à maintenir la fourniture de services de technologie financière et à renforcer son programme numérique.

Le **Président** remercie le Taipei chinois de son intervention. Il passe ensuite à la troisième partie des débats, consacrés aux défis posés par la prise en compte de l'innovation dans l'application du droit de la concurrence et aux évolutions actuelles dans ce domaine.

Partie 3 : mutations juridiques actuelles et prise en compte des considérations relatives à l'innovation dans les activités d'application du droit de la concurrence

Le **Président** invite Simonetta Vezzoso à présenter le sujet et à partager son point de vue sur ces problématiques, en s'appuyant sur ses recherches dans ce domaine.

Mme Vezzoso commence par avancer que l'innovation peut représenter, pour les entrepreneurs, une réponse créative face aux évolutions de leur environnement et aux nouveaux défis auxquels ils sont confrontés. Par ailleurs, la capacité de l'humanité à surmonter la crise sanitaire provoquée par le COVID-19 illustre on ne peut mieux l'importance cruciale de l'innovation. En matière de politique de la concurrence, il est de plus en plus largement admis que l'innovation joue un rôle majeur dans les dynamiques concurrentielles. Mme Vezzoso estime même qu'il faut souvent attacher à l'innovation une importance supérieure à celle des effets sur les prix dans l'application de la politique de la concurrence. Elle évoque ensuite les différences entre deux approches en matière d'innovation : l'une axée sur les incitations en faveur de l'innovation et l'autre sur ses effets. Chaque approche présente ses avantages et ses inconvénients, et le choix d'adopter l'une ou l'autre dépend de l'évaluation faite par les autorités de la concurrence de la situation sur le marché ou dans le secteur concerné. Mme Vezzoso estime que les autorités de la concurrence peuvent repérer les situations où l'innovation constitue un véritable facteur de rivalité entre les entreprises. Elle ajoute qu'il convient de se placer dans une perspective dynamique à plus long terme pour comprendre pleinement l'innovation et ses liens avec la concurrence. Cependant, dans une telle perspective, il faut composer avec l'incertitude, comme on l'a vu dans l'affaire brésilienne, et renoncer aux avantages d'une quantification des effets sur la concurrence. Son exposé met en évidence les principales différences entre les deux approches.

La première approche de la concurrence sur le marché des produits met l'accent sur l'innovation « fondée sur les incitations » liées aux produits ou aux processus. La seconde se concentre sur l'innovation « fondée sur les impacts (effets) » et prend directement en compte les efforts d'innovation des entreprises concurrentes. Les deux approches soulèvent des préoccupations distinctes sur le plan de l'innovation, comme le fait de freiner le développement de nouvelles fonctionnalités ou une modification des niveaux et de l'intensité de l'innovation. La première approche privilégie ainsi les incitations financières en faveur de l'innovation, tandis que la seconde insiste sur les capacités d'innovation et donc de rupture. Simonetta Vezzoso fait remarquer que les niveaux d'incertitude ne sont pas les mêmes selon l'approche retenue. Dans la première approche, l'incertitude tient au fait que les produits n'ont pas encore été mis sur le marché ou que les résultats potentiels des activités d'innovation ne peuvent pas être définis avec précision. Dans la seconde, l'incertitude est plus profonde, car les résultats futurs des efforts d'innovation sont bien plus difficiles à prévoir.

Mme Vezzoso s'intéresse ensuite aux liens entre les deux approches de l'innovation dans les pratiques de mise en œuvre du droit de la concurrence. Elle explique que la première approche est plus statique, car elle se concentre sur la définition des marchés de produits et l'évaluation du potentiel concurrentiel en s'appuyant sur les théories conventionnelles du préjudice. La seconde approche est plus dynamique, et privilégie la définition des marchés de produits en fonction des espaces d'innovation et des théories du préjudice. Elle souligne qu'il reste encore beaucoup de travail à accomplir pour mettre au point une approche plus

dynamique de la concurrence, et évoque les défis liés à l'élaboration d'une telle approche. Elle insiste sur l'importance de comprendre ces aspects interconnectés pour garantir une analyse claire et le développement stratégique des activités d'application du droit de la concurrence. Elle estime qu'il est essentiel de mieux appréhender la concurrence comme un processus d'innovation et de création de connaissances, ce qui laisse penser que les autorités de la concurrence et les experts pourraient envisager d'examiner d'autres théories économiques, telles que l'économie évolutionniste. Elle soutient que la pensée orthodoxe traditionnelle de l'organisation industrielle peut apporter une aide limitée, et que les autorités de la concurrence devraient accorder davantage d'attention aux approches économiques alternatives. Une meilleure compréhension des capacités d'innovation est également nécessaire, en particulier dans les secteurs moins structurés où les outils d'appropriation peuvent différer des DPI traditionnels. Il convient également de prêter attention à d'autres facteurs, comme les schémas dynamiques, la dépendance historique, les capacités d'absorption et les trajectoires technologiques. Des efforts accrus pourraient être nécessaires pour évaluer l'impact des efforts d'innovation dans différents secteurs. Par ailleurs, certains pays et territoires pourraient avoir besoin de clarifier la définition des marchés dans des contextes particuliers. Il est en outre très important d'appréhender les processus d'innovation au sein des écosystèmes ; cela implique de distinguer l'innovation de la production de connaissances et des mécanismes d'appropriation. Simonetta Vezzoso estime qu'il est possible de collecter des données sur les différentes dimensions de l'innovation en analysant les portefeuilles d'activités, les accords commerciaux et de licence, en nouant des contacts avec les universités et en participant à des conférences scientifiques. Les autorités de la concurrence pourraient unir leurs efforts et organiser des symposiums, des séminaires et des ateliers afin d'améliorer la compréhension des processus d'innovation dans des industries ou secteurs spécifiques.

Le **Président** remercie Mme Vezzoso pour son intervention détaillée et donne la parole à **Douglas Melamed** qui souhaite s'exprimer.

M. **Melamed** demande à Mme Vezzoso si elle considère que l'impact direct d'une opération sur l'innovation relève de l'application du droit de la concurrence, indépendamment de ses effets sur la concurrence ou du fait de savoir si elle résulte de la concurrence ou si elle lui est préjudiciable. Plus précisément, il se demande si l'on peut trouver un impact direct sur l'innovation sans lien avec une réduction de la concurrence.

Mme **Vezzoso** estime que les procédures concurrentielles et les expérimentations parallèles méritent d'être protégées. Elle reconnaît que si de telles capacités ne sont pas toujours nécessaires, il peut être utile de les protéger dans certaines situations pour faire en sorte que les consommateurs puissent choisir et générer davantage de connaissances.

Le **Président** remercie les deux experts pour la clarté des échanges et leurs exposés instructifs avant de donner la parole aux États-Unis.

Les **États-Unis (FTC)** soulignent tout d'abord que la définition du marché est un élément déterminant permettant d'identifier les domaines où la concurrence est effective, notamment la concurrence en matière d'innovation continue pour la mise au point de nouveaux produits. Les entreprises rivalisent d'innovation pour augmenter leurs ventes et améliorer leurs produits existants. C'est pourquoi, lors d'une fusion, il est important considérer l'émergence potentielle de nouveaux marchés ou la création de marchés sur lesquels la concurrence pourra s'exercer. La FTC a acquis une certaine expérience dans la définition des marchés pharmaceutiques et l'identification des produits susceptibles de concurrencer les produits existants. Forte de cette expérience, la FTC explique lorsque les entreprises sont en concurrence pour développer de nouveaux produits, il est important d'adopter une définition du marché suffisamment large, incluant différentes approches et capacités fondamentales. Par exemple, pour définir le marché de la recherche et du

développement des produits de détection du cancer, la FTC se concentre sur les caractéristiques et fonctionnalités essentielles des produits. De cette manière, elle peut préserver la pertinence de son approche en matière d'application du droit des fusions sur des marchés très dynamiques.

Le **Président** remercie les États-Unis et rappelle l'importance de prendre en compte les définitions du marché lors de l'élaboration des théories de l'innovation, et évoque le besoin de trouver un équilibre entre les gains d'efficacité sur le marché et ceux hors marché. Il souligne la nécessité d'évaluer les capacités dynamiques, qui sont les résultats potentiels d'un marché, et interroge les **États-Unis** sur les méthodes d'évaluation de ces capacités.

La **Commission fédérale du commerce américaine (FTC)** répond qu'il peut être difficile de définir les marchés en raison de la diversité des rôles et des capacités des entreprises. Certaines mesures consistent à dénombrer les entreprises qui ont des capacités similaires au sein d'un espace d'innovation afin de déterminer les conséquences d'une fusion entre deux entreprises. Face à ces défis, les États-Unis sollicitent également l'expérience d'autres autorités de la concurrence présentes dans la salle.

Le **Président** souligne l'importance de bien comprendre le rôle de la technologie dans la stratégie des entreprises. Il rappelle à cet égard que les économistes des écoles de commerce insistent sur la nécessité de maîtriser les compétences essentielles à l'innovation. Il s'interroge sur l'existence d'un exercice en cours ou si cela s'avère trop complexe à réaliser. Évoquant des travaux universitaires sur ce sujet, en particulier dans l'industrie automobile, il se demande si cette approche a été adoptée par les États-Unis ou si elle est envisagée pour l'avenir.

La **FTC** met en avant ses travaux actuels, essentiels pour analyser les données et les capacités de marché des entreprises, afin d'évaluer leur compétitivité par l'innovation. Les États-Unis mentionnent l'engagement de la FTC en matière de partage et de collaboration, notamment par la création d'un groupe de travail consacré aux théories du préjudice et aux fusions dans le secteur pharmaceutique. Cette consultation publique a été l'occasion de confronter les expériences et les enseignements, qui peuvent être utilisés dans le cadre de ses travaux. La FTC n'a cependant pas encore pu donner de précisions sur les résultats spécifiques de ces travaux.

Le **Président** remercie les États-Unis de leur intervention et fait observer que, selon lui, la marge de manœuvre des juristes et des économistes au sein des autorités de la concurrence risque de se réduire en raison de l'importance croissante des compétences en technologies numériques, perçues comme un ensemble complémentaire essentiel à intégrer dans ces autorités. Il se tourne ensuite vers la Turquie, qui a adopté une approche différente. Il demande à la **Turquie** de présenter ses lignes directrices, qui portent sur un certain nombre de variables utilisées par le pays pour évaluer l'innovation dans les affaires d'application du droit de la concurrence.

En **Turquie**, l'autorité de la concurrence a intégré l'innovation comme un paramètre de la concurrence dans sa législation et a élaboré une feuille de route pour le traitement des affaires de fusion. En 2022, de nouvelles dispositions ont été ajoutées aux lignes directrices sur les fusions. La Turquie estime que l'impact d'une fusion sur l'innovation dépend de la nature des activités d'innovation, de la structure du marché, de sa dynamique et de l'importance accordée à l'innovation par les entreprises et les clients. Des facteurs tels que les investissements en R-D, les droits de propriété intellectuelle et les motivations économiques peuvent être pris en compte. L'analyse de la dynamique de la concurrence en matière d'innovation réalisée par l'autorité de la concurrence tient compte du degré de chevauchement des activités, de la pression concurrentielle exercée sur l'entreprise issue de la fusion et des obstacles à l'innovation. Une analyse du pouvoir de marché et de la

concurrence fondée sur les capacités d'innovation est également envisagée. La Turquie fait toutefois observer que ses décisions à ce jour ne comportent pas d'analyse approfondie de l'impact des fusions sur l'innovation. D'une manière générale, l'autorité de la concurrence s'attache à protéger le processus concurrentiel en garantissant l'ouverture des marchés à de nouveaux entrants.

Le **Président** souligne l'importance des variables structurelles dans l'innovation, et met l'accent sur les intrants plutôt que sur la production. Il évoque l'expérience du Brésil dans l'affaire Microsoft/Activision, notamment au regard de la formation d'un marché naissant et de la concurrence potentielle future. Il donne la parole au **Brésil** et lui demande sur quoi se fonde son analyse et quelle méthodologie a été utilisée.

Le **Brésil** explique que la récente opération Microsoft/Activision a donné lieu à des chevauchements horizontaux sur les marchés du développement de jeux vidéo, de l'édition, de la distribution, de la publicité en ligne et du merchandising. Cette opération a renforcé l'intégration sur le marché des jeux vidéo (amont, édition et aval). Le CADE a fait part de ses inquiétudes concernant les marchés émergents et en expansion, notamment dans le contexte de son analyse des intégrations verticales. L'analyse a révélé que Call of Duty et d'autres jeux d'Activision Blizzard ne seraient pas aussi populaires au Brésil que dans d'autres pays, en particulier aux États-Unis. Le CADE a estimé que le modèle de diffusion en continu ne remplacerait sans doute pas le modèle centré sur la machine dans les années à venir. Cela dit, le CADE a également examiné la concurrence potentielle liée au développement du *cloud gaming* (service permettant de jouer à un jeu vidéo à distance, sans téléchargement). Ce modèle est jugé prudent en raison de la nature spécifique et encore émergente du segment de la distribution de jeux numériques au Brésil.

Le **Président** remercie le Brésil, et note que son analyse se concentre sur la concurrence potentielle en matière d'innovation, et examine si le développement d'une innovation ouvre des perspectives commerciales. Il ajoute que, même si la probabilité de voir une innovation émerger n'est pas explicitement mentionnée, l'analyse approfondie menée par le CADE établit un lien entre les conditions actuelles du marché et la possibilité d'apparition d'une innovation. Selon lui, l'analyse permet de déterminer les concurrents potentiels capables d'innover et de rivaliser avec Microsoft et Activision après la fusion. Le **Président** se tourne ensuite vers la **Commission européenne** pour demander des éclaircissements sur son approche de l'évaluation de l'innovation. Il fait valoir que la Commission européenne privilégie généralement une approche axée sur la production plutôt que sur les intrants, et souligne la nécessité d'une évaluation plus directe de l'innovation dans le cadre des processus d'innovation.

La **Commission européenne** commence par rappeler que plusieurs indicateurs permettent de mesurer l'importance de l'innovation au sein d'un secteur ou d'un marché. Les ressources consacrées à la R-D, comme le montant des dépenses de R-D investies sur un marché donné, peuvent constituer des indicateurs de l'innovation, de la puissance et de l'importance d'une entreprise. La fusion Dow/DuPont, par exemple, a mis en évidence les coûts élevés liés à la découverte et au développement de nouveaux principes actifs dans le secteur de la protection des cultures. Dans l'industrie pharmaceutique, la Commission européenne accorde une attention particulière aux effets sur l'innovation en raison de l'importance de ce secteur. Elle estime qu'une protection étendue, efficace et durable de la propriété intellectuelle dans un secteur témoigne d'un niveau élevé d'appropriabilité et met en évidence l'importance de l'innovation. Plus précisément, les résultats des activités de R-D, comme les brevets, les nouveaux produits et les projets en cours, peuvent renseigner sur la capacité d'innovation d'une entreprise. La Commission européenne estime par ailleurs que les caractéristiques générales d'un marché, comme une croissance ou une évolution rapides, révèlent également l'importance de l'innovation. Enfin, elle peut

également examiner les chevauchements entre les projets potentiels et les produits des parties à une fusion et de leurs concurrents. Cette analyse prend tout son sens dans les secteurs à forte intensité de recherche, comme l'industrie pharmaceutique, où les processus de développement et d'approbation réglementaire sont clairs et souvent normalisés.

Le **Président** remercie la Commission européenne et donne la parole au **BIAC**, dont l'exposé sera consacré aux différences entre les probabilités, les possibilités et les conjectures dans le contexte des préjudices à l'innovation dans les affaires de concurrence.

Le **BIAC** explique que sa contribution porte principalement sur les normes applicables aux affaires fondées sur les préjudices à l'innovation résultant de fusions ou du comportement des parties. Pour ce faire, le BIAC a analysé les décisions de justice rendues aux États-Unis, dans l'UE et au Royaume-Uni afin de déterminer le niveau de preuve requis par les tribunaux à l'appui des théories du préjudice en matière d'innovation. Le BIAC estime que les théories du préjudice spécifiques à l'innovation constituent des bases légitimes et indépendantes pour l'application du droit de la concurrence. Cela étant, il fait observer que les affaires de concurrence fondées sur les théories de l'innovation diffèrent à certains égards des affaires fondées sur les effets sur les prix ou sur la production. Dans les deux cas, une évaluation prédictive des impacts futurs sur la concurrence est indispensable. Cependant, les affaires liées à l'innovation s'appuient exclusivement sur une telle analyse. Dans le cadre d'affaires de fusion axées sur les effets sur les prix ou sur la production, par exemple, il est possible le plus souvent de déterminer (ou d'évaluer) le prix d'optimisation des bénéfices ou le niveau de production optimal immédiatement après la fusion. Cela permet d'évaluer plus rapidement la probabilité d'un préjudice sur le marché actuel. Les affaires de fusion axées sur l'innovation requièrent toutefois une analyse contre-factuelle afin de prédire si et dans quelle mesure l'innovation à venir influencera le marché futur. Ces facteurs sont toujours propres à une affaire et nécessitent une compréhension approfondie de la dynamique du marché. Les théories du préjudice spécifiques à l'innovation sont particulièrement délicates, car elles exigent des autorités qu'elles fassent la distinction entre les probabilités, les possibilités et les conjectures. Dans de nombreux cas, des esprits raisonnables peuvent diverger quant aux résultats potentiels de l'innovation, au moment où elle se manifesterait et à l'impact qu'elle pourrait avoir. En effet, les acteurs de l'innovation eux-mêmes sont souvent incapables de formuler ces prévisions ou de les réaliser correctement, et font preuve le plus souvent d'un optimisme élevé (voire excessif). L'un des principaux enjeux en ce qui concerne l'application du droit de la concurrence est donc le niveau de preuve requis pour démontrer l'atteinte à la concurrence en s'appuyant sur les théories de l'innovation. D'après l'analyse des affaires portées devant les tribunaux par le BIAC, il existe de bonnes raisons de conserver la même charge de la preuve pour les affaires d'innovation que pour celles concernant d'autres types de préjudices, comme les effets sur les prix et la réduction de la production. En outre, le BIAC soutient qu'un niveau de preuve inférieur, tel que l'approche de la mise en balance des préjudices, n'est pas adapté pour évaluer les affaires de concurrence, car cela soulève des questions sur le degré de spéculation acceptable. Il conviendrait de mettre l'accent sur les probabilités d'innovation, l'importance de l'innovation pour la concurrence, les capacités techniques, financières et spécifiques de l'entreprise, ainsi que les effets nets sur les incitations des plateformes. En conclusion, le BIAC recommande également que les autorités de la concurrence tiennent compte de ces facteurs pour mener des évaluations efficaces et protéger la concurrence en matière d'innovation, en particulier dans le contexte des plateformes générant divers flux de revenus.

Le **Président** remercie le BIAC et fait observer que plusieurs intervenants ont évoqué la qualité des données à utiliser s'agissant des marchés de l'innovation ou des théories du préjudice spécifiques à l'innovation. Revenant sur la contribution de l'Espagne qui fait référence aux documents internes des entreprises, le Président interroge l'**Espagne** sur la

fiabilité de ces documents et leur capacité à offrir une vision plus précise des probabilités plus ou moins fortes en matière d'innovation dans ce type d'affaires, selon son expérience.

L'**Espagne** rappelle l'utilité des documents internes pour la définition du marché et l'évaluation de la concurrence, car ils aident les autorités à analyser les obstacles potentiels à l'entrée et les théories du préjudice spécifiques à l'innovation. Par exemple, dans l'affaire Norton/Avast, l'analyse des documents internes avant la fusion a révélé que Microsoft Defender était considéré comme un produit concurrent comparable aux produits des parties, avec une part de marché de 30 à 40 %. Cela a permis d'avoir une idée plus précise des contraintes concurrentielles ainsi que des incitations permanentes à innover sous la pression de la concurrence. La cible avait déployé moins d'efforts d'innovation que l'acquéreur, soulignant la nécessité d'améliorer ses produits afin de répondre aux besoins des consommateurs. Par ailleurs, les documents ont aidé à calibrer l'importance de divers facteurs dans la prise de décision, tels que les moteurs antivirus et les logiciels juridiques. Dans l'affaire Karnov/TR España/WK España, les bases de données juridiques gratuites exerçaient une certaine pression concurrentielle, incitant en permanence à l'innovation et favorisant les synergies. Toutefois, au vu du risque futur de ventes liées ou groupées, il a été expressément demandé à l'entité de s'engager à ne pas recourir à de telles pratiques ni à les encourager. Dans l'affaire Turnitin/Ouriginal (logiciels anti-plagiat), l'Espagne a évoqué l'influence des géants technologiques comme Google sur les alliances et les acquisitions, favorisant l'innovation. Le marché devait se développer en raison d'une sensibilisation accrue aux problématiques de plagiat, de la transformation numérique et d'un meilleur accès à l'éducation. Dans une affaire de 2020 entre Pigment Spain et Ferro, l'analyse des courriels a permis à l'autorité de la concurrence de mettre en évidence des avantages en termes de réduction de coûts, mais aussi des risques liés à une diminution de l'innovation. Dans cette affaire, le suivi des mesures correctrices comprenait l'approbation par la CNMC des projets abandonnés et des coupes budgétaires. Une autre affaire, entre Boston Scientific Corporation et M. I. Tech, dans le secteur des dispositifs médicaux, a atteint la phase deux avant d'être abandonnée en raison d'engagements insuffisants.

Le **Président** remercie l'Espagne d'avoir une fois de plus mis en lumière l'importance d'examiner les documents des entreprises pour comprendre leurs stratégies et l'impact de l'innovation. Il indique que la contribution de la Finlande aborde également la question des formulaires de notification que les entreprises doivent remplir lors d'une fusion, lesquels peuvent contenir des informations précieuses pour évaluer les tendances en matière d'innovation. Il fait observer que les autorités de la concurrence prennent des mesures volontaristes pour mieux gérer l'innovation, par exemple en modifiant leur cadre juridique ou en menant des enquêtes sur le marché, mentionnant l'étude du Mexique sur les plateformes numériques, le rapport des pays nordiques sur la réforme numérique dans l'UE évoqué par la Finlande, et le projet de lignes directrices des États-Unis sur les fusions. Avant de clore les débats, le Président suggère qu'il serait utile de poursuivre les travaux sur la qualité de l'innovation et la productivité de la recherche. Il considère que la diminution du nombre de lignes de recherche, notamment sous l'effet des fusions, peut freiner l'innovation. Par conséquent, il est crucial que les autorités de la concurrence examinent et étudient plus en profondeur la qualité de l'innovation. Il invite ensuite les deux experts à faire part de leurs observations finales.

Douglas Melamed souligne que l'innovation est désormais un élément crucial dans l'application du droit de la concurrence, avec une attention croissante portée aux fusions et acquisitions associant des produits existants à des stratégies de R&D susceptibles de perturber le marché. Il note que la CMA, l'autorité britannique de la concurrence, et la Commission européenne ont ouvert des procédures sur la propension généralisée à innover dans le cadre de fusions sans pour autant cibler des produits ou des segments spécifiques. Il estime cependant que l'établissement de faits précis est essentiel pour une application

efficace du droit de la concurrence. Il propose que les autorités de la concurrence et les juridictions compétentes disposent de mécanismes adéquats pour recueillir et analyser les faits pertinents, tout en minimisant le biais de confirmation. Il considère qu'un assouplissement des règles d'application peut être justifié si une enquête rigoureuse est menée sur les faits en question. Il ajoute que les affaires qui ne concernent pas des fusions, mais qui soulèvent des préoccupations classiques concernant les prix et la production sont moins susceptibles de nécessiter une analyse des éventuels préjudices à l'innovation. En outre, nombre de ces affaires portent sur des questions de brevets, ce qui complique le travail des autorités de la concurrence. L'influence des lobbies des brevets sur les législations nationales et les brevets contribue également à cette complexité. M. Melamed espère que les autorités de la concurrence se montreront plus efficaces dans le traitement de ces questions et sauront résister à ces pressions.

En conclusion, **Simonetta Vezzoso** évoque l'importance d'examiner les droits de propriété intellectuelle et les brevets dans le contexte de l'innovation. Elle estime que les droits de propriété intellectuelle doivent être pris au sérieux et adaptés à différents secteurs, comme l'IA. Elle souligne également la nécessité d'adopter une vision élargie de l'innovation, au-delà des seules affaires de fusion, en tenant compte de l'impact de la gestion de l'innovation par les grandes entreprises au sein de leurs écosystèmes. Par ailleurs, Mme Vezzoso mentionne la législation européenne sur les marchés numériques, qui selon elle, pourrait s'avérer insuffisante pour traiter la question de l'accès aux données générées par les commerçants sur les plateformes. Pour finir, elle souligne l'importance d'évaluer la qualité de l'innovation grâce à une coopération entre les autorités de la concurrence et de protection des données, y compris les autorités de réglementation de l'IA.

En conclusion, le **Président** souligne que les autorités de la concurrence pourraient souhaiter collaborer avec d'autres autorités de réglementation, comme l'ont recommandé plusieurs intervenants au cours de la session. Il remercie les experts et les participants de leurs interventions et clôt la session.