

CONCURRENCE & INNOVATION

SÉMINAIRE PHILIPPE NASSE

Jacques-Philippe Gunther

19 janvier 2015

Problématique – l'innovation est-elle réellement et suffisamment prise en compte dans la politique de concurrence ?

- Existence de certaines tensions entre **innovation** et **concurrence**
- Malgré cela, l'innovation est affichée comme un **objectif politique fort**
- Par certains aspects, la prise en compte du facteur « innovation » est un **succès**
 - Définition de marchés (re-)modelée par l'innovation (aff. *TomTom*, *Skype*)
 - Pouvoir de marché remis en cause par l'innovation (aff. *Sony*, *Android (?)*, *WhatsApp*)
 - Entraves à l'innovation fermement condamnées (aff. *Microsoft*, *Google (?)*, *Telefonica*, *NYSE*, *Nespresso*, *Motorola*, *Samsung*)
 - Politique d'aides d'Etat prenant en compte l'innovation (aff. *Métro du futur*)
- Par d'autres aspects, l'innovation marque le pas par rapport aux **objectifs de concurrence**
 - Prise en compte difficile des gains d'efficacité (aff. *Navteq*, *iPhone*)
 - Mais *relatif* succès de l'argument dans certains cas (aff. *Yahoo!*, *TomTom*, *Dolisos*)
- Nous étudierons ce **bilan mitigé** à travers différents thèmes

PLAN

- I. Introduction – Éléments d'analyse économique**
- II. La prise en compte de l'innovation dans l'abus de position dominante**
- III. La relation entre concurrence et innovation dans l'analyse des concentrations**
- IV. Innovation et propriété intellectuelle**
- V. Innovation et ententes**
- VI. Innovation et aides d'Etat**

I. Introduction – Éléments d'analyse économique

I.1. L'opposition entre les théories de Schumpeter et d'Arrow (1/2)

La théorie de Schumpeter : l'innovation par les monopoles

- Hypothèse fondamentale : les entreprises sont d'autant plus innovantes qu'elles (i) sont **grandes**, et (ii) ont un **fort pouvoir de marché**
- Les grandes entreprises sont plus à même de mener un effort d'innovation :
 - Une « grande » entreprise peut plus facilement mobiliser les **financements** nécessaires pour les travaux de **R&D**
 - Elle bénéficie ainsi d'**économies d'échelles**, d'**effets de gamme** et de meilleures **conditions de financements**
 - Les **risques liés à l'innovation** sont mieux répartis, voire moins importants, pour une « grande » entreprise qui pourra, par exemple, plus facilement commercialiser ses produits innovants à l'aval

I.1. L'opposition entre les théories de Schumpeter et d'Arrow (2/2)

La théorie d'Arrow : l'innovation par la concurrence

- Les **entreprises puissantes** n'ont pas/peu d'incitation à innover
 - L'innovation suppose un **effort financier important**
 - Or, une entreprise puissante n'en tirerait que très peu de bénéfices : innover ne servirait alors qu'à **consolider une position** déjà fortement établie
- A l'inverse, un **plus petit concurrent** aurait un réel intérêt à mener cet effort
 - En cas de succès, il pourra **gagner des parts de marché** sur ses concurrents, voire dégager des **économies d'échelle supplémentaires**
 - i.e. effet de « **remplacement** » ou dit « **Arrow** »
- Selon cette théorie, **une structure de marché intensément concurrentielle favorise l'émergence d'innovations**

I.2. Les tentatives de conciliation entre Schumpeter et Arrow (2/3)

Les tentatives de conciliation théoriques régissant la relation entre concurrence et innovation reposent sur quatre grands principes :

- La **concurrence dans l'innovation** (ex. « *patent races* ») encourage l'innovation
- La **concurrence entre rivaux** encourage les entreprises à diminuer les coûts, améliorer la qualité, et développer de meilleurs produits
- Une entreprise aura une motivation supplémentaire à innover si elle est en mesure de **décourager ses rivaux** potentiels à investir dans la R&D
- En revanche, une entreprise qui devra faire face à un **niveau de concurrence élevé post-innovation** sera moins encline à investir dans la R&D

I.3. La notion de « frontière technologique »

- La relation entre concurrence et innovation dépend aussi de la distance du pays/secteur concerné avec la « **frontière technologique** » (i.e. l'ensemble des technologies existantes les plus avancées et efficaces)
- Ainsi, la relation entre concurrence et innovation n'est pas la même pour tous les pays/secteurs :
 - Dans les **pays et secteurs très éloignés de la frontière technologique**, une intensification de la concurrence tend à dissuader les entreprises en place d'innover : les firmes ne peuvent échapper aux concurrents en imitant une nouvelle technologie préalablement introduite
 - Au contraire, les **firmes sur la frontière** ont la possibilité d'échapper à la concurrence en introduisant une technologie complètement nouvelle

II. La prise en compte de l'innovation dans l'abus de position dominante

II. La prise en compte de l'innovation dans l'abus de position dominante

II.1 La caractérisation du pouvoir de marché de l'entreprise innovante

- La remise en cause de la part de marché comme critère unique
- L'appréciation des barrières à l'entrée dans les secteurs innovants

II.2 La prise en compte de l'innovation au stade de la caractérisation de l'abus

II.3 Le cas particulier de l'« innovation prédatrice »

II.1 La caractérisation du pouvoir de marché de l'entreprise innovante (1/4)

La remise en cause de la part de marché comme critère unique

- Le critère de la part de marché est souvent utilisé comme **point de départ** de l'analyse du pouvoir de marché d'une entreprise
 - Autorité de la concurrence : « *[l']analyse préliminaire [repose] sur les parts de marché et le degré de concentration du marché. Cette première estimation [...] ne limite toutefois pas l'analyse concurrentielle [...]* » (§ 381, LD 2013)
 - Commission : la part de marché est « *[...] une première indication utile sur la structure du marché et l'importance relative des entreprises qui y sont actives* ». Néanmoins, l'interprétation doit se faire à la lumière de la « *dynamique du marché et du degré de différenciation des produits* » (§ 13, Communication sur 102 TFUE de 2009)
- Dans un secteur innovant, prise en compte de la **fragilité du pouvoir de marché**
 - le « vainqueur » remporte la totalité (ou la majeure partie) du marché, et obtient naturellement une part de marché importante
 - Cependant, les cartes peuvent être rapidement rebattues au rythme des innovations

II.1 La caractérisation du pouvoir de marché de l'entreprise innovante (2/4)

07-D-06, Sony (Autorité, 28 fév. 2007)

- Le pouvoir de marché de Sony, qui bénéficiait pourtant d'une **part de marché de 78%** lors de la commercialisation de la PlayStation2, a été relativisé du fait du **caractère très innovant du secteur**
 - « Le marché [...] est caractérisé par le rythme rapide de l'innovation, qui permet l'émergence d'une nouvelle génération de consoles tous les 4 à 5 ans. Les positions acquises [...] n'apparaissent pas déterminantes pour l'évolution ultérieure du marché, les cartes étant rebattues à chaque nouvelle génération. Les parts de marché peuvent varier fortement dans le temps et, en particulier, une position dominante acquise sur une génération de consoles peut être remise en cause à la suivante » (§ 80)
 - « [...] la contestabilité du marché devient plus forte lors de l'apparition d'une nouvelle génération de consoles intégrant une technologie plus performante » ; la clientèle acquise devient alors moins sensible « tant aux coûts de sortie (switching costs) liés à l'obligation de renouveler la bibliothèque de jeux, qu'aux effets de réseau que peut générer la richesse du catalogue de jeux édité pour la console précédente » (§ 85)

II.1 La caractérisation du pouvoir de marché de l'entreprise innovante (3/4)

- **Affaire « Android » (Commission, en cours d'examen)** : malgré l'importance des parts de marché d'Android (Google) sur les *smartphones* (**78%**) et tablettes (**62%**), certains auteurs avancent que ce pouvoir de marché doit être relativisé :
 - Le marché serait caractérisé par des **cycles d'innovation très courts** (ex. le marché était dominé par Palm, Symbian et BlackBerry en 2005, ce qui n'est plus le cas)
 - L'OS Android est « **open source** », ce qui signifie qu'il peut être modifié, commercialisé ou repris par les concurrents de Google, de manière totalement libre, au sein de nouveaux produits innovants
- L'analyse du pouvoir de marché des opérateurs de **réseaux sociaux** constitue une autre illustration de la fragilité des positions de marché :
 - Rapide évolution du marché, pénétration de nouveaux entrants, jeunesse du marché (ex. quasi disparition de *MySpace* aujourd'hui), proximité de la concurrence qui n'est que « *one click away* », principe de gratuité

II.1 La caractérisation du pouvoir de marché de l'entreprise innovante (4/4)

L'appréciation des barrières à l'entrée dans les secteurs innovants

- L'existence de **fortes barrières à l'entrée** peut amener à édulcorer l'appréciation selon laquelle la position de l'entreprise innovante serait par essence instable et sujette à contestation
 - ex. d'importants **effets de réseau** peuvent constituer de solides barrières à l'entrée
- 10-MC-01, Navix (Autorité, 30 juin 2010 - mesures conservatoires)
 - **Fortes barrières à l'entrée** dans l'activité de moteur de recherche: importants efforts devant être concédés pour le développement d'un algorithme performant, nécessité d'une indexation exhaustive des contenus, importance de la notoriété et de la collecte de « clic data »
 - Prenant en compte ces éléments, l'Autorité caractérise une **position dominante** de Google, alors qu'elle l'avait exclue dix ans plus tôt

II.2 La prise en compte de l'innovation au stade de la caractérisation de l'abus (1/4)

- Double effet des pratiques d'éviction sur l'innovation :
 - **Disparition de concurrents** en tant que source d'innovation potentielle : « *les concurrents évincés [...] sont dans l'impossibilité de mettre sur le marché des produits ou des services innovants* » (Communication sur 102 TFUE, § 87)
 - **Diminution de la pression concurrentielle** sur l'opérateur dominant : « *la rivalité entre entreprises est un moteur essentiel de l'efficacité économique, qui comprend notamment les gains d'efficacité dynamiques sous forme d'innovation. En son absence, l'entreprise dominante ne sera pas suffisamment incitée à continuer de créer et de répercuter les gains d'efficacité* » (§ 30)
- A l'inverse, un opérateur dominant peut justifier un **refus de vente** sur base d'un argument innovation s'il est démontrée « *l'incidence négative qu'une obligation de fourniture est susceptible d'avoir sur son propre niveau d'innovation* » (§ 90)
- Démontre l'**ambivalence** de la prise en compte de l'innovation

II.2 La prise en compte de l'innovation au stade de la caractérisation de l'abus (2/4)

COMP/C-3/37.792, Microsoft (Commission, 24 mars 2004)

- Vente liée (Windows Media Player) : cette pratique a créé des barrières à l'entrée et faussé « *le processus normal de la concurrence qui profiterait aux consommateurs en rendant possibles des **cycles d'innovation plus rapides** sous l'action d'une concurrence sans entrave fondée sur les mérites* » (§ 980)
- Interopérabilité (serveurs de groupes de travail) : Microsoft a tenté de justifier son entrave à l'interopérabilité par le fait que la divulgation de ces informations, qui étaient protégées par des DPI, « **éliminerait les incitations futures à investir dans la création de propriété intellectuelle** » (§ 709)
 - La Commission a cependant écarté cet argument considérant, au contraire, que : « **les efforts d'innovation de Microsoft** sont stimulés par ceux que déploient ses concurrents [...] si ces concurrents venaient à disparaître, **cela diminuerait donc les incitations à innover de Microsoft** » (§ 725)

II.2 La prise en compte de l'innovation au stade de la caractérisation de l'abus (3/4)

COMP/C-3/37.792, Microsoft (Commission, 24 mars 2004) (cont'd)

▪ Mesures correctives :

- En matière d'interopérabilité, Microsoft devait, dans un délai de 120 jours, divulguer une documentation complète et précise sur les interfaces de Windows, de manière à **assurer une interopérabilité totale** entre les serveurs de groupe de travail concurrents et les PC et serveurs sous Windows
- Dans la mesure où certaines informations concernées pourraient être couvertes par des DPI, Microsoft pouvait prétendre à une **rémunération FRAND**
- En ce qui concerne les ventes liées, Microsoft devait, dans un délai de 90 jours, proposer aux équipementiers une **version de Windows sans le lecteur WMP**

II.2 La prise en compte de l'innovation au stade de la caractérisation de l'abus (4/4)

COMP/39.775, Google (Commission, en cours d'examen)

- En mars 2013, la Commission a formellement informé Google que certaines de ses pratiques pourraient constituer un abus sous 102 (traitement préférentiel des sites affiliés parmi les résultats de recherche, restrictions à la portabilité des campagnes de publicité en ligne, etc.) :
 - La Commission semble analyser de près l'effet de ces pratiques sur les **incitations à innover des concurrents** (MEMO 13/383, 25 avr. 2013) :
 - « *may **reduce competitors' incentives to innovate** in specialised search* »
 - « *restrictions do not yield any benefits for advertisers or consumers, but **stifle the development of innovative campaign management tools*** »
 - Certains auteurs considèrent que des engagements contraignant Google à **partager ses informations dites de « click data »** avec ses concurrents (ex. Bing de Microsoft) permettrait d'inciter ces derniers à innover et de réduire considérablement les effets de réseaux présents sur le marché

II.3 Le cas particulier de l'« innovation prédatrice »

- **Innovation dite « prédatrice »** : innovation utilisée à des fins d'éviction, le consommateur étant alors contraint d'utiliser les seuls produits « innovants » de l'opérateur dominant
- **14-D-09, Nespresso (Autorité, 4 sept. 2014) :**
 - *« Les modifications techniques apportées par Nespresso à partir de 2007 ont trois caractéristiques notables : elles ont toutes eu des conséquences sur la compatibilité des capsules concurrentes, elles sont intervenues de manière répétée pendant la période d'entrée sur le marché de nouveaux concurrents et elles ont été décidées pour apporter un remède à des dysfonctionnements dont l'existence n'est pas incontestablement démontrée en l'état actuel du dossier. » (§ 117)*
 - **Engagements** : pendant **7 ans**, mise à disposition des concurrents des **prototypes** des nouvelles machines pour effectuer des tests de compatibilité, envoi de **notices** à l'Autorité avant toute modification technique, etc.
 - **L'Autorité ne décourage-t-elle pas Nespresso à innover ?**

III. La relation entre concurrence et innovation dans l'analyse des concentrations

III. La relation entre concurrence et innovation dans l'analyse des concentrations

III.1 La prise en compte de l'innovation au stade de la définition de marché

III.2 La prise en compte de l'innovation dans l'appréciation des effets de l'opération

- L'appréciation des parts de marché dans les secteurs innovants
- L'affaiblissement de l'incitation à innover

III.3 La prise en compte de l'innovation au stade des gains d'efficacité

III. La relation entre concurrence et innovation dans l'analyse des concentrations

Introduction (1/2)

- La **prise en compte du facteur « innovation »** dans les concentrations est compliquée par le **caractère prospectif** de cette analyse, qui est particulièrement complexe dans les **marchés dynamiques et innovants**
 - « *Preserving and boosting innovation must lie at the heart of competition policy in general, which poses a specific challenge in merger control, because it is harder to predict the likely evolution of markets in dynamic industries* » (J. Almunia en 2011)
 - Dans certains secteurs (informatique, pharmaceutique, télécoms, etc.), la puissance de marché réside essentiellement dans la **capacité d'innovation** des acteurs
- Une analyse en termes d'**innovation** et de **gains d'efficacité**, s'ils sont suffisamment établis, peut venir compléter l'analyse plus classique sur les **prix**
 - « *We always look with great care at the claims made by companies that their merger can improve efficiency. But we also reject these claims when the benefits are kept as private profits rather than being transferred to the economy in terms of prices or innovation* » (J. Almunia en 2012)

III. La relation entre concurrence et innovation dans l'analyse des concentrations

Introduction (2/2)

- **Le Règlement n° 139/2004** sur les concentrations permet à la Commission de prendre en compte l'innovation dans l'appréciation des effets d'une opération
- Utilisation d'un **cadre analytique particulier** pour les secteurs innovants :
 - « *Sur les marchés où l'innovation est un important moteur de la concurrence, une opération de concentration peut accroître la capacité et l'incitation des entreprises à apporter de nouvelles innovations sur le marché et, partant, la pression concurrentielle sur les entreprises rivales pour innover sur ce marché. Inversement, la concurrence effective peut être entravée de manière significative par une concentration entre deux entreprises innovantes importantes [...]. De même, une entreprise dont la part de marché est relativement faible peut néanmoins constituer un important moteur de la concurrence si ses produits en cours de développement sont prometteurs* » (LD concentrations horizontales, cons. 38)

III.1 La prise en compte de l'innovation au stade de la définition de marché (1/3)

- L'innovation peut constituer un **élément perturbateur** de la définition de marché
 - Avancées technologiques imprévisibles, pouvant aboutir à la création de **nouveaux marchés**, ou à la **convergence de marchés** auparavant distincts
- La pratique décisionnelle suit ainsi les **évolutions technologiques**, en définissant de nouveaux marchés là où les nouvelles technologies ont fait émerger de nouveaux comportements
 - **M.4854, *TomTom/TeleAtlas*** (Commission, 16 sept. 2008) – voir après
 - **M.6281, *Microsoft/Skype*** (Commission, 7 oct. 2011) – voir après
- Cependant, l'évolution doit être suffisamment **certaine et proche** dans le temps pour être prise en compte dans la définition de marché

III.1 La prise en compte de l'innovation au stade de la définition de marché (2/3)

M.4854, TomTom/TeleAtlas (Commission, 16 sept. 2008)

- Autorisation sans condition, après examen approfondi, du rachat de TeleAtlas (cartes routières numériques, en duopole) par TomTom (*leader des « GPS »*)
- Question de la distinction entre les différents types d'**appareils de navigation** (appareils portables, sur téléphones mobiles, rattachés à un tableau de bord)
 - « Les répondants à l'enquête de marché considèrent que les appareils de navigation portables, les téléphones mobiles dotés d'une fonction de navigation et les appareils de tableau de bord continueront à former des marchés séparés dans l'avenir prévisible » (§ 71)
 - « Il est cependant concevable que l'innovation pourrait dans une certaine mesure estomper les frontières entre les différents types d'appareils de navigation dans les années à venir. Dans l'avenir, le marché en cause pour les appareils de navigation portables pourrait s'étendre pour inclure les téléphones mobiles dotés d'une fonction de navigation, ainsi que d'autres appareils électroniques dotés d'une fonction de navigation qui pourraient apparaître sur le marché » (§ 71)

WILLKIE FARR & GALLAGHER_{LLP}

III.1 La prise en compte de l'innovation au stade de la définition de marché (3/3)

M.6281, Microsoft/Skype (Commission, 7 oct. 2011)

- Distinction des marchés de logiciels de communications pour les **particuliers** et les **entreprises** (ce dernier étant plus sophistiqué et innovant) avec, pour chacun, des segmentations possibles du fait de l'innovation
 - **Marché des particuliers** : *“The parties therefore argue that a further segmentation according to **functionality**, **platform** and/or **OS** does not reflect the current and foreseeable market reality. They explain that consumer communications services are undergoing rapid development and that the competitive landscape is poised to change very significantly in the next three to five years.”* (§ 19)
 - **Marché des entreprises** : *« Other respondents describe a trend where computer and telephony technologies create new products (...). As a consequence of this ongoing convergence, the traditional distinctions between **data and voice**, between **hardware and software**, and between the various **distinct products and services** that are offered by enterprise communications companies are blurring.»* (§ 50)
- La Commission a laissé ouvertes ces segmentations

III.2 La prise en compte de l'innovation dans l'appréciation des effets de l'opération (1/11)

1) L'appréciation des parts de marché dans les secteurs innovants

a. Des parts de marché structurellement peu significatives

>> Voir ci-dessus II.1 (« La caractérisation du pouvoir de marché de l'entreprise innovante »)

Pour rappel:

- Le critère de la part de marché est utilisé comme **point de départ** dans l'analyse du pouvoir de marché d'une entreprise
- Dans un secteur innovant, prise en compte de la **fragilité du pouvoir de marché**
- Le pouvoir de marché des parties peut être remis en cause par l'apparition d'une **nouvelle technologie**

III.2 La prise en compte de l'innovation dans l'appréciation des effets de l'opération (2/11)

M.3014, Logica/CMG (Commission, 16 janv. 2003)

- Rachat de CMG par Logica, deux entreprises actives dans le secteur des services de messageries mobiles (**SMS**)
 - Les parties détenaient entre **75%** et **80%** de parts de marché combinées
 - Malgré cela, la Commission a **autorisé l'opération sans condition**, prenant en compte la nouvelle technologie en développement à l'époque (**MMS**) qui venait affaiblir le pouvoir de marché des parties
 - « *the new entity will need to compete for future MMS mobile messaging services contracts. [...] As illustrated by the parties limited number of wins in MMS bidding competitions, they have not been able to extend their leading positions for SMS to the technologically more advanced MMS and face strong competition from suppliers such as Nokia and Ericsson (who hold technologically leading positions and have an inherent advantage as handset and network equipment providers) and players that have no presence for SMS mobile messaging services* » (§ 25)

III.2 La prise en compte de l'innovation dans l'appréciation des effets de l'opération (3/11)

M.7217, Facebook/WhatsApp (Commission, 3 oct. 2014)

- Acquisition par Facebook du contrôle exclusif sur WhatsApp (application mobile)
 - Malgré une **part de marché combinée importante** (30-40% apparaissait « sous-estimée »), la Commission a **autorisé l'opération sans engagement**
 - La Commission a noté le **caractère très innovant** du secteur :
 - *“the consumer communications sector is a recent and fast-growing sector which is characterised by frequent market entry and short innovation cycles in which large market shares may turn out to be ephemeral. In such a dynamic context, the Commission takes the view that in this market high market shares are not necessarily indicative of market power and, therefore, of lasting damage to competition” (§ 99)*
 - La Commission a également noté la faiblesse des **barrières à l'entrée** et des **effets de réseaux** dans ce contexte :
 - *“In this market any leading market position even if assisted by network effects is unlikely to be incontestable. The market of consumer communications apps has a long track record of entry by new players. (...) Such threat from new players constitutes and is likely to keep constituting a significant disciplining factor for the merged entity, regardless of the size of its network.” (§ 132)*

WILLKIE FARR & GALLAGHER_{LLP}

III.2 La prise en compte de l'innovation dans l'appréciation des effets de l'opération (4/11)

M.6281, Microsoft/Skype (Commission, 7 oct. 2011)

- **Autorisation sans condition** du rachat de Skype par Microsoft en dépit de parts de marché de près de **80-90%** en combiné sur certains segments
 - *“Market shares only provide a limited indication of competitive strength in the consumer communications services markets [and] can change quickly within a short period of time” (§ 78)*
 - *“Since consumer communications services are mainly provided for free, consumers pay more attention to other features. Quality is therefore a significant parameter of competition” (§ 81)*
 - *“The innovation cycles in these markets are short. [...] Innovators generally enjoy a short lead in the market. The Commission considers that competition in the consumer communications services markets is driven by innovation. The high degree of innovation in these markets is proven by the pace at which new innovation has been introduced in the past [...]” (§ 83-84)*

III.2 La prise en compte de l'innovation dans l'appréciation des effets de l'opération (5/11)

T-79/12, Cisco Systems c/ Commission et Microsoft (Trib., 11 déc. 2013)

- Le Tribunal de l'UE a confirmé le raisonnement de *Microsoft/Skype* (M.6281) :
 - « le secteur des communications résidentielles est un secteur récent en pleine expansion qui se caractérise par des cycles d'innovation courts et dans lequel de grandes parts de marché peuvent s'avérer éphémères. Dans un tel contexte dynamique, les parts de marché élevées ne sont pas nécessairement indicatives d'un pouvoir de marché et, partant, du préjudice durable à la concurrence [...] » (§ 69)

M.3304, GE/Amersham (Commission, 24 mars 2004)

- **Autorisation sans condition** du rachat de Amersham (équipements médicaux) par GE suite à une analyse des effets congloméraux (parts de marché très élevées sur certains segments, par ex. 90-100%) :
 - « [...] either GE or Amersham enjoy high market shares in some product markets, although such market shares do not in themselves indicate dominance in the particular context of these markets (i.e., [...] leapfrogging through innovation [...]) » (§ 38)

III.2 La prise en compte de l'innovation dans l'appréciation des effets de l'opération (6/11)

b. L'affaiblissement de l'incitation à innover

- De sérieux problèmes peuvent se poser lorsque l'opération entraîne la disparition d'un concurrent particulièrement innovant (**maverick**)
 - **M.7018, Telefonica Deutschland/E-Plus (CE, 2 juill. 2014; non publié)**: rachat du 4^{ème} opérateur allemand par le 3^{ème}, autorisé sous réserve d'**engagements**, malgré des parts de marché relativement faibles (**30%**), la Commission ayant pris en compte le fait que la cible était un **maverick** :
 - *“E-Plus has not ceased to be an aggressive and innovative competitor in recent years. The company has heavily invested in improving the quality of its 3G network, [...] and continues to successfully play a challenger role through attractive and innovative offers [...]. The Commission considers that, in a stand-alone scenario, E-Plus would have pursued its current strategy with the aim to also roll-out a competitive 4G network”. (MEMO/14/460)*
 - Les parties ont consenti des **engagements** visant à favoriser **l'entrée de 3 MVNO** à court terme en cédant 30% de leurs capacités de réseau, la Commission insistant sur la capacité des MVNO à **animer le marché du point de vue de l'innovation**

III.2 La prise en compte de l'innovation dans l'appréciation des effets de l'opération (7/11)

M.6166, Deutsche Börse/NYSE (Commission, 1^{er} fév. 2012)

- Outre une PdM combinée très importante (90%), **l'interdiction** de l'opération était motivée par un risque de **réduction des incitations à innover**
 - **Importance particulière de l'innovation dans le secteur des produits dérivés** : « *As a result of certain "winner-takes-all" dynamics, one of the most important forms of competition [...] occurs when exchanges try to come up with new contract ideas and attract new business* » (§ 527)
 - **Diminution des incitations à innover des parties** : « *by eliminating actual and potential competition between the Notifying Parties in European interest rate derivatives, equity derivatives and equity index derivatives, [the operation] lessens the incentive which the merged entity would have to innovate in technology, process and market design [...] and would result overall in less innovation being available to customers in those markets* » (§ 640)
 - **Diminution des incitations à innover des concurrents** : « *third parties [...] might no longer have the means or incentive to innovate in this area post-merger, as they would face insurmountable barriers to entry given the combined margin pool of the merged entity and considering that the Notifying Parties would very likely be in a position to counter innovations from third parties with innovations of their own* » (§ 919)

III.2 La prise en compte de l'innovation dans l'appréciation des effets de l'opération (8/11)

- En revanche, l'acquisition d'un opérateur dont la **capacité d'innovation est en déclin** peut ne pas poser problème, voire être considérée comme pro-concurrentielle
 - **M.5727, Microsoft/Yahoo! (Commission, 18 fév. 2010)** : autorisation sans engagement de l'acquisition par Microsoft des activités « moteur de recherche » de Yahoo! ; malgré une très faible part de marché (10% en combiné) la Commission avait néanmoins étudié de près le **rôle d'innovateur** (en déclin) de Yahoo!
 - « *While Google sees Yahoo as an important innovator, all other competitors responding to the market investigation consider that Yahoo's performance has decreased over the last three years. Also, advertisers and media agencies [...] do not consider Yahoo to be an important innovator in search advertising and they believe that Yahoo has weakened as a competitor in search advertising. Finally, they have also perceived a slowing down in Yahoo's innovation capability over the last three years » (§ 146)*
 - L'acquisition de Yahoo! pouvait même aboutir à des effets positifs : « *if the transaction, through the scale effects, leads to a stronger competitor more able to innovate, Google will also have an incentive to keep, or even accelerate, its innovation efforts in the market » (§ 219)*

III.2 La prise en compte de l'innovation dans l'appréciation des effets de l'opération (9/11)

2) La prise en compte de l'innovation au stade des gains d'efficacité

- L'analyse des **gains d'efficacité** permet, *en principe*, la prise en compte de l'innovation dans l'appréciation des concentrations (par ex. innovation technologique permettant une réduction des coûts de production)
- L'Autorité doit arbitrer entre des **effets statiques** (ou de court terme) sur la concurrence et des **effets dynamiques** (ou de plus long terme) sur l'innovation
 - L'Autorité « *apprécie si l'opération apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence* » (L.430-6 com.)
- La charge de la preuve pèse sur les entreprises qui s'en prévalent, ces gains doivent être **vérifiables et quantifiables**
 - En pratique, la preuve d'un « gain d'innovation » reste **très difficile à rapporter**

III.2 La prise en compte de l'innovation dans l'appréciation des effets de l'opération (10/11)

M.4942, Nokia/Navteq (Commission, 20 janv. 2009)

- Autorisation **sans condition** de l'acquisition par Nokia de Navteq (bases de données cartographiques destinées à la navigation) après **examen approfondi**
- Analyse verticale (effet de verrouillage) : duopole à l'amont entre Navteq (**40-50%**) et TeleAtlas ; à l'aval, Nokia était *leader* avec **35-45%** de part de marché
 - Les parties avaient mis en avant des **gains d'efficacité** :
 - « NAVTEQ pourra développer plus rapidement les fonctionnalités cartographiques à l'usage des piétons » (§ 371); « NAVTEQ sera fortement incitée à élaborer également des cartes numériques pour les pays dans lesquels le trafic automobile est plus limité » (§ 372)
 - Ces arguments ont été **rejetés** par la Commission :
 - « les gains d'efficacité liés à la concentration se limitent à un gain de temps non identifiable, qui ne peut être raisonnablement estimé en années [...] » (§ 373)
 - « les gains d'efficacité [...] ne peuvent être considérés avec certitude comme spécifiques à la concentration et leur ampleur ne peut être estimée importante » (§ 375)
 - Cependant, l'opération est autorisée du fait de la faible incitation de **verrouillage** (ex. faible part représentée par la base de données dans le coût d'un téléphone mobile)

III.2 La prise en compte de l'innovation dans l'appréciation des effets de l'opération (11/11)

Avis n° 05-A-01, Laboratoires Dolisos/Boiron (Cons. Conc., 7 janv. 2005)

- Malgré des parts de marché très élevées (**80-90%** en combiné), le Conseil avait considéré que le bilan de l'opération était neutre, notant notamment que l'opération permettrait de **dégager des ressources financières pour la R&D**
 - « *l'opération permettra de dégager des capacités financières pour l'investissement, et notamment pour la R&D* » (§ 127)
 - « *les efforts de mutualisation de la R&D consentis par l'entité fusionnée autoriseront des capacités d'innovation au service de la collectivité* » (§ 130)
 - « *Cette activité [de R&D] est difficile à évaluer puisqu'elle comporte par nature un certain aléa quant à ses résultats. [...] Cependant, l'augmentation des moyens financiers consacrés à cette activité est de nature à accroître la probabilité d'obtention de résultats, et ce faisant la probabilité de transmission des gains aux consommateurs* » (§ 134)

IV. Innovation et propriété intellectuelle

IV. Innovation et propriété intellectuelle

IV.1 Brevet et pouvoir de marché

- Le principe : le brevet ne confère pas *ipso facto* une position dominante
- L'« exception » du secteur pharmaceutique
- Les brevets dans la standardisation

IV.2 Les atteintes à la concurrence dans le cadre de la standardisation

- Enjeux de la standardisation
- Standardisation et entente
- Standardisation et abus de position dominante

IV.1 Brevet et pouvoir de marché (1/3)

- Les brevets participent activement au **processus d'innovation** :
 - « *[Ils] favorisent une concurrence dynamique, en ce qu'ils encouragent les entreprises à investir dans le développement de produits et de processus nouveaux ou plus performants. Ils sont dès lors généralement favorables à la concurrence* » (LD accords de transfert de technologie, § 269)

1) Le principe : le brevet ne confère pas *ipso facto* une position dominante

- Le brevet ne protège pas, en soi, une position de marché, mais une **invention technologique « brute »**
- Cette invention doit encore être **transformée en innovation concrète** : mise sur le marché de produits innovants répondant à des besoins réels
- Cependant, d'**autres technologies** peuvent se substituer à la technologie brevetée pour la fabrication de produits innovants
- Voir par ex. T-321/05, *AstraZeneca c/ Comm.*, 1^{er} juill. 2010, § 270

IV.1 Brevet et pouvoir de marché (2/3)

2) L'« exception » du secteur pharmaceutique

- Certains marchés peuvent être limités à **un seul médicament breveté** (le détenteur jouit alors *de facto* d'un **monopole**) lorsque :
 - **Aucun substitut n'existe sur le marché** : ex. du Dobutrex (96-D-12, *Sté.LillyFrance*, Cons. conc., 5 mars 1996) ; *ou*
 - Des substituts existent, mais le marché est limité à un seul médicament du fait de **l'importance particulière du médicament breveté** : ex. du Plavix (13-D-11, *Plavix*, Autorité conc., 14 mai 2013)
- Par conséquent, dans le cas des **médicaments « blockbusters »** ayant une forte notoriété auprès des médecins prescripteurs, le marché est souvent limité à une seule marque, conférant ainsi un monopole au détenteur du brevet

IV.1 Brevet et pouvoir de marché (3/3)

3) Les brevets dans la standardisation

- Dans le cas d'un brevet essentiel à la norme (« **BEN** »), le détenteur du brevet acquiert *ipso facto* un **important pouvoir de marché**
 - Le cas échéant, d'**autres technologies** pourraient se substituer à la norme (du moins en théorie)
 - Cependant, la **standardisation** amène souvent à réduire la définition du marché à une seule technologie/norme
 - Les récentes décisions en matière de *patent hold-up* indiquent que, dans le cas d'un BEN, le marché se limite souvent à la technologie brevetée (i.e. **monopole**) :
 - AT.39939, Samsung – Enforcement of UMTS SEP (Commission, 29 avr. 2014) : la norme UMTS (3G) était incontournable pour les fabricants de téléphonie mobile
 - AT.39985, Motorola – Enforcement of GPRS SEP (Commission, 29 avr. 2014) : idem, la norme GPRS (2G+) était incontournable

IV.2 Les atteintes à la concurrence dans le cadre de la standardisation (1/7)

1) Enjeux de la standardisation

- Trouver un équilibre entre le **développement de nouveaux standards** innovants et le **risque d'entente** des participants sur les paramètres de la concurrence
- Permettre **le consensus et l'adhésion** du plus grand nombre aux différents standards (qualité, sécurité, interopérabilité, etc.)
 - « *élaborer des documents de référence de manière consensuelle avec tous les acteurs d'un secteur [qui] portent sur des règles, des caractéristiques techniques, des recommandations ou des exemples de bonnes pratiques encadrant la fabrication de produits, la prestation de services, l'élaboration de méthodes ou le fonctionnement d'organisations* » (Communiqué de l'Autorité, 21 janv. 2014)
- Sécuriser le **montant des royalties** pour l'obtention de licences auprès des détenteurs de BEN afin de résoudre le problème de « *patent thicket* »

IV.2 Les atteintes à la concurrence dans le cadre de la standardisation (2/7)

2) Standardisation et entente

- La Commission considère que les accords de standardisation ont, en général, des **effets économiques positifs** :
 - « *ils encouragent l'interpénétration économique sur le marché intérieur et le développement de produits ou marchés nouveaux et plus performants et de meilleures conditions d'offre* » (LD coopération horizontale, § 263)
- Cependant, des **pratiques anticoncurrentielles** peuvent aussi résulter de ce processus :
 - Par ex. entente sur les prix ou les quantités, limitation de l'innovation, restriction à la mise au point d'autres technologies, limitation de l'accès aux résultats, etc. (LD coopération horizontale, § 265-268)

IV.2 Les atteintes à la concurrence dans le cadre de la standardisation (3/7)

a. Analyse des accords en application de l'article 101(1)

- LD coopération horizontale (§ 263 et s.) :
 - Accords ne restreignant pas la concurrence : la Commission offre un « **safe harbour** » aux conditions suivantes : (i) procédure d'adoption **ouverte**, (ii) et **transparente**, (iii) caractère **facultatif** de l'accord et (iv) accès à la norme à des conditions **FRAND**
 - les titulaires de DPI doivent s'engager « de manière irrévocable et par écrit à accorder des licences [...] à l'ensemble des tiers » à des conditions FRAND, et doivent divulguer leurs BEN « *essentiels à la mise en œuvre d'une norme en cours d'élaboration* » (§ 286)
 - Accords ayant un effet anticoncurrentiel : l'appréciation repose sur les mêmes critères (ouverture, transparence, accès FRAND, caractère facultatif, divulgation des DPI)
 - Accords à objet anticoncurrentiel : accords qui, sous couvert de standardisation, s'inscrivent dans un cadre « *restrictif plus large visant à évincer des concurrents existants ou potentiels restreignent la concurrence par objet* » (§ 273)

IV.2 Les atteintes à la concurrence dans le cadre de la standardisation (4/7)

b. Analyse des accords en application de l'article 101(3)

- Conditions : (i) participation **ouverte** à tous (sauf inconvénients trop importants), (ii) accord limité aux éléments **nécessaires** (ex. pas de brevets non nécessaires), (iii) norme **non contraignante et obligatoire**, et (iv) pas de **droit exclusif** confié à un organisme de procéder à des vérifications de conformité
 - **Effet bénéfique aux consommateurs** supposé si la norme facilite l'interopérabilité et la compatibilité techniques ou la concurrence entre des produits nouveaux et existants
 - Différents **gains d'efficacité** admis (meilleure intégration des marchés, augmentation du choix des consommateurs, réduction des coûts, amélioration de la qualité, etc.)
 - **Absence d'élimination de la concurrence** : si la norme devient une norme sectorielle de fait, le processus ne doit pas éliminer la concurrence (ex. refus d'accès à la norme)

IV.2 Les atteintes à la concurrence dans le cadre de la standardisation (5/7)

c. Normalisation et abus de position dominante

- Le détenteur d'un **BEN** (souvent en monopole) peut abuser de son pouvoir :
 - En demandant *a posteriori* des royalties très importants (i.e. **patent hold-up**)
 - « *A patent hold-up is a form of contractual hold-up. If an SSO [Standard Setting Organization] selects a standard and its members make specific investments to implement this standard, an owner of an essential patent may engage in a “hold-up” by demanding a higher royalty rate than he could have negotiated when the patent was not essential for the standard* » (K. Blind, Study on the Interplay between Standards IPRs, avr. 2011, p.23)
 - En ne divulguant pas *a priori* l'existence de son brevet (i.e. **patent ambush**)
 - « *A patent ambush occurs when a member of [an SSO] withholds information, during participation in development and setting a standard, about a patent which is relevant to the standard, and subsequently this company asserts that this patent is infringed by use of the standard as adopted. As such, this is a case of deceptive conduct* » (idem, p.24)
 - Une seule décision de patent ambush : COMP/38.636, *Rambus*, Commission, 9 déc. 2009

IV.2 Les atteintes à la concurrence dans le cadre de la standardisation (6/7)

AT.39985, Motorola – Enforcement of GPRS SEP (Commission, 29 avr. 2014)

- Condamnation de Motorola (sans amende) pour avoir cherché à obtenir et imposer une injonction à l'encontre d'Apple en Allemagne sur la base d'un BEN
 - La Commission a rappelé que l'exercice d'un DPI ne peut constituer un abus que dans des circonstances exceptionnelles, caractérisées en l'occurrence car (i) **Motorola s'était engagé à accorder des licences FRAND** pour son BEN (§ 281), et (ii) **Apple avait manifesté sa volonté de contracter** à de telles conditions (§ 297)
 - La Commission a souligné le **risque d'atteinte à l'innovation** :
 - *“By seeking and enforcing an injunction, a SEP holder may be able to exclude even the most innovative standard-compliant products from the market [...]. In turn, the elimination of competing products from the market may limit consumer choice [...]” (§ 312)*
 - La Commission a indiqué que le titulaire d'un BEN ne pouvait invoquer utilement la **défense de ses intérêts commerciaux** que dans trois cas : (i) preneur de licence en faillite, (ii) pays du preneur ne garantissant pas une réparation effective des dommages, et (iii) refus du preneur de signer une licence à des conditions FRAND

IV.2 Les atteintes à la concurrence dans le cadre de la standardisation (7/7)

AT.39939, Samsung – Enforcement of UMTS SEP (Commission, 29 avr. 2014)

- Avis préliminaire de la Commission (décembre 2012) : le fait que Samsung introduise dans plusieurs États Membres des **actions en cessation** contre Apple fondées sur ses BEN pouvait constituer un abus de position dominante, alors qu'**Apple souhaitait conclure un accord à des conditions FRAND**
- Engagements souscrits par Samsung :
 - **Interdiction d'introduire dans l'EEE une action en cessation** fondée sur l'un de ses BEN (actuels ou futurs) portant sur des technologies présentes dans les *smartphones* et tablettes contre des entreprises adhérant à un cadre spécifique pour la concession de licences
 - **Durée de 5 ans**

V. Innovation et ententes

V. Innovation et ententes

V.1 Caractère anticoncurrentiel de l'atteinte à l'innovation

V.2 La possibilité d'invoquer l'innovation pour exempter certains accords

- Les exemptions par catégorie
- Les exemptions individuelles

V.1 Caractère anticoncurrentiel de l'atteinte à l'innovation (1/2)

- Les **LD sur les accords coopération horizontale** (2011) prennent en compte les spécificités des marchés innovants dans leur analyse, pour en dégager les principes suivants :
 - *« sur les marchés où l'innovation est importante, la coordination peut être plus difficile, étant donné que des innovations particulièrement importantes peuvent permettre à une seule entreprise d'obtenir un avantage de taille sur ses concurrents. Pour qu'une collusion soit durable, les réactions des «outsiders», tels que les concurrents existants et futurs ne prenant pas part à la coordination, et des clients ne devraient pas être de nature à compromettre les résultats escomptés de la collusion » (§ 81)*
 - *Une coopération peut affecter directement « la concurrence sur les marchés de l'innovation et des nouveaux produits [en matière de R&D lorsqu'elle] concerne le développement de nouveaux produits ou de nouvelles techniques qui sont soit susceptibles [...] de remplacer un jour des produits ou des technologies existants, soit destinés à un nouvel usage » (§ 119)*

V.1 Caractère anticoncurrentiel de l'atteinte à l'innovation (2/2)

- La Commission identifie notamment le risque que la coopération puisse « réduire ou freiner l'innovation, ce qui aboutit à la mise sur le marché, plus tardive, de produits moins nombreux ou de qualité moindre par rapport à ce qui aurait été le cas en l'absence de coopération » (§ 127)
- Ainsi, l'analyse « doit se concentrer sur les restrictions pouvant affecter l'innovation et concernant, par exemple, la qualité et la diversité des futurs produits ou technologies potentiels ou encore le rythme de l'innovation » ; la concurrence dans le processus d'innovation risque d'être réduite notamment lorsqu'il « n'existe qu'un nombre limité d'autres pôles de R&D crédibles » (§ 138)
- Cependant, la Commission considère que les **purs accords de R&D** sont « *peu susceptible[s] de restreindre la concurrence* » (§ 138)

V.2 La possibilité d'invoquer l'innovation pour exempter certains accords (1/9)

1) Les exemptions par catégorie

a. Accords de R&D (Règlement n° 1217/2010)

- Conditions d'exemption :

- Toutes les parties doivent avoir un **accès illimité aux résultats finaux** des travaux de R&D (y compris aux DPI)
- Entre entreprises concurrentes, l'exemption ne s'applique que si, à la date d'entrée en vigueur de l'accord, la part de marché cumulée des parties ne dépasse pas **25%**, sauf restrictions caractérisées (art.5) ou exclues (art.6)

- Durée de l'exemption :

- En cas d'exploitation en commun des résultats entre concurrents, l'exemption s'applique pendant **7 ans** après la première mise sur le marché dans l'UE
- Entre entreprises non-concurrentes, l'exemption prévue s'applique pendant **toute la durée des activités de R&D**

V.2 La possibilité d'invoquer l'innovation pour exempter certains accords (2/9)

a. Accords de R&D (Règlement n° 1217/2010) (cont'd)

- Prise en compte du facteur « innovation » :
 - Les « consommateurs sont généralement censés profiter de l'accroissement des activités de recherche et de développement et du renforcement de l'efficacité de celles-ci grâce à l'introduction de produits ou de services nouveaux ou améliorés, au lancement plus rapide de tels produits ou services ou à une réduction des prix résultant de technologies ou de procédés nouveaux ou améliorés » (cons. 10)
 - L'exemption ne peut pas être accordée « dans les cas [...] où l'existence d'un accord de recherche et développement limite la concurrence sur le plan de l'innovation ou élimine la concurrence effective dans la recherche et le développement sur un marché particulier » (cons. 21)

V.2 La possibilité d'invoquer l'innovation pour exempter certains accords (3/9)

b. Accords de transfert de technologie (Règlement n° 316/2014)

- Définition : un accord de transfert de technologie est un accord de concession de licence de droits sur technologie conclu entre deux entreprises **aux fins de la production de produits contractuels** par le preneur de licence et/ou son ou ses sous-traitants ou une cession de droits sur technologie entre deux entreprises aux fins de la production de produits contractuels lorsque le cédant continue de supporter une partie du risque lié à l'exploitation de la technologie
- Conditions d'exemption : si la part de marché cumulée des parties ne dépasse pas **20%** pour les accords entre entreprises concurrentes et **30%** pour les entreprises non concurrentes, sauf restrictions caractérisées (art.4) ou exclues (art.5)
- Durée de l'exemption : en principe, pendant **toute la durée de l'accord**

V.2 La possibilité d'invoquer l'innovation pour exempter certains accords (4/9)

b. Accords de transfert de technologie (Règlement n° 316/2014) (cont 'd)

- Prise en compte du facteur « innovation » :
 - L'innovation est au cœur des accords de transfert de technologie qui, par principe, *« améliorent généralement l'efficacité économique et favorisent la concurrence, dans la mesure où ils peuvent réduire la duplication des actions de recherche-développement, mieux inciter les entreprises à lancer de nouvelles actions de recherche-développement, encourager l'innovation incrémentale, faciliter la diffusion des technologies et susciter de la concurrence sur les marchés de produits »* (cons. 4)
 - Afin de protéger l'innovation, le bénéfice du Règlement est exclu si l'accord contient notamment des **obligations de rétrocession exclusive** qui sont susceptibles de *« réduire l'incitation du preneur à innover, étant donné qu'il ne pourra pas exploiter les améliorations qu'il aura apportées, pas même en les concédant sous licence à des tiers »* (cons. 15)

V.2 La possibilité d'invoquer l'innovation pour exempter certains accords (5/9)

2) Les exemptions individuelles

90/535/CEE, *Cekacan* (Commission, 15 oct. 1990)

- Accord de coopération portant sur l'exploitation et la commercialisation d'un nouveau procédé et d'un nouveau type d'emballage dénommé « Cekacan »
 - L'accord était de nature à restreindre la concurrence: **clause d'exclusivité** au profit de la filiale commune chargée de la commercialisation du produit, **fourniture exclusive** par les parents de la filiale commune, etc.
 - Malgré cela, l'accord est **exempté** car l'emballage Cekacan était un produit nouveau qui représentait une **innovation technologique considérable**

V.2 La possibilité d'invoquer l'innovation pour exempter certains accords (6/9)

T-168/01, GlaxoSmithKline c./ Commission (Trib. UE, 26 sept. 2006)

- Faits :
 - GSK avait mis en place de nouvelles CGV et convenu avec des grossistes espagnols des prix différents pour certains médicaments (**dual-pricing**), selon que ces grossistes revendaient les médicaments en cause en Espagne ou qu'il les exportaient (**limitation du commerce parallèle**)
 - GSK avait notifié les CGV à la Commission aux fins d'**exemption individuelle**
- Argument de GSK : en conservant une plus grande partie des bénéfices de ses ventes, GSK pourrait consentir des **investissements plus importants en R&D**
- Commission (8 mai 2001) : la Commission avait **interdit** les CGV au motif que GSK n'avait pas rapporté la preuve de la **promotion du progrès technique**

V.2 La possibilité d'invoquer l'innovation pour exempter certains accords (7/9)

T-168/01, GlaxoSmithKline c./ Commission (Trib. UE, 26 sept. 2006) (cont'd)

- Tribunal : dans son arrêt, confirmé par le Cour (C-501/06 P, 6 octobre 2009), le Tribunal a **annulé en partie** la décision de la CE, soulignant notamment que :
 - L'industrie pharmaceutique est **fondée sur la R&D**
 - **Concurrence très rude sur le plan de l'innovation** dans le secteur des médicaments sous brevet
 - L'innovation est assurée par un niveau de **dépenses de R&D** à la fois substantiel et supérieur à celui d'autres industries
 - Le **commerce parallèle** de médicaments commercialisés engendre une **perte d'efficacité** pour la concurrence entre marques (i.e. affaiblit la capacité d'innovation)
 - GSK « *aurait tout intérêt, compte tenu de la vivacité de la concurrence entre marques, du rôle central de l'innovation dans cette concurrence et des modalités de financement de la R&D, à investir une partie de ce surplus dans la R&D pour devancer ses concurrents ou ne pas se laisser devancer par eux* » (§ 300)

V.2 La possibilité d'invoquer l'innovation pour exempter certains accords (8/9)

Affaire « iPhone »

a. 08-MC-01, iPhone (Cons. conc., 17 déc. 2008)

- Faits : accord de **commercialisation exclusive** de l'iPhone 3G par Orange
- Arguments Apple/Orange: l'exclusivité serait justifiée par le souci de **simplifier le lancement** de l'iPhone et de **réduire ses coûts de commercialisation** :
 - Assurerait la **diffusion de l'innovation** auprès des consommateurs
 - Le **subventionnement** des iPhones par Orange bénéficierait aux consommateurs
- Décision : **mesures conservatoires** (confirmée en tous points en appel ; CA Paris, arrêt du 4 fév. 2009)
 - Le Conseil a rejeté les arguments des parties notant que l'exclusivité (i) était ici facteur de rigidité (**effet d'éviction et de verrouillage**), et (ii) n'était **pas compensée par les gains d'efficacité** avancés par les parties

V.2 La possibilité d'invoquer l'innovation pour exempter certains accords (9/9)

b. 10-D-01, iPhone (AdlC, 11 janv. 2010)

- Suite à la décision 08-MC-01, **Bouygues** et **SFR** ont conclu avec Apple des contrats de licence leur permettant de vendre l'iPhone 3G, alors qu'Orange et Apple signaient un avenant stipulant une **distribution non exclusive**
- L'AdlC a réitéré ses préoccupations concernant l'exclusivité (passée et future) entre Apple et Orange pour l'iPhone (**effet d'éviction ou de verrouillage**)
- Engagements :
 - Apple a alors proposé, pour une durée de **3 ans**, de s'engager à ne plus consentir une telle exclusivité avec les opérateurs et, pour les **modèles futurs**, de ne pas consentir à une exclusivité excédant **3 mois**
 - La **durée des remèdes** a été contestée lors du test de marché : cependant, pour l'autorité « *une durée de trois ans paraît cependant appropriée au vu de la situation du marché caractérisée par une innovation technologique rapide* » (§ 105)

VI. Innovation et aides d'Etat

VI. Innovation et aides d'Etat

VI.1 L'encadrement des aides d'Etat à la recherche, au développement et à l'innovation

VI.2 Les lignes directrices relatives à la protection de l'environnement et à l'énergie

VI.3 Les lignes directrices visant à promouvoir le capital-investissement dans les PME

VI.4 Les lignes directrices dans le cadre du déploiement rapide des réseaux de communication à haut débit

VI. Innovation et aides d'Etat

Introduction

- La Commission a lancé, en 2012, un vaste plan de modernisation du régime des aides d'Etat (***State Aid Modernisation***, « SAM »), visant notamment à :
 - « *garantir que les aides publiques stimulent l'innovation, le recours aux technologies vertes et le développement du capital humain, évitent tout dommage environnemental et, en fin de compte, favorisent la croissance, l'emploi et la compétitivité de l'UE* » (Communication de la Commission sur la modernisation de la politique de l'UE en matière d'aides d'État, § 12)
- Cette volonté de **favoriser l'innovation** se retrouve dans différents régimes d'aides d'Etat (RDI, environnement, PME, haut débit)

VI.1 Les aides d'Etat à la recherche, au développement et à l'innovation (1/3)

Encadrement des aides d'Etat à la RDI de la Commission (27 mai 2014)

- Les travaux de recherche fondamentale peuvent être financés **en intégralité** par l'Etat
- En revanche, le niveau d'intensité de l'aide pour les travaux de recherche industrielle ou de développement expérimental dépend de la taille de l'entreprise et varie de **25 à 80%**
 - Les critères d'appréciation prennent en compte **l'apport à l'innovation**, et l'impact négatif éventuel des aides sur les **incitations à innover des concurrents**

VI.1 Les aides d'Etat à la recherche, au développement et à l'innovation (2/3)

- Nécessité de l'intervention de l'Etat :
 - L'intervention de l'Etat doit être **nécessaire** à la mise en place du projet de RDI, i.e. doit remédier à une situation « *où le marché seul ne parvient pas à produire des résultats efficaces* » (Encadrement RDI, § 48)
 - Par ex. taux de rendement de l'activité de RDI en cause insuffisant pour le secteur privé, difficultés de coordination des actions des différents acteurs du secteur privé , etc. (§ 49)
- Prévention des effets négatifs non désirés sur la concurrence :
 - Les aides peuvent entraver l'entrée de concurrents, ou empêcher des entreprises non performantes de quitter le marché
 - « *A long terme, le fait d'interférer avec les processus concurrentiels des entrées et des sorties sur le marché peut constituer un frein à l'innovation et ralentir les gains de productivité du secteur* » (§ 98)

VI.1 Les aides d'Etat à la recherche, au développement et à l'innovation (3/3)

SA.35092, « Métro du futur » (Commission, 20 nov. 2013)

- Faits: aide de la France pour le projet « Métro du futur » **approuvée** sur base de l'encadrement RDI de 2006 (JV Alstom/RATP visant à développer un métro automatique de « 4^{ème} génération »)
- Nécessité : « *la mise en commun de leurs moyens et compétences semble **nécessaire à la conception de systèmes innovants et optimisés** [car] il résulte du « schéma conventionnel » de la R&D dans le secteur [...] un risque d'affectation sous-optimale des ressources [...] pour financer la R&D* » (§ 64)
- Effet incitatif :
 - La coopération entre la RATP et Alstom n'aurait pas eu lieu en l'absence de l'aide s'agissant d'un **projet de R&D technologiquement ambitieux et risqué** (allant « *au-delà de l'état de l'art* »)
 - Le projet ne remettait pas en cause les **incitations des concurrents à se disputer un marché futur** au vu de sa forte croissance et des perspectives de rentabilité

VI.2 Les lignes directrices relatives à la protection de l'environnement et à l'énergie

- Les lignes directrices relatives à la protection de l'environnement et à l'énergie de la Commission, modifiées en juillet 2014, permettent notamment aux Etats Membres d'investir dans **l'innovation énergétique** et le **développement des énergies renouvelables**
- Ces ligne directrices « environnement » donnent notamment une définition de ce qu'est l'« **innovation écologique** », à savoir : « *toutes les formes d'activités innovantes qui aboutissent ou visent à améliorer sensiblement la protection de l'environnement* »

VI.3 Les lignes directrices visant à promouvoir le capital-investissement dans les PME

- Les lignes directrices relatives aux aides d'État visant à promouvoir les investissements en faveur du financement des risques, adoptées par la Commission le 22 janvier 2014, visent tout particulièrement à **pallier l'insuffisance du capital-investissement proposé aux jeunes entreprises innovantes** (les « jeunes pousses »)
- Le capital-investissement dans les PME innovantes est ainsi considéré comme un objectif communautaire : *« le déficit de financement que connaissent les PME, les petites entreprises à moyenne capitalisation et les entreprises à moyenne capitalisation innovantes peut justifier des mesures d'aide publique, notamment l'octroi d'aides d'État dans certaines circonstances particulières »* (§ 5)

VI.4 Les lignes directrices dans le cadre du déploiement rapide des réseaux de communication à haut débit

- Les lignes directrices pour l'application des règles relatives aux aides d'État dans le cadre du déploiement rapide des réseaux de communication à haut débit de la Commission, révisées le 1^{er} janvier 2013, visent à accélérer le déploiement du réseau :
 - Objectif jugé comme prioritaire par la Commission (**objectif d'intérêt commun**) : « *le financement d'une infrastructure haut débit de qualité et abordable est crucial pour l'Europe si elle veut améliorer sa compétitivité et accroître l'innovation, ouvrir des perspectives d'emploi pour les jeunes, empêcher la délocalisation de l'activité économique et attirer les investissements étrangers* » (§ 1)
 - Dans son analyse de la nécessité de l'intervention de l'Etat, la Commission considère que les investisseurs privés ne sont pas naturellement enclins à considérer toutes les externalités positives pouvant être tirées du développement du haut débit, telle que la **recherche d'une efficacité globale par le déploiement de l'innovation technologique** (§ 37)