

## L'innovation de rupture : de nouveaux défis pour le droit de la concurrence



Par Thibault SCHREPEL<sup>(\*)</sup>

LL.M., créateur du Concurrentialiste

→ RLC 2715

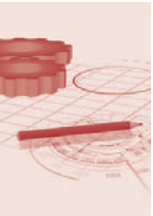
Imaginez que vous ayez créé une entreprise active sur le marché des réseaux sociaux. Imaginez que, dans le but de reconnecter l'informatique avec le réel, vous veniez de créer un nouveau produit, un réseau social révolutionnaire qui intègre le monde numérique dans le monde physique. Imaginez que, après un lancement en fanfare de votre service, celui-ci commence à gagner en popularité. Maintenant, souvenez-vous de l'époque où les géants du monde des réseaux sociaux ne vous considéraient pas encore comme une menace parce que, contrairement à eux, vous aviez eu besoin de faire payer l'accès à votre réseau social afin de financer le matériel permettant de connecter les « deux mondes ». Et puis, petit à petit, votre produit avait de plus en plus séduit, les fonctionnalités s'étaient améliorées au fil des semaines, et un véritable réseau d'utilisateurs s'était formé autour de ce dernier. Aujourd'hui, vous avez pris de l'avance sur les autres entreprises actives sur le marché des réseaux sociaux. Tout le monde ne jure plus que par vous, vous avez révolutionné nos vies, votre nom est en haut de l'affiche, et le nom de votre réseau est devenu une antonomase. Vous savez certes quelle est la fragilité de vos parts de marché. Après tout, vous avez vous-même détruit le marché des réseaux sociaux numériques. Mais pour l'heure, le succès est au rendez-vous, et vous l'avez bien mérité.

Cette petite fable illustre le mécanisme de l'innovation de rupture, ou de la « *disruptive innovation* ». Cette notion, créée en 1997 par le professeur Christensen de la *Harvard Business School*, s'est depuis popularisée sur le continent américain. Elle demeure trop peu connue dans la littérature juridique et dans les décisions européennes. Pourtant, la prise en compte du concept d'innovation de rupture est lourde de conséquences, notamment pour le droit

de la concurrence. En matière d'abus de position dominante, il implique une réévaluation de nos méthodes de détermination des parts de marchés et, par la même, des dominations. Il permet de démontrer que toutes les dominations ne se valent pas et que la prise en considération uniforme des parts de marché dans toutes les analyses concurrentielles discrimine involontairement certaines entreprises. Cette notion d'innovation de rupture est également importante en matière d'analyse des pratiques anticoncurrentielles en ce qu'elle fait largement référence aux stratégies de prédation. Elle pose aussi la question de la remise en cause de nombreuses notions fondamentales en droit de la concurrence, tels que les effets de réseau, la normalisation, la standardisation, l'interopérabilité, les « *lock-in* », les coûts de transferts... Elle nous conduit enfin à nous interroger sur le rôle du régulateur. Cette notion d'innovation de rupture constitue en somme un véritable défi pour nos droits de la concurrence français, européen et américain.

La notion d'innovation de rupture est d'autant plus importante que les marchés liés aux nouvelles technologies occupent une place de plus en plus centrale dans nos économies. Internet tend par ailleurs à ce que les innovations de rupture soient toujours plus fréquentes et impétueuses, notamment parce que leur développement et leur diffusion se font de manière globale et à des coûts très faibles (À titre l'exemple, dans la Communication de la Commission au Parlement Européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Une stratégie numérique pour l'Europe: faire du numérique un moteur de la croissance européenne » COM/2012/0784, la Commission relève que le « *Cloud computing illustrates the paradigm shift being brought about by digital technologies, transforming sectors as diverse as music, healthcare and science, from the smallest businesses to the largest governments. Cloud technology is a disruptive innovation that enhances the use of digital platforms, content and services. It could drastically reduce ICT and energy costs and significantly increase the competitiveness of SMEs in global markets by providing unprecedented access to sophisticated customer and logistics management systems* »), ce qui a pour effet indéniable de les stimuler (C. RILEY, *Disruptive Internet Innovation and Communications Law*, 2011). En fait, Internet permet le développement de ce que les américains qualifient de « *permissionless innovation* », celles qui se propagent sans que l'État ou des entreprises déjà dominantes n'aient de contrôle (J. NAUGH-

(\*) Je tiens à remercier le Professeur Christensen de la *Harvard Business School*. Au même titre, je remercie Phillip Evans, *Deputy Panel Chair* à la *Competition and Markets Authority*, pour nos échanges fructueux. Je ne saurais oublier le Professeur Waller, de l'Université de *Loyola Chicago*, directeur de l'*Institute for Consumer Antitrust Studies*. Enfin, mes remerciements vont à Isabelle G., élève avocate, et Britt Stern, avocate au barreau de New York, pour leurs aides précieuses. Toutes les erreurs sont miennes.



TON, From Gutenberg to Zuckerberg, éditions Quercus, 2014). Avec la nouvelle économie, de telles innovations sont de plus en plus fréquentes. Il est donc fondamental que les cours et autres autorités s'emparent de cette notion.

À ce titre, notons d'ores et déjà que la notion d'innovation de rupture est indirectement prise en compte en matière de contrôle des concentrations. Les autorités utilisent le terme de « *maverick* » pour définir les entreprises capables de produire de telles innovations ou, à tout le moins, de venir bousculer drastiquement le partage du marché (Les lignes directrices américaines sur les concentrations horizontales évoquent les sociétés avec le « *greater incentive to deviate from the terms of coordination (...) unusually disruptive and competitive* »). La problématique à laquelle les autorités sont confrontées est la suivante : l'acquisition du *challenger* par l'entreprise dominante crée le risque que l'innovation de rupture soit internalisée et, *in fine*, retirée du marché. Ce pan du droit étant déjà traité par les autorités de concurrence, nous ne l'aborderons que très peu dès lors que, s'il mérite encore de nombreux développements, il n'est pas le plus étranger à la notion ici visée.

Avant de rentrer plus en avant dans cette étude, il convient également de souligner que les termes d'*innovation de rupture* et *technologie de rupture* seront ici considérés comme synonymes, bien qu'ils ne le soient pas. L'innovation de rupture est en effet une notion plus large qui englobe celle des technologies de rupture (Il faut à ce titre noter que les premières études de Christensen portaient sur les seules technologies de rupture). Toutefois, parce que les analyses de notre étude portent exclusivement sur les marchés liés aux nouvelles technologies et par souci de simplicité, nous nous contenterons d'employer les deux termes dans un sens commun.

Étudier le fonctionnement des innovations de rupture constitue un préalable essentiel afin de saisir l'importance de leur prise en compte en droit de la concurrence (I) Cette étude ne serait en outre pas être complète si la régulation de l'innovation de rupture n'était pas subséquemment analysée (II)

## I. – DE LA NÉCESSITÉ DE CONSIDÉRER LES INNOVATIONS DE RUPTURE EN DROIT DE LA CONCURRENCE

L'innovation de rupture est un concept clé de la nouvelle économie. Parfois mal compris, souvent ignoré par le droit, il convient de le définir dans sa globalité (A). La nécessité d'évaluer les pratiques anticoncurrentielles qui y sont directement liées s'impose alors (B).

### A. – L'innovation de rupture : son fonctionnement et ses implications pour le droit de la concurrence

L'innovation de rupture est une notion qui a fait l'objet de nombreux développements en littérature économique. Si tous n'intéressent pas la matière juridique, il convient néanmoins de présenter les quelques points clés (1) qui permettent de mieux appréhender les questions juridiques. Les premières conséquences de la prise en compte par le droit de ce concept économique apparaissent rapidement en termes de définition du marché (2).

#### 1) Fonctionnement

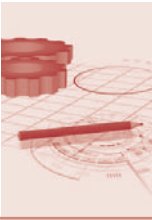
Qu'est-ce ? Le concept d'innovation de rupture a été introduit par les professeurs Christensen et Bower dans un article commun paru

en 1995 (J. BOWER, C. CHRISTENSEN, *Disruptive Technologies: Catching the Wave*, Harvard Business Review, n°1, 1995). C'est en 1997 que le professeur Christensen a employé les termes exacts d'*innovation de rupture* (C. CHRISTENSEN, *The Innovator's Dilemma*, Harvard Business School Press, 1997. Le terme original est celui de « *disruptive innovation* » pour la première fois. Il les définit comme étant celles qui « *transforment des produits compliqués en des produits simples d'utilisation* ». L'introduction d'une innovation de rupture sur un marché engendre le remplacement d'un produit, d'une société, ou même d'une industrie toute entière (N. CORTEZ, *Regulating Disruptive Innovation*, Berkeley Technology Law Journal, Vol. 29, 2014). En 2004, le Professeur Danneels a résumé cette notion comme étant celle qui « *modifie les fondements de la concurrence par la modification des paramètres de rendement des entreprises qui se font concurrence* » (E. DANNEELS, *Disruptive Technology Reconsidered: A Critique and Research Agenda*, Journal of Product Innovation Management, Vol 21 Issue 4, 2004. Citation : « *a disruptive technology is a technology that changes the bases of competition by changing the performance metrics along which firms compete* »). L'innovation de rupture est ainsi directement induite des enseignements de Schumpeter qui, pour la première fois, avait établi le concept de destruction créatrice (A. DIAMOND, *The Creative Destruction of Antitrust*, Association of Private Enterprise Education (APEE) in Las Vegas on April 1-3, 2012).

La notion d'innovation de rupture est opposée à celle d'innovation d'amélioration (« *sustaining innovation* »). Alors que la première apporte une proposition nouvelle, la seconde ne fait qu'améliorer une technologie déjà existante. Cette distinction fondamentale a un impact direct sur le droit de la concurrence. Il faut toutefois noter que, comme le reconnaît Christensen, il est parfois impossible d'identifier immédiatement une innovation de rupture. Il faut ainsi leur laisser le temps de se révéler, un enseignement qui, nous le verrons, revêt toute son importance en matière juridique.

Comment s'imposent-elles ? Lorsqu'elles apparaissent, les innovations de rupture ne présentent que rarement des performances plus élevées que celles des technologies déjà présentes sur le marché (C. CHRISTENSEN, *The Innovator's Dilemma*, Harvard Business School Press, 1997). C'est la raison pour laquelle, dans un premier temps, les entreprises dominantes ne s'en soucient pas. Les innovations de rupture présentent toutefois d'autres avantages, comme celui d'être moins onéreuses, plus petites, ou encore plus simple d'utilisation. Les technologies de rupture apparaissent donc généralement sur des marchés de petite taille qui ne visent que peu de consommateurs. Ensuite, les innovations de rupture s'améliorent progressivement jusqu'à ce que leur expansion devienne inéluctable. Netflix en est un exemple frappant. Lorsque ce service de vidéo est arrivé sur le marché, son catalogue était tellement restreint que les magasins de location ne s'en sont pas souciés. Netflix a alors évolué, en agrémentant son répertoire de nouveaux films et en abandonnant son service d'envoi de DVD par courrier au profit d'un service de vidéos en ligne (T. OWINGS, *Identifying a Maverick: When Antitrust Law Should Protect a Low-Cost Competitor*, 66 VAND. L. REV. 323, 2013). Aujourd'hui, Netflix a porté un coup fatal aux derniers video-stores qui disparaissent inexorablement.

Qui les créent ? Conformément à ce que Schumpeter et Christensen ont relevé, les technologies de rupture sont généralement externes aux grandes entreprises. Le mécanisme est simple à appréhender : une fois qu'une société a acquis d'importantes parts de marché, il lui est alors difficile d'accéder aux marchés de petite



taille. Cela résulte d'un simple effet mécanique. Les entreprises de taille conséquente cherchent à réaliser des bénéfices importants et rapides. Elles ont ainsi tendance à ignorer les technologies qui ne répondent pas aux besoins des consommateurs. C'est la raison pour laquelle elles n'investissent pas dans les marchés de niche.

Il faut toutefois noter que certaines innovations de rupture ont été développées par des entreprises dominantes. On peut par exemple citer quelques-uns des derniers produits de la société Apple (C. RILEY, *Disruptive Internet Innovation and Communications Law*, 2011). Le professeur Christensen ne nie pas cette possibilité, mais le fait est que, en sus d'être rares, de telles situations résultent toujours d'un défi externe (T. WU, *Taking Innovation Seriously: Antitrust Enforcement If Innovation Mattered Most*, 78 *Antitrust L.J.* 313, 2012) à la société. C'est ce défi qui peut éventuellement l'amener à développer un nouveau produit via un organe externalisé (Le Professeur Christensen, dans ses écrits ultérieurs, recommande ainsi qu'une équipe de chercheurs soit détachée et pleinement indépendante de la direction générale de l'entreprise).

Qui visent-elles ? Les technologies de rupture visent trois cibles : (i) la première est celle des non-consommateurs, ceux qui ne sont pas intéressés par la technologie existante. L'apparition du mini-ordinateur illustre l'intérêt qu'une nouvelle technologie, certes moins puissante mais d'une taille plus petite, présente pour les consommateurs qui ne souhaitent pas stocker un ordinateur géant dans une salle entière ; (ii) la deuxième cible est celle des consommateurs qui sont dépassés par la technologie actuelle et qui recherchent un produit simplifié ; (iii) la troisième et dernière cible est celle des consommateurs à la recherche d'une technologie qui offre de nouvelles possibilités (R. CAMPBELL, *Rethinking Regulation and Innovation in the U.S. Legal Services Market*, *New York University Journal of Law & Business*, Vol. 9 n°1, 2012).

Il convient de noter que les technologies progressent parfois plus vite que la demande, soit parce qu'elles sont trop complexes, soit parce que leur prix est trop élevé par rapport à ce que le consommateur est prêt à payer (C. CHRISTENSEN, *The Innovator's Dilemma*, Harvard Business School Press, 1997). Les technologies de rupture permettent de résoudre ces deux types de problèmes.

Quelle valeur ont-elles ? La question de la valeur des innovations de rupture est essentielle dans la mesure où elle peut avoir un impact sur la politique concurrentielle menée par les autorités. Selon Christensen, les innovations de rupture ont une valeur plus importante que les innovations d'amélioration (C. CHRISTENSEN, *The Innovator's Dilemma*, Harvard Business School Press, 1997). Au contraire, d'autres auteurs considèrent que la contribution économique des innovations d'amélioration est plus élevée (R. MILLER, M. CÔTE, *The Faces of Innovation*, 2008). Ce point est constamment débattu par les économistes, ce qui doit nous amener à faire usage de la plus grande prudence.

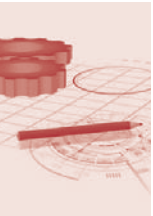
## 2) Les conséquences directes en termes de définition du marché

La notion d'innovation de rupture a deux conséquences très directes en matière de droit de la concurrence. Elle tend à démontrer que les marchés ne sont pas cloisonnés et que l'équilibre des marchés technologiques ne se trouve pas là où les autorités de concurrence semblent souvent l'indiquer.

Les marchés ne sont pas cloisonnés. Analyser le pouvoir de marché des entreprises sur des marchés à hautes technologies ne peut se faire sans insister sur la vulnérabilité de ce dernier (J. VERHAERT, *The Challenges Involved with the Application of Article 102 TFEU to the Market for Search Engines as Part of the New Economy and the Implications for the Google-Case*, Master thesis, 2013). Les innovations de rupture peuvent en effet apparaître à tout moment, emportant avec elles le marché existant. L'apparition de ces technologies de rupture est certes très difficile sinon impossible à prédire. Il est cependant indispensable de les prendre en compte. Pourtant, lorsqu'elles analysent le pouvoir de marché, les autorités de concurrence ne font jamais (À notre connaissance, aucune décision européenne ne fait référence à cette notion. Ce ne sont pourtant pas les décisions sur les secteurs des nouvelles technologies qui manquent. Seul Joaquín Almunia, à l'occasion d'une intervention sur le thème « Competition, innovation and growth: an EU perspective », New Delhi, 21 nov. 2013, confiait « Another of our priorities is to make sure that incumbents do not keep new competitors away from the market to protect themselves from disruptive and innovative products and business models. A number of cases in this category involve former monopolists trying to preserve their privileges in newly liberalised markets. For instance, in recent years we have taken several decisions in energy markets involving incumbents from France, Belgium, Germany, Italy and lately from Central and Eastern Europe. Other decisions have also involved national incumbents in telecoms markets, notably in Spain, Portugal and Poland ».) (ou presque) référence à cette notion, ce qui a pour conséquence d'accorder une valeur trop importante aux parts de marché de ces entreprises.

La notion même d'innovation de rupture sert également à démontrer que les marchés ne sont pas cloisonnés. La création d'un marché entraîne souvent une diminution corrélative des ventes sur un autre marché. À titre d'exemple, la vente des téléphones fixes a fortement diminué avec l'apparition du marché des téléphones mobiles. Ainsi, bien qu'elle constitue un exercice indispensable en matière de concentration et d'abus de position dominante, il est important de garder à l'esprit que la délimitation des marchés demeure avant tout un exercice subjectif. Surtout, ne pas prendre en compte l'existence de l'innovation de rupture revient à discriminer les entreprises qui dominent sur les marchés technologiques au détriment de celles qui dominent sur d'autres marchés, puisque cela revient à nier le fait que la domination des premières en moins solide que celles des secondes.

En somme, la notion d'innovation de rupture nous enseigne qu'il faut relativiser l'importance que donnée aux parts de marché (M. CARRIER, *Innovation for the 21st Century: Harnessing the Power of Intellectual Property and Antitrust Law*, Oxford University Press, 2009). Sur ce point, notons que l'importance donnée aux parts de marché date de l'arrêt de la Cour de justice du 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche* (CJCE, 13 févr. 1979, aff. 85/76, *Hoffmann-La Roche*, EU:C:1979:36), une époque où, bien entendu, le développement des hautes technologies était très éloigné de celui actuel). Ainsi, lorsque le juge évalue les barrières à l'entrée dans les pratiques d'abus de position dominante, il doit garder à l'esprit que ces barrières n'empêchent pas la création d'un nouveau marché. En effet, la création d'un nouveau marché entraîne une diminution importante des effets de réseaux et ce à deux niveaux. En premier lieu, en s'affranchissant de l'entrée sur le marché existant, l'entreprise innovatrice n'est pas confrontée aux réseaux déjà existants sur ce dernier. La problématique des barrières à l'entrée est ainsi écartée lorsque l'entrée se transforme en créa-



tion. Sur ce point, notons que les cours de justice considèrent que l'existence de brevets doit entrer en compte dans l'appréciation des barrières à l'entrée et des positions dominantes (Trib. UE, 1<sup>er</sup> juill. 2010, aff. T-321/05, AstraZeneca c/ Commission, EU:T:2010:266, pt. 270 : « si la seule possession de droits de propriété intellectuelle ne saurait être considérée comme conférant une telle position, celle-ci est néanmoins susceptible, dans certaines circonstances, de créer une position dominante, notamment en donnant à l'entreprise la possibilité de faire obstacle à l'existence d'une concurrence effective sur le marché »). Sans discuter du bien-fondé de ce raisonnement, notons simplement que de tels brevets ne sauraient a priori servir à caractériser une position dominante sur les marchés où apparaissent des innovations de rupture qui viennent créer une technologie complètement nouvelle. En second lieu, parce que les marchés sont communicants, les réseaux existants sur un marché se trouveront diminués sans même qu'un autre réseau ne soit créé sur ce même marché. Pour en revenir à notre fable introductive, la création d'un nouveau genre de réseau social viendra nécessairement vider de leur substance les réseaux sociaux purement numériques.

Il faut toutefois nuancer la possibilité pour un *challenger* de s'affranchir complètement de tous les réseaux existants. En effet, il est possible d'imaginer certaines situations dans lesquelles une innovation de rupture crée un nouveau réseau sans que sa diffusion ne soit exempte de contacts avec d'autres réseaux, tels que ceux liés à la distribution. Il n'en demeure pas moins que l'utilité de la notion d'effet de réseau, sur les marchés où de telles innovations peuvent apparaître, est fortement amoindrie.

Un nouvel *equilibrium*. Deux types de concurrence coexistent sur les marchés technologiques : (i) celle des entreprises de taille importante qui se fait sur les prix, (ii) et celle des *challengers* qui s'exerce via les technologies de rupture (A. FATUR, Information and Communication Technology Network Industries and EU Competition Policy, Ph.D. thesis, 2009. C'est ce que relève la Commission dans l'opération de concentration entre Microsoft et Skype, notant que « *The Commission considers that competition in the consumer communications services markets is driven by innovation* », Déc. Comm. UE, 7 oct. 2011, aff. COM-P/M.6281, Microsoft/Skype, pt. 84).

Cette notion d'*equilibrium* permet de mettre en lumière une différence fondamentale entre les marchés de nouvelles technologies et les autres marchés. L'*equilibrium* est l'état dans lequel le marché ne subit aucun changement majeur sauf à ce que certains événements extérieurs ne viennent le bouleverser (S. LIEBOWITZ, S. MARGOLIS, *Winners, Losers & Microsoft: Competition and Antitrust in High Technology*, edition The Independent Institute, 2001). L'*equilibrium* est qualifié de 'stable' si, lorsqu'une perturbation survient, le point d'équilibre correspond toujours à celui que le marché connaissait avant la survenance de l'événement perturbateur. Il est au contraire qualifié d'"instable" si, après la survenance de l'événement perturbateur, un nouveau point d'équilibre est trouvé.

Sur les marchés de nouvelles technologies, l'*equilibrium* est généralement instable puisque les innovations de rupture déplacent la concurrence sur un « terrain » nouveau, sans qu'aucun retour en arrière ne soit possible. Les conséquences sont directes en matière d'analyse concurrentielle, puisque le rôle du régulateur n'est plus de chercher à préserver la structure du marché, mais de permettre à de nouvelles technologies de rupture d'apparaître.

## B. – Des stratégies anticoncurrentielles visant à éliminer les innovations de rupture

Reconnaître l'existence des technologies de rupture implique d'analyser quelles peuvent être les stratégies anticoncurrentielles permettant d'empêcher leur émergence. Se pose également la question de l'innovation prédatrice, c'est-à-dire de la condamnation de certaines innovations comme stratégie anticoncurrentielle. Dans une moindre mesure, l'étude de l'innovation de rupture doit permettre aux autorités d'analyser différemment certaines pratiques anticoncurrentielles, notamment celles liées à la prédation. Elles sont bien souvent étudiées dans le cadre général d'une analyse de la structure du marché qui demeure fidèle à la mouvance très ordo-libérale qui n'a plus lieu d'être.

En outre, parce que l'innovation de rupture crée de nouveaux marchés, la problématique de l'ouverture des réseaux à la concurrence se pose nécessairement. Les notions d'accessibilité aux réseaux et d'interopérabilité doivent être reconsidérées. Les marchés de nouvelles technologies sont présentés comme des marchés dits de « *winner-take-all* ». Peut-on pour autant y ajouter que les « *winner-keep-all* » ? La réponse à cette question est négative.

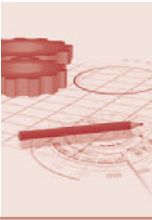
Enfin, l'innovation de rupture se caractérise par une concurrence pour le marché plutôt que sur le marché (S. WALLER, *Antitrust and Social Networking*, North Carolina Law Review, 2012). Ainsi, l'utilité des notions de coûts de transfert (« *switching costs* ») et de verrouillage du consommateur (« *lock-in* ») est indirectement remise en cause.

### 1) Empêcher l'émergence de technologies de rupture par le biais de l'entente

Plusieurs auteurs défendent que les entreprises dominantes ont la possibilité d'empêcher l'émergence de technologies de rupture par le biais d'une entente (P. EVANS, *Disruptive Competition Part 2: What Role for Regulators and Competition Policy?*, *Judoconomics*, 2014). À ce titre, il apparaît nécessaire de distinguer deux types d'ententes : (i) celles réputées pro-concurrentielles, (ii) et celles réputées anti-concurrentielles. Les premières font, entre autre, référence aux *patent pools*, où, en faisant usage de licences et de droits de propriété intellectuels (F. VON LOHMANN, *Fair Use as Innovation Policy*, *Berkley Technology Law Journal*, Vol. 23, No. 2, 2008), les entreprises dominantes peuvent empêcher ensemble le développement d'une innovation de rupture. Les secondes peuvent se concrétiser en une entente sur les prix ou un *boycott* des ressources essentielles au développement de la technologie de rupture.

En toute hypothèse, il est difficile de mettre en œuvre une stratégie visant à empêcher l'émergence d'une innovation de rupture. En effet, cela implique dans un premier temps de repérer quelles sont les innovations susceptibles de créer une rupture, ce qui, d'après Christensen, est très difficile sinon impossible. Dans un second temps, cela implique de détenir un pouvoir suffisant afin d'altérer un marché qui n'existe pas encore. Imaginons une entente réputée pro-concurrentielle qui soit orientée de telle façon à limiter l'émergence d'une innovation de rupture par l'usage de droits de propriété intellectuelle. La probabilité pour que les sociétés dominantes disposent d'un brevet permettant de bloquer l'émergence d'une technologie de rupture est très faible, voire inexistante.

Lorsque l'entente est réputée anti-concurrentielle, la probabilité pour que l'innovation de rupture soit tenue à l'écart du marché pa-



raît plus élevée, sauf sur les marchés des nouvelles technologies où les « *permissionless innovation* » constituent la norme. Cela s'explique de deux manières : d'abord, les entreprises dominantes ne peuvent contrôler la ressource essentielle qu'est Internet, ensuite, la concurrence des *challengers* ne s'exerce pas au niveau des prix. Les entreprises dominantes n'ont donc que très peu de moyens d'action.

À l'inverse, la probabilité de l'apparition d'une technologie de rupture sur un marché permet d'évaluer le risque de constitution d'une entente entre les entreprises déjà présentes sur ce marché. C'est ce que relève l'ancienne *Competition Commission* anglaise, maintenant *Competition and Markets Authority* (P. BUCCIROSSI, *Handbook of Antitrust Economics*, 2008. Apparaît de façon implicite dans les lignes directrices de la Competition Commission). Autrement dit, les marchés sur lesquels de telles technologies apparaissent régulièrement semblent être moins sujets aux ententes. D'une façon plus générale, certains auteurs soutiennent qu'il y a une diminution du nombre de pratiques anticoncurrentielles lorsque la probabilité de création d'innovations de rupture est élevée (P. PRISECARU, *Microeconomic Analysis In Competition Policy*, 2013). Ces éléments sont particulièrement intéressants pour les autorités de concurrence à la recherche de secteurs cibles.

### 2) Empêcher l'émergence de technologies de rupture par le biais de l'abus de position dominante

D'après certains auteurs, parce que l'analyse en matière d'abus de position dominante tend à regarder vers le passé, il est plus difficile de considérer les technologies de rupture pour ces pratiques d'abus qu'en matière de contrôle des concentrations où l'analyse se projette vers le futur (I. GRAEF, S.Y. WAHYUNINGTYAS, P. VALCKE, *How Google And Others Upset Competition Analysis: Disruptive Innovation And European Competition Law*, 25th European Regional Conference of the International Telecommunications Society (ITS), Brussels, Belgium, 22-25 June 2014). Ce n'est pas exact. La possibilité qu'une innovation de rupture vienne interférer sur le marché peut conduire les entreprises à adopter un comportement anti-concurrentiel. Ainsi, outre son utilité pour évaluer la domination, l'innovation de rupture peut également servir à analyser les pratiques d'abus de position dominante.

Comme cela a été préalablement exposé, en modifiant l'*equilibrium*, les innovations de rupture créent une bataille pour le marché qui implique de ne pas donner une trop grande importance aux effets de réseaux lors de l'analyse concurrentielle. En effet, le challenger n'intégrera pas un réseau s'il peut créer le sien. C'est pour cela que, dans notre petite fable introductive, l'entreprise n'a pas été confrontée à la puissance des réseaux sociaux déjà existants (J. NEWMAN, *Anticompetitive Product Design In The New Economy*, 39 Fla. St. U. L. Rev. 681, 2012).

Ce raisonnement ne semble pourtant pas partagé par tous. Fiona Scott-Morton, *Deputy Assistant Attorney General Antitrust Division au U.S. Department of Justice*, soutient par exemple que la possibilité d'apparition d'une technologie de rupture ne suffit pas à prévenir l'existence de pratiques anticoncurrentielles (F. SCOTT-MORTON, *Antitrust Enforcement in High-Technology Industries: Protecting Innovation and Competition*, NYSBA Annual Antitrust Forum, 2012). Elle soutient qu'une telle possibilité n'entraîne ni une diminution des barrières à l'entrée, ni une diminution des coûts de transferts, et

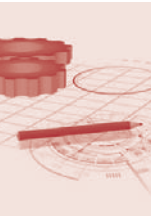
que l'accès au marché n'est donc pas facilité. De telles affirmations reviennent, en somme, à nier l'existence des technologies de rupture, puisque la concurrence pour le marché relativise justement la pertinence de ces notions, comme nous l'avons démontré.

D'autres (voir p. ex. C. RILEY, *Disruptive Internet Innovation and Communications Law*, 2011) ont relevé que, par définition, les technologies de rupture qui utilisent Internet sont susceptibles d'être freinées par les acteurs dominants parce qu'ils ont la possibilité d'interférer avec la communication Internet qui est faite sur ces technologies. Ce constat ne semble pas être plus exact tant les technologies de rupture sont difficiles à identifier comme telles à leur création. À titre d'exemple, il est difficile d'imaginer Google refusant de lister un moteur de recherche plus spécifique dès sa création, au risque de dévaluer son propre service. L'hypothèse de l'interférence via la communication sur une technologie perçue au départ comme insignifiante ne semble donc pas plausible. Ce constat conduit à éliminer, au moins en partie, les problématiques d'innovation prédatrice dans la mesure où les entreprises dominantes ont du mal à mettre en œuvre des pratiques prédatrices ciblées, telle que la modification de leurs logiciels, dans le but d'empêcher l'émergence de ces challengers sur d'autres marchés.

Certes, les entreprises dominantes parviennent parfois à identifier certains de ces innovateurs qui souhaitent se faire racheter avant même d'avoir lancé leur produit. Notons toutefois que cette hypothèse est factuellement très limitée. Les sociétés établies mettent en effet régulièrement de nouveaux produits ou services sur le marché pour finalement les retirer parce que les utilisateurs s'en désintéressent (Citons pour la seule société Google en quelques semaines à peine, la suppression de Spreadsheet Gadgets, Google News Badges, Google News Recommended Sections, Google Related... et les exemples sont pléthores). Leur capacité à viser juste est ainsi contestable.

Une dernière critique que l'on retrouve régulièrement est liée à ce que Farrell et Saloner qualifiaient d'*excess inertia*. On parle d'*excess inertia* lorsqu'un nouveau standard ou une nouvelle technologie supérieur(e) est disponible, que la somme des coûts pour l'adopter est inférieure à celle des bénéfices et que, pourtant, les utilisateurs refusent de se porter vers ce standard ou cette technologie (S. LIEBOWITZ, S. MARGOLIS, *Winners, Losers & Microsoft: Competition and Antitrust in High Technology*, édition The Independent Institute, 2001). Or, Farrell et Saloner ont démontré (J. FARRELL, G. SALONER, *Standardization, Competitibility and Innovation*, The RAND Journal of Economics, Vol. 16, n°1, 1985) que, dès lors que l'échange d'informations est permis entre consommateurs, ces *excess inertia* disparaissent automatiquement et l'on retrouve ainsi un équilibre de Pareto optimal (La notion d'équilibre de Pareto, utilisée en théorie des jeux, décrit la situation dans laquelle le bien-être total est maximisé en ce sens que l'augmentation du bien-être de certains individus implique la réduction du bien-être d'au moins un autre individu). Ronald Coase, prix Nobel d'économie, soutient (R. COASE, *The Problem of Social Cost* 3 J Law & Econ. 1, 1960) cette thèse mais ajoute toutefois qu'il n'existe aucune preuve empirique démontrant l'existence de ces *excess inertia* à longs et moyens termes.

Il est donc très difficile, sinon impossible, d'interférer sur l'émergence d'une innovation de rupture. Quatre enseignements en découlent :



- Le premier est un renforcement de la position de Schumpeter, largement défendue aux États-Unis, notamment par le juge Richard Posner (R. POSNER, *Law, Pragmatism, and Democracy*, éditions Harvard University Press, 2005), en application de laquelle les marchés oligopolistiques favorisent plus l'innovation que ceux en situation de concurrence pure et parfaite. Notons qu'il est couramment admis que la possibilité d'acquiescer une position dominante est pro-concurrentielle en ce qu'elle stimule la concurrence. Il est vrai que la puissance des réseaux n'est plus perçue comme un frein important à la diffusion des innovations par les autorités. Leur danger potentiel devrait être cependant amoindri, dans la mesure où les technologies de rupture s'affranchissent en partie de réseaux déjà existants. Doit-on dès lors continuer à appliquer le vieux concept de « responsabilité particulière » (Ce concept date de 1983, voir la décision de la Cour de justice du 9 novembre 1983, CJCE, 9 nov. 1983, aff. 322/81, Michelin c/ Commission, EU:C:1983:313, pt. 57) aux entreprises qui ont une position dominante sur les marchés hautement technologiques ?
- Le deuxième enseignement est l'affaiblissement de la notion largement utilisée d'effets de réseaux. Celle-ci conserve certes son intérêt pour expliquer que plus une technologie est adoptée, plus sa valeur augmente. Sur les marchés de nouvelles technologies où les innovations de rupture sont fréquentes, elle ne saurait être trop utilisée afin de démontrer une position dominante. Comme cela a déjà été vu, son intérêt est limité puisque les réseaux sont parfois interconnectés et qu'il est alors difficile de s'en affranchir totalement. Elle ne saurait en aucun cas conserver toute sa primeur en matière de barrière à l'entrée (voir sur ce point D. BALTO, *Networks and Exclusivity: Antitrust Analysis to promote Network Competition*, 7 *George Mason Law Review* 523, 1999), l'entrée n'étant plus une problématique pour les entreprises qui créent leur propre marché.
- Le troisième enseignement est qu'il convient également de limiter l'importance donnée à la notion de « lock-in », notion qui permet d'évaluer dans quelle mesure les utilisateurs sont enfermés dans une technologie sans moyen d'en sortir. En effet, si l'on reconnaît le principe de « lock-in » (certains auteurs réfutent sa véracité empirique (S. LIEBOWITZ, S. MARGOLIS, *Winners, Losers & Microsoft: Competition and Antitrust in High Technology*, édition The Independent Institute, 2001)), la création d'une nouvelle technologie répond à des besoins jusqu'alors sans réponse. Les utilisateurs ne se questionnent plus sur le choix de la technologie à utiliser sur un même marché, mais sur la nécessité de quitter la première technologie pour adopter la seconde ou, à l'inverse, de continuer à utiliser les deux technologies. Dès lors, le dilemme ne se pose plus en termes d'enfermement mais d'utilité de la nouvelle technologie. En somme, dès lors que l'innovation de rupture crée un nouveau marché, l'analyse des coûts induits par le changement de technologie n'est plus nécessaire dans la mesure où les deux produits répondent à des besoins différents.
- Le quatrième enseignement concerne les conséquences réelles des abus de domination. Les différents éléments ici présentés tendent à démontrer que bon nombre de pratiques anticoncurrentielles qui sont réalisées sur des marchés de nouvelles technologies ont des effets réels qui s'avèrent moins graves que sur certains autres marchés. En effet, lorsque les

barrières à l'entrée sont élevées, ainsi que lorsque les possibilités d'empêcher l'émergence des concurrents est plus évidente, les pratiques anticoncurrentielles revêtent alors une gravité d'autant plus importante qu'elles permettent assurément de verrouiller le marché au détriment du consommateur.

L'intérêt de la notion d'innovation de rupture en termes d'analyse des abus de position dominante est indéniable. La question de leur régulation par les autorités de concurrence présente, elle aussi, un intérêt certain.

## II. – DE LA RÉGULATION DES INNOVATIONS DE RUPTURE

Les marchés dans lesquels les innovations de rupture sont susceptibles d'apparaître ont une forte tendance à l'auto-régulation (A). Le caractère éphémère des parts de marché est en effet amplifié par la nature même de ces marchés. Cela doit être pris en compte par les autorités régulatrices. En outre, lorsqu'elles régulent ces marchés, les autorités sont susceptibles de créer deux risques majeurs (B), l'un tenant au favoritisme porté à l'innovation d'amélioration plutôt qu'à celle de rupture, l'autre à l'élimination pure et simple des innovations de rupture.

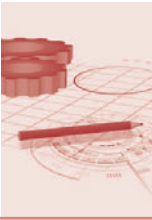
### A. – De l'auto-régulation constatée des marchés technologiques

#### 1) Le difficile maintien des positions dominantes sur de tels marchés

L'entreprise qui introduit une innovation de rupture sur le marché va bénéficier d'un avantage concurrentiel sur les futurs entrants. Toutefois, une analyse empirique démontre que les parts de marché sont plus éphémères sur les marchés liés aux nouvelles technologies que sur les autres, ce qui tend à mitiger la portée de cet avantage.

Les cours et autorités n'hésitent pas à leur reconnaître cette caractéristique. Ainsi, dans l'affaire *Microsoft*, le *Department of Justice* a admis le caractère temporaire des dominations sur les marchés de nouvelle économie (F. SCOTT-MORTON, *Antitrust Enforcement in High-Technology Industries: Protecting Innovation and Competition*, NYSBA Annual Antitrust Forum, 2012) : « *In technologically dynamic markets, however, such entrenchment may be temporary, because innovation may alter the field altogether. See Joseph A. Schumpeter, Capitalism, Socialism and Democracy 81-90 (Harper Perennial 1976) (1942). Rapid technological change leads to markets in which "firms compete through innovation for temporary market dominance, from which they may be displaced by the next wave of product advancements."* Shelanski & Sidak, at 11-12 (discussing Schumpeterian competition, which proceeds "sequentially over time rather than simultaneously across a market") » (United States of America v. Microsoft Corporation, 253 F.3d 34 (2001), pt. 23).

Les cours européennes reconnaissent également cette spécificité. Ainsi, la Commission européenne et le Tribunal de l'Union ont tous deux admis que les parts de marché n'étaient pas un bon indicateur en matière de domination des entreprises (I. GRAEF, S.Y. WAHUNINGTYAS, P. VALCKE, *How Google And Others Upset Competition Analysis: Disruptive Innovation And European Competition Law*, 25th European Regional Conference of the International Telecommunications Society (ITS), Brussels, Belgium, 22-25 June 2014) : « *Market shares only*



*provide a limited indication of competitive strength in the consumer communications services markets. As explained above in paragraphs 70 to 72, consumer communications services are a nascent and dynamic sector and market shares can change quickly within a short period of time. Furthermore, almost all communications services are offered free of charge* » (Déc. Comm. UE, Microsoft/Skype, préc., pt. 78).

Dans la même affaire, le Tribunal de l'Union européenne a reconnu également le caractère éphémère de ces parts de marché : « En outre, et surtout, comme cela a été souligné par la Commission dans la décision attaquée et dans le mémoire en défense ainsi que par l'intervenante, 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 que le règlement n° 139/2004 cherche à prévenir » (Trib. UE, 11 déc. 2003, aff. T-79/12, Cisco, EU:T:2013:635, pt. 69).

Un mouvement semble ainsi se dessiner en matière d'évaluation des parts de marché, leur pertinence étant de plus en plus contestée. Les éléments présentés dans la première partie de notre analyse tendent également à renforcer le besoin d'un changement dans l'évaluation de ces dernières. De nombreuses propositions sont faites afin de mesurer le pouvoir de marché d'une façon plus pertinente, par exemple en évaluant les investissements qu'une société réalise dans le domaine de la R&D (M. KATZ, H. SHELANSKI, 'Schumpeterian' Competition and Antitrust Policy in High-Tech Markets, Competition 2005, vol. 14, p. 47).

## 2) « Red Queen Games » : lorsque la concurrence ne cesse de faire rage

Les marchés liés aux nouvelles technologiques peuvent être qualifiés de marchés « Red Queen Game » (I.L. GOTTS, S. SHER, M. LEE, Antitrust Merger Analysis In High-Technology Markets European Competition Journal, 2008. Cette notion apparaît dans l'ouvrage *Through the Looking-Glass* de Lewis Carroll, paru pour la première fois en 1871). Sur ce type de marché, les entreprises doivent constamment innover afin de se maintenir, le risque découlant de l'entrée d'un nouveau concurrent étant en effet élevé (T. KÄSEBERG, *Intellectual Property, Antitrust and Cumulative Innovation in the EU and the US*, éditions Hart Publishing, Oxford, 2014). Si ces marchés se caractérisent souvent par des structures oligopolistiques (W. BAUMOL, *The Free-Market Innovation Machine: Analyzing the Growth Miracle of Capitalism*, éditions Princeton University Press, 2003), ils peuvent également présenter une situation de monopole. Dans cette hypothèse, il a été constaté que ce sont les entreprises dominantes qui n'ont pas assez investi dans la R&D qui perdent leur monopole.

Les marchés liés aux nouvelles technologies sont précisément des marchés où un *Red Queen Game* s'impose. De nombreux exemples qui tendent à le démontrer. MySpace, leader incontesté des réseaux sociaux il y a une dizaine d'années, a été totalement évincé du champ concurrentiel. De la même manière, rappelons qu'Altavista était le moteur de recherche numéro 1 en 1998, avant d'être détrôné par Lycos, puis Yahoo! (qui détient maintenant 10 % (comScore Releases September 2014 U.S. Search Engine Rankings) de parts de marché aux États-Unis et 3,5 % en Europe), et enfin

Google (R. BORK, G. SIDAK, *What Does The Chicago School Teach About Internet Search And The Antitrust Treatment Of Google?*, Journal of Competition Law & Economics, 2012). Pensons également à CompuServe, Prodigy et AOL, qui ont toutes parties leurs positions dominantes sans le régulateur ne soit intervenu (H. Kaiser, *Are 'Closed Systems' an Antitrust Problem?*, Competition Policy International, Vol. 7, No. 1, Spring 2011). En outre, l'apparition de nouvelles technologies met en danger les dominations existantes sur d'autres marchés. À titre d'exemple, la position dominante de Microsoft s'est trouvée affaiblie par l'arrivée de Google. Celle de Google est aujourd'hui mise en danger par l'arrivée de réseaux sociaux. Pourtant, les autorités de concurrence ne relèvent jamais le caractère interconnecté des marchés de nouvelles technologies (I. GRAEF, S.Y. WAHYUNINGTYAS, P. VALCKE, *How Google And Others Upset Competition Analysis: Disruptive Innovation And European Competition Law*, 25th European Regional Conference of the International Telecommunications Society (ITS), Brussels, Belgium, 22-25 June 2014).

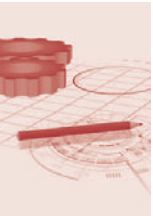
Certains autres exemples sont encore plus édifiants (voir N. BILTON, *A Lot Changes in Tech Over Four Years and 1,000 Blog Posts*, NYTimes, Bites, 2013). Durant la période 2009-2013, la capitalisation d'Apple est passée de 180 milliards de dollars à 500. Apple a vendu plus de 200 millions d'iPad, un produit qui n'existait pas en 2009. De la même manière, Android comptait 2,8 % du marché des systèmes d'exploitation de téléphones mobiles. Fin 2013, il en possédait 80 %. Quant à Nokia, la société était leader du marché de la vente de téléphones mobiles. Elle a depuis été rachetée par Microsoft. Durant cette même période, en matière de réseaux sociaux, secteur dans lequel les effets de réseau sont réputés être les plus importants, Twitter a vu sa capitalisation passer de 1 milliard de dollars à 33. Facebook, qui comptait 300 millions d'utilisateurs, a atteint le nombre de 1,2 milliard. Et tant d'autres marchés ont été créés durant cette période. Citons l'apparition des sociétés SnapChat, Instagram, Pinterest, Fab, Square, et Waze, Pine, qui sont aujourd'hui toutes évaluées à plus d'un milliard de dollars.

Un constat s'impose : l'ensemble des marchés liés aux technologies évolue très rapidement. Les positions dominantes se forment à grande vitesse, et se défont tout aussi vite. Concomitamment, les autorités de concurrence tentent de rester à la page, mais la page se charge de plus en plus vite.

## B. – Des risques concurrentiels relatifs à la régulation des innovations de rupture

Réguler l'innovation et les marchés très innovants présente deux risques majeurs, (i) celui de privilégier certains types d'innovations alors qu'il est encore difficile d'évaluer quelles innovations augmentent le plus le bien être du consommateur, (ii) et celui de tuer l'innovation de rupture. Il s'agit d'un enjeu majeur du 21<sup>e</sup> siècle, juridique comme économique.

Pourtant, comme le relève le professeur Diamond, il tout aussi difficile qu'amusant d'imaginer des centaines de personnes manifester dans la rue pour la défense de l'innovation, demandant plus d'innovation destructrice, des photos de Joseph Schumpeter à la main (A. DIAMOND, *The Creative Destruction of Antitrust*, Association of Private Enterprise Education (APEE) in Las Vegas on April 1-3, 2012). C'est la raison pour laquelle il est d'autant plus important que les entités régulatrices soient prudentes en la matière.



## 1) La régulation comme facteur de choix entre les différents types d'innovation

Les autorités de concurrence opèrent souvent le choix de favoriser l'apparition des innovations de rupture ou d'amélioration. À titre d'exemple, en imposant à la société Microsoft de délivrer à ses concurrents les informations nécessaires à la compatibilité de ses produits, la Commission européenne a très directement choisi de favoriser la concurrence sur le marché plutôt que pour le marché, au détriment de l'innovation de rupture (F. VON LOHMANN, Fair Use as Innovation Policy, Berkley Technology Law Journal, Vol. 23, No. 2, 2008).

Certains auteurs ont relevé que, parce que l'apparition des innovations de rupture est hasardeuse et impossible à prédire (M. STUCKE, Should the Government Prosecute Monopolies?, University of Illinois Law Review, Vol. 2009, No. 2, 2009), les autorités de concurrence ont pour devoir de favoriser les innovations d'amélioration (I. GRAEF, S.Y. WAHYUNINGTYAS, P. VALCKE, How Google and others upset competition analysis: disruptive innovation and European competition law, 25th European Regional Conference of the International Telecommunications Society (ITS), Brussels, Belgium, 22-25 June 2014). Ce point de vue semble biaisé, la difficulté à prédire l'apparition des innovations de rupture (C. CHRISTENSEN, The Innovator's Dilemma, Harvard Business School Press, 1997) ne doit pas aboutir à la mise en place d'un environnement juridique susceptible de les décourager. En outre, s'il est vrai que le débat sur la valeur des innovations susmentionnées persiste, notons que les innovations d'amélioration ne peuvent exister sans les innovations de rupture. Il est donc primordial que les autorités de concurrence ne découragent pas les innovations de rupture, au risque de mettre en péril l'écosystème économique tout entier.

Toutefois, notons que privilégier un type d'innovation par rapport à l'autre, à travers l'imposition de certains engagements, n'est pas strictement concomitant avec la limitation de l'autre type d'innovation. En effet, les opérateurs qui développent les innovations de rupture ne sont pas les mêmes que ceux qui développent les innovations d'amélioration. Il n'y a donc pas de corrélation absolue entre le favoritisme porté à un type d'innovation et la diminution de l'autre type (tel que le font les auteurs I. GRAEF, S.Y. WAHYUNINGTYAS, P. VALCKE, How Google And Others Upset Competition Analysis: Disruptive Innovation And European Competition Law, 25th European Regional Conference of the International Telecommunications Society (ITS), Brussels, Belgium, 22-25 June 2014). Malgré cela, les autorités se doivent d'être particulièrement prudentes dans la mesure où, dans certains cas, les innovations de rupture sont développées par les entreprises dominantes. Il n'est donc pas toujours possible de dissocier les engagements qui doivent être imposés aux entreprises susceptibles de créer des innovations de rupture, de ceux des entreprises susceptibles de créer des innovations d'amélioration.

Cela implique que les autorités de concurrence n'aient pas une vue statique du marché. Beaucoup défendent que ce n'est d'ores et déjà plus le cas. De nombreux éléments tendent à démontrer l'inverse (T. SCHREPEL, Frederick Hayek's Contribution to Antitrust Law and its Modern Application, publication à venir. Par exemple, tel que relevé par le commissaire à la FTC Joshua Wright, les efficacités économiques tendent à être trop peu considérées. Voir son avis dissident dans l'affaire Ardagh et Saint-Gobain, FTC File No. 131-0087, April 11, 2014). Cela implique également que les autorités de concurrence n'imposent

pas la mise en place d'une comptabilité obligatoire entre les différentes technologies. En effet, si la compatibilité présente des avantages évidents pour le consommateur, les marchés sur lesquels les technologies sont incompatibles entre elles tendent à favoriser le développement d'une concurrence ex-ante très vigoureuse où l'apparition d'innovations de rupture est stimulée (M. RATO, N. PETTIT, Abuse of Dominance in Technology Enabled Markets Established Standards Reconsidered, European Competition Journal, 2013). Au contraire, sur les marchés où les technologies sont compatibles entre elles, l'incitation à créer des innovations de rupture se trouve nécessairement réduite puisque les concurrents pourront venir se greffer à la technologie. Dans ce cas, la concurrence se fait alors sur le marché ex-post avec des innovations d'amélioration.

On peut dès lors se questionner sur la nécessité d'imposer la compatibilité des produits (H. KAISER, Are 'Closed Systems' an Antitrust Problem?, Competition Policy International, Vol. 7, No. 1, Spring 2011). Or, on constate que les systèmes fermés, ceux pour lesquels une entreprise choisit de ne pas offrir de compatibilité, sont bien souvent réputés être anticoncurrentiels par nature (T. WU, How Apple's Closed Ways Could Land It Into Antitrust Trouble, Techcrunch, 2010), ce qui nous semble être une erreur. En outre, on peut constater que, sur les marchés qui évoluent très rapidement, les entreprises assurent très généralement la compatibilité de leurs produits lorsque les consommateurs y attachent de l'importance (D. SPULBER, Unlocking Technology: Antitrust and Innovation, Journal of Competition Law and Economics, 2008). En d'autres termes, le marché se charge bien souvent de punir les entreprises qui n'offre pas une telle compatibilité alors que les utilisateurs la réclament (D. SPULBER, Unlocking Technology: Antitrust and Innovation, Journal of Competition Law and Economics, 2008), sans qu'une autorité n'ait besoin de sanctionner ces dernières.

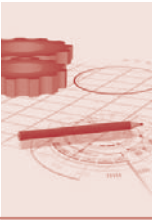
Cela pose indirectement la question des standards qui, in fine, visent à assurer une production uniforme dans le but d'éviter des incompatibilités majeures. Lorsqu'ils sont adoptés sur des marchés très évolutifs, ceux sur lesquels les innovations de rupture apparaissent, les standards créent le risque de cloisonner les technologies et, ce faisant, de tuer l'incitation aux innovations de rupture. Les autorités doivent ainsi veiller à ce que les standards, notamment ceux publics, ne soient pas pris trop en amont.

Les autorités doivent être d'autant plus prudentes que réguler l'innovation de rupture peut, d'une façon plus globale, conduire à sa disparition partielle ou totale.

## 2) La régulation comme risque d'éliminer les technologies de rupture

Il est paradoxal de constater que, bien qu'elles apparaissent de manière aléatoire et que leur équilibre semble toujours délicat, les innovations de rupture incitent tout particulièrement à la régulation. Elles engendrent en effet la création de nouvelles règles sollicitées par ceux qui, sous l'empire de l'ancienne technologie, se trouvaient dans une situation confortable. Or, parce qu'elles sont difficiles à prédire, le régulateur cherche à s'octroyer des pouvoirs suffisamment flexibles pour pouvoir lui permettre de s'immiscer dans le nouveau marché (B. SZOKA, G. MANNE, G. HURWITZ, Consumer Protection & Competition Regulation in a High-Tech World Discussing the Future of the Federal Trade Commission, 2013). Et les exemples où le régulateur intervient sur un marché qu'il comprend mal ne sont





pas rares. Afin de mieux appréhender le secteur et de connaître les pratiques courantes, il réalise souvent des tests de marché et sollicite l'avis des acteurs (Récemment encore, Margrethe Vestager confiait dans le cadre de l'affaire Google que la société opère sur des marchés qui évoluent très rapidement, et qu'il est donc difficile de saisir toute l'essence des pratiques sur ces derniers : « *we are talking about fast moving markets – I have to be sure that we have all the facts up to date to get it right* », Statement by Commissioner Vestager on Google antitrust investigations at the European Parliament, le 11 novembre 2014). En somme, les innovations de rupture incitent le régulateur à « faire quelque chose » sans qu'il ne sache précisément que ce que « quelque chose » doit être.

Dans une certaine mesure, il est possible que l'innovation de rupture, qui concerne un *business model*, soit freinée par une entreprise dominante. L'entreprise dominante peut en effet user de son influence auprès du régulateur afin d'empêcher l'émergence de ce nouveau modèle. L'exemple d'Uber est à ce titre flagrant. En outre, dans une telle hypothèse, l'entreprise en situation dominante n'a pas besoin de repérer en amont le caractère menaçant de l'innovation de rupture puisque le législateur peut, à tout moment, en interdire l'existence. Ce risque doit donc être sérieusement considéré.

En matière judiciaire, se pose le défi des *false positives*. Il est démontré (G. MANNE, J. WRIGHT, Innovation and the Limits of Antitrust, George Mason Law & Economics Research Paper No. 09-54, 2012) que le fait de condamner des pratiques qui, en réalité, n'ont pas d'effets anticoncurrentiels sur le marché, est plus néfaste à l'écosystème économique que le fait de ne pas condamner des pratiques qui sont véritablement anticoncurrentielles. Il faut à ce titre garder à l'esprit ce qu'Oscar Wilde résumait ainsi : « *une communauté est infiniment plus brutalisée par la pratique habituelle du châtiement que par les occurrences occasionnelles du crime* » (O. WILDE, L'Âme de l'Homme Sous Le Socialisme, 1891. Cette citation me fut donnée par P. EVANS, Deputy Panel Chair à la Competition and Markets Authority).

Par conséquent, il apparaîtrait judicieux que, lorsqu'elles interviennent sur les marchés technologiques, les autorités de concurrence privilégient l'envoi d'avertissements plutôt que l'instauration de sanctions. C'est notamment ce que défend Tim Wu (N. CORTEZ, Regulating Disruptive Innovation, Berkeley Technology Law Journal, Vol. 29, 2014). Par ailleurs, afin de ne pas décourager les innovations de rupture, il convient de différencier les situations dans lesquelles les entreprises tentent d'obtenir une position dominante de celles dans lesquelles elles recherchent à maintenir une telle position. Les premières doivent amener les autorités à plus d'indulgence que les secondes. C'est ce qu'ont défendu les professeurs Sag et Waller (M. SAG, S. WALLER, Promoting Innovation, Iowa Law Review, Vol. 100, 2015).

Ces différentes propositions en matière de politique concurrentielle découlent indirectement de la constatation selon laquelle l'intervention des autorités régulatrices tend à réduire l'incitation à investir (voir T. SCHREPEL, L'apport de Milton Friedman au droit de la concurrence, Le Concurrentialiste, 2013, ainsi que I. GRAEF, S.Y. WAHYUNINGTYAS, P. VALCKE, How Google And Others Upset Competition Analysis: Disruptive Innovation And European Competition Law, 25th European Regional Conference of the International Telecommunications Society (ITS), Brussels, Belgium, 22-25 June 2014), et par conséquent, les probabilités d'apparition des innovations de rupture. Comme

l'a suggéré Phillip Evans (correspondance privée), l'apparition d'une innovation de rupture doit ainsi être l'occasion de se demander si les réglementations sur le marché sont adaptées et nécessaires. Elles ne le sont pas dès lors qu'elles mettent en péril l'incitation au développement de technologies de rupture. Le rôle des autorités de concurrence sur ces marchés n'est pas de sélectionner les gagnants et les perdants, mais de promouvoir l'innovation. À ce titre, s'il est aisé d'évaluer les effets à court terme de l'intervention du législateur, notons qu'il est beaucoup plus difficile d'analyser les effets à long terme, spécialement en matière d'investissement dans la R&D.

Deux autres enseignements doivent être tirés de la prise en considération des innovations de rupture. Le premier tient en ce que les juges doivent prendre en compte le fait que les entreprises prennent d'énormes risques en investissant dans les technologies de rupture (C. CHRISTENSEN, The Innovator's Dilemma, Harvard Business School Press, 1997). À ce jour, ce paramètre n'est pas intégré dans le calcul de la sanction. Or, le risque pris pour investir dans une technologie de rupture ou d'amélioration n'est pas le même. Cela ne justifie certes pas les pratiques concurrentielles, mais nous soutenons que l'entreprise qui commet de telles pratiques sur un marché qu'elle a créé devrait être moins sévèrement sanctionnée que celle qui les commet sur un marché déjà existant.

Le second et dernier enseignement est relatif à la formation des juges. On peut s'étonner de l'absence quasi-totale de la notion d'innovation de rupture dans la littérature juridique (récemment encore, dans le rapport commun de l'Autorité de la concurrence et de la Competition and Markets Authority paru en décembre 2014, « Analyse des systèmes ouverts et fermés », la notion d'innovation de rupture est absente alors que le thème de l'étude aurait probablement nécessité de l'aborder), ainsi que dans les décisions de justice. Force est de constater que les juges français ne sont pas formés à l'économie (voir le Programme Pédagogique de la Promotion 2014 de l'ENM, ainsi que les programmes de formation continue). Il nous semble que ceux qui interviennent dans des domaines en lien avec l'économie comme la concurrence devraient être sensibilisés à ces problématiques. De la même façon qu'« *un avocat qui n'a pas étudié l'économie... est susceptible de devenir un ennemi public* » (Justice Brandeis, Illinois Law Review, "The Living Law" (1916) (Law and Economics, preface) : « *A lawyer who has not studied economics... is very apt to become a public enemy* »), un juge qui n'a pas étudié l'économie représente également un risque. Il serait bon d'étudier la question de près et, sans tomber dans l'élitisme juridique, modifier un système qui semble sur ce point être cassé (M. BAYE, J. WRIGHT, Is Antitrust Too Complicated for Generalist Judges? The Impact of Economic Complexity & Judicial Training on Appeals, George Mason Law & Economics Research Paper No. 09-07, 2014).

### III. – QUELQUES PROPOS CONCLUSIFS

En posant la question de la valeur juridique de la notion d'innovation de rupture, nous avons été conduits à nous questionner sur la portée des notions d'effets de réseau, d'interopérabilité, de standardisation, de lock-in, et de coûts de transfert. L'innovation de rupture permet de réévaluer les dominations et peut servir à alerter les autorités du caractère sensible ou non des marchés. Les autorités doivent également aider les entreprises qui ont introduit une technologie de rupture à gérer certains risques concurrentiels liés à l'accroissement exponentiel de leur chiffre d'affaires. Certaines de ces entreprises ne sont pas préparées à gérer les problématiques

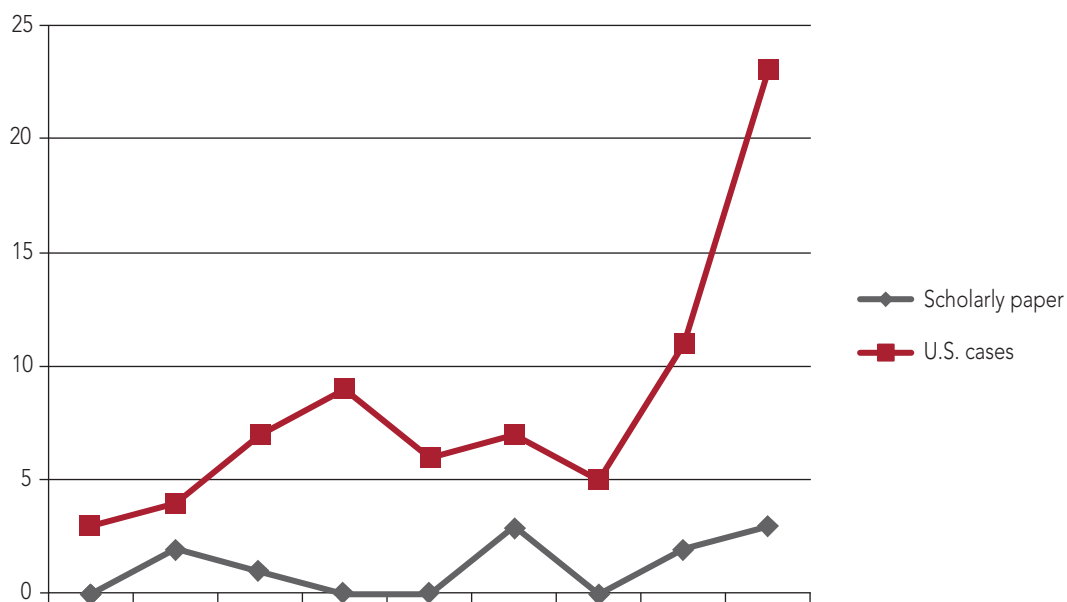
de droit de la concurrence et peuvent, dès lors, s'engager involontairement dans des pratiques anticoncurrentielles. Les autorités de concurrence ne devraient pas négliger ce rôle d'accompagnement.

Notons que le concept de marchés innovants est pris en compte aux États-Unis depuis 1995 (Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, 1995). Ils ont en effet abandonné la notion d'innovative market au profit de celle d'innovation competition en 2010 (voir les US Horizontal Merger Guidelines, U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, 2010). L'Union européenne a adopté une notion similaire en 2011, en utilisant les termes de *competition in*

*innovation* dans les lignes directrices de l'article 101 (Comm. UE, Lignes directrices concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, TFUE (2011)). La concurrence par l'innovation est ainsi de plus en plus portée aux centre des débats.

Malgré cela, la notion plus spécifique que constitue l'innovation de rupture est largement absente. Pourtant, comme nous l'avons démontré, leur fréquence de leur apparition va en s'accroissant avec l'avènement d'Internet. Il est donc essentiel que la doctrine, les cours et les autorités s'emparent de cette notion. Cela semble déjà être le cas dans la doctrine américaine, et il y a fort à parier que les cours ne tarderont pas à suivre la même voie.

« Disruptive innovation » : statistical comparison between cases and scholarly papers



T. SCHREPEL, Disruptive innovation: statistical comparison between cases and scholarly papers, *Le Concurrentialiste*, 2014

L'Europe a d'ores et déjà pris du retard (voir note p. 143). On constate souvent que les juges attendent que la doctrine dresse les contours d'une notion avant de l'employer.

L'absence du recours à la notion d'innovation de rupture dans la doctrine juridique européenne doit donc nous interpeller. ■