

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

**Forum mondial sur la concurrence**

**L'IMPACT DES INNOVATIONS DE RUPTURE SUR LA MISE EN ŒUVRE DU DROIT DE LA  
CONCURRENCE**

-- Compte rendu de la discussion --

**29-30 octobre 2015**

*Le document joint est un compte rendu détaillé de la discussion qui a eu lieu lors de la Session III de la 14e réunion du Forum mondial sur la concurrence, organisé du 29 au 30 octobre 2015.*

*Des documents complémentaires sur le même thème peuvent être consultés sur :  
[www.oecd.org/competition/globalforum/disruptive-innovations-competition-law-enforcement.htm](http://www.oecd.org/competition/globalforum/disruptive-innovations-competition-law-enforcement.htm)*

Pour toute question relative à ce document, veuillez contacter Mme Ania Thiemann [Téléphone : +33 1 45 24 98 87 -- Courriel : [ania.thiemann@oecd.org](mailto:ania.thiemann@oecd.org)].

**JT03419895**

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine

*Ce document, ainsi que les données et cartes qu'il peut comprendre, sont sans préjudice du statut de tout territoire, de la souveraineté s'exerçant sur ce dernier, du tracé des frontières et limites internationales, et du nom de tout territoire, ville ou région.*



## COMPTE RENDU DE LA DISCUSSION

*Par le Secrétariat*

### 1. Introduction par le Président

Le **Président** du Comité de la concurrence de l'OCDE, **M. Frédéric Jenny**, ouvre la dernière session de la journée consacrée à l'impact des innovations de rupture sur la mise en œuvre du droit de la concurrence<sup>1</sup>. Cette session a été scindée en trois grandes thématiques : (1) La stratégie des entreprises et les liens entre les acteurs historiques et les éventuelles entreprises de rupture ; (2) la manière dont les autorités de la concurrence traitent certaines affaires particulières relevant du contrôle des fusions et certains comportements anticoncurrentiels ; et (3) l'évolution possible de la mise en œuvre du droit de la concurrence de sorte que les autorités de la concurrence prennent en compte les marchés propices aux innovations de rupture.

M. Frédéric Jenny remercie la Commission européenne, le Royaume-Uni, l'Australie, le Brésil, l'Indonésie, les États-Unis, le Japon, le Canada et le BIAC pour leurs contributions. Il présente ensuite les deux intervenants principaux qui vont faire part de leur expérience spécialisée des innovations de rupture: M. Alexandre de Streel, directeur du Research Centre on Information, Law and Society, et professeur à l'Université de Namur ; et M. Toh Han Li, Directeur de la Competition Commission of Singapore.

Le Président propose d'ouvrir la session avec une discussion consacrée aux stratégies suivies par les entreprises de rupture et les mesures stratégiques prises par les acteurs historiques pour leur entraver l'entrée sur le marché, en donnant la parole à M. de Streel.

### 2. Remarque introductive de M. Alexandre de Streel

**M. Alexandre de Streel** présente une note qu'il a rédigée avec M. Pierre Larouche, analysant dans son introduction la définition de la notion d'« innovation de rupture », les stratégies d'entreprise utilisées par les acteurs du marché et le rôle de la politique de la concurrence.

L'innovation de rupture, dans le sens donné au départ par Christensen, correspond à des formes d'innovations sortant du cadre du réseau de valeur des entreprises en place par opposition à l'innovation de continuité qui s'inscrit dans le cadre de leur réseau de valeur. Il s'agit d'une distinction différente de celle établie entre l'innovation radicale et l'innovation progressive, qui renvoient au degré de progrès technologique. Par exemple, le DVD est non seulement une innovation de continuité par rapport à la cassette vidéo, mais également une innovation radicale en raison de la nouvelle technologie qu'il a introduite. En revanche, la diffusion en flux (*streaming*) est une innovation de rupture car elle a été créée en dehors du réseau de valeur.

Le déploiement d'une innovation de rupture s'effectue généralement en deux phases : (i) dans un premier temps, l'innovation donne de moins bons résultats et vise les consommateurs de produits bas de gamme, aboutissant à la création d'un nouveau marché ; dans un second temps, l'innovation progresse très rapidement et répond aux besoins des clients habituels. Les innovations de rupture deviennent plus fréquentes, rapides et internationales, en raison de l'internet ainsi que des effets de réseaux.

---

<sup>1</sup> En ce qui concerne l'impact des innovations de rupture sur la réglementation et la promotion de la concurrence, veuillez-vous reporter aux auditions de juin 2015.

M. de Stree expose ensuite quatre types de stratégies d'entreprise : (1) une petite (parfois une grande) entreprise procède à une innovation de rupture sans aide extérieure et se développe en conséquence, comme cela a été le cas des jeunes pousses de la Silicon Valley ; (2) une entreprise de grande taille rachète l'entreprise de rupture et utilise ses moyens financiers pour accélérer le déploiement de l'innovation ; (3) une entreprise traditionnelle peut se livrer à un comportement anticoncurrentiel pour faire barrage à l'innovation, soit en verrouillant l'accès des consommateurs de produits bas de gamme à cette innovation soit en limitant l'articulation entre l'ancien et le nouveau réseau de valeur ; et enfin, (4) une entreprise traditionnelle peut racheter l'entreprise de rupture pour atténuer les effets de l'innovation (fusion à visée préemptive). Les deux premières entreprises améliorent le bien-être des consommateurs alors que les deux dernières l'amouindrissent.

S'agissant du rôle des autorités de la concurrence, les travaux publiés sur la question dénotent de la disparité des avis sur la relation entre concurrence et innovation<sup>2</sup>, mais l'on peut aisément admettre que la politique de la concurrence doit protéger le processus d'apparition d'innovations de rupture. Pour cela, les autorités de la concurrence devaient adopter une méthodologie faisant primer l'efficacité, l'innovation et l'investissement dynamiques sur l'efficacité statique et la concurrence par les prix. Elles doivent en outre moins mettre l'accent sur une définition du marché statique pour adopter une solide théorie du préjudice lorsque les trois critères suivants sont réunis : les entreprises traditionnelles occupent une position dominante ; la cible est une entreprise de rupture ; et le comportement anticoncurrentiel ou la fusion évaluée entrave le déploiement de l'innovation de rupture.

Dans le cas particulier du contrôle des fusions, M. de Stree préconise de modifier les seuils de notification et de ne plus seulement retenir comme critère le chiffre d'affaires mais aussi la valeur de l'opération de fusion, afin d'évaluer les opérations de rachat des petites entreprises de rupture pour lesquelles les acteurs historiques sont prêts à payer une prime importante. Il propose en outre d'utiliser une définition plus étroite de la notion d'« entreprise de rupture » plutôt que celle plus générale d'« entreprise franc-tireur » figurant dans les Lignes directrices sur les fusions horizontales des États-Unis.

### 3. Intervention de la Commission européenne

Le Président se tourne vers la **Commission européenne**, qui a déclaré, dans sa contribution écrite, que le régime de contrôle des fusions de l'UE concerne les opérations susceptibles de freiner l'innovation. Cela étant, il fait remarquer que la plupart des exemples présentés par la CE se rapportent à des innovations radicales ou progressives, et demande si le régime de contrôle des fusions de l'UE est également approprié pour les innovations de rupture.

La délégation de la **CE** indique que son régime de contrôle des fusions est conçu pour tenir compte des effets des innovations en général, en premier lieu parce qu'il n'est pas aisé de déterminer le type d'innovation faisant l'objet d'un examen et en second lieu car la CE estime qu'il convient de protéger l'innovation sous toutes ses formes. De fait, le cadre juridique de l'UE considère que l'impact négatif sur l'innovation est aussi important que les impacts traditionnels sur les prix ou la production. Il tient compte du potentiel d'innovation des entreprises qui ne sont pas présentes sur le marché, mais qui sont susceptibles de devenir un jour des concurrents (éléments dynamiques), et ce régime est tout à fait adaptable pour traiter de n'importe quel type d'innovation.

La CE expose ensuite les préoccupations particulières liées à deux types différents de fusions. D'une part, s'agissant des fusions horizontales, il existe un risque de perte de l'innovation si l'entité issue de la fusion donne un coup d'arrêt à des produits en cours de développement, en première ou en dernière phase d'essai. Elle cite l'affaire Novartis et GSK à titre d'exemple de fusions dans le domaine médical qui portait

<sup>2</sup> Voir les théories des écoles de Schumpeter, Arrow et Aghion.

notamment sur certains produits en cours de développement aux premiers stades des essais cliniques et dont la mise au point a été garantie par des mesures correctives structurelles. D'autre part, en ce qui concerne les fusions verticales et celles visant à former un conglomérat, le risque existe que l'entité issue de la fusion ne limite la capacité de ses concurrents à innover. Dans le cas de la fusion entre Intel et McAfee, la CE a imposé une mesure correctrice comportementale pour empêcher Intel de bloquer l'entrée sur le marché à d'autres entreprises potentiellement innovantes fabriquant un logiciel antivirus. Enfin, elle prend également en compte les gains d'efficacité découlant de l'innovation comme dans l'affaire TomTom/TeleAtlas.

Après l'intervention de la CE, M. de Streeck fait observer que, même si le régime de contrôle des fusions de l'UE est en général suffisamment souple pour tenir compte de l'innovation, les opérations de fusion évoquées dans cette note n'ont pas réellement provoqué une rupture, sans doute parce que seul un petit nombre d'affaires concernant réellement des innovations de rupture est porté à l'attention de la CE. Il serait possible de changer cette situation en modifiant le seuil de notification.

#### **4. Intervention du Royaume-Uni**

L'un des plus grands problèmes auxquels est confrontée la **Competition and Markets Authority (CMA)** britannique est celui de la définition du marché sur lequel ont lieu les innovations de rupture. Même si ses analyses sont statiques et sont axées sur la définition du marché, l'autorité porte aussi son attention sur la concurrence dynamique. De plus, outre le seuil habituel fondé sur le chiffre d'affaires, elle utilise également pour partie un seuil plus général fondé sur l'offre qui lui permet d'évaluer des affaires se trouvant moins « sous son radar ».

À titre d'exemple, la CMA fait état de la fusion entre Google et Waze, ce dernier étant un fournisseur d'applications de calcul d'itinéraire pour téléphone portable utilisant les données sur la circulation en temps réel recueillies auprès des utilisateurs de l'application. Le problème de la définition du marché des applications de navigation routière pour appareils mobiles est particulièrement complexe car les préférences éventuelles des consommateurs sont hétérogènes et le produit proposé par une entreprise de rupture comme Waze fonctionne très différemment de celui mis à disposition par Google.

Dans une autre affaire, la CMA a dû examiner l'impact d'une innovation de rupture sur une fusion entre deux entreprises traditionnelles, deux compagnies de taxis de la ville de Sheffield. Ces deux acteurs ont fait valoir qu'Uber allait être lancé à Sheffield et qu'elles devaient fusionner pour être en mesure de faire face à ce nouveau concurrent. Cela étant, la CMA s'est inquiétée du fait qu'Uber n'exercerait pas sur le même marché en raison de son mode de fonctionnement particulier et puisque les chauffeurs de la plateforme ne pourraient prendre en charge tous les clients (leurs véhicules ne pouvant pas être adaptés pour les fauteuils roulants et les clients sans smartphone ne pouvant faire appel à eux).

Enfin, la CMA fait remarquer que les pays ou territoires devraient être dotés d'un certain pouvoir discrétionnaire ou disposer d'autres critères pour appréhender les fusions qui, en dépit du chiffre d'affaires peu élevé de l'entité qui en est issue, sont susceptibles d'avoir d'importantes retombées à l'avenir (comme dans le cas du rachat d'Instagram par Facebook).

#### **5. Intervention de l'Australie**

Le Président donne la parole à l'**Australie** et demande si l'**Australian Competition and Consumer Commission (ACCC)**, lors de l'examen d'une affaire relative à la formation d'une coentreprise, a été confrontée aux mêmes problèmes que les autorités d'autres pays ou territoire dans le cadre de l'analyse des fusions. L'ACCC explique que l'évaluation d'une coentreprise peut être plus difficile ou moins difficile que l'examen d'une fusion, en fonction de la nature réelle de l'affaire et non du format de l'opération.

Dans une affaire, l'ACCC a reçu une demande d'autorisation émanant de compagnies de taxi en place et de Cabcharge, société qui domine le marché des instruments de paiement à bord ainsi que les outils de traitement de ces paiements, en vue de former une coentreprise qui intégrerait tous les réseaux de taxis concurrents dans une seule application de réservation appelée Ihail. Cette application attribue le prix de chaque course au premier chauffeur disponible de l'ensemble des réseaux. Le paiement s'effectuerait exclusivement via Cabcharge et l'application permettrait le versement d'un supplément en cas d'appel prioritaire. Au cours de son évaluation, l'ACCC a pris en compte la très forte concentration du secteur des taxis en Australie, où aucune ville ne compte plus de deux réseaux de taxis, et la position dominante déjà détenue par Cabcharge dans le domaine du traitement des paiements. Même s'il existe d'autres applications de réservation par des tiers et que des réseaux de taxi possèdent leur propre application, le statut juridique d'Uber en Australie n'est pas clair, hormis sur le Territoire de la capitale australienne.

Même si cette coentreprise était susceptible d'être avantageuse pour le public, par exemple en donnant aux consommateurs accès à une large flotte de taxis au moyen d'une application fonctionnant dans plusieurs villes, l'ACCC a décidé de ne pas accorder l'autorisation pour les raisons suivantes : (1) Ihail se constituerait une position dominante en regroupant la moitié des taxis australiens, et le système de répartition n'inciterait nullement les compagnies de taxis à se livrer concurrence sur les prix et sur les services ; (2) Cabcharge renforcerait sa position dominante sur le marché du traitement des paiements, ce qui pourrait lui permettre d'empêcher des concurrents émergents d'accéder à un pan important du marché ; et (3) le système de surfacturation des appels prioritaires serait contraire à la réglementation relative à la fixation des prix. Certains commentateurs ont critiqué la décision de l'ACCC au motif qu'elle neutraliserait la capacité des compagnies de taxi à innover pour faire face à la concurrence d'Uber. Cela étant, l'ACCC a estimé que cette coentreprise pourrait entraîner un basculement du marché dû aux effets de réseaux, ayant pour conséquence le remplacement de la concurrence par une application en position dominante, tout en faisant barrage à la concurrence émergente sur le marché des instruments de traitement des paiements à bord des taxis.

## 6. Intervention de M. Toh Han Li (Singapour)

Le Président demande à **M. Toh Han Li** d'évoquer une affaire concernant une fusion sur le marché des services de recrutement, que la Competition Commission of Singapore (CCS) a tranchée en rendant une décision d'engagement. Il lui demande également de commenter le fait que, d'après M. de Streel, les décisions d'engagement, en dépit de leur souplesse, n'établissent pas le droit dans de nouveaux domaines où une certaine certitude juridique est pourtant nécessaire.

M. Toh Han Li commence son exposé en précisant que le besoin de certitude juridique est plus justifié dans les affaires d'abus de position dominante, alors que dans la plupart des affaires de fusion, ces opérations sont autorisées soit sans conditions ou sous réserve d'engagements. Quoi qu'il en soit, un moyen de réduire le manque de transparence dans ce dernier cas consiste à réaliser des tests de marché et de rendre publiques les raisons ayant justifié l'autorisation de la fusion sous réserve d'engagements.

Dans l'affaire des services de recrutement en ligne, la CCS s'est heurtée à un problème de définition du marché lors de l'examen de la fusion entre deux sites d'offres d'emploi en ligne. Les parties à la fusion ont fait valoir que le marché se composait de l'ensemble des plateformes en ligne et physiques utilisées par les employeurs pour entrer en contact avec des demandeurs d'emploi (bien entendu, les parties à la fusion souhaitaient prendre en compte une définition large du marché de sorte que le taux de concentration semblerait peu élevé). La CCS a mené des études de marché et a conclu que les acteurs interrogés ne semblaient pas considérer que les plateformes physiques étaient en mesure d'exercer une pression efficace sur leurs concurrentes en ligne. Même si la presse écrite livre concurrence pour ce même budget publicitaire, elle remplit davantage un objectif d'exposition de la marque des entreprises qui y font paraître des annonces, lesquelles ciblent principalement des travailleurs peu qualifiés. En revanche, les sites génèrent des quantités importantes de candidatures, atteignent plus efficacement les destinataires des

annonces et diffusent, à moindre coût, davantage d'informations en temps réel. L'enquête a en outre fait ressortir que le coût des annonces publiées dans la presse écrite est nettement plus élevé que sur les sites en lignes. La CCS a donc conclu que les sites en ligne et les plateformes physiques ne constituaient pas un seul et même marché. Certaines décisions rendues dans d'autres pays (affaire Google/DoubleClick) donnent en fait à penser que les plateformes électroniques et physiques sont complémentaires.

Sur le marché des sites d'offres d'emplois en ligne, il existe quatre types de plateformes : les portails généralistes qui font la publicité de toutes sortes d'emplois (les deux parties à la fusion appartiennent à cette catégorie) ; des portails d'offres d'emploi spécialisés qui ciblent certaines professions particulières ; les plateformes des médias sociaux comme LinkedIn ; et les sites agrégateurs qui regroupent plusieurs petits portails. La CCS a conclu que les plateformes en ligne exerçaient une pression concurrentielle les unes sur les autres et a donc défini le marché pertinent comme étant celui de la mise en ligne d'offres d'emploi par toutes les plateformes électroniques actives à Singapour.

Lors de l'évaluation de la fusion, la CCS a calculé que la part de marché de l'entité issue de la fusion serait supérieure à 40 % et que le coefficient de concentration de trois entreprises serait compris entre 65 % et 70 %. Les parties à la fusion étaient chacune le concurrent le plus proche de l'autre et des obstacles à l'entrée existaient en raison des coûts d'investissement élevés et des effets de réseaux indirects. Cela étant, l'effet de concentration de l'opération pouvait être atténué par la possibilité de multi-hébergement des demandeurs d'emploi et par l'existence des agrégateurs qui aident les portails de plus petite taille. Dans sa théorie du préjudice, la CCS a tenu compte du fait que les parties à la fusion imposaient des contrats d'exclusivité verrouillant le marché en empêchant ce multi-hébergement, la vente groupée ou par lot de produits de deux marques et faisaient monter les prix.

Les deux parties ont proposé plusieurs engagements comportementaux, comme le renoncement aux contrats d'exclusivité conclus avec les recruteurs, le maintien des prix à leur niveau courant et l'intention de se soumettre à un suivi du respect de leurs engagements, ainsi qu'un engagement structurel de cession de tous leurs actifs dans l'une des plateformes d'agrégation de sites. La CCS a estimé que ces engagements mettaient fin à ses préoccupations fondée sur une théorie du préjudice et a tenu compte du dynamisme du marché.

## **7. Contribution du Brésil**

Le Président demande au Brésil de présenter ses propres difficultés en matière de définition des marchés existants et des nouveaux marchés.

Le **délégué du Brésil** note qu'il n'est pas seulement difficile de définir un marché affecté par une innovation, mais également qu'il n'est pas toujours indiqué de le faire car une telle définition peut déboucher sur des décisions incorrectes. Les marchés sont en fait parfois définis par les réglementations en vigueur qui peuvent entraver l'innovation.

Il donne pour exemple de réglementation définissant un marché au Brésil, la disposition de la Loi sur la mobilité urbaine qui établit deux types de transport individuel : les transports individuels publics (taxis) et les moyens de transport individuel privé. Lorsqu'Uber s'est implanté dans le pays, l'association des chauffeurs de taxi a tenté de s'opposer à son entrée sur le marché en soulignant que le secteur des taxis était un monopole public et que la présence d'un autre réseau de transport individuel était contraire à la loi. À cela, Uber a opposé que les véhicules de sa plateforme sont un moyen de transport individuel privé puisqu'ils ne peuvent pas emprunter les voies de bus, attendre aux stations ou ne peuvent pratiquer le maraudage. Cela étant, si les définitions imposées par les réglementations en vigueur doivent être suivies au pied de la lettre, Uber doit être soit interdit (option qui a bel et bien été envisagée au Brésil), soit être soumis à la même réglementation que celle des taxis.

L'une des principales difficultés à laquelle s'est heurtée l'autorité de la concurrence a été de promouvoir l'idée d'une déréglementation du secteur des taxis afin de permettre aux taxis traditionnels d'être concurrentiels face à Uber. Ces efforts de promotion sont particulièrement ardues en raison du boycott d'Uber auquel ont appelé les chauffeurs de taxis et des protestations des étudiants contre ces derniers.

## **8. Intervention de M. Alexandre de Streel**

Le Président oriente la discussion vers d'autres formes de pratiques anticoncurrentielles, donnant la parole à M. de Streel.

**M. de Streel** commence en revenant sur certaines interventions qu'il a trouvées particulièrement pertinentes dans le contexte des innovations de rupture. S'agissant de celle de la CMA sur la fusion entre les compagnies de taxis de Sheffield, il rappelle que le déploiement d'une innovation de rupture s'effectue en deux phases, la première lorsque l'entreprise de rupture sort du réseau de valeur et la seconde lorsqu'elle révolutionne complètement celui-ci et conquiert les clients habituels. Le problème auquel s'est trouvée confrontée l'autorité de la concurrence s'est posé lors de la première phase, lui imposant d'évaluer si l'entité issue de la fusion empêcherait le déploiement de la deuxième phase et s'il y aurait encore lieu d'assurer la protection des consommateurs habituels. En ce qui concerne l'intervention de l'Australie, M. de Streel fait remarquer que le délégué a donné un bon exemple de la manière dont les autorités de la concurrence doivent intervenir sur les marchés porteurs d'innovation pour parvenir à empêcher les entreprises en place de faire barrage aux innovations de leurs concurrents.

Passant ensuite à d'autres formes de pratiques anticoncurrentielles, M. de Streel propose que les autorités de la concurrence, dans les affaires d'abus de position dominante, aient pour principal objectif de garantir que les marchés soient contestables grâce aux nouvelles innovations. Pour cela, elles doivent surtout protéger les innovations de rupture au cours de la première phase de leur déploiement et empêcher toute tentative des acteurs historiques de compliquer l'accès aux consommateurs de produits bas de gamme. Il mentionne l'affaire Microsoft Explorer, dans laquelle il était reproché à Microsoft d'avoir groupé son système d'exploitation à son propre navigateur Explorer afin de faire barrage à l'entrée d'une éventuelle entreprise de rupture, comme un bon exemple d'intervention visant à mettre en œuvre le droit de la concurrence. Il importe en outre que les entreprises de rupture soient en mesure de rejoindre le réseau de valeur au cours de la seconde phase, ce qui peut être difficile pour elles compte tenu des droits de propriété intellectuelle excessifs en vigueur, comme les brevets de longue durée. Les autorités de la concurrence doivent donc intervenir pour modifier la durée de validité de certains brevets, à tous le moins lorsque ceux-ci compliquent le ralliement des clients à un autre réseau de valeur.

S'agissant des procédures de mise en œuvre, M. de Streel recommande aux autorités d'intervenir le plus rapidement possible, dans la mesure où les préjudices aux innovations de rupture peuvent aussi être très rapides et sont irréparables. Une solution envisageable dans de nombreux pays consiste à adopter des mesures provisoires avant de rendre une quelconque décision d'infraction formelle. Même si ces mesures provisoires sont régies par des règles précises comme la nécessité de démontrer l'urgence de la situation au regard d'un risque de préjudice grave et irréparable pour la concurrence, ces conditions sont plus faciles à remplir sur les marchés sur lesquels ont lieu des innovations de rupture. Une procédure plus courante consiste à recourir à des décisions d'engagements qui, malgré leur rapidité et la souplesse dont elles s'accompagnent, ne sont pas examinées par des tribunaux et pour lesquelles le processus de négociation entre l'autorité de la concurrence et l'entreprise concernée n'est pas très transparent. La dernière possibilité consiste à élaborer des lignes directrices qui peuvent avoir des effets dissuasifs. Néanmoins, pour être efficaces, ces lignes directrices doivent reposer sur des affaires qui ont été examinées et jugées, raison pour laquelle les décisions provisoires peuvent être utiles, car elles peuvent faire jurisprudence.

## 9. Contribution de l'Indonésie

Le **délégué de l'Indonésie** analyse un exemple d'innovation de rupture déployée par l'entreprise GO-JEK dans son pays, en s'intéressant à ses conséquences sur la culture, la réglementation et les pratiques anticoncurrentielles.

GO-JEK est une compagnie de moto-taxis, proposant un service très pratique dans la ville congestionnée de Djakarta. Elle est à l'origine de nombreuses innovations dans le secteur des taxis, notamment la transparence des prix, un système de localisation et d'évaluation des chauffeurs, les réservations par smartphones, les paiements électroniques et la mise à disposition gratuite de bonnets de douche et de ponchos pour parer à la pluie, ainsi que de masques antipollution. Elle a également lancé toutes sortes de services, comme « une messagerie express » (livraison du courrier), la livraison de repas et le ménage à domicile, entre autres.

L'apparition de GO-JEK a engendré de nouveaux comportements puisque les chauffeurs se livrent concurrence sur les prix par le biais d'une application (au lieu d'attendre les commandes et d'appliquer un tarif fixe), ce qui permet aux consommateurs d'exercer un contrôle sur les fournisseurs. À la suite de ce bouleversement, les chauffeurs traditionnels s'en sont malheureusement pris physiquement aux chauffeurs de GO-JEK afin de protéger leur source de revenu.

Le type d'activités de GO-JEK est analogue à d'autres services légalisés en Indonésie dont l'exercice est soumis à un agrément et à des normes de sécurité. Pour autant, La Loi de 2009 sur la circulation et les transports terrestres ne contient aucune disposition sur ce mode de transport particulier et le processus de modification législative est complexe en Indonésie.

Les problèmes sociaux découlant des services proposés par GO-JEK ont conduit celle-ci à tenter de coordonner ses prix avec ceux de l'un de ses proches concurrents. Si cette pratique est contraire au droit indonésien, on peut toutefois se demander si les marchés non réglementés relèvent du droit de la concurrence et si les petites entreprises sont par ailleurs bien informées sur les règles de concurrence.

## 10. Contribution des États-Unis

Le Président donne la parole à la délégation des **États-Unis** et lui demande de commenter les propos de M. de Streel sur la nécessité d'adapter les modalités de mise en œuvre du droit de la concurrence lors de l'évaluation du pouvoir de marché et de la définition du marché lorsque des innovations de rupture sont en jeu. Il lui demande en outre si, aux États-Unis, les acteurs historiques ont tenté d'une manière ou d'une autre de combattre l'entrée sur le marché d'entreprises de rupture.

D'après le délégué des États-Unis, la Federal Trade Commission (FTC) et le ministère de la Justice estiment que le droit de la concurrence et les moyens d'action à leur disposition sont adaptables, modulables et tiennent compte, en pratique, des innovations de rupture, qu'il s'agisse de nouvelles technologies, de nouveaux modèles économiques ou de nouveaux modes de concurrence. La souplesse de leurs procédures de mise en œuvre découle en partie du fait que le Congrès avait, dès le départ, conçu le droit de la concurrence en termes généraux afin qu'il soit adapté à d'éventuels changements futurs des conditions du marché et à de nouvelles évolutions de la pensée économique. Grâce à cette approche fondée sur la *common law*, le droit de la concurrence a pu perdurer en l'état au fil du temps.

À la suite des évolutions récentes survenues sur les marchés aux États-Unis, les autorités de la concurrence se sont intéressées aux éléments dynamiques, telle que la concurrence potentielle sur le marché, notamment dans le cadre de plusieurs procédures récentes de contrôle des fusions. En effet, lorsqu'elles examinent les effets sur la concurrence de comportements à l'œuvre ou d'opérations en cours, elles ne se contentent pas d'étudier les impacts sur les prix et la production. S'il apparaît que l'innovation est une dimension importante du marché en cause, elles en tiennent compte dans leur analyse de la



concurrence. Elles ne négligent pas pour autant les données structurelles et évaluent aussi les parts de marché détenues avant la fusion, ainsi que des situations d'entrée et de sortie du marché qui se sont produites.

S'agissant de l'autre question, le délégué des États-Unis explique comment la FTC a appliqué ses outils de mise en œuvre dans l'affaire Realcomp, expérience qui donne une bonne idée de la manière dont les autorités de la concurrence américaines examinent les marchés sur lesquels est apparue une activité porteuse de rupture. Dans cette affaire, une association d'agents immobiliers de l'État du Michigan qui s'est livrée à des comportements collusoires et à des pratiques d'éviction afin d'empêcher les agents proposant une gamme de services plus limitée de pouvoir librement accéder aux services interagences de l'association – une base de données en ligne compilant les annonces de ventes de logements qui propose des fonctionnalités conviviales comme des visites virtuelles ou l'affichage de commentaires. Après une procédure administrative, la FTC a estimé que la politique de l'association qui a été mise en cause était assimilable à un refus de transaction illicite

En évaluant cette affaire, la FTC a conclu que dans le modèle classique des agences immobilières, les vendeurs versent une commission de quelque 6 % du prix de vente en contrepartie d'un ensemble de services groupés alors que le nouveau modèle économique représenté par les agents proposant des services limités en ligne permet aux vendeurs de bénéficier d'un ensemble plus restreint de services moyennant une commission forfaitaire bien moins élevée. La FTC a aussi pris en considération une analyse menée en 2003 par la National Association of Realtors, dont il ressortait que les parts de marché des nouveaux entrants ne donnaient qu'une sous-estimation de leur importance concurrentielle car ces nouveaux acteurs n'intervenaient que sur un certain nombre de marchés et pour un segment particulier de clients auxquels ils offraient des services de meilleure qualité que les agences traditionnelles jusque-là en position dominante.

L'affaire Realcomp illustre deux points importants : premièrement, la mise en œuvre du droit de la concurrence est parfois nécessaire pour permettre à des modèles économiques de rupture de s'imposer face à une forte opposition de la part des acteurs historiques, et deuxièmement le fait que les données qualitatives sont souvent essentielles pour comprendre comment ces marchés fonctionnent en réalité.

Le délégué des États-Unis évoque ensuite les moyens d'actions, autres que la mise en œuvre du droit de la concurrence, qui peuvent être efficaces lorsqu'il s'agit des innovations de rupture. L'organisation d'ateliers ou la réalisation d'études peut permettre aux autorités de mieux appréhender les problèmes qui se font jour dans le domaine de la politique de la concurrence. Il y a quelques années, la FTC a organisé un atelier sur le commerce électronique et, en juin 2015, en a consacré un autre à l'économie du partage, dont elle a pu tirer de précieux enseignements. Les activités de promotion de la concurrence peuvent également jouer un rôle très important, en particulier dans les cas où les autorités de la concurrence ne jouent aucun rôle officiel au niveau local concernant la législation ou la réglementation. Dans cette optique, la FTC a en outre adressé plusieurs courriers à Chicago et à Washington ayant pour objet la réglementation des réseaux de transport disruptifs, comme les plateformes de covoiturage. Elle y recommandait aux instances de réglementation d'examiner avec soin l'impact direct et indirect potentiel des propositions de réglementation applicables aux transports. Après une intervention du Président qui interroge le délégué sur la réponse donnée à ces courriers, le délégué indique que plusieurs des recommandations qui y étaient formulées ont été prises en compte et que la FTC s'efforçait désormais d'avoir également un impact plus important dans d'autres États américains.

## **11. Intervention de M. Toh Han Li (Singapour)**

Donnant une nouvelle fois la parole au délégué de Singapour, le Président demande à **M. Toh Han Li** d'exposer une affaire ayant porté sur un dispositif de remise de fidélité et d'expliquer pourquoi l'autorité de la concurrence n'a pas jugé que l'entreprise en cause avait agi en infraction avec la loi.

M. Toh Han Li explique que dans le secteur des taxis de Singapour, la mise en service d'applications de réservation par des tiers a révolutionné les modèles économiques préexistants fondés sur la pratique du maraudage et des réservations auprès de centres d'appel, dont les coûts élevés favorisaient généralement les acteurs en position dominante. L'apparition d'applications de réservation par des tiers en 2013 a provoqué une rupture, car elles ont supplanté les centres d'appels en devenant le premier mode de réservation des taxis et ont permis à de petites entreprises d'être concurrentielles.

La CCS a ensuite reçu des informations qui semblaient indiquer qu'en utilisant l'une de ces applications, à l'exclusion de toutes les autres, les chauffeurs de taxis les plus actifs pouvaient bénéficier de remises de fidélité. La CCS s'est inquiétée du fait qu'avec de telles remises un grand nombre de chauffeurs de taxi renonceraient à utiliser les applications concurrentes, ce qui signerait leur fin en raison des effets de réseaux, et entraînerait le maintien d'une seule application sur le marché, situation susceptible d'être préjudiciable à la fois aux consommateurs et au secteur des taxis.

La CCS a conclu qu'il était prématuré d'intervenir pour les raisons suivantes. Tout d'abord, les éventuels problèmes liés à cette pratique anticoncurrentielle présumée seraient susceptibles de ne concerner que les chauffeurs de petites compagnies de taxi représentant, à elles toutes, quelque 40 % du marché. Ensuite, les parts de marché attachées à l'application ont évolué au cours des deux années précédentes et ont été la résultante d'offres promotionnelles et de certaines pratiques tarifaires. Enfin, le nombre de chauffeurs bénéficiant du dispositif en cause était peu élevé et le nombre de réservations obtenues grâce à celui-ci ne représentait, chaque mois, qu'une faible proportion du nombre total des réservations acceptées par les chauffeurs de taxi en activité. De ce fait, la CCS a estimé que ce dispositif de remises de fidélité ne risquait guère de porter atteinte à la concurrence et a fait savoir qu'elle suivra de près les évolutions de ce marché pour lui assurer une croissance saine.

En conclusion, M. Toh Han Li indique qu'il faut faire une distinction entre l'application de réservation en tant que produit et les chauffeurs qui y sont connectés. Si l'on prend l'exemple d'Uber, les dimensions prises en compte dans la réglementation sont très différents selon qu'elles visent l'application elle-même ou les chauffeurs de la plateforme, car si les premières ont trait à la position dominante des compagnies de taxi en place, les autres prennent en compte d'autres aspects comme l'assurance ou la sécurité des consommateurs.

## **12. Contribution du Japon**

Le délégué du **Japon** est invité à exposer une affaire touchant le secteur des jeux sociaux, notion qui désigne un certain type de jeux qui se jouent par l'intermédiaire d'un service de réseaux sociaux, équipé d'une fonction de communication. Depuis leur lancement, les jeux sociaux sur mobile sont rapidement devenus très populaires et ont eu des répercussions sur les jeux traditionnels.

Selon le délégué du Japon, il existe deux grands fournisseurs de services de réseaux sociaux, GREE et DeNA, qui ne commercialisaient auparavant que des jeux sociaux pour microordinateurs. Cela étant, en 2010, DeNA a ouvert sa plateforme à d'autres développeurs de jeux puis, ayant conquis joueurs et développeurs, est devenu le premier éditeur de jeux sociaux en termes de chiffre d'affaires au Japon.

GREE a également ouvert sa plateforme à d'autres développeurs. Pour protéger son chiffre d'affaires, DeNA leur a demandé de ne pas proposer leurs jeux par le biais de GREE, sous peine de déconnecter leurs liens. La Japan Fair Trade Commission (JFTC) a jugé que ce comportement était contraire au paragraphe 14 sur « l'ingérence dans les activités d'un concurrent » de l'article 19 relatif à la désignation des pratiques commerciales déloyales de la Loi anti-monopole. De ce fait, la JFTC a prononcé une ordonnance de cessation à l'encontre de DeNA.

### 13. Contribution du Canada

La dernière contribution d'un pays au cours de la session est celle du **Canada**. Le Président demande comment le Toronto Real Estate Board (TREB), association professionnelle d'agents et de courtiers immobiliers de Toronto, a empêché l'émergence de modèles économiques de rupture.

Le délégué du Canada explique que le TREB exploite un service interagences qui permet à ses membres de se transmettre mutuellement les annonces immobilières et d'accéder à une base de données très complète contenant des informations comme les prix de vente, les prix historiques et la durée pendant laquelle les biens ont été sur le marché. Le Bureau de la concurrence a estimé que l'accès à ce service était essentiel pour que les agences immobilières puissent être concurrentielles sur le marché torontois, puisque les informations contenues dans la base de données sont utilisées pour la quasi-totalité des transactions.

Si les agences peuvent communiquer ces informations à leurs clients en personne ou par courriel, le TREB a empêché certaines d'entre elles de les diffuser en ligne. En conséquence, le Bureau a déposé une demande en 2011 au titre d'une disposition relative aux abus de position dominante, contestant la restriction que le TREB imposait à ses membres. Le Bureau a sollicité une ordonnance auprès du Tribunal de la concurrence interdisant au Board d'appliquer des règles qui empêchent l'apparition sur le marché de modèles économiques de rupture reposant sur l'internet, qui pourraient être plus efficaces pour les consommateurs. Les éléments attestant des effets de ce comportement concernaient des aspects non tarifaires de la concurrence, comme l'expérience en situation réelle et les avis recueillis auprès des participants au marché, sachant qu'il n'existait, par exemple, aucune restriction analogue dans la province canadienne de Nouvelle-Écosse ou dans la majorité des États américains. En outre, les juges du Tribunal de la concurrence avaient entendu parler du fait que des agents immobiliers la région de Toronto qui souhaitaient proposer leurs services en avaient été empêchés par les restrictions que leur avait imposées le TREB. Si, dans un premier temps le Tribunal a rejeté la demande pour des raisons techniques, le Bureau a obtenu gain de cause en appel et le Tribunal s'est vu contraint de réexaminer l'affaire, ce à quoi il s'emploie actuellement.

### 14. Contribution du BIAC

Le Président demande au délégué du **BIAC** de présenter le point de vue des entreprises sur les résultats des interventions des autorités de la concurrence concernant les innovations de rupture, en tenant compte des affaires précédemment évoquées.

Le délégué du BIAC indique qu'il conviendrait que la politique de la concurrence et l'ensemble du cadre réglementaire évoluent nettement afin d'encourager l'innovation et de tenir compte des nouveaux modèles économiques. Si cette évolution n'implique pas une reformulation complète de leur grille d'analyse, les autorités de la concurrence devraient néanmoins chercher de nouvelles approches, réévaluer leur grille d'analyse classique fondée sur les effets de prix et évaluer explicitement les effets des transactions sur l'innovation. Dans le même temps, elles ne doivent en aucun cas renoncer à la rigueur d'une mise en œuvre du droit de la concurrence fondée sur des éléments probants.

Le délégué du BIAC invite ensuite M. Munesh Mahtani, conseiller principal de Google pour les affaires de concurrence, à faire part de ses réflexions personnelles fondées sur son expérience.

Premièrement, M. Mahtani fait observer que la relation entre l'entreprise de rupture et les acteurs historiques dont le marché est révolutionné n'est pas toujours négative, l'une essayant d'entrer et les autres essayant de la faire sortir du marché. Il peut arriver qu'une même entreprise soit une entreprise de rupture dans un secteur et un acteur historique dans d'autres. En témoigne l'exemple des médias, secteur où les diffuseurs traditionnels révolutionnent le marché de la télévision. Deuxièmement, les innovations de rupture ne sont pas un fait ponctuel mais un processus continu. En quelques années seulement, les DVD ont remplacé les cassettes avant d'être supplantés par les téléchargements lesquels sont désormais relégués

au profit de la diffusion en flux. Troisièmement, les innovations de rupture posent un problème et sont sources d'incertitude pour les autorités de la concurrence mais aussi pour les entreprises, qui doivent investir beaucoup de temps et de capitaux sans garantie de succès. Quatrièmement, les innovations de rupture sont stimulées par le désir de satisfaire soit un besoin préexistant, soit un besoin entièrement nouveau.

S'agissant de la mise en œuvre du droit de la concurrence, M. Mahtani suggère que les autorités de la concurrence intègrent des éléments dynamiques dans leurs outils d'analyse, examinent les raisons expliquant pourquoi les entreprises recourent à des opérations de fusion ou à des comportements unilatéraux (le rachat par une plus grande entreprise, dans le secteur technologique, étant souvent une stratégie de sortie rationnelle pour les jeunes entreprises, par exemple), tiennent compte de l'impact de leurs activités de mise en œuvre sur les incitations à investir et à innover et continuent de traiter toutes les parties avec la même rigueur d'analyse .

#### **15. Intervention finale de M. de Streel**

Le Président remercie l'ensemble des participants pour leurs interventions et pour avoir présenté des affaires très intéressantes qui ont nourri la discussion. Avant de donner la parole à M. de Streel, le Président fait observer que les difficultés suscitées par les affaires de fusion semblent revêtir une dimension plus importante que celles posées par les pratiques anticoncurrentielles. De fait, l'analyse des fusions porte sur plusieurs aspects complexes, comme la prédiction de la réaction des consommateurs et les facteurs incitant les entreprises à innover. Compte tenu des difficultés dont ont fait état les délégations du Brésil, de l'Indonésie ou du Royaume-Uni, il semble probable que la majorité des travaux d'analyse seront consacrés aux fusions à l'avenir.

M. de Streel partage l'avis qu'une grande somme de travaux doit encore être effectuée dans le domaine de l'analyse des fusions. Il souligne en particulier qu'il importe de mener à bien des études après les opérations de fusions et de promouvoir les discussions lors de conférences afin de parvenir à mieux comprendre les enjeux qui s'y rattachent et d'élaborer de nouveaux outils pour appréhender les innovations de rupture. M. de Streel préconise en outre l'instauration d'un dialogue entre les autorités de la concurrence et les entreprises de rupture.

#### **16. Intervention finale de M. Toh Han Li (Singapour)**

Pour finir, le Président donne la parole à M. Toh Han Li, lui demandant de présenter en quelques mots un projet spécial consacré aux innovations de rupture et aux activités de promotion du droit de la concurrence auprès des pouvoirs publics, qui sera présenté lors de l'édition de 2016 de la conférence annuelle du RIC.

M. Toh Han Li expose succinctement ce projet centré sur les problèmes que posent les innovations de rupture aux autorités de la concurrence, ainsi que sur les tensions entre la politique de la concurrence et la réglementation. Plus précisément, ce projet prévoit la conduite d'une enquête dont la principale question posée aux membres du RIC concerne la manière dont ils ont encouragé les pouvoirs publics et les instances législatives de leur pays respectif à prendre en considération les problèmes de concurrence lorsque des innovations de rupture sont en jeu. Les conclusions de cette enquête seront présentées lors de l'édition de 2016 de la conférence annuelle du RIC à Singapour.

#### **17. Président**

Le **Président** clôt la session et remercie tous les délégués, ainsi que M. de Streel, d'avoir partagé leurs vues, d'un grand intérêt, sur plusieurs problèmes ayant trait à la mise en œuvre du droit de la concurrence sur les marchés révolutionnés par des innovations de rupture.