

Non classifié

DAF/COMP/M(2015)1/ANN8/FINAL

Organisation de Coopération et de Développement Économiques
Organisation for Economic Co-operation and Development

20-Jun-2017

Français - Or. Anglais

DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES
COMITÉ DE LA CONCURRENCE

PRINCIPALES CONCLUSIONS DE L'AUDITION SUR LES INNOVATIONS DE RUPTURE

16-18 JUIN 2015

Cette synthèse du Secrétariat de l'OCDE présente les principales conclusions de la discussion qui s'est tenue lors de la 123e réunion du Comité de la concurrence de l'OCDE du 16 au 18 juin 2015.

D'autres documents sur cette discussion sont disponibles à l'adresse : www.oecd.org/daf/competition/disruptive-innovations-and-competition.htm.

JT03416445

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.

DAF/COMP/M(2015)1/ANN8/FINAL
Non classifié

Français - Or. Anglais

PRINCIPALES CONCLUSIONS DE L'AUDITION SUR LES INNOVATIONS DE RUPTURE

Par le Secrétariat

Le Comité de la Concurrence de l'OCDE a organisé le 16 juin 2015 une audition sur les innovations de rupture (« l'Audition »), dans l'objectif d'examiner les réponses apportées par la politique de la concurrence face aux enjeux que représentent les nouvelles technologies et les nouveaux modèles économique susceptibles de fortement déstabiliser des secteurs existants.

Le Président, M. Jenny, a introduit les débats en indiquant que l'Audition porterait sur les innovations de rupture, qui suscitent l'attention non seulement des experts chargés du droit et de la politique de la concurrence, mais aussi de nombreux autres décideurs économiques. L'Audition a été centrée sur le caractère « disruptif » de l'innovation et les participants ont abordé les points suivants : (i) la définition de la notion « d'innovation de rupture » ; et (ii) les difficultés spécifiques que ces innovations sont susceptibles de poser et l'adéquation des dispositions du droit de la concurrence dans les affaires impliquant ce type d'innovations.

Trois experts extérieurs ont été invités à participer au débat : John Fingleton, de Fingleton Associates, le Professeur Daniel Crane de l'Université du Michigan et Mme Salle Yoo, directrice juridique chez Uber. Trois pays et territoires (États-Unis, Union européenne et Royaume-Uni) ont manifesté un intérêt particulièrement vif pour ce sujet, et ont fait part à cette occasion de leurs premières expériences dans ce domaine.

Ce document a pour finalité de synthétiser les principaux points soulevés par les participants et les délégations pendant l'Audition, en mettant particulièrement l'accent sur les aspects suivants :

- qu'entend-on par « innovation de rupture » et en quoi ce type d'innovation intéresse le droit et la politique de la concurrence ;
- dans quelle mesure ces ruptures ont-elles un impact sur la réglementation et quelles sont les réponses apportées par celle-ci ;
- quel est le rôle des autorités de la concurrence dans les affaires impliquant des innovations de rupture et à quelles difficultés sont-elles confrontées ;
- quels sont les principaux enseignements tirés des affaires impliquant des innovations de rupture à ce jour.

1. Définition de la notion « d'innovation de rupture » et liens avec la concurrence

Il n'existe pas de définition précise de la notion d'innovation de rupture. Toutefois, les discussions ont fait apparaître deux caractéristiques essentielles : 1) les innovations de rupture sont susceptibles de fortement désorganiser des marchés et leur fonctionnement ; et 2) elles ne reposent pas uniquement sur un nouveau produit ou procédé, mais peuvent également impliquer l'émergence d'un nouveau modèle

économique. Certains auteurs, néanmoins, optent pour une définition plus étroite, centrée exclusivement sur les technologies de rupture, et excluant tout modèle économique de rupture.

L'Audition n'a pas permis de dégager une conception unique de la notion d'innovation de rupture. Les participants ont toutefois mis en exergue les caractéristiques suivantes :

- l'innovation de rupture peut être le fait d'une entreprise existante ou d'un nouvel entrant ;
- elle survient généralement sur de vastes marchés, dominés par des acteurs historiques bien implantés et souvent inefficaces ;
- les entreprises à l'origine de la rupture se développent très rapidement, puisqu'elles utilisent l'internet ou les technologies mobiles pour proposer leurs produits et services ;
- ces acteurs proposent à leurs clients de nouvelles solutions pour répondre à une demande qui jusque-là n'a pas été satisfaite (introduction d'un nouveau produit, par exemple) ou a été médiocrement satisfaite (introduction d'un nouveau circuit de distribution, par exemple) ;
- la rupture, parce qu'elle se traduit par une concurrence accrue, est généralement source d'avantages considérables pour le consommateur ;
- l'innovation de rupture remet en cause – et parfois court-circuite – les produits et modèles économiques existants ;
- elle menace les modèles économiques classiques et les entreprises en place, en entraînant un recul ou une disparition de leurs parts de marché ;
- elle déstabilise les entreprises, les modèles économiques et les produits, mais également les organismes de réglementation et les autorités de la concurrence.

2. Réglementation et innovation de rupture

Les innovations de rupture peuvent avoir une forte incidence sur la réglementation en vigueur. Trois scénarios peuvent être envisagés :

- a) *Effets pro-concurrentiels de l'innovation.* Il s'agit là, du point de vue du droit de la concurrence, du scénario le plus favorable : l'innovation entraîne une libéralisation de tout ou partie des marchés en court-circuitant les réglementations qui jusque-là entravaient la concurrence.
- b) *Modification du cadre réglementaire en vigueur liée à la présence d'entreprises innovantes.* Les innovations de rupture se caractérisent généralement par l'introduction de nouveaux produits ou technologies qui ne s'inscrivent pas nécessairement dans le cadre réglementaire en vigueur. Cette situation peut créer une tension entre les acteurs en place et les entreprises innovantes et contraindre les organismes de réglementation à modifier le cadre réglementaire en vigueur pour tenir compte de ces nouveaux produits ou services. Il peut en effet arriver que des réglementations en vigueur fassent obstacle aux innovations pour protéger les produits et modèles économiques existants. Les nouveaux entrants feront valoir qu'ils ne tombent pas sous le coup des réglementations en vigueur, tandis que les entreprises en place demanderont aux organismes de réglementation d'imposer à ces derniers, dans un souci d'équité, les mêmes exigences que celles auxquelles elles sont tenues.

- c) *Effets anticoncurrentiels de l'innovation.* Si les entreprises en place réussissent à convaincre les instances législatives ou réglementaires de durcir le cadre réglementaire en vigueur pour qu'il soit plus difficile, voire impossible, pour les entreprises innovantes d'y conformer leurs produits et technologies, la concurrence qu'elles représentent en sera entravée. Ce nouveau cadre pourrait alors empêcher, ou compliquer particulièrement, l'entrée des entreprises innovantes sur le marché.

Deux affaires ont été présentées lors de l'Audition afin d'illustrer le lien entre innovation et capture de la réglementation. La première concerne les dispositions réglementaires prises dans les différents États des États-Unis en réaction à l'émergence d'un nouveau modèle de distribution directe de véhicules (Tesla). La seconde reflète les obstacles réglementaires auxquels se heurtent les nouveaux entrants qui cherchent à introduire une innovation de rupture sur un marché fortement réglementé (Uber). Plusieurs enseignements peuvent être tirés des exemples de Tesla et d'Uber :

- Les organismes de réglementation doivent s'attacher à déterminer s'il est possible d'adapter le cadre réglementaire existant pour permettre l'essor du nouveau modèle économique. Ce faisant, organismes de réglementation et législateurs *ne doivent pas perdre de vue le maintien de l'équilibre* entre la promotion d'objectifs légitimes d'action publique (protection des consommateurs, exigences en matière de santé, d'environnement ou de sécurité, par exemple) , d'une part, et, de l'autre, l'adoption de mesures servant exclusivement les intérêts des acteurs en place.
- Les entreprises innovantes font parfois pression sur les organismes de réglementation afin de les inciter à mettre en place un cadre réglementaire spécifique qui leur permettra de faire reconnaître le nouveau modèle économique tout en augmentant leur crédibilité vis-à-vis des consommateurs. Dans ce cas de figure, les organismes de réglementation doivent être *conscients de la nécessité de créer un cadre réglementaire spécifique* suffisamment souple pour permettre l'émergence de nouvelles formes de concurrence, tout en répondant à l'ensemble des considérations de politiques publiques justifiées (protection des consommateurs, questions de confidentialité, exigences de sécurité, fiscalité).
- L'adoption d'un cadre réglementaire, nouveau ou repensé, de manière à prendre en compte les innovations de rupture est *particulièrement difficile lorsque la réglementation est fragmentée* (comme dans le cas d'un système fédéral ou lorsque les pouvoirs sont décentralisés).
- *Les dispositifs d'autodiscipline* peuvent se substituer à la réglementation publique pour encadrer les nouveaux modèles économiques. Ce qui pose une double question : de tels dispositifs peuvent-ils remplacer efficacement les dispositions réglementaires ? Sont-ils en mesure de dissiper comme il convient les préoccupations relatives à la protection des consommateurs et à la sécurité que peut soulever l'introduction de nouveaux modèles économiques ?

3. Rôle des autorités de la concurrence

Les innovations de rupture peuvent perturber le fonctionnement des marchés et, selon la réaction des acteurs en place, nécessiter l'intervention des autorités de la concurrence, soit, en amont, par des activités de promotion de la concurrence (si l'application du droit de la concurrence est impossible ou insuffisante), soit, en aval, par l'exercice de leur pouvoir d'application (en cas de distorsion réelle de la concurrence).

3.1 Mesures d'application

3.1.1 Réaction des acteurs en place

Les innovations de rupture peuvent susciter, selon les pays et/ou les secteurs concernés, des réactions très différentes de la part des acteurs en place. Les scénarios suivants peuvent être envisagés et conditionner la nature et l'ampleur de l'intervention éventuelle des autorités de la concurrence :

- a) *Innovation et concurrence.* La première réaction possible, pour les acteurs en place, est de chercher à concurrencer le nouveau produit/modèle, ce qui les contraint à innover, au bénéfice de l'ensemble du marché : émergence de produits nouveaux et de meilleure qualité, baisse des prix et augmentation du choix pour les consommateurs. Ce scénario est, du point de vue du droit de la concurrence, le plus favorable et ne nécessite aucune intervention de la part des autorités de la concurrence.
- b) *Adaptation ou acquisition.* Les acteurs en place peuvent également décider de coopérer avec le nouvel entrant ou d'acquérir la technologie innovante. Dans ce dernier cas, les autorités de la concurrence peuvent être amenées à évaluer les effets pro et anticoncurrentiels de l'acquisition si la transaction doit être notifiée en vertu des règles de contrôle des fusions. Les retombées de ce scénario sur la concurrence sont moins claires et doivent être analysées au cas par cas.
- c) *Mesures défensives/d'éviction.* Le troisième scénario est le moins favorable à la concurrence : les acteurs en place privilégient une action défensive, qui peut prendre deux formes différentes : 1) des mesures qui s'inscrivent dans le cadre de la réglementation en vigueur ou 2) un comportement anticoncurrentiel sur le marché.
 - *Mesures prises conformément à l'adoption de dispositions réglementaires.* La première catégorie de mesures défensives vise à s'assurer que l'entreprise innovante respecte les dispositions de la réglementation en vigueur, qui ne tient généralement pas compte du nouvel entrant (et peut donc le désavantager). Les mesures encouragées ou imposées par la réglementation peuvent échapper au droit de la concurrence. Dans le cas de Tesla, par exemple, il n'était pas possible d'invoquer le droit de la concurrence, du fait de la doctrine sur l'action de l'État en vigueur aux États-Unis, pour contester les réglementations anticoncurrentielles de l'État.
 - *Mesures susceptibles de nécessiter l'intervention des autorités de la concurrence.* Les comportements isolés adoptés par les acteurs en place pour restreindre l'accès au marché pour le nouveau produit ou la nouvelle technologie entrent dans cette seconde catégorie. Ce genre de comportement peut nécessiter l'application du droit de la concurrence (si l'entreprise en place, par exemple, a recours à des pratiques d'éviction ou discriminatoires), et amener les autorités de la concurrence à prendre des mesures pour faire respecter ce droit. Si les instruments traditionnels d'application sont parfaitement adaptés à ce type de situations, il n'est pas simple de savoir dans quelle mesure les autorités de la concurrence peuvent vraiment y recourir sur des marchés de rupture.

3.1.2 Difficultés d'application

Quelques-unes des difficultés d'application qui se posent lorsque de nouveaux produits ou modèles économiques viennent perturber les marchés ont été évoquées pendant l'Audition.

- *Difficultés de définition du marché pertinent.* La définition des marchés géographiques et de produits pertinents lors de l'introduction de nouveaux produits constitue pour les autorités de la concurrence un défi de taille. Celles-ci peuvent en effet ne pas avoir les moyens de procéder à des analyses complexes pour délimiter les marchés pertinents, puisque par nature ces marchés et produits évoluent rapidement, tout en évaluant l'écosystème dans lesquelles les entreprises concernées exercent leurs activités. Dans ce cas de figure, les autorités de la concurrence doivent chercher à déterminer si l'application des outils traditionnels de délimitation des marchés (critère de l'augmentation faible mais significative et non transitoire des prix, également appelé SSNIP, par exemple) peut amener à définir des marchés pertinents excessivement étroits sans prendre en compte la pression concurrentielle exercée par les produits et services de rupture situés en dehors de ces marchés.
- *Difficultés à évaluer les effets sur la concurrence des plates-formes en ligne.* Face à la multiplication des plates-formes internet, transactions en ligne et moteurs de recherche, et par conséquent face aux nouveaux problèmes de concurrence que celle-ci soulève pour les autorités de la concurrence, il pourrait être nécessaire de repenser les méthodes de contrôle traditionnelles. À titre d'exemple, les technologies de rupture ont bouleversé le processus traditionnel de contrôle des fusions, en amenant, dans de nombreux pays ou territoires, les parties concernées à invoquer comme moyen de défense le précédent d'Amazon sur les marchés de la distribution ou de Google sur les marchés de médias locaux. Suivant cette logique, les entreprises en ligne exercent une telle pression sur les secteurs traditionnels que les parties à une fusion sont prêtes à accepter de conclure des opérations (3-2 ou 2-1) qui seraient dans d'autres circonstances vraisemblablement interdites dans le cadre du processus traditionnel de contrôle des fusions. De la même façon, les accords d'intégration verticale en ligne sont devenus un sujet de préoccupation très fréquent, comme en attestent les enquêtes menées en vertu de la clause de la nation la plus favorisée dans le secteur des réservations hôtelières en ligne par de nombreuses autorités de la concurrence.

3.2 Activités de promotion de la concurrence

Les autorités n'ont pas toujours la possibilité de faire appliquer le droit de la concurrence, et même dans ce cas, peuvent toujours se heurter à des difficultés lorsqu'elles cherchent à appliquer des méthodes traditionnelles sur des marchés où la concurrence a été bouleversée par l'entrée de nouvelles technologies ou de nouveaux modèles économiques. Les activités de promotion de la concurrence peuvent dans ce cas jouer un rôle important.

3.2.1 Point sur les activités de promotion de la concurrence et l'innovation de rupture pour les autorités de la concurrence :

- *Nécessité d'une coopération internationale en matière de promotion de la concurrence.* Les innovations de rupture peuvent avoir des effets croisés dans plusieurs pays et sur plusieurs marchés, ce qui exige des autorités de la concurrence de coordonner leurs activités de promotion de la concurrence et de mettre en commun leur expérience et leur expertise à l'échelle internationale.
- *Nécessité d'une démarche prospective.* L'innovation de rupture pouvant survenir très rapidement, une compréhension précoce des facteurs économiques susceptibles de bouleverser les marchés se révélera très utile pour les autorités de la concurrence (elles peuvent notamment exercer un contrôle et une surveillance étroits des marchés, lancer des études de marché, ou encore instaurer rapidement un dialogue avec les entreprises à l'origine de la rupture).

- *Importance de contribuer à la mise en place d'un cadre réglementaire adapté.* Lorsque les organismes de réglementation, face à l'émergence de nouveaux produits/modèles économiques, envisagent de mettre en place un nouveau dispositif réglementaire spécifique, les autorités de la concurrence peuvent jouer un rôle important en veillant à ce que ce nouveau dispositif, tout en répondant aux autres objectifs légitimes d'action publique qui sous-tendent le cadre réglementaire, soit favorable à la concurrence.

3.2.2 Difficultés rencontrées par les autorités de la concurrence en matière de promotion de la concurrence

Les difficultés rencontrées par les autorités de la concurrence ne se limitent pas à l'application du droit de la concurrence, mais concernent également leurs activités de promotion de la concurrence.

- *Difficultés à réagir rapidement.* Les innovations de rupture peuvent entraîner une évolution radicale et généralement imprévisible du marché, nécessitant l'intervention rapide des autorités de la concurrence. Les activités de promotion de la concurrence ne peuvent être utiles que si elles sont engagées rapidement.
- *Difficultés à trouver les leviers de promotion de la concurrence les plus efficaces.* Il est essentiel pour les autorités de la concurrence de trouver le moyen le plus efficace de lutter contre les effets anticoncurrentiels que peut avoir l'émergence de nouvelles technologies ou de nouveaux modèles économiques. Les activités de promotion de la concurrence peuvent prendre de nombreuses formes différentes, de l'intervention dans les affaires de contentieux (sous forme de mémoire en *amicus curiae* par exemple) à l'émission de recommandations formelles à l'intention des législateurs et des organismes de réglementation, en passant par la mise en place d'ateliers avec des universitaires, des décideurs et des acteurs du secteur concerné. L'autorité de la concurrence doit être en mesure de déterminer au cas par cas le levier d'action le plus approprié.
- *Difficultés à trouver un juste équilibre entre des objectifs d'action publique divergents.* Les autorités de la concurrence peuvent hésiter à se prononcer en faveur d'une innovation lorsque la rupture qu'elle entraîne, en dépit de ses effets pro-concurrentiels, risque de nuire à la protection des consommateurs. Trouver le juste équilibre entre mesures pro-concurrentielles et protection des consommateurs peut se révéler particulièrement difficile pour les instances polyvalentes, chargées à la fois de faire appliquer le droit de la concurrence et de garantir la protection des consommateurs.

4. Conclusions et travaux à venir

Le bilan des expériences dans le domaine des innovations de rupture examinées par le Comité de la concurrence fait ressortir les points clés suivants :

- L'émergence d'innovations de rupture peut soulever un certain nombre de considérations intéressantes l'action des pouvoirs publics, qu'il s'agisse de confidentialité des données, de protection des consommateurs, du droit et de la politique de la concurrence ou de questions sociales ou fiscales. Autant de questions dont le traitement exige la mise en œuvre d'un programme d'action complexe par les pouvoirs publics.
- La réglementation en vigueur n'est souvent pas adaptée aux modèles économiques nouveaux ou de rupture, d'où la nécessité d'adopter un nouveau cadre réglementaire suffisamment souple pour encadrer ces nouvelles formes de concurrence. Les autorités de la concurrence peuvent jouer

un rôle important en conseillant les organismes de réglementation tout en encourageant l'adoption de réformes favorables à la concurrence sur l'ensemble des marchés, voire au-delà des frontières.

- La *fragmentation du cadre réglementaire* (au plan local ou interétatique) pourrait 1) faire obstacle à l'entrée sur le marché des entreprises innovantes, et 2) nuire aux activités de promotion de la concurrence engagées par les autorités de la concurrence en faveur d'une réglementation pro-concurrentielle.
- Les *principes traditionnels d'application du droit de la concurrence* peuvent ne pas être pouvoir être appliqués sur les marchés déstabilisés par une innovation de rupture. On peut se demander si les moyens classiques d'application du droit de la concurrence sont adaptés lorsque l'émergence d'une innovation de rupture soulève de nouveaux problèmes de concurrence.
- En raison des difficultés posées lors du recours aux instruments traditionnels d'application et du caractère international de la plupart des innovations de rupture, *les activités de promotion de la concurrence engagées par les autorités de la concurrence jouent un rôle essentiel.*
- De nouvelles études et discussions seront nécessaires au vu du développement rapide de ces modèles économiques. Les autorités de la concurrence devraient mettre en commun leur expérience et leur expertise en la matière.