

**Séminaire
Ressources Technologiques
et Innovation**

organisé grâce aux parrains
de l'École de Paris :

Air France
Algoé²
Alstom
ANRT
ArcelorMittal
Areva²
Cabinet Regimbeau¹
Caisse des Dépôts et Consignations
CEA
Chaire "management de l'innovation"
de l'École polytechnique
Chambre de Commerce
et d'Industrie de Paris
CNRS
Conseil Supérieur de l'Ordre
des Experts Comptables
Danone
Deloitte
École des mines de Paris
EDF
Entreprise & Personnel
ESCP-EAP
Fondation Charles Léopold Mayer
pour le Progrès de l'Homme
France Télécom
FVA Management
Roger Godino
Groupe ESSEC
HRA Pharma
IDRH
IdVectoR¹
La Poste
Lafarge
Ministère de l'Industrie,
direction générale des Entreprises
PSA Peugeot Citroën
Reims Management School
Renault
Saint-Gobain
Schneider Electric Industrie
SNCF¹
Thales
Total
Ylios

¹ pour le séminaire
Ressources Technologiques et Innovation
² pour le séminaire Vie des Affaires

(liste au 1^{er} mai 2008)

DROIT DE LA CONCURRENCE ET INNOVATION

par

François LÉVÊQUE

Professeur de droit et économie
à l'École des mines de Paris et à Berkeley
Fondateur de Microeconomix

Séance du 16 janvier 2008
Compte rendu rédigé par Élisabeth Bourguinat

En bref

Microsoft a récemment perdu en appel contre la Commission européenne, et le ministère de la Justice américain a aussitôt déclaré que ce jugement affaiblirait l'innovation. Des procédures sont engagées à Bruxelles contre Rambus, Qualcomm, Intel et Google. Le droit européen de la concurrence est-il en train de s'opposer aux grandes firmes de haute technologie, notamment américaines ? Condamne-t-il les monopoles acquis grâce à l'innovation technologique ? Remet-il en cause les positions dominantes fondées sur la propriété intellectuelle ? Interdit-il la constitution de grands champions technologiques européens ? François Lévêque récuse les soupçons dont la Commission européenne a fait l'objet dans ces affaires. Le droit de la concurrence européen s'est modernisé et s'appuie de plus en plus sur l'analyse économique. Les décisions, prises dans l'intérêt de la concurrence et des consommateurs, ne remettent nullement en cause la propriété intellectuelle, ni la possibilité pour une firme technologique d'acquérir une position dominante, indispensable dans une industrie de standards.

*L'Association des Amis de l'École de Paris du management organise des débats et en diffuse
des comptes rendus ; les idées restant de la seule responsabilité de leurs auteurs.
Elle peut également diffuser les commentaires que suscitent ces documents.*

EXPOSÉ de François LÉVÊQUE

Le 17 septembre 2007, le tribunal de première instance (TPI) de la Cour européenne de justice a donné raison en appel à la Commission européenne sur sa décision de condamner Microsoft pour abus de position dominante. Quelques jours plus tard, Thomas Barnett, avocat général de la Division antitrust du *Department of Justice* américain (DoJ), a affirmé que cette décision avait « *la fâcheuse conséquence de faire du tort aux consommateurs en freinant l'innovation et en décourageant la concurrence* ». Il reprenait ainsi le discours que tenait Microsoft avant la décision de la Commission. Neelie Kroes, commissaire européenne en charge de la concurrence, a répondu qu'il n'appartenait pas à un représentant de l'Administration américaine de critiquer « *une cour de justice indépendante hors de sa juridiction* ». Microsoft, de son côté, a adopté un profil bas et appliqué scrupuleusement les consignes qui lui étaient imposées.

Le 1^{er} octobre 2007, la Commission européenne a engagé une procédure contre Qualcomm, entreprise californienne détenant un grand nombre de brevets sur les standards de téléphonie mobile CDMA et WCDMA. Le 13 octobre, elle a lancé une enquête approfondie concernant le rachat de Double-Click par Google, afin d'examiner le risque d'effets anti-concurrentiels de cette fusion. Par ailleurs, la Commission poursuit ses procédures contre Intel et Rambus ; celles visant Apple viennent de s'achever.

Cette série de décisions a provoqué de nombreuses réactions et controverses, qui m'intéressent particulièrement en tant que chercheur en analyse économique du droit de la concurrence, de la propriété intellectuelle et de la régulation sectorielle. Avant d'évoquer ces questions, je vais rappeler les grands principes du droit de la concurrence.

Le droit de la concurrence

Le droit de la concurrence a fait son apparition à la fin du XIX^e siècle, aux États-Unis.

Protéger la concurrence ou les concurrents ?

À l'origine, son but était de protéger les petites entreprises contre les grandes, et par conséquent de protéger les concurrents plutôt que la concurrence. Cette première orientation a été abandonnée depuis une trentaine d'années. Les autorités américaines de la concurrence ne prennent plus leur décision en fonction de l'intérêt d'un des concurrents qui s'estime menacé, mais en fonction de la préservation de la concurrence dans l'intérêt des consommateurs.

L'abus de position dominante

Le facteur essentiel poussant les entreprises à innover est l'espoir d'obtenir un avantage concurrentiel en améliorant la qualité de leurs produits et en réduisant leurs coûts. Le droit de la concurrence n'a pas pour but de supprimer cette incitation, qui est un moteur essentiel de la croissance économique. Aucun expert du droit de la concurrence, qu'il soit juriste ou économiste, n'émettra de critiques sur la façon dont Microsoft a conquis sa position dominante, que ce soit à travers son système d'exploitation pour PC (Windows) ou sa série d'applications pour bureau (Office). Microsoft n'a été condamné ni aux États-Unis, ni en Europe, pour le fait de détenir environ 90 % de part de marché dans ces deux domaines.

Le droit de la concurrence ne condamne pas la position dominante d'une entreprise, qui a généralement été acquise par le mérite et, le plus souvent, bénéficie au consommateur, mais l'abus de position dominante. Celui-ci consiste, par exemple, à tenter d'éliminer son concurrent en fixant des prix de vente inférieurs aux coûts de production, avant de relever les prix une fois le concurrent disparu.

Les effets anti-concurrentiels des fusions-acquisitions

Lors d'une fusion-acquisition, les autorités de la concurrence se livrent à un exercice de prospective pour examiner si l'opération risque de produire des effets anti-concurrentiels.

Cet examen peut aboutir à trois types de décision. La plus fréquente est l'autorisation en l'état : on estime en effet que les fusions sont a priori favorables à l'économie et aux consommateurs, et qu'il ne faut donc les interdire ou les freiner que si le risque d'effet anti-concurrentiel est avéré.

Les autorités de la concurrence peuvent également délivrer une autorisation sous conditions et imposer à l'entreprise des remèdes ou engagements destinés à corriger les effets anti-concurrentiels de l'opération. Imaginons, par exemple, que deux réseaux nationaux d'exploitation cinématographique fusionnent, et que cette opération ait pour effet que tous les cinémas de la ville de Caen appartiendront à la nouvelle unité. La fusion ne sera probablement pas interdite, mais l'entreprise devra vendre l'un de ses cinémas de Caen à un tiers, afin de supprimer les effets anti-concurrentiels locaux de l'opération.

La décision la plus rare est l'interdiction : la Commission européenne a dû examiner environ 3 000 fusions depuis 1989, et seulement 14 d'entre elles ont été interdites.

Un biais politique et protectionniste ?

Parmi les critiques suscitées par les procédures de la Commission européenne, la première est un soupçon de protectionnisme anti-américain : toutes les entreprises citées au début de mon exposé sont en effet d'origine américaine, et pour la plupart californiennes.

Depuis 2000, environ 200 projets de fusion-acquisition concernant des entreprises globales ont été examinés à la fois par la Commission européenne et les autorités américaines de la concurrence. D'une façon générale, elles prennent les mêmes décisions pour chaque cas : elles ont autorisé 126 des opérations en l'état, 29 sous conditions, et interdit 1 opération. Les divergences portent sur un très faible nombre d'opérations et peuvent s'expliquer par le fait qu'une opération provoque parfois des effets anti-concurrentiels en Europe et pas aux États-Unis, ou inversement. La divergence la plus forte concerne l'opération General Electric - Honeywell, en 2002 : autorisée aux États-Unis, elle a été interdite en Europe, ce qui a fait couler beaucoup d'encre. Mais une telle discordance fait exception.

Si l'on reprend la liste des entreprises récemment sanctionnées par la Commission européenne, on s'aperçoit que Microsoft avait déjà été condamné en 2000 aux États-Unis, et que la procédure européenne a été lancée à l'initiative de deux firmes américaines, Sun Microsystems et Real Networks. Qualcomm fait également l'objet d'une procédure aux États-Unis pour avoir violé le Sherman Act, et parmi les plaignants contre cette société auprès de la Commission européenne, on compte quelques firmes européennes, comme Nokia et Ericsson, mais aussi des firmes américaines comme Broadcom et Texas Instruments. La *Federal Trade Commission* a également déjà condamné Rambus en février 2007, et l'État de New York vient d'engager une procédure formelle contre Intel. On ne peut donc pas parler d'un biais protectionniste.

Le droit de la concurrence européen obsolète ?

Certains observateurs ont jugé que la mise en œuvre du droit de la concurrence en Europe était obsolète : la Commission européenne et la Direction générale de la concurrence adopteraient une approche essentiellement juridique et formaliste, au détriment de l'analyse économique, et leur objectif serait de protéger les concurrents plutôt que la concurrence.

Une modernisation à marche forcée

Cette critique pouvait être pertinente il y a quelques années, mais la Commission européenne a entrepris de moderniser son droit de la concurrence à marche forcée, notamment sous l'impulsion de Mario Monti. Une série de règles parues depuis 2000 se sont substituées à des textes antérieurs.

Les plus connues sont l'article 81, qui porte sur le comportement coordonné des entreprises et permet de condamner les cartels, et l'article 82, sur l'abus de position dominante. La Commission européenne a renforcé ses règlements en matière de concentration et s'est dotée en 2004 d'un nouveau règlement sur les transferts de technologie. Elle dispose également de règles sur les aides d'État, spécificité que l'on ne trouve pas dans le droit de la concurrence américain.

Un réseau européen des autorités de concurrence a été constitué, et un *chief economist*, rattaché au directeur général, a été nommé à la tête d'une équipe d'économistes chargée d'étudier les dossiers les plus complexes en matière de droit de la concurrence. Enfin, les *hearing officers*, chargés de s'assurer que les droits de la défense sont bien pris en compte, dépendent désormais directement du commissaire et ont vu leur rôle renforcé.

Aujourd'hui, la Commission s'intéresse aux effets anti-concurrentiels d'une stratégie d'entreprise plutôt qu'à la caractérisation de son comportement. La croyance subsiste cependant, aux États-Unis, que le droit européen favorise les concurrents plutôt que la concurrence et les consommateurs, d'où la propension de beaucoup d'entreprises américaines à attaquer leurs concurrents plutôt en Europe que dans leur pays. Les propos tenus par Thomas Barnett risquent malheureusement de renforcer cette croyance.

Les différences

Deux grandes différences subsistent toutefois entre le droit européen de la concurrence et le droit américain. En Europe, c'est la Commission qui prend les décisions en matière de concentration, et le juge n'intervient qu'en appel. Aux États-Unis, le juge intervient dès le départ : si le ministère de la Justice se déclare opposé à une fusion, le juge l'entendra ainsi que les entreprises qui souhaitent fusionner.

La deuxième différence est culturelle. Aux États-Unis, tout le monde convient que les pouvoirs publics, les autorités de la concurrence et les juges peuvent se tromper : entre une politique de concurrence agressive et un abus de position dominante, la distinction est parfois délicate. En cas de doute, on préfère ne pas sanctionner des coupables plutôt que de punir des innocents. En Europe, ce débat n'existe pas. Les autorités de la concurrence n'envisagent pas vraiment le risque de se tromper, et elles ne partagent pas la conviction que le risque de condamner à tort des entreprises serait plus grand que celui de laisser des coupables impunis.

Droit de la concurrence et hautes technologies

Ces affaires posent également une question très excitante pour des économistes : le droit de la concurrence est-il adapté au domaine des hautes technologies ? Celui-ci semble en effet en contradiction avec les règles les plus fondamentales du droit de la concurrence.

Les entreprises de la pharmacie, de l'informatique ou de la communication se battent à coup d'innovations dans l'espoir d'emporter la totalité du marché. Comment combiner cet objectif avec l'obligation de ne pas abuser d'une position dominante ?

Ce secteur se caractérise également par l'important écart entre les prix pratiqués et les coûts marginaux, qui sont parfois infinitésimaux : nous ne sommes pas dans le cadre d'une concurrence classique par les prix.

Autre difficulté vis-à-vis des règles de la concurrence, les hautes technologies sont un univers de produits complémentaires et non de substituts. Si les produits A et B sont des substituts, l'augmentation du prix de A entraînera l'accroissement des ventes de B, car les consommateurs achèteront B à la place de A. Si ce sont des produits complémentaires (par exemple les skis et les fixations de skis), l'augmentation du prix de A entraînera la baisse des ventes de B, car les consommateurs achètent A + B. Les fabricants de A et de B sont donc fortement incités à se coordonner. Or, toute tentative de coordination paraît a priori suspecte aux autorités de la concurrence.

Le secteur des hautes technologies se caractérise enfin par l'importance de ses effets de réseaux, qu'ils soient directs (l'utilité à disposer d'un téléphone croît avec le nombre d'abonnés) ou indirects (plus le nombre d'utilisateurs d'une console de jeux s'accroît, plus le nombre de jeux disponibles pour cette console augmente). Ces effets boule-de-neige sont cruciaux, car ils peuvent permettre d'emporter la quasi-totalité du marché, comme dans le cas de Windows ou d'Office. Pour déclencher l'effet de réseau, une entreprise peut donc avoir intérêt à vendre à perte les premières unités de son produit : c'est ainsi que les premiers terminaux Minitel ont été distribués gratuitement aux abonnés, et que les suivants ont été subventionnés par les revenus que l'opérateur tirait des services consommés. Elle doit également s'entendre avec ses concurrents pour établir des standards afin de faire jouer au maximum l'effet de réseau.

Si l'on adoptait une application "bornée" du droit de la concurrence, l'ensemble du secteur des hautes technologies devrait tomber sous le coup de la loi. Fort heureusement, ce n'est plus le cas, en Europe, depuis une dizaine d'années. Les autorités de la concurrence, au lieu de s'émouvoir dès que les parts de marché d'une entreprise paraissent importantes, examinent si cette situation a des effets défavorables pour les consommateurs.

Concurrence et innovation

L'analyse des cas où la concurrence s'exerce par l'innovation reste cependant difficile. Les contributions de la théorie économique sur la compétition dynamique à la Schumpeter et sur la concurrence par l'innovation sont beaucoup plus modestes que dans le domaine de l'analyse statique, selon les modèles de Cournot ou de Bertrand, portant par exemple sur la concurrence oligopolistique en prix ou en quantité. Il n'existe notamment pas de loi économique elucidant le lien entre l'innovation et la concurrence : on ne peut pas affirmer que la concurrence est toujours favorable à l'innovation ni qu'elle lui est toujours défavorable.

Une entreprise en situation concurrentielle a probablement plus à gagner en innovant que si elle était en situation de monopole. Mais les entreprises des secteurs concentrés disposent de plus de ressources pour innover, surtout si le monopole qu'elles exercent est légal, comme dans certaines entreprises d'État.

Aux États-Unis, on a tendance à penser que la puissance publique ne doit pas interférer dans les décisions concernant l'innovation, domaine crucial et très complexe, où il vaut mieux laisser agir le marché, d'autant que les gains de long terme qui résultent d'une concurrence par l'innovation dépassent les pertes subies à court terme par les consommateurs du fait d'une situation monopolistique. En Europe, la tendance est plutôt à considérer que la puissance publique doit protéger l'innovation, garante du bien-être du consommateur à long terme, et qu'à ce titre, elle doit lutter contre sa monopolisation.

Le jugement contre Microsoft

Généralement, les autorités de la concurrence font l'hypothèse que si une fusion ou un type de comportement réduisent la concurrence, ils risquent aussi de réduire l'innovation. Si elles parviennent à démontrer que la fusion ou le comportement incriminé sont anti-concurrentiels, il revient au défendeur de montrer que ces effets anti-concurrentiels sont contrebalancés par un effet favorable à l'innovation.

Le test de la Commission européenne

C'est la démarche qui a été adoptée par la Commission européenne dans le cadre de l'affaire Microsoft.

Microsoft ayant refusé de fournir à ses concurrents des informations sur les interfaces de Windows leur permettant de développer des systèmes d'exploitation pour serveur inter-opérables avec des PC, la Commission européenne a proposé le test suivant : « *Le refus de licence entraîne-t-il une diminution des incitations à innover pour l'ensemble de l'industrie, incluant Microsoft et ses concurrents ?* »

Selon ses conclusions, l'incidence négative que l'imposition d'une obligation de fournir les informations pourrait avoir sur l'incitation à innover de Microsoft, était compensée par ses effets positifs sur l'innovation pour l'ensemble du secteur, y compris Microsoft. Ce test s'inspirait des principes gouvernant la priorité intellectuelle, dont le but est de favoriser les incitations à innover dans l'ensemble de l'industrie et non pas dans une entreprise particulière. En imposant des licences qui ont des effets favorables sur l'innovation dans l'ensemble de l'industrie, le droit de la concurrence est cohérent avec les principes de la propriété intellectuelle.

Le jugement du TPI

Le tribunal de première instance, saisi en appel, a rejeté ce test d'ordre économique et adopté une approche plus juridique et formaliste. Il a estimé que la Commission européenne pouvait obliger une entreprise ayant abusé de sa position dominante à accorder des licences, dans la mesure où une série de conditions exceptionnelles étaient réunies : le refus de licence portait sur un input indispensable, éliminait la concurrence, privait les consommateurs d'un nouveau produit, et n'était pas objectivement justifié.

Cette approche très juridique est embarrassante pour un économiste. On peut se demander, par exemple, ce qu'est au juste un nouveau produit : une voiture d'une couleur jamais imaginée auparavant est-elle un nouveau produit ?

La question de la redevance

Cela dit, le test utilisé par la Commission européenne se heurte aussi à une difficulté : on ne peut démontrer que l'obligation de licence n'aura pas d'effet sur les incitations à innover que si la redevance et les conditions de la licence obligatoire sont connues à l'avance. À l'origine, Microsoft demandait 5,95 % du montant des licences des produits développés en utilisant les informations sur les interfaces de Windows pour garantir leur interopérabilité, et après la décision du TPI, il n'a obtenu que 0,4 % de ce montant ; pis, il s'est vu imposer une redevance forfaitaire de 10 000 euros en ce qui concerne les développeurs de logiciel libre. Est-on certain, dans ces conditions, que l'incitation de Microsoft à innover n'est pas compromise ?

En forçant les licences, les autorités de la concurrence risquent de provoquer une diminution des investissements en R&D, car l'entreprise sait à l'avance qu'elle peut un jour se voir contrainte d'ouvrir sa propriété intellectuelle. Par ailleurs, les autorités de la concurrence ne sont pas outillées pour déterminer le niveau des redevances. Or, obliger les concurrents à en discuter entre eux peut favoriser la collusion.

La propriété intellectuelle remise en cause ?

Une partie des commentateurs a souligné que, dans la série des affaires que j'ai évoquées, le droit de la concurrence tendait à remettre en cause le droit de la propriété intellectuelle. Comme on l'a vu dans l'affaire Microsoft, la Commission européenne a demandé à cette société d'ouvrir sa licence et de livrer à ses concurrents des informations pourtant protégées par des brevets, des droits d'auteur et des secrets commerciaux. On peut observer cependant

qu'il n'y a pas eu de prééminence du droit de la concurrence sur le droit de la propriété intellectuelle. Au contraire, le TPI a imposé, pour forcer l'accès à la propriété intellectuelle, des conditions plus exigeantes que celles qui sont nécessaires pour forcer d'autres droits de propriété.

Négociations sur les standards et collusion

Cette décision soulève toutefois une question très intéressante sur le rôle de plus en plus important que joue la propriété intellectuelle dans l'élaboration des standards. Les entreprises ont compris que disposer d'une propriété intellectuelle sur une technologie incluse dans un standard représente un effet de levier colossal. Lors des comités de standardisation, elles négocient âprement pour que les technologies sur lesquelles elles possèdent des droits soient intégrées au standard.

Cette négociation pourrait s'apparenter à une collusion caractéristique des pratiques de cartel. Mais les autorités de la concurrence, tant aux États-Unis qu'en Europe, sont de plus en plus favorables à ces discussions entre propriétaires intellectuels car elles permettent de ne sélectionner que les brevets vraiment indispensables et de limiter le niveau d'ensemble de la redevance. Ce faisant, elles bénéficient finalement au consommateur. Prenons le cas d'une technologie A, très performante mais protégée par un brevet, et d'une technologie B, un peu moins performante mais libre de droits, qui pourraient toutes deux être adoptées pour un standard ; le comité de standardisation aura probablement intérêt à choisir la technologie B pour que la redevance sur le standard soit moins chère et que celui-ci se diffuse mieux.

Les hold-up par embuscade au brevet

On voit en revanche se développer une pratique très dommageable au consommateur, celle du "hold-up par embuscade au brevet" tel que s'y est livrée la société Rambus. Alors qu'elle participait au comité de standardisation du JEDEC (*Joint Electron Device Engineering Council*) pour la définition d'un standard sur les RAM (*Random Access Memory*), cette société en a tiré avantage pour rédiger les revendications de ses brevets, qu'elle a déposés de façon secrète, tout en laissant croire aux autres membres qu'elle n'en détenait pas. Une fois le standard adopté, elle a poursuivi les utilisateurs du standard pour contrefaçon. Ces derniers, ayant déjà réalisé des investissements, ont dû acheter les licences aux conditions fixées par Rambus.

Cette pratique a un autre effet pernicieux : la menace d'être rançonné décourage les investissements et mine la diffusion des standards. Les autorités de la concurrence, tant américaines qu'européennes, sont en train de chercher à prévenir ce comportement, qu'elles assimilent à un abus de position dominante.

Une évolution favorable à l'innovation

En conclusion, il n'existe pas de biais politique ou protectionniste dans le droit de la concurrence européen. Celui-ci s'est modernisé et accorde une place croissante à l'analyse économique. Contrairement à ce qui est souvent prétendu, on n'observe pas de prééminence du droit de la concurrence sur le droit de la propriété intellectuelle. Enfin, il ne semble pas nécessaire de réaménager le droit de la concurrence pour l'adapter aux spécificités des hautes technologies : il est suffisamment souple pour les prendre en compte.

En revanche, il faudrait renforcer la coordination entre les autorités de la concurrence, car un nombre croissant d'affaires sont examinées à la fois en Europe, aux États-Unis et en Corée, et la Chine vient de se doter depuis deux ans d'une législation en la matière. Il faudrait également développer la *competition advocacy*, c'est-à-dire la promotion de la concurrence et la vigilance pour empêcher les États d'adopter des règles ayant des effets anti-concurrentiels.

DÉBAT

La meilleure ou la pire des choses ?

Un intervenant : *Les débats sur l'innovation m'évoquent la pensée de Montesquieu. L'innovation détruit des emplois pour offrir au consommateur des produits dont il n'a pas besoin, mais par ailleurs elle est source de richesse et stimule la croissance : le bien et le mal s'équilibrent de façon incertaine. Selon Montesquieu, ce conflit d'intérêt est nécessaire et légitime ; il faut seulement veiller à ce qu'aucune des parties ne soit oubliée.*

François Lévêque : Aux États-Unis, on observe une croyance extrêmement forte dans le fait que l'innovation est toujours bonne. Or, même d'un strict point de vue économique, on ne peut pas soutenir une telle assertion. Lorsque le bénéfice attendu de la R&D devient inférieur à son coût, il faut arrêter d'investir dans la R&D. Mais comme il est impossible de calculer l'optimum d'investissement en R&D, on préfère s'en tenir à la croyance.

Concentration et innovation

Int. : *Le monopole de la SNCF ne l'a pas empêchée de créer le TGV. Avec le recul, est-on en mesure d'évaluer si les condamnations pour abus de position dominante prononcées en Europe et aux États-Unis ont été plutôt bénéfiques ou néfastes à l'innovation ?*

F. L. : Les seuls travaux économiques empiriques existant dans ce domaine portent sur le contrôle des concentrations, pour lequel on dispose de trois mille notifications en Europe et de plusieurs centaines aux États-Unis. En matière d'abus de position dominante, on ne dispose que d'une cinquantaine de cas en Europe, ce qui n'est pas suffisant pour des travaux économétriques.

Selon la thèse de Schumpeter, tout monopole finit par s'éroder : les prix élevés liés au monopole attirent d'autres entreprises, qui cherchent à attaquer le marché par de nouvelles technologies ou des prix plus intéressants. Dans un monde sans droit à la concurrence, la concurrence existerait quand même ! On observe cependant des domaines où le droit de la concurrence joue un rôle particulièrement important. Les deux forces naturelles de la concurrence sont l'extension géographique du marché et le développement de la technologie. Si vous détenez le marché de la brioche dans une ville donnée et que vous êtes confronté à un concurrent venu d'une ville voisine, vous pouvez chercher à vous développer à l'international ; vous pouvez aussi innover pour conquérir de nouvelles parts de marché. Dans certains domaines, comme celui du gaz ou de l'électricité, le mouvement naturel d'extension se fait très lentement, car les interconnexions nécessaires coûtent très cher, et l'innovation ne suit pas le rythme rapide qu'elle connaît dans d'autres secteurs. Le droit de la concurrence peut alors contribuer à pallier l'absence de concurrence "naturelle".

Le droit de la concurrence en Asie

Int. : *Vous n'avez parlé que de l'Europe et des États-Unis. Où en est le droit de la concurrence en Asie ?*

F. L. : Le Japon dispose d'une autorité de la concurrence de même niveau, dans sa qualité, que les autorités européennes et américaines. La Corée possède également un droit de la concurrence très impressionnant et une autorité compétente. La Chine s'est dotée d'un droit de la concurrence, mais jusqu'ici, sa vision est essentiellement protectionniste et elle s'est intéressée surtout à l'article permettant d'interdire aux entreprises étrangères d'acheter des entreprises chinoises. Il faudra sans doute de nombreuses années avant que les articles concernant les abus de position dominante soient appliqués dans les faits.

Int. : *Dans le domaine de l'informatique grand public, les standards sont de plus en plus souvent imposés de facto par le fabricant le plus puissant. Ensuite seulement commence la discussion sur la vente des licences. Cette pratique ne risque-t-elle pas de se généraliser avec le déplacement des marchés et de la fabrication de l'Europe et des États-Unis vers l'Asie ?*

F. L. : Je ne crois pas qu'on évolue vers des pratiques de concurrence sauvage, au contraire. La Chine, après avoir tenté de définir et d'imposer ses propres standards au reste du monde, a compris qu'elle avait plutôt intérêt à participer aux organisations définissant les standards au plan mondial. Elle cherche à valoriser ses propres standards, mais à travers leur homologation. Des entreprises chinoises, comme Huawei ou même China Telecom, ont, dans certains cas, rejeté des standards chinois.

En la matière, le risque principal ne vient pas des standards *de facto* que certains chercheraient à imposer à d'autres, mais plutôt de la difficulté à négocier quand le nombre d'interlocuteurs autour de la table s'accroît comme actuellement. Les organismes de standardisation travaillent de plus en plus lentement. Or, tout l'intérêt d'un standard élaboré en commun est d'arriver sur le marché avant les standards *de facto*.

Concurrence et protectionnisme

Int. : *Plusieurs exemples montrent que du côté européen, on applique les règles de la concurrence dans une sorte de pureté naïve, tandis que du côté américain, on n'y recourt que de façon opportuniste, en fonction d'intérêts protectionnistes : en témoignent les exemples de la guerre Boeing-Airbus, de la protection d'une sidérurgie obsolète, des diktats de la Food & Drug Administration.*

F. L. : La tentation du protectionnisme est toujours très forte : le droit de la concurrence ne se développe pas en apesanteur, de façon indépendante de son environnement institutionnel. Avant l'élection de George W. Bush, le DoJ était prêt à démanteler Microsoft. Après son élection, un nouveau responsable antitrust a été nommé ; Microsoft s'est vu imposer quelques mesures de rétorsion, d'ailleurs sans grand effet, mais n'a pas été démantelé. En Europe et aux États-Unis, il existe cependant des forces de rappel importantes qui empêchent les autorités de la concurrence de prendre n'importe quelle décision. Le problème reste entier lorsque le litige concerne des entreprises comme Gazprom dans l'énergie, ou Huawei dans les télécommunications.

Brevets et monopoles

Int. : *Le fait que les brevets portent maintenant sur des standards et puissent aboutir ainsi à un droit de monopole n'est-il pas de nature à remettre en cause la légitimité de la propriété intellectuelle ?*

F. L. : Les imperfections du système des brevets sont connues : il y a trop de brevets et trop d'abus dans l'utilisation stratégique qui en est faite, notamment par les *trolls*, ces sociétés qui, sans rien produire, détiennent des brevets et menacent les autres entreprises d'injonctions pour infraction à la propriété intellectuelle. Comme l'enjeu est énorme, puisque l'entreprise peut se voir interdire de poursuivre ses ventes, celle-ci préfère généralement transiger et verser au *troll* ce qu'il lui demande. Il n'est cependant pas envisageable de supprimer le système de la propriété intellectuelle, mais seulement de le réformer. Plusieurs projets de loi sont en préparation aux États-Unis, où les dérives sont particulièrement criantes.

On ne peut toutefois pas reprocher au brevet de donner un droit de monopole. Il confère un droit d'exclusivité, ce qui est différent : si le produit protégé par le brevet n'a pas de substitut, il s'agira d'un monopole, mais s'il a des substituts, le brevet ne permettra de couvrir qu'une part du marché. La principale critique que l'on peut faire au système des brevets n'est pas de créer des monopoles, mais d'être devenu complètement incontrôlable.

Un modèle unique

Int. : *Du modèle américain ou du modèle européen, lequel va l'emporter en matière de droit de la concurrence ?*

F. L. : Le droit de la concurrence est apparu en 1890 aux États-Unis, et seulement en 1960 en France. Le seul vrai modèle est le modèle américain, dont tous les autres se sont largement inspirés. Dans d'autres compartiments du droit, comme le droit des affaires, on trouve des conceptions assez différentes, mais pas en matière de droit de la concurrence. Une des différences, outre celles que j'ai citées, est le fait qu'aux États-Unis, les dirigeants peuvent être condamnés à vingt ans de prison pour avoir participé à un cartel. La Commission européenne ne détient pas ce pouvoir : elle peut seulement infliger des amendes, ce qui est beaucoup moins dissuasif.

Des débouchés pour les économistes

Int. : *Dans ma jeunesse, les professeurs d'économie nous expliquaient qu'entre les producteurs et les consommateurs, et entre les utilités et les profits, s'instaurait ou se restaurait en permanence une sorte d'équilibre. J'ai l'impression qu'on approche de plus en plus de la faillite définitive de la science économique, car tout n'est plus que crises permanentes, bruit et confusion.*

F. L. : La science économique se porte plutôt mieux depuis qu'elle a abandonné cette chimère d'un équilibre général et parfait. La microéconomie se consacre désormais à la théorie des imperfections, qu'il s'agisse de celles du marché ou de celles des régulations par les autorités publiques. Cette nouvelle démarche est très excitante pour les économistes, dont la tâche est désormais de chercher comment réduire ces imperfections. En général, des solutions existent, mais on est toujours confronté à la *political economy*, c'est-à-dire au fait que les imperfections profitent toujours à quelqu'un et qu'en cherchant à les réduire, on génère des perdants...

Int. : *Le poids plus important de l'analyse économique dans le droit de la concurrence s'est-il traduit par l'apparition de cabinets d'économistes sur le modèle des cabinets d'avocats ?*

F. L. : Le *Law and Economics Consulting Group* existe depuis déjà 30 ans et emploie 150 économistes dans le monde entier. J'ai moi-même créé un cabinet de microéconomie, il y a quatre ans, dont la réussite est très forte, que ce soit en termes de croissance d'effectifs ou de rentabilité. Il y a quelques années, lorsqu'un grand cabinet d'affaires parisien expliquait à l'un de ses grands clients, suspecté de cartel, que son cas était difficile et qu'il était nécessaire de faire appel à une expertise économique, le client protestait en disant que les honoraires étaient suffisamment élevés comme cela. Depuis que les opérateurs de téléphonie mobile ont été condamnés à des amendes de 500 millions d'euros, l'état d'esprit a changé...

La contribution des économistes reste cependant très modeste par rapport à celle des juristes. L'équipe chargée de défendre Microsoft comptait 80 juristes et 3 économistes. D'une façon générale, les économistes n'interviennent que sur un nombre extrêmement réduit de dossiers. En revanche, les questions concrètes traitées dans ces affaires suscitent de nouveaux développements dans la recherche en science économique.

Int. : *Les économistes ont longtemps rêvé de mathématiques. N'est-il pas gênant que l'économie devienne un art de la plaidoirie et du débat ?*

F. L. : Les économistes ne plaident pas : ils interviennent comme experts indépendants. Bien sûr, comme ils sont payés par leurs clients, on en trouve des deux côtés de la barre. Selon la boutade américaine, « *Dans un village, il y a toujours de la place pour deux avocats* », puisqu'il y a toujours au moins deux parties qui s'opposent. Il en va désormais de même pour les économistes. Il existe cependant des forces de rappel : contrairement aux avocats, les économistes publient leurs analyses, et ils ne peuvent pas adopter tantôt une théorie, tantôt une autre, sans perdre leur crédibilité. Les résultats obtenus par un économiste peuvent donc

aller à l'encontre de l'intérêt de la partie qu'il défend. Dans ce cas, bien sûr, ils ne seront pas rendus publics.

Présentation de l'orateur :

François Lévêque : est professeur de droit et économie à l'École des mines de Paris et à Berkeley ; il est également le fondateur du cabinet d'analyses économiques Microeconomix.

Diffusion mai 2008