

## Petit précis sur l'« innovation prédatrice » à l'usage des dirigeants d'entreprises

*Thibault Schrepel*  
Docteur en droit

On estime généralement que la concurrence est bonne en ce qu'elle pousse les entreprises à baisser leurs prix, ce qui profite au consommateur. Pourtant, le droit de la concurrence condamne dans certains cas précis la baisse des prix qu'elle considère comme prédatrice, c'est-à-dire visant à éliminer le processus concurrentiel lui-même. Une situation analogue concerne le processus d'innovation. C'est par l'innovation que s'opèrent la concurrence et le bénéfice que les consommateurs en tirent, pourtant, certains comportements d'innovation peuvent être considérés comme prédateurs et être sanctionnés. L'innovation étant de plus en plus centrale dans la dynamique économique contemporaine, le sujet mérite qu'on s'y arrête. Outre son intérêt sur le plan théorique, il a en effet des conséquences managériales importantes.

Les dirigeants et chefs d'entreprises doivent en effet être particulièrement vigilants quant à la problématique de l'innovation prédatrice, et ce, pour trois raisons principales :

- Il n'est pas exclu qu'ils mettent en œuvre des stratégies qui relèvent de l'innovation prédatrice sans avoir toujours conscience du risque juridique encouru.
- Il n'est pas rare que de telles stratégies soient mises en œuvre sur les marchés des nouvelles technologies. Pour le dire autrement, il serait dommage qu'une entreprise subisse de telles pratiques de la part de ses concurrents sans demander à ce que celles-ci soient soumises à un contrôle au titre du droit de la concurrence.
- La troisième raison réside dans le flou juridique qui entoure les pratiques d'innovation prédatrice. Ces dernières ne sont pas reconnues comme telles par le droit qui les sanctionne sous diverses étiquettes – souvent mal adaptées et qui s'inscrivent dans l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qui punit les abus de position dominante. Les entreprises doivent être d'autant plus vigilantes que le cadre juridique de ces pratiques est encore mal défini, mais qu'elles n'en demeurent pas moins lourdement sanctionnées.

Dans un premier temps, cet article propose ainsi de présenter cette notion trop peu connue qui fait pourtant référence à des pratiques courantes et souligne pourquoi il est important que les dirigeants d'entreprise sachent identifier les pratiques qui en relèvent, que ce soit pour s'en défendre ou pour ne pas les subir. Dans la pratique, le fait de proposer une nouvelle version d'un produit au consommateur semble être toujours exempt d'une sanction au titre du droit de concurrence, mais il n'en est rien. L'innovation peut en effet être jugée comme étant prédatrice par le juge dans

1. Nous mettons ici ce terme entre guillemets dans la mesure où, en réalité, la modification d'un produit qui constitue une pratique d'innovation prédatrice n'est pas une innovation au sens généralement admis qui implique l'augmentation de l'utilité du produit.

2. Précisons que cette définition est propre à l'auteur de cet article qui, après avoir analysé un ensemble d'affaires concernant essentiellement le secteur des nouvelles technologies, a rassemblé ces dernières sous le vocable d'innovation prédatrice.

certaines conditions et une entreprise doit ainsi savoir identifier précisément quels types « d'innovation »<sup>1</sup> peuvent en relever et/ou savoir comment se défendre devant le juge.

Les pratiques d'innovation prédatrice sont en effet plus complexes à identifier que ne le sont les prix prédateurs qui sont sanctionnés par le droit de la concurrence. Ces derniers impliquent traditionnellement que l'entreprise en position dominante supporte des pertes dans un premier temps dans l'espoir de les recouvrer dans un second temps. S'il est possible que les pratiques d'innovation prédatrice impliquent de telles pertes, le caractère systématique de ces dernières est loin d'être généralisé. Au contraire, les pratiques d'innovation prédatrice n'impliquent généralement pas de perte à court terme, il est donc essentiel que le chef d'entreprise ne focalise pas son attention sur ce seul point afin de juger de la légalité des pratiques de son entreprise.

Il s'agit, dans un second temps, d'évoquer la fréquence d'apparition de ces pratiques dont il est nécessaire de réaliser l'importance en termes économiques. Diverses affaires – qui concernent des entreprises aussi importantes que Microsoft, Intel, Apple et IBM – illustrent par ailleurs le risque juridique qu'encourent les entreprises qui opèrent sur les marchés technologiques – sur lesquels nous concentrerons la majorité de nos analyses. Ainsi, outre la fréquence d'apparition de ces pratiques, il convient d'attirer l'attention des dirigeants d'entreprises qui peuvent être lourdement sanctionnées. Il ressort de ces différentes affaires que le régime juridique aujourd'hui applicable à ces pratiques est trop mal défini, ce qui constitue un double défi qu'il convient de relever rapidement. Nous en tirons également des enseignements pour les dirigeants d'entreprises qui peuvent et doivent se prémunir de leur mise en œuvre.

### **Définition de l'innovation prédatrice sous ses deux formes possibles**

Il convient tout d'abord de définir l'innovation prédatrice et de mettre en évidence les deux formes qu'elle est susceptible de prendre.

L'innovation prédatrice peut être définie comme étant « l'altération d'un ou plusieurs éléments techniques d'un produit afin de restreindre ou éliminer la concurrence »<sup>2</sup>. En d'autres termes, il s'agit de toutes les modifications d'un produit qui visent à supprimer la compatibilité des technologies d'un concurrent avec celles d'une entreprise dominante, ou à altérer le fonctionnement de technologies concurrentes. Notons que l'introduction d'un produit nouveau est volontairement exclue de la définition dans la mesure où celle-ci, quand bien même elle causerait une réduction des ventes d'un produit concurrent, nous semble être nécessairement légale dans la mesure où elle augmente l'offre sur le marché et bénéficie ainsi aux consommateurs.

La notion d'innovation prédatrice est ainsi appréhendée comme une infraction au droit de la concurrence. Elle se distingue en ce sens de la notion – à la mode – d'innovation de rupture (Christensen, 1997) qui est une simple forme d'innovation. Les innovations de rupture transforment en effet « *des produits compliqués en des produits simples d'utilisation* » (Christensen, 1997) et engendrent le remplacement d'un produit, d'une société, ou même d'une industrie tout entière. Elles font en cela référence à la notion schumpétérienne de « destruction créatrice » et elles s'opposent aux innovations d'amélioration qui augmentent l'utilité d'un produit déjà existant. Ces deux types d'innovation – de rupture et d'amélioration – sont nécessaires à l'écosystème économique et ils ont tous deux des implications juridiques – notamment en matière d'évaluation de la position dominante d'une entreprise – à ne pas confondre

avec celles de l'innovation prédatrice qui, encore une fois, est une infraction au droit de la concurrence plutôt qu'une forme d'innovation. Ainsi, l'innovation prédatrice sert à dénoncer des pratiques qui, ayant l'apparence de réelles innovations, sont en réalité des stratégies anti-concurrentielles qui ont pour objectif d'éliminer la concurrence sans pour autant être bénéfiques aux consommateurs.

L'innovation prédatrice peut prendre deux formes : la modification du type d'une plates-forme technologique et/ou la conception technique d'un produit.

Les plates-formes technologiques peuvent être, à différents degrés, de type fermées (c'est l'iOS d'Apple) ou de type ouvertes (c'est l'Android Market). Le choix initial du type de plate-forme n'est pas mis en cause par le droit de la concurrence. À l'inverse, lorsqu'une entreprise décide de fermer sa plate-forme et qu'elle le fait dans le cadre d'une stratégie prédatrice, une condamnation peut être prononcée.

Ainsi, une entreprise qui décide d'interdire arbitrairement à l'un de ses concurrents d'accéder à sa plate-forme technologique peut se rendre coupable d'une pratique d'innovation prédatrice. C'est le cas, par exemple, d'une entreprise qui s'assure du fait que l'un de ses concurrents sur le marché de la construction de téléphones mobiles ne puisse pas vendre par ailleurs d'applications mobiles sur sa boutique en ligne.

La modification de la conception technique d'un produit, seconde forme d'innovation prédatrice, consiste pour une entreprise à supprimer la fonctionnalité de l'un de ses produits de manière à éliminer la concurrence, à modifier une fonctionnalité dans le but de rendre son produit incompatible avec celui d'un concurrent, ou à ajouter une fonctionnalité factice dans le but de contraindre ses concurrents à respecter des normes obsolètes.

Ainsi, une entreprise qui décide de changer le mode de communication de ses appareils – qui se connectaient auparavant à d'autres appareils par WiFi ou par Bluetooth et qui se connectent désormais par une nouvelle méthode moins efficace – risque une condamnation au titre de l'innovation prédatrice. De la même manière, une entreprise qui change la connectique de ses ordinateurs – notamment celle permettant la recharge – afin d'en proposer une autre plus volumineuse et qui fonctionne moins bien, mais qui supprime la compatibilité des chargeurs proposés par des tiers, se rend coupable d'une pratique d'innovation prédatrice.

### **La fréquence d'apparition des pratiques d'innovation prédatrice**

Les pratiques d'innovation prédatrice sont mises en œuvre quotidiennement, causant ainsi un dommage aux entreprises présentes sur les marchés concernés, et, indirectement, aux consommateurs.

Ainsi note-t-on par exemple que le site Internet TechCrunch – référence en matière d'actualité des nouvelles technologies – liste plus de 550 articles dans lesquels la compatibilité entre produits est évoquée. Notons, de plus, que certaines pratiques d'innovation prédatrice ont d'autres finalités que la suppression de la compatibilité entre technologies. Ces dernières ne sont donc pas incluses dans cette liste d'articles qui n'est jamais que celle d'un seul site Internet.

De plus, l'une des spécificités des marchés technologiques est la possibilité pour les entreprises d'améliorer constamment des produits qui sont d'ores et déjà sur le marché, créant de fait de



Washington FTC (26 Octobre 2010)

multiples opportunités de réduire la concurrence. Les systèmes des mises à jour – parfois automatiques – des produits en circulation peuvent en effet permettre à une entreprise dominante d'imposer des mises à jour qui réduisent la compatibilité avec les produits des concurrents. Une entreprise peut ainsi créer autant de stratégies prédatrices qu'elle met à jour l'un de ses produits. Il s'agit, en d'autres termes, de « pratiques post-innovation » qui interviennent une fois le produit mis sur le marché.

Il ne fait donc aucun doute que l'innovation prédatrice fasse partie du quotidien des entreprises qui sont présentes sur les marchés liés aux nouvelles technologies. En réalité, un suivi plus détaillé de l'actualité permet de déceler de nombreuses pratiques qui pourraient faire l'objet d'un contrôle au titre de l'innovation prédatrice. Certains auteurs notent ainsi que de telles pratiques tendent à se développer de façon exponentielle (Fatur, 2009). Ils insistent par ailleurs sur leur diversité, ce qui ne fait que renforcer la nécessité d'y porter une attention particulière.

#### *La réalité du risque juridique pour les entreprises*

Diverses pratiques d'innovation prédatrice surviennent régulièrement sur les marchés technologiques et plusieurs affaires célèbres permettent d'en appréhender l'amplitude. Il convient ici de noter que les juges et autorités de concurrence n'utilisent presque jamais le vocable d'innovation prédatrice, préférant parler de « ventes liées technologiques » ou de « stratégie prédatrice non tarifaire ». Quelques affaires emblématiques peuvent être évoquées.

#### *Affaire IBM*

La première de ces affaires concernait la société IBM. En 1964, la société IBM avait décidé de l'introduction de sa troisième génération d'ordinateurs. Face au succès rencontré, plusieurs sociétés avaient décidé de proposer des disquettes, imprimantes et autres produits compatibles avec ceux d'IBM. En réponse, IBM avait introduit son « 370 », un nouveau modèle d'ordinateur sur lequel les périphériques de connexion avaient été changés afin qu'ils soient rendus incompatibles avec les produits des concurrents. L'objectif de la société IBM était en substance d'éliminer la concurrence sur le marché des compatibles dans le but que ses produits – plutôt que ceux de ses concurrents – soient achetés par les consommateurs. Plusieurs entreprises avaient alors introduit une action en justice en relevant – notamment – que la société IBM, sous couvert d'innovation, avait en réalité simplement cherché à éliminer la concurrence.

Dans leur décision, les juges nord-américains de la Cour de district du Northern District of California avaient introduit leur analyse en relevant que la nouvelle conception d'un produit pouvait être pro ou anti-concurrentielle. Ils avaient alors fait le choix d'appliquer un « test de proportionnalité », visant à voir si l'amélioration du produit était de nature à justifier la suppression de la compatibilité. Ils disaient prendre en considération l'effet de la pratique sur les concurrents et sur les consommateurs, le degré de créativité engagé dans le processus d'innovation ainsi que l'intention de l'entreprise en position dominante, autant d'éléments qui servaient à évaluer la proportionnalité des effets pro et anti-concurrentiels de la pratique.

La Cour a *in fine* retenu que l'introduction du nouveau produit n'était pas « déraisonnablement anti-concurrentielle ». Elle n'a toutefois pas pris la peine de définir ce que recouvrait la notion de « raison », se contentant ainsi de noter que la société IBM avait simplement réagi à une situation de concurrence donnée. Cet

arrêt n'éclaire pas les dirigeants d'entreprise sur la notion qui est ici au centre de nos développements.

#### Affaire Microsoft (volet nord-américain)

Cette affaire, datée de 2001, illustre un autre type d'innovation prédatrice. Il était en effet reproché – entre autres – à la société Microsoft d'avoir intégré son navigateur Internet Explorer dans son système d'exploitation tout en s'assurant :

1. de supprimer la fonction permettant de retirer des logiciels du système d'exploitation ;
2. de programmer le système d'exploitation de manière à ce que, lorsqu'un autre logiciel qu'Internet Explorer était installé, ce dernier puisse outrepasser le choix d'utiliser un navigateur Internet concurrent ;
3. de programmer le système d'exploitation de telle sorte que, lorsque certains fichiers relatifs à Internet Explorer étaient supprimés, des bogues apparaissent dans le système d'exploitation.

Plusieurs plaignants soulignaient que Microsoft avait ainsi mis en place des pratiques anti-concurrentielles visant à éliminer le navigateur Internet de la société Netscape qui était capable d'opérer certaines fonctions de base similaires à celle d'un système d'exploitation. D'autres plaignants dénonçaient par ailleurs les pratiques de Microsoft qui avait développé un Java incompatible avec celui de Sun.

La Cour a finalement conclu au caractère illégal des pratiques n° 1 et n° 3. Elle a reconnu, à l'inverse, le caractère pro-concurrentiel de la pratique n° 2. Il est particulièrement intéressant de noter que les juges ont retenu qu'il incombaît au plaignant non pas de démontrer que la justification technique apportée par Microsoft était erronée, mais que cette dernière ne suffisait pas à justifier certains effets anti-concurrentiels.

Cette affaire consacre donc la possibilité pour les juges de condamner une entreprise qui a opéré des changements utiles à l'un de ses produits mais qui conduisent dans le même temps à éliminer la concurrence par le biais d'une stratégie prédatrice. Elle est, pour cette raison, particulièrement peu claire et semble réduire la sécurité juridique – entendue comme le fait pour les entreprises de pouvoir anticiper les décisions rendues par les juges en fonction des faits qui leur sont soumis – dans la mesure où il est difficile d'évaluer dans quelles situations précises les pratiques seront ou non reconnues comme étant légales.

#### Affaire Microsoft (volet européen)

La société Microsoft avait fait l'objet d'une autre condamnation, en 2004, cette fois de la part de la Commission européenne. Relevons ici que les pratiques mises en cause étaient différentes de celles retenues dans l'affaire nord-américaine.

Le 10 décembre 1998, la société Sun avait introduit une plainte à l'encontre de Microsoft au motif que cette dernière avait refusé de communiquer des informations nécessaires à l'interopérabilité des produits Sun avec le PC de Microsoft. En février 2000, la Commission européenne a lancé une enquête à l'encontre de Microsoft. Elle a ensuite fait part de ses inquiétudes à la société concernant le fonctionnement ainsi que l'intégration de Windows Media Player à son système d'exploitation.

Au terme d'une comparaison des effets de la pratique mise en cause, la Commission européenne a finalement condamné la société Microsoft à hauteur de 497 millions d'euros dans la mesure où il n'existe pas « *d'impossibilité technique à ce que le système d'exploitation Windows puisse fonctionner en l'absence de capacités multimédias* ».

Elle a également imposé que la société Microsoft propose à la vente une version de son système d'exploitation qui n'inclut pas son lecteur multimédia, et l'a obligée à divulguer les informations qu'elle refusait de fournir aux fins du développement de produits compatibles.

Cette décision, en faisant application d'une comparaison des effets produits par l'introduction de la nouvelle version d'un logiciel sur le marché, souffre ainsi du même défaut que celle rendue dans le volet nord-américain de l'affaire. Elle est en effet trop peu explicative quant au raisonnement tenu par les juges en matière d'innovation prédatrice qui semble pouvoir pencher d'un côté ou de l'autre de la balance – du côté pro ou anti-concurrentiel – selon les critères d'appréciation qui sont pris en compte et selon l'importance donnée plus ou moins aléatoirement à chacun d'entre eux.

#### *Affaire HDC Medical*

Cette affaire illustre une pratique d'innovation prédatrice intervenue sur un autre marché que ceux liés aux nouvelles technologies – sur lesquels nous concentrerons la grande partie de nos analyses tout en faisant quelques exceptions de circonstance par souci d'exposer l'intérêt de la notion d'innovation prédatrice pour l'ensemble de l'économie.

À l'époque des faits, Minntech était en position dominante sur le marché des dialyseurs de retraitement. HDC, l'un de ses concurrents, relevait que Minntech avait opéré un changement du mécanisme d'absorption au seul motif qu'il empêchait l'utilisation des produits concurrents. HDC soulignait également que Minntech avait modifié le système de code-barres dans le seul but d'éliminer la concurrence. Minntech soutenait pour sa part que les changements de la conception de ses machines avaient été opérés dans le but de faciliter l'utilisation de ces dernières ainsi que d'augmenter sa sécurité.

Les juges ont cherché à savoir si Minntech avait apporté une justification économique à ses pratiques, notant que le caractère illégal n'était établi que lorsque la pratique ne pouvait être justifiée par des motifs autres que sa capacité à éliminer la concurrence.

La société Minntech avait en l'espèce apporté deux justifications techniques aux changements de la conception de son produit. Concernant le mécanisme d'absorption, Minntech avait soulevé qu'il permettait une meilleure dilution du produit. Concernant le code-barres, Minntech avait souligné le fait que le nouveau système permettait aux utilisateurs d'opérer un meilleur suivi des utilisations ainsi que de se conformer aux obligations légales en la matière. La société HDC, pour sa part, n'était pas parvenue pas à démontrer que les justifications apportées par la société Minntech étaient infondées. Les pratiques avaient ainsi été jugées comme étant pro-concurrentielles – et donc légales.

En recherchant la justification économique, les juges ont ainsi affirmé que la nouvelle version d'un produit est uniquement condamnable lorsque son seul objectif est d'éliminer la concurrence. À l'inverse, dès lors que l'entreprise apporte une justification économique, aussi infime soit-elle, celle-ci suffit à justifier la légalité de la nouvelle version du produit. Cet arrêt est donc le premier à donner un cadre juridique – bien qu'imparfait – qui permette aux dirigeants d'entreprise d'analyser en amont si les pratiques qu'ils souhaitent mettre en œuvre sont légales ou non.

#### *Affaire Intel*

En 1999, la société Intel était leader sur le marché des processeurs et microprocesseurs avec une part de marché estimée entre 75 et 80 %. L'un de ses concurrents, AMD, avait

décidé d'introduire deux produits concurrents, en 1999 et 2003, et Intel avait ainsi, si l'on en croit l'accusation, mis en place plusieurs stratégies anti-concurrentielles visant à éliminer ces produits.

La Federal Trade Commission (FTC) reprochait à la société Intel d'avoir conclu plusieurs accords anti-concurrentiels avec divers fabricants d'ordinateurs dans le but de maintenir sa situation de monopole sur le marché des processeurs. La FTC visait également les réductions accordées par Intel à ces fabricants ainsi que les pressions exercées par la société afin que les fournisseurs de logiciel n'opèrent plus aucune maintenance sur les produits qui n'utilisaient pas l'unité centrale de traitement d'Intel. Elle soulevait enfin le fait qu'Intel avait remodelé son compilateur et sa bibliothèque de logiciels afin de réduire les performances de ses concurrents. De plus, Intel n'avait pas communiqué sur ces changements.

La plainte relevait par ailleurs que la société Intel avait initialement encouragé les fabricants de processeurs graphiques à innover sur la base des CPU (Central Processing Units) d'Intel, avant que la société ne choisisse finalement de supprimer toute interopérabilité entre ces processeurs et ses CPU. Notons que la FTC n'avait pas manqué de relever qu'il s'agissait potentiellement de pratiques d'« innovation prédatrice », l'une des rares fois où une autorité de concurrence a fait usage de ce vocable précis.

L'affaire Intel s'est finalement soldée par un accord amiable entre la firme et la Federal Trade Commission. Dans le but de répondre à la problématique liée à la programmation du compilateur et de la bibliothèque de logiciels, Intel s'est engagée à ne plus programmer ses produits de sorte que, d'une part, les performances des produits concurrents soient dégradées et que, d'autre part et dans le même temps, le produit d'Intel ne s'en trouve pas lui-même amélioré, qu'il s'agisse – non limitativement – des performances, de l'exploitation, des coûts, de l'industrialisation, de la fiabilité, de la compatibilité et de la capacité à exploiter ou améliorer le fonctionnement d'un autre produit. La FTC a précisé que la dégradation d'un produit concurrent ne pouvait être retenue comme un bénéfice économique valable.

Intel s'est par ailleurs engagée à ne programmer aucune interface ayant pour objectif de limiter intentionnellement les performances des processeurs graphiques (« GPU ») concurrents. En l'absence même d'une condamnation, ainsi la société Intel a-t-elle été contrainte de changer substantiellement sa stratégie légale et commerciale, d'où l'intérêt pour les dirigeants d'entreprise de prendre en considération l'existence de l'innovation prédatrice.

Cette affaire, bien que récente, n'est pas particulièrement éclairante sur la façon dont la Federal Trade Commission a choisi d'appréhender les pratiques d'innovation prédatrice. Dans sa note explicative accompagnant la proposition d'accord, la FTC relève en effet que comparer les effets pro et anti-concurrentiels n'est pas souhaitable, et qu'ainsi, le seul fait qu'Intel puisse prouver des « bénéfices réels » liés à la nouvelle conception technique de son produit suffit à en justifier l'existence. Seulement, la Federal Trade Commission a finalement proposé l'application d'un test de « mise en balance », ce qui rend cette décision peu utile pour les dirigeants d'entreprise désireux d'éviter une condamnation.

#### Affaire iPod iTunes

Cette affaire est l'une des plus récentes à faire l'évaluation d'une pratique d'innovation prédatrice. Elle relève également d'une importance particulière tant elle met en cause

Apple qui a été expressément – et exclusivement – accusée d'avoir mis en œuvre de telles pratiques.



En 2001, Apple a introduit iTunes, un logiciel téléchargeable gratuitement sur son site Internet qui permet de gérer les fichiers audio de l'iPod, suivi deux ans plus tard de l'iTunes Music Store (ITM), une boutique en ligne qui permet l'achat direct de musique. Les fichiers audio achetés sur ITM étaient au format AAC qu'Apple avait modifié afin d'y introduire un système de gestion des droits numériques (DRM) permettant de restreindre l'utilisation des fichiers. Ce format était désigné sous le nom de « AAC Protected » et iTunes faisait alors appel à une fonctionnalité dénommée FairPlay qui permettait la gestion du système des droits numériques.

En juillet 2004, la société RealNetworks avait introduit la nouvelle version de son RealPlayer. Elle avait alors inclus une fonctionnalité dénommée Harmony qui visait à imiter FairPlay et à permettre ainsi la compatibilité des fichiers audio achetés sur la boutique en ligne de RealNetworks avec l'iPod. À l'occasion des mises à jour 4.7 et 7.0 de son logiciel iTunes, la société Apple avait supprimé la compatibilité entre Harmony et iTunes, ce qui avait conduit la société RealNetworks à introduire une action en justice.

Au terme d'une longue procédure qui a nécessité l'appel à un jury populaire, la Cour a finalement soumis à ce jury la question suivante : le logiciel interne des iPods ainsi que les mises à jour d'iTunes 7.0 constituent-ils une amélioration réelle de ces derniers ? Il faut ici comprendre que l'amélioration d'un produit, aussi infime soit-elle, suffisait dans l'esprit des juges à justifier toutes les stratégies anti-concurrentielles éventuelles qui l'accompagnaient. Ce test, bien que trop manichéen, a le mérite de sa clarté et sert les dirigeants d'entreprises qui souhaitent minimiser le risque juridique en la matière.

Le jury a répondu positivement, estimant que la mise à jour d'iTunes 7.0 était une réelle amélioration, et, de ce fait, pro-concurrentielle. On regrettera qu'en raison de la formulation de la question, la Cour n'a pas pu développer un argumentaire sur la question de la justification de chacune des modifications du produit. Toujours est-il que cette affaire illustre une possible pratique d'innovation prédatrice qui, bien qu'elle n'ait pas été jugée comme telle, aura quand même nécessité le soutien de nombreux conseils juridiques pendant plusieurs années.

### **Innovation prédatrice et insécurité juridique**

Ces différentes affaires font ressortir la diversité du raisonnement des juges et, de fait, l'insécurité juridique en la matière. Les pratiques d'innovation prédatrice sont parfois exemptées de condamnation s'il est démontré que l'entreprise a opéré une modification de ses produits pour une raison économique réelle. D'autres fois, l'existence d'une telle raison ne saurait suffire à exempter l'entreprise qui peut être condamnée s'il est démontré que la modification du produit a également été faite dans le but d'éliminer la concurrence. Certaines décisions de justice se réfèrent à la seule intention de l'entreprise accusée d'innovation prédatrice tandis que d'autres s'immiscent dans la stratégie de l'entreprise et jugent qu'une autre modification du

produit aurait conduit à une même efficience tout en ayant un effet moins néfaste sur la concurrence.

Le tout est difficilement lisible – et il n'est pas dit que les juges ne décident pas d'appliquer un autre test dans les années à venir – ce qui intéresse les dirigeants d'entreprises qui doivent être conscients du flou qui entoure ces pratiques dont il ne fait par ailleurs aucun doute qu'elles soient punissables – et punies. La nécessité pour les décideurs de connaître les mécanismes de l'innovation prédatrice s'en trouve renforcée afin qu'ils ne soient pas accusés de telles pratiques dont l'issue du procès est pour le moins incertaine.

Dès lors, un premier conseil peut être adressé aux dirigeants d'entreprises : sensibiliser leurs équipes à la question de l'innovation prédatrice et s'entourer de juristes spécialistes de ces questions et capables de les conseiller.

Mais, par-delà ce conseil, l'innovation prédatrice pose deux défis. Le premier consiste, pour les entreprises, à ne pas mettre en œuvre de pratiques pouvant conduire à de lourdes condamnations. Le second concerne le législateur et les autorités de la concurrence. L'innovation dans les nouvelles technologies est un des moteurs de l'économie contemporaine. Il convient de définir rapidement un régime juridique permettant aux acteurs de cette innovation de savoir ce qu'il leur est permis, et ce qu'il leur est interdit de faire (Schrepel, 2017) ■

## Références

- Christensen Clayton M. (1997) *The Innovator's Dilemma*, Cambridge (MA), Harvard Business School Press.
- Fatur Andrej (2009) *Information And Communication Technology Network Industries And EU Competition Policy*, London, King's College.
- Schrepel Thibault (2017) *L'innovation prédatrice sur les marchés des nouvelles technologies : analyses croisées en droit européen et nord-américain de la concurrence*, Guyancourt, Université Versailles/Saint Quentin en Yvelines, Université Paris-Saclay.

### Arrêts concernant les affaires citées dans le texte :

- Affaire IBM : Transamerica Computer Co. v. International Bus. Machs. Corp., 481 F. Supp. 965 (N.D. Cal. 1979)
- Affaire Microsoft (volet américain) : United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001)
- Affaire Microsoft (volet européen) : Commission européenne, 24 mars 2004, COMP/C-3/37.792, Microsoft
- Affaire HDC Medical : HDC Medical, Inc. v. Minntech Corp., 474 F.3d 543 (8th Cir. 2007)
- Affaire Intel : Federal Trade Commission, In the Matter of Intel Corporation (2010)
- Affaire iPod/Itunes : In re Apple iPod iTunes Antitrust Litigation, 796 F.Supp.2d 1137 (N.D. Cal. 2011)

### Textes de loi :

- Article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
- Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes