

INFORMATION TO USERS

This manuscript has been reproduced from the microfilm master. UMI films the text directly from the original or copy submitted. Thus, some thesis and dissertation copies are in typewriter face, while others may be from any type of computer printer.

The quality of this reproduction is dependent upon the quality of the copy submitted. Broken or indistinct print, colored or poor quality illustrations and photographs, print bleedthrough, substandard margins, and improper alignment can adversely affect reproduction.

In the unlikely event that the author did not send UMI a complete manuscript and there are missing pages, these will be noted. Also, if unauthorized copyright material had to be removed, a note will indicate the deletion.

Oversize materials (e.g., maps, drawings, charts) are reproduced by sectioning the original, beginning at the upper left-hand corner and continuing from left to right in equal sections with small overlaps.

ProQuest Information and Learning
300 North Zeeb Road, Ann Arbor, MI 48106-1346 USA
800-521-0600

UMI[®]

**LES MARCHÉS DE L'INNOVATION
BIOTECHNOLOGIQUE: APPORT DE L'ANALYSE
ÉCONOMIQUE AU DROIT DE LA CONCURRENCE
COMMUNAUTAIRE**

Luce Nollet

Institut de Droit Comparé

McGill University

Montréal
Août 2001

*A thesis submitted to the Faculty of Graduate Studies and Research in partial
fulfilment of the requirements of the degree of LL.M.*

© Luce Nollet 2001



**National Library
of Canada**

**Acquisitions and
Bibliographic Services**

**395 Wellington Street
Ottawa ON K1A 0N4
Canada**

**Bibliothèque nationale
du Canada**

**Acquisitions et
services bibliographiques**

**395, rue Wellington
Ottawa ON K1A 0N4
Canada**

Your file Votre référence

Our file Notre référence

The author has granted a non-exclusive licence allowing the National Library of Canada to reproduce, loan, distribute or sell copies of this thesis in microform, paper or electronic formats.

The author retains ownership of the copyright in this thesis. Neither the thesis nor substantial extracts from it may be printed or otherwise reproduced without the author's permission.

L'auteur a accordé une licence non exclusive permettant à la Bibliothèque nationale du Canada de reproduire, prêter, distribuer ou vendre des copies de cette thèse sous la forme de microfiche/film, de reproduction sur papier ou sur format électronique.

L'auteur conserve la propriété du droit d'auteur qui protège cette thèse. Ni la thèse ni des extraits substantiels de celle-ci ne doivent être imprimés ou autrement reproduits sans son autorisation.

0-612-79114-9



INTRODUCTION.....	7
--------------------------	----------

CHAPITRE I LE MARCHÉ DE LA BIOTECHNOLOGIE.....	11
---	-----------

I LE MARCHE DE L'INNOVATION BIOTECHNOLOGIQUE	12
---	-----------

A Etat du marché	12
1 Emergence de la biotechnologie	12
2 L'explosion du marché biotechnologique	13
B Spécificités du marché de la biotechnologie	15
1 Une transition de marché rapide	16
2 Un investissement colossal en recherche et développement.	17
3 La recherche de technologies complémentaires.....	17
4 Protection des produits innovants par la propriété intellectuelle.....	19

II REACTION DES AUTORITES DE CONCURRENCE.....	21
--	-----------

A Les types de restructurations.....	21
B Légitimité de l'intervention du droit de la concurrence ?	23
1 Les effets anticoncurrentiels des restructurations.....	23
2 Nécessité d'une réponse spécifique du droit de la concurrence ?	26

CHAPITRE II ANALYSES CONCURENTIELLE ET ECONOMIQUE.....	29
---	-----------

I VERS LA PRISE EN COMPTE DU CONCEPT D'INNOVATION	30
--	-----------

A Apparition de la théorie des marchés de l'innovation dans l'analyse économique	31
1 Vers une conception dynamique de l'analyse économique.....	31
2 Analyse contemporaine de la concurrence	37
B Enjeu du conflit concurrence/propriété intellectuelle :l'innovation	42

II LA THÉORIE DES MARCHÉS DE L'INNOVATION : LEGITIMITE OU SPÉCULATION ?	48
A Influence de la structure du marché sur l'innovation	48
B Appréciation du marché pertinent et du pouvoir de marché	51
C Les propositions de certains économistes	55

CHAPITRE III L'APPROCHE COMMUNAUTAIRE DU MARCHÉ DE L'INNOVATION BIOTECHNOLOGIQUE..... 58

I INFLUENCE DE L'ANALYSE ÉCONOMIQUE	60
A Percée de l'analyse économique en droit communautaire	61
1 Les facteurs du rapprochement	61
2 Percée de l'analyse économique auprès des tribunaux européens	64
B Des systèmes aux objectifs différents	68

II UNE APPROCHE COMMUNAUTAIRE DIFFERENCIEE.....	73
A « American debate, European silence »	73
1 Le retard européen	73
2 Le cadre réglementaire communautaire	73
B L'approche jurisprudentielle des marchés de l'innovation biotechnologique	77
1 La recherche de sanctions appropriées.....	77
2 Des démarches distinctes	78

CONCLUSION.....	87
------------------------	-----------

BIBLIOGRAPHIE.....	89
---------------------------	-----------

REMERCIEMENTS

Je souhaite vivement remercier le Professeur Ejan Mackaay, de l'Université de Montréal pour son soutien, ses précieux conseils tout au long de ce travail et le temps qu'il m'a accordé, ainsi que le Professeur Lionel Smith, de McGill University, pour sa supervision de cette étude.

Je voudrais également remercier le Professeur Valentina Korah pour m'avoir reçue et éclairée dans mes recherches et exprimer ma reconnaissance au Professeur Horatia Muir Watt, qui m'a initiée à l'analyse économique et a fait naître mon désir de poursuivre dans cette voie.

Enfin, j'adresse également mes remerciements à Joëlle Salzmänn et Antoine Choffel, qui se sont montrés très patients envers moi, à Robert Clarke pour son aide, et à Laure Nollet et Maimiti Cohen Solal pour leur soutien.

RESUME

Cette étude porte sur l'appréhension des marchés de l'innovation biotechnologique par le droit de la concurrence dans une perspective de droit comparé.

Le marché de l'innovation biotechnologique est un marché qui a explosé et qui soulève, du fait de ses caractéristiques, des problématiques nouvelles en droit de la concurrence.

L'analyse économique s'est intéressée à ce phénomène et a élaboré une nouvelle théorie, dite des « marchés de l'innovation ». Cette théorie est révolutionnaire dans la mesure où elle permet aux autorités de la concurrence d'intervenir sur des marchés pour lesquels les produits n'existent pas encore. Elle s'inscrit dans un mouvement de l'analyse économique qui favorise une approche dynamique du marché, respectueuse des droits de propriété intellectuelle.

Si cette théorie s'est imposée auprès des autorités américaines, elle n'a pas percé en tant que telle en droit communautaire, qui a intégré d'une manière particulière les enseignements de l'analyse économique.

ABSTRACT

This dissertation is a comparative study of the approach taken to biotechnology innovation markets by competition law.

The biotechnology innovation market has recently boomed and, by its very nature, raises new and challenging issues in competition law.

Economic theorists have closely followed this phenomenon and have constructed a new theory around it. Known as the "innovation markets theory", it is thoroughly revolutionary inasmuch as it allows the competition authorities to act in markets for which products do not yet exist. It is part of the trend in economic analysis favoring a dynamic approach to the market, while continuing to respect intellectual property rights.

While this theory has become established with the US antitrust authorities, it has not as yet gained a foothold in EU law, which has integrated economic analysis teachings in its own unique way.

INTRODUCTION

Economic progress depends on a steady stream of innovation¹.

Price competition is being replaced by competition in innovation.

Derrière le terme « innovation biotechnologique », se cache une dimension qui échappe entièrement au droit de la concurrence. Pour les scientifiques, innover signifie découvrir de nouveaux médicaments, de nouvelles thérapies, faire progresser la science du vivant. Pour les consommateurs, innover signifie parvenir à de nouveaux moyens de guérison. Quant au monde des entreprises, ce domaine représente un fantastique marché pour lequel la demande est inextinguible. L'aspect éthique de la question ne nous retiendra pas plus longtemps, mais elle mérite d'être gardée à l'esprit tout au long de cette étude. Cette dernière n'a pas la prétention d'apporter des réponses décisives aux questions en jeu, nombreuses et difficiles, mais plutôt de mettre en lumière le débat, avec son point de départ et ses implications.

Si la biotechnologie est à l'origine d'un nouveau domaine de la réflexion juridique -la bioéthique- elle a également donné naissance à un certain renouveau sur le plan de la réflexion économique, préoccupée d'efficacité optimale sur les marchés. Car l'innovation est l'essence même de la civilisation contemporaine. En effet, elle représente à la fois le progrès scientifique et la valorisation de l'efficacité. A ce double titre, l'innovation revêt une légitimité incontestable et incontournable pour les

entreprises qui s'engagent sur le marché de la biotechnologie. Cette double nature se retrouve dans la définition de l'innovation biotechnologique, par laquelle on entend « l'ensemble des techniques visant à l'exploitation des cellules végétales, des micro-organismes et de leurs constituants, dans le but de produire des biens et de services »².

Sur un plan économique, le marché de l'innovation se révèle extrêmement intéressant car il représente l'un des développements les plus récents et les plus lucratifs du marché des hautes technologies. Il constitue par conséquent également un nouvel objet d'étude pour l'analyse économique, et par extension, pour le droit de la concurrence.

D'une manière générale, il convient de souligner que l'innovation est venue petit à petit figurer dans les buts assignés au droit de la concurrence. Il s'avère donc intéressant de déterminer où en est l'analyse économique dans ses préconisations d'un système optimal de fonctionnement du marché et quelles sont ses répercussions en termes de concurrence. Cette question nous amènera à considérer la légitimité d'une réponse spécifique du droit de la concurrence à l'émergence du marché de l'innovation biotechnologique (Chapitre I). En effet, dans le contexte actuel de concentration extrême des entreprises et de globalisation, quelle doit être la réaction des autorités de concurrence ?

¹ R. Gilbert et S. Sunshine, « Incorporating Dynamic Efficiency Concerns in Merger Analysis: The Use of Innovation Markets » (1995) 63 Antitrust L. J. à la p. 569.

² Cette définition est issue du *Dictionnaire permanent bioéthique et biotechnologies*, cité dans M. Luby et S. Poillot-Peruzzetto, *Le droit communautaire appliqué à l'entreprise*, Paris, Dalloz, 1998 à la p.514.

Ce marché est en pleine croissance et en connaître l'appréhension par le droit est fondamental pour les entreprises qui se positionnent sur celui-ci. Ces dernières doivent être en mesure de savoir à quel titre une opération de concentration, notamment, peut leur être refusée. Tout directeur d'entreprise qui cherche à mettre en place une stratégie d'innovation doit pouvoir anticiper l'attitude des autorités de concurrence vis à vis de l'opération envisagée.

La question est d'autant plus intéressante qu'il s'agit, pour les autorités de concurrence, de se prononcer sur des marchés où les produits n'existent pas encore. Car par innovation, on vise les procédés de recherche et développement engagés par les entreprises. Ainsi le droit de la concurrence doit-il examiner des opérations, telles que des fusions, alors même que les produits ne sont pas encore créés.

C'est pour cela qu'il semble pertinent de s'interroger sur la légitimité juridique d'un contrôle qui ne porte plus sur la création d'une position monopolistique immédiate, mais qui s'attache à examiner des marchés pour lesquels les produits n'existent pas encore, avec tous les aléas que cela comporte. Une discussion approfondie des doctrines économiques sous-jacentes et des conditions d'un tel contrôle éclairera cette question.

Par ailleurs, et d'un point de vue juridique *stricto sensu*, le marché de l'innovation biotechnologique est particulièrement intéressant à étudier car il se situe à la charnière du droit de la concurrence et du droit de la propriété intellectuelle. Le droit de la concurrence doit-il s'appliquer de la même manière aux marchés traditionnels et aux

marchés de haute technologie, alors même que les produits en cause sont protégés par des droits de propriété intellectuelle ?

Avant d'aborder l'approche européenne de la question (Chapitre III), il conviendra de s'attacher à la manière dont l'analyse économique a abordé ce nouveau marché (Chapitre II). Cela nous permettra de voir comment celle-ci a percé en droit européen et d'adopter une approche comparée. L'étude comparée de l'analyse économique aux Etats-Unis et en Europe est en effet fondamentale. Si en Europe il semble que l'analyse économique en soit à ses débuts, dans une phase « clinique », elle est néanmoins de plus en plus utilisée par les autorités de concurrence. Les questions cruciales qui se posent sont donc les suivantes : la réponse des autorités de concurrence communautaires est-elle inspirée de la pratique et des principes américains et dans quelle mesure l'analyse économique, telle qu'elle existe aux Etats-Unis, peut être transposée en droit européen ?

La position française sur cette question ne sera pas évoquée, car ce marché implique des entreprises et des opérations d'une telle taille qu'elles sont vouées à l'analyse unique des autorités communautaires.

CHAPITRE I

LE MARCHÉ DE LA BIOTECHNOLOGIE

Il s'agit, avant tout, d'un marché récent qui a surpris par son ampleur, sa spécificité et par l'importante restructuration des entreprises qu'il a entraînée (I). Ses caractéristiques appellent un traitement particulier en droit de la concurrence (II).

I LE MARCHE DE L'INNOVATION BIOTECHNOLOGIQUE

A Etat du marché

1 Emergence de la biotechnologie

« Plus que jamais l'innovation est au cœur des stratégies pharmaceutiques. [...] Les groupes pharmaceutiques doivent lancer, chaque année, deux ou trois molécules à fort potentiel de vente, pour remplacer leurs médicaments vedettes concurrencés par les génériques. La course à l'innovation et les nouvelles technologies les poussent à multiplier les partenariats »³.

On assiste en effet à l'émergence d'un véritable arsenal de nouvelles technologies telles que la génomique, la protéomique ou la bio-informatique qui multiplient par vingt les potentialités de découverte de nouveaux médicaments⁴.

La bio-informatique est née au début des années 1980, lorsque le Laboratoire Européen de Biologie Moléculaire et le Département Américain de l'Energie ont créé des banques de données pour enregistrer les données que les scientifiques commençaient à obtenir sur le génome. Depuis lors, il a fallu stocker les milliards de

³ Voir F. Bal, « Les alliances entre grands laboratoires et start-up dynamisent la recherche » *Le Monde* (26 août 2000) 13.

⁴ Cette panoplie de techniques intégrées permet d'identifier les gènes impliqués dans les maladies, de trouver leur rôle et de sélectionner les molécules qui pourront devenir des médicaments.

bits d'information fournis par le code génétique humain. Une fois compilées sur support informatique, ces données peuvent être exploitées par les mêmes scientifiques afin de mieux explorer le génome humain.

Le secteur public a initié le processus, mais très vite les sociétés privées se sont intéressées au phénomène. Le rôle des sociétés bio-informatiques est donc de collecter et de stocker les données, d'effectuer des recherches dans des banques de données et de les interpréter. Leurs clients sont le plus souvent des laboratoires pharmaceutiques et des sociétés de génie génétique. La bio-informatique aide ainsi à trouver les principes actifs des médicaments plus efficacement qu'à travers les méthodes classiques car le temps de recherche y est réduit. Le résultat d'années de recherche peut être obtenu en quelques semaines. Grâce à ces techniques, le temps de commercialisation d'un médicament peut également être augmenté avant que son brevet n'expire, et faire ainsi gagner des milliards supplémentaires à l'entreprise qui l'exploite⁵.

2 L'explosion du marché biotechnologique

La taille des alliances réalisées sur ce marché est un phénomène récent, qui a pris une ampleur sans précédent à la fin des années 1990.

Aujourd'hui, l'industrie du médicament offre à ses actionnaires un taux de rentabilité de 20 à 40 %. De surcroît, la forte croissance des ventes sur le plan mondial, estimée à 10,7 % en 1999, devrait se poursuivre au rythme de 8,1% dans les cinq années à

⁵ Voir K. Howard, « La bio-informatique » *Pour la Science* (septembre 2000) 46.

venir. Pour tenir cette cadence effrénée, les grands groupes doivent, chaque année, mettre sur le marché deux ou trois molécules d'un potentiel de vente supérieur à un milliard de dollars⁶. Pour cela, il faut que ces entreprises lancent rapidement et simultanément leurs produits aux Etats Unis, en Europe et au Japon, qui représentent les trois-quarts du marché mondial⁷.

A titre d'exemple, la société Novartis a conclu en juin 2000 un accord avec la société américaine de biotechnologie Vertex, afin de fournir à terme huit médicaments pour un montant de 850 millions de dollars US.

Une autre alliance, de 450 millions de dollars celle-ci, a été conclue entre la société franco-allemande Aventis et la société Millenium, afin d'augmenter la productivité de leurs recherches dans ce domaine. Millenium avait déjà acquis la société américaine Leukosite en 1999, intégrant ainsi un portefeuille de six molécules en développement et franchissant ainsi un pas vers la commercialisation de médicaments. Millenium – déjà présente au Japon- cherche dorénavant à s'implanter en Europe. Elle a commencé le processus en acquérant la société britannique Cambridge Discovery Chemistry en juillet 2000.

Bayer et Aventis ont aussi conclu un accord en 1998 qui prévoyait la fourniture de cibles thérapeutiques⁸ impliquées entre autre dans les infections virales, le cancer et les maladies cardiovasculaires. A ce jour trente-six gènes ont été identifiés, bien avant l'échéance du planning que les sociétés s'étaient établi.

⁶ Ces molécules sont dénommées « blockbusters ».

Cependant, une observation plus poussée du marché révèle que la créativité de l'industrie pharmaceutique trouve également sa source dans les petites start-up spécialisées en biotechnologie. Spécialisées et plus réactives, celles-ci sont aussi plus vulnérables en cas d'échec.

Le marché boursier confirme l'explosion de ce marché. Le *Wall Street Journal* parle de « rush » vers les actions des sociétés de biotechnologie :

[T]he hype surrounding the human genome has sent many investors rushing into biotech stocks, reigniting share prices after a flame-out earlier this year. [...] [B]ankers and venture capitalists say dozens more biotech companies are preparing to come to market over the next several months⁹.

L'importance de la biotechnologie pour les années à venir est également révélée par l'intérêt que lui porte le secteur financier. Ainsi, le Crédit Agricole Indosuez a-t-il créé une unité européenne de vingt-cinq analystes financiers spécialisés dans le domaine de la biotechnologie et de la pharmaceutique¹⁰.

B Spécificités du marché de la biotechnologie

Le marché biotechnologique fait bien partie de ce qui est communément appelé le marché des hautes technologies. Il en diffère cependant par certains aspects qui méritent d'être soulignés. Sur ce marché, le choix stratégique des restructurations

⁷ F. Bal, « Le marketing prend le pas sur la recherche dans l'industrie pharmaceutique » *Le Monde* (10 octobre 2000) 23.

⁸ Il s'agit de protéines sur lesquelles les médicaments agissent.

⁹ V. Fuhrmans, « LION Bioscience might become King of Summer's IPO's » *The Wall Street Journal Europe* (1^{er} Août 2000) 1,16.

¹⁰ *Le Point* (25 juillet 2000).

d'entreprise est déterminé par plusieurs facteurs, dont le premier est la recherche d'efficacité à travers des économies d'échelle. Le second est la réduction des risques et en dernier lieu, vient également la nécessité de se développer pour faire face à l'expiration des produits brevetés.

1 Une transition de marché rapide

En matière de haute technologie, comme en matière d'informatique pure par exemple, les cycles de vie des produits sont souvent assez courts. L'introduction perpétuelle de nouveaux produits rend la transition de marché extrêmement rapide.

Cependant, la biotechnologie semble être un sous-ensemble un peu particulier des nouvelles et hautes technologies. Tout d'abord, la recherche est accélérée par la bio-informatique mais elle peut rester longue. Ensuite, les brevets déposés par les entreprises déterminent le temps de l'exclusivité de la commercialisation d'un produit. Une entreprise ne peut donc venir concurrencer le détenteur d'un brevet avant son expiration.

De plus, une commercialisation réussie du produit peut contribuer à renforcer la position dominante de l'entreprise et former un barrage à l'entrée du marché de l'innovation biotechnologique.

Ainsi l'innovation biotechnologique en tant que marché présente t-elle des caractéristiques qui la distinguent des autres types de hautes technologies. Il implique des produits *futurs*, et non des produits déjà existants, et nécessite le dépôt de brevets.

2 Un investissement colossal en recherche et développement.

Les investissements des entreprises en matière de recherche et développement biotechnologique sont largement supérieurs à ceux des autres secteurs. En 1996 déjà, les entreprises américaines actives en matière de recherche pharmaceutique ont dépensé plus de seize milliards en recherche et développement¹¹.

Par ailleurs, les coûts fixes initiaux sont extrêmement élevés tandis que les coûts variables de reproduction des produits sont beaucoup plus bas.

On pourra citer, à titre d'exemple, la société Eli Lilly, pour laquelle la branche recherche et développement représente 19% de son chiffre d'affaires, soit 2 milliards de dollars US pour l'année 2000¹². Ce montant est également valable pour Bristol Myers Squibb pour son budget 2001¹³.

3 La recherche de technologies complémentaires.

La bio-informatique repose sur des entreprises de toutes tailles mais rares sont les groupes qui possèdent soit les techniques nécessaires, soit les moyens de financer ces recherches extrêmement coûteuses. Ainsi les laboratoires nouent-ils des alliances ou rachètent-ils des groupes qui ont une expérience forte dans un domaine particulier.

¹¹ H.E. Bale, "Patent Protection and Pharmaceutical Innovation" [1996-1997] N.Y.U.J. Int'l L. & Pol. 95.

¹² « Eli Lilly affronte « l'après-Prozac » avec une panoplie de nouveaux médicaments innovants » *Le Quotidien du Médecin* (13 juin 2001) 5 ; « Eli Lilly se prépare à la fin du règne du Prozac » *Les Echos* (7 juin 2001) 16.

¹³ « BMS veut faire de la France un secteur clé de son développement » *Le Quotidien du Médecin* (4 juillet 2001) 4.

Les entreprises qui disposent d'actifs complémentaires ou bien présentes dans des activités utilisant des savoir-faire complémentaires ont en effet le plus souvent intérêt à fusionner pour bénéficier d'économies d'échelle d'envergure.

Munis de partenaires et de réseaux commerciaux valables, les grands groupes augmentent leurs compétences bio-informatiques et s'adaptent aux nouvelles techniques. La forme de la fusion permet d'unir les patrimoines sociaux et les actionnaires, et d'obtenir une meilleure rentabilité grâce à une gestion plus méthodique et rationalisée.

Par ailleurs, cet investissement en recherche et développement est également hautement risqué pour les entreprises isolées car l'évaluation des chances de succès et le retour sur investissement sont des critères déterminants et difficiles à estimer à des stades précoces. La mise en commun de technologies complémentaires à travers une alliance ou une fusion réduit sensiblement ces risques en les divisant par le nombre d'entreprises concernées. C'est pourquoi les sociétés pharmaceutiques, tels les géants Aventis, Novartis ou SmithKline Beecham¹⁴, se tournent vers les sociétés spécialisées en biotechnologie.

Dans un récent article relatif à un éventuel rapprochement des deux entreprises suisses Novartis (issu de la fusion Ciba-Geigy et Sandoz) et Roche, un analyste financier souligne : « Ces deux groupes ont trop de médicaments à lancer dans les prochaines années par rapport à leurs structures actuelles. Leur rapprochement

¹⁴ Aujourd'hui dénommée GSK depuis qu'elle a fusionné avec Glaxo Wellcome.

permettrait de faire des économies d'échelle pour réinvestir aux Etats-Unis, où le marché pharmaceutique progresse deux fois plus vite »¹⁵.

Un autre article vient compléter cette idée, dans lequel le Président directeur général de Glaxo Smith Kline souligne: « [l]es médecins doivent être convaincus du fait que ces fusions ont pour principale finalité de dégager des budgets plus importants de recherche et de développement et, on peut l'espérer, de découvrir de nouveaux médicaments innovants »¹⁶.

4 Protection des produits innovants par la propriété intellectuelle

En dernier lieu, il est vrai aussi que les entreprises s'intéressent à l'acquisition de nouveaux laboratoires ou de nouvelles pharmacies tout simplement pour regarnir leur portefeuille de médicaments.

A titre d'illustration, c'est exactement la situation dans laquelle s'est trouvé le laboratoire américain Bristol-Myers Squibb. Confronté à l'expiration de plusieurs de ses brevets sur des médicaments importants et à des échecs dans le lancement de nouvelles molécules, ce dernier a proposé huit milliards de dollars pour l'acquisition de la pharmacie DuPont¹⁷.

¹⁵ « Le suisse Novartis s'invite par surprise au capital de son compatriote Roche » *Les Echos* (9 mai 2001) 10.

¹⁶ « Le Dr Limet : la finalité des fusions entre laboratoires doit être l'innovation » *Le Quotidien du Médecin* (27 juin 2001) 6.

¹⁷ « Bristol-Myers Squibb donné favori pour l'achat de la pharmacie de DuPont » *Les Echos* (14 juin 2001).

On peut en conclure, avec S. Scotchmer, que le marché de la biotechnologie est « une course aux brevets »¹⁸.

¹⁸ [notre traduction], voir « R&D Joint Ventures and Other Cooperative Arrangements » dans R.D. Anderson, N.T. Gallini, *et al.*, dir., *Competition Policy and Intellectual Property Rights in the Knowledge-Based Economy*, Industry Canada Research Series, Calgary, University of Calgary Press, vol. 9, 1998, 203 à la p. 205.

II REACTION DES AUTORITES DE CONCURRENCE

A Les types de restructurations

On évoquera les formes que peuvent prendre ces restructurations pour pouvoir ensuite montrer quel rôle le droit de la concurrence a à jouer en matière de concentrations d'entreprises et plus particulièrement en matière de fusions (Chapitre II).

La coopération entre entreprises en matière de recherche peut prendre diverses formes. Il peut s'agir de simples accords en vue de partager les bénéfices futurs d'une recherche, dits « alliances stratégiques »¹⁹. Les accords de « joint-venture » (société commune) sont une des formes les plus courantes d'association entre sociétés, et couvrent eux-mêmes divers types d'arrangements :

- L'hypothèse la plus traditionnelle est la création d'une entreprise commune par deux sociétés ou plus, qui mettent en commun leurs projets de recherche et développement :
- Une autre forme adoptée par les entreprises est le consortium où lorsque les risques à procéder séparément sont grands, elles s'engagent dans de vastes projets communs de recherche et développement :

- Une troisième forme consiste dans la création, par les leaders du marché, d'une start-up qui réunit les capitaux de ses fondatrices ;
- Il est également possible d'envisager des accords croisés de licence libres de redevances, où les entreprises en cause se mettent d'accord pour partager les bénéfices du résultat mais pas les coûts de la recherche ;
- En dernier lieu, les entreprises peuvent tout simplement prévoir que leur personnel collaborera et s'échangera le produit de leurs recherches respectives²⁰.

Si les sociétés communes de recherche permettent une collaboration plus souple que les fusions elles s'en rapprochent néanmoins. Les autorités de concurrence tantôt les y assimilent, tantôt les autorisent davantage que les fusions.

Cette étude se consacrera essentiellement aux fusions horizontales, qui sont les plus problématiques en termes de concurrence. Les sociétés communes de recherche seront, elles, évoquées de manière secondaire. Par fusion, on entend aussi bien la fusion par absorption que la fusion par création d'une société nouvelle.

¹⁹ Pour une étude des accords de recherche et développement, voir M. Luby et S. Poillot-Peruzzetto, « La fonction recherche et développement » dans *Le droit communautaire appliqué à l'entreprise*, Paris, Dalloz, 1998 à la p. 485.

²⁰ M.L. Katz. et J.A. Ordover, « R&D Cooperation and Competition » [1990] Brookings Papers : Microeconomics 137 à la p. 143.

B Légitimité de l'intervention du droit de la concurrence ?

Ces évolutions majeures du marché appellent obligatoirement l'attention des autorités de concurrence. Ainsi que le souligne Robert Pitofsky²¹, l'application des règles de concurrence aux marchés de haute technologie est l'une des missions les plus intéressantes que doivent affronter les législateurs aujourd'hui²².

D'après la description des caractéristiques de ce marché, celui-ci semble nécessiter un traitement particulier. On ne verra pas immédiatement dans quelle mesure la théorie développée par l'analyse économique est pertinente, mais on soulignera en quoi l'intérêt du droit de la concurrence pour ces restructurations est légitime²³.

1 Les effets anticoncurrentiels des restructurations

Les situations anticoncurrentielles que l'on peut constater sur les marchés biotechnologique et pharmaceutiques s'expliquent par un certain nombre de facteurs structurels et par les pratiques mises en œuvre par les entreprises actives dans ces domaines.

²¹ Robert Pitofsky est le Président de la « Federal Trade Commission ».

²² R. Pitofsky, « Antitrust Analysis in High-Tech Industries: A 19th Century Discipline Addresses 21st Century Problems », (25-26 février 1999), en ligne : <<http://www.ftc.gov/speeches/pitofsky/hotch.htm>> (date d'accès : 25 octobre 1999) ; voir aussi D. Balto et R. Pitofsky, « Antitrust and High-Tech Industries: The New Challenge » (1998) 43:3-4 Antitrust Bulletin 583 à la p. 585.

²³ Voir généralement T.M. Jorde, « Innovation, Cooperation and Antitrust » (1989) 4 High Technology Law Journal 1.

Il convient de souligner que les pratiques anticoncurrentielles susceptibles d'être mises en œuvre par ces entreprises tombent toujours sous les dénominations d'ententes et d'abus de position dominante.

- Barrières à l'entrée

Le montant même des sommes engagées dans la recherche et le développement constitue une barrière naturelle à l'entrée des plus petits concurrents sur le marché.

Par ailleurs, les brevets et le copyright sont également, en eux-mêmes, des moyens classiques de freiner la concurrence. En effet, les monopoleurs peuvent supprimer la concurrence et retarder la course à l'innovation car aucune pression concurrentielle ne pèse sur eux. Ils peuvent être tentés de protéger leur position sur le marché conquis plutôt que de continuer à innover, et renforcer notamment leur position dominante en refusant d'octroyer des licences à d'autres acteurs économiques²⁴. Cette position de monopole expose les consommateurs au risque le plus traditionnel : l'augmentation subséquente des prix sur le marché²⁵.

Les entreprises concernées sont également susceptibles de mettre en œuvre des pratiques discriminatoires ou d'intimidation vis à vis de leurs concurrents.

A titre d'illustration, on peut citer la récente condamnation pour abus de position dominante de la filiale française du laboratoire américain Abbott par le Conseil de la Concurrence français (le 21 mai 2001). En effet, l'entreprise freinait le

²⁴ L'abus consistant non à refuser de licencier, mais à le refuser arbitrairement.

développement sur le marché, des produits concurrents de son anesthésique, l'Isoflurane, en adaptant le niveau de prix de ses offres dans la stricte mesure de ce qui lui paraissait nécessaire à l'éviction de ses concurrents²⁶.

Aux Etats Unis, en matière de biotechnologies et de pharmaceutique, la longueur de la procédure d'approbation du produit par la « Food and Drug Administration » (F.D.A.) est en soi une barrière à l'entrée du marché.

- Groupes des brevets et Accords de licence croisés

Par ailleurs, les entreprises qui obtiennent en premier un brevet défini trop largement peuvent par la suite obtenir et contrôler des brevets sur les applications du produit et bloquer ainsi l'entrée sur le marché à des entreprises concurrentes alors que celles-ci pourraient notamment apporter des améliorations aux nouveaux produits²⁷.

Un marché peut aussi devenir excessivement concentré quand par exemple une entreprise qui est à six mois du résultat de ses recherches en acquiert une autre, qui se situe juste devant elle et est en passe de commercialiser le nouveau produit. Si, de surcroît, les autres sociétés sont loin derrière, la restriction de concurrence est certaine.

²⁵ J. Kattan, « Antitrust Analysis of Technology Joint Ventures: Allocative Efficiency and the Rewards of Innovation » (1993) 61 Antitrust L. J. 937 aux pp. 955 et 969.

²⁶ « Abbott épinglé pour ses pratiques sur le marché français » *Le Monde* (22 mai 2001) 20.

²⁷ Voir R. Merges et R. Nelson, « Market Structure and Technical Advance: The Role of Patent Scope Decisions » dans T.M. Jorde et D. J. Teece, *Antitrust, Innovation and Competitiveness*, New York, Oxford, Oxford University Press, 1992 au c. 9; voir aussi J. Kattan, « Antitrust Analysis of Technology Joint Ventures: Allocative Efficiency and the Rewards of Innovation » (1993) 61 Antitrust L. J. à la p. 955. Voir généralement M. Dolmans, « Restrictions on Innovation: An EU Antitrust Approach » (1998) 66 Antitrust L. J. 457.

Un problème de concurrence peut également se poser lorsqu'une entreprise qui commercialise déjà un produit rachète une autre, qui est justement dans une phase de recherche en vue de développer un produit concurrent.

Enfin, dans l'hypothèse d'une joint-venture, les sociétés mères peuvent être tentées d'aligner leurs prix sur celui de leur société commune lorsqu'elles œuvrent sur le même marché.

2 Nécessité d'une réponse spécifique du droit de la concurrence ?

De toutes parts, on demande une exception en droit de la concurrence pour les marchés de haute technologie, incluant par là les marchés de l'innovation biotechnologique.

Certains soutiennent la solution d'une exception en faveur des fusions et demandent que les autorités de concurrence ferment les yeux sur ces pratiques, tandis que d'autres souhaitent que les autorités de concurrence observent la même vigilance vis à vis de ces restructurations, mais avec une observation plus poussée du marché en cause.

a/ Les opposants à une intervention du droit de la concurrence

On retrouve, dans les opposants à l'intervention des autorités de concurrence en matière de haute technologie et de biotechnologie, les opposants traditionnels au droit

de la concurrence. Certains soutiennent, entre autre, que les dépenses en recherche et développement sont réduites par la coopération et la fusion et les profits en sont accrus.

D'autres avancent qu'en matière de haute technologie, le pouvoir de marché des entreprises évolue extrêmement vite et n'est que transitoire. Par conséquent, l'intervention du droit de la concurrence ne serait pas pertinente²⁸. Or il convient de rappeler que les parts de marché en cause sont colossales. Une domination de marché qui durerait « seulement » quinze ans affecterait profondément le marché en cause, et serait susceptible de bloquer l'entrée, pendant toute cette période, à des innovateurs potentiels.

On trouve également des sceptiques, tels Demsetz²⁹ et Leary, qui s'interrogent sur la pertinence des outils analytiques existants en matière de concurrence³⁰.

b/ Un droit de la concurrence nécessaire

La dimension de ce marché et les pratiques anticoncurrentielles relevées ci-dessus justifient d'elles-mêmes l'attention des autorités de concurrence. En tout état de

²⁸ Les détracteurs du droit de la concurrence invoquent régulièrement les problèmes structurels liés à l'application des règles de concurrence, et plus particulièrement à la durée des procédures engagées contre les entreprises. Le cas IBM, aux Etats-Unis, est souvent cité dans ce sens : le gouvernement américain, après plusieurs années d'enquête et six ans de procès, finit par abandonner les poursuites à l'encontre d'IBM, qui n'était plus, alors, en situation de monopole sur le marché : *United States c. IBM*, 1997-1 Trade-Cas. (CCH) ¶ 71, 786 (S.D.N.Y. 1997).

²⁹ H. Demsetz, « 100 Years of Antitrust: Should We Celebrate? », Brent T. Upson Memorial Lecture, George Mason University School of Law, Law & Economics Centre, 1991 [non publié].

cause, il ne serait pas raisonnable d'interdire au droit de la concurrence de s'intéresser à cette problématique³¹.

Il convient en effet d'envisager l'innovation dans un esprit utilitariste et démocratique : la légitimité de l'innovation vient de ce qu'elle permet au plus grand nombre de bénéficier des avancées de la technologie et d'améliorer ses conditions d'existence. C'est la mission du droit de la concurrence de préserver cette conception de l'innovation.

A ce stade de l'étude il convient juste de souligner que ce marché présente des caractéristiques telles qu'il mérite également une attention soutenue de l'analyse économique. C'est pourquoi il convient d'observer les fondements théoriques développés par les économistes qui s'attachent à révéler les raisons d'une réponse adaptée du droit de la concurrence.

Une fois admise la nécessité de l'intervention du droit de la concurrence, il convient donc de s'interroger sur les modalités de cette application. Faut-il appliquer les règles traditionnelles ou bien prendre en compte les spécificités du marché et modifier les règles applicables ?

³⁰ H. Demsetz introduit son discours en disant : « *We do not yet possess an antitrust-relevant understanding of competition* », *supra* note 29.

³¹ Voir en ce sens W.J. Baer, « Antitrust Enforcement and High Technology Markets » (12 novembre 1998), en ligne : <<http://www.ftc.gov/speeches/other/ipat6.htm>> (date d'accès : 25 octobre 1999).

CHAPITRE II

ANALYSES CONCURRENTIELLE ET ECONOMIQUE

The challenge for antitrust law is to distinguish legitimate procompetitive innovation strategies that harm competitors simply because they are successful from those that are motivated for predatory reasons³².

Avant de s'attacher à éclairer l'essence de ce débat sur les marchés de l'innovation (II) et ses incidences sur le droit positif (Chapitre III), il convient d'exposer les fondements théoriques de cette réflexion (I).

³² D.L. Rubinfeld, « Antitrust Enforcement in Dynamic Network Industries », cité par W.A. Sheremata, « New Issues Raised by Information Technology Industries » (1998) 43:3-4 Antitrust Bulletin 547 à la p. 552.

I VERS LA PRISE EN COMPTE DU CONCEPT D'INNOVATION

La réflexion relative aux marchés et l'innovation participe d'une préoccupation inhérente à l'analyse économique qui consiste à se demander comment modeler les règles de concurrence de façon à optimiser leur contribution à l'efficacité économique et au bien-être des consommateurs.

Ainsi, tenter de définir le terme « concurrence » revient déjà à entrer dans le débat des économistes. En effet, chaque école et chacun, au sein de ces écoles, préconise des fondements et des buts différents au droit de la concurrence.

Par ailleurs, les partisans de son application sont aussi nombreux que ses détracteurs, ce qui influe d'autant sur le contenu de la doctrine exposée par chacun. Petit à petit, l'innovation est venue figurer dans les buts assignés au droit de la concurrence. Les auteurs ont pris en compte ce phénomène dynamique et ont, dans le même temps que la réflexion évoluait sur les fondements et les buts du droit de la concurrence, intégré ce phénomène, qui bouleversait la définition même de la concurrence.

Il convient donc d'exposer une synthèse de ce qui ressort de la doctrine, avant de s'interroger sur le bien-fondé d'une théorie récente : la théorie des marchés de l'innovation.

A Apparition de la théorie des marchés de l'innovation dans l'analyse économique

1 Vers une conception dynamique de l'analyse économique

« L'Histoire » du concept de concurrence remonte au XVIIIème siècle, lorsque Adam Smith fait état, dans l'histoire même de la science économique, d'un certain type de comportement : la recherche par chaque individu de son intérêt personnel. Il fait de cela le principe fondamental de l'organisation de la vie économique³³.

a/ La concurrence comme loi scientifique

J.S. Mill développe, dans *The Principles of Political Economy*³⁴, l'idée selon laquelle c'est grâce au principe de concurrence que l'économie politique peut avoir la prétention d'être une science. Ce postulat vient au soutien d'A. Smith, en sous-entendant qu'en se battant contre ses semblables pour le plus grand profit, l'individu consommateur participe à deux bienfaits pour l'humanité : l'allocation optimale des ressources et l'annulation des super profits.

Cette analyse est le fruit de la logique déterministe propre au siècle des Lumières : « le juste prix prôné par St Thomas d'Aquin n'est plus [...] le fruit d'un comportement idéal et volontariste d'un individu soucieux d'assurer son salut éternel.

³³ A. Smith, *An Inquiry into the Nature and Cause of the Wealth of Nations*, Edinburgh, vol.3, 1776.

mais le pur produit d'une logique profondément déterministe dont le point de départ est le besoin de satisfaire une tendance naturelle à l'égoïsme »³⁵. Ainsi, lorsque Adam Smith explique que le prix naturel est celui autour duquel gravite le prix de marché, il affiche son ambition de proposer dans le domaine économique l'équivalent des lois de la gravité universelle. Dans son raisonnement, la concurrence est un comportement et le marché une institution permettant la formation des prix.

L'intérêt de cette analyse réside dans le fait que Smith est le premier à attirer l'attention sur les conditions optimales du jeu concurrentiel, mais le grave inconvénient est qu'il ne lie absolument pas la concurrence à l'existence de telle ou telle forme de marché. Bien que statique, sa théorie est néanmoins le point de départ de la pensée économique appliquée à la concurrence.

b/ La fusion opérée entre marché et concurrence : les néoclassiques

Les économistes néoclassiques ont proposé un modèle de concurrence pure et parfaite qui confond les notions de concurrence et de marché³⁶.

On parle depuis ce moment « d'économie de marché » pour traduire l'idée de libre concurrence.

Les néoclassiques ont modélisé un système en équilibre (et donc statique) où les consommateurs peuvent durablement obtenir les quantités souhaitées d'un produit au

³⁴ Vol.5, 1848, au chapitre 10.

³⁵ M. Glais et P. Laurent, « De la théorie économique à la protection juridique de la concurrence » Gaz. Pal. 1978 209.

prix le plus bas lorsqu'un certain nombre de conditions sont remplies (grand nombre de demandeurs et d'offreurs avertis des conditions régnant sur le marché, produit homogène, entrée et sortie de la branche totalement libres, absence de coûts de transport). Ce prix tend donc à s'établir avec un certain équilibre.

Ce modèle d'équilibre général a donné lieu à un immense développement de la science économique puisqu'il fournissait un outil dorénavant formalisé et manipulable. Il a pourtant encouru de vives critiques dans la mesure où il s'agissait d'un modèle mathématique statique. Pour F. Hayek³⁷, notamment, toute concurrence pure et parfaite constitue l'absence de toute activité concurrentielle, et elle ne peut servir de modèle dans la mesure où « la loi ne peut prohiber effectivement un état des affaires mais seulement des types d'action »³⁸. Ce modèle sous-entend par ailleurs l'indépendance totale des entreprises et ne prévoit pas l'existence de contrats complexes. En bâtissant une analyse qui exclut toute dynamique potentielle (des innovations technologiques notamment) et en se focalisant uniquement sur la question du prix d'équilibre, les néoclassiques ont en quelque sorte établi un modèle surdéterminé à la portée limitée.

E. Chamberlin va introduire de la souplesse dans le système proposé en redonnant à l'entreprise une certaine liberté quant à la différenciation des produits et des coûts de

³⁶ Cette école commence dans les années 1870 avec Carl Menger et Léon Walras et se poursuit jusque vers le milieu du XXème siècle avec les travaux de Paul Samuelson.

³⁷ F. Hayek fait partie de ce que l'on appelle l'Ecole autrichienne, dans laquelle figurent aussi Carl Menger, et aux Etats-Unis, Ludwig von Mises et Israel Kirzner. Voir notamment F.A. Hayek "Competition as a Discovery Procedure" dans F.A. Hayek (dir.), *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*, Chicago, The University of Chicago Press, 1978, aux pp. 179-190.

³⁸ *Supra* note 37.

transport. C'est lui qui incorpore les variables « produit » et « coût de vente » dans l'analyse concurrentielle, mais il reste encore très proche du modèle néoclassique.

c/ Le pragmatisme du modèle marshallien

Sceptique à l'égard des classifications trop rigides, Marshall reste au contact de la réalité dans une analyse qu'il souhaite dynamique. Le postulat du maître de Cambridge est le suivant : « tant que l'entrée dans une branche demeure possible celle-ci doit être, en longue période, considérée comme soumise à la logique concurrentielle »³⁹.

Ainsi Marshall adopte-t-il une conception beaucoup plus large de la branche que les néoclassiques. Il laisse place à la différenciation des produits, de la publicité, des coûts de vente, et à la possibilité d'imperfection du niveau de connaissances des entreprises ainsi qu'à l'initiative individuelle. Il fait donc confiance au fonctionnement du marché et en déduit que le cycle naturel de vie des entreprises empêche les phénomènes de monopolisation.

Pourtant, c'est J. Schumpeter qui est le véritable précurseur de l'analyse moderne de la concurrence dynamique.

La confusion opérée par les néoclassiques entre marché et concurrence a été dénoncée par J. Schumpeter dans ses ouvrages *Théorie de l'évolution dynamique* et *Capitalisme, socialisme et démocratie*. Alors que le courant néoclassique s'est focalisé sur les mécanismes qui permettent d'aligner les prix sur le coût de production, Schumpeter a attiré l'attention sur la notion de « concurrence rivalité », c'est à dire une concurrence qui s'appuie sur une supériorité décisive du point de vue coût et qualité. Pour lui, le capitalisme est « de par sa nature, un type ou une méthode de transformation économique, qui révolutionne constamment de l'intérieur la structure économique, en détruisant continuellement ses éléments vieillis et en créant continuellement des éléments neufs », la concurrence constituant le moteur de ce processus de destruction créatrice.

En outre, l'auteur affirme qu'il est vain de vouloir juger le système à un moment donné car la concurrence est un processus qui ne révèle ses véritables caractéristiques et ses effets définitifs qu'à très long terme. Il est sans doute le premier à avoir souligné de façon aussi claire l'importance du facteur temps, thème aujourd'hui récurrent dans l'analyse économique⁴⁰. Sur l'innovation à proprement parler,

³⁹ M. Glais et P. Laurent, « De la théorie économique à la protection juridique de la concurrence » *supra* note 35.

⁴⁰ Sur l'importance du facteur temps dans l'analyse concurrentielle de l'innovation, voir J.-L. Gaffard *et al.*, « Innovation et concurrence », Ateliers de réflexion sur la concurrence, D.G.C.C.R.F., 6 octobre 1994 (1995) 83 *Revue Concurrence Consommation* 17.

Schumpeter argue que le moteur du capitalisme est l'innovation produite par la concurrence entre entreprises⁴¹.

e. Une nouvelle ère : la concurrence praticable

Avec la thèse qu'il développe dans *Toward a Concept of Workable Competition*⁴², Clark sonne le glas de l'analyse néoclassique. Il démontre que les imperfections du marché ont une influence positive sur la concurrence. M. Glais s'inscrit dans ce courant en déclarant : « La concurrence ce n'est pas un processus d'équilibre, c'est toujours un processus de déséquilibre »⁴³.

Ce rejet de la concurrence pure et parfaite constitue une véritable révolution au sein de la pensée économique, entraînant dans son sillage de nombreux auteurs regroupés au sein de l'école dénommée soit « l'Ecole managériale », soit « les Structuralistes de Harvard ». Ces derniers se sont attachés, après Clark, à redéfinir les critères de la concurrence réalisable, les piliers en étant *l'accessibilité* et la *compatibilité avec l'intérêt public*. Tant de classifications ont été élaborées par la suite que S.H. Sosnick les a réparties en tests de structure, de comportements et de résultats.

Le climat intellectuel chez les économistes contemporains se serait notamment modifié sous l'influence de la théorie des jeux. Dans les cas les plus simples, cette

⁴¹ R.P. Merges et R.R. Nelson, « Market Structure and Technical Advance : The Role of Patent Scope Decisions » dans T.M. Jorde et D.J. Teece, *Antitrust, Innovation and Competitiveness*, New York, Oxford, Oxford University Press, 1992 au chapitre 9.

⁴² « Toward a Concept of Workable Competition » (1940) 30 American Econ. Rev. 241.

⁴³ M. Glais, « La finalité économique de la réglementation de la concurrence » (1995) 85 Revue Concurrence Consommation 45.

théorie met en présence deux entreprises indépendantes aux intérêts opposés à qui l'on demande de choisir entre deux solutions différentes. Les résultats financiers sont comparés en fonction de deux hypothèses : présence ou absence de coopération et échange d'informations. La plupart du temps, les résultats démontrent la supériorité des solutions de coopération sur les solutions d'indépendance. Certains se reposent donc sur cette théorie pour affirmer que la coopération est un gage de plus grande efficacité.

Ainsi le modèle de concurrence praticable est-il beaucoup moins affirmatif et absolu que celui de concurrence pure et parfaite. Mais la multitude de ces critères ne nuit-elle pas à la portée explicative générale de l'analyse ? Avec ce nouveau modèle, le qualificatif « concurrentiel » s'applique davantage –et même peut-être trop aisément– à des types de situations très différentes.

2 Analyse contemporaine de la concurrence

a/ la recherche d'un modèle de concurrence véritablement dynamique de la concurrence.

- **Considérée comme un *processus* et non comme un *état constitué*, la concurrence prend définitivement une autre dimension.**

Kirzner souligne, dans cet esprit, que le modèle d'équilibre classique est incapable de faire la distinction entre concurrence et monopole car il est statique. L'auteur

développe l'idée selon laquelle la fonction d'entreprise (capacité à voir les occasions non exploitées sur un marché) est permise par le processus de concurrence et joue aussi bien sur le long que le moyen terme. Ainsi le modèle proposé par Kirzner est-il plus global que celui de Schumpeter et n'encourt-il pas les critiques faites aux premiers défenseurs de la concurrence praticable⁴⁴.

Cette notion de « dynamique » est même brandie par certains à titre de finalité du droit de la concurrence. Dans le droit fil de cette idée, le Français C. Babusiaux souligne que le progrès économique est un prolongement du droit de la concurrence⁴⁵. Il définit le progrès comme le *mouvement*, observant que dans l'économie moderne on ne peut juger si une évolution est bonne ou mauvaise mais seulement constater que l'entente ou la concentration ne figent pas le marché.

- **Une nouvelle approche pour les autorités de concurrence.**

Le choix d'une conception, classique ou dynamique, a des conséquences sur le rôle qui incombe aux autorités de concurrence. Il convient tout d'abord de souligner que les critères classiques observés par les autorités de concurrence tels que les prix, les parts de marché, les profits et la concentration ne sont plus suffisants pour dire si une pratique, telle une fusion, est anticoncurrentielle ou non. Ces variables ne peuvent plus, en tant que telles, conduire les autorités à prendre des mesures appropriées.

⁴⁴ I.M. Kirzner, *The Meaning of the Market Process - Essays in the Development of Modern Austrian Economics*, London, Routledge, 1996; I.M. Kirzner, *How Markets Work - Disequilibrium, Entrepreneurship and Discovery*, London, Institute of Economic Affairs, 1997 ; voir aussi J.B. Baker, « Contemporary Empirical Merger Analysis » (1997) 5:3 Geo. Mason L. Rev. 347.

⁴⁵ « La notion de progrès économique : sa portée et son contenu » (1996) 94 Concurrence Consommation 25.

W.A. Sheremata le souligne dans un article : « [M]odern times now require a more sophisticated approach to antitrust policy and enforcement. Modern times are ripe for an exploration and understanding of the details [...] »⁴⁶. Il est désormais nécessaire, comme le préconise également R. Brenner, d'appréhender les pratiques des entreprises à travers des modèles qui prennent en compte l'innovation⁴⁷.

b/ Une théorie dynamique : la théorie des marchés de l'innovation

Schumpeter est le premier à avoir souligné que la véritable concurrence était la concurrence en matière de recherche et développement qui permettait l'apparition de nouveaux produits et de nouvelles technologies. Dans son ouvrage *Capitalisme, socialisme et démocratie*, ce dernier dit : « [b]ut in capitalist reality [...] it is not that kind of competition that counts but the competition from the new commodity, the new technology, the new source of supply »⁴⁸. Il a ainsi ouvert le débat moderne sur les relations entre puissance, marché et innovation et souligné la nécessité de promouvoir le progrès technologique.

Les théoriciens et économistes contemporains ont reconnu le caractère fondamental du progrès technologique. Hayek a confirmé cette idée en soutenant que la concurrence est un processus de découverte. Kirzner, quant à lui, souligne que le

⁴⁶ « New Issues Raised by Information Technology Industries » (1998) 43:3-4 Antitrust Bulletin 547, à la p. 548.

⁴⁷ Voir R. Brenner « Market Power: Innovations and Antitrust » dans F. Mathewson, M. Trebilcock et M. Walker, dir., *The Law and Economics of Competition Policy*, Vancouver, B.C., The Fraser Institute, 1990, à la p. 179.

⁴⁸ Voir H.E. Bale, « Patent Protection and Pharmaceutical Innovation » (1996-97) N.Y.U.J. Int'l L. & Pol. 95 qui cite J. Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy* (1942).

marché capitaliste invite les acteurs économiques à développer un « esprit de veille »⁴⁹ à même de leur faire découvrir et proposer de nouveaux produits⁵⁰.

Jorde et Teece apportent leur contribution à l'analyse économique en insistant sur le fait que les autorités de la concurrence doivent absolument intégrer la dimension dynamique de la concurrence et prendre en compte, dans leurs analyses, le processus de l'innovation. Ils proposent que lors de l'analyse d'une fusion ou de tout autre accord, les autorités de concurrence prennent en compte des critères tels que la perception du marché par les consommateurs, le régime d'appropriation de l'invention dans lequel se trouvent les entreprises (brevet ou autre), la rapidité du changement technologique, la diversité des sources de connaissance et la nécessité d'accéder à des technologies complémentaires. Il leur faut également ne pas perdre de vue que la concurrence est ici fondée sur le produit et non sur le prix⁵¹.

Pour sa part, Michael Porter s'inscrit dans cette tendance en affirmant, dans son livre *The Competitive Advantage of Nations* que la rivalité entre entreprises a un rôle direct dans la stimulation et le développement de l'innovation⁵².

⁴⁹ « alertness ».

⁵⁰ Voir note 44 *supra*. Sur le processus même de l'innovation et la naissance des marchés, voir A. Bienaymé *et al*, « La naissance d'un marché », Ateliers de réflexion sur la concurrence, D.G.C.C.R.F., (1998) 104 *Revue de la Concurrence et de la Consommation* 16. Sur la diversité des phénomènes d'innovation, et leur impact sur la structure des coûts de l'entreprise, voir J. Broustail et F. Fréry, *Le Management Stratégique de l'Innovation*, Paris, Dalloz, 1993.

⁵¹ T.M. Jorde et D.J. Teece, *Antitrust, Innovation and Competitiveness*, New York, Oxford, Oxford University Press, 1992 à la p. 16.

⁵² R.M. Brunell, « Préface » (1995) 64 *Antitrust L. J.* 1, qui cite M.E. Porter, *The Competitive Advantage of Nations*, New York, The Free Press, 1990.

Influencée par ces travaux, l'administration Clinton s'est engagée dans une « campagne » anti-Schumpéterienne et a développé une approche des pratiques de fusion dite des marchés de l'innovation. Cette approche consiste en une analyse des conséquences des fusions sur l'innovation et aboutit, en 1995, à l'adoption de *Guidelines for the Licensing of Intellectual Property* :

Désormais, le marché de l'innovation est défini par les autorités américaines comme :

[T]he research and development directed to particular new or improved goods or processes and the close substitutes for that research and development. The close substitutes are research and development efforts, technologies, and goods that significantly constrain the exercise of market power with respect to the relevant research and development, [...]. The Agencies will delineate an innovation market only when the capabilities to engage in the relevant research and development can be associated with specialized assets or characteristics of specific firms⁵³.

Si ces *Guidelines* ont pour premier objectif de s'appliquer aux contrats de licence, elles sont également transposables aux opérations de fusion. Ainsi ces *Guidelines* n'ont-elles pas créé d'exemption au système de contrôle des fusions mais elles ont développé la notion de marché de l'innovation pour appliquer de manière particulière le contrôle au contexte de la recherche et du développement.

Ainsi cette définition pose que les entreprises s'affrontent sur un marché distinct en vue de créer et de développer de nouveaux produits ou services. Au lieu de définir le marché en termes de produits de génération future, on parle désormais de marchés de l'innovation : il y a marché de l'innovation lorsque la recherche et développement est orientée vers certains produits ou procédés, nouveaux ou améliorés, et vers leurs substituts les plus proches. Les autorités américaines s'appuient donc sur cette

définition pour évaluer une fusion et déterminer si elle va entraîner une réduction sensible en recherche et développement. Lorsqu'une pratique anticoncurrentielle est analysée, ce ne sont plus uniquement les restrictions en matière de prix qui sont recherchées mais les moyens stratégiques propres à empêcher l'entrée sur un marché.

Il convient cependant, avant d'étudier plus précisément la valeur et la portée de cette nouvelle théorie, d'éclairer davantage le contexte juridique dans lequel elle s'inscrit. En effet, les marchés de l'innovation recouvrent des produits futurs qui seront protégeables par des droits de propriété intellectuelle. Ainsi il n'est pas possible de bien cerner la théorie des marchés de l'innovation sans d'abord exposer les interférences latentes entre droit de la concurrence et droits de propriété intellectuelle.

B Enjeu du conflit concurrence/propriété intellectuelle : l'innovation

Si la question de l'articulation entre les droits de propriété intellectuelle et le droit de la concurrence n'est pas nouvelle⁵⁴, elle revêt une importance croissante du fait de l'accélération du développement technologique et de l'importance des recherches engagées dans le secteur pharmaceutique et biotechnologique à une échelle internationale⁵⁵.

⁵³ *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, 13 Trade Reg. Rep. 4 CCH 132 (1995).

⁵⁴ Pour une étude historique et analytique du « conflit » antitrust et propriété intellectuelle aux Etats Unis, voir W.K. Tom et J.A. Newberg, « Antitrust and Intellectual Property: From Separate Spheres to Unified Field » (1997) 66 Antitrust L. J. 167.

⁵⁵ Cette question connaît un regain d'intérêt dans la doctrine, mais également de la part des praticiens. A titre d'illustration, un colloque s'est tenu récemment (le 19 avril 2001) au Ministère français des Finances et de l'Economie, sur le thème : « Droit de propriété

Robert Pitofsky le souligne en introduisant l'une de ses allocutions comme suit :

The essential feature that is new about « the New Economy » is its increased dependence on products and services that are the embodiment of ideas. [...] A major challenge of the next decade is to identify the policies that will allow a market economy to thrive in the context of this intellectual property revolution. More narrowly, questions abound concerning the role of conventional antitrust enforcement policy in these new areas⁵⁶.

Les droits de propriété intellectuelle permettent de récompenser l'innovation et leur protection participe donc au développement dynamique des entreprises et de notre société⁵⁷. Ainsi que le souligne Schumpeter, la réalité capitaliste, qui est faite d'une concurrence croissante entre produits innovants, est le produit d'un système de brevet efficace⁵⁸. A travers les licences des brevets et des autres droits de propriété intellectuelle, l'innovateur est récompensé et il lui est permis d'exploiter les fruits de sa création. En effet, parce qu'elle nécessite des moyens et des dépenses importantes, l'innovation n'est concevable que si elle entraîne un profit pour les entreprises qui s'y

intellectuelle et concurrence ». Voir généralement A. Bienaymé, G. Canivet, C. Gavalda *et al.*, « Concurrence et propriété intellectuelle », Ateliers de réflexion sur la concurrence, D.G.C.C.R.F., 19 mai 1994 (1994) 80 *Revue Concurrence Consommation* 5 ; T.R. Lewis, et D.A. Yao, « Some Reflections on the Antitrust Treatment of Intellectual Property » (1995) 63 *Antitrust L. J.* 603 ; R.D. Anderson, N.T. Gallini *et al.*, dir., *Competition Policy and Intellectual Property Rights in the Knowledge-Based Economy*, Industry Canada Research Series, Calgary, University of Calgary Press, vol.9, 1998; J. Farrell et M.L. Katz, « The Effects of Antitrust and Intellectual Property Law on Compatibility and Innovation » (1998) 43:3-4 *Antitrust Bulletin* 609. Voir aussi S.F. Anthony, « Riddles and Lessons from the Prescription Drug Wars : Antitrust Implications of Certain Types of Agreements Involving Intellectual Property » (1^{er} juin 2000), en ligne : <<http://www.ftc.gov/speeches/anthony/sfip000601.htm>> (date d'accès : 4 février 2001) ; S.F. Anthony, "Antitrust and Intellectual Property Law: From Adversaries to Partners" (hiver 2000) 28 *AIPLA Quarterly Journal* 1, en ligne : [Federal Trade Commission <http://www.ftc.gov/speeches/anthony/sfip000601.htm>](http://www.ftc.gov/speeches/anthony/sfip000601.htm) (date d'accès : 4 février 2001).

⁵⁶ « Antitrust and Intellectual Property: Unresolved Issues at the Heart of the New Economy », Antitrust, Technology and Intellectual Property Conference, Berkeley Center for Law and Technology, University of California, 2 mars 2001.

⁵⁷ Voir généralement D.J. Gerber, « Global Technological Integration, Intellectual Property Rights, and Competition Law: Some Introductory Comments » (1996) 72 *Chicago-Kent L. Rev.* 357.

⁵⁸ H.E. Bale, "Patent Protection and Pharmaceutical Innovation" (1996-97) *N.Y.U.J. Int'l L. & Pol.*, 95-108 cite J. Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy* (1942).

livrent. A défaut de cette protection par les droits de propriété intellectuelle, il n'y aurait aucune incitation à l'innovation.

L'innovation est aussi un phénomène qui doit bénéficier aux consommateurs et à la société dans son ensemble⁵⁹. Ainsi le souci d'assurer la meilleure allocation possible des ressources et de promouvoir la concurrence peut-il paraître contradictoire avec le souci de récompenser l'innovateur. Partant de cette apparente contradiction et de l'exclusivité inhérente aux droits de propriété intellectuelle, il a souvent été soutenu que ces derniers et le droit de la concurrence s'opposaient.

Parmi ceux qui dénoncent le conflit entre ces deux droits, on retrouve les opposants au droit de la concurrence. Ces auteurs trouvent dans l'innovation et la protection de la propriété intellectuelle la meilleure justification à un rejet du droit de la concurrence. Leurs constats sont pertinents dans la mesure où les nouvelles technologies sont rapidement dépassées, où les brevets arrivent à expiration, et où les autorisations de mise sur le marché sont longues. Ces derniers affirment par ailleurs qu'il n'existe aucune preuve empirique démontrant que la concurrence encourage l'innovation et ils s'inquiètent même du fait que le droit de la concurrence mette l'innovation en péril en décourageant les économies d'échelle et les synergies en matière de recherche et de développement⁶⁰. Si ces inquiétudes sont compréhensibles, elles sont néanmoins extrêmes et occultent une partie des réalités.

⁵⁹ Voir, pour une comparaison entre les bénéfices perçus par l'innovateur et ceux perçus par les consommateurs, M.L. Katz et J.A. Ordover, « R&D Cooperation and Competition » [1990] Brookings Papers : Microeconomics 137.

En effet, d'un point de vue concurrentiel, les droits de propriété intellectuelle s'analysent comme autant de monopoles et constituent par conséquent, des barrières à l'entrée sur un marché. Ils peuvent, dans certaines circonstances, conférer au détenteur d'un droit un pouvoir de monopole ou une position dominante sur un secteur d'activité économique. Si le pouvoir de marché issu d'un brevet n'est pas illégal, son utilisation peut le devenir. L'accumulation de brevets peut aussi, comme il a déjà été exposé, conduire à des situations monopolistiques et bloquer l'accès des concurrents au marché. Une fois l'entreprise installée en situation de monopole, il lui est aisé d'augmenter les prix et de s'installer durablement sur le marché en cause et/ou sur des marchés connexes. Les pratiques anticoncurrentielles traditionnelles sont à la portée de ces entreprises, tels les prix discriminatoires ou les tactiques d'intimidation, constituant par là des freins pour les concurrents qui souhaitent accéder aux nouvelles technologies. Par la même occasion, sa position dominante prospère constitue un frein à l'innovation dans la mesure où sa position sur le marché est assurée et où elle n'est plus contrainte d'innover pour gagner des parts de marché. Le fait que l'entreprise sous-investisse en recherche et développement ne sera pas corrigé par le marché. Par ailleurs, de nombreux auteurs s'accordent pour dire qu'à la fois l'expérience et les statistiques révèlent les problèmes de concurrence posés⁶¹.

En tout état de cause, un ferme opposant au droit de la concurrence devrait soutenir que l'innovation n'est jamais affectée par la concurrence. On serait alors tenté de

⁶⁰ Barro, « Why the Antitrust Cops Should Lay off High-Tech » *Business Week* (17 août 1998) 20; voir aussi R.T. Rapp, « The Misapplication of the Innovation Market Approach to Merger Analysis » (1995) 64 *Antitrust L. J.* 19 à la p. 45.

⁶¹ Voir D.A. Yao et S.S. De Santi, « Innovation Issues under the 1992 Merger Guidelines » (1993) 61 *Antitrust L. J.* 505 à la p. 506: « *Our own experience at the FTC indicates that there are increasing numbers of mergers that raise issues relating to competition over*

répondre, comme T.N. Dadouh et J.F. Mongoven : « a daunting proposition with little evidentiary support »⁶².

Il est vrai, comme le soutient W.A. Sheremata, que : « [I]t is also unduly simplistic to conclude, as some have urged, that because of differences, antitrust enforcement has little or no role to play when it comes to market power based on intellectual property »⁶³.

Certes, le droit de la concurrence ne doit pas partir du postulat que les droits de propriété intellectuelle confèrent d'emblée un certain pouvoir de marché. Il existe des arguments en faveur d'une compréhension harmonieuse de la coexistence entre droit de la concurrence et droits de propriété intellectuelle. L'innovation est aussi au cœur de la concurrence. Les *Intellectual Property Guidelines* le rappellent en énonçant : « the intellectual property laws and the antitrust laws share the common purpose of promoting innovation and enhancing the consumer welfare »⁶⁴. Tandis que le droit de la concurrence promeut l'innovation à travers la concurrence pour le bien-être du consommateur.

Une approche moins manichéenne de la question conduirait donc à admettre l'ensemble des observations faites ci-dessus. Dès lors, les autorités de concurrence devraient concilier ces intérêts et ne pas intervenir avant d'être sûr de ne pas agir au

matters such as new product development, new methods of distribution, or other forms of innovation. »

⁶² "The Shape of Things to Come: Innovation Market Analysis in Merger Cases" (1996) 64 Antitrust L. J. 405.

⁶³ « *New Issues Raised by Information Technology Industries* » (1998) 43:3-4 Antitrust Bulletin 547.

détriment du marché et des consommateurs. C'est là que la nécessité d'une analyse pertinente et d'une approche dynamique de concurrence revêt toute son importance. R. Pitofsky considère que ce subtil équilibre est réalisé par les autorités américaines de concurrence : celles-ci analysent l'impact des opérations dont elles sont saisies sur l'innovation et balancent ces aspects avec les éventuels effets anticoncurrentiels⁶⁵. Elles appréhendent ainsi tous les aspects de la transaction et l'ensemble des risques engendrés, ce que ne permettrait pas une simple analyse du marché de produit.

Ainsi la théorie des marchés de l'innovation est-elle l'aboutissement d'une part d'une mouvance de l'analyse économique qui milite pour une approche dynamique, et d'autre part, d'une approche conciliatrice du conflit concurrence / propriété intellectuelle⁶⁶.

⁶⁴ *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, 4 CCH. Trade Reg. Rep. 13,132 (6 avril 1995).

⁶⁵ « Challenges of the New Economy : Issues at the Intersection of Antitrust and Intellectual Property » (15 juin 2000), en ligne : <<http://www.ftc.gov/speeches/pitofsky/000615speech.htm>> (date d'accès : 4 février 2001).

⁶⁶ Voir généralement M.A. Azcuenaga, « Antitrust and Intellectual Property: Recent Highlights and Uncertainties » (24 avril 1997), en ligne : Federal Trade Commission <<http://www.ftc.gov/speeches/azcuenaga/aliaba97.htm>> (date d'accès : 25 octobre 1999) ; voir aussi S.M. Biggers, R.A. Mann et B.S. Roberts, « Intellectual Property and Antitrust: A Comparison of Evolution in the European Union and the United States » (1999) 22:2 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 209.

II LA THEORIE DES MARCHES DE L'INNOVATION : LEGITIMITE OU SPECULATION ?

Le cadre théorique économique ayant été exposé, il convient dorénavant de s'interroger sur la pertinence juridique de cette théorie.

En effet, quel sort la doctrine juridique a-t-elle réservé à cette théorie d'origine économique ? La théorie des marchés de l'innovation, qui consiste à évaluer l'atteinte portée par une fusion à la concurrence future, est-elle praticable ?

A Influence de la structure du marché sur l'innovation

Avant d'entrer dans le détail de la théorie, il convient d'exposer le débat majeur au sein de la doctrine⁶⁷. La problématique est la suivante : la structure du marché a-t-elle une influence sur l'innovation ? Le critère structurel est-il pertinent pour déterminer si l'innovation peut être optimale ou non ?

Dans la mesure où ce critère est un pur produit de l'analyse économique statique, il encourt les mêmes reproches et critiques. Il convient néanmoins de démontrer en quoi ce lien est contestable.

⁶⁷ Ce débat laisse de côté les auteurs européens et n'est encore soulevé que par les auteurs américains. Les causes de ce retard seront partiellement exposées en IIIème partie.

Si Schumpeter a, le premier, posé comme postulat qu'un taux élevé de concentration était nécessaire pour stimuler l'innovation, cette proposition est aujourd'hui largement contestée, et notamment par Baxter, qui en souligne l'absence de preuves empiriques⁶⁸.

Il est intéressant de noter qu'il existe également une mouvance de la doctrine modérée. Gilbert et Sunshine en font partie dans la mesure où ils se sont attachés à démontrer que si les études empiriques n'étaient pas encore assez poussées, ni réalisées sur un terme assez long, il convenait tout de même de s'inquiéter des conséquences des effets d'un marché trop concentré sur l'innovation⁶⁹. Ce constat selon lequel la causalité concentration – investissement en recherche et développement n'est pas certaine⁷⁰ amène également un certain nombre d'auteurs à préconiser le recours à des lignes directrices avec des variables dynamiques. Jorde et Teece les rejoignent en affirmant que l'innovation ne peut plus être caractérisée comme un processus linéaire⁷¹ et Kattan, lui, énonce expressément qu'il convient, pour les autorités de concurrence, d'adopter une position intermédiaire : ni un marché atomisé ni un marché très concentré ne favorisent l'innovation. En revanche, un

⁶⁸ W.F. Baxter, « The Definition and Measurement of Market Power in Industries Characterised by Rapidly Changing Technologies » (1984) 53 Antitrust L. J. à la p. 718.

⁶⁹ « In short, the theory and available evidence support the proposition that mergers may, under certain circumstances, indeed slow the pace of innovation. [...] [W]here the facts surrounding a particular merger show few innovators with the necessary assets and with diminished incentives to invest in R&D, the innovation market framework provides a sufficient basis to predict that the proposed merger is likely to lessen welfare » dans « The Use of Innovation Markets: A Reply to Hay, Rapp and Hoerner » (1995) 64 Antitrust L. J. à la p. 78.

⁷⁰ « [T]he link between the level of concentration and market performance is by no means proved empirically beyond reasonable doubt », dans T.N. Dahdouh et J.F. Mongoven, « The Shape of Things to Come: Innovation Market Analysis in Merger Cases » (1996) 64 Antitrust L. J. à la p. 410 ; J.A. Ordover et R.D. Willig, « Antitrust for High-Technology Industries: Assessing Research Joint Ventures and Mergers » (1984-85) 27/28 Journal of Law & Econ. 311.

⁷¹ T.M. Jorde et D.J. Teece, *supra* note 26 à la p. 6.

marché intermédiaire permettrait de réconcilier les effets contradictoires de ces deux extrêmes. Par ailleurs, Baumol et Ordover s'inscrivent dans cette mouvance en affirmant que les statistiques prouvent que les marchés modérément concentrés (de quatre à cinq entreprises) sont les plus propices à une activité innovatrice⁷². Ce constat doit être regardé avec précaution car il est très difficile de se mettre d'accord sur les éléments pertinents qui composent l'innovation et sur la façon de les mesurer.

L'ensemble des études empiriques sur les liens entre concentration et innovation n'a pu encore aboutir à des résultats concordants et donc concluants. Or quand bien même ce lien n'est pas établi, les auteurs qui ont développé la théorie des marchés de l'innovation ont proposé des lignes directrices en termes d'analyse du marché. Leurs propositions conduisent les législateurs et les cours à effectuer des analyses au cas par cas⁷³, à l'aide de lignes directrices souples⁷⁴.

Ainsi la concentration du marché ne peut-elle être conservée comme critère seul. Les autorités de concurrence peuvent néanmoins la retenir comme indice, et la combiner avec d'autres critères dynamiques.

⁷² W. Baumol et J. Ordover, « Antitrust : Source of Dynamic and Static Inefficiencies ? » dans T.M. Jorde et D.J. Teece, *supra* note 26 à la p.53.

⁷³ Voir notamment J.B. Baker, « Fringe Firms and Incentives to Innovate » (1995) 63 Antitrust L. J. 621 à la p.639; voir aussi L.B. Landman, « Did Congress Actually Create Innovation Markets? » (1998) 13 Berkeley Technology L. J. 720.

⁷⁴ Voir généralement W.M. Cohen et R.C. Levin, « Empirical Studies of Innovation and Market Structure » dans Schmalensee, R. et Willig, R.D., dir., *Handbook of Industrial Organization*, vol. 2, North-Holland, Elsevier Science Publishers, 1989.

B Appréciation du marché pertinent et du pouvoir de marché

En premier lieu, la définition du marché procède elle-même d'une vision dynamique de la concurrence. C'est, en effet, le point le plus « étonnant » de la théorie des marchés de l'innovation, puisqu'il s'agit d'apprécier une situation concurrentielle pour des produits qui n'existent pas encore. Or il faut insister sur l'apport de cette théorie : il convient pour les autorités, d'apprécier le marché de l'innovation, c'est à dire de la recherche et du développement, et non celui de produits ou de services futurs. Les autorités de concurrence ne lisent donc pas dans une boule de cristal, mais analysent une situation donnée avec la souplesse introduite par la conception dynamique de l'analyse économique.

Comment évaluer ce qu'est le marché de l'innovation ? Il s'agit, en premier lieu, d'analyser les activités similaires de recherche et de développement développées par les entreprises concurrentes. Ensuite, il convient de rechercher les éléments substituables, tels les efforts et investissements en recherche et développement, les biens et les technologies. Cette approche est celle qui est développée dans les *Intellectual Property Guidelines* américaines. Comme on l'a vu, la définition posée par ces lignes directrices est également applicable aux opérations de fusion. Elle couvre en effet tous les efforts développés par les entreprises concernées en matière de recherche et développement, ainsi que les produits, techniques et procédés de

fabrication substituables, et enfin, les investissements effectués en recherche et développement⁷⁵.

Par ailleurs, un certain nombre d'auteurs s'est attaché à en décrire les éléments constitutifs. Pour Gilbert et Sunshine :

Innovation may be sold in commerce in many ways. For example, firms may sell research in the form of intellectual property licenses. Certain firms may offer research and development services to production firms. Certain customers, notably the Department of Defense, may seek bids only for the « development » stage of a proposed procurement⁷⁶.

D'autres auteurs proposent de délimiter ce marché en fonction des objectifs que se sont assignés les entreprises⁷⁷.

La tâche qui incombe aux tribunaux n'est pas des moindres : afin de définir le marché pertinent, les juges sont confrontés à la réalité suivante, décrite par E. Baral :

Mais ce marché n'est pas un : il y a une classification ATC des sous-marchés : A pour anatomique, T pour thérapeutique, C pour chimique. Pour le seul critère T, il y a quatre cent quatre vingt sous-marchés. Il faut multiplier ce chiffre par deux ou trois pour introduire le critère A (= les voies d'administration : orale ou injectable), puis par quatre ou cinq pour prendre en compte le critère C. Cela donne une multitude de sous-marchés sans substitution possible : qu'y a-t-il de commun entre l'hormone diffusée par patch dermique et le comprimé d'antibiotique ? Il y a donc une multitude de « niches » que leurs occupants défendent par l'information médicale et le suivi clinique de leurs spécialités.

⁷⁵ Pour une étude approfondie des *Guidelines* américaines, voir A. Aziz, « Defining Technology and Innovation Markets: the DOJ's Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property » (1995) 24 *Technology & Innovation Markets* 479.

⁷⁶ « Incorporating Dynamic Efficiency Concerns in Merger Analysis: The Use of Innovation Markets » (1995) 63 *Antitrust L. J.* 569.

⁷⁷ Voir notamment J. Kattan, « Antitrust Analysis of Technology Joint Ventures: Allocative Efficiency and the Rewards of Innovation » (1993) 61 *Antitrust L. J.* 937.

Ce que je viens de décrire ne concerne que le marché « secondaire », c'est à dire celui des spécialités pharmaceutiques, c'est à dire des présentations prêtes à l'emploi par les usagers, mais en amont, se trouve le marché « primaire » (...). Chaque matière active est soit « multi-source », soit « exclusive », c'est à dire protégée par un brevet. (...)

Il y a donc deux industries pharmaceutiques : les « RD based companies » ou « entreprises reposant sur la recherche » et les « marketing based companies » ou « entreprises reposant sur la vente ». (...) Il y a même des entreprises –surtout en biotechnologie– qui ne font que de la recherche, confiant le développement, c'est à dire la procédure d'enregistrement, la fabrication et la promotion médicale de leurs découvertes, à d'autres entreprises pharmaceutiques. (...) On voit donc qu'il n'y a pas une seule stratégie d'innovation selon qu'on est ou qu'on n'est pas présent sur un marché. Le positionnement futur sur les marchés relève d'une discipline que l'on appelle « corporate strategy » -stratégie du groupe- dont les déterminants sont rarement saisis par le marché financier, qui est supposé intégrer toute l'information, et qui n'est pas évidente à maîtriser⁷⁸.

Une fois le marché identifié, il convient, de manière classique, de déterminer quel est le pouvoir de marché des entreprises qui souhaitent fusionner⁷⁹. Certes, il n'existe pas de pouvoir de marché des entreprises concernées pour un produit déjà existant. Il s'agit d'évaluer les parts de marché des entreprises en matière de recherche et développement et d'examiner la capacité d'un monopoleur hypothétique à bénéficier d'une baisse des efforts dans un domaine donné de recherche et développement.

Pour illustrer cette idée, certains économistes expliquent que la concurrence que se livrent les entreprises en matière d'innovation est une concurrence pour obtenir des « parts d'opportunité »⁸⁰ et non plus des parts de marché traditionnelles. Chaque entreprise devrait se demander : « d'après mes compétences actuelles, quelle part

⁷⁸ E. Baral, « La problématique ou la notion de marché » dans « Innovation et concurrence », Ateliers de réflexion sur la concurrence, D.G.C.C.R.F., 6 octobre 1994 (1995) 83 Revue Concurrence Consommation 39 à la p. 40.

⁷⁹ Cette question se pose uniquement dans le cadre d'une analyse *ex ante* puisque la part de marché des entreprises fusionnées est bien plus aisément déterminable.

⁸⁰ [notre traduction].

d'opportunité suis-je en mesure de conquérir ? »⁸¹. Brenner, lui, suggère de prendre en compte le nombre de brevets déjà délivrés, ou bien même, le nombre d'innovations commercialisées proportionnellement aux ventes globales des entreprises⁸².

En tout état de cause, il est possible de déterminer le nombre, la qualité des concurrents et leurs parts de marché en évaluant leurs dépenses ou bien même leurs succès passés en matière de recherche et développement.

De plus, lors d'une fusion, l'identification des concurrents et l'évaluation de leur compétitivité est matériellement facilitée par les documents qui sont à la disposition des autorités de concurrence. La volonté d'une entreprise d'acquérir tel ou tel actif utile à la recherche et au développement ou tel élément permettant d'obtenir le potentiel d'innovation de l'entreprise, peut ressortir des business plans internes ou bien même des déclarations publiques. Ils sont d'autant plus appréciables par les autorités de concurrence que celles-ci ont un accès privilégié aux informations confidentielles des entreprises concernées. En outre, les médicaments ou les instruments médicaux qui font l'objet de la recherche font souvent l'objet de procédures d'approbation devant la Food and Drug Administration (F.D.A.). Il est donc possible de juger de la compétitivité des entreprises par le biais de ces procédures⁸³.

⁸¹ Voir G. Hamel et C.K. Prahalad, *Competing for the Future*, Boston, Massachusetts, Harvard Business School Press, 1994 à la p. 31.

⁸² « Market Power: Innovations and Antitrust » dans Mathewson, F., Trebilcock, M. et Walker, M., dir., *The Law and Economics of Competition Policy*, Vancouver, B.C., The Fraser Institute, 1990 à la p. 206.

Avant d'aborder la question spécifique des sanctions pertinentes à prononcer en matière de fusions dans le domaine de l'innovation, il convient de souligner que l'approche des barrières à l'entrée et l'évaluation des « efficiencies » apportées par l'opération obéit au même schéma que lors de l'appréciation d'une fusion traditionnelle. En l'espèce, il conviendra de prendre en compte les nombreuses barrières à l'entrée au marché de l'innovation (droits de propriété intellectuelle, coûts élevés, etc.) et de les balancer avec le caractère efficient de la fusion (éviter la duplication des recherches, réaliser des économies d'échelle, etc.).

C Les propositions de certains économistes

Certains économistes préconisent l'adoption de lignes directrices car celles-ci permettent une souplesse qui n'existe pas dans l'interdiction *per se* et qui fait appel à la règle de raison⁸⁴. En revanche, d'autres prônent la mise en œuvre par les cours de règles *per se* simples, règles qui éviteraient les coûts, la longueur et l'incertitude liées à l'application de la règle de raison⁸⁵. Enfin, d'autres proposent des test particuliers, tel Baxter, qui développe un test pour déceler les situations anticoncurrentielles. Ce test consiste à déterminer si les bénéfices de l'entreprise se trouvent en dessous de la

⁸³ Ainsi qu'il est possible de vérifier la réussite des essais cliniques déjà pratiqués par ces entreprises.

⁸⁴ Voir notamment T.M. Jorde et D.J. Teece, *Antitrust, Innovation and Competitiveness*, New York, Oxford, Oxford University Press, 1992 au chapitre 6.

⁸⁵ F. Easterbrook, « Ignorance and Antitrust » dans T.M. Jorde et D.J. Teece, *Antitrust, Innovation and Competitiveness*, New York, Oxford, Oxford University Press, 1992 au c.6.

courbe de la demande des consommateurs pour son produit ou bien s'ils résultent d'une annihilation des technologies concurrentes⁸⁶.

Sans être exhaustif, il ressort de ce panel de théories qu'il n'est pas possible de dégager un consensus sur la question. Cependant on peut dresser le constat suivant : la théorie des marchés de l'innovation est utile lorsque la possibilité de s'engager dans le recherche et développement appropriée est associée à des actifs spécialisés ou aux caractéristiques de certaines entreprises. Cette théorie s'avère également utile lorsque les effets d'une fusion sur la concurrence ne peuvent être évalués comme il convient en analysant les marchés de produits ou les technologies existants.

Contrairement aux affrontements traditionnels en matière d'analyse économique, le débat semble avoir quitté le seul terrain de la théorie. Il semble s'être orienté aujourd'hui vers le terrain du fait : plutôt que de savoir si tel fondement ou tel modèle est pertinent en matière de concurrence, il s'agit davantage de savoir si les critères et les faits en cause sont déterminables. Or il convient de se réjouir de cette évolution, dans la mesure où elle se rapproche d'une conception dynamique de la concurrence.

L'aperçu historique développé en première partie de ce chapitre, puis l'exposé théorique relatif au marché de l'innovation permet de réaliser à quel point les postulats économiques sont liés à l'évolution du marché. Le marché évoluant de manière internationale, il existe une certaine exportation des idées et une certaine contamination de la pensée économique européenne. Il faut certainement se réjouir de cette perméabilité de la doctrine, essence du pluralisme et raison d'être du droit

⁸⁶ W.F., Baxter, *supra* note 67 à la p. 726.

comparé. mais il convient également de s'inquiéter de la lenteur avec laquelle cette pénétration se réalise. On a vu que les premiers modèles de l'analyse économique étaient issus d'auteurs anglais, et que les théoriciens les plus récents étaient américains. Comment se fait-il que l'on trouve si peu de contributions au sujet au sein des autorités de concurrence communautaires de même qu'en France ?

Cette interrogation rejoint la question suivante : quelles sont les conséquences de cette théorie et de cette évolution de l'analyse économique d'un point de vue pragmatique ? Le droit positif suit-il véritablement les constats de l'analyse économique, et le cas échéant, selon quelles modalités ?

CHAPITRE III

L'APPROCHE COMMUNAUTAIRE DU MARCHÉ DE L'INNOVATION BIOTECHNOLOGIQUE

Fortunately, there is a large literature in « innovation studies » and « innovation management », but it is neither read nor cited by antitrust lawyers and economists⁸⁷.

Le constat de Teece et Coleman selon lequel les juristes et les économistes spécialisés en matière de concurrence ne lisent ni ne se réfèrent à la littérature sur l'innovation est-il avéré ? Certes, on l'a vu, les débats et la littérature économique et juridique au sujet de l'innovation ne manquent pas aux Etats Unis. Cependant, on a également constaté que les autorités de concurrence américaines avaient été influencées par ces débats et avaient édicté des *Guidelines* en ce sens. Il reste intéressant de vérifier si en pratique, les tribunaux se sont imprégnés de cette nouvelle théorie et ont infléchi leur application de la règle de droit en conséquence.

En premier lieu, on ne peut que souligner la présence quasi exclusive d'auteurs nord-américains ou d'obédience anglo-saxonne dans le débat sur l'innovation. Dès lors, il est légitime de se demander si le débat a touché les praticiens du droit (législateurs

⁸⁷ M. Coleman et D.J. Teece, « The Meaning of Monopoly: Antitrust Analysis in High-Technology Industries » (1998) 43:3-4 Antitrust Bulletin 801 à la p. 847.

comme juges) en Europe, et plus particulièrement, si cette doctrine a eu un impact sur la pratique des tribunaux .

I INFLUENCE DE L'ANALYSE ECONOMIQUE

Avant d'entrer dans un examen détaillé de l'approche communautaire des marchés de l'innovation, il convient de resituer le système européen dans son cadre politique original.

B. Hawk restitue avec un certain humour l'histoire de la naissance du droit de la concurrence communautaire :

Le droit de la concurrence est né en 1958 de parents transatlantiques. Sa mère, européenne, était l'objectif fondamental du Traité qu'est l'intégration du marché. Son père (ou bien son parrain) était le droit antitrust américain et la théorie qui a influencé la rédaction des articles 85 et 86 par le biais de la pensée et du droit allemand. Son père a eu une influence bien moins importante sur l'éducation de son rejeton que sa mère [...] ⁸⁸.

Cette dernière affirmation mérite réflexion dans la mesure où elle semble rencontrer aujourd'hui de nombreuses preuves inverses.

⁸⁸ B.E. Hawk, « La révolution antitrust américaine : une leçon pour la communauté économique européenne ? » (1989) I R.T.D.E. 25.

A Percée de l'analyse économique en droit communautaire

1 Les facteurs du rapprochement

Le premier élément favorable au rapprochement des règles de droit positif des deux côtés de l'Atlantique est celui de la diffusion des idées. De plus en plus, la doctrine française s'intéresse à l'analyse économique, prenant en cela modèle sur les Anglais⁸⁹, les Italiens et les Allemands, déjà réceptifs depuis un certain temps aux théories américaines. La Revue d'Economie Industrielle a consacré en 1993 un numéro spécial à ce sujet et quelques auteurs –de formation juridique- se sont spécialisés dans ce domaine, tels Frédéric Jenny⁹⁰, François Souty⁹¹, Bertrand Bellon⁹² ou Michel Glais⁹³. Il est néanmoins difficile de trouver, en France, une grande quantité d'articles juridiques consacrés à la matière.

Cela nous mène à la conclusion que c'est moins en aval qu'en amont, que l'analyse économique a fait son chemin, « amont » signifiant ici « l'ordre juridique communautaire ». L'approche économique a percé auprès des autorités de concurrence avant de toucher la doctrine.

A cet égard, F. Souty souligne que la Direction Générale IV (D.G. IV) de la Commission Européenne et la Cour Européenne de Justice ont depuis vingt ans fait

⁸⁹ Voir P.J. Wils, « Notification, Clearance and Exemption in EC Competition Law : An Economic Analysis » (1999) 24-2 European L. Rev. 139.

⁹⁰ F. Jenny, « Droit européen de la concurrence et efficience économique » (1993) 63 Revue d'Economie Industrielle.

⁹¹ F. Souty, *La Politique de Concurrence aux Etats-Unis*, PUF, 1995.

⁹² B. Bellon, « Cent ans de politique antitrust aux Etats-Unis » (1993) 63 Revue d'Economie Industrielle 10.

suivre à bien des affaires des fluctuations doctrinales économiques de même nature que celles des cours fédérales et de la cour suprême américaines. Cette influence s'est développée notamment grâce à l'accord de coopération entre la F.T.C. et les institutions européennes⁹⁴. Il lui semble par ailleurs qu'en Europe, aucun groupe de pensée n'a vraiment dominé, mais remarque tout de même que l'école de Chicago a laissé son empreinte depuis le début des années 1990, avec presque dix ans de retard sur les Etats-Unis.

On peut précisément voir dans l'approche communautaire des restrictions verticales une des marques de l'école de Chicago. Leur analyse de ce type d'atteintes à la concurrence mettait l'accent sur les hausses de prix qui pouvaient en résulter et l'incitation à la concentration. Or c'est le même esprit qui règne dans le texte de l'article 81 du Traité (ancien article 85) appliqué aux restrictions verticales : le principe d'interdiction est très large, supposant *a priori* que toute restriction de ce type est dommageable.

Conscients de l'influence de l'analyse économique sur les voies empruntées par la Cour de Justice Européenne, les économistes américains sont désormais passés au stade de la préconisation directe. Aujourd'hui plus que jamais, les Américains ont conscience de l'importance de la diffusion de leurs concepts juridiques, véhicules de leur conception du marché.

⁹³ M. Glais « De la théorie économique à la protection juridique de la concurrence » (11 mai 1978) Gaz. Pal. 209.

⁹⁴ *Agreement between the Government of the United States of America and the Commission of the European Communities Regarding the Application of their Competition Laws*, 4 Trade Reg. Rep. (CCH) 13,504 (Sept. 23, 1991).

Debra A. Valentine, directrice adjointe à la division internationale antitrust de la F.T.C., en fournit une illustration dans une conférence retranscrite en 1997 sur le site Internet de la F.T.C.⁹⁵. Elle y souligne et démontre l'urgence qu'il y a pour la Cour de Justice Européenne à changer l'orientation de sa jurisprudence sur les accords verticaux et à adopter une approche plus économique dans ses analyses. Elle invoque en effet les bénéfices en terme d'efficience (efficience productive, innovative et allocative) pour l'économie et condamne diplomatiquement l'approche communautaire de la question.

Cette attitude se retrouve également dans un document transmis *amicus curiae* par la F.T.C. et le D.O.J. à la Cour Suprême des Etats-Unis. Ce dernier exhortait la Cour⁹⁶ à changer la règle de prohibition *per se* des accords de prix verticaux pour une analyse plus favorable⁹⁷. Les économistes de la F.T.C. prodiguent donc leurs conseils, que ce soit à l'instance suprême américaine ou communautaire, et avec succès : la Cour Suprême des Etats Unis a renversé sa jurisprudence en 1997 dans un arrêt *State Oil Co. v. Khan*⁹⁸. La règle de prohibition *per se* est désormais remplacée par la règle de raison⁹⁹. Quant à la Commission Européenne, elle a engagé le débat dans le Livre Vert sur les restrictions verticales¹⁰⁰, et a désormais intégré davantage de souplesse dans ses évaluations, dans un sens favorable aux critiques rencontrées¹⁰¹.

⁹⁵ « Thoughts on the EC's Green Paper on Vertical Restraints », 10 juin 1997, <http://www.ftc.gov/speeches>

⁹⁶ La Cour Suprême maintenait la règle de prohibition *per se* depuis l'arrêt *Albrecht v. Herald Co.*, 390 U.S. 145 (1968).

⁹⁷ Amicus Brief for the United States, *State Oil Co. v. Khan*, n° 96-871, cert. granted U.S.L.W. 1996.

⁹⁸ 118 S. Ct. 275 (1997).

⁹⁹ « The Supreme Court - Leading Cases » (1998) 112 Harvard L. Rev. 293.

¹⁰⁰ Publié en juin 1997.

¹⁰¹ J.-Y. Art et D. Van Liedekerke, « Developments in E.C. Competition Law in 1997 : an Overview » (1998) 35 Common Market L. Rev. 1134.

2 Percée de l'analyse économique auprès des tribunaux européens

Les juges européens ne sont pas insensibles à ces influences puisqu'ils adoptent un raisonnement très économique dans d'autres types d'approches des restrictions de concurrence.

Une des preuves les plus flagrantes de cette approche économique peut être *apportée a contrario* : dans un article intitulé « Article 85 and the Rule of Reason », Wish et Sufrin condamnent la règle de raison et prônent la supériorité des exemptions par catégorie (à travers l'ancien article 85§3) pour plus de sécurité juridique, préconisant ainsi un retour à l'orthodoxie juridique. Or les seules hypothèses dans lesquelles la Cour n'engage pas une approche économique sont celles où les restrictions sont interdites *per se*, c'est à dire essentiellement les accords de protection territoriale absolue¹⁰².

Le cadre le plus évident dans lequel la Commission et la Cour adoptent une approche économique est celui de l'article 81§3, relatif aux exemptions individuelles. La Commission a tendance à donner un sens très large au champ des interdictions pour ensuite exempter de manière individuelle en passant par le mécanisme de la règle de raison. Quant à la Cour, elle privilégie le cadre du paragraphe premier à travers lequel elle examine l'effet ou l'objet restrictif de concurrence de l'accord. C'est alors qu'elle examine l'état du marché pour certains types d'accords. Le Tribunal de Première Instance souligne également dans une de ses décisions l'importance de l'analyse du

¹⁰² Voir notamment *Baustahlgewebe GmbH / Commission*, C-185/95 P, C.J.C.E. 17 décembre 1998.

marché, infirmant une décision de la Commission qu'il trouvait insuffisante sur ce point¹⁰³.

La Cour Européenne s'engage aussi dans une analyse économique très poussée dans le cas des accords de distribution exclusive, par exemple, en observant l'effet cumulatif des contrats de ce type et leur effet sur l'existence de barrières à l'entrée du marché¹⁰⁴. De la même manière, elle ne considère que les accords dont la contribution à l'effet anticoncurrentiel est « appréciable » et a établi dans ce but des seuils économiques en dessous desquels les accords sont considérés comme *de minimis*¹⁰⁵. Elle a publié en même temps une communication sur la définition du marché pertinent dans le cadre des ententes, approche qui a été vivement félicitée par une partie de la doctrine¹⁰⁶.

Il est également patent que les raisonnements de la Cour dans les affaires de distribution exclusive sont de plus en plus inductifs et non déductifs. Or l'argumentation inductive appartient typiquement à l'analyse économique tandis que le déductif caractérise le raisonnement juridique.

Si l'approche en deux temps de la Cour : 1/ condamnation, 2/ exemption, est différente de la méthode américaine (qui intègre la règle de raison au stade primaire d'examen de l'accord), elle est pourtant assez proche puisque les autorités américaines connaissent désormais la méthode du « quick look ». Cette technique

¹⁰³ *Imperial Chemical Industries plc / Commission*, T-13/89, T.P.I.C.E. 10 mars 1992.

¹⁰⁴ *Stergios Delimitis / Henninger Brau AG*, C-234/89, C.E.J. 28 février 1991

¹⁰⁵ *Communication de la Commission CE sur les accords d'importance mineure* (3 sept. 1986), J.O.C.E. C 231, 12 sept. 1986.

permet un examen rapide des effets anticoncurrentiels sans passer par la règle de raison (donc comme au premier stade d'analyse communautaire). Les autorités américaines connaissent également l'examen complet dans le cadre de la règle de raison, ce qui constitue en quelque sorte le deuxième stade d'analyse de la Commission et de la Cour de Justice.

Mais l'article 81 n'est pas le seul texte qui a permis à l'analyse économique de se développer. L'article 82 rend également possible une approche non juridique stricto sensu du marché. Ce dernier interdit :

dans la mesure où le commerce entre Etats membres est susceptible d'en être affecté, le fait, pour une ou plusieurs entreprises, d'exploiter de façon abusive une position dominante dans le Marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci.

Les termes « susceptible », « affecter », « exploiter de façon abusive », « position dominante » et « substantielle » donnent chacun lieu à une analyse poussée par la Commission puis éventuellement ensuite par la Cour. Ces deux institutions ont pour mission de définir le marché pertinent, c'est à dire le marché du produit ainsi que les marchés géographique et temporel. Pour établir la notion de « dominance » un ensemble de critères sont vérifiés tels que : les parts de marché des entreprises concernées (état de la concurrence actuel), l'existence de barrières à l'entrée de ce marché (état de la concurrence potentielle), et le comportement des parties. Comment ne pas voir ici l'influence des écoles de pensée modernes de la concurrence, attachées à l'analyse des comportements des entreprises sur le marché ?

¹⁰⁶ Voir notamment J.-Y. Art et D. Van Liedekerke, « Developments in E.C. Competition Law in 1997 : an Overview » (1998) 35 Common Market L. Rev. 1134.

Enfin, le domaine dans lequel l'analyse économique a percé est celui des concentrations. La Cour de Justice Européenne a fait un pas en avant avec l'arrêt *Kali & Salz* en mars 1998. Par cet arrêt, la Cour a fait tomber les positions dominantes oligopolistiques sous le coup du règlement sur les concentrations. Au cours de sa décision, la Cour a insisté sur le fait qu'elle entendait rejeter toute analyse statique du marché qui ne considère pas les effets dynamiques de la concurrence et tous les éléments microéconomiques pertinents¹⁰⁷.

Ainsi les autorités judiciaires européennes disposent-elles des instruments nécessaires pour « réceptionner » les fruits de l'analyse économique et faire évoluer la jurisprudence dans un sens favorable à la concurrence. Cependant on ne saurait affirmer que l'analyse économique peut se développer de la même façon au sein du droit communautaire. Les différences de notre droit par rapport au droit américain, interprétées comme « un retard » par certains auteurs, pourraient peut-être davantage s'expliquer par des divergences de buts.

¹⁰⁷ Cas joints *France / Commission*, C-68/94 et *Société commerciale des potasses et de l'azote et Entreprise minière et chimique / Commission*, C-30/95, C.J.C.E. 31 mars 1998.

B Des systèmes aux objectifs différents

La parenté des deux systèmes, leur même objet immédiat et les réponses identiques qu'ils ont pu trouver dans certains domaines¹⁰⁸ ne peuvent totalement occulter les différences de fond qui existent entre eux.

La notion communautaire de concurrence inclut en effet des valeurs sociales et politiques qui sont actuellement soit exclues soit triviales pour l'analyse économique aux Etats-Unis et qui conduisent le plus souvent à une attitude plus stricte en Europe.

La conception originelle du *Sherman Act* a certes d'abord été empreinte d'une philosophie populiste dans laquelle figuraient des objectifs tels que la promotion des règles de concurrence loyale ou la défense des intérêts des petites entreprises vis à vis des puissantes¹⁰⁹. Cependant, la politique de concurrence aux Etats Unis est désormais l'instrument privilégié pour favoriser l'efficacité économique davantage qu'une concurrence loyale. Ces différences s'expriment dans les textes et leur application matérialise ainsi les différences sur le plan de l'analyse*

L'objectif premier de la politique de concurrence communautaire est celui du *Traité de Rome* lui-même, c'est à dire la promotion de l'intégration des économies des Etats membres vers un marché unifié. En effet, l'élimination des pratiques privées et des monopoles étatiques sont les principes de base de la Communauté Economique

¹⁰⁸ Solutions identiques, par exemple, pour les échanges d'information horizontaux en matière de prix ou bien pour les critères d'appartenance à un groupe d'entreprises concurrentes.

Européenne. Or on ne retrouve rien de semblable en droit américain. L'existence de six, puis quinze marchés à intégrer conduit par exemple à une réglementation très stricte en ce qui concerne les restrictions territoriales et les interdictions d'exporter, alors que les règles américaines en la matière sont beaucoup plus tolérantes. On peut établir le même type de comparaison pour ce qui est des disparités injustifiées de prix entre les Etats membres, passibles de l'article 82 en Europe, mais relativement bien tolérées aux Etats-Unis.

En revanche, la politique communautaire de concurrence est très favorable aux petites entreprises isolées qui cherchent à pénétrer sur le marché, leur permettant certaines formes de coopération entre elles équivalant à des entraves horizontales¹¹⁰. Cette attitude permissive est tout à fait étrangère au droit américain. C'est d'ailleurs pour cela que les critiques des économistes américains sont virulentes : *l'Union Européenne cherche à protéger les concurrents plus que la concurrence* [nos italiques].

Valentina Korah figure parmi ceux qui regrettent cette politique dans la mesure où elle agit au détriment de l'efficacité¹¹¹. Les Etats Unis, eux, n'ont pas cet objectif

¹⁰⁹ Voir L. Cohen-Tanugi, F. Brunet *et al.*, *La pratique communautaire du contrôle des concentrations : Analyses juridique, économique et comparative Europe, Etats-Unis, Japon*, Paris, De Boeck Université, 1995 à la p. 203.

¹¹⁰ Ainsi, des accords de spécialisation qui n'auraient pas été acceptés aux Etats-Unis ont-ils été approuvés en Union Européenne, et notamment, des accords de spécialisation entre fabricants britanniques et français de microscopes ; *Sopelem / Vickers*, 78/251/CEE, Commission 21 décembre 1977.

¹¹¹ « My concern is that the competition rules are being used not to enable efficient firms to expand at the expense of the less efficient, but to protect smaller and medium sized firms at the expense of larger firms. I am concerned that the interests of consumers, and the economy as a whole, in the encouragement of efficiency by firms of any size is being subordinated to the interests of smaller traders », Valentina Korah.

d'intégration, et ils peuvent ainsi se consacrer entièrement à l'efficience et l'amélioration de la concurrence.

En dehors de ce postulat fondamental qui distingue les deux systèmes, on peut également discerner d'autres facteurs de différenciation. Les valeurs sociales et politiques jouent un rôle plus important en droit de la concurrence européen qu'en droit américain. La Commission l'exprime ouvertement dans plusieurs rapports annuels sur la politique de la concurrence¹¹². Elle considère que les exigences sociales et humaines peuvent impliquer une modification des résultats obtenus sur la base de motifs purement économiques, tels que l'efficacité dans les facteurs de production. Les objectifs communautaires sont fondés sur la loyauté sur le marché, l'égalité, l'opportunité pour tous les opérateurs commerciaux. Ces préoccupations sont manifestes lorsque la Commission examine l'effet favorable d'un accord sur l'emploi¹¹³.

Une preuve formelle de cet état d'esprit réside dans le fait que la règle de raison n'intervient qu'en deuxième lieu dans le raisonnement européen de l'article 81. L'analyse économique n'intervient pas au stade premier de l'examen de la restriction. Cette différence méthodologique est révélatrice de la divergence des enjeux de chaque côté de l'Atlantique¹¹⁴.

¹¹² Voir par ex. Commission, *Neuvième rapport sur la politique de la concurrence* (1980) aux pp. 9-11.

¹¹³ Dans l'arrêt *Metro I*, la Cour de Justice Européenne a admis que les effets de l'emploi soient pris en compte pour obtenir une exemption au titre de l'ancien article 85§3 du Traité : *Metro-SB-Grossmärkte GmbH / Commission*, 26-76, C.J.C.E. 25 octobre 1977.

¹¹⁴ Voir D. Fasquelle, *Droit américain et droit communautaire des ententes : Etude de la règle de raison*, Paris, Editions Joly, 1993.

En effet, les Etats-Unis accordent désormais un poids beaucoup plus important aux valeurs économiques. Le tournant vers cette position date déjà du milieu des années 1970 où la Cour Suprême a suivi le D.O.J. et pris plusieurs décisions résolument favorables à l'efficience¹¹⁵. La grande préoccupation actuelle pour les analystes américains est de faire comprendre à l'Union Européenne que les restrictions verticales ne sont pas mauvaises en soi, idée que les juridictions inférieures américaines s'évertuent à appliquer depuis les années 1980. Un des avantages de cette position est qu'il n'y a pas de système de notification préalable comme il en existe auprès de la Commission Européenne¹¹⁶. Cela représente un gain de temps et d'argent considérable pour les institutions qui ont à entreprendre la vérification des effets des accords sur la concurrence.

En conclusion, il faut reconnaître que les Etats Unis ont des lois à « finalité ouverte », permettant de considérables variations dans l'interprétation faite par les juridictions et les autorités chargées de leur application. Les textes du Traité de Rome et les objectifs précis assignés aux autorités communautaires constituent donc autant d'obstacles à la pénétration de l'analyse économique sous sa dernière forme, celle de « la religion » de l'efficience. Il convient néanmoins de voir si cela se vérifie aussi pour la théorie des marchés de l'innovation.

¹¹⁵ Voir notamment *Matsuchita Electric Industrial Co. / C. Zenith Radio Corp.*, 106 S. Ct. 1348 (1986) ; *Continental TV Inc. / GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36, 53 n°21 (1977).

¹¹⁶ Ce système est néanmoins voué à disparaître puisqu'il est actuellement remis en question dans le cadre de la réforme en cours du droit communautaire des concentrations. Les compétences jusque là exclusives de la Commission Européenne en la matière vont être transférées aux instances nationales des Etats. Ainsi, en France, la notification des opérations de concentration devient obligatoire avec la nouvelle réglementation économique (mise en vigueur par décret prévue pour septembre 2001).

L'Union Européenne n'est pourtant pas un espace clos, comme on l'a vu dans un premier temps : les apports de l'analyse économique américaine sont intégrés aux objectifs du marché unique.

Ce cadre une fois posé, il est intéressant de voir quelle est l'approche communautaire de la dernière évolution de l'analyse économique, incarnée par la théorie des marchés de l'innovation.

II UNE APPROCHE COMMUNAUTAIRE DIFFERENCIEE

A « American debate, European silence »

1 Le retard européen

En premier lieu, on peut expliquer le retard de la réflexion doctrinale en Europe par le fait que les litiges en matière de concentration sont, pour ce qui est de l'innovation biotechnologique, portés devant les autorités de concurrence européennes. En effet, les seuils franchis par ces opérations sont tels qu'ils échappent (pour l'instant encore) aux autorités nationales. Ainsi la publicité et la critique des décisions rendues sont-elles plus restreintes et si les auteurs commencent à s'intéresser aux marchés de l'innovation, le cercle en est encore très limité¹¹⁷.

2 Le cadre réglementaire communautaire

Il convient d'exposer brièvement, avant d'examiner au fond l'approche pratique des marchés de l'innovation, d'une part le cadre législatif dans lequel s'inscrit le contrôle communautaire des concentrations, et d'autre part quelques contraintes réglementaires qui s'imposent aux entreprises spécialisées en biotechnologie.

¹¹⁷ Voir notamment J.T. Lang, « European Community Antitrust Law-Innovation Markets and High Technology Industries » (17 octobre 1996), en ligne : <<http://www.europa.eu.int/comm/dg04/speech/six/en/sp96054.htm>> (date d'accès : 3 novembre 1999).

En premier lieu, on peut relever que la particularité du contrôle communautaire réside dans le fait que l'analyse des opérations de concentration est axée sur les conséquences structurelles de l'opération. Ce contrôle des concentrations a été institué par un *Règlement 4064/89*, en date du 21 décembre 1989¹¹⁸ (modifié en mars 1998). Un système obligatoire de notification auprès de la Commission Européenne est instauré dès lors que les entreprises concernées dépassent un certain seuil de chiffre d'affaires.

L'examen de l'opération notifiée se fait donc selon une méthode d'analyse économique, où la Commission tient compte :

[...] de la position sur le marché des entreprises concernées et de leur puissance économique et financière, des possibilités de choix des fournisseurs et des utilisateurs, de leur accès aux sources d'approvisionnement ou aux débouchés, de l'existence en droit ou en fait de barrières à l'entrée, de l'évolution de l'offre et la demande des produits et services concernés, des intérêts des consommateurs intermédiaires et finals ainsi que de l'évolution du progrès technique et économique pour autant que celle-ci soit à l'avantage des consommateurs et ne constitue pas un obstacle à la concurrence¹¹⁹.

Ce système est très proche de la procédure américaine, instaurée par les *Merger Guidelines de 1982*¹²⁰, qui connaît également le principe du « premerger reporting » et qui emploie le test H.H.I.¹²¹ pour apprécier le pouvoir et la position des entreprises sur le marché¹²².

¹¹⁸ *Règlement du Conseil 14064/89 sur le contrôle des opérations de concentration*, J.O.C.E. 1989 L 395.

¹¹⁹ Article 2§1 b du *Règlement du Conseil 1310/97 sur les notifications et le délai des auditions*, J.O.C.E. 1997 L 180.

¹²⁰ Modifiées en 1984 puis en 1992.

¹²¹ Pour "Herfindahl Hirschmann", qui est l'indice de concentration des marchés utilisé par les autorités américaines. Tout d'abord, les autorités américaines calculent les parts de

Sur un plan plus global, il est intéressant de souligner que les autorités européennes ont souhaité encourager l'innovation en édictant un règlement d'exemption par catégorie sur les accords de recherche et développement¹²³. Le règlement ne vise pas les opérations de concentration, mais il met en lumière la prédisposition favorable des autorités européennes à l'égard des accords de recherche et développement. En effet, le règlement part du postulat que :

Les accords passés en vue d'entreprendre une recherche en commun ou de développer en commun les résultats de la recherche jusqu'au stade de l'application industrielle, celle-ci n'étant pas comprise, ne relèvent généralement pas de l'interdiction prévue à l'article 81, paragraphe 1. Toutefois, ces accords peuvent tomber sous le coup de cette interdiction, notamment lorsque les parties s'interdisent de poursuivre d'autres activités de recherche et de développement dans le même domaine et renoncent ainsi à la possibilité d'acquérir des avantages concurrentiels par rapport aux autres parties¹²⁴.

[...] La coopération en matière de recherche et développement et en matière d'exploitation des résultats contribue en général à promouvoir le progrès technique et économique en diffusant plus largement le savoir-faire entre les parties, en évitant les doubles emplois dans les travaux de recherche et de développement, en encourageant de nouveaux progrès grâce à l'échange d'un savoir-faire complémentaire et en rationalisant la fabrication des produits ou l'utilisation des procédés issus de la recherche et du développement¹²⁵.

marché des firmes actives avant l'opération de concentration puis évaluent ces parts après l'opération. Ensuite, ces autorités calculent l'indice de concentration (HHI) avant et après la concentration afin d'obtenir la variation de concentration induite par l'opération. Des valeurs seuils sont définies pour évaluer l'effet de la concentration sur le degré de concurrence. Les valeurs de la concentration avant et après la fusion sont prises en compte dans l'analyse : les fusions qui n'ont pas un effet substantiel sur la variation de concentration ou qui, ex-post, sont inférieures à un certain seuil, sont permises sans examen.

¹²² Pour une étude approfondie et comparative des procédures américaine et communautaire sur les concentrations, voir L. Cohen-Tanugi, F. Brunet *et al.*, *La pratique communautaire du contrôle des concentrations : Analyses juridique, économique et comparative Europe, Etats-Unis, Japon*, Paris, De Boeck Université, 1995.

¹²³ *Règlement de la Commission 2659/2000 sur l'application de l'article 81§3 du Traité aux accords de recherche et développement*, J.O.C.E. 5 décembre 2000 L 304, 0007.

¹²⁴ Voir Règlement, *supra* note 123, au point n°3.

¹²⁵ *Ibid.* au point n°10.

A la lumière de ces déclarations, on peut s'attendre à la même approche favorable des autorités de concurrence à l'égard des opérations de concentration en matière de recherche et développement¹²⁶.

En second lieu, on peut noter une particularité du système européen. Jusqu'en 1995, il n'existait pas d'équivalent à la procédure d'agrément devant la F.D.A. américaine¹²⁷. Aujourd'hui, les produits biotechnologiques doivent être soumis à l'Agence Européenne pour l'évaluation des produits médicaux, et les procédures d'approbation sont beaucoup moins longues qu'aux Etats Unis¹²⁸. Cet élément vient renforcer le constat selon lequel les autorités communautaires mettent tout en œuvre pour construire un cadre réglementaire favorable à la recherche et au développement.

C'est donc dans ce cadre favorable à l'innovation que les cours de l'ordre communautaire ont appréhendé les premières affaires de concentration en matière de recherche et de développement.

¹²⁶ Les enjeux liés à l'innovation sont tout à fait perçus par les autorités communautaires : voir notamment M. Monti, « A European Competition Policy for Today and Tomorrow » (26 juin 2000), en ligne : « http://www.europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.kksh?p_action.gettx.../ » (date d'accès : 4 février 2001) ; voir aussi A. Jacquemin, « Les enjeux de la compétitivité et la politique industrielle communautaire en matière d'innovation » (1996) 396 R.D.M.C. 175.

¹²⁷ Le *Federal Food, Drug and Cosmetic Act* impose une procédure d'agrément qui passe par une « new drug application ». Pour une étude approfondie de ce système et sa prise en compte dans la jurisprudence américaine en matière de marchés de l'innovation, voir T.B. Leary, « Antitrust Issues in Settlement of Pharmaceutical Patent Disputes » (3 novembre 2000), en ligne : <<http://www.ftc.gov/speeches/leary/learypharma.htm>> (date d'accès : 4 février 2001).

¹²⁸ Voir notamment B.E. Hawk, « Patents Under EEC Competition Law » (1984) 53 Antitrust L. J. 737.

B L'approche jurisprudentielle des marchés de l'innovation biotechnologique

La préoccupation principale des praticiens est d'éviter les risques de l' « over-enforcement » et de l' « under-enforcement » des règles de concurrence¹²⁹. Leur but est d'atteindre le niveau approprié de mise en œuvre du droit de la concurrence, sans porter atteinte aux efforts et aux investissements réalisés par les entreprises.

En matière de marchés de biotechnologie, on l'a vu, les juges sont particulièrement exposés à ces risques, où la balance doit être en permanence réalisée entre concurrence et protection de la propriété intellectuelle. Ainsi avant d'étudier quelques-unes des décisions prises par les autorités américaines et communautaires en la matière, on évoquera les sanctions et obligations imposées aux entreprises dont la fusion est examinée.

1 La recherche de sanctions appropriées

Les sanctions et mesures prises par les autorités de concurrence méritent une attention particulière. Il convient en effet d'être particulièrement délicat dans le domaine de la recherche et du développement car des mesures excessives peuvent porter atteinte à l'innovation elle-même.

¹²⁹ Ces deux notions sont communément et respectivement appelées par les praticiens américains « Type I » et « Type II errors » : T.B Leary, « Antitrust Economics: Three Cheers

D'une manière générale, plutôt que de démanteler un monopole, les autorités de concurrence trouvent préférable d'octroyer à un concurrent un accès à la technologie en question ou aux actifs en recherche et développement de l'entreprise qui fusionne.

Les deux principales mesures prises sont les suivantes : obligation de contracter des licences d'exploitation des brevets et dessaisissement de certains actifs de recherche et développement. Cette dernière mesure est souvent doublée d'un certain nombre d'obligations pour l'entreprise dessaisie, telles que prodiguer l'assistance technologique et le savoir-faire indispensables à l'entreprise bénéficiaire des actifs afin que le processus de recherche ne soit pas compromis et parfois, l'obligation de renoncer à un droit de propriété intellectuelle à l'encontre des concurrents futurs¹³⁰.

A l'inverse, il convient de prévoir un certain nombre de garde-fous pour éviter des mesures excessives et nuisibles à l'innovation. Les autorités américaines ont envisagé des limites à ces mesures, en proposant comme conditions (i) que l'accès à la technologie ou à la recherche soit essentiel ; (ii) que les parties qui fusionnent puissent démontrer l'utilité de ne pas accorder l'accès à leurs recherches¹³¹.

2 Des démarches distinctes

En pratique, la théorie des marchés de l'innovation a été utilisée à plusieurs reprises aux Etats Unis lors de l'analyse de fusions réalisées dans l'industrie pharmaceutique.

and Two Challenges » (15 novembre 2000) en ligne : <http://www.ftc.gov/speeches/leary/learythreecheers.htm> (date d'accès : 4 février 2001).

¹³⁰ Voir généralement T.N. Dahdouh et J.F. Mongoven, *supra* note 59 à la p. 437.

Il s'agissait notamment de marchés concernant les vaccins, les cathéters ou bien les prothèses. Dans chaque cas, les autorités de concurrence américaines se sont efforcées de cerner des effets qui n'avaient pas été observés dans l'analyse classique d'un type de marché, tels que le délai de mise sur le marché des produits.

En effet, plusieurs plaintes auxquelles la F.T.C. a fait droit alléguaient l'existence de marchés de recherche et développement. Il s'agissait notamment des affaires *Glaxo plc*¹³², *Sensormatic Electronics Corp.*¹³³, et *American Home Products*¹³⁴. Une autre affaire, *Upjohn Co.*, concernait une fusion projetée entre deux entreprises ayant entrepris des activités de recherche et développement sur un nouveau produit (les « inhibiteurs topoisomérase I** ») pour le traitement du cancer. La plainte invoquait un marché de produit portant sur « la recherche, le développement, la fabrication et la vente » de ces inhibiteurs et alléguait que les deux entreprises parties à la fusion étaient deux des rares entreprises sur le marché à avoir atteint un stade de développement aussi avancé. Les effets craints étaient l'élimination de la concurrence en matière de recherche et développement ainsi que la perte potentielle de voies de recherche et l'élimination du potentiel de concurrence par les prix sur le marché du produit¹³⁵. La F.T.C. a reconnu l'existence de ce marché et a considéré que la fusion entraînait des risques anticoncurrentiels. Elle a donc ordonné à Upjohn de se dessaisir de la technologie en cause.

¹³¹ Rapport des « 1996 Hearings on Competition Policy in High-Tech and Global Markets » de la Federal Trade Commission.

¹³² C-3586 (14 juin 1995), en matière de médicaments pour le traitement de la migraine.

¹³³ C-3572 (21 avril 1995), en matière d'étiquettes jetables, où la FTC a seulement fait partiellement droit à la demande.

¹³⁴ C-3557 (14 février 1994), en matière de vaccin rotavirus.

¹³⁵ Voir « Note de Référence » dans « Application of Competition Policy to High Tech Markets » (1997) Les tables rondes sur la politique de la concurrence n°9, GD(97)44, en

Il est utile, pour pouvoir apprécier l'approche européenne, de comparer l'approche de la Commission à celle des autorités américaines, sur la base d'affaires dont elles ont toutes deux été saisies.

Dans l'affaire *Ciba-Geigy/Sandoz*¹³⁶, la F.T.C. devait examiner une fusion entre ces deux entreprises¹³⁷. Elle avait défini en l'espèce un marché de recherche et développement qui avait pour but le développement d'une thérapie génique pour le traitement des tumeurs. Elle a, dans sa décision, interdit l'opération car le marché en cause n'était pas suffisamment concurrentiel. Tout d'abord, la F.T.C. a considéré que les sociétés Ciba-Geigy et Sandoz étaient parmi les rares sociétés capables de commercialiser des produits de thérapie génique. Elles étaient en effet parmi les rares entreprises à posséder des compétences complémentaires à la fois technologique et clinique ainsi que les capacités de production nécessaires pour fabriquer les produits concernés. Par conséquent, l'autorité américaine a relevé que les brevets pour lesquels postulait Novartis (la société issue de cette fusion) pourraient lui permettre de bloquer l'entrée sur le marché de ce produit essentiel, ou bien que la société pourrait refuser de licencier sa technologie à des entreprises effectuant des recherches dans des domaines proches. Ces risques étaient tels, en l'espèce, que la F.T.C. a ordonné à Novartis de concéder à d'autres entreprises effectuant de la recherche dans ce domaine des licences non exclusives sur cette technologie de thérapie génique.

ligne : O.C.D.E. <<http://www.oecd.org/daf/clp/Roundtables/HITEC02.HTM>> (date d'accès : 24 juillet 2000).

¹³⁶ *Ciba-Geigy Ltd.*, n°961-0055 (FTC 25 mars 1997).

¹³⁷ La fusion des deux sociétés revenait à réunir 80 milliards de dollars d'actifs.

La Commission Européenne avait, elle, déjà rendu une décision dans cette même affaire¹³⁸. Elle a entrepris d'analyser distinctement d'une part les produits déjà fabriqués par les entreprises, et d'autre part, les programmes en recherche et développement. A titre liminaire, l'autorité européenne déclare la chose suivante : « La Commission doit examiner les capacités de recherche et de développement en tenant compte de leur importance pour les marchés non seulement actuels mais futurs ». La Commission Européenne adopte ainsi une approche dite des marchés futurs, c'est à dire qu'elle anticipe la future structure du marché pertinent¹³⁹ et trouve un marché futur des produits de thérapie génique. Elle en conclut que le risque de voir la position des concurrents s'affaiblir et déboucher à une position dominante de Novartis sur ce marché dépend de la réunion de trois facteurs :

- (i) que les parties aient obtenu les brevets en cause,
- (ii) que la thérapie génique s'avère efficace,
- (iii) que les résultats d'autres travaux de recherche puissent permettre de contourner les obstacles créés par une combinaison des brevets.

Si ces trois éléments étaient réunis, la Commission énonce que « [l]'accès des concurrents au marché dépendrait totalement du *non vouloir* des parties » [nos italiques]¹⁴⁰.

¹³⁸ *Ciba-Geigy/Sandoz* (17 juillet 1996), 97/469/CE IV/M.737, [29 juillet 1997] J.O.C.E. L 201 I.

¹³⁹ Alors qu'avec la notion de « concurrence potentielle », la Commission apprécie les futurs développements d'un marché déjà existant.

¹⁴⁰ *Ciba-Geigy/Sandoz*, *supra* note 138 au point n°102.

Or la Commission considère qu'il n'est pas possible « d'établir avec une probabilité suffisante que l'opération de concentration entraînera la création ou le renforcement d'une position dominante sur un marché futur » et autorise par conséquent l'opération.

Ainsi les autorités de concurrence américaine et européenne n'ont-elles ni tranché dans le même sens, ni adopté la même approche. Certes, dans le cas américain, les parties disposaient déjà de brevets américains, tandis que dans l'espèce française, aucun brevet n'avait encore été délivré. La Commission Européenne s'était donc fondée sur les informations dont elle disposait alors pour autoriser l'opération. On peut néanmoins en tirer comme conclusion que la Commission n'a pas adopté l'approche dite des marchés de l'innovation. Or par le biais de cette théorie, l'absence de brevet n'aurait pas fait obstacle à ce que la Commission entreprenne une analyse plus au fond du marché. Faut-il y voir un parti pris, une réticence à basculer dans une analyse proprement économique du marché ?

L'affaire *Ciba-Geigy* n'est pas isolée. On peut également constater la même différence d'approche dans le cas *Glaxo-Wellcome*¹⁴¹, relatif aux traitements antimigraineux¹⁴².

Ainsi, à la différence des autorités américaines, les autorités communautaires n'ont pas développé une méthodologie distincte pour définir un marché de l'innovation¹⁴³.

¹⁴¹ Affaire n°IV/M.555 (28 février 1995), et pour les Etats Unis : *Glaxo plc* (29 mars 1995), 60 Fed. Reg. 16,139 (FTC n°951-0054).

¹⁴² Voir L.B. Landman, « Innovation Markets in Europe » [1998] E.C.L.R. 21 à la p. 25.

La Commission Européenne s'est en effet ouvertement déclarée réservée quant à cette théorie. Lors d'une table ronde de l'O.C.D.E. sur la politique de concurrence, un des délégués de la Commission a confirmé que l'autorité européenne était réticente à adopter cette théorie, et qu'elle restait fidèle à l'examen des prix des produits plutôt qu'à ses caractéristiques¹⁴⁴. On peut également citer, à cet égard, un texte disponible sur le site de la Commission européenne et qui fait état de la politique des autorités de concurrence :

One cannot easily imagine the European Commission saying « The parties to this merger are not collectively dominant today, but they are doing research which is certain to be so much more successful than anyone else's that they will certainly be dominant in the future, and so we prohibit the merger ». Yet that is the crucial test. It would not be impossible to say that, but the circumstances would be unusual, and extreme. *The conclusion to be drawn from the European Commission's decisions is that it is cautious and reluctant to try to look too far into the future. [...] Certainly the Commission looks at competition in technology and R&D when it thinks it appropriate to do so, but perhaps with less willingness to look in the future than the US Department of Justice or Federal Trade Commission, even making allowances for differences in circumstances in Europe* [nos italiques]¹⁴⁵.

On a vu avec l'affaire *Ciba-Geigy* que la Commission Européenne prenait tout de même en compte les aspects dynamiques des opérations de concentration, en les analysant comme partie intégrante du marché de produits ou de services analysé. Elle privilégie donc une approche classique en essayant d'intégrer des éléments dynamiques tels que la recherche et le développement.

¹⁴³ Sur l'application de la théorie des marchés de l'innovation par les autorités de concurrence américaines, voir R.J. Hoerner, « Innovation Markets: New Wine in Old Bottles? » (1995) 64 Antitrust L. J. 49.

¹⁴⁴ « Application of Competition Policy to High Tech Markets » (1997) Les tables rondes sur la politique de la concurrence n°9, GD(97)44, en ligne : O.C.D.E. <<http://www.oecd.org/daf/clp/Roundtables/HITEC02.HTM>> (date d'accès : 24 juillet 2000).

¹⁴⁵ « Antitrust Law - Innovation » (1996), en ligne : Europa <http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp1996_0542_en.html> (date d'accès : 4 février 2001).

L'incipit de l'allocution faite par J.-L. Lesquins à la D.G.C.C.R.F.¹⁴⁶ illustre tout à fait cette approche : « La difficulté particulière que présente l'analyse des marchés sur lesquels sont offerts des produits innovants peut être résumée dans le constat suivant : *l'innovation est une des conditions de la concurrence, et une de ses modalités (...)* [nos italiques]¹⁴⁷ », et non un marché distinct qui justifie une approche différente.

Cette différence d'approche s'explique en partie par la lente réception en droit communautaire, des apports de l'analyse économique. Il ne faut pas entièrement s'étonner de ce constat dans la mesure où, on l'a vu, c'est la F.T.C. qui est à l'origine de la théorie des marchés de l'innovation. Or cette commission a été instaurée en 1914, dans le but même de concevoir et appliquer de nouveaux principes en droit de la concurrence¹⁴⁸. La F.T.C. est donc « programmée » pour réfléchir à ces nouveaux concepts, et il est naturel qu'elle se soit penchée sur cette nouvelle problématique et qu'elle ait élaboré la théorie des marchés de l'innovation. Quant à la Commission Européenne, son rôle est bien différent. Elle édicte également des lignes directrices, mais n'a pas la même autonomie que l'autorité américaine. La Commission n'a pas été conçue comme un « laboratoire » du droit.

Pourtant, rien n'empêcherait la Commission Européenne de revêtir ce nouveau rôle. De plus, une assimilation de cette théorie en droit communautaire aurait pour avantage une approche plus souple et plus approfondie de la réalité économique. Cependant, en l'état, on ne saurait regretter entièrement la voie empruntée par les

¹⁴⁶ La Direction Générale de la Concurrence et de la Répression des Fraudes.

¹⁴⁷ J.-L. Lesquins, « Innovation et délimitation des marchés pertinents », Ateliers de réflexion sur la concurrence, D.G.C.C.R.F., 6 octobre 1994 (1995) 83 Revue Concurrence Consommation 32.

autorités de concurrence communautaires dans la mesure où celles-ci sont encore à l'aube de leur familiarisation avec l'analyse économique et une mauvaise utilisation de ces concepts nouveaux serait certainement néfaste sur les plans juridique et économique.

Ainsi le droit de la concurrence communautaire reste-il encore fondé sur un raisonnement juridique civil, et il lui manque encore du pragmatisme propre à la *common law* pour avancer sur le terrain du raisonnement et de l'analyse économique.

On peut déduire de l'ensemble de l'étude conduite ci-dessus, que le système juridique américain est fondé sur une vision instrumentale du droit, où la norme est essentiellement considérée comme un instrument au service de finalités qui lui sont extérieures, en l'occurrence assurer l'efficacité économique au moyen du jeu concurrentiel. En revanche, la conception juridique qui inspire le droit communautaire est une hiérarchie des objectifs « inversée », où la résistance de la règle au réel est plus forte¹⁴⁹.

Cette résistance au réel serait en partie fondée sur un objectif de sécurité juridique pour les acteurs du marché. On en trouve la confirmation dans le règlement d'exemption par catégorie sur les accords de recherche et développement :

¹⁴⁸ Voir W.E. Kovacic, « Administrative Adjudication and the Use of New Economic Approaches in Antitrust Analysis » (1997) 5 Geo. Mason L. Rev. 313.

¹⁴⁹ Voir généralement L. Vogel, *Droit de la concurrence et concentration économique*, Paris, Economica, 1988 au n°295. Ce dernier explique que la conception juridique qui inspire le droit communautaire est une hiérarchie des objectifs inversée, où les « finalités propres du système juridique qui fondent son autonomie se voient reconnaître un rôle plus important ».

Un nouveau règlement doit satisfaire à deux exigences, savoir assurer une protection efficace de la concurrence et garantir une sécurité juridique suffisante aux entreprises.

Ainsi le droit communautaire poursuit-il le respect de la structure et de la finalité de la règle comme condition à la sécurité juridique des entreprises.

[J'ai supprimé le dernier § qui ne faisait pas de sens, et était un reste de phrases mélangées non supprimées ! Votre remarque était entièrement justifiée.]

CONCLUSION

Cette étude avait pour ambition d'exposer la théorie des marchés de l'innovation, dans une perspective de droit comparé. On a pu constater, en premier lieu, que le marché de l'innovation biotechnologique était un marché colossal, encore en pleine croissance, et qu'il soulevait, du fait de ses caractéristiques, des problématiques nouvelles en droit de la concurrence.

Certains auteurs ont répondu à ce défi en élaborant la théorie des marchés de l'innovation, théorie révolutionnaire dans la mesure où elle propose aux autorités de la concurrence d'intervenir sur des marchés pour lesquels les produits n'existent pas encore. D'un point de vue théorique, l'apparition de ce marché et de cette théorie illustrent fondamentalement le fait que l'innovation soit devenue l'un des objectifs primordiaux du droit de la concurrence. Ainsi cette théorie s'inscrit-elle dans un mouvement de l'analyse économique qui favorise une approche dynamique et au cas par cas. Les tenants de cette théorie préconisent donc que les autorités de concurrence adoptent une approche prudente, souple et respectueuse des droits de propriété intellectuelle. C'est bien là l'objectif avéré des autorités américaines, qui ont tant et plus suscité des débats et amené des économistes à se prononcer sur le sujet.

Si la jurisprudence américaine est le reflet de cette doctrine, cette dernière n'a pas véritablement traversé l'Atlantique. Pourtant, on a pu constater l'ouverture du droit communautaire à l'analyse économique, qui est symptomatique d'un phénomène plus général : l'ouverture du monde civiliste au pragmatisme propre à la « common law ». Le droit de la concurrence s'y prête particulièrement puisqu'il s'agit d'un droit

technique. L'analyse économique sous sa forme américaine la plus pure a néanmoins du mal à percer en Europe. En effet, on a vu que la théorie des marchés de l'innovation peinait à gagner l'esprit civiliste communautaire. Encore une fois, on ne peut totalement regretter cet état de fait dans la mesure où le droit communautaire connaît des objectifs différents et où les esprits ne sont pas encore mûrs pour une approche purement économique.

A titre de conclusion, il est intéressant de terminer cette étude par une remarque relevée dans la presse sur l'évolution du marché pharmaceutique « [l]e succès d'un médicament n'est pas seulement lié à sa qualité intrinsèque, ni même à son arrivée en premier sur le marché. Les blockbusters¹⁵⁰ ne sont pas fondamentalement supérieurs aux autres médicaments de leur classe thérapeutique. La différence est que les entreprises ont tout fait pour qu'ils le deviennent »¹⁵¹. En englobant les coûts administratifs, les investissements en marketing et vente sont estimés en moyenne à 35% du chiffre d'affaires des laboratoires, soit le double des budgets moyens de recherche et de développement. Ce constat, lorsqu'on a vu les sommes investies en matière de recherche et développement, laisse songeur. Comment soutenir que les autorités de concurrence n'ont pas leur mot à dire sur ce marché où les enjeux sont financièrement colossaux ? On ne peut, une fois de plus, que se réjouir de l'intérêt porté par la doctrine nord-américaine à cet égard, et regretter l'absence de débat au sein des économistes européens.

*

¹⁵⁰ *Supra* note 6.

¹⁵¹ A. de Bertier, directeur associé du cabinet de conseil McKinsey, cité par F. Bal, « Le marketing prend le pas sur la recherche dans l'industrie pharmaceutique » *Le Monde* (10 octobre 2000) 23.

Ouvrages

- Anderson. R.D., Gallini, N.T. *et al.*, dir., *Competition Policy and Intellectual Property Rights in the Knowledge-Based Economy*. Industry Canada Research Series, Calgary, University of Calgary Press, vol.9, 1998.
- Brenner. R., *Betting on Ideas: Wars, Inventions, Inflation*, Chicago, The University of Chicago Press, 1989.
- Jorde. T.M. et Teece, D.J., *Antitrust, Innovation and Competitiveness*, New York, Oxford, Oxford University Press, 1992.
- Luby. M. et Poillot-Peruzzetto, S., *Le droit communautaire appliqué à l'entreprise*, Paris, Dalloz, 1998 au c. 6.
- A. Smith, *An Inquiry into the Nature and Cause of the Wealth of Nations*, Edinburgh, vol.3, 1776.
- Souty, F., *La Politique de Concurrence aux Etats-Unis*, Presses Universitaires de France, 1995.
- Vogel. L., *Droit de la concurrence et concentration économique*, Paris, Economica, 1988.

Articles

- Anthony, S.F., « Riddles and Lessons from the Prescription Drug Wars : Antitrust Implications of Certain Types of Agreements Involving Intellectual Property » (1^{er} juin 2000), en ligne : <<http://www.ftc.gov/speeches/anthony/sfip000601.htm>> (date d'accès : 4 février 2001).
- Anthony, S.F., "Antitrust and Intellectual Property Law: From Adversaries to Partners" (hiver 2000) 28 AIPLA Quarterly Journal 1, en ligne : Federal Trade Commission <<http://www.ftc.gov/speeches/anthony/sfip000601.htm>> (date d'accès : 4 février 2001).
- Art. J.-Y. et Van Liedekerke, D., « Developments in E.C. Competition Law in 1997 : an Overview » (1998) 35 Common Market L. Rev. 1134.
- Azcuenaga, M.A., « Antitrust and Intellectual Property: Recent Highlights and Uncertainties » (24 avril 1997), en ligne : Federal Trade Commission <<http://www.ftc.gov/speeches/azcuenaga/aliaba97.htm>> (date d'accès : 25 octobre 1999).

- Aziz, A.. « Defining Technology and Innovation Markets: the DOJ's Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property » (1995) 24 Technology & Innovation Markets 479.
- Babusiaux, C., « La notion de progrès économique : sa portée et son contenu » (1996) 94 Revue de la Concurrence et de la Consommation 42.
- Baer, W.J., « Antitrust Enforcement and High Technology Markets » (12 novembre 1998), en ligne : <<http://www.ftc.gov/speeches/other/ipat6.htm>> (date d'accès : 25 octobre 1999).
- Baker, J.B., « Contemporary Empirical Merger Analysis » (1997) 5:3 Geo. Mason L. Rev. 347.
- Baker, J.B., « Fringe Firms and Incentives to Innovate » (1995) 63 Antitrust L. J. 621.
- Bal, F., « Les alliances entre grands laboratoires et start-up dynamisent la recherche » *Le Monde* (26 août 2000) 13.
- Bal, F., « Le marketing prend le pas sur la recherche dans l'industrie pharmaceutique » *Le Monde* (10 octobre 2000) 23.
- Bale, H.E., "Patent Protection and Pharmaceutical Innovation" [1996-1997] N.Y.U.J. Int'l L. & Pol. 95.
- Balto, D. et Pitofsky, R., « Antitrust and High-Tech Industries: The New Challenge » (1998) 43:3-4 Antitrust Bulletin 583.
- Baral, E., « La problématique ou la notion de marché », « Innovation et concurrence », Ateliers de réflexion sur la concurrence, D.G.C.C.R.F., 6 octobre 1994 (1995) 83 Revue Concurrence Consommation 39.
- Barro, « Why the Antitrust Cops Should Lay off High-Tech » *Business Week* (17 août 1998) 20.
- Baxter, W.F., « The Definition and Measurement of Market Power in Industries Characterised by Rapidly Changing Technologies » (1984) 53 Antitrust L. J. 717.
- Bellon, B., « Cent ans de politique antitrust aux Etats-Unis » (1993) 63 Revue d'Economie Industrielle 10.
- Bienaymé, A. *et al.*, « La naissance d'un marché », Ateliers de réflexion sur la concurrence, D.G.C.C.R.F., (1998) 104 Revue Concurrence Consommation 16.
- Bienaymé, A., Canivet, G., Gavalda C. *et al.*, « Concurrence et propriété intellectuelle », Ateliers de réflexion sur la concurrence, D.G.C.C.R.F., 19 mai 1994 (1994) 80 Revue Concurrence Consommation 5.

- Biggers, S.M., Mann, R.A. et Roberts, B.S., « Intellectual Property and Antitrust: A Comparison of Evolution in the European Union and the United States » (1999) 22:2 Hastings Int'l & Comp. L. Rev. 209.
- Brenner, R., « Market Power: Innovations and Antitrust » dans Mathewson, F., Trebilcock, M. et Walker, M., dir., *The Law and Economics of Competition Policy*, Vancouver, B.C., The Fraser Institute, 1990, au c. 7.
- Brunell, R.M., « Préface » (1995) 64 Antitrust L. J. 1.
- Clark, « Toward a Concept of Workable Competition » (1940) 30 American Econ. Rev. 241.
- Cohen W.M. et Levin, R.C., « Empirical Studies of Innovation and Market Structure » dans Schmalensee, R. et Willig, R.D., dir., *Handbook of Industrial Organization*, vol. 2, North-Holland, Elsevier Science Publishers, 1989.
- Coleman, M. et Teece, D.J., « The Meaning of Monopoly: Antitrust Analysis in High-Technology Industries » (1998) 43:3-4 Antitrust Bulletin 801.
- Dahdouh, T.N. et Mongoven, J.F., « The Shape of Things to Come: Innovation Market Analysis in Merger Cases » (1996) 64 Antitrust L. J. 405-442.
- Demsetz, H., « 100 Years of Antitrust: Should We Celebrate? », Brent T. Upson Memorial Lecture, George Mason University School of Law, Law & Economics Centre, 1991 [non publié].
- Dolmans, M., « Restrictions on Innovation: An EU Antitrust Approach » (1998) 66 Antitrust L. J. 457.
- Farrell, J. et Katz, M.L., « The Effects of Antitrust and Intellectual Property Law on Compatibility and Innovation » (1998) 43:3-4 Antitrust Bulletin 609.
- Fuhrmans, V., « LION Bioscience might become King of Summer's IPO's » *The Wall Street Journal Europe* (1^{er} août 2000) 1.16.
- Gaffard, J.-L. *et al.*, « Innovation et concurrence », Ateliers de réflexion sur la concurrence, D.G.C.C.R.F., 6 octobre 1994 (1995) 83 Revue Concurrence Consommation 17.
- Gerber, D.J., « Global Technological Integration, Intellectual Property Rights, and Competition Law: Some Introductory Comments » (1996) 72 Chicago-Kent L. Rev. 357.
- Gilbert, R.J. et Sunshine, S., « Incorporating Dynamic Efficiency Concerns in Merger Analysis: The Use of Innovation Markets » (1995) 63 Antitrust L. J. 569.
- Gilbert, R.J. et Sunshine, S., « The Use of Innovation Markets: A Reply to Hay, Rapp and Hoerner » (1995) 64 Antitrust L. J. 75.

- Glais, M., « La finalité économique de la réglementation de la concurrence » (1995) 85 *Revue Concurrence Consommation* 45.
- Glais, M. et Laurent, P. « De la théorie économique à la protection juridique de la concurrence » *Gaz. Pal.* 1978 209.
- Hawk, B.E., « Patents Under EEC Competition Law » (1984) 53 *Antitrust L. J.* 737.
- Hawk, B.E., « La révolution antitrust américaine : une leçon pour la communauté économique européenne ? » (1989) 1 *R.T.D.E.* 25.
- Hay, G.A., « Innovations in Antitrust Enforcement » (1995) 64 *Antitrust L. J.* 7.
- Hoerner, R.J., « Innovation Markets: New Wine in Old Bottles? » (1995) 64 *Antitrust L. J.* 49.
- Howard, K., « La bio-informatique » *Pour la Science* (septembre 2000) 46.
- Jacquemin, A., « Les enjeux de la compétitivité et la politique industrielle communautaire en matière d'innovation » (1996) 396 *R.D.M.C.* 175.
- Jenny, F., « Droit européen de la concurrence et efficience économique » (1993) 63 *Revue d'Economie Industrielle*.
- Jorde, T.M., « Innovation, Cooperation and Antitrust » (1989) 4 *High Technology Law Journal* 1.
- Kattan, J., « Antitrust Analysis of Technology Joint Ventures: Allocative Efficiency and the Rewards of Innovation » (1993) 61 *Antitrust L. J.* 937.
- Kovacic, W.E., « Administrative Adjudication and the Use of New Economic Approaches in Antitrust Analysis » (1997) 5 *Geo. Mason L. Rev.* 313.
- Katz, M.L. et Ordover, J.A., « R&D Cooperation and Competition » [1990] *Brookings Papers : Microeconomics* 137.
- Landman, L.B., « The Economics of Future Goods Markets » (1998) 21 *World Competition* 63.
- Landman, L.B., « Did Congress Actually Create Innovation Markets? » (1998) 13 *Berkeley Technology L. J.* 720.
- Landman, L.B., « Innovation Markets in Europe » [1998] *E.C.L.R.* 21.
- Lang, J.T., « European Community Antitrust Law-Innovation Markets and High Technology Industries » (17 octobre 1996), en ligne : <http://www.europa.eu.int/comm/dg04/speech/six/en/sp96054.htm> (date d'accès : 3 novembre 1999).

- Leary, T.B., « Antitrust Economics: Three Cheers and Two Challenges » (15 novembre 2000) en ligne : <http://www.ftc.gov/speeches/leary/learythreecheers.htm> (date d'accès : 4 février 2001).
- Lesquins, J.-L., « Innovation et délimitation des marchés pertinents ». Ateliers de réflexion sur la concurrence. D.G.C.C.R.F., 6 octobre 1994 (1995) 83 Revue Concurrence Consommation 32.
- Lewis, T.R. et Yao, D.A., « Some Reflections on the Antitrust Treatment of Intellectual Property » (1995) 63 Antitrust L. J. 603.
- Monti, M., « A European Competition Policy for Today and Tomorrow » (26 juin 2000), en ligne : http://www.europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.kksh?p_action.gettx.../ (date d'accès : 4 février 2001).
- Ordover, J.A. et Willig, R.D., « Antitrust for High-Technology Industries: Assessing Research Joint Ventures and Mergers » (1984-85) 27/28 Journal of Law & Econ. 311.
- Pitofsky, R., « E.U. and U.S. Approaches to International Mergers – Views from the U.S. Federal Trade Commission » (14-15 septembre 2000), en ligne : <http://www.ftc.gov/speeches/pitofsky/pitintermergers.htm> (date d'accès : 20 février 2001).
- Pitofsky, R., « Challenges of the New Economy : Issues at the Intersection of Antitrust and Intellectual Property » (15 juin 2000), en ligne : <http://www.ftc.gov/speeches/pitofsky/000615speech.htm> (date d'accès : 4 février 2001).
- Pitofsky, R., « Antitrust and Intellectual Property: Unresolved Issues at the Heart of the New Economy », Antitrust, Technology and Intellectual Property Conference, Berkeley Center for Law and Technology, University of California, 2 mars 2001.
- Pons, J-F., « Innovation and Competition » (1998), en ligne : <http://www.europa.eu.int/comm/dg04/speech/eight/en/sp98005.htm> (date d'accès : 3 novembre 1999).
- Rapp, R.T., « The Misapplication of the Innovation Market Approach to Merger Analysis », en ligne : <http://www.antitrust.org/law/US/rapp.htm> (date d'accès : 1^{er} mars 2000).
- Reichman, J.H., « Beyond the Historical Lines of Demarcation: Competition Law, Intellectual Property Rights, and International Trade after the GATT's Uruguay Round » (1993) 20 Brook. J. Int'l L. 75.

- Sheremata, W.A., « *New Issues Raised by Information Technology Industries* » (1998) 43:3-4 Antitrust Bulletin 547.
- Smith, P., « The Competition Policy/Intellectual Property Law Interface: Current Thinking within the Competition Bureau » (12 juin 1998), en ligne : <<http://strategis.ic.gc.ca/SSG/ct01304e.html>> (date d'accès : 3 novembre 1999).
- Sobel, G., « The Antitrust Interface with Patents and Innovation: Acquisition of Patents and Grant-Backs, Non-Use, Fraud on the Patent Office, Development of New Products and Joint Research » (1984) 53 Antitrust L. J. 681.
- Swindle, O., « Government and the Tech World : Friends or Foes ? » (31 août 2000), en ligne : <<http://www.ftc.gov/speeches/swindle/fedhightech96.htm>> (date d'accès : 4 février 2001).
- Tom, W.K., « Licensing and Antitrust: Common Goals and Uncommon Problems » (18 octobre 1998), en ligne : Federal Trade Commission <<http://www.ftc.gov/speeches/other/aciipub.htm>> (date d'accès : 25 octobre 1999).
- Tom, W.K. et Newberg, J.A., « Antitrust and Intellectual Property: From Separate Spheres to Unified Field » (1997) 66 Antitrust L. J. 167.
- Valentine, D.A., « Antitrust in a Global High-Tech Economy » (30 avril 1999), en ligne : <<http://www.ftc.gov/speeches/other/dvatspeech.htm>> (date d'accès : 11 Février 2000).
- Waller, S.W. et Byrne, N.J., « Changing View of Intellectual Property and Competition Law in the European Community and the United States of America » (1993) 20 Brook. J. Int'l L. 1.
- Wils, P.J., « Notification, Clearance and Exemption in EC Competition Law : An Economic Analysis » (1999) 24-2 European L. Rev. 139.
- Yao, D.A. et De Santi, S.S., « Innovation Issues under the 1992 Merger Guidelines » (1993) 61 Antitrust L. J. 505.

Autres

- O.C.D.E., « Application of Competition Policy to High Tech Markets » (1997) Les tables rondes sur la politique de la concurrence n°9, GD(97)44, en ligne : O.C.D.E. <<http://www.oecd.org/daf/clp/Roundtables/HITEC02.HTM>> (date d'accès : 24 juillet 2000).
- « Antitrust Law - Innovation » (1996), en ligne : Europa <http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp1996_0542_en.html> (date d'accès : 4 février 2001).

- « The Supreme Court - Leading Cases » (1998) 112 Harvard L. Rev. 293.
- « Abbott épinglé pour ses pratiques sur le marché français » *Le Monde* (22 mai 2001) 20.
- « Eli Lilly affronte « l'après-Prozac » avec une panoplie de nouveaux médicaments innovants » *Le Quotidien du Médecin* (13 juin 2001) 5.
- « Eli Lilly se prépare à la fin du règne du Prozac » *Les Echos* (7 juin 2001) 16.
- « Bristol-Myers Squibb donné favori pour l'achat de la pharmacie de DuPont » *Les Echos* (14 juin 2001).
- « Le suisse Novartis s'invite par surprise au capital de son compatriote Roche » *Les Echos* (9 mai 2001) 10.
- « Le Dr Limet : la finalité des fusions entre laboratoires doit être l'innovation » *Le Quotidien du Médecin* (27 juin 2001) 6.
- « BMS veut faire de la France un secteur clé de son développement » *Le Quotidien du Médecin* (4 juillet 2001) 4.

Législation:

- *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, 4 CCH. Trade Reg. Rep. 13,132 (April 6, 1995) ("Intellectual Property Guidelines").
- *Agreement between the Government of the United States of America and the Commission of the European Communities Regarding the Application of their Competition Laws*, 4 Trade Reg. Rep. (CCH) 13,504 (Sept. 23, 1991).
- Consultation Draft of the *Intellectual Property Enforcement Guidelines*, Competition Bureau, (July 16, 1999), en ligne : Page d'accueil du Bureau de la Concurrence <<http://strategis.ic.gc.ca>> (date d'accès : 3 novembre 1999).
- Commission Européenne, *Block Exemption Regarding Technology Transfer*, Brussels, (31 janvier 1996).
- *Règlement de la Commission 2659/2000 sur l'application de l'article 81(3) du Traité aux catégories d'accords de recherches et de développement*, J.O.C.E. 5 décembre 2000 L 304, 0007.
- *Règlement du Conseil 14064/89 sur le contrôle des opérations de concentration*, J.O.C.E. 1989 L 395.
- *Règlement du Conseil 1310/97 sur les notifications et le délai des auditions*, J.O.C.E. 1997 L 180.

*

*