Thibault Schrepel,
collaborateur,
PwC Société d'Avocats

Mise en perspective du droit de la concurrence avec la R&D

La sanction financière de près de 1 milliard d'euros prononcée le 24 janvier 2018 par la Commission européenne à l'encontre de Qualcomm confirme la volonté des autorités de concurrence de conférer un caractère dissuasif aux sanctions. En dépit de la limitation de celles-ci à 10% du chiffre d'affaires annuel mondial consolidé des entreprises sanctionnées, ces amendes représentent bien souvent une part importante des dépenses en recherche et développement des entreprises concernées, mettant ainsi en danger leur capacité d'investissement, et in fine, l'innovation. Il est dès lors permis de s'interroger sur l'opportunité d'introduire un mécanisme de limitation des sanctions qui tienne compte de l'investissement en R&D des entreprises sanctionnées.

Le 24 janvier dernier, la Commission européenne a sanctionné la société Qualcomm à hauteur de 997 millions d'euros pour avoir empêché ses concurrents de lui livrer concurrence sur le marché. Il lui était reproché d'avoir versé des montants substantiels à un client majeur, sous réserve que ce dernier ne s'approvisionne pas auprès de ses concurrents[1]. Quelques mois plus tôt, le 27 juin 2017, elle sanctionnait Google au paiement d'une amende de 2,42 milliards d'euros pour avoir abusé de sa position dominante sur le marché des moteurs de recherche en favorisant son propre service de comparaison de prix[2]. Ces pratiques, appréhendées sous l'angle des abus de position dominante qui relèvent de l'article 102 du TFUE, font régulièrement l'objet de lourdes sanctions prononcées par les diverses autorités de concurrence en dépit de la limitation du quantum à 10% du chiffre d'affaires annuel mondial consolidé de l'entreprise selon l'article 23 du règlement CE n° 1/2003 .

On constate pourtant que les pratiques mises en œuvre par une entreprise en position dominante, qui sont sanctionnées au visa de l'article 102, ne sont pas nécessairement anticoncurrentielles en soi. Il est ainsi nécessaire, pour chacune d'entre elles, d'analyser l'objet et/ou l'effet qui est produit sur le marché. La démonstration d'une connexion ainsi constatée entre le quantum de la sanction et la certitude des effets anti-concurrentiels peut interpeler, d'autant que la théorie économique relative aux abus de position domi-

On constate que les pratiques mises en œuvre par une entreprise en position dominante, qui sont sanctionnées au visa de l'article 102, ne sont pas nécessairement anticoncurrentielles.

nante fait l'objet de nombreux débats.
Dans ce cadre, notre étude propose une nouvelle approche. Nous avons recensé l'ensemble des sanctions imposées au titre des pratiques relevant de l'article 102, au niveau français et européen, sur une période déterminée. Nous avons comparé ces sanctions, non pas avec le chiffre d'affaires de l'entreprise condamnée, mais avec le montant que cette dernière investit annuellement dans la recherche et le développement. Constatant en effet que la Nouvelle Economie impose aux sociétés de se faire concurrence par l'innovation, et qu'ainsi, les investissements en R&D sont devenus le nerf de la guerre, il nous a semblé intéressant d'analyser dans quelle mesure les sanctions imposées par les autorités de concurrence pouvaient troubler la capacité d'investissement des entreprises.

On relève, pour la très grande majorité des décisions répertoriées, que le montant des sanctions imposées représente un très fort pourcentage de la somme investie en R&D par l'entreprise sanctionnée.

1. Les résultats de notre étude

1.1. Commission européenne (du 1er janvier 2004 au 31 janvier 2018)

(cf. tableau ci dessous)

1.2. Autorité de la concurrence (du 1er janvier 2014 au 31 décembre 2017)

(cf. tableau ci contre)

2. Commentaires

2.1. Méthodologie suivie

Pour chacune des décisions publiées, nous avons relevé de préférence le chiffre d'affaires et l'investissement réalisé en R&D par l'entreprise au cours de l'année de la sanction. Lorsque les données n'étaient pas disponibles, nous avons indiqué l'année de référence choisie. Pour tous les montants relatifs à l'investissement dans la R&D, nous avons indiqué la source utilisée.

Notons également que les immobilisations incorporelles qui figurent parfois dans le tableau pour certaines décisions de l'Autorité de la concurrence (en gris clair) incluent les investissements en cours en R&D. Le montant indiqué est donc nécessairement supérieur à celui de la seule R&D. Par souci d'exactitude, nous avons choisi de ne pas intégrer dans nos résultats ces affaires pour lesquelles nous n'avons pas pu identifier précisément la somme investie en R&D, bien qu'elles illustrent également une tendance.

Nous avons également exclu les décisions (en gris foncé) pour lesquelles nous ne disposions pas des données exactes et pour lesquelles, dans le même temps, l'utilisation des immobilisa-

Affaire et date d'introduction	Entreprise(s) sanctionnée(s)	Montant de la sanction (€)	Chiffre d'affaires de l'entreprise sanctionnée (€)	Investissements en R&D de l'entreprise sanctionnée (€)	% que représente la sanction rapportée à l'investissement en R&D
40220 16.07.2015	Qualcomm	997 millions 21.01.2018	22,3 milliards[4]	$5,15 billions/4,9 milliards d'euros[5]	20,5%
39523 15.10.2014	Slovak Telekom	69,9 millions 15.10.2014	767 millions[6]	84.1 millions (en 2016, pour Deutsche Telekom) [7]	83,2%
39984 05.03.2014	OPCOM/Compania Nationalã de Transport al Energiei Electrice «Transelectrica» S.A. ('Transelectrica')	1 million 05.03.2014	/	493 000 RON (111 526)[8]	909%
39759 12.07.2011	ARA foreclosure	6 millions 20.09.2016	190 millions (en 2015)	1 million (source communiquée)	600%
39525 22.06.2011	Telekomunikacja Polska	127 millions 22.06.2011	3,9 milliards	14 millions environ (en 2011)[9]	907%
38784 04.07.2007	Telefonica S.A.	151 millions 04.07.2007	environ 56,4 milliards en 2007[10]	4,3 milliards (en 2009)[11]	3,5%
39740 30.11.2010	Google	2,42 milliards 27.06.2017	81,6 milliards	11,5 milliards (en 2016)	21%
37990 13.05.2009	Intel	1,06 milliard 13.05.2009	25,6 milliards	5,65 milliards (en 2009)[12]	18,8%
38113 29.03.2006	Prokent/Tomra	24 millions 29.03.2006	336 millions (en 2002)	13,6 millions (en 2006)[13]	176%

tions incorporelles constituait ce que les statisticiens qualifient de «bruit de mesure» – signaux parasites qui viennent se superposer au signal dit utile. Ainsi, trois décisions de ce type pour lesquelles le pourcentage était inférieur à 1% ou supérieur à 1000% ont été éliminées de notre analyse. Il ressort ainsi de cette étude un échantillon significatif qui permet de dégager des tendances pertinentes.

Il ressort que le montant des sanctions imposées par les autorités de concurrence est tout sauf dérisoire.

2.2. Analyse

On relève, pour la très grande majorité des décisions répertoriées ci-dessus, que le montant des sanctions imposées représente un très fort pourcentage de la somme investie en R&D par l'entreprise sanctionnée.

S'agissant des décisions de la Commission européenne, les sanctions imposées représentent en moyenne 304% de la somme investie annuellement par l'entreprise dans la R&D. Le pourcentage est sensiblement moins élevé, 194,16% en moyenne, pour les sociétés réalisant un chiffre d'affaires annuel de plus d'un milliard d'euros. Enfin, pour les seules entreprises du numérique réalisant un chiffre d'affaires annuel de plus d'un milliard d'euros, les sanctions imposées représentent 20,1% de l'investissement annuel en R&D, ce qui demeure considérable dans la mesure où les trois entreprises visées – Qualcomm, Google et Intel – dépensent des sommes très importantes dans la R&D, respectivement, 4,9 milliards, 11,5 milliards et 5,65 milliards d'euros chaque année[26].

Certaines sanctions imposées atteignent des pourcentages colossaux. C'est notamment le cas de celles prononcées à l'encontre des sociétés OPCOM, ARA Foreclosure et Telekomunikacja Polska qui atteignent respectivement 909%, 600% et 907%.

S'agissant des décisions de l'Autorité de la concurrence, la

Affaire	Entreprise sanctionnée	Montant de la sanction (€)	Chiffre d'affaires de l'entreprise sanctionnée (€)	Investissements R&D (€)	%
17-D-13 Décision du 27 juillet 2017	COMTET	80 000	3,3 millions (2016)	Donnée inconnue Immobilisations incorporelles: 625 800 euros en 2016[14]	12,8% minimum
17-D-06 Décision du 21 mars 2017	ENGIE	100 millions	17,9 milliards (2016)	191 millions[15]	52,6%
17-D-02 Décision du 10 février 2017	OBUT	320 000	17,6 millions (2016)	Donnée inconnue Immobilisations incorporelles: 811 700 euros en 2016[16]	39,4% minimum
16-D-14 Décision du 23 juin 2016	UMICORE	69 millions	14,5 milliards	140 millions[17]	49,2%
16-D-11 Décision du 6 juin 2016	TDF	20,6 millions	586 millions (groupe: 1,63 milliard)	Donnée inconnue Immobilisations incorporelles: 23 millions en 2016[18]	89,6% minimum
15-D-20 Décision du 17 décembre 2015	ORANGE	350 millions	23,6 milliards (2015)	726 millions[19]	42,8%
15-D-17 Décision du 30 novembre 2015	SFR	10 millions	9,3 milliards (2015)	Donnée inconnue Immobilisations incorporelles: 9,8 milliards en 2015[20]	/
15-D-01 Décision du 5 février 2015	TDF	4,2 millions	667 millions (groupe: 1,63 milliard)	Donnée inconnue Immobilisations incorporelles: 24,4 millions en 2015[21]	17,2% au minimum
14-D-08 Décision du 24 juillet 2014	SNYL	1,6 million	22,6 millions (2014)	Donnée inconnue Immobilisations incorporelles: 1 million[22]	160% au minimum
14-D-06 Décision du 8 juillet 2014	CEGEDIM	5,7 millions	192 millions (2014)	40,6 millions[23]	14%
14-D-05 Décision du 13 juin 2014	SFR	46 millions	9 518 882 068	Donnée inconnue Immobilisations incorporelles: 9,4 milliards en 2014[24]	/
14-D-02 Décision du 20 février 2014	AMAURY	3,5 millions	673,6 millions	Donnée inconnue Immobilisations incorporelles: 4 900 euros[25]	/

moyenne globale s'élève à 39,65% et quant aux seules sociétés dégageant un chiffre d'affaires annuel de plus d'un milliard d'euros, la part que représentent les sanctions en termes de R&D investie est de 36%.

Il ressort de ces éléments que le montant des sanctions imposées par les autorités de concurrence est tout sauf dérisoire[27]. Pour les entreprises les plus importantes, ces sanctions ne devraient pas conduire à une réduction immédiate des investissements en R&D, sauf à ce que les montants des sanctions soient effectivement proches du seuil de 10% du chiffre d'affaires. Pour autant, si l'investissement en R&D est maintenu coûte que coûte, ce sont d'autres postes de dépenses qui doivent être réduits. Pour les sociétés d'une plus petite taille, les sanctions prononcées risquent même de contraindre ces entreprises à amputer leurs investissements en R&D.

Il ne s'agit aucunement de justifier l'absence de sanction pour des comportements anti-concurrentiels. Le fait est que certaines pratiques anti-concurrentielles peuvent avoir pour effet direct d'augmenter le chiffre d'affaires des entreprises concernées. En outre, l'objectif visant à préserver leur capacité d'investissement ne suffit pas à justifier certaines pratiques qui réduisent généralement la capacité d'investissement d'autres entreprises. Ainsi, la prise en compte de ces investissements ne doit être faite qu'au moment du calcul de la sanction, et non pas lors de la caractérisation des pratiques.

Il nous semble toutefois opportun de se garder de sanctionner un comportement passé – au motif qu'il a réduit le bien-être des consommateurs – en mettant en péril l'avenir innovant de l'entreprise. Le bien-être du consommateur s'en trouverait réduit une fois encore. Comme le soulignait Frédéric Bastiat dans un écrit intitulé «Ce qu'on voit et ce qu'on ne voit pas» (1850):

«Dans la sphère économique, un acte, une habitude, une institution, une loi n'engendrent pas seulement un effet, mais une série d'effets. De ces effets, le premier seul est immédiat ; il se manifeste simultanément avec sa cause, on le voit. Les autres ne se déroulent que successivement, on ne les voit pas ; heureux si on les prévoit. Entre un mauvais et un bon économiste, voici toute la différence: l'un s'en tient à l'effet visible ; l'autre tient compte et de l'effet qu'on voit et de ceux qu'il faut prévoir».

Il est ainsi très important, en l'espèce, de veiller à ne pas freiner l'innovation en réduisant très fortement la capacité d'investissement des entreprises.

Au-delà de la limitation des sanctions à 10% du chiffre d'affaires, il est dès lors permis de s'interroger sur l'opportunité d'envisager dans le droit positif un mécanisme qui puisse tenir compte de l'investissement en R&D de l'entreprise sanctionnée. Comme c'est le cas pour le chiffre d'affaires, une entreprise ne serait pas incitée à réduire volontairement son investissement en R&D au fil des années dans le seul but d'obtenir une sanction plus réduite. Un tel mécanisme ne produirait donc aucun effet pervers, et à l'inverse, assurerait une meilleure protection de l'innovation. Ce nouveau dispositif serait davantage en adéquation avec les spécificités de l'économie moderne. L'investissement dans la R&D est en effet au centre de la bataille que se livrent beaucoup d'entreprises, dans le secteur du numérique et bien d'autres secteurs d'activités. Ainsi faut-il noter que les dix entreprises les plus profitables au monde investissent aujourd'hui bien plus dans la R&D qu'elles ne le faisaient il y a 20 ans[28]. Ceci conforte l'importance exponentielle qu'elles accordent à la R&D. Il semble dès lors pertinent de tenir compte de cette nouvelle spécificité dans le cadre de l'appréciation du quantum des sanctions prononcées par les autorités de concurrence, notamment sur le fondement de l'article 102 du TFUE. L'objectif fondamental de protection des consommateurs ne peut être valablement assuré s'il conduit corrélativement à une trop forte réduction de la capacité des entreprises à investir dans la R&D ■

1. Commission européenne, communiqué de presse, Pratiques anticoncurrentielles : la Commission inflige à Qualcomm une amende de 997 millions d'euros pour abus de position dominante sur le marché, 24 janvier 2018.

2. Commission européenne, communiqué de presse, Pratiques anticoncurrentielles : la Commission inflige à Google une amende de 2,42 milliards d'euros pour abus de position dominante sur le marché des moteurs de recherche en favorisant son propre service de comparaison de prix, 27 juin 2017.

3. En France, une même obligation est imposée par l'article L. 464-2 du Code de commerce : «Si le contrevenant n'est pas une entreprise, le montant maximum de la sanction est de 3 millions d'euros. Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en oeuvre. Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante».

4. https://www.statista.com/statistics/737780/revenue-of-qualcomm/.

5. https://www.fool.com/investing/2017/02/21/heres-why-qualcomm-incs-research-and-development-s.aspx.

6. https://www.telekom.sk/documents/10179/44166/2014-EN-annual-report.pdf/96095a80-775a-453e-88a2-abfc89317d03.

7. https://www.annualreport.telekom.com/site0317/management-report/innovation-and-product-development/expenditure-and-investment-in-research-and-development.html.

8. http://own.li/nwnu.

9. http://www.orange-ir.pl/sites/default/files/tp_fy2012%20consolidated%20report.pdf.

10. https://www.telefonica.com/documents/153952/13347920/lAnual_2007_eng.pdf.

11. https://www.telefonica.com/documents/153952/13347920/Significant%20Data.pdf.

12. https://www.statista.com/statistics/263562/intel-expenditure-on-research-and-development-since-2004/.

13. https://mytomra.com.au/-/media/documents/reports/annual-reports/2006.ashx?la=en&hash=A9EB76A2FE30E4BBC237DCE52FFD892EFD9ABC5Bf

14. source : societe.com.

15. https://www.engie.com/wp-content/uploads/2017/09/engie-rapport-integre-2017.pdf.

16. Source : societe.com.

17. http://www.umicore.fr/fr/a-propos/a-propos-de-nous/innovation/.

18. Source : societe.com.

19. https://fr.statista.com/statistiques/597314/orange-frais-recherche-innovation/.

20. Source : societe.com.

21. Source : societe.com.

22. Source : societe.com.

23. http://www.cegedim.fr/Docs_Communiques/DDR-2016-FR.PDF.

24. source : societe.com.

25. Source : societe.com.

26. Ces montants correspondent à ceux que nous avons relevés l'année de publication de la sanction.

27. Notons ici qu'il serait mal venu de suggérer que les entreprises concernées n'investissent pas assez dans la recherche et développement. Il ne revient pas aux juristes, et encore moins aux juges et aux autorités de concurrence, de s'immiscer dans la conduite des affaires des entreprises sanctionnées.

28. PwC, The 2017 Global Innovation 1000 study (2018) disponible à https://www.strategyand.pwc.com/innovation1000#GlobalKeyFindingsTabs4.