HAL
open science

Protéger la concurrence ou protéger les concurrents ? L'affaire Intel en perspective

Frédéric Marty, Julien Pillot

To cite this version:

Frédéric Marty, Julien Pillot. Protéger la concurrence ou protéger les concurrents ? L'affaire Intel en perspective. Revue Economique et Sociale, 2009, 2009-4, pp. 65-74. hal-00464409

HAL Id: hal-00464409

https://hal.science/hal-00464409

Submitted on 22 Jan 2013

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Manuscrit auteurs de l'article publié dans la *Revue Economique et Sociale*, n° 2009-4, volume 67, décembre 2009, pp. 65-74.

Protéger la concurrence ou protéger les concurrents ? L'affaire Intel en perspective

Frédéric Marty
CNRS – GREDEG / Université de Nice Sophia-Antipolis

Julien Pillot
CNRS – GREDEG / Université de Nice Sophia-Antipolis

La condamnation d'Intel, leader mondial des microprocesseurs, pour abus de position dominante par la Commission européenne le 13 mai 2009 met en exergue la question des possibilités d'éviction de firmes concurrentes par des politiques de remises de fidélité menées par un opérateur dominant. S'il apparaît comme tout à fait possible au point de vue théorique d'exclure du marché, au travers d'une telle politique commerciale, des concurrents au moins aussi efficaces que l'entreprise dominante, il n'en demeure pas moins que le cas Intel témoigne de fortes divergences entre les différentes autorités nationales de la concurrence quant au traitement de telles affaires. En effet, si Intel a d'ores-et-déjà fait l'objet de condamnations au Japon, en Corée du Sud et maintenant par l'Union européenne, la situation est bien moins claire dans le cas américain. L'absence de réaction de la division Antitrust du Département de la Justice s'explique en fait par la prédominance d'une conception des plus précautionneuses quant au traitement des pratiques unilatérales des entreprises dominantes. Il s'agit donc dans cet article d'analyser les faits reprochés à Intel et de s'attacher à expliquer les fondements théoriques des différences de réactions des autorités de la concurrence de part et d'autre de l'Atlantique.

Mots clés

Abus de position dominante, remises de fidélité, stratégies d'éviction anticoncurrentielle

La Commission européenne a infligé, le 13 mai 2009, une sanction pécuniaire de plus d'un milliard d'euros à Intel, leader mondial de l'industrie des microprocesseurs (Commission européenne, 2009a)[1]. Dans sa lutte contre le fabricant de microprocesseurs **Advanced Micro Devices** (AMD) dont la part de marché mondiale s'établit à 19 %, Intel, doté d'une part de marché de 80 %, aurait mis en œuvre des pratiques anticoncurrentielles passant notamment par des remises de fidélité accordées à certains constructeurs de PC. Celles-ci auraient incité ces derniers à nouer avec elle une relation (quasi) exclusive. Elle aurait, de la même façon, vendu des processeurs à des prix inférieurs à leurs coûts. Elle aurait enfin procédé à des paiements directs en faveur de certains d'entre eux pour qu'ils entravent la mise sur le marché de PC équipés de puces AMD. Outre la gravité des pratiques imputées à Intel par la Commission et le montant très élevé de la sanction pécuniaire, l'un des points les plus intéressants à relever dans cette affaire tient au fait qu'Intel – qui a été condamnée pour des pratiques similaires par les autorités de la concurrence japonaises en mars 2005 et sud-coréennes en août 2008 – n'a pas été poursuivie par la division Antitrust du Département à la Justice américain. Plus intéressant encore, pour l'une des pratiques qui lui sont reprochées, en l'occurrence, les remises fidélisantes, il n'apparait pas comme évident qu'une violation de la section 2 du Sherman Act de 1890, laquelle sanctionne les stratégies de **monopolisation**, serait retenue par les tribunaux au vu de la jurisprudence concurrentielle américaine. Notre propos dans cet article, se concentrera donc sur la question de l'impact concurrentiel des remises de fidélités accordées par une entreprise dominante et sur le traitement de ces dernières par les autorités de la concurrence de part et

[1] Intel a fait appel de la décision de la Commission en juillet 2009.

d'autre de l'Atlantique. En effet, nous verrons que l'appréhension de telles pratiques diffère sensiblement entre les Etats-Unis et l'Union européenne. Si une qualification d'abus de position dominante apparaît comme inexorable au vu de la jurisprudence communautaire, nous verrons que le risque de condamnation aux Etats-Unis peut apparaître comme bien moins certain.

1 – Des remises de fidélité comme levier d'une stratégie d'éviction des concurrents : les pratiques sanctionnées par la Commission européenne.

La condamnation d'Intel pour abus de position dominante n'est pas sans faire écho à celle de Microsoft, confirmée le 17 septembre 2007 par le Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes (TPICE). Il s'agit dans les deux cas de pratiques conduisant à une éviction anticoncurrentielle, définie dans la jurisprudence communautaire comme « **une situation dans laquelle un accès effectif des concurrents actuels ou potentiels aux sources d'approvisionnement ou aux marchés est entravé ou supprimé sous l'effet d'un comportement de l'entreprise dominante ce qui va permettre à cette dernière d'augmenter durablement ses prix** » (Commission européenne, 2009b). Cependant, les stratégies mises en œuvre par les deux entreprises ne sont pas, loin s'en faut, comparables. Quand la firme de Redmond utilisait des stratégies de ventes liées et de refus de communications des protocoles d'interface, indispensables pour permettre l'interopérabilité des produits tiers avec le système d'exploitation Windows, pour évincer ses concurrents, Intel utilisait le levier des remises commerciales pour conduire les constructeurs de PC à accepter une quasi-exclusivité d'approvisionnement.

Les remises de fidélité accordées par Intel se caractérisaient par leur différenciation selon les clients et par leur nature rétroactive. D'une part, les seuils à partir desquels les ristournes étaient accordées variaient, à l'instar du taux de la remise, selon chaque client. D'autre part, lesdites remises ne portaient pas seulement sur les microprocesseurs achetés au-delà de ce seuil mais sur l'ensemble des commandes de l'année. Ces dispositions étaient d'autant plus intéressantes qu'AMD, comme nous le verrons, ne disposait pas des capacités de productions nécessaires pour satisfaire toute la demande d'un fabricant donné. Elle ne pouvait servir qu'une partie de la demande. Le jeu sur la fixation des seuils permettait à Intel de lier ce segment de la demande exposée à la concurrence d'AMD à celui sur lequel aucune concurrence n'était possible. L'entreprise dominante pouvait alors être en mesure d'utiliser la partie captive de la demande comme levier permettant d'évincer ses concurrents.

Il n'en demeure pas moins que l'impact concurrentiel des remises de fidélité est difficile à apprécier. Si elles sont susceptibles de profiter à court terme aux consommateurs, elles peuvent dans le même temps conduire à l'éviction du marché des concurrents dès lors qu'elles sont mises en œuvre par une entreprise dominante. Selon les orientations publiées par la Commission en février 2009 « **lorsqu'une entreprise occupe une position dominante sur le marché, les remises subordonnées à l'achat d'une quantité moins élevée de produits de concurrents ou l'interdiction pure et simple d'en acheter sont abusives** » (Commission européenne, 2009b). Pour être plus précis, la Commission ne condamne pas les remises en elles-mêmes mais considère que leurs effets anticoncurrentiels peuvent découler de leur éventuelle conditionnalité. Dans le cas d'espèce, les seuils spécifiques fixés pour chaque constructeur peuvent être susceptibles de conduire à l'éviction totale d'AMD. La politique de rabais mise en œuvre par Intel avait pour effet de lier la partie de la demande des constructeurs pour laquelle AMD pouvait venir le concurrencer avec celle pour laquelle ces derniers n'avaient nulle alternative. En d'autres termes, pour un constructeur de PC, choisir AMD pour une partie des approvisionnements pouvait avoir pour effet d'entraîner la perte de l'ensemble des ristournes accordées par Intel pour les puces pour lesquelles il était le seul fournisseur possible. En effet, les remises de fidélité accordées par Intel étant de nature rétroactive, une fois le seuil atteint, la ristourne s'applique à l'ensemble des microprocesseurs achetés à Intel dans l'année et non pas seulement à ceux acquis au-delà. Cette rétroactivité transforme radicalement les conditions du jeu concurrentiel au détriment d'AMD. Comme cette dernière n'est pas en mesure de fournir la totalité de la demande des constructeurs, elle devrait, pour conserver ses parts de marché, pratiquer des prix non seulement inférieurs à ceux d'Intel mais aussi permettant de compenser le coût d'opportunité pour l'acheteur lié à la renonciation à l'ensemble des ristournes sur les unités précédentes acquises auprès d'Intel…. Le risque d'exclusion n'est alors plus seulement théorique, même sans avoir à vendre en dessous des coûts.

Il est en effet possible, pour une entreprise dominante, d'exclure – au travers d'une politique de remises de fidélité – un concurrent – même plus efficace qu'elle – sans pour autant subir des pertes. Une application numérique peut illustrer un tel processus (Lande, 2008). Soit un constructeur de PC dont les commandes annuelles s'élèvent à 10 puces. Deux fabricants de microprocesseurs, A et B, peuvent répondre à sa demande. Du fait de la limitation de ses capacités de production, B ne peut concurrencer la firme dominante A que pour 2 puces. Ce dernier contrôle quoiqu'il arrive une part de la demande de 8 unités. Il peut se servir de cette part de marché captive comme levier pour évincer B du marché des 2 puces ouvert à la concurrence. Imaginons que le coût marginal unitaire de production d'une puce soit de 8 $ chez A et de 7 $ chez B. A fait face à un concurrent plus efficace que lui sur ce segment de demande. Admettons qu'il pratique un prix unitaire de 10 $ par processeur. Il peut proposer, dans le cadre d'un programme de fidélité, de ramener ce prix unitaire à 8 $ une fois un seuil de 10 unités atteint. Ainsi que le constructeur de PC commande 8 ou 10 microprocesseurs, il règlera la même somme de 80 $ à A, lequel sans réduire son chiffre d'affaires pourra évincer B du marché… sauf à offrir, pour ce dernier, les 2 microprocesseurs en question au constructeur de PC. Si l'on en croit la Commission européenne, la réalité a rejoint une telle projection. AMD aurait offert à un fabricant de PC un million de processeurs gratuits. Ce dernier n'en aurait accepté que 160 000 dans la mesure où un processeur de plus l'aurait fait descendre son cumul de commandes annuelles sous le seuil ouvrant droit aux remises de fidélité. En d'autres termes, le montant des remises qui aurait alors échappé à l'entreprise dépassait la valeur de quelques 840 000 processeurs. Il convient donc de conclure qu'une stratégie d'éviction anticoncurrentielle s'avère d'autant plus facile à mettre en œuvre qu'elle s'appuie sur une part de la demande qui reste quoiqu'il arrive acquise à l'entreprise dominante.

La clé du problème se situe donc dans la limitation des capacités de production d'AMD, limitation qui l'empêche de s'adapter aux nouvelles règles du jeu concurrentiel induites par les remises rétroactives d'Intel. La nature de la concurrence entre les deux firmes s'explique en grande partie par leurs histoires respectives. Créée en 1969, AMD était initialement un sous-traitant de capacités d'Intel. En d'autres termes, quand les capacités de production d'Intel n'étaient pas en mesure de répondre à la totalité de la demande qui lui était adressée, une partie de la production était confiée à AMD. Au début des années quatre-vingt IBM, alors le principal client d'Intel, désirait ne plus dépendre d'un seul fournisseur pour ses micro-processeurs. Il incita donc Intel à transférer une partie de sa technologie à AMD pour faire de ce dernier une source d'approvisionnement alternative. Cependant, AMD, qui développa plus tard ses propres puces, ne pu jamais disposer des capacités de production suffisantes pour répondre à l'ensemble de la demande des constructeurs de PC.
La situation dans l'industrie micro-informatique a de plus considérablement évolué depuis le début des années quatre-vingt. Il n'existe plus de constructeur de PC capable de contrecarrer le pouvoir de marché de l'opérateur dominant dans le secteur des microprocesseurs. Le secteur présente des caractéristiques de fonctionnement proches de celles d'un marché de commodités (Hawker, 2009). La faible différenciation de l'offre entre les différents constructeurs de PC fait que la concurrence demeure quasi-exclusivement une concurrence par les prix. Du fait de la standardisation des composants, les marges des constructeurs s'avèrent particulièrement réduites. Ils sont donc particulièrement sensibles à toute mesure commerciale de leurs fournisseurs, susceptible de leur conférer un avantage prix vis-à-vis de leurs concurrents. Ainsi, même si les acheteurs de microprocesseurs étaient conscients que la politique de remise d'Intel peut conduire cette dernière à définitivement asseoir sa position dominante sur le marché, et ce à leur détriment sur le long terme, il n'en demeure pas moins qu'il est individuellement rationnel à court terme de tirer profit de telles remises de fidélité, sous peine d'être eux-mêmes évincés du marché des PC. La stratégie d'éviction pouvait en outre apparaître d'autant plus intéressante qu'AMD aurait bénéficié – durant la période considérée – d'un relatif avantage technologique sur Intel. Il disposait en effet de processeurs capables de gérer des applications en 64 bits. Une éventuelle éviction produite par les remises de fidélité s'avèrerait dans ce cadre d'autant plus intéressante pour l'entreprise dominante. Par l'intermédiaire de cette stratégie, Intel dégradait significativement la rentabilité d'AMD, l'empêchant d'amortir ses coûts fixes et de récupérer les investissements en recherche-développement et adressait, par la même occasion, à tout nouvel entrant potentiel, un signal quant à sa volonté et à ses capacités de défendre sa position de marché.

La sanction prononcée contre Intel n'est en rien surprenante au vu de la jurisprudence concurrentielle communautaire. Sur la base de l'interprétation faite de l'article 82 du Traité, les remises d'Intel peuvent être analysées comme constitutives d'un abus de position dominante, susceptible de conduire à l'éviction. Comme nous le verrons dans notre seconde partie, les autorités de la concurrence européennes avaient déjà

sanctionné des entreprises dominantes pour des pratiques identiques. Cependant, si la position de la Commission européenne pouvait apparaître comme pour le moins prévisible, il n'en demeure pas moins que le risque de condamnation ne pouvait être tenu comme équivalent au vu de la jurisprudence concurrentielle américaine. Nous tenterons, toujours dans le cadre de notre seconde partie, de fournir quelques éléments d'explications quant à la différence des niveaux de **risques juridiques** qui pesaient de part et d'autre de l'Atlantique sur la stratégie du leader mondial des microprocesseurs.

2 – Quels enseignements en matière de politiques de la concurrence de part et d'autres de l'Atlantique ?

Les divergences observées quant au traitement de l'affaire Intel peuvent en fait s'expliquer par les différences de conceptions qui prévalaient – au moins jusqu'au printemps 2009 – entre les deux rives de l'Atlantique quant à la nature du processus de concurrence et aux conditions de mise en œuvre du droit de la concurrence.

Il apparaît tout d'abord que la condamnation d'Intel par la Commission était inexorable au vu de sa jurisprudence.

En premier lieu, la politique de remises avait pour effet de remettre en cause la pérennité d'une structure de concurrence effective – conçue par la présence de plusieurs offreurs – sur le marché considéré. Or conformément à la jurisprudence communautaire, encore confirmée par l'arrêt du TPICE du 17 septembre 2007 dans l'affaire Microsoft (Deschamps et Marty, 2008), il est de la responsabilité particulière de l'entreprise dominante de ne pas remettre en cause par sa stratégie une telle structure de marché quand bien même sa stratégie ne serait pas anticoncurrentielle en elle-même (Behrens, 2006). En d'autres termes, certaines politiques commerciales – en l'occurrence des remises de fidélité – qui ne posent aucun problème de compatibilité avec le droit de la concurrence quand elles sont le fait d'entreprises qui ne sont pas dotées d'un pouvoir de marché significatif peuvent être anticoncurrentielles quand elles émanent d'entreprises en situation de position dominante.

En deuxième lieu, les pratiques mises en œuvre par Intel sont tout à fait comparables à celles qui avaient donné lieu à des condamnations pour abus de position dominante dans de précédentes décisions et arrêts des autorités de la concurrence européenne. Dès 1979, la Commission avait conclu dans l'affaire Hoffmann-La Roche que des remises qui conduisaient à des clauses d'approvisionnement quasi-exclusif et qui ne reflétaient pas des différences de coûts pour le fournisseur, constituaient des pratiques contraires à l'article 82 du Traité[2]. En d'autres termes, des remises accordées par une firme en position dominante sont considérées comme anticoncurrentielles dès lors qu'elles ne traduisent pas des économies de coûts liées par exemple à des effets de volume. De la même façon, dans l'affaire Michelin II[3], la Commission a sanctionné une entreprise dominante pour avoir conditionné l'octroi de remises de fidélité sur une base rétroactive, lesquelles étaient conditionnées à l'atteinte de pourcentages donnés et différenciés d'approvisionnement en pneus de la marque par chaque constructeur.

Enfin, en troisième lieu, non seulement la politique commerciale d'Intel pouvait avoir pour effet d'évincer son concurrent le plus menaçant sur une autre base que celle des mérites, mais elle risquait de plus de ralentir le développement technique potentiel de l'industrie et, ce faisant, de priver les consommateurs de choix en entravant le développement de PC équipés de puces AMD. Ainsi, la décision fait pleinement écho à celle prise dans l'affaire Microsoft (Deschamps et Marty, 2008). La pratique mise en œuvre par l'entreprise dominante entrave le progrès technique potentiel qui devrait profiter au consommateur.

Cependant, si la sanction des pratiques mises en œuvre par Intel semblait aller d'elle-même dans le cadre de la jurisprudence communautaire, il convient de souligner que les risques de poursuite et de condamnation par les autorités de la concurrence américaines pouvaient apparaître comme bien moindres. En effet, l'analyse de la jurisprudence concurrentielle américaine laisse plus difficilement augurer d'une éventuelle condamnation. Un précédent est à ce titre particulièrement instructif. Il s'agit de poursuites engagées de part et d'autre de l'Atlantique par Virgin Atlantic contre British Airways. Elle accusait British Airways d'avoir mis en œuvre un programme de fidélisation à l'intention des agences de voyages qui

[2] Hoffmann-La Roche v Commission, ECR 461, 1979.

[3] Michelin v Commission, affaire T-203/01, dite Michelin II – décision de la Commission en juin 2001, arrêt du TPICE en septembre 2003

conduisait celles-ci à privilégier la vente de ses billets vis-à-vis de ceux des compagnies concurrentes. Selon Virgin, British Airways se servait comme levier de sa situation de monopole sur certaines lignes transatlantiques vers Londres. Ce marché captif lui permettait de faire planer la menace de la perte de l'ensemble des remises de fidélité sur ces ventes si les agences n'atteignaient pas les seuils ouvrant droit aux rabais rétroactifs, lesquels s'établissaient au-delà de la part captive de la demande. En juillet 1999, la Commission considéra que les rabais mis en œuvre par British Airways constituaient effectivement une violation de l'article 82 du Traité[4].

Or, durant la période considérée, la part de marché de British Airways avait néanmoins baissé. La Commission, suivie par le TPICE dans son arrêt de décembre 2003 et par la CJCE dans son arrêt de mars 2007, considéra cependant que la pratique avait sensiblement freiné la croissance des entreprises concurrentes. En effet, dans le cadre de la jurisprudence communautaire, dès lors que l'entreprise défenderesse est une entreprise dominante, il n'est guère nécessaire d'évaluer les effets économiques de la pratique (Petit, 2009). Il suffit de démontrer que la pratique en cause tend à réduire la concurrence. La position communautaire est donc en ce sens inséparable d'une logique ordo-libérale (Sibony, 2009). Elle ne sanctionne pas une pratique mise en œuvre par un opérateur dominant sur la base de son impact sur le surplus du consommateur mais dans la mesure où cette dernière va affecter la fluidité du processus de concurrence, conçue comme « l'accès des consommateurs aux produits concurrents de l'entreprise dominante ».

Saisis de la même plainte, les tribunaux américains prirent une décision diamétralement opposée. Il n'est pas possible, selon la Cour d'Appel du Deuxième Circuit, de sanctionner une entreprise, même dotée d'un fort pouvoir de marché, de tirer profit de ce dernier[5]. Il apparaît, en effet, comme légitime aux yeux de l'Antitrust américain, qu'une entreprise s'approprie l'ensemble du surplus qu'elle a créé par ses investissements passés (Carlton et Heyer, 2008). Les stratégies d'**extraction** doivent être admises dans la mesure où elles sont essentielles au fonctionnement même du processus de concurrence. Seules les stratégies d'**extension** d'un tel pouvoir de monopole à d'autres segments de marché sur des bases autres que celles des mérites devraient être sanctionnées sur la base de la section 2 du Sherman Act. En outre, conformément à la jurisprudence américaine, fort influencée en ceci par l'Ecole de Chicago, il ne convient pas de sanctionner une firme sur la base de ses seules intentions. Non seulement celles-ci sont impossibles à observer mais l'idée même qu'une firme cherche à évincer ses rivaux du marché apparaît comme consubstantielle au processus de marché lui-même[6].

A ce titre, l'Antitrust fait face à un risque collectivement préjudiciable de sanctionner à tort des entreprises qui jouent pourtant le jeu de la concurrence. Il est donc nécessaire de sanctionner de telles pratiques que sur la base de critères très restrictifs prévenant le risque de **faux positifs**. Ainsi, la jurisprudence américaine relative aux remises de fidélité accordées par des entreprises dominantes se fonde sur des règles de décisions bien plus exigeantes. Les tribunaux américains considèrent que de telles pratiques enfreignent les règles de concurrence que dans de très rares cas. Le premier principe guidant leurs décisions tient au fait que toute tarification qui conduit à établir les prix nets de remise au-delà des coûts ne devrait pas être sanctionnée sur la base d'un risque d'éviction anticoncurrentielle. Le deuxième principe, issu de la jurisprudence Brooke de la Cour Suprême, conduit à ne sanctionner de telles pratiques que si le plaignant apporte effectivement la preuve que la politique de remise de fidélité conduit l'entreprise dominante à tarifier en dessous de ses coûts et qu'elle sera raisonnablement en mesure de récupérer ses pertes initiales une fois ses concurrents évincés du marché[7]. Il convient en outre de souligner que l'entreprise dominante pourrait défendre sa stratégie sur la base de l'efficience. Il appartiendrait alors au plaignant de démontrer l'absence de gains pour les consommateurs ou que de tels gains pourraient être obtenus sans mettre en œuvre de telles pratiques (Kolasky, 2004)…

---

[4] British Airways v Commission, affaire T-219/99

[5] Virgin Atlantic Airways Ltd v British Airways PLC, 257 F.3d, 2nd Circuit, 2001.

[6] « Firms intent to do all the business they can, to crush their rivals if they can. […] To penalize this intent is to penalize competition itself ».
AA. Poultry Farms Inc. v Rose Acre Farms Inc, 881 F.2d 1396-1401, 7th Circuit, 1989.

[7] Voir
Concord Boat Corp v Brunswick Corp, 207 F.3d, 1039, 2000.
Barry Wright v ITT Grinnel, 724 F.2d, 227, 1983.
Brooke Group Ltd v Brown & Williamson Tobacco Corp, 509US209, 1993.

Dans ce cadre, le risque de condamnation pouvait apparaître comme bien moins certain aux Etats-Unis que dans l'Union Européenne, au Japon ou en Corée du Sud. Face aux tribunaux américains et surtout aux yeux de la division Antitrust du Département de la Justice, la plainte d'AMD peut être lue comme relevant de la stratégie d'une firme en difficulté sur le marché cherchant à se réfugier sous le parapluie de l'antitrust.

Cependant, le caractère restrictif des critères adoptés aux Etats-Unis présente un risque symétrique à celui auquel s'expose la jurisprudence. Il s'agit, en l'occurrence, de laisser excessivement libres les entreprises dominantes de mettre en œuvre des politiques commerciales conduisant à l'éviction de leurs concurrents (Varney, 2009). Or, selon la nature des marchés considérés l'éviction des concurrents peut apparaître comme définitive. Un tel risque est particulièrement significatif dans l'industrie des microprocesseurs pour laquelle les barrières à l'entrée sont très élevées. Ce niveau tient à la fois au montant des investissements initiaux, de leur caractère hautement spécifique et donc non redéployables à d'autres activités et aux effets de réseaux qui prévalent dans l'industrie du fait des interactions tecniques entre les puces, les systèmes d'exploitations et l'ensemble des composants des PC.

Face à de tels risques, l'arbitrage réalisé par les autorités de la concurrence dépend étroitement du degré de confiance accordé au caractère autorégulateur des marchés et à la nature éminemment précaire des situations de monopole (Easterbrook, 1984). Dans une conception de la concurrence influencée par l'approche de Chicago, l'observation d'un taux de profit significativement plus élevé dans la branche que sur les autres marchés va se traduire par de nouvelles entrées qui vont remettre en cause la position dominante acquise par l'entreprise. Si le niveau des barrières à l'entrée rend de telles remises en cause illusoires, il est dans cette logique possible de tabler sur les incitations à des innovations et de rupture et donc sur la dynamique technologique elle-même. Un pouvoir de marché lié à une situation de monopole dans le cadre d'un paradigme technologique peut être annihilé par une innovation de rupture (Baumol, 2002). Dans le cadre d'une telle logique de **leapfrog competition**, le fait qu'une entreprise domine exclusivement un marché de haute technologie à un moment donné ne pose pas de problèmes particuliers.

Nous retrouvons ici les principes qui étaient ceux qui guidaient l'antitrust américain jusqu'au changement d'Administration en début d'année 2009. Il s'agissait d'appliquer une politique Antitrust extrêmement précautionneuse de façon à ne pas risquer d'entraver le processus de concurrence par des décisions infondées. En d'autres termes, il fallait éviter de sanctionner à tort des entreprises qui ont joué le jeu de la concurrence et qui ont évincé leurs concurrents du marché sur la base de leurs seuls mérites. Dans la mesure où la théorie économique ne peut fournir des critères de décisions incontestables, clairs et totalement prévisibles quant aux résultats de leurs mise en œuvre, apporter aux entreprises une réelle sécurité juridique suppose de ne retenir une violation de la section 2 du Sherman Act que dans des cas de figure extrêmement restrictifs.

Cette vision – excessivement prudente et incontestablement paralysante – de l'action des autorités Antitrust avait été consacrée par le rapport publié par la division Antitrust du DoJ à l'automne 2008 (US DoJ, 2008). Elle semblait conforter ce qui peut apparaître comme une des hypothèses qu'aurait pu formuler Intel quant à l'évaluation du risque juridique qui était associé à sa politique de remises de fidélité. Après des condamnations par les autorités de la concurrence sud-coréennes, japonaises et communautaires, le risque de poursuites aux Etats-Unis pouvait apparaître comme cantonné à des actions antitrust initiées par des concurrents (*private enforcement)*. Le département Antitrust du DoJ qui n'a pas engagé de poursuite Antitrust sur la base d'une violation de la section 2 du Sherman Act durant les huit années de l'Administration du Président George Walker Bush n'a effectivement pas mené d'investigations à l'encontre d'Intel alors que la Federal Trade Commission n'a décidé de se saisir du cas qu'après de très long mois d'hésitation.

Les pratiques mises en œuvre par Intel – au moins pour ce qui concerne la politique de remises de fidélité – avaient donc effectivement une bien plus faible probabilité d'être considérées comme constitutives d'une violation de la Section 2 du Sherman Act que d'une infraction au titre de l'article 82 du Traité européen. Il serait néanmoins possible, à titre prospectif pour ne pas dire spéculatif, de s'interroger sur les conséquences potentielles du changement d'Administration sur l'évaluation du « risque juridique » d'Intel face à

l'Antitrust américain. Le retrait en mai 2009 du rapport du DoJ relatif à la mise en œuvre de la politique de la concurrence face aux pratiques unilatérales mises en œuvre par des entreprises dominantes pourrait conduire à anticiper une position beaucoup plus dure vis-à-vis de telles stratégies commerciales. Il n'en demeure pas moins qu'il est nécessaire de compter avec les caractéristiques propres du système juridique américain, lesquelles limitent significativement les possibilités de brusques revirements en matière de pratique décisionnelle. En effet, le système de *Common Law* induit un principe de *Stare Decisis* faisant qu'il est difficile pour un tribunal de s'écarter d'un précédent comparable. De la même façon, une forte inflexion ne peut passer que par des décisions de la Cour Suprême, Cour dont la composition n'évoluera que très progressivement au fur et à mesure des nouvelles possibilités de nominations par la nouvelle Administration du Président Barack Obama.

BAUMOL William J., (2002), *The Free Market Innovation Machine: Analyzing the Growth Miracle of Capitalism*, Princeton University Press.

BEHRENS Peter, (2006), "Controlling Dominance or Protecting Competition: From Individual Abuses to Responsibility for Competition", in ULLRICH Hanns (ed.), *The Evolution of European Competition Law – Whose Regulation, Which Competition?*, Edward Elgar, Cheltenham, pp. 224-232.

CARLTON Dennis W. and HEYER K., (2008), "Appropriate Antitrust Policy towards Single-Firm Conduct", *Economic Analysis Group Discussion Paper*, EAG 08-02, US Department of Justice, March, 23p.

Commission européenne, (2009a), « Ententes : la Commission inflige une amende de 1,06 milliard d'euros à Intel pour abus de position dominante et lui ordonne de mettre un terme à ses pratiques illégales », *Communiqué de Presse*, IP/09/745, 13 mai.

Commission européenne, (2009b), « Orientation sur les priorités retenues par la Commission sur l'application de l'article 82 du Traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes », *Communication de la Commission*, C(2009)864 Final, 29p.

DESCHAMPS Marc et MARTY Frédéric, (2008), « Les politiques de la concurrence sont-elles réductibles à de la théorie économique appliquée ? Réflexions autour de l'affaire Microsoft », *Cahiers de Méthodologie Juridique – Droit Prospectif / Revue de la Recherche Juridique*, n° 22, pp. 2571-2593.

EASTERBROOK Frank E., (1984), "The Limits of Antitrust", *Texas Law Review*, vol. 63, n°1, p.2.

HAWKER Norman W., (2009), "Wintel under the Antitrust Microscope: A Comparison of the European Intel Case with the US Microsoft Cases", *American Antitrust Institute Working Paper*, n° 09-02, May, 12p.

KOLASKY William J., (2004), "What is Competition? A Comparison of US and European Perspectives", *The Antitrust Bulletin*, Spring-Summer, pp.29-53.

LANDE Robert H., (2008), "Intel's alleged Schemes Affected US Customers", *University of Baltimore Legal Studies Research Paper*, n° 2008-10.

PETIT Nicolas, (2009), "From Formalism to Effects? The Commission's Guidance on Article 82 EC", *Working Paper de l'Institut d'Etudes Juridiques Européennes*, n° 3, 15p.

SIBONY Anne-Lise, (2009), « La Commission européenne publie un guide de mise en œuvre de l'article 82 CE intégrant l'analyse économique à la qualification d'abus de position dominante », Chronique Pratiques Unilatérales, *Concurrences*, n° 1-2009, pp. 118-121.

US Department of Justice, (2008), "Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct under the Section 2 of the Sherman Act", September 8th, 213p.

VARNEY Christine, (2009), « Vigorous Antitrust Enforcement in this Challenging Era », Remarks as prepared for the United States Chamber of Commerce, May, 12th.