



HAL
open science

Les stratégies de forum-shopping et de law-shopping en droit de la concurrence : Applications aux contentieux entre AMD et Intel (2000-2010)

Frédéric Marty

► To cite this version:

Frédéric Marty. Les stratégies de forum-shopping et de law-shopping en droit de la concurrence : Applications aux contentieux entre AMD et Intel (2000-2010). Instrumentalisation et utilisation stratégique du droit de la concurrence, Jun 2012, Paris, France. hal-00716663

HAL Id: hal-00716663

<https://hal.science/hal-00716663>

Submitted on 11 Jul 2012

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.

Les stratégies de *forum-shopping* et de *law-shopping* en droit de la concurrence :

Une lecture des contentieux entre AMD et Intel (2000-2010)

“How useful is Antitrust in combating competition?” (Easterbrook, 1985)

“Critically, the increased availability of alternative enforcement regimes with relatively low jurisdictional thresholds has created forum-shopping incentives for complainants”
(Cass, 2010)

Frédéric MARTY

CNRS – UMR 7321 GREDEG

Groupe de recherche en droit, économie et gestion

Université de Nice Sophia-Antipolis

Département Innovation et Concurrence – OFCE – Sciences Po. Paris

La mise en œuvre du droit de la concurrence se traduit-elle toujours par des gains d'efficacité ? Des décisions infondées ou encore la seule multiplication des ouvertures de procédures ne peuvent-elles pas fausser le jeu de la concurrence et donc porter préjudice au consommateur ? A ce titre, ne risque-t-on pas une sur-application sous-optimale d'autant plus significative des règles de concurrence que des procédures peuvent être ouvertes à la discrétion des concurrents ? Pour Posner (1976), les ressources offertes aux concurrents aux Etats-Unis dans le cadre du *private enforcement*¹ risquent de conduire à une sur-application (*over-enforcement*) des règles de concurrence préjudiciable en termes de bien-être collectif. Pour Easterbrook (1985), la possibilité offerte aux concurrents de bénéficier de triples dommages accroît le risque de poursuites stratégiques, collectivement sous-optimales, mais visant possiblement à nuire à la compétitivité des rivaux en augmentant leurs coûts (logique de *nuisance suits*).

Dans le cadre du long contentieux qui l'opposa à Intel, l'opérateur dominant du marché des microprocesseurs, Advanced Micro Devices (AMD) introduisit de nombreux recours notamment devant la Commission européenne (18 octobre 2000) et les autorités de concurrence japonaises et sud-coréennes, mais également aux Etats-Unis au travers d'action en justice au titre *private enforcement* du Sherman Act en 2004, de saisines de cours de districts de certains Etats comme

¹ Nous préférons dans ce texte cette expression à celle d'application (ou de mise en œuvre) privée.

le Delaware en 2005, et bien entendu de la Division Antitrust du Department of Justice (DoJ) et de la Federal Trade Commission (FTC).

Ces poursuites étaient fondées sur des stratégies de marché d'Intel, présentées comme susceptibles de l'exclure du marché des microprocesseurs. Figuraient notamment parmi les pratiques visées des paiements directs en faveur de constructeurs de PC pour qu'ils retardent la mise sur le marché d'ordinateurs utilisant de nouvelles puces d'AMD ou encore des versements en faveur de distributeurs pour qu'ils entravent l'accès au marché de PC équipés desdites puces. Cependant, le cœur du contentieux portait sur des remises de fidélité introduites depuis 1999 par Intel, lesquelles revenaient peu ou prou, selon son concurrent, à des clauses d'exclusivité.

Ces clauses, dont les effets concurrentiels et les effets en termes de bien-être du consommateur sont comme nous le verrons controversés, furent déterminant dans la décision de la Commission européenne de sanctionner Intel en mai 2009 à hauteur d'un milliard d'euros², plus forte amende jamais imposée sur la base de l'article 102 du Traité, relatif aux abus de position dominante (Marty et Pillot, 2009b). Si des remises de fidélités ne sont pas anticoncurrentielles en elles-mêmes, fussent-elles accordées par un opérateur dominant, elles pouvaient néanmoins conduire à une éviction du fait de leurs modalités d'activation (nature rétroactive avec un seuil de déclenchement en termes de parts de marché très élevé) et de la nature du marché considéré, caractérisé par la limitation des capacités de production d'AMD. Ce dernier ne disposait pas de capacités lui permettant pas de concurrencer Intel sur l'ensemble de la demande des constructeurs de PC. Ce faisant, il convenait au point de vue de l'analyse économique de distinguer deux segments de marché. L'un ne pouvait être servi que par Intel (segment captif), l'autre faisait l'objet d'une concurrence avec AMD. Le mécanisme de rabais permettait de lier les deux segments et donc de servir de base à une éviction par effet de levier anticoncurrentiel.

Si la décision européenne suscita un débat, ce fut non seulement sur la base des controverses économiques portant sur la réalité des effets anticoncurrentiels et des dommages au consommateur pouvant découler de telles remises de fidélité (Geradin, 2010) mais aussi quant aux différences d'appréciations du cas de part et d'autre de l'Atlantique quant à l'attribution de la charge de la preuve et à la définition de son standard (Marty et Pillot, 2011). En effet, le DoJ avait réaffirmé, à l'automne 2008, une position très restrictive en matière de traitement des pratiques d'éviction susceptibles d'être mises en œuvre par les opérateurs dominants (US DoJ, 2008). Cette position était cohérente avec l'attitude de la Cour Suprême laquelle depuis le resserrement progressif mais drastique des cas dans lesquels une violation de la Section 2 du Sherman Act amorcé en 1977, adopte un standard de plus en plus exigeant, visant à prévenir le risque de faux positifs, c'est-à-dire de sanctionner à tort une entreprise dominante qui aurait évincé ses concurrents sur la seule base des mérites (Easterbrook, 1984).

Cette divergence entre une vision européenne, influencée par l'ordo-libéralisme, soucieuse de la préservation d'une structure de concurrence effective, et une approche américaine, plus influencée par l'Ecole de Chicago³, visant à ne pas interférer avec le processus de marché par des

² Commission européenne, décision n°37990 du 13 mai 2009, Intel Corporation.

³ Nous parlons ici d'Ecole de Chicago par volonté de simplification. En fait l'approche de l'Antitrust américain, qu'il s'agisse du DoJ et surtout de la Cour Suprême, n'est pas réductible à cette seule école et constitue en fait un hybride

décisions infondées, constituait l'une des explications des différences de positions. En effet, le DoJ refusa de se saisir de la plainte d'AMD au titre du public enforcement, au même titre que l'Attorney General de Californie. La Cour de District du Delaware, saisie en 2005⁴, rendit une décision négative l'année suivante⁵, dans le même temps, la FTC tarda à se saisir de l'affaire⁶.

La situation changea en fait en mai 2009, au moment de la décision de la Commission européenne, sans doute en grande partie, par le virage imprimé par la nouvelle administration démocrate, virage incarné par le retrait du rapport du DoJ sur les pratiques unilatérales (Varney, 2009). Les ouvertures de procédures par la FTC sur la base de la Section 5 du FTC Act et par l'Attorney General de New York sur la base de la Section 2 du Sherman Act caractérisèrent ce changement qui se traduisit par un règlement négocié du contentieux entamé dans le cadre du *private enforcement* et enfin par le *Consent Decree* de 2010 avec la FTC⁷.

Sans se prononcer sur les mérites mêmes des plaintes déposées par AMD, il serait possible d'opérer une première lecture du cas en termes de cycle politique de l'Antitrust américain en insistant sur l'impact du changement d'administration. Notre analyse ne s'attache pas directement à cette dimension, elle porte en fait sur la stratégie juridique d'AMD en mettant en exergue le nombre, la chronologie mais aussi la diversité des juridictions qui ont été saisies. Le fait que le contentieux ait été présenté à de nombreuses juridictions et autorités de concurrence, au niveau international (Union Européenne, Japon, Corée du Sud), au niveau fédéral aux Etats-Unis (DoJ, FTC), au niveau de certains Etats américains (Californie, New York, Delaware,...) ou encore au titre du *private enforcement* de la Section 2 du Sherman Act, peut conduire une lecture en termes de forum-shopping ou encore de law-shopping. AMD a-t-elle joué sur la gamme des différentes juridictions susceptibles d'engager des poursuites à l'encontre de son concurrent en recherchant celles qui pourraient faire l'accueil le plus favorable à sa saisine pour exercer une pression tant sur Intel que sur les autres juridictions (pressions conduisant au *Consent Decree* négocié avec la FTC à l'été 2010) ? A-t-elle également pu jouer sur la diversité entre les différentes lois relatives à la concurrence aux Etats-Unis, notamment le Sherman Act et le FTC Act ?

A ce titre, notre problématique s'inscrit dans une démarche relevant du courant *Law and Strategy*. Il ne s'agit pas de s'intéresser sur la façon dont des entreprises en concurrence pourraient engager des investissements en matière de lobbying pour obtenir une législation qui leur serait favorable, au détriment de leurs compétiteurs les plus dangereux, mais à la façon dont les entreprises utilisent au mieux les ressources offertes par les règles de droit pour consolider ou accroître leur avantage compétitif ou encore, dans une logique plus opportuniste, entraver le développement de leurs concurrents (Bird, 2011).

Pour répondre à ces différentes questions notre propos se structure en cinq sections.

entre celle-ci et l'Ecole dite de Harvard (Elhauge, 2007 ; Sokol, 2010 ; Kovacic, 2010). Nous choisissons cette appellation dans le cadre de cette contribution pour insister sur la contribution déterminante à la problématique d'auteurs tels Richard Posner, Robert Bork, ou Franck Easterbrook.

⁴ Complaint n°05-441, June 27th, 2005.

⁵ 452 F. sup 2d.255, 2006, Delaware District Court.

⁶ Le traitement du dossier à la FTC fut accéléré par l'arrivée de William Kovacic à la tête de l'agence. Il fut reproché à sa prédécesseure D. Majoras, qui avait lors de son passage au DoJ conclu la procédure négociée avec Microsoft, un certain manque d'empressement (New York Times, 7juin 2008).

⁷ Intel corp., FTC, n°9341, Oct. 29th, 2010.

La première s'attache à une rapide analyse de l'affaire. Elle met l'accent sur la difficulté de trancher au point de vue de l'analyse économique un certain nombre de questions. Les remises de fidélité d'Intel ont-elles des effets anticoncurrentiels ? Ces derniers sont-ils susceptibles de porter préjudice au consommateur ? Existe-t-il des remèdes susceptibles de répondre efficacement à ces effets sans susciter d'autres dommages collatéraux ?

La deuxième section présente succinctement le cadre de l'analyse stratégique du recours aux ressources juridiques d'action offertes par le droit de la concurrence. Elle vise à montrer comment AMD aurait pu se saisir de ces derniers dans le cadre de sa lutte concurrentielle avec Intel.

La troisième section développe une approche en termes de forum-shopping. Il s'agit d'analyser les possibilités d'arbitrage et de saisines multiples entre les différents forums pouvant recevoir les plaintes. Nous insisterons successivement sur la possibilité d'engager des recours à l'étranger et aux Etats-Unis, auprès des autorités fédérales ou celles des Etats fédérés, et enfin sur la ressource offerte par le *private enforcement* du droit de l'Antitrust.

Notre quatrième section s'attache plus spécifiquement à la question du law-shopping c'est-à-dire de l'arbitrage entre plusieurs types de ressources juridiques. Le DoJ et la FTC peuvent s'appuyer sur le Sherman Act, la seconde peut également mobiliser les ressources juridiques offertes par le Clayton Act mais aussi et surtout le FTC Act.

Enfin, notre cinquième section de nature conclusive, porte sur l'évaluation qu'il serait possible de faire, dans une perspective d'économie institutionnelle du droit, de telles stratégies de forum ou de law-shopping. Il s'agit notamment de s'interroger sur les effets de ces stratégies en termes de bien-être avant de questionner la légitimité même d'une remise en cause des critères actuels de l'Antitrust.

I – Le cas AMD v Intel : De la difficulté d'apprécier la nature anticoncurrentielle des pratiques

Analyser l'éventuelle stratégie juridique de forum-shopping et de law-shopping mise en œuvre par AMD au détriment d'Intel suppose de revenir brièvement sur les pratiques en cause et de les jauger à l'aune des critères utilisés par les autorités de concurrence américaine et européenne. Il ne s'agit pas ici d'analyser l'ensemble du cas (Marty et Pillot (2009b, 2011)) mais d'illustrer les points de tension qui ont organisé le débat juridique entre les deux firmes quant à la possibilité effective de voir AMD évincé du marché sur une autre base que celle des mérites (I-1). Il s'agit ensuite de s'attacher aux règles de décision qu'utilisent les juridictions concurrentielles face à de pareils cas (I-2), avant de s'interroger sur l'impact des pratiques en cause sur la concurrence et les consommateurs (I-3).

I-1 Un scénario d'éviction anticoncurrentielle ?

Evaluer l'impact concurrentiel des remises de fidélité accordées par Intel implique de s'attacher aux ressorts de la concurrence sur le marché des microprocesseurs et partant sur celui des PC. Il convient d'insister sur le fait que ce dernier fonctionne essentiellement comme un marché de commodités. En d'autres termes, les constructeurs de PC se livrent une concurrence

en prix, ont de faibles marges et sont donc particulièrement sensibles aux coûts des intrants (Hawker, 2009). Les constructeurs intervenant en aval seraient donc particulièrement sensibles à l'octroi de remises et les accepter même si elles se traduisent par l'éviction du marché d'un fournisseur alternatif, potentiellement préjudiciable à long terme.

Cependant, le caractère anticoncurrentiel de remises de fidélité pas automatiquement de soi. La pression à la baisse des prix est théoriquement le propre du processus de concurrence et se traduit par une augmentation du surplus du consommateur. Des opérateurs dominants ont néanmoins déjà été sanctionnés pour de tels rabais et une controverse économique s'est développée sur leur impact, opposant les tenants de l'approche de Chicago à ceux de la nouvelle économie industrielle, lesquels mettent en relief leur possible impact anticoncurrentiel dans certaines conditions de marché.

En l'espèce le caractère anticoncurrentiel pourrait découler de la nature même de la politique de remises développées par Intel. Il s'agit en effet d'un rabais sur des parts de marché, rétroactif, avec un seuil de déclenchement très élevé, jumelant plusieurs segments de marché et intervenant dans une configuration de marché caractérisée par la limitation des capacités de l'entreprise concurrente. Ce faisant Intel s'appuierait sur la part captive de la demande (du fait des contraintes productives d'AMD) pour l'évincer du segment où la concurrence est possible. Ainsi, comme l'a montré la Commission européenne dans sa décision de mai 2009, même en proposant ses microprocesseurs gratuits, AMD ne pouvait dans certains cas les écouler. En effet, le constructeur de PC concerné pouvait perdre le bénéfice de l'ensemble des ristournes accordées par Intel, si la part de PC vendus équipés de puces Intel passait sous le seuil de déclenchement des ristournes. Dans la mesure où le gain marginal réalisé au travers de l'approvisionnement chez AMD pour ce seul segment ne pouvait compenser la perte de toutes les ristournes sur le segment captif, AMD pouvait se voir évincé du marché même s'il était plus efficace qu'Intel sur le segment concurrentiel.

Le tout revient à la mise en œuvre d'une stratégie de levier anticoncurrentiel de la partie non contestable de la demande sur la partie qui est soumise à la concurrence. La concurrence se déplace de la dernière unité vers une part significative de la demande sur laquelle le concurrent ne peut rivaliser... du fait notamment de la limitation de ses capacités installées. Le mécanisme mis en œuvre – à l'inverse d'une stratégie de prédation (du moins dans l'acception retenue par l'Antitrust américain) – ne supposait pas le consentement à des pertes de la part d'Intel dans la mesure où la marge pouvait être préservée par les niveaux de prix imposés sur le marché captif. Au point de vue dynamique, la stratégie d'Intel – même sans évincer totalement AMD du marché – pouvait porter préjudice au consommateur en la cantonnant à un segment marginal du marché et en la privant des économies d'échelle nécessaires à l'amortissement de nouveaux investissements et au développement d'innovations.

I-2 L'Antitrust doit-il sanctionner un opérateur dominant pour avoir baissé ses prix ?

A priori, une baisse de prix consentie par un opérateur dominant n'a pas à être sanctionnée par les autorités de concurrence. Cependant, une telle politique de prix peut participer d'une stratégie de prédation de nature anticoncurrentielle. Selon les prescriptions de la nouvelle économie industrielle, l'autorité de concurrence doit évaluer les effets de la stratégie en cause et s'interroger sur la capacité réelle de l'entreprise à accroître durablement ses prix une fois

son concurrent évincer pour « récupérer » le manque à gagner initial (la prédation est un investissement en pouvoir de marché). Il s'agit de s'attacher à la dynamique future du marché considéré et notamment au niveau des éventuelles barrières à l'entrée.

Il convient néanmoins de confronter ce cadre théorique à la pratique des autorités de concurrence. Dans le cas de l'Union européenne pèse sur les entreprises dominantes une responsabilité particulière quant à la préservation d'une structure de concurrence effective (Kolasky, 2004). Ce faisant, la Commission peut sanctionner des pratiques susceptibles d'évincer des concurrents sans avoir à démontrer la présence d'effets anticoncurrentiels, ni la possibilité de récupérations des 'investissements initiaux'. A l'inverse, dans le cas américain, la montée en puissance de l'influence de l'Ecole de Chicago a induit, à partir de la fin des années soixante-dix⁸, un net resserrement des critères conduisant à conclure qu'une telle pratique revient à une stratégie de monopolisation. La charge de la preuve pèse sur le plaignant et son standard est particulièrement élevé⁹.

Si les risques de faux positifs en sont bien évidemment fortement réduits, il n'en demeure pas moins qu'est significativement renforcée la possibilité de voir un opérateur puissant porter préjudice au consommateur à long terme au travers du renforcement ou du maintien de sa dominance. Accepter de tels risques de faux négatifs revient à un arbitrage entre gains de court-terme pour le consommateur (lié à la baisse des prix) et risques de long terme (en cas d'éviction du concurrent). Les termes de cet arbitrage dépendent donc étroitement de l'hypothèse qui est faite quant à la capacité du marché à corriger spontanément de telles situations de dominance¹⁰.

Comme le notait le Juge Breyer dans son opinion dans l'affaire *Barry Wright* (1st Cir., 1983) : « *A price cut that ends up with a price exceeding total cost-in all likelihood a cut made by a firm with market power - is almost certainly moving price in the « right » direction (towards the level that would be set in a competitive marketplace). The antitrust laws very rarely reject such beneficial « birds in hands » for the sake of more speculative (future low-price) « birds in the bush»* ».

Il n'en demeure pas moins qu'il convient de ne pas adopter une lecture trop monolithique des décisions des tribunaux américains. Pour certaines décisions, l'approche par les effets et les standards particulièrement élevés peuvent céder la place à des critères *per se*, somme toute proches de l'attitude traditionnelle de la Commission européenne vis-à-vis des opérateurs dominants. Ce fut notamment le cas pour la décision *LePage's* de la Cour d'appel du 3^{ème} circuit en 2004 dans le

⁸ Pour la seule année 1977, citons les arrêts *Brunswick Corp v Pueblo Bowl O-mat Inc*, 429 US 477 ; *Continental TV Inc v GTE Sylvania Inc*, 433 US 36 ; *Illinois Brick Co. v Illinois*, 431 US 720.

⁹ Le plaignant doit démontrer qu'il subit effectivement une éviction sur une autre base que celle des mérites. Non seulement, le défendeur peut s'appuyer sur des gains d'efficacité pour justifier sa pratique mais le plaignant doit alors démontrer qu'il n'existe pas de stratégie moins préjudiciable en termes concurrentiels pour parvenir à dégager de tels gains. Il est également nécessaire de démontrer l'existence d'une chance sérieuse de récupération des investissements réalisés lors de la première phase pour acquérir le pouvoir de marché considéré.

¹⁰ Le fait que l'entreprise dominante pratique des prix extra-concurrentiel constitue une efficace incitation pour de nouvelles entrées, ce qui corrige « spontanément » la dominance. Ainsi, la firme qui a investi dans la première période en pouvoir de marché (au bénéfice des consommateurs lors de cette phase) ne peut « récupérer » ses investissements en seconde phase (au détriment des consommateurs) en augmentant ses prix de façon significative et durable (Kobayashi, 2006). En d'autres termes les remises de fidélité bénéficient aux consommateurs et apparaissent comme la contrepartie d'économie d'échelle. Sanctionner ces derniers exposerait l'Antitrust à dissuader les opérateurs dominants de s'engager des pratiques de marché bénéficiant aux consommateurs... et pourrait conduire à protéger les concurrents avant de protéger la concurrence elle-même.

cadre d'une plainte déposée à l'encontre des remises de fidélité accordées par 3M (Minnesota Mining & Manufacturing Co). La plainte se fondait sur le fait que LePage's ne pouvait répondre à des remises de fidélité accordées par le leader du marché, remises liant plusieurs segments, dans la mesure où il n'était pas présent sur l'ensemble de la gamme de produits mais seulement sur celui des rubans transparents adhésifs de type « marque de distributeur ». La décision de la Cour s'écartera de la pratique traditionnelle de l'Antitrust américain en condamnant 3M à hauteur de 23 M\$ (avant triples dommages) sans démontrer une éviction effective du marché (les ventes de LePage's en valeur absolue ne connaissaient pas de baisse).

Cette décision commentée comme un net recul par rapport aux standards désormais usuels¹¹, démontre que la position des juridictions américaines peut être variable d'un tribunal à l'autre et que des poursuites fondées sur les politiques de remises d'un opérateur dominant peuvent obtenir gain de cause, non seulement dans un cadre européen mais aussi aux Etats-Unis. L'espace disponible pour une éventuelle stratégie de pression sur l'opérateur dominant via l'activation des ressources offertes par le droit de la concurrence est d'autant plus réel que le DoJ et la FTC avaient présenté dans le cadre de l'affaire LePage's un *amicus curiae* devant la Cour Suprême qui préconisait de ne pas se prononcer sur le cas, du fait des incertitudes attachées aux effets économiques des remises de fidélité liant plusieurs segments de marché¹².

Nonobstant ce cas très controversé (Rubinfeld, 2005 ; Klein and Lerner, 2008), la pratique de l'Antitrust américain, à l'inverse de son homologue européen, refuse généralement de sanctionner des baisses de prix de la part des opérateurs dominants (Hovenkamp, 2006 ; Wright, 2011). Le plaignant doit démontrer non pas que la pratique lui porte préjudice (il ne s'agit pas du but de l'Antitrust dans l'optique de l'Ecole de Chicago) mais qu'elle cause un dommage au consommateur en termes de bien-être (Fox, 2006). Même si les remises d'Intel sont conçues comme des quasi-clauses d'exclusivité¹³, l'évaluation des effets de telles clauses sur la concurrence n'est pas univoque, celles-ci pouvant produire des effets positifs en termes d'incitations à l'investissement (Kobayashi, 2005 ; Bougette et al., 2012). A l'extrême une discrimination parfaite par les prix peut dériver de tels rabais, discrimination susceptible de maximiser le bien-être (Tirole, 1988).

Conformément à l'approche de Chicago, une sanction du comportement de marché d'Intel (au moins quant aux remises de fidélité) n'apparaît pas souhaitable. D'une part, la difficulté d'établir une théorie du dommage à la concurrence et à l'économie qui soit robuste et indiscutable peut laisser craindre le risque de faux positifs. D'autre part, la difficulté de définir un remède autre que la cessation des pratiques – et donc des ristournes dont bénéficient *hic et nunc* les consommateurs – peut induire le risque de voir une mesure corrective contrecarrer les objectifs mêmes du droit de la concurrence en induisant tant un dommage de court terme qu'un dommage

¹¹ «*That view, with no further analytic guidance by the court, appears fundamentally to turn back the antitrust clock to days of protecting competitors rather than competition* » (Zanfagna, 2004).

¹² «*Although the business community and consumers would benefit from clear, objective guidance on the application of Section 2 to bundled rebates, this case does not present an attractive vehicle for this Court to attempt to provide such guidance. Furthermore, there is no pressing need for the Court to address the matter at this time. While bundled rebates may be a common business practice, it is not clear that monopolists commonly bundle rebates for products over which they have monopolies with products over which they do not. The United States submits that, at this juncture, it would be preferable to allow the case law and economic analysis to develop further and to await a case with a record better adapted to development of an appropriate standards.* Brief for U.S. as amicus curiae, May 28th 2004.

¹³ Le seuil de déclenchement des ristournes est si élevé qu'il revient à imposer aux constructeurs de PC un approvisionnement quasi-exclusif en puces Intel.

de long terme pour les consommateurs, en dissuadant les opérateurs dominants à s'engager dans des baisses de prix (Werden, 2008).

Cependant, comme nous l'avons déjà relevé, la réduction du risque de faux positif peut se faire au coût de l'accroissement symétrique de celui de faux négatif. Celui-ci ne peut être exclu comme le montre les travaux issus de la nouvelle économie industrielle. Il convient donc avant de réaliser une lecture des saisines d'AMD en termes de stratégie juridique opportuniste d'interroger les évaluations qui ont pu être faites des effets des pratiques d'Intel sur le marché.

I-3. Des rabais préjudiciables au consommateur ? Les évaluations des effets des rabais de fidélité d'Intel

Avant de s'interroger sur la portée potentiellement stratégique des poursuites entamées par AMD, il s'agit de s'interroger sur les réels effets des pratiques faisant l'objet des poursuites engagées à l'encontre d'Intel.

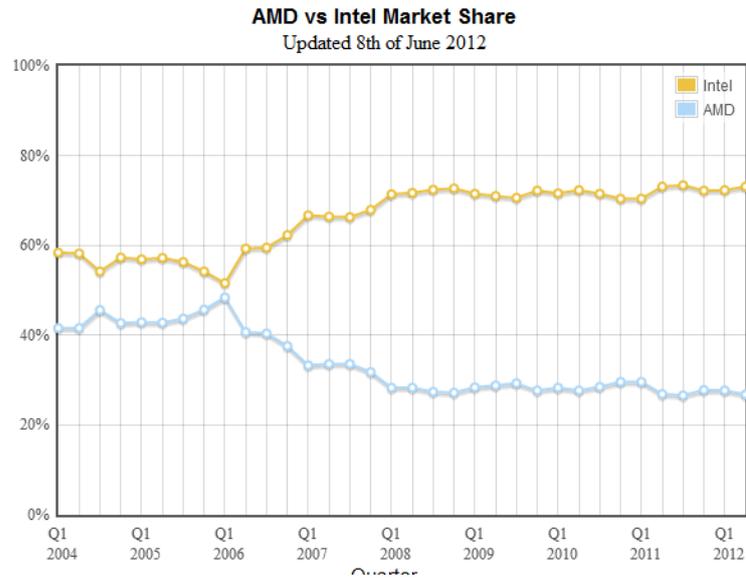
En s'appuyant sur la littérature publiée après la décision de la Commission européenne et le Consent Decree de la FTC, il est tout d'abord possible d'évaluer ex post les effets des remises sur la situation de marché de la plaignante (Cass, 2010 ; Wright, 2011) puis de s'attacher à l'impact d'une éventuelle éviction sur le bien-être du consommateur (Goettler and Gordon, 2011).

La démarche suivie par Wright (2011) pour évaluer les effets des remises liées d'Intel s'appuie sur deux types de mesures. Les premières, traditionnelles dans les évaluations des pratiques concurrentielles, portent sur les évolutions de marché (parts de marché, prix,...). Les secondes portent sur la rentabilité des firmes concernées, évaluées en l'espèce au travers de leurs parcours boursiers par l'intermédiaire de méthodes d'études d'évènements mettant en lumière la présence (ou l'absence) de rendements anormaux. Dans les deux cas, l'évaluation des effets des pratiques – et des remèdes suivant la décision – est rendue difficile par l'impossibilité de disposer d'un *scenario* contrefactuel robuste permettant de définir ce qu'aurait été le marché en l'absence du comportement en cause ou des mesures correctives découlant de la décision.

Les évolutions de marché ne vont pas dans le sens de la consolidation d'un pouvoir de marché au profit d'Intel. En effet, le programme de remises d'Intel débutant en 1999, nous devrions pouvoir observer une réduction progressive de la part de marché d'AMD sur la période et une réduction de ses investissements en nouvelles capacités de production dans la mesure où elle ne pourrait espérer amortir ces investissements. Wright (2011) observe à l'inverse que la part de marché d'AMD n'a pas connu de décrue sur l'ensemble de la période 1998-2009¹⁴. Sa part de marché était plus élevée en 2006 qu'en 1999. En outre, les ratios de marges brutes et de revenus d'AMD ne connaissent pas de baisses significatives entre 2004 et 2009. De plus, AMD a investi dans de nouvelles capacités de production, notamment en 2005 à Dresde en Allemagne, élément témoignant de la possibilité d'écouler des produits additionnels sur le marché et donc allant à l'encontre d'un scénario d'éviction. Pis, la décision d'AMD de désengager de la production de

¹⁴ Reprenant la logique européenne telle qu'elle ressort de la décision de la Commission relative à la saisine de Virgin Atlantic portant sur les effets d'éviction liés aux remises de fidélité de British Airways, il serait possible de considérer que l'entreprise plaignante aurait pu connaître une croissance de ses ventes en l'absence des pratiques en cause (Marty et Pillot, 2011). Cependant, dans le cadre d'une procédure américaine, pèse sur le plaignant non seulement la charge de la preuve que la politique de l'opérateur dominant lui a effectivement porté préjudice et que son éviction induit un dommage effectif au consommateur....

microprocesseurs en mars 2012 tend à montrer que la période durant laquelle les remises étaient mises en œuvre par Intel et les poursuites étaient engagées était celle qui fut la plus faste pour elle.

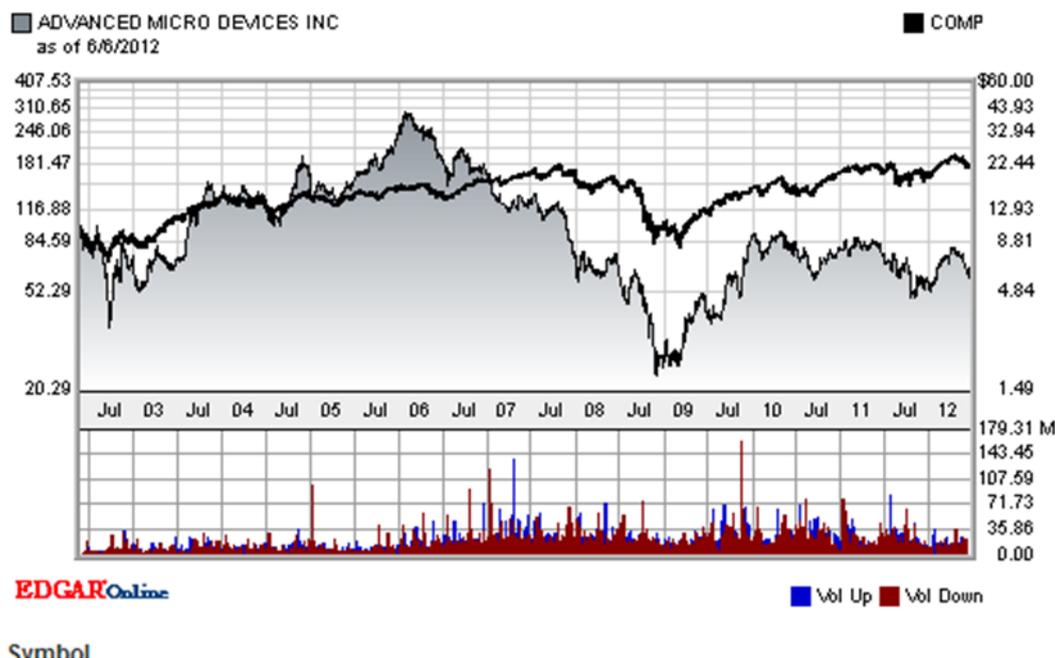


Ces mêmes tendances peuvent être observées dès lors que l'analyse s'appuie sur des données boursières conçues comme des approximations du consensus du marché sur la profitabilité future des firmes. Des retours anormaux (négatifs) significatifs pour AMD sont relevés...après 2006 et non à partir de 1999, semblant indiquer que l'impact des pratiques d'Intel n'a que peu pesé par rapport aux autres variables explicatives de la dynamique de l'industrie considérée. Les évolutions comparées des cours de bourses d'Intel et d'AMD, confrontées à l'indice Nasdaq Composite, semblent confirmer ces résultats. La période durant laquelle Intel met en œuvre les pratiques de marché considérées n'est pas particulièrement négative pour AMD.



Entre 2004 et 2007, la variation du cours d'AMD était nettement supérieure à celle du Nasdaq, alors que celle d'Intel s'inscrivait en léger retrait. Si nous ne considérons que l'évolution du titre AMD en tant que tel, les tendances sont moins favorables après la fin des pratiques d'Intel que durant ces dernières. Cela ne signifie pas pour autant qu'AMD n'a pas été entravé par

ces dernières alors qu'il était en croissance mais nous n'observons pas pour autant des retours anormalement élevés pour Intel dans la période et anormalement faibles pour AMD.



Même si les remises de fidélité d'Intel étaient de nature à pérenniser sa puissance de marché en privant AMD de bénéficier d'économies d'échelle, la pratique de l'Antitrust américain ne conduirait à une sanction que si et seulement si son éviction porte un préjudice effectif au consommateur (Goettler and Gordon, 2011). A l'inverse, dans une perspective européenne, l'entrave mise à l'accès au marché des compétiteurs et la réduction de la diversité des choix du consommateur peuvent légitimement conduire à une sanction concurrentielle (Marty et Pillot, 2011).

Cependant, une réduction de la concurrence (appréciée au travers du nombre de compétiteurs) peut ne pas se traduire par des effets négatifs en termes de bien-être (Gilbert, 2006). En effet, un monopoliste, surtout s'il intervient sur un marché de biens durables, a de plus fortes incitations et capacités financières à innover. Il fait, en effet, face à la concurrence de la base de processeurs installés¹⁵. Les simulations numériques réalisées par Goettler et Gordon (2011) montrent qu'une éviction d'AMD accroîtrait le rythme d'innovations dans la qualité des microprocesseurs de 4,2% et le bien-être du consommateur du même pourcentage dans la mesure où les gains de bien-être liés à l'accélération du rythme d'innovation feraient plus que compenser les pertes de bien-être liées au renforcement du pouvoir de marché (hausse des prix de 50%). Les simulations indiquent également que le surplus du consommateur est maximisé

¹⁵ Pour une analyse des effets de la durabilité des biens sur la limitation du pouvoir de marché du monopoliste voir Coase (1972) ainsi que Carlton et Gertner (1989). Il apparaît que le monopoliste est obligé d'innover pour inciter les consommateurs à renouveler les biens durables précédemment acquis. Ce faisant même si les incitations liées à la lutte contre les concurrents pour la frontière technologique disparaissent (Aghion et al., 2005), il demeure les incitations liées à la concurrence induite par le stock de produits durables déjà vendus. Cependant, plus le segment de marché croît rapidement, moins les incitations à l'innovation liées à ce stock sont importantes. Ainsi, si le taux de croissance du marché des processeurs s'inscrivait nettement à la baisse, une situation de duopole serait plus efficace en termes de bien-être qu'une situation de monopole (Goettler and Gordon, 2011).

quand Intel verrouille 40% du marché au détriment de son concurrent et que le taux d'innovation global de l'industrie atteint un niveau maximal quand le degré de forclusion s'élève à 50%. Ainsi, si le bien-être du consommateur n'est pas maximisé à court terme du fait de la structure de marché, il peut l'être à long terme – sous conditions – du fait des incitations à l'innovation induites (Gaffard, 2008).

La nette restriction induite par le Consent Decree de la FTC quant aux possibilités pour Intel de proposer des remises de fidélité et des clauses d'exclusivité à ses partenaires commerciaux – pratiques potentiellement bénéfiques en termes de maximisation du bien-être du consommateur – peut induire pour celle-ci des entraves significatives quant à son développement futur sur le marché. Par exemple, il avait été considéré que le Consent Decree négocié entre le DoJ et certains State Attorneys General, d'une part, et Microsoft, d'autre part¹⁶, a considérablement gêné l'entreprise au moment où elle devait négocier des virages stratégiques importants (Sokol, 2012). En l'espèce, les restrictions imposées en matière de *bundling* (jumelage) auraient empêchées MS de proposer un antivirus intégré à son système d'exploitation. La dégradation des performances qui en découla (en termes de rapidité de démarrage) aurait été l'un des facteurs qui ont contribué à l'érosion de la part de marché de la firme de Redmond. Ainsi, les conséquences des actions stratégiques menées par des concurrents peuvent-elles produire des effets négatifs sur la firme visée sur trois périodes consécutives ; lors de la procédure au travers d'une augmentation des coûts liés à la défense et au divertissement de l'attention du management des enjeux concurrentiels sur la procédure ; au moment de la décision de justice avec une éventuelle sanction ; après celle-ci au travers des éventuelles entraves stratégiques liées aux remèdes imposés.

II – De l'utilisation stratégique des règles de concurrence à l'encontre d'un opérateur dominant

Les actions stratégiques menées par les concurrents peuvent être de deux ordres. Il peut tout d'abord s'agir de jouer sur la définition et l'évolution des règles elles-mêmes au travers d'action de lobbying auprès du législateur ou d'agences de régulation (Carlton and Perloff, 2000). Il peut également s'agir d'une activation stratégique de ces mêmes règles dans le cadre de contentieux concurrentiels (Baumol and Ordover, 1985 ; McAfee and Vakkur, 2004). Engager des poursuites à l'encontre d'un concurrent peut à la fois participer de logiques d'extorsion (au travers l'obtention de compensations monétaires (*damages*)), d'augmentation des coûts des rivaux et d'entrave concurrentielle (par l'intermédiaire de remèdes injonctifs ou simplement en plaçant le marché sous la surveillance des autorités).

Dans la mesure où les règles Antitrust – du moins telles qu'elles sont saisies depuis la montée en puissance de l'Ecole de Chicago – ne visent pas à protéger une situation de rivalité effective entre firmes sur le marché mais simplement à la maximisation du bien-être du consommateur, une stratégie conduisant à l'éviction d'un concurrent ne peut être sanctionnée en elle-même. La difficulté tient donc au fait que l'éviction (*a fortiori* un risque d'éviction) ne peut être considérée en elle-même comme une manifestation d'une stratégie de monopolisation. De

¹⁶ US v Microsoft Corp, modified final judgement, n°98-132, DDC, Sept. 7th, 2006.

nombreuses pratiques de marché peuvent en outre avoir à la fois des effets pro et anticoncurrentiels, nécessitant l'établissement d'une balance au cas par cas.

Cependant, même si les chances d'obtenir gain de cause sont minces pour un concurrent du fait de l'exigence du degré d'exigence de l'Antitrust américain, engager un contentieux contre un concurrent peut effectivement affecter ce dernier dès lors que l'organisation de la défense est particulièrement coûteuse (ne serait-ce que pour rassembler et ordonner les données quantitatives nécessaires à la démonstration de l'absence d'effets préjudiciables pour le consommateur¹⁷). De plus, les coûts liés à une procédure Antitrust sont asymétriques par nature. Par exemple, le plaignant demande la mise en place d'une procédure d'*open discovery*, les coûts liés à cette dernière impacteront principalement l'opérateur dominant visé par la procédure (Easterbrook, 1985).

Non seulement les coûts liés à la procédure impactent asymétriquement le plaignant et le défendeur, mais une décision infondée (toujours possible en matière de pratiques unilatérales) peut s'avérer particulièrement coûteuse pour l'opérateur dominant. Une action opportuniste peut permettre d'obtenir des remèdes de nature à neutraliser l'avantage concurrentiel d'un concurrent si elle débouche sur des injonctions (par exemple au travers d'un accès à un actif « essentiel », voir Marty et Pillot (2009a)) ou du moins porter préjudice à un concurrent en divertissant les ressources (et l'attention) de ce dernier vers sa défense et / ou en augmentant ses coûts (Deschamps, 2010), qu'une sanction monétaire soit prononcée ou pas.

Le droit Antitrust américain offre également une ressource d'action particulièrement intéressante dans le cadre de stratégies juridiques actives, le *private enforcement*. A la base, celui-ci permet de pallier un éventuel refus des agences fédérales d'engager des poursuites devant les tribunaux, comme nous l'avons vu pour le cas d'AMD. Les incitations offertes aux parties d'activer cette ressource juridique sont d'autant plus élevées que le coût de la procédure peut être significativement réduit au travers d'action de groupe (*class actions*) et que l'espérance de gains est particulièrement élevée. Elle tient non seulement à l'obtention d'un remède injonctif (cessation des pratiques concernées par exemple) mais aussi à celle de triples dommages¹⁸.

Les gains collectifs du *private enforcement* tiennent principalement à la mise à disposition de ressources additionnelles à celles dont disposent les agences fédérales, que cela soit en termes budgétaires ou informationnels, dans la mesure où les acteurs du marché sont susceptibles de disposer d'informations de meilleure qualité sur le fonctionnement de ce dernier (McAfee et al., 2008). Cependant la question de l'optimalité collective du *private enforcement* fait de longue date débat aux Etats-Unis. Si pour Becker et Stigler (1974) ces derniers outils apparaissent comme substituables (dans le cas d'un *public enforcement* réalisé dans des conditions optimales), les biais liés

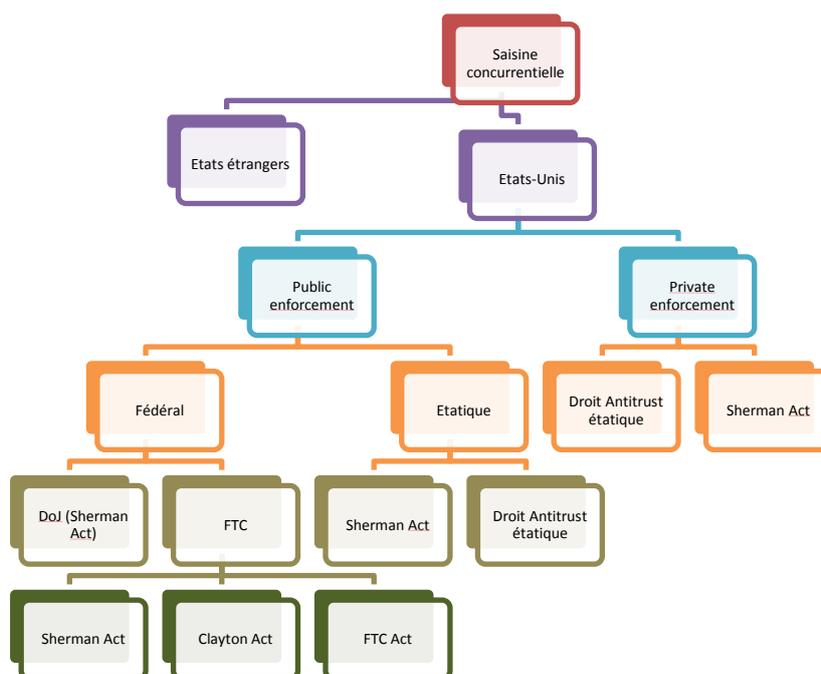
¹⁷ En outre, si le coût d'une procédure Antitrust pour le défendeur est considéré au travers de l'évolution de son cours boursier, il est à relever que l'impact le plus significatif ne se situe pas au moment de la décision finale mais à l'annonce de l'ouverture de la procédure (Langus et al., 2010). Une poursuite stratégique suscite donc immédiatement un coût financier pour l'opérateur visé.

¹⁸ La possibilité de se voir allouer des triples dommages est prévue par la Section 7 du Sherman Act de 1890 et par la Section 4 du Clayton Act de 1914. Notons également que parmi les remèdes prévus par la législation de la concurrence américaine figure la possibilité de prononcer la restitution des profits réalisés dans le cadre des pratiques anti-concurrentielles (*profit disgorgement*). Cette disposition, prévue dans la Section 13(b) du FTC Act, fut notamment utilisée dans le cadre des poursuites engagées par la FTC et plusieurs Etats fédérés contre le producteur de médicaments génériques Mylan (lequel avait accru indûment ses prix en verrouillant au travers de clauses d'exclusivité l'accès à des intrants essentiels). Voir *FTC v Mylan Labs*, 62F Supp 2d25, DDC, 1999.

aux motivations des saisissants (qui ne sont pas « private attorneys general » désintéressés) peuvent conduire à des résultats collectivement sous-optimaux (Breit and Elzinga, 1985). Le risque est alors celui d'une sur-dissuasion à l'encontre des firmes dominantes (au travers d'un *over-enforcement* des lois Antitrust lié au *private enforcement*) préjudiciable en termes de bien-être collectif (Posner, 1976).

Le débat théorique autour de la balance des coûts et des gains liés aux actions en justice menées par les concurrents, principalement au titre du *private enforcement*, s'est en grande partie polarisé sur le volet des gains. La question des triples dommages est ici centrale. Le niveau excessif des gains, que pourrait espérer un concurrent, favorisait un tel risque d'*over-enforcement* et pénaliserait donc *in fine* le consommateur. Pour Lande (1993), les triples dommages ne constituent qu'un plafond théorique dont l'effet incitatif est de pousser les parties à parvenir à une solution négociée. La plupart des contentieux se soldent par une transaction dont le niveau correspond en fait au dommage effectif. Cependant, si la légitimité des triples dommages est généralement admise pour les actions des consommateurs lésés par des ententes horizontales, leur justification est souvent mise en question pour des actions entamées par des concurrents sur la base de pratiques unilatérales (Easterbrook, 1985). Les initiatives des concurrents en matière de *private enforcement* peuvent alors revêtir une dimension stratégique. La possibilité d'obtenir des triples dommages peut à la fois participer d'une stratégie d'extorsion et d'augmentation des rivaux¹⁹.

Le droit américain ne prévoyant pas d'exclusivités en matière de voies de recours, le *private enforcement* peut s'accompagner dans une stratégie de forum-shopping et de law-shopping de la saisine simultanée de plusieurs types d'autorités et de tribunaux, à l'étranger, au niveau fédéral et à celui des Etats fédérés et mobiliser parallèlement toutes les ressources du droit de l'Antitrust américain caractérisé par l'existence de trois lois différentes (Sherman Act, Clayton Act et FTC Act) et de deux structures fédérales dédiées à leur application.



¹⁹ « The 'victim' often brings suit more to raise its rivals' costs than to preserve competition » (Easterbrook, 1985)

Un concurrent disposant de larges ressources financières²⁰ peut jouer sur l'ensemble des tableaux, simultanément ou séquentiellement pour exercer une pression à la fois sur son concurrent (le pousser à une transaction) mais aussi sur les juridictions *a priori* les moins favorables en obtenant préalablement gain de cause devant des juridictions dont les standards de preuve sont moins exigeants ou qui pourraient – pour des raisons parfois politiques ou du fait d'orientations pro-plaignants de certaines lois étatiques – d'avérer plus favorables. La stratégie d'AMD – avec une saisine de la Commission européenne plus stricte envers les opérateurs dominants que les autorités américaines – peut être lue ainsi. De plus, les succès divers des plaintes déposées auprès des Attorneys General (l'accueil favorable à New York contrastant avec celui reçu en Californie (*I'm not barking at every truck that comes down the street*²¹), témoigne d'un jeu possible sur les dispositions juridiques et sensibilités respectives des différents Etats²².

Relevons que la possibilité de voir des concurrents bénéficier d'un cadre juridique permettant le développement de poursuites stratégiques au travers d'une architecture institutionnelle favorisant des pratiques de law-shopping ou de forum-shopping est non seulement préjudiciable pour les entreprises faisant l'objet de tels recours infondés mais également pour l'économie dans son ensemble. En effet, l'ouverture d'une procédure sur une pratique de marché donnée et plus encore une sanction ou un remède imposé par une décision de justice n'entrave pas seulement le défendeur mais également l'ensemble des entreprises susceptibles de mettre en œuvre des pratiques comparables. Or, comme nous l'avons déjà relevé, il est difficile de tracer *a priori* une ligne de démarcation nette entre des pratiques qui ont un effet au final préjudiciable au bien-être du consommateur et celles qui sont susceptibles de l'améliorer. De la même façon, une pratique se traduisant par un gain de bien-être peut porter préjudice aux concurrents. L'observation de poursuites et de sanctions peut donc conduire des opérateurs dominants à renoncer à celle-ci de façon à limiter leur exposition au risque de poursuites. Symétriquement, l'observation des contentieux passés peut donner des clés pour de futures actions stratégiques, y compris de la part des défendeurs de la veille (Manne and Wright, 2011). De la même façon, un remède imposé (ou négocié lors d'un Consent Decree) dans le cadre d'une action passée peut servir, fut-il sous-optimal, de base à une future transaction (Sokol, 2012)...

III – La stratégie d'AMD : une approche en termes de forum-shopping

Les stratégies de forum-shopping en matière concurrentielle répondent à une logique en deux phases. Il s'agit d'une part de tirer profit des différences pouvant exister entre les pratiques décisionnelles, les standards juridiques utilisés ou encore les sensibilités en termes de principes

²⁰ Cela suppose que le concurrent en question puisse également investir dans des activités de lobbying. Selon Sokol (2012), les investissements d'AMD en la matière passèrent de 40 000 \$ par an entre 1998 et 2004, à 1,02 M\$ en 2005, 1,49 en 2006, 880 000\$ en 2007, 650 000 \$ en 2008, 770 000\$ en 2009 et enfin à 780 000\$ l'année où Intel signa un Consent Decree avec la FTC. Ces actions furent complétées par un activisme certain en matière de communication (notamment avec la création d'un site Internet dédié).

²¹ AG Brown de l'Etat de Californie pour expliquant dans *le San Francisco Chronicle* son refus de donner suite à la plainte d'AMD (New York Times, 7 juin 2008)

²² “[...] *Firm behavior and litigation decisions are not exogenous. With respect to the latter, the types of cases that the government or private actors chooses to bring will presumably vary with their expectations about the likely rulings. So while more Democrat-appointed judges might mean that for a given case plaintiff is more likely to win, this might lead plaintiffs of all types to file weaker cases*” (Sokol, 2010).

sous-jacents aux politiques de concurrence. Il s'agit ensuite, une fois que gain de cause a été obtenu auprès de la juridiction la plus favorable de s'en servir de levier pour obtenir l'ouverture de poursuites par un tribunal *a priori* moins favorable au plaignant²³. Si la stratégie pour des consommateurs regroupés en *class action* (ou pour un cabinet agissant comme un entrepreneur judiciaire) est de multiplier les actions pour obtenir le prononcé de triples dommages ou une transaction (paiement d'une somme forfaitaire en contrepartie de l'abandon des poursuites), un concurrent visera plus à neutraliser les pratiques de marché d'un opérateur plus efficace susceptibles de le marginaliser ou à mettre en œuvre une stratégie d'augmentation des coûts des rivaux.

III-1 Arbitrage autorités de concurrence étrangères / autorités de concurrence domestiques

Dans le cas d'Intel, l'échec des premières tentatives d'obtenir l'ouverture de poursuites par le DoJ et/ ou la FTC aurait été pallié par la mise en œuvre d'une stratégie reposant sur l'effet boule de neige de procédures initiées devant des autorités de concurrence étrangères ou menées aux Etats-Unis sur la base du *private enforcement* (Sokol, 2012). Les exigences des autorités de la concurrence japonaise, sud-coréenne et européennes en matière de standard de la preuve étant moins élevées, AMD put, dans le cadre de cette lecture, obtenir des décisions favorables (au Japon en mars 2005²⁴, en Corée du Sud en juillet 2008 et en Europe en mai 2009), lui permettant de faire levier sur les autorités de concurrence américaines²⁵.

L'opposition entre les politiques de concurrence américaine et européenne qui peut ressortir de cette analyse tient non seulement à la question de la balance implicite des coûts économiques de long terme qui est faite entre risques de faux positifs et risques de faux négatifs, mais aussi à la question des standards retenus pour caractériser des pratiques unilatérales anticoncurrentielles. Les tribunaux américains se sont écartés, depuis la fin des années soixante-dix, de l'activisme qui avait été le leur au lendemain de la Seconde Guerre Mondiale²⁶. Une approche en termes de « modestie juridique²⁷ » (Cass, 2010), revenant par certains égards à une

²³ « *The basic forum-shopping problem also is compounded in the antitrust arena by the fact that claimants are not limited to a single venue. A firms such as AMD does not need to pick its predicted most favorable regime and then hope that it makes its case in that forum. It can pick all of its most likely favorable regimes. Winning in any one of them can provide the basis for remedies that significantly hamper a most successful competitor* » (Cass, 2010).

²⁴ Il s'agit dans le cas d'espèce d'une procédure négociée.

²⁵ « *Moreover, success in one competition law forum often can produce pressure for other for a to follow suit* » (Cass, 2010)

²⁶ Songeons aux critères retenus pour les stratégies de ciseaux tarifaires dans l'affaire Alcoa tranchée par le Juge Learned Hand en 1945 (Marty, 2011)

²⁷ Celle-ci peut se définir à la fois comme une restriction du domaine du droit à la seule sanction des pratiques dommageables, et non plus à l'amélioration du fonctionnement de la société, et comme l'adoption de critères de décisions clairs, stables, prédictibles et appliqués de façon uniforme pour prévenir des décisions reposant sur des standards flous ou imprévisibles. Plus généralement la « modestie juridique » vise à réduire la part de discrétion dans la décision du juge (Cass, 2010). Une telle modestie se décline en matière informationnelle. Les tribunaux et les agences fédérales doivent tenir compte du fait qu'elles ne possèdent qu'une information imparfaite et incomplète, plus limitée que celles dont disposent les parties aux conflits mais aussi tronquée et orientée dans la mesure où leurs informations sont fournies par ces dernières. Cette approche s'inscrit donc dans une vision théorique radicalement symétrique à celle qui était développée au début du vingtième siècle par les défenseurs du *Legal Realism* qui attribuaient au juge un rôle de transformation de la société par le droit (*sociological jurisprudence*) ou du moins le conduisaient à prendre en compte dans ces décisions, « les nécessités perçues du temps » (Holmes, 1881). Relevons que la volonté de réduire la part de discrétion du juge au nom d'une approche économique donnée revient à prôner un retour à une forme de Classical Legal Thought dans laquelle la dogmatique juridique aurait laissé la place à une dogmatique de nature économique conduisant, selon l'expression d'Herbert Hovenkamp (2011) à une Neo-classical

attitude *a priori* favorable aux défendeurs (Sokol, 2010), s'est peu à peu imposée, faisant sienne les préventions notamment mises en avant par Franck Easterbrook (1984) face au risque de voir prendre des décisions infondées (faux positifs) au détriment d'opérateurs dominants qui au final n'ont joué que le jeu de la concurrence.

Une stratégie de forum-shopping pourrait tirer profit de la saisine précoce des juridictions moins soucieuses de prévenir de tels risques, i.e. celles dont les standards de preuve seraient moins exigeants, et plus enclines à faire porter à la mise en œuvre du droit de la concurrence une finalité de régulation de la concurrence. Obtenir gain de cause permet alors d'exercer une pression sur les tribunaux américains qui ont adopté des critères très restrictifs pour caractériser les évictions anticoncurrentielles. Il est même reproché à la Commission européenne d'accorder une trop large place aux modèles de la nouvelle économie industrielle lesquels concluent, à l'inverse de l'approche de Chicago (Bork, 1980), à de larges possibilités de voir certains comportements (tels des remises de fidélité) conduire à des évictions anticoncurrentielles (Cass, 2010). Ces divergences favorisent la mise en œuvre de stratégies de forum-shopping, rebaptisées pour l'occasion *Antitrust Tourism*²⁸.

Au-delà même du jeu lié à des saisines d'autorités de concurrence étrangères, la recherche de forums *a priori* plus favorables que les tribunaux en charge de l'application du Sherman Act peut passer par des saisines déposées – comme le montre le cas AMD v Intel – dans certains Etats américains.

III-2 Arbitrage entre les tribunaux des Etats fédérés et le niveau fédéral

Le rôle des Etats dans l'Antitrust américain a très tôt été important, certains d'entre eux se dotant d'une législation relative à la concurrence avant même la promulgation du Sherman Act (May, 1987). Cependant, la montée en puissance de l'*enforcement* au niveau étatique remonte aux années quatre-vingt, quand il a s'agit de suppléer à une nette réduction de l'activisme du DoJ durant l'administration de R. Reagan²⁹. Ces derniers agissent parfois de conserve (au travers de leur association nationale, la NAAG) pour suppléer aux faiblesses de l'*enforcement* des lois Antitrust au niveau fédéral et publièrent parfois des *Policy statements* contradictoires avec les fédéraux, comme le sur le cas des restrictions verticales en 1995 (Cavanagh, 2005).

Leur capacité d'action est d'autant plus forte que les State Attorneys General peuvent, dans le cadre du système fédéral américain, fonder leurs actions soit sur le droit Antitrust fédéral soit sur celui de leur Etat. Ils peuvent requérir des dommages en faveur de leurs administrés³⁰

Legal Thought. Dans les deux cas, le recours au formalisme peut être interpréter comme participant d'une volonté de contraindre la décision du juge et prévenir tout activisme... potentiellement porteur de faux positifs dans une approche plus influencée par l'Ecole de Chicago.

²⁸ « *The opportunity to select among a large set of potential competition law regimes with different standards for applying even the most similar provisions, different levels of hospitality to classical economic analysis, different evidentiary standards, and different procedures for eliciting, testing, and analyzing information, significantly undermines predictability of business* » (Cass, 2010)

²⁹ La Cour Suprême avait, dès la fin des années soixante-dix, adopté des critères très restrictifs en matière d'activation de la Section 2 du Sherman Act. La seconde rupture des années quatre-vingt tient au fait que le DoJ s'abstient – comme il le fera plus tard entre 2000 et 2008 – d'engager des procédures sur la base de la Section 2 au titre du public enforcement.

³⁰ Il s'agit des actions en tant que *parens patriae* au nom de leurs citoyens, lesquelles furent reconnues par la Cour Suprême en 1942 (Georgia v Evans, 316 US 159, 1942). Ces dernières ne portaient que sur les dommages subis par les administrés. Elles ne couvraient pas les dommages subis par l'ensemble de l'économie de l'Etat concerné. Les

mais également prononcer des remèdes injonctifs (First, 2001). Notons que dans le cas du contentieux entre AMD et Intel, l'Attorney General de l'Etat de New York, engagea en novembre 2009 une procédure à l'encontre d'Intel non sur la base du droit Antitrust de son Etat mais sur la base du droit Antitrust fédéral. En ce, l'affaire Intel présente de nombreux points communs avec l'affaire Microsoft.

L'analyse du rôle des Etats dans l'Antitrust est inséparable du resserrement des critères permettant de caractériser une violation de la Section 2 du Sherman Act. Il s'agit dans une certaine mesure d'un substitut à un éventuel blocage du public *enforcement* au niveau fédéral. Si des actions parallèles peuvent également permettre de démultiplier les ressources publiques dans le cadre des contentieux concurrentiels, il serait également possible de les considérer comme un levier additionnel de déploiement de poursuites stratégiques. Elles pourraient également être analysées comme une perturbation du système Antitrust américain, dès lors que les poursuites sont écartées à juste titre par les autorités fédérales.

Les critiques de l'intervention des Etats dans l'Antitrust portent principalement sur le risque de donner prise à des poursuites stratégiques et de prendre des décisions infondées (i.e. des faux positifs). Ce risque serait plus élevé qu'au niveau fédéral du fait des limitations de leurs capacités et de leurs moyens et de la structure incitative dans laquelle elles évoluent (Posner, 2001).

Tout d'abord, l'exposition au risque de développement de *nuisance suits* serait d'autant plus élevé que les stratégies de capture seraient plus aisées à mettre en œuvre. Le coût d'une capture serait plus faible au niveau étatique (Posner, 2001). Les incitations des firmes à mettre en œuvre de telles stratégies et leur chance de succès sont en effet d'autant plus élevées que les intérêts économiques en jeu sont concentrés dans l'Etat considéré (Wiley, 1986). De façon plus générale, il serait possible de considérer que les poursuites ne seraient plus motivées par des considérations d'intérêt générale (ou de bien-être du consommateur) mais par les intérêts économiques locaux de l'Etat concerné (Sokol, 2010). Non seulement les State Attorneys General seraient naturellement enclins à se distinguer de leur homologue fédéral, mais la désignation des AG étatiques par voie d'élection les conduirait à s'inscrire dans des logiques électorales, lesquelles les conduisent à privilégier les cas les plus emblématiques, lesquels peuvent apparaître les plus porteurs dans le cadre d'une stratégie électorale future vers un poste de Gouverneur.

Saisir les Etats dans une stratégie de forum-shopping serait d'autant plus profitable que la probabilité d'obtenir des décisions infondées, en l'occurrence des faux positifs, serait supérieure (Posner, 2001). La raison tiendrait à de moindres capacités à traiter l'information pertinente vis-à-vis des juridictions fédérales, faute de pouvoir disposer de l'expertise interne requise³¹. En d'autres termes non seulement les juridictions étatiques feraient un meilleur accueil aux poursuites

années soixante-dix furent scandées par des flux et reflux en matière de capacités d'action des Etats avec le titre III du Hart-Scott-Rodino Act de 1976 qui donnait aux State Attorney General le droit de poursuivre devant des juridictions fédérales au titre de *parens patriae* sur la base du Sherman Act puis avec l'arrêt de 1977 de la Cour Suprême Illinois Brick Co v Illinois (431 US 720) qui entrava cette possibilité d'action en limitant les possibilités de demande de triples dommages aux victimes directes de pratiques anticoncurrentielles.

³¹ « *Since becoming a judge almost twenty years ago, I have been struck by the poor quality of the briefs and arguments of most, though not all, of the lawyers in the offices of the state attorneys general of my circuit [...] the very low salary scale of [these] office[s] makes it difficult to hire competent lawyers* » (Posner, 2001).

opportunistes mais qui plus est leur accorderaient plus facilement gain de cause quels qu'en soient les mérites (Sokol, 2012).

Malgré ces risques, il apparaît que les actions menées au niveau des Etats ne se sont inscrites en opposition avec le niveau fédéral que dans des périodes très précises, notamment durant l'administration Reagan (Kovacic, 1988). La norme est bien plus celle d'une coopération avec l'échelon fédéral qu'une opposition, comme l'a montré le début de l'affaire Microsoft³²...avant que les Etats ne se scindent en deux ensembles, le New York Group et le California Group, le second refusant les termes du *Consent Decree*. Ainsi, cette coordination peut s'avérer porteuse de difficultés si une solution négociée ne fait pas l'unanimité entre les State Attorneys General concernés et les autorités fédérales. Ces difficultés viennent également du fait que les Etats ont la capacité à mobiliser les lois fédérales au-delà des lois internes³³. Le fait que ces lois peuvent être appliquées indépendamment à plusieurs niveaux crée donc un risque additionnel pour une entreprise soumise à des poursuites stratégiques. La résolution d'un cas par une transaction avec une autorité donnée, y compris le DoJ ou la FTC, peut ne pas mettre fin aux contentieux engagés sur la base du Sherman Act.

Les critiques exprimées par Posner (2001) selon lesquelles les actions des Etats en matière d'Antitrust tiendraient souvent d'une logique de passagers clandestins (*free riding*) vis-à-vis des poursuites menées au niveau fédéral peuvent être contestées par l'expérience de l'affaire Microsoft puis celle d'Intel dans la mesure où des Etats, isolément ou en coordination les uns avec les autres, s'engagèrent dans des poursuites indépendamment de l'échelon fédéral (First, 2001). De tels phénomènes peuvent s'observer dans le cadre d'actions de suite (*follow-on litigations*) dans le cadre desquelles il s'agit de s'appuyer sur une décision préalable pour obtenir des dommages et intérêts. Insistons cependant que dans le cas de stratégies de forum-shopping qui nous intéressent, il s'agit en fait d'engager préalablement et non postérieurement des poursuites au niveau étatique pour faire pression sur le DoJ et la FTC au niveau fédéral.

III-3 Forum-shopping et *private enforcement* des lois Antitrust

A partir des années quatre-vingt, le resserrement de la politique de concurrence américaine a réduit drastiquement la portée des poursuites stratégiques menées par des concurrents à la fois au travers de standards plus exigeants imposés par la Cour Suprême et de poursuites moins fréquentes initiées par le DoJ sur la base de la Section 2 du Sherman Act. Un tel *under-enforcement* ne constitue pas un trait historique pérenne, les plaintes de concurrents contre des entreprises dominantes ont été fréquemment relayées dans les années soixante et soixante-dix, puis dans les années quatre-vingt-dix, comme en témoignèrent les difficiles cas AT&T, IBM, GM comme ce fut à nouveau le cas vingt ans plus tard avec l'affaire Microsoft (Shepherd, 1995).

Ainsi, avant d'aborder dans une quatrième section une approche en termes de law-shopping, reposant sur la possibilité d'arbitrer entre une saisine de l'Antitrust Division du DoJ et une saisine de la FTC, laquelle constitue historiquement un vecteur privilégié de revigoration du

³² Vingt Etats et le District de Columbia entamèrent une action commune à l'encontre de Microsoft à la fin des années quatre-vingt-dix.

³³ Les autorités fédérales et celles de chacun des Etats fédérés ont la capacité juridique d'intervenir sur l'ensemble des pratiques de marchés susceptibles d'affecter les prix sur leur territoire de compétence (Greve, 2005).

public enforcement du fait des moindres contraintes qui s'exercent sur elle, il convient de mettre en exergue un levier privilégié des actions stratégiques aux Etats-Unis, à savoir le *private enforcement*.

Si la caractéristique déterminante du système Antitrust américain, par rapport à son homologue européen, est de combiner *public enforcement* et *private enforcement*, la coexistence des deux voies de recours peut s'avérer un sabre à double tranchant. Elle permet certes de tirer profit des informations, des ressources³⁴ et des incitations qui s'exercent sur les opérateurs du marché pour prendre à la charge une partie de la mise en œuvre des règles de concurrence (Sokol, 2012). Elle ouvre néanmoins de larges possibilités d'utilisations opportunistes des ressources offertes par les lois Antitrust (Segal and Whinston, 2007) pour entraver ses concurrents, qu'il s'agisse de verrouiller l'accès à un marché, de mettre fin à une stratégie susceptible d'entraîner sa propre éviction, d'obtenir des compensations financière (stratégies d'extorsions via des triples dommages ou par une transaction) ou encore accroître les coûts de ses rivaux (McAfee et al., 2008).

Relevons que la défiance vis-à-vis du *private enforcement* est d'autant plus forte qu'il est favorisé par la possibilité de mettre en œuvre des actions de groupe (*class actions*). Si ces dernières ont été introduites en 1938 dans les *Rules of Federal Civil Procedure*, leur utilisation dans le cadre du *private enforcement* des lois Antitrust n'a connu une réelle croissance qu'à partir des années soixante. Elles constituent une voie privilégiée en matière de recours opportunistes dans la mesure où les coûts sont extrêmement limités pour les plaignants, notamment au travers des formules de rémunération des cabinets d'avocats spécialisés (*contingent fees*). Le risque est alors celui d'un *over-enforcement* basé sur le déclenchement de poursuites ne visant qu'à obtenir une transaction en jouant sur l'aversion au risque des défendeurs et sur l'asymétrie d'information entre les parties (Deffains, 1997).

Par exemple, si nous reprenons les données de Sokol (2012), une nette dissymétrie apparaît entre les coûts de procédures et de lobbying supportés entre 2005 et 2010 par AMD dans le cadre des différentes procédures engagées et le coût au final subi par Intel, au travers des coûts liés à sa défense, du montant réglé à AMD dans le cadre du règlement négocié (1,25 milliard de \$) et des amendes européenne (1,06 milliard d'€) et coréenne (26 milliards de Won). De la même façon, le prononcé d'un remède injonctif (cessation des remises de fidélité dans notre cas) constitue un gain déterminant pour un opérateur qui ne pourrait s'aligner sur les prix du leader du marché (McAfee et al., 2008). En outre, les exemples d'IBM et, plus près de nous, de Microsoft mettent en évidence l'effet de 'divertissement' des ressources et de l'attention du management de l'opérateur visé au profit quasi-exclusif du contentieux au détriment de son dynamisme de marché. Un concurrent opportuniste peut ainsi avoir beaucoup à gagner à conduire un opérateur dominant à sa polariser sur sa défense durant des contentieux de longue durée et à surtout éviter que ses concurrents soient effectivement évincés du marché fut-ce sur la base des seuls mérites.

La part relative du *private enforcement* dans le contentieux concurrentiel a connu une croissance exceptionnelle, alors qu'il n'était à l'origine que très marginal (Posner, 1970), conduisant à un rapport de dix à un vis-à-vis du *public enforcement* (Crane, 2008). Si le DoJ n'engagea aucune action sur la base de la section 2 du Sherman Act entre 2000 et 2007, 539 le

³⁴ Il peut également s'analyser comme la résultante d'une volonté de ne pas permettre aux firmes plaignantes d'externaliser le coût des procédures sur le budget de l'administration.

furent dans le cadre du *private enforcement* dont 63,8% par des concurrents (Adkison et al., 2008). Or, une firme engageant des poursuites ne vise pas le rétablissement de l'ordre public économique mais poursuit bien naturellement une stratégie de nature utilitariste³⁵. Ainsi, si déjà, la décision pour la FTC ou le DoJ d'entamer des poursuites peut procéder d'une logique de *public choice*³⁶, la mobilisation des ressources du *private enforcement* relève d'une logique de défense des intérêts particuliers, plus que d'une logique de défense de l'intérêt général (Sokol, 2012).

D'ailleurs, le resserrement progressif à partir des années quatre-vingt par la Cour Suprême des critères permettant de caractériser une violation de la section 2 du Sherman Act est bien plus souvent attribué à la volonté de faire pièce à de telles poursuites qu'à l'influence directe de l'Ecole de Chicago (Kovacic, 2010). En effet, comme en témoignait par exemple l'arrêt de la Cour Suprême de 2004, *Trinko* en matière de facilités essentielles (Marty et Pillot, 2010) mais aussi les arrêts *Weyerhaeuser* de 2007 et *Linkline* de 2009, les actions Antitrust menées sur la base du *private enforcement* sont souvent rejetées par les tribunaux américains.

Face aux risques de faux positifs et de développement de poursuites stratégiques dont les coûts sont asymétriquement répartis entre plaignants et défendeurs, une logique, telle que défendue par l'Ecole de Chicago en termes de modestie juridique, revient à adopter les standards de preuve les plus exigeants et à en faire porter la charge au plaignant, de réduire son espérance de gains en termes de compensation monétaire et de remèdes (Snyder and Kauper, 1991) voire de priver les concurrents de cette ressource juridique (Breit and Elzinga, 1985).

Si comme le relevait Kovacic (1999), « *virtually all the recent Supreme Court cases on monopolization have arisen in the context of private treble damages litigations* », cette tendance s'est accompagné d'un tel resserrement du standard retenu par la Cour pour caractériser une violation que les possibilités mêmes d'activer la Section 2 du Sherman Act se sont significativement réduites, y compris dans le cadre d'un *public enforcement* par le DoJ. Ainsi, par le jeu des standards de preuve requis pour caractériser une violation de la section 2 du Sherman Act, la pratique décisionnelle de la Cour Suprême a permis de réaliser les prescriptions de l'Ecole de Chicago, à savoir faire obstacle à un *private enforcement* des lois Antitrust par les concurrents (Breit et Elzinga, 1985) mais aussi de restreindre le *public enforcement* à son minimum, dans le cadre d'une logique de modestie juridique (Cass, 2010), pour prévenir le risque de faux positif.

Le resserrement des conditions nécessaires à la caractérisation d'une violation de la Section 2 du Sherman Act entrave inexorablement les poursuites sur la base de la Section 2 du Sherman Act, que les actions auprès des Etats fédérés ou que le *private enforcement* soient usités. Ainsi, si ces deux substituts sont entravés par les standards de preuve retenus par les tribunaux en charge de l'application du Sherman Act, deux voies demeurent ouvertes pour des concurrents

³⁵ La possibilité de mettre en œuvre une stratégie de *nuisance suits* au travers du *private enforcement* pourrait – au moins au plan théorique – être éventuellement contrecarrée par une substitution à ce dernier d'une modalité de *public enforcement* dans laquelle le plaignant aurait à verser une somme forfaitaire pour couvrir les coûts d'investigation induits par sa saisine, somme qui lui serait remboursée en cas de condamnation de la société visée (McAfee et al., 2008). Un tel système permettrait de bénéficier des avantages du *private enforcement* (en termes informationnels et incitatifs) dans le cadre du *public enforcement*.

³⁶ Il est plus opportun en termes de carrière, de prestige ou simplement de préservation ou d'accroissement des ressources de l'agence concernée d'engager une action contre des entreprises en vue que de privilégier des cas, plus sensibles en termes de bien-être collectifs mais moins « médiatisés » (McAfee et al., 2008).

porteurs d'éventuelles poursuites stratégiques. La première est comme nous l'avons vu celle d'obtenir des sanctions à l'étranger pour pouvoir s'appuyer sur ces dernières aux Etats-Unis. La seconde est de saisir la FTC en utilisant, comme nous le verrons le levier de la Section 5 du FTC Act³⁷.

Au final, l'obtention de condamnation par AMD dans le cadre de ses contentieux avec Intel au niveau international constituait dans ce cadre un levier de pression sur les autorités américaines d'autant plus efficace que le changement d'administration était annoncé comme devant se traduire par une mise en œuvre bien plus volontariste des règles Antitrust contre les pratiques d'éviction des entreprises dominantes (Varney, 2009). Ce faisant, le cas Intel devenait un cas emblématique d'une relative exception américaine, cas qui ne pouvait plus être ignoré par les autorités (Sokol, 2012). Au vu de l'histoire de la politique de la concurrence américaine, le règlement de l'affaire par la FTC et non par l'Antitrust Division du DoJ ne doit pas étonner. La saisine de la FTC participe en fait à la fois d'une logique de forum-shopping (dans la mesure où la FTC peut baser son action sur le Sherman Act) mais aussi de law-shopping, en ce qu'elle peut mobiliser les ressources offertes par le FTC Act et notamment sa Section 5 relative aux *unfair practices*.

IV – Une logique de law-shopping mise en perspective avec l'histoire des politiques de concurrence américaine

Au point de vue de l'architecture institutionnelle, la mise en œuvre de la politique de la concurrence américaine au niveau fédéral se distingue par la coexistence de deux agences, l'une reliée à l'exécutif (la division Antitrust du DoJ), l'autre indépendante de ce dernier (la FTC). Le partage des compétences entre les deux agences est particulièrement complexe, avec des responsabilités variant parfois d'un secteur à l'autre (le gaz et la grande distribution pour la FTC, les compagnies aériennes et les banques pour le DoJ). Il existe en outre des domaines où les compétences des deux agences se superposent et donc potentiellement s'opposent comme dans le cas qui nous intéresse, lequel peut être envisagé sous l'angle de la Section 2 du Sherman Act ou de la Section 5 du FTC Act. La Cour Suprême a reconnu que la compétence de la FTC englobe l'ensemble des pratiques visées par le Sherman Act et même celles qui ne sont pas directement couvertes ce dernier (Hovenkamp, 2010).

IV-1 L'attrait du recours à la FTC face aux contraintes s'exerçant sur le DoJ

Avant les années quatre-vingt et durant les années quatre-vingt-dix, des cas emblématiques pour l'Antitrust américain furent menés par le DoJ, AT&T, IBM ou encore Microsoft. Quels que soient les mérites réels des cas considérés (et le cas échéant, les possibilités de définir des remèdes effectifs), les concurrents avaient pu bénéficier de biais favorables de la part des autorités fédérales. D'une part, jouaient les influences des alternances politiques au Congrès, les majorités démocrates étant relativement plus hostiles au *Big Business*. D'autre part, les membres de les agences fédérales pouvaient – dans une optique de *public choice*- préférer porter des dossiers emblématiques que des dossiers plus obscurs afin de défendre leurs budgets, voire

³⁷ La FTC est également compétente pour appliquer les dispositions du Clayton Act de 1914, lesquelles prohibent les pratiques anticoncurrentielles liées à des jumelages (*tying*), à des discriminations tarifaires, à certaines clauses d'exclusivités. Les dispositions du Clayton Act portent également sur le contrôle des concentrations.

dans une logique plus individuelle, de favoriser des projets de carrières, que cela soit au sein de l'administration ou vers le secteur privé (McAfee et al., 2008 ; Sokol, 2010 et 2012). L'influence de ces biais peut également jouer symétriquement. Les membres d'une agence fédérale peuvent être réticents à porter un cas important en termes de bien-être mais apparaissant comme particulièrement difficile à gagner devant les tribunaux au vu de leur jurisprudence, de façon à ne pas compromettre leur carrière avec une éventuelle décision défavorable. Il n'en demeure pas moins que tant les impulsions politiques que les biais pouvant exister en faveur des cas emblématiques ne semblent pouvoir jouer efficacement dans le sens d'une mise en œuvre active de la politique Antitrust américaine par le biais du DoJ.

En effet, le relatif activisme du DoJ durant les deux administrations démocrates des années quatre-vingt-dix et post 2008 témoigne de la solidité du basculement de paradigme dominant en matière d'Antitrust initié à la fin des années soixante-dix. Les alternances ne suffisent pas à susciter un changement dans les principes de l'Antitrust³⁸, en grande partie du fait des spécificités du Sherman Act, dont la mise en œuvre passe par les tribunaux de l'ordre judiciaire. Le rôle de la Cour Suprême et le poids (relatif) de l'approche Chicago dans la formation de ses arrêts jouent dans le sens de cette stabilité. A ce titre, bien qu'il s'agisse d'une agence indépendante de l'exécutif, la FTC bénéficie de plus larges degrés de liberté et peut à ce titre servir de levier privilégié aux impulsions politiques. Saisir la FTC peut donc être, pour un concurrent, un moyen de contourner tant le manque de volonté d'engagement du DoJ que le « conservatisme » des tribunaux de l'ordre judiciaire. Il existe néanmoins une voie médiane, celle ouverte par le *private enforcement*, i.e. saisir directement les tribunaux sur la base du Sherman Act sans passer par le DoJ.

La FTC fit historiquement montre d'un plus grand activisme en matière de mise en œuvre de la politique de concurrence – du moins en termes relatifs. En effet, si le DoJ n'engagea nulle poursuite sur la base de la Section 2 du Sherman Act sous l'administration républicaine entre 2000 et 2008, la FTC engagea deux actions dans la période (Unocal³⁹ et Rambus⁴⁰) et se saisit en décembre 2009 de l'affaire Intel.

IV – 2 : Section 2 du Sherman Act et Section 5 du FTC Act

Dans une optique de law-shopping, le FTC Act offre la possibilité, pour un concurrent, de bénéficier d'un standard moins restrictif que la Section 2 du Sherman Act. La Section 5 du FTC Act relative aux *unfair practices* permet plus facilement de sanctionner des pratiques unilatérales anticoncurrentielles que la Section 2 du Sherman Act, laquelle est dépendante de la jurisprudence issue des décisions des tribunaux de l'ordre judiciaire. La Section 5 du FTC Act a été à plusieurs reprises mobilisée aux Etats-Unis pour contourner l'approche « conservatrice » de la Section 2 du Sherman Act. A ce titre, le recours à la Section 5 du FTC Act dans le cadre du *Consent Decree* avec Intel a été interprété comme témoignant d'un risque d'un

³⁸ Ce fut d'ailleurs également le cas dans les années cinquante où en dépit de l'accession au pouvoir de D. Eisenhower, l'ère « activiste » en matière de politique de concurrence ne fut pas réellement remise en cause.

³⁹ Union Oil Co. Of California, 138 FTC 1, 2004.

⁴⁰ Rambus Inc. v FTC, 522 F.3d 456, DC Circuit, 2008.

retour à un activisme Antitrust tel qu'il existait avant le virage induit par l'École de Chicago, avec les risques associés en termes de faux positifs⁴¹.

A ce titre, l'ouverture d'une procédure par la FTC à l'encontre d'Intel sur la base de la Section 2 du Sherman Act et de la Section 5 du FTC Act, le 16 décembre 2009, consacrerait le succès de cette stratégie de law-shopping et de forum-shopping. La conclusion d'une transaction entre Intel et AMD puis le Consent Decree entre la FTC et Intel du 29 octobre 2010 sont interprétés comme inéluctables au vu des marges de manœuvres offertes par la Section 5. Comme l'écrit Sokol (2012), la revigoration de la Section 5 apparaît donc bien comme une stratégie de contournement des critères dégagés par les tribunaux pour caractériser les stratégies de monopolisation⁴². La Section 5 du FTC Act porte sur les *Unfair Methods of Competition* (UMC). Elle permet de couvrir l'ensemble des pratiques de marché qui ne seraient pas gérées par les dispositions du Sherman Act ou du Clayton Act. Si elle ne permet pas le prononcé de dommages ou de sanctions criminelles, elle permet néanmoins d'imposer des remèdes aux entreprises concernées conduisant à la cessation des pratiques concernées.

Un appui sur la Section 5 du FTC Act peut correspondre la même logique que celle qui conduisit au début du vingtième siècle à adjoindre aux ressources d'action liées à l'application du Sherman Act, la possibilité de s'appuyer sur une commission indépendante pouvant s'appuyer sur des standards moins contraints que ceux découlant de la Section 2 de ce dernier. Il s'agissait non seulement de pallier d'éventuelles réticences du DoJ à engager des poursuites et à contrecarrer le conservatisme de la Cour Suprême, alors encore très influencée par la *Classical Legal Thought*⁴³ et encline à utiliser le principe du *due process of law* pour faire pièce à toute décision pouvant affecter les droits des opérateurs dominants sur le marché (Deschamps et Marty, 2008).

Historiquement, le FTC Act et notamment sa Section 5 sont inséparables des impulsions politiques données lors des quinze premières années du vingtième siècle dans le cadre de la montée en puissance d'un courant progressiste, souvent méfiant vis-à-vis du Sherman Act et surtout du conservatisme social et économique des tribunaux de l'ordre judiciaire (Winerman, 2004). Si la première administration Roosevelt avait vu la création d'une unité dédiée à l'Antitrust au sein du DoJ et si 45 affaires furent portées par ce dernier devant les tribunaux en huit ans (contre trois en quatre ans pour la précédente administration de McKinley), Roosevelt faisait moins confiance aux tribunaux que son successeur Taft (58 affaires portées devant les tribunaux en trois). Dans sa profession de foi présentée en août 1912 pour l'obtention de l'investiture du parti progressiste, il mettait en exergue son scepticisme vis-à-vis du Sherman Act et de la voie judiciaire, préconisant une régulation par une agence fédérale : « [Antitrust] *has occasionally done good, has usually accomplished nothing, has generally left the worst conditions wholly unchanged, and has been*

⁴¹ « *One reading the Intel complaint fears that the FTC is on course toward the same set of mistakes that it made in the 1960s, when it used §5 to protect rival business at consumers' expense* » (Hovenkamp, 2010).

⁴² « *Indeed, a larger role for Section 5 could allow firms to use government strategically more than before as strategic use of private antitrust rights becomes more difficult through case law development* » (Sokol, 2012).

⁴³ Le débat interne à la Cour Suprême sur le périmètre d'application du Sherman Act portait sur la nature des restrictions au commerce prohibées. S'agissait-il de l'ensemble des restrictions ou seulement les restrictions déraisonnables ? L'arrêt *Northern Securities Co v US*, 193 US 197, 1904, donna dans le même esprit lieu à deux opinions dissidentes contestant la capacité à mettre en cause les droits de propriété des entreprises au travers de l'application du Sherman Act.

responsible for a considerable amount of downright and positive evil » (Winerman, 2004). Le projet, repris par Wilson après de longs débats, dota l'administration d'une ressource juridique devant permettre de pallier les difficultés liées à la mise en œuvre du Sherman Act⁴⁴ et couvrir un périmètre plus large de pratiques anticoncurrentielles que la Section 2. Il s'agissait, qui plus est, de créer une agence indépendante de l'exécutif et responsable devant le Congrès⁴⁵. La promulgation simultanée du Clayton Act et du FTC Act apparaissaient dans ce cadre comme « *a clear legislative repudiation of the Supreme Court's amorphous rule of reason in Standard Oil* » (Priest, 2012).

Malgré ces espoirs, la Section 5 n'a souvent eu qu'un rôle marginal dans la mise en œuvre de la politique de la concurrence américaine (Kovacic and Vinerman, 2010). La Cour Suprême n'a contrôlé une décision sur cette base qu'à une seule reprise en 1927 – pour censurer la FTC (FTC v Eastman Kodak Co, 274 US 619, 1927). De plus, avec l'effacement de la *Classical Legal Thought*, la Section 2 du Sherman Act pu se révéler un outil particulièrement efficace et flexible en matière de mise en œuvre de la politique de concurrence que cela soit pour le DoJ ou la FTC. En effet, au lendemain de la Seconde Guerre Mondiale, le standard retenu par les tribunaux pour caractériser une violation du Sherman Act par un opérateur dominant fut si peu exigeant qu'il rendait l'appui sur la Section 5 du FTC Act relativement inutile⁴⁶. La Cour Suprême allant jusqu'à valider de nombreuses prohibitions *per se*, inscrivant l'Antitrust américain dans une logique quasi-structuraliste (Bouthinon-Dumas et Marty, 2012). Une définition extensive de la Section 2 du Sherman Act et l'établissement d'un standard très peu exigeant par la Cour Suprême rendaient inutile un contournement de ce dernier via le FTC Act, en d'autres termes par des stratégies de law-shopping.

Cependant, si une approche extensive de la Section 5 du FTC Act peut apparaître comme une réponse à une éventuelle interprétation par trop restrictive de la Section 2 du Sherman Act et si, à ce titre, elle peut être dépeinte contre une « ressource juridique concurrentielle contra-cyclique », il est à noter que la Section 5 ne fut pas systématiquement mise en sommeil durant les phases les plus expansives de l'application de la Section 2 du Sherman Act. Certaines décisions des années soixante prises sur la base de la Section 5 – et alors validée par la Cour Suprême – constituent d'ailleurs le fondement de nombreuses critiques liées à l'École de Chicago quant aux risques liés à une application par trop généreuse de cette dernière. Il en est par exemple ainsi de l'arrêt Brown

⁴⁴ Ces difficultés portaient notamment sur la définition des remèdes adéquats, dans la mesure où la solution de mesures correctives structurelles qui avait fait l'objet de controverses dans l'arrêt Standard Oil de 1911 paraissait une voie très difficile à emprunter au vu des écueils rencontrés la même année pour American Tobacco (US V American Tobacco Co, 221 US 106, 1911). Soulignons que l'arrêt de la Cour Suprême dans Standard Oil avait nettement déçu les partisans d'une application plus sévère des règles Antitrust (Priest, 2012). L'arrêt de la Cour portait bien plus sur le trust que sur la qualification des pratiques de marché de la Standard Oil (remises de fidélité, discrimination,...) au sens du Sherman Act. Pour Priest (2012), « *The Standard Oil opinion changed the basic interpretation of the Sherman Act, adopting the Rule of Reason as the dominant interpretive standard, prohibiting only unreasonable restraints of trade* ».

⁴⁵ Comme l'indique George Priest (2012), « *Congress created the FTC in 1914, giving it independent antitrust enforcement authority, explicitly because it was disappointed in the antitrust efforts of Justice Department, in particular with the outcome of 1911 Standard Oil case, and wanted a separate and more aggressive enforcement* ».

⁴⁶ Alors que le recours à la section 5 du FTC Act a pu être analysée dans le cadre du *Consent Decree* comme la marque d'un risque d'une européanisation des standards en matière de pratiques unilatérales (Cass, 2010), il est à relever que les standards qui furent en vigueur aux Etats-Unis aux lendemains du Second Conflit Mondial n'étaient guère éloignés de ceux qui font aujourd'hui la spécificité de l'approche européenne. Par exemple, la notion de responsabilité particulière de l'opérateur dominant n'est pas sans faire écho à celle de *no-fault liability*, dérivant de la décision Alcoa de 1945 (Salop and Romaine, 1999).

Shoe⁴⁷ où la Cour soutint une décision de la FTC sanctionnant une clause d'exclusivité portant sur moins de 1% du marché pertinent. La très large lecture qui fut alors faite du champ d'application de la Section 5 fit le lit de nombreuses critiques conduisant à considérer qu'en pareils cas la protection des concurrents l'emportait largement sur la défense des intérêts des consommateurs (Hovenkamp, 2010).

La revigoration de la Section 5 au travers de l'affaire Intel consécutive au changement d'administration contraste avec la position prise un an avant par le DoJ. Dans son rapport sur les pratiques unilatérales (US DoJ, 2008), ce dernier consacrait des critères très restrictifs et donc nettement favorables aux défendeurs, cohérents avec l'inflexion prise par la Cour Suprême depuis 1977 et conformes aux prescriptions de l'École de Chicago. L'amorce d'un changement par une application affirmée de la Section 5 pourrait conduire à réémettre l'hypothèse que son périmètre d'utilisation varie en sens inverse de celui de la Section 2 (Kovacic and Winerman, 2010). En d'autres termes, la restriction progressive du domaine d'application du Sherman Act en matière de stratégies de monopolisation, laisse le champ ouvert à une extension du recours à la Section 5 et donc peut favoriser d'éventuelles stratégies de law-shopping.

Ce phénomène serait d'autant plus gênant dans une approche mettant en exergue les risques de faux positifs résultant de poursuites stratégiques, que les critères sur lesquels reposent l'activation de la Section 5 ne sont pas affectés par le resserrement de ceux afférents à la Section 2 du Sherman Act et que dans une optique de *public choice*, les possibilités de capture ou de biais dans les décisions d'une agence fédérale sont plus élevés que dans le cas de tribunaux. L'histoire de la politique de la concurrence américaine et particulièrement celle de la FTC est d'ailleurs marquée par les réserves exprimées sur la marge de discrétion dont cette dernière bénéficie (Kovacic, 1989).

En effet, la notion d'*unfair methods of competition* est par nature plus large que celle de monopolisation. Elle se rapproche plus de celle d'abus de position dominante dans la mesure où elle ne requiert pas la démonstration d'un calcul rationnel et viable visant à maintenir ou à accroître un pouvoir de monopole sur une autre base que celle des mérites. Elle est proche de la notion de *leverage* (stratégie de levier anticoncurrentiel), parfois utilisée par la Cour Suprême et certains tribunaux américains⁴⁸, stratégie définie comme caractérisant l'attitude d'un opérateur dominant sur un marché donné qui se servirait de cette puissance de marché pour induire des dommages à la concurrence sur un marché connexe (Hovenkamp, 2010). Ce cadre pourrait s'appliquer à notre cas dès lors que l'on considère que le différend entre AMD et Intel porte non pas sur un mais sur deux marchés, l'un étant captif pour Intel et l'autre ouvert à la concurrence (Marty et Pillot, 2011). Comme le relève Hovenkamp (2010) : « *Once again the open ended 'unfair methods of competition language of the FTC Act would permit recognition of an action akin to 'abuse of dominance' under European Law. Of course, that is not the same thing as saying that such actions are good policy* ».

⁴⁷ FTC v Brown Shoe Co Inc., 384 US 316, 1966.

⁴⁸ United States v Griffith, 334 US 100, 1948; Berkey Photo Inc v Eastman Kodak Co., 603 F.2d 263, 2nd Cir., 1979. Voir également la position de la Cour Suprême en 1992 dans l'arrêt Kodak indiquant qu'elle pourrait faire sienne une telle théorie (Eastman Kodak Co v Image Tech Services, 504 US 541, 1992 ; position définitivement rejetée en 1993 (Spectrum Sports Inc v McQuillan, 506 US 447, 1993 et Verizon Comm Inc v Law Office of John Curtis Trinko LLP, 506 US 398, 2004).

Au-delà même du champ d'application de la Section 5 du FTC Act vis-à-vis de la Section 2 du Sherman Act, il convient de relever que la FTC peut avoir certains avantages pour un plaignant vis-à-vis des tribunaux de l'ordre judiciaire dans une stricte optique de forum-shopping. Tout d'abord, la FTC peut être plus ouverte aux conclusions des approches Post-Chicago dans la mesure où les décisions ne sont pas rendues par des juges fédéralistes et des jurys mais par des experts. Ensuite, la procédure est plus flexible et moins exigeante en matière de preuve que celle des juridictions de Common Law dans la mesure où elle est gouvernée par le Federal Administrative Procedure Act. Enfin, la charge qui pèse sur le plaignant est allégée par rapport aux standards appliqués pour le Sherman Act⁴⁹. Ainsi, la TCF peut-elle se baser sur un « reasonable-belief standard » plus favorable au plaignant (Hovenkamp, 2010).

Autre avantage au vu de l'architecture américaine, son activation n'a pas d'effets collatéraux en termes de poursuites au titre du *private enforcement*. En d'autres termes, les raisons qui ont pu conduire à accueillir avec de plus en plus de circonspection les saisines émanant de concurrents – dans la mesure où il était possible de craindre un effet de sur-dissuasion du fait des actions de suite – ne jouent pas sur les poursuites sur la base du FTC Act. Les remèdes mêmes, imposés au titre du FTC Act limitent, comme nous l'avons noté en début de section, ce risque de sur-dissuasion dans la mesure où il ne s'agit que d'injonctions et non de triples dommages.

Dans le cas d'Intel, le *Consent Decree* négocié avec la FTC s'écarte significativement des standards en vigueur au titre du Sherman Act. Par exemple, la *Notice of Contemplated Relief* de la FTC (Complaint n°9341 du 16 décembre 2009) conduit à considérer comme anticoncurrentiel des rabais de fidélités laissant les prix au-dessus des coûts. Si ce standard est conforme à l'approche européenne, il s'écarte drastiquement de celui établi par la Cour Suprême en matière de prédation tarifaire, lequel exige notamment une tarification en dessous des coûts et une chance crédible de récupération des profits auxquels le prédateur a renoncé dans une seconde période⁵⁰. L'approche de la FTC s'écarte donc drastiquement des prescriptions de l'Ecole de Chicago telles qu'elles sont appliquées par la Cour Suprême. En un certain sens, dans une logique de law-shopping, ce standard de décision pourrait être conçu comme moins exigeant pour le plaignant et donc constituer une ressource particulièrement attractive dans le cadre d'une stratégie de nuisance par le droit de la concurrence.

V- Discussion

V- 1 Des dangers du forum-shopping : une convergence vers le bas des standards ?

Alors que les poursuites entamées par AMD auprès de l'Assistant Attorney de Californie et du DoJ furent rejetées, alors que la FTC n'entama que très tardivement une procédure, le contentieux entre AMD et Intel entra dans une nouvelle phase après les condamnations en Europe en mai 2009 et le changement de politique Antitrust lié à l'arrivée au pouvoir de la nouvelle administration aux Etats-Unis.

⁴⁹ Bell Atlantic Corp v Twombly, 550 US 544, 2007

⁵⁰ Brooke Group Ltd v Brown and Williamson Tobacco Corp, 509 US 209, 1993 ; Weyerhaeuser Co v Ross-Simmons Hardwood Lumber Co, 549 US 312, 2007 et Pacific Bell Tel Co v Linkline Comm Inc, US Supreme Court n°07-512, 2009.

La *private antitrust lawsuit* introduite en 2004 par AMD contre Intel, se traduit par une transaction pour un montant de 1,25 milliard de \$ en novembre 2009. En novembre 2009, l'Attorney General de New York engagea des poursuites sur la base du Sherman Act en décembre la FTC entama une procédure sur la base du FTC Act, procédure réglée par un *Consent Decree* négocié avec la FTC en juillet 2010. Ainsi, si tant est qu'il est légitime et possible d'interpréter la stratégie d'AMD en termes de forum-shopping et de law-shopping, il apparaît que l'activation des différentes ressources d'action juridiques offertes par les différences entre les juridictions antitrust nationales, par le *private enforcement* du Sherman Act, par le dépôt de plaintes au niveau des Etats fédérés et enfin par des saisines parallèles du DoJ et de la FTC ont pu favoriser – conjointement avec le changement d'administration fin 2008 – le succès de sa stratégie juridique.

Il serait également possible de noter que le remède négocié avec la FTC dans le cadre du *Consent Decree* est questionnable en termes de rationalité économique et peut s'interpréter comme imposant un handicap à Intel dans la lutte concurrentielle contre AMD (lequel s'est au demeurant définitivement retiré de la fabrication des processeurs en 2012). Le remède impose à Intel d'ajouter un multiple de ses coûts fixes à son coût variable pour fixer le prix plancher de ses puces. Dans la mesure où les rendements d'échelle sont, dans une certaine mesure, croissants, dans l'industrie, cela revient à le forcer à proposer des prix ne permettant pas d'atteindre des niveaux de production conduisant à minimiser ses coûts. Il ne pourrait pas lutter à armes égales contre un concurrent aussi efficient que lui (Hovenkamp, 2010). De la même façon, entraver la politique de remises de fidélité revient à empêcher l'opérateur dominant à introduire une discrimination tarifaire, laquelle accroît le bien-être global dans les marchés caractérisés par de forts coûts fixes (Tirole, 1988).

Si nous faisons notre cette logique de prévention contre les risques de faux positifs et que nous occultons les difficultés liées au risque symétrique de faux négatif, il est possible de considérer que de telles poursuites stratégiques peuvent s'avérer d'autant plus dommageables qu'elles sont non seulement susceptibles de porter préjudice à l'opérateur visé lors de la procédure (coûts liés à la défense et à la polarisation de l'attention du management sur le contentieux), au travers de la sanction mais aussi à l'issue de la procédure par l'intermédiaire des entraves posées à son autonomie stratégique. Ainsi, l'interdiction faite à Microsoft de proposer des offres liées lui aurait-il porté un préjudice significatif. Cependant, les injonctions ou les engagements résultants de telles procédures concurrentielles ne sont pas seulement susceptibles de porter préjudice à l'entreprise visée mais également au consommateur dans la mesure où elles peuvent conduire à prohiber des pratiques qui lui sont au final favorable.

Qui plus est, une éventuelle décision peut produire des effets négatifs pour l'ensemble des opérateurs du marché en les conduisant à faire montre d'une prudence certaine dès lors qu'il s'agit de mettre en place des politiques de rabais ou des clauses d'exclusivité. Par le jeu de la jurisprudence, ces restrictions dépassent le cadre du seul marché concerné par le contentieux initial pour concerner l'économie dans son ensemble. En effet, certaines pratiques de marché pourront être considérées comme induisant un risque juridique quand bien même le secteur concerné n'a rien à voir avec celui qui a donné lieu à l'affaire initiale. Le cas de la théorie des facilités essentielles aux Etats-Unis témoigne de la possibilité d'observer de telles dynamiques,

comme le montrent notamment les postérités des arrêts *Aspen Skiing*⁵¹ ou encore *Otter Tail*⁵², laquelle dépassa bien largement le périmètre des entreprises concernées par les contentieux initiaux (Kovacic, 2009).

Le dernier point négatif à considérer tient au fait que d'éventuelles poursuites stratégiques peuvent se solder par le passage d'une situation de concurrence à une situation de collusion. En effet, une éventuelle transaction entre les firmes impliquées (d'autant plus probable que le standard de l'Antitrust est peu exigeant) peut conduire à l'établissement d'un pacte de non-agression entre les concurrents. De la même façon, un remède particulièrement généreux ou imposant des échanges entre les firmes intervenants sur le marché peut réduire l'intensité de la concurrence (au détriment du consommateur) voire favoriser l'établissement d'une situation de collusion tacite.

Les poursuites stratégiques sur la base des règles de concurrence, préjudiciables en termes de bien-être, peuvent donc être favorisées par la possibilité de déployer des stratégies de *law-shopping* et de *forum-shopping*. La multiplication des juridictions pouvant traiter des litiges concurrentiels favorise le développement d'approches stratégiques en termes d'optimisation des choix d'ouverture de procédures, ce d'autant plus que les exigences en termes de standards et de charge de la preuve (Cass, 2010). Alors que dès 1985 Breit et Elizinga s'appuyaient sur les conclusions de l'École de Chicago pour dénoncer les risques d'instrumentalisation du *private enforcement* par les concurrents et préconisaient de réduire non seulement le montant maximal des dommages possibles pour ces derniers, d'augmenter le standard requis pour caractériser une violation des règles de concurrence voire de leur fermer certaines voies de recours, il apparaît que des stratégies opportunistes peuvent toujours se déployer sur de nombreuses juridictions à la fois au titre du *public enforcement* et du *private enforcement*, au niveau fédéral et au niveau étatique et peuvent jouer sur les différences persistantes en termes de standard et de charge de la preuve entre le Sherman Act et le FTC Act d'une part et entre le droit Antitrust américain et les droits étrangers d'autre part.

Si l'École de Chicago avait conduit à considérer comme pro-concurrentielles sur une base quasiment *per se* certaines stratégies mises en œuvre par des opérateurs dominants, à l'exemple des remises de fidélité, la nouvelle économie industrielle met indubitablement en évidence de possibles effets anticoncurrentiels préjudiciables en termes de bien-être dans des conditions données. Ainsi, la pertinence de la restriction du champ d'application de la Section 2 du Sherman Act peut-elle se voir remise en cause. Des forums reposant sur d'autres règles en matière d'évolution des critères de décision (i.e. moins tenus par la règle du précédent que les tribunaux de l'ordre judiciaire) ou porteurs d'une autre conception de la politique de la concurrence peuvent plus facilement faire leurs conclusions de ces modèles et donc prendre des décisions s'écartant de celles prises dans le cadre du Sherman Act (Cass, 2010).

V- 2 Des vertus du forum-shopping : une pression pour l'évolution des standards

Cependant, de tels recours stratégiques n'en constituent pas moins d'efficaces leviers d'évolution de la politique de concurrence américaine, laquelle s'était indubitablement

⁵¹ *Aspen Skiing Co. V Aspen Hihglands Skiing Corp.*, 472 US 585 (1985).

⁵² *Otter Tail Power Co v US*, 410 US 366 (1973).

orientée dans un sens par contre favorables aux défendeurs – notamment les grandes firmes dominantes – au moins jusqu’en 2008. L’intérêt de disposer de multiples *forums* devant lesquels les contentieux peuvent être présentés tient à la possibilité de dépasser les blocages que pourraient générer une logique trop rigide du précédent dans le cadre de juridictions de *common law* en charge de l’application des règles Antitrust. Il s’agit donc de favoriser une logique de *check and balances* au travers des influences et pressions réciproques entre ces différents *forums* qui pourraient notamment conduire à une lecture des effets négatifs des pratiques unilatérales des opérateurs dominants en termes de stratégies d’éviction ou d’exploitation qui peuvent porter préjudice au consommateur en matière de bien-être ou de liberté de choix. Il s’agit en d’autres termes de favoriser l’intégration des résultats de la nouvelle économie industrielle conduisant à une approche plus pragmatique et nuancée que ceux portés des années soixante à quatre-vingt par l’Ecole de Chicago, lesquelles transplantées dans le champs du droit, ont pu devenir la base d’une neo-classical legal thought.

La mobilisation des ressources juridiques par les acteurs n’est en rien illégitime dans une optique wéberienne (Kirat et Marty, 2006). Elle est cependant d’autant plus déstabilisante qu’elle implique de considérer que les parties ne poursuivent pas un intérêt général – inconnaissable – mais des intérêts particuliers, contradictoires par nature, et que la décision de justice ne peut reposer sur une objectivité garantie par un modèle cohérent extérieur (l’approche Chicago se distinguant en ceci des modèles de la nouvelle économie industrielle ou Ecole Post-Chicago, voir Hovenkamp (2001)) permettant de prévenir tout choix discrétionnaire ou sous-optimal. En cela, la situation actuelle n’est guère éloigné de celle décrite par le Juge Holmes à la fin du dix-neuvième-siècle (1894) : « *Perhaps one of the reasons why judges do not like to discuss questions of policy, or to put a decision in terms upon their views as law-makers, is that the moment you leave the path of merely logical deduction, you lose the illusion of certainty, which makes legal reasoning seem like mathematics [...] But the certainty is only an illusion nevertheless. Views of policy are taught by experience of the interests of life. Those interests are fields of battle.* »

Références

- Adkison W.F., Grimm K.L. and Bryan C.N., (2008), *Enforcement of Section 2 of the Sherman Act: Theory and Practice*, Working Paper, Federal Trade Commission, November.
- Aghion P., Harris C., Howitt P. and Vickers J., (2005), “Competition and Innovation: An Inverted U Relationship”, *Quarterly Journal of Economics*, volume 120, n°2, pp.701-728.
- Baumol W.J. and Ordover J.A., (1985), “Use of Antitrust to Subvert Competition”, *Journal of law and Economics*, volume 28, pp. 247 et s.
- Becker G.S. and Stigler G.J., (1974), “Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers”, *Journal of Legal Studies*, volume 3, n°1, p.14 et s.
- Bird R.C., (2011), “Law, Strategy and Competitive Advantage”, *Connecticut Law Review*, volume 44, issue 1, November, pp.61-98

- Bork R., (1980), *The Antitrust Paradox: A Policy at war with itself*, Basic Books, New York.
- Bougette P., Marty F., Pillot J. and Reis P., (2012), “Exclusivity in High-Tech Industries: Evidence from the French Case”, *European Competition Journal*, volume 8, n°1, April, pp.163-181.
- Bouthinon-Dumas H. and Marty F., (2012), “Cartel and Monopoly Policy”, in Dietrich M. and Krafft J., eds, *Handbook on the economics and theory of the firm*, Edward Elgar, chapter 34, pp.485-497.
- Breit W. and Elzinga K.G., (1985), “Private Antitrust Enforcement: The New Learning”, *Journal of Law and Economics*, volume 28, pp. 405-443.
- Carlton D.W. and Gertner R., (1989), “Market Power and Mergers in Durable-Goods Industry”, *Journal of Law and Economics*, volume 32, pp.203-226.
- Carlton D.W. and Perloff J.M., (2000), *Modern Industrial Organization*, Pearson.
- Cass R.A., (2010), “Competition in Antitrust Regulation: Law Beyond Limits”, *Journal of Competition Law and Economics*, volume 6, n°1, pp.119-152.
- Coase R., (1972), “Durability and Monopoly”, *Journal of Law and Economics*, volume 15, pp.143-149.
- Crane D.A., (2008), “Technology and Antitrust”, *Texas Law Review*, volume 86, p.1159 et s.
- Deffains B., (1997), « La résolution des conflits juridiques », *Revue Française d'Economie*, volume XII, n°3.
- Deschamps M., (2009), « Comment affecter ses rivaux grâce au droit ? Les stratégies d'augmentation des coûts des rivaux », in Masson A. (s.d.), *Les Stratégies juridiques des entreprises*, Larcier, Bruxelles, juillet, pp. 339-358.
- Deschamps M. et Marty F., (2008), « L'analyse économique du droit est-elle une théorie scientifique du droit ? », *Cahiers de Méthodologie Juridique – Droit Prospectif / Revue de la Recherche Juridique*, n° 22, pp. 2541-2569.
- Easterbrook F.E., (1984), “The limits of Antitrust”, *Texas Law Review*, volume 63, n°1, p.2 et s.
- Easterbrook F.E., (1985), “Detrebling Antitrust Damages”, *Journal of Law and Economics*, volume 28, pp.445-467.
- Elhauge E., (2007), “Harvard, not Chicago: Which Antitrust School Drives Recent Supreme Court Decisions”, *Harvard John M. Oblin Center for Law, Economics and Business*, Discussion paper n°594, September, 14p.
- First H., (2001), “Delivering Remedies: The Role of the States in Antitrust Remedies”, *George Washington Law Review*, volume 69, pp.1004-1041.
- Fox E., (2006), “Monopolization, Abuse of Dominance and the Indeterminacy of Economics: The US/EU Divide”, *Utah Law Review*, volume 3, pp.725-740.

- Gaffard, J.-L., (2008), “Innovation, Competition, and Growth: Schumpeterian Ideas within a Hicksian Framework”, *Journal of Evolutionary Economics*, volume 18, n°3-4, pp.295-311.
- Geradin D., (2010), “The Decision of the Commission of 13 May 2009 in the Intel Case: Where is the Foreclosure and Consumer Harm?”, *TILEC Discussion Paper* , n° 2010-022, Tilburg University, 24p.
- Gilbert R., (2006), “Looking for Mr. Schumpeter” in Jaffe A., Lerner J. and Stern S., eds, *Innovation Policy and the Economy*, volume 6, NBER Books.
- Goettler R.L. and Gordon B.R., (2011), “Does AMD Spur Intel to Innovate More?”, *Journal of Political Economy*, Vol. 119, n°6, December, pp. 1141-1200.
- Greve M.S., (2005), “Cartel Federalism? Antitrust Enforcement by State Attorneys General”, *University of Chicago Law Review*, volume 72, pp. 99 et suivantes
- Hawker N.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.
- Holmes, O. W., (1881), *The Common Law*, edited by Mark DeWolfe Howe, Back Bay Books, (1963).
- Holmes O.W., (1894), “Privilege, Malice, and Intent”, *Harvard Law Review*, volume 8, n°1, pp.1-14.
- Hovenkamp H., (2001), “Post-Chicago Antitrust: A Review and Critique”, *Columbia Business Law Review*, p.257 et s.
- Hovenkamp H., (2006), “Discounts and Exclusion”, *Utah Law Review*, volume 3, p.841 et s.
- Hovenkamp H., (2010), “The Federal Trade Commission and the Sherman Act”, *Florida Law Review*, volume 62, pp.871-894.
- Hovenkamp H., (2011), “A Preface to Neoclassical Thought in the United States”, *Working Paper*, Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1873471>
- Kirat T. et Marty F., (2006), « La mise en œuvre de la réglementation : une lecture économique-juridique du secteur électrique et des marchés publics », *Economie et Prévision*, n° 175-176, 2006 /4-5, pp.101-116.
- Klein B. and Lerner A.V., (2008), “The Law and Economics of Bundled Pricing: LePage’s, PeaceHealth, and the Evolving Antitrust Standard”, *The Antitrust Bulletin*, vol. 53, n°3, Fall, pp.555-586.
- Kobayashi B., (2006), “The economics of loyalty discount and Antitrust law in the US”, *The CPI Antitrust Journal*, n° 115, September.
- Kolasky W.J., (2004), “What’s Competition? A Comparison of US and European Perspectives”, *The Antitrust Bulletin*, vol.49, Spring-Summer, pp.29-53.

- Kovacic W.E., (1988), “Public Choice and the Public Interest: Federal Trade Commission Antitrust Enforcement during the Reagan Administration”, *Antitrust Bulletin*, volume 33, p.467 et s.
- Kovacic W.E., (1989), “Congress and the Federal Trade Commission”, *Antitrust Law Journal*, volume 57, p.869 et s.
- Kovacic W.E., (1999), “Designing Antitrust Remedies for Dominant Firm Misconduct”, *Connecticut Law Review*, volume 31, pp.1285-1319.
- Kovacic W. E., (2009), “Rating Competition Agencies: What Constitutes Good Performance?”, *George Mason Law Review*, volume 16, p. 903 et s.
- Kovacic W.E., (2010), “Convergence and divergence in the EU and US Competition Policy, in Changes in Competition Policy over the two last decades”, *Polish Office of Competition and Consumer Protection*, UKOIK, pp. 469-502
- Kovacic W.E. and Winerman M., (2010), “Competition Policy and the Application of Section 5 of the Federal Trade Commission Act”, *Antitrust Law Journal*, volume 76, pp. 929-950.
- Lande R.H., (1993), “Are Antitrust ‘Treble’ Damages Really Single Damages?”, *Ohio State Law Journal*, volume 54, p.119 et s.
- Langus G., Motta M. and Aguzzoni L. (2010), « The Effect of EU Antitrust Investigations and Fines on a Firm's Valuation », *Working Paper*, new version of the CEPR Discussion Paper n°6176 (2007).
- McAfee R.P and Vakkur N.V., (2004), “The Strategic Abuse of Antitrust Laws”, *Journal of Strategic Management Education*, volume 1, pp. 3 et suivantes.
- McAfee R.P., Mialon H.M. and Mialon S.H., (2008), “Private v. Public Antitrust Enforcement: A Strategic Analysis”, *Journal of Public Economics*, volume 92, pp. 1863-1875.
- Manne G.A. and Wright J.D., (2011), “Google and the Limits of Antitrust: The Case against Google”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, volume 34, p. 171 et s.
- Marty F., (2011), « Les stratégies de ciseau tarifaire : analyse économique et mise en perspective des pratiques décisionnelles européenne et américaine », *Revue Lamy de la Concurrence*, n° 27, avril-juin, pp. 107-117.
- Marty F. et Pillot J., (2009b), « Protéger la concurrence ou protéger les concurrents ? L'affaire Intel en perspective », *Revue Economique et Sociale*, n° 2009-4, volume 67, décembre, pp. 65-74.
- Marty F. et Pillot J., (2009a), « L'application de la théorie des facilités essentielles aux droits de propriété intellectuelle favorise-t-elle des stratégies opportunistes de la part des firmes ? », in Masson A. (s.d.), *Les Stratégies juridiques des entreprises*, Larcier, Bruxelles, juillet, pp. 317-338.
- Marty F. et Pillot J., (2010), « Divergences transatlantiques en matière d'application de la théorie des facilités essentielles aux actifs immatériels », *Revue d'Economie Industrielle*, n°129-130, 1^{er} et 2^{ème} trimestres, pp.277-300.

Marty F. et Pillot J., (2011), « Remises de fidélité et abus d'éviction : quelles évolutions dans la pratique décisionnelle de la Commission européenne ? », *Revue Internationale de Droit Economique*, n° 3-2011, novembre, pp.379-404.

May J., (1987), "Antitrust Practice and Procedure in the Formative Era: the Constitutional and Conceptual Reach of State Antitrust Law, 1880-1918", *University of Pennsylvania Law Review*, volume 135, p.495 et s.

Posner R.A., (1970), "Statistical Study of Antitrust Enforcement", *Journal of Law and Economics*, volume 13, pp. 365 et s.

Posner R.A., (1976), *Antitrust Law: An Economic Perspective*, University of Chicago Press.

Posner R.A., (2001), "Antitrust in the New Economy", *Antitrust Law Journal*, volume 68, p.925 et s.

Priest G.L., (2012), "Standard Oil, the Origins of Dual Antitrust Jurisdiction in the U.S., and the Modern Justification for Unified Enforcement", *John M. Olin Center for Studies in Law, Economics and Policy Research Paper*, n°444, 11p.

Rubinfeld D.L., (2005), "3M's Bundled Rebates: An Economic Perspective", *The University of Chicago Law Review*, vol.72, n°1, pp. 245-264.

Salop S.C. and Romaine R.G., (1999), "Preserving Monopoly: Economic Analysis, Legal Standards and Microsoft", *George Mason Law Review*, volume 7, p. 617 et s.

Segal I.R. and Winston M., (2007), "Public vs. Private Enforcement of Antitrust Law: A Survey", *European Competition Law Review*, volume 28, pp. 311 et s.

Sheperd W.G., (1995), "Antitrust Repelled, Inefficiency Endured: Lessons of IBM and General Motors for Future Antitrust Policies", *Antitrust Bulletin*, volume 39, p.203 et s.

Snyder E.A. and Kauper T.E, (1991) "Misuse of the Antitrust Laws: The Competitor Plaintiff", *Michigan Law Review*, volume 90, issue 3, pp.551 et s.

Sokol D., (2010), "Antitrust, Institutions and Merger Control", *George Mason Law Review*, volume 17, pp. 1055-1149.

Sokol D., (2012), "The Strategic Use of Public and Private Litigation in Antitrust as Business Strategie", *Southern California Law Review*, volume 85, pp.101-143.

Tirole J., (1988), *The Theory of Industrial Organization*, the MIT Press, Cambridge Ma.

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

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

Werden G.J., (2008), “Assessing the Effects of Antitrust Enforcement in the United States”, *De Economist*, vol. 156, n°4, pp.433-451.

Wiley J.S., (1986), “A Capture Theory of Antitrust Federalism”, *Harvard Law Journal*, volume 99, p.713 et s.

Winerman M., (2004), “Origins of the FTC: Concentration, Cooperation, Control and Competition”, *Antitrust Law Journal*, volume 71, issue 1, pp.1-98.

Wright J.D., (2011), “Does Antitrust Enforcement in High Tech Markets Benefit Consumers? Stock Price Evidence from FTC v. Intel”, *Review of Industrial Organization*, volume 38.