

Document de travail

Les politiques de concurrence européenne et américaine
face aux remises de fidélité accordées par une entreprise

dominante : L'affaire Intel

10 septembre 2009

N° 2009-26

Frédéric MARTY

Université de Nice Sophia-Antipolis

Julien PILLOT

Université de Nice Sophia-Antipolis

Les politiques de concurrence européenne et américaine face aux
remises de fidélité accordées par une entreprise dominante :
L'affaire Intel¹

Frédéric MARTY

Chargé de Recherche CNRS
UMR CNRS 6227 GREDEG – Université de Nice Sophia-Antipolis
Chercheur affilié OFCE – Département Innovation et Concurrence
250, rue Albert Einstein 06560 Valbonne
frederic.marty@ofce.sciences-po.fr

Julien PILLOT

Allocataire Moniteur Université de Nice Sophia-Antipolis
UMR CNRS 6227 GREDEG – Université de Nice Sophia-Antipolis
250, rue Albert Einstein 06560 Valbonne
julien.pillot@gredeg.cnrs.fr

10 septembre 2009

Résumé

Le 13 mai 2009, la Commission européenne a infligé une amende record à l'encontre d'Intel venant sanctionner diverses pratiques anticoncurrentielles menées par la firme américaine entre 2002 et 2005. Au cœur de cette affaire se trouve la possibilité pour une entreprise dominante de pouvoir accorder des remises de fidélités à ses partenaires commerciaux sans fausser le libre jeu de la concurrence. Des politiques de concurrence dissonantes de part et d'autre de l'Atlantique amènent les autorités à aborder ce problème selon deux axes opposés, les instances communautaires étant influencées par l'ordo-libéralisme de l'école de Fribourg tandis que les juridictions américaines semblent davantage s'inspirer de la synthèse post-Chicago. Ces deux conceptions différentes de la concurrence et de l'efficacité économique ne sont pas neutres quant aux décisions rendues par les autorités publiques en charge de la concurrence. L'objet de cet article est donc de fournir une analyse économique du cas d'espèce à la lumière de ces deux doctrines divergentes, puis de

¹ Les auteurs remercient Laurence Boy et Marc Deschamps (CNRS-GREDEG), Hugues Bouthinon-Dumas (ESSEC) et Olivier Sautel (OFCE – Microeconomix) pour leurs commentaires et remarques sur une version préliminaire de ce document de travail. Ils demeurent bien entendu pleinement responsables de toute erreur ou imprécision qui pourrait y demeurer.

s'interroger sur l'éventualité d'un prochain rapprochement des positions communautaire et américaine. Enfin, il conviendra de s'interroger sur les conséquences d'une approche de nature plus économique, notamment à travers une démarche basée sur les effets générés par de telles pratiques

Abstract

The European Commission has imposed, the 13th May 2009, a huge fine of €1.06 bn on Intel for abuses of dominant position. According to the European Commission, throughout the period October 2002-December 2007, Intel engaged illegal practices to exclude its rival AMD from the market of computer chips. The case puts into relief the issue of the possibility for a dominant firm to implement fidelity rebates, without distorting competition. Such practices are commonly assessed very differently on the both side of Atlantic. When European competition policy remains inspired by the Freiburg School of Law and Economics, the US one is shaped by the Chicago's approach. The purpose of this article is to put the present case into the perspective of competition economics. We also aim at discussing on the potential reconciliation of these two perspectives in a context of a reassessment of the antitrust treatment of dominant firms' unilateral practices in the United States and of a European willingness to promote a more economic approach of the EC article 82 enforcement.

La condamnation d'Intel par la Commission européenne à une amende de plus d'un milliard d'euros le 13 mai 2009 vient sanctionner un ensemble de pratiques jugées par cette dernière contraires aux règles de concurrence. Dans sa lutte contre le fabricant de microprocesseurs *Advanced Micro Devices* (AMD) dont la part de marché mondiale s'établit à 19 %, Intel, opérateur très largement dominant avec une part de marché de 80 %, s'est rendue coupable, aux yeux de la Commission d'avoir mis en œuvre un certain nombre de pratiques anticoncurrentielles. Celles-ci tiennent en des remises de fidélité accordées à certains constructeurs de PC afin de nouer une relation (quasi) exclusive avec ces derniers, en des ventes de processeurs à des prix inférieurs à leurs coûts mais aussi en des paiements directs en faveur de certains d'entre eux pour qu'ils entravent la sortie de PC équipés de puces AMD. Outre la gravité des pratiques imputées à Intel et le montant élevé de la sanction pécuniaire, l'un des points les plus intéressants à relever dans cette affaire tient au fait qu'Intel a été poursuivie et condamnée pour les mêmes raisons par les autorités de la concurrence

japonaises et sud-coréennes mais, pour l'heure, n'a pas fait l'objet de poursuite de la part de la division Antitrust du Département à la Justice américain (DoJ). Plus intéressant encore, pour l'une des pratiques qui lui sont reprochées, en l'occurrence les remises fidélisantes, Intel considère que la jurisprudence concurrentielle américaine conclut à l'absence de violation de la section II du Sherman Act (relative aux stratégies de *monopolisation*). Notre propos dans cet article est de vérifier cette allégation et d'en déduire, le cas échéant, quelques enseignements sur les différences de conceptions sous-jacentes aux politiques de concurrence européenne et américaine. Dans ce but, nous nous attachons dans une première section à l'analyse des faits reprochés à Intel, en insistant particulièrement sur les politiques de remises. Dans une deuxième section, nous présentons l'évaluation par la théorie économique des remises fidélisantes mises en œuvre par une entreprise dominante ainsi que leur traitement dans les jurisprudences des autorités de la concurrence de part et d'autre de l'Atlantique. Enfin, nous essaierons d'établir l'origine de ces divergences et d'évaluer leur pérennité à l'heure où Christine Varney, la nouvelle *Assistant Attorney General*, à la tête de la division antitrust du DoJ, annonce une forte inflexion dans la mise en œuvre des politiques de concurrence, portant notamment sur les stratégies des firmes dominantes (Varney, 2009). Enfin, dans le cadre des orientations publiées par la Commission européenne quant à l'application de l'article 82 aux stratégies d'éviction anticoncurrentielles, nous nous interrogerons de la même façon si une substitution d'une approche plus économique, fondée sur l'évaluation des effets des pratiques incriminées à une approche, basée sur un formalisme juridique interdisant *per se* de telles pratiques aux entreprises dominantes, pourrait conduire à un autre traitement des pratiques d'Intel.

1 – Les remises de fidélité comme instrument d'éviction anticoncurrentielle

La Commission européenne a infligé quelque 1,7 milliard d'euros de sanctions financières depuis 2004 à Microsoft, lequel détient plus de 95 % du marché des systèmes d'exploitation (Windows). Elle vient donc de condamner Intel, qui contrôle plus de 80 % de celui des processeurs, à une sanction de 1,06 milliard d'euros (Commission européenne, 2009a)². Les deux firmes ont des positions quasi-hégémoniques sur leurs marchés respectifs. Si bien que des commentateurs n'ont guère hésité à parler d'un contrôle du monde PC par *Wintel*. Cependant, elles n'ont pas été poursuivies pour une dominance conjointe mais au contraire pour des abus de dominance individuelle passant par des canaux très différents. Microsoft s'est rendue coupable d'éviction anticoncurrentielle au travers de refus d'accorder des licences permettant à ses concurrents de développer des applications interopérables avec le système Windows et par l'intermédiaire de stratégies de levier anticoncurrentiel en pratiquant des ventes liées entre Windows et Windows Media Player. Intel s'est également rendue coupable d'éviction anticoncurrentielle, définie par la Commission, comme « une situation dans laquelle un accès effectif des concurrents actuels ou potentiels aux sources d'approvisionnement ou aux marchés est entravé ou supprimé sous l'effet d'un comportement de l'entreprise dominante ce qui va permettre à cette dernière d'augmenter durablement ses prix » (Commission européenne, 2009b). Les leviers d'action choisis par Intel pour évincer son principal concurrent diffèrent cependant de ceux employés par la firme de Redmond. Point d'utilisation stratégique de la propriété intellectuelle ici, mais simplement une habile politique de remises commerciales visant à conduire les constructeurs de PC à accepter une quasi-exclusivité, voire des paiements directs à certains constructeurs pour qu'ils retardent le lancement de machines équipées de puce AMD et à certains distributeurs pour qu'ils retirent des PC équipés des puces concurrentes de leurs rayons.

² Intel a d'ailleurs fait appel de la décision de la Commission le 22 juillet 2009, en arguant notamment du fait que la Commission avait commis des erreurs d'appréciation quant à la situation de la concurrence sur le marché. Il est d'ailleurs intéressant de noter qu'Intel considère qu'une telle sanction ne devrait pouvoir être prononcée par une autorité administrative – en l'occurrence la Commission mais par un tribunal judiciaire, comme cela est le cas aux Etats-Unis – marquant ainsi sa défiance vis-à-vis du cadre communautaire.

Intel conditionnait en effet les remises de fidélité qu'elle accordait à ses principaux clients (Acer, NEC, Lenovo, Dell et HP) à un approvisionnement exclusif ou quasi-exclusif. La Commission cite par exemple le cas d'un constructeur de PC qui a bénéficié de telles remises de décembre 2002 à décembre 2005 sous la condition expresse d'un approvisionnement exclusif. Parfois, de telles conditions pour bénéficier de remises de fidélité s'accompagnaient de mesures propres à entraver la mise sur le marché de PC équipés de puces provenant d'AMD. La Commission cite le cas d'un deuxième constructeur pour lequel les remises étaient non seulement conditionnées à un approvisionnement auprès d'Intel à hauteur de 95% mais où les 5% de processeurs que ce dernier pouvait acquérir auprès d'AMD faisaient en outre l'objet de restrictions propres à compromettre l'accès des produits au marché. Le constructeur s'était en effet engagé à ne proposer les PC équipés de puces AMD qu'aux seules PME, à ne les commercialiser que par diffusion directe, sans passer par les canaux de distribution classique et de retarder leur mise sur le marché de quelques six mois. En contrepartie de ces engagements, Intel a opéré des versements directs en faveur du constructeur considéré, comme il le fit, toujours selon la Commission européenne, en faveur du distributeur Saturn entre octobre 2002 et décembre 2007 pour qu'il ne commercialise que des PC équipés de ses propres puces.

Si de tels paiements directs constituent des stratégies d'éviction dont on ne pourrait vraiment saisir de quelle façon elles pourraient être contestées, l'impact des remises de fidélité est plus difficile à appréhender. Il est évident que de telles remises portent préjudice à AMD, dans la mesure où elles incitent les constructeurs de PC concernés à accroître la part de puces Intel dans leur production. Cependant, l'objet du droit de la concurrence ne tient pas en la protection des concurrents mais à celle de la concurrence en elle-même. Il serait de la même

façon possible de considérer, que de telles remises en réduisant les coûts des puces acquises par les constructeurs de PC, conduisent à réduire les coûts de fabrication de ces derniers et, ce faisant, les prix de vente. Les consommateurs pourraient être considérés comme les grands gagnants de mesures conduisant, au final, à des baisses de prix des PC.

Cependant, de telles remises sont susceptibles, selon la Commission européenne, d'évincer les concurrents d'une firme dominante du marché. En effet, pour la Commission, « lorsqu'une entreprise occupe une position dominante sur le marché, les remises subordonnées à l'achat d'une quantité moins élevée de produits de concurrents ou l'interdiction pure et simple d'en acheter sont abusives » La Commission ne condamne pas les remises en elles-mêmes mais s'oppose à leur conditionnalité. En effet, les seuils spécifiques, fixés pour chaque constructeur, peuvent être susceptibles de conduire à l'éviction totale d'AMD dont les capacités de production ne permettent de répondre qu'à une part des besoins de ces derniers.

Comme les remises accordées par Intel étaient des remises rétroactives, en d'autres termes des remises qui s'appliquent à toutes les unités achetées dans l'année dès lors que le seuil fixé est atteint, pour un constructeur donné, choisir une seule puce AMD de plus aurait pu provoquer, du fait d'un tel effet de seuil, la perte de l'ensemble de ses remises. En d'autres termes, le fait que les remises soient rétroactives et non incrémentales (acquises pour toutes les unités achetées au-delà du seuil contractuel) change non seulement le type de concurrence (concurrence pour une unité additionnelle dans la situation initiale, concurrence pour l'ensemble des approvisionnements annuels du fait de la politique de remise) mais s'avère en outre des plus préjudiciables envers AMD. En effet, celle-ci n'est pas en mesure de s'aligner sur les pratiques d'Intel, dans la mesure où elle ne peut la concurrencer que pour une faible

partie des approvisionnements des constructeurs de PC³.

Il est en effet nécessaire de s'attacher aux relations entre les deux firmes pour saisir les paramètres de leur rivalité. Créée en 1969, AMD a principalement été jusqu'à la fin des années quatre-vingt un sous-traitant de capacités d'Intel. En d'autres termes quand les capacités de production d'Intel étaient insuffisantes pour répondre à la demande de micro-processeurs émanant des constructeurs de PC, AMD était chargée de fournir le complément. Cette caractéristique explique en grande partie la limitation des capacités de production d'AMD qui empêchent cette dernière de pouvoir fournir aux constructeurs des processeurs pour l'ensemble de leur production. Il est parallèlement intéressant de noter qu'AMD a bénéficié des brevets détenus par Intel au début des années quatre-vingt, à la suite des pressions en ce sens d'IBM, soucieuse de ne pas dépendre d'un seul fournisseur pour ses microprocesseurs. La puissance de marché d'un client peut donc contribuer significativement à contrecarrer le pouvoir de marché d'une firme opérant en amont. Or, les rapports de force sur le marché des PC ne sont plus, loin s'en faut, comparables à ceux qui existaient il y a de cela bientôt trente ans.

Le marché des PC doit être aujourd'hui conçu comme un marché de commodités (Hawker, 2009). En effet, la différenciation des produits est insuffisante dans le monde PC, à l'inverse de la situation qui prévaut pour les produits d'Apple, pour que la concurrence ne soit pas quasi-exclusivement une concurrence par les prix. En outre, comme les composants sont très standardisés, les marges des constructeurs sont très faibles. Ils sont donc très sensibles à toute pression de la part de leurs fournisseurs qui pourrait affecter leurs coûts et encore plus particulièrement qui pourrait donner à l'un de leur concurrent un avantage en termes de

³ Pour répondre à ces pratiques, il eut été nécessaire à AMD de disposer de capacités de production équivalentes à celles d'Intel, mais aussi, et surtout, d'un avantage significatif en termes d'efficacité productive. En d'autres termes, il n'aurait pas suffi qu'AMD soit une entreprise *aussi* efficace qu'Intel.

compétitivité prix. Ainsi, les constructeurs de PC sont-ils *a priori* particulièrement sensibles à toute politique commerciale que pourrait mettre en œuvre Intel, notamment par l'intermédiaire de remises de fidélité, qui serait susceptible de jouer sur le prix de leurs approvisionnements, quand bien même celle-ci pourrait conduire à l'éviction du marché du concurrent le plus significatif de leur fournisseur dominant.

AMD est non seulement le seul concurrent à même de contester la position dominante d'Intel mais il détenait au moment des faits, un relatif avantage technologique sur Intel dans la mesure où il avait développé sur la base du processeur Intel x86 une nouvelle architecture à 64 bits, alors que le processeur *Itanium* d'Intel, destiné à se substituer à l'architecture à 32 bits du x86 n'avait pas donné entière satisfaction. Ainsi, seules les puces AMD étaient alors capables de gérer des applications conçues pour le 32 bits et celles spécifiquement développées en 64 bits. Un éventuel verrouillage anticoncurrentiel (forclusion) aurait donc été d'autant plus intéressant pour Intel qu'AMD bénéficiait alors d'une relative avance technologique.

Les remises de fidélités peuvent, aux yeux de la Commission européenne, permettre une telle éviction. En effet, comme les constructeurs dépendent d'Intel pour une grande partie de leurs approvisionnements, seule une faible partie de leurs commandes peut faire l'objet d'une concurrence entre les deux fournisseurs. Le caractère rétroactif des remises fait que si une firme choisit AMD pour cette partie du marché *ouverte* à la concurrence, elle est susceptible de perdre le bénéfice des remises accordées par Intel non seulement sur ce seul segment de sa demande mais aussi sur l'ensemble de ses approvisionnements. En effet, dans certains cas, le seuil déterminé par Intel s'établissait au-delà de la part des approvisionnements que le constructeur était obligé de faire auprès de lui. Le choix d'un fournisseur alternatif peut donc

se traduire en pareille situation par l'élévation du coût moyen des processeurs sur le segment captif. Ainsi, même si AMD était favorablement placé en termes de prix par rapport à Intel, il serait nécessaire, dans ces conditions, que le différentiel de coût compense pour ces seules unités la perte des remises de fidélité accordées sur l'ensemble des approvisionnements.

Une simple application numérique (Lande, 2008) permet de montrer de quelle façon une telle politique de remise peut conduire à évincer un concurrent plus efficace que soi, sans pour autant subir de manque à gagner. Un constructeur de PC commande 10 puces par an. Du fait de ses contraintes de production, AMD ne peut fournir que 2 puces. *A priori*, Intel dispose d'un marché captif à hauteur de 8 puces et la concurrence ne peut s'exercer que sur le segment de marché des deux dernières puces. Imaginons, qu'Intel se caractérise par un coût marginal constant de 8\$ et AMD de 7\$. Dans le cadre d'un programme de fidélité, Intel, qui vend habituellement ses processeurs à un prix de 10\$ pièce peut proposer qu'à partir du dixième microprocesseur acheté, le prix unitaire passe de 10 à 8\$ pour l'ensemble des unités achetées. Ainsi, si le constructeur commande dix unités et non plus huit son coût sera identique (huit processeurs à 10\$ contre 10 processeurs à 8\$). AMD, qui était concurrentiel sur les deux derniers processeurs achetés ne pourra pas s'aligner pour compenser le surcoût que supporterait le constructeur s'il voulait s'approvisionner auprès de lui... sauf à offrir gratuitement les deux processeurs en question⁴. Remarquons au passage, ce point sera particulièrement important en matière de traitement concurrentiel de la prédation, qu'Intel n'a pas besoin de vendre à perte pour mettre en œuvre une telle stratégie.

La Commission européenne cite même le cas d'un constructeur auquel AMD avait proposé un million de microprocesseurs gratuits et qui n'en accepta que 160 000 dans la mesure où il

⁴ Il serait alors de plus nécessaire que les processeurs AMD soient plus performants que les processeurs Intel pour compenser les coûts de transactions induits par l'approvisionnement auprès d'un second fournisseur.

serait descendu le cas échéant en dessous de la quantité de processeurs Intel ouvrant droit aux rabais de fidélité. En d'autres termes, la valeur de la remise dépassait celle des 840 000 processeurs restants.

La Commission, se basant sur la jurisprudence concurrentielle communautaire, considéra que des remises de fidélité accordées par une entreprise dominante étaient d'autant plus susceptibles d'évincer des concurrents potentiels ou actuels que ces derniers n'étaient pas en mesure de satisfaire l'ensemble de la demande. Si dans tous les cas un rabais de fidélité accordé par une entreprise dominante peut revenir à une clause d'achat exclusif, il peut s'apparenter, dans ce cas précis, à une stratégie de levier anticoncurrentiel au travers de laquelle une entreprise dominante va utiliser la partie non disputable de la demande pour évincer ses rivaux des segments sur lesquels une concurrence peut s'exercer⁵. En d'autres termes, des rabais de fidélité rétroactifs peuvent conduire à un verrouillage substantiel du marché en évinçant des firmes qui n'exerçaient leur activité que sur une partie de ce dernier⁶. Ainsi, les remises permettent à l'entreprise dominante de changer les termes de la concurrence. Ce n'est plus une concurrence sur la dernière unité vendue mais une concurrence sur l'ensemble de la demande de chaque constructeur, concurrence dans le cadre de laquelle le fournisseur dominant, seul capable de satisfaire toute la demande, jouit d'un avantage déterminant.

Par l'intermédiaire de cette stratégie, non seulement Intel dégradait significativement la rentabilité d'AMD, l'empêchant d'amortir ses coûts fixes et de récupérer les investissements

⁵ Michelin v Commission, affaire T-203/01, dite Michelin II.
British Airways v Commission, affaire T-219/99.

⁶ Il convient, en outre, de noter que dans le cas d'espèce du fait des forts coûts de premier établissement et de la forte spécificité des actifs, propre à cette industrie, de nouvelles entrées de compétiteurs sur le marché apparaissent comme très improbables après une éventuelle éviction d'AMD. Le risque est alors que l'inefficience statique de court terme, liée à une position de monopole, ne se double d'une efficacité dynamique du fait des caractéristiques de très faible *contestabilité* que revêtirait l'industrie.

en recherche-développement mais adressait en outre un signal aux éventuels nouveaux entrants potentiels. Même en présence d'une technologie supérieure à celle d'Intel, la part de marché acquise par ce dernier lui permettra d'évincer inexorablement toute firme qui pénétrerait ce dernier (Lande, 2008).

2 – Une sanction inexorable au vu de la jurisprudence concurrentielle communautaire

Après neuf ans de procédures, la Commission européenne a condamné Intel à 1,06 milliard d'euros d'amende, montant certes élevé mais au demeurant très inférieur à la sanction maximale prévue par les textes (10 % du chiffre d'affaires). En effet, le milliard d'euros ne représente que 4,15% de ce dernier... S'il est évident que les transferts directs donneraient lieu à une sanction en cas de procédure concurrentielle, il apparaît que la jurisprudence communautaire en matière de rabais de fidélité accordés par une entreprise dominante pouvait légitimement conduire Intel à anticiper une telle décision. Il s'agit donc de montrer dans quelle mesure une telle décision était prévisible par Intel et de mettre en évidence les fondements théoriques de l'approche retenue par la Commission.

Nous avons vu qu'en matière de rabais accordés par une entreprise en position dominante sur un marché, l'impact sur la concurrence peut s'avérer des plus différents selon qu'il s'agisse d'une remise de nature incrémentale (s'appliquant aux seules les unités au-delà du seuil) ou rétroactive (portant sur l'ensemble des commandes dès lors que le seuil est atteint). De la même façon, une éventuelle remise de fidélité peut être d'autant plus préjudiciable à la concurrence que le seuil retenu est différent selon chaque client et que ce dernier est exprimé

en termes de part de marché⁷. Dans de pareils cas, la logique portée par la remise peut être comparable à une clause d'achat (quasi-exclusif) et induire une discrimination entre les clients (Economides, 2009). Les remises, si elles sont stratégiquement utilisées par les firmes dominantes, peuvent permettre un verrouillage anticoncurrentiel et conduire à une augmentation des coûts des rivaux, en les privant des économies d'échelle dont ils auraient pu bénéficier (Commission européenne, 2009b). Or, de telles économies sont déterminantes en matière de microprocesseurs dans la mesure où les frais de premier établissement sont très élevés et où les actifs concernés sont hautement spécifiques. Il convient aussi de considérer que les remises peuvent verrouiller efficacement les clients d'une firme dominante dans la mesure où la rupture de la relation ou même le détournement d'une partie de la demande vers un autre fournisseur va imposer à ces dernières des *switching costs* équivalents à la renonciation au montant des remises⁸ (Klemperer, 1987).

Pour évaluer l'importance de l'effet d'éviction induit par les remises de fidélité, la jurisprudence communautaire prescrit d'évaluer le prix que devrait proposer un concurrent pour *indemniser* un client pour la perte causée par la renonciation à l'ensemble des rabais sur sa demande pour rester compétitif sur la partie de celle-ci ouverte à la concurrence,

⁷ Voir dans la jurisprudence communautaire :
Hoffman-Laroche v Commission, affaire 85/76
Irish Sugar v Commission, affaire T-288/97
British Airways v Commission, affaire T-219/99.

⁸ Il convient en outre d'insister sur le fait que de tels coûts de changements ne se limitent loin s'en faut aux seuls coûts de transaction ou au coût d'opportunité lié à la renonciation aux remises. En effet, il est nécessaire de prendre en considération le caractère architectural de la technologie microinformatique. A ce titre, le microprocesseur joue conjointement avec le système d'exploitation un rôle structurant dans l'évolution technique de l'ensemble des composants des PC, notamment des cartes mères. Ceci peut expliquer, partiellement, pourquoi AMD n'a pu, alors même qu'il disposait d'une avance technologique avec ses processeurs 64 bits, s'imposer vis-à-vis d'Intel. Il est à noter que le système d'exploitation de Microsoft, Windows (et par extension l'ensemble des applications développées pour ce support), ultra-dominant, présentait une interopérabilité optimale avec la technologie 32 bits, quand bien même celle-ci était en théorie relativement moins performante. Ceci n'est pas sans faire écho à la théorie du *Time to Market* selon laquelle la valeur d'une technologie est intrinsèquement liée à celles des technologies connexes présentes sur le marché... et aux attentes des consommateurs. Toujours est-il qu'il est possible de s'interroger sur les liens étroits de complémentarité entre les technologies développées par les deux firmes dominantes de la microinformatique. Dans ce contexte, la position de marché Intel n'aurait pu en effet être réellement ébranlée que si Microsoft avait consenti au même moment à de lourds investissements pour promouvoir la technologie 64 bits.

correspondant à la *fraction pertinente* du marché en cause⁹. Il s'agit de déterminer si la remise est susceptible de constituer le levier d'une stratégie d'éviction anticoncurrentielle. Selon les situations de marché, il apparaît effectivement que de telles pratiques peuvent effectivement contribuer à un tel objectif (EAGCP, 2005). C'est par exemple le cas quand une firme dominante conditionne l'obtention d'une remise rétroactive à une clause de quasi-exclusivité, exprimée par un pourcentage de la part des intrants acquis auprès d'elle par une firme opérant en aval. L'éviction des concurrents actuels ou potentiels permise par la renonciation à une partie des flux de ressources que la firme dominante aurait obtenu à court terme en l'absence de ristourne peut alors s'analyser dans le cadre de la théorie économique de la prédation (Rey et Tirole, 1997). La remise fidélisante peut aussi constituer un efficace outil de forclusion horizontale au travers d'un mécanisme de levier permettant d'étendre une position dominante d'un marché vers un autre. Il s'agit en l'occurrence d'un mécanisme de *bundling* par lequel la firme instrumentalise un segment de marché, qui lui est captif, pour évincer ses compétiteurs d'un segment ouvert à la concurrence.

Dans un certain sens, une politique de remises mise en œuvre par une entreprise dominante peut fonctionner comme une pénalité imposée au nouvel entrant ou en d'autres termes une

⁹ Dans le cadre de ses orientations quant à l'application de l'article 82 du Traité aux cas d'exclusions anticoncurrentielles mises en œuvre par une entreprise dominante, la Commission a précisé la façon dont elle va apprécier le caractère potentiellement anticoncurrentiel du prix net de remise pratiqué par une telle entreprise. Qu'il s'agisse de clauses d'achat exclusifs ou de rabais conditionnels, la Commission va essayer d'apprécier dans quelle mesure les clients de l'entreprise dominante seraient en mesure (ou pourraient souhaiter) faire basculer l'ensemble de leur demande vers un fournisseur alternatif. Si ces derniers possèdent des capacités de production leur permettant de satisfaire l'ensemble de cette dernière, des rabais conditionnels ne devraient pas être de nature à les évincer du marché à moins que les seuils définis par l'entreprise dominante soient de nature à entraver leur développement. La situation est différente, comme nous le voyons dans le cas Intel, quand l'entreprise dominante est un interlocuteur obligé pour une partie de la demande. Si les capacités de production des concurrents de l'entreprise dominante sont limitées, l'exclusion est considérée comme possible au vu de la jurisprudence communautaire. La Commission doit alors apprécier dans quelle mesure un concurrent – au moins aussi efficace que l'entreprise dominante – risque d'être évincé du marché du fait de cette politique de rabais. Il s'agit alors d'établir quelle est la part de marché qui va être concernée par le rabais (*fraction pertinente*). La Commission doit apprécier quelle est la part de la demande adressée à l'entreprise dominante qui peut, de façon réaliste, être réorientée vers les concurrents. Le rabais est alors déduit du prix payé sur cette part de la demande. Un prix effectif est alors obtenu. Il est ensuite comparé au coût moyen évitable (average avoidable cost – AAC). S'il est inférieur l'effet d'éviction est retenu. Si le prix est compris entre le coût moyen évitable et le coût moyen incrémental de long terme (long run incremental cost – LRAIC), la Commission doit évaluer dans quelle mesure les concurrents peuvent faire face à la stratégie de l'entreprise dominante (Peepekorn and Viertiö, 2009).

barrière à l'entrée. Si une firme concurrente veut pénétrer le marché et que le détournement de la demande initialement destinée à l'opérateur dominant fait tomber la demande d'une firme aval en-deçà du seuil ouvrant droit à une remise, il sera nécessaire que le coût des unités vendues soit inférieur au coût marginal des unités de la firme dominante moins la perte induite pour l'acheteur par la suppression des remises sur l'ensemble des unités achetées auprès de l'opérateur dominant¹⁰. Il s'agit d'un outil des plus efficace de réduction de la rente potentielle d'un entrant ou, quand il s'agit de firmes déjà présentes sur le marché, d'un outil efficace d'augmentation des coûts des rivaux.

Il convient en outre de relever que la stratégie menée par Intel est susceptible de lui permettre de maîtriser le rythme de l'évolution technologique de l'industrie. En étant en position de déterminer quand une nouvelle technologie doit être mise sur le marché, elle se réserve la possibilité de couvrir les coûts de ses investissements, notamment en matière de recherche-développement. Si de telles pratiques peuvent être efficaces au point de vue dynamique, il n'en demeure pas moins qu'elles posent un certain nombre de problèmes. D'une part, elles permettent à la firme dominante de faire évoluer progressivement sa position de force d'un maillon de l'industrie à l'autre. D'autre part, elles risquent de provoquer indirectement un ralentissement de la dynamique innovatrice du secteur pris dans son ensemble, tout particulièrement lorsque l'évolution de la technologie en cause conditionne le progrès technique de l'ensemble de l'architecture. Le danger tiendrait au fait que l'entreprise dominante soit en mesure d'imposer le rythme et l'orientation du progrès technologique de l'ensemble de la filière selon des critères de performance individuelle. Le marché perdrait alors son rôle d'aiguillon du progrès technique.

¹⁰ Une telle hypothèse, déjà difficile à concevoir dans le cas général, devient pour le moins improbable dans les industries d'électronique grand public, dans lesquelles les marges communément affichées par les entreprises sont trop faibles pour permettre une telle compensation.

La jurisprudence de la Commission en matière de rabais peut être analysée au travers de quelques décisions marquantes. Dans sa décision Hoffmann-La Roche, prise en 1979, la Commission avait considéré que des remises qui conduisaient à des clauses d'approvisionnement quasi-exclusif et qui ne reflétaient pas des différences de coûts pour le fournisseur, constituaient des pratiques contraires à l'article 82 du Traité¹¹. En d'autres termes, les remises sont considérées comme anticoncurrentielles dès lors qu'elles ne traduisent pas des économies de coûts liées par exemple à des effets de volume. L'affaire « Michelin I », en 1983, avait conduit à la condamnation de remises de fidélités de nature rétroactive, du fait de l'opacité des critères retenus mais aussi comme nous le verrons du fait d'un lien créé par ces remises entre le marché des pneumatiques pour camions (sur lequel le rabais était appliqué) et le marché des pneus de voitures¹². L'affaire Michelin II, ne correspond pas à une telle stratégie de *bundling* qui permet potentiellement d'étendre par effet de levier un pouvoir de marché d'un segment monopolistique à un segment concurrentiel. L'affaire « Michelin II » est très proche de l'affaire Intel. Il s'agit de la même façon, de rabais rétroactifs conditionnés à l'atteinte de pourcentages donnés d'approvisionnement en pneus de la marque par chaque constructeur¹³.

L'affaire ayant opposé Virgin à British Airways est particulièrement intéressante pour préciser la position de la jurisprudence communautaire et la mettre en regard avec la jurisprudence américaine produite à partir du même contentieux et qui a, nous le verrons, tranché dans un sens opposé. British Airways avait mis en place dans les années quatre-vingt-dix un mécanisme de fidélisation orienté vers les agences de voyages. Il s'agissait d'accorder des remises avec seuils rétroactifs déterminés en fonction de la part des billets de l'entreprise dans les ventes de chaque agence de voyage. En juillet 1999, la Commission jugea la pratique

¹¹ Hoffmann-La Roche v Commission, ECR 461, 1979.

¹² Décision de la Commission, octobre 1981, arrêt de la CJCE en novembre 1983.

¹³ Décision de la Commission en juin 2001, arrêt du TPICE en septembre 2003.

abusive dans la mesure où elle conduisait les agences de voyages à vendre plus de billets British Airways au détriment de ceux émis par les autres compagnies aériennes. La décision de la Commission est exemplaire de sa jurisprudence. En effet, alors même que durant la période étudiée la part de marché de British Airways a reculé, elle a néanmoins considéré que la pratique avait sensiblement freiné la croissance des entreprises concurrentes. L'absence d'évaluation des conséquences économiques effectives du programme de fidélisation atteste, au moins pour le cas considéré, que la forme l'emporta de loin sur la prise en compte des effets¹⁴. L'arrêt de la CJCE en mars 2007 confirma cette approche. Les rabais sont susceptibles de causer un dommage *à terme* aux consommateurs en mettant en cause la pérennité d'une *structure de concurrence effective* sur le marché considéré¹⁵. La logique suivie par la Cour s'inscrit donc pleinement dans la jurisprudence européenne relative à la responsabilité particulière de l'opérateur dominant vis-à-vis de la persistance d'une telle structure de marché (Marty et Pillot, 2009).

En l'occurrence, il apparaît bien, si l'on suit la logique de la jurisprudence communautaire, que la condamnation d'Intel était inexorable. Non seulement la politique commerciale de ce dernier avait pour effet d'évincer son concurrent le plus menaçant sur une autre base que celle des mérites, mais risquait de plus de ralentir le développement technique potentiel de l'industrie et de priver les consommateurs de choix en entravant le développement de PC équipés de puces AMD. Ainsi, la procédure entamée par la Commission est pleinement cohérente avec les orientations de la Commission (2009b), quand bien même celles-ci n'ont pu s'appliquer dans le cas d'espèce, et fait pleinement écho à la décision prise par cette

¹⁴ "Such... schemes... by a firm enjoying a dominant position...are illegal, regardless of any possibility for the travel agent or competing airlines to minimize their effects. [The absence of an increase of the BA's market share] cannot indicate that these schemes have had no effect. It can only be assumed that competitors would have had more success".

¹⁵ "Article 82 EC covers not only practices likely to cause immediate damage to consumers but also those which cause them damage by undermining an effective structure of competition". (CJCE, mars 2007, § 104).

dernière dans l'affaire Microsoft (Deschamps et Marty, 2008).

Cependant, la position des autorités communautaires ne va pas sans poser de questions. En effet, le processus de concurrence lui-même est mû par la volonté des firmes d'évincer leurs concurrentes du marché. L'éviction anticoncurrentielle, telle que la définit la Commission recouvre l'ensemble des pratiques permettant à une firme dominante d'exclure du marché une firme aussi efficace qu'elle-même. Or, le risque de *faux-positif*, en d'autres termes de condamnation à tort d'une entreprise qui a pleinement joué le jeu de la concurrence est ici particulièrement élevé. Une décision infondée reviendrait en effet à priver les consommateurs de baisses de prix potentielles et à protéger indûment des compétiteurs peu efficaces. Le risque est alors de confondre l'aiguillon concurrentiel, lequel peut simplement résider dans une menace potentielle de nouvelles entrées sur le marché avec le maintien d'une rivalité entre des firmes effectivement présentes sur le marché. L'autorité de la concurrence, qui doit décider dans une situation d'information incomplète et asymétrique est-elle à même de garantir que l'éviction d'un concurrent ne procède pas d'une productivité supérieure ou d'une meilleure qualité des produits de l'entreprise dominante ?

3 – Une sanction bien moins certaine aux Etats-Unis ?

La position de la Commission européenne est de ce fait fortement contestée par Intel et par certains économistes. Ceux-ci s'appuient à la fois sur des résultats mis en évidence par la théorie économique et sur la jurisprudence concurrentielle américaine elle-même.

En effet, si la théorie économique conclut à la possibilité de mise en œuvre de stratégies de verrouillage concurrentiel au travers des pratiques de remises fidélisantes, elle ne conduit en

aucun cas à considérer que toute politique de rabais mis en œuvre par une entreprise, fût-elle dominante, conduit inexorablement à un tel résultat et devrait, de ce fait, être condamnée *per se* (EAGCP, 2005). Tout d'abord, des remises basées sur des seuils de parts de marchés différenciés selon les clients permettent de réaliser une discrimination tarifaire. Celle-ci est bien entendu susceptible d'accroître le bien-être collectif dès lors qu'elle conduit à traiter différemment les clients selon l'élasticité-prix de leur demande. A l'extrême, une telle discrimination peut conduire à une tarification de type Boiteux-Ramsey (Boiteux, 1956)¹⁶. En effet, la discrimination tarifaire peut s'avérer particulièrement efficace dans le domaine des micro-processeurs dans la mesure où elle permet d'amortir plus facilement les coûts fixes – très importants dans l'industrie – et d'encourager de ce fait les investissements coûteux, notamment en termes de recherche-développement ou de nouvelles capacités de production¹⁷. De la même façon, dans une perspective dynamique, les rabais présentent l'intérêt de renforcer la lutte concurrentielle sur le segment des acheteurs qui sont le plus facilement susceptibles d'arbitrer entre différents fournisseurs¹⁸. Ceci incite donc ces derniers à investir et à innover, ce qui profite en fait à l'ensemble des consommateurs, y compris ceux qui appartiennent au segment *captif*.

¹⁶ Il convient de considérer trois degrés de discriminations tarifaires. Une discrimination tarifaire du premier degré correspond à la situation dans laquelle une entreprise est en mesure de faire payer à chaque client un prix équivalent à sa disposition maximale à payer. Une discrimination du deuxième degré fait que les différentes unités de biens sont vendues à des prix différents. Cependant, tous les consommateurs qui consomment la même quantité de biens paient le même prix. A l'inverse, une discrimination du troisième ordre fait varier les prix, selon un schéma à la Boiteux-Ramsey. En d'autres termes, les prix varient selon les élasticités prix de la demande de chaque consommateur (Bishop et Walker, 2001).

¹⁷ Il est à noter que le rythme d'innovation des entreprises de la branche est pour le moins discontinu. En effet, après une première partie de la décennie marquée par le développement rapide de la puissance des processeurs, la seconde partie de la décennie, marquée par l'arrivée de la norme *multi-core* se caractérise par un relatif ralentissement de cette logique.

¹⁸ Il n'en demeure pas moins que dans le cas présent, les capacités d'arbitrage des clients sont pour le moins limitées du fait des contraintes d'architectures unissant les microprocesseurs, les systèmes d'exploitation et l'ensemble des composants d'un système informatiques. Ainsi, une éventuelle situation monopolistique dans l'industrie ne pourrait que très difficilement se corriger d'elle-même (ni d'ailleurs sous l'impulsion des constructeurs de PC), ce qui pourrait conduire à une réflexion autour de la question de remèdes structurels comme il avait été un temps envisagé dans les poursuites engagées lors des dernières décennies du vingtième siècle à l'encontre d'IBM puis de Microsoft.

La firme qui accorde des rabais voit par ailleurs son efficacité productive s'accroître dans la mesure où elle bénéficie d'économies d'échelle et où elle est incitée à dégager des gains de productivité supplémentaires pour compenser le relatif manque à gagner. De la même façon, un mécanisme revenant à favoriser un certain degré d'approvisionnement exclusif présente aussi l'intérêt de minimiser les coûts de transaction. Enfin, le dernier gain d'efficacité à prendre en considération tient au fait que la discrimination tarifaire induite par des seuils différenciés pour accorder des rabais de fidélité constitue le dispositif incitatif le plus efficace et le moins coûteux à disposition de la firme amont pour inciter la firme aval à diffuser efficacement ses produits. Une telle discrimination peut aussi prévenir des phénomènes de double marginalisation particulièrement préjudiciables le long d'une même chaîne de valeur. De la même façon, il convient de souligner qu'une firme offrant des biens durables, même dotée d'un pouvoir de marché, peut ne pas être en mesure, faute d'arrangements contractuels adéquats, de pratiquer des prix au-dessus de son coût marginal (Coase, 1972). A ce titre, un mécanisme de remises de fidélité peut s'avérer un moyen efficace pour une entreprise confrontée à des coûts fixes élevés pour bénéficier de retours sur investissements idoines.

La jurisprudence concurrentielle américaine traite les remises fidélisantes avec les mêmes critères que ceux retenus pour les stratégies de prédation. Un premier principe, radicalement opposé à l'approche européenne, tient au fait que toute entreprise est libre de sa politique tarifaire tant qu'elle établit ses prix au-dessus de ses coûts¹⁹. A l'inverse, il est pleinement admis dans la jurisprudence communautaire qu'une prédation peut avoir lieu quand bien même une entreprise dominante ne vend pas à perte. Le fait de renoncer à une partie de sa marge aujourd'hui dans l'espoir d'acquérir la possibilité d'augmenter unilatéralement, profitablement et durablement ses prix à terme suffit à caractériser la prédation comme une

¹⁹ La position des tribunaux américains face aux plaintes relatives à des pratiques de prédation rejoint en ce sens les conclusions d'Areeda et Turner (1975) conduisant à l'adoption de critères particulièrement restrictifs.

stratégie d'investissement en pouvoir de marché. Dans la jurisprudence américaine, il appartient en outre au plaignant d'apporter la preuve que l'entreprise dominante vend à perte et qu'elle sera effectivement à terme en mesure de récupérer les investissements consentis²⁰. En d'autres termes, les intentions de la firme dominante ne suffisent pas²¹ (Lande, 2008). Si dans le cas d'Intel, il apparaîtrait que la faible probabilité de nouvelles entrées après l'éviction d'AMD rendrait effectivement possible la récupération de tels investissements, comment pour autant prouver qu'Intel tarifie en dessous de son coût marginal ? En outre, nous avons vu que la vente à perte n'était en rien inexorable pour mettre en œuvre une telle stratégie. L'investissement en pouvoir de marché peut n'être qu'un coût d'opportunité correspondant à la renonciation à une partie de la rente que l'entreprise dominante pourrait capter.

Or, dans le cadre de la jurisprudence Brooke, il ne peut être question de violation de la Section 2 du Sherman Act, même si la remise de fidélité conduit à une clause de quasi-exclusivité, du moment où le prix pratiqué est supérieur aux coûts de l'entreprise dominante. Ce faisant, les décisions rendues par les différentes juridictions américaines ont quasi-systématiquement conduit à un rejet des arguments des plaignants. Une telle approche n'est pas limitée loin s'en faut à la question des rabais de fidélité ou à celle des prix de prédation. Elle est caractéristique d'une forte réticence des tribunaux américains, notamment des cours fédérales, à appliquer de façon extensive la Section 2 du Sherman Act (Kobayashi, 2005). En effet, pour reprendre le cas de la prédation les questions du caractère intentionnel de la pratique et de la charge et du standard de la preuve sont susceptibles de conduire à des risques

²⁰ Brooke Group Ltd v Brown & Williamson Tobacco Corp., 509US209, 1993.
Matsushita Elec Co v Zenith Radio Co, 475US574, 1986.

²¹ La méfiance envers la question des intentions de la firme en matière de stratégies concurrentielles qui caractérise l'Antitrust américain est inséparable de l'héritage de l'École de Chicago. Elle tire notamment ses racines de la critique de la théorie de l'action rationnelle formulée par Milton Friedman dès la fin des années quarante (Ferey, 2008). S'inscrivant en opposition à l'approche d'introspection de Frank Knight, Friedman considère que « les raisons d'agir sont inconnaissables car elles sont inobservables ». Ce faisant, les autorités de la concurrence n'ont pas à s'attacher à la question des intentions, lesquelles sont inaccessibles aux agents concernés eux-mêmes, soit qu'ils n'aient pas pleinement conscience de leurs modalités de raisonnement, soit qu'ils se livrent à des rationalisations de ceux-ci.

plus élevés de *faux-positifs* en Europe qu'aux Etats-Unis, ouvrant ainsi une *boîte de Pandore* en matière de poursuites stratégiques basées sur un détournement opportuniste des règles de concurrence (Marty et Pillot, 2009b). Comme nous l'avons déjà relevé il est plus aisé de conclure à une portée anticoncurrentielle des politiques de remises de fidélité dès lors que celles-ci établissent un lien entre deux produits (*bundling*).

Il peut être à ce titre, particulièrement intéressant de s'intéresser à la pratique décisionnelle des tribunaux américains. L'affaire *Barry Wright v ITT Grinell* de 1983 est pleinement illustrative de la position des tribunaux américains en matière de remises de fidélité²². Pacific était le seul fabricant américain de clapets anti-retour (*mechanical snubbers*) pour les conduites de centrales nucléaires. Grinell, constructeur desdites conduites cherche à diversifier ses sources d'approvisionnement afin de réduire sa dépendance vis-à-vis de Pacific. En l'absence d'offreur alternatif, Grinell va favoriser le développement d'un nouvel entrant Barry Wright. Ce soutien va prendre la forme d'un financement des coûts de développement et d'un futur contrat de fourniture exclusive pour deux années. Pendant ce temps, Grinell continue de profiter de ristournes de fidélités de la part de Pacific à hauteur de 20 %. Découvrant que Grinell cherchait à se doter d'un fournisseur alternatif, Pacific va proposer une augmentation des ristournes à un niveau de 30 % s'il acquiert auprès de lui des clapets pour une valeur de 5,7 Mds \$, ce qui correspondait quasiment à l'ensemble de ses besoins prévisionnels pour 1977. Pacific proposa de la même façon à Grinell des rabais de fidélité d'un niveau très élevé s'il s'engageait fermement à commander pour 6,9 Mds \$ d'équipements en 1978 et 5 Mds \$ en 1979, soit l'ensemble de ses besoins anticipés et à rompre ses relations avec Barry Wright.

Ce dernier engagea dès lors une action en justice sur la base d'une violation des sections 1 et

²² Barry Wright v ITT Grinell, 724 F.2d, 227, 1983.

2 du Sherman Act et de la section 3 du Clayton Act. Selon le plaignant la condition de quasi-exclusivité accompagnant le rabais avait pour effet de restreindre substantiellement la concurrence sur le marché considéré. La Cour d'Appel du 1^{er} Circuit a cependant considéré qu'une ristourne de 25 à 30 %, bien que plus élevée que la normale, n'était pas déraisonnable et qu'il n'était guère démontré que Pacific établissait de ce fait ses prix en dessous de son coût moyen. L'affaire est en ceci particulièrement riche d'enseignements que Barry Wright plaida qu'une stratégie d'exclusion anti-compétitive pouvait être mise en œuvre quand bien même les prix pratiqués demeuraient supérieurs aux coûts. La Cour reconnut la possibilité d'une telle situation au vu des résultats fournis par la théorie économique mais n'en considéra pas moins que ces derniers ne pouvaient fonder une règle de décision suffisamment claire et robuste pour garantir aux opérateurs économiques un degré suffisant de sécurité juridique²³. La sécurité juridique de l'entreprise dominante, laquelle pourrait se définir par un certain degré de lisibilité de la règle de droit applicable et de prévisibilité des décisions de justice qui peuvent en découler, apparaît donc comme une obligation pour préserver le processus de concurrence.

L'arrêt de la Cour Suprême dans l'affaire *Brooke* va confirmer et approfondir la position de la jurisprudence américaine. Il s'agit dans le cas d'espèce d'une affaire opposant deux fabricants de cigarettes. Ligett, sur le point d'être racheté par Brooke, avait développé des cigarettes *génériques* vendues environ 30% sous le prix des produits de marque. En outre, Ligett complétait sa politique commerciale par des remises de fidélité. Brown, son concurrent, répondit par une politique commerciale parallèle mais fit l'objet d'une plainte de Ligett qui lui

²³ “While technical economic discussion helps to inform the antitrust laws, those laws cannot precisely replicate the economists’ (sometimes conflicting) views. For, unlike economics, law is an administrative system the effects of which depend upon the content of rules and precedents only as they are applied by judge and juries in courts and by lawyers advising their clients. Rules that seek to embody every economic complexity and qualification may well trough the vagaries of administration, prove counterproductive, undercutting the very economic end they seek to serve”.

reprochait de mettre en œuvre une stratégie de prédation. Les rabais proposés étaient différenciés entre les acheteurs et pouvaient conduire à des clauses de quasi-exclusivité. En première instance, le juge trancha en faveur de Ligett. Selon lui, les preuves que Brown tarifait sous son coût variable étaient réunies. Condamnée à une sanction de 49,6 millions \$, elle se vit infliger le triplement de sa sanction (*treble damages*) laquelle atteignit donc 146,8 millions.

La décision fut cependant annulée par la Cour d'Appel du 5^{ème} Circuit. Celle-ci rejeta l'existence d'un dommage à la concurrence, d'un dommage à Ligett et considéra qu'il n'y avait aucun lien entre le dommage allégué par Ligett et la pratique incriminée. La Cour d'Appel confirma que si une tarification au dessus du coût marginal bénéficie d'une présomption de légalité, des prix inférieurs aux coûts doit faire l'objet d'une analyse au cas par cas. Il est alors nécessaire que le plaignant apporte non seulement la preuve que les tarifs s'établissent en-deçà des coûts mais qu'en outre le défendeur sera en mesure d'élever ses prix durablement et profitablement au-dessus de son coût marginal après la phase de prédation pour récupérer les investissements consentis²⁴. Ainsi, du fait du standard très élevé de la preuve dont la charge incombe au plaignant, « predatory pricing schemes are rarely tried and even more rarely successful » (Kobayashi, 2005).

Les critères d'acceptation sont bien entendu encore plus restrictifs dans le cas où les prix s'établissent au-dessus des coûts marginaux. Le cas *Concord*, tranché par la Cour d'Appel du 8^{ème} Circuit en 2000, se rapproche à ce titre de l'affaire Intel, dont rien n'indique que les remises le conduisent à vendre à perte²⁵. Brunswick Corp contrôlait en 1983 75 % du marché

²⁴ Il était en l'occurrence nécessaire que Ligett démontre qu'aucun nouvel entrant potentiel n'aurait pu être en mesure de contester le pouvoir de marché qu'aurait pu acquérir Brown à l'issue de la première phase de sa stratégie de prédation.

²⁵ *Concord Boat Corp v. Brunswick Corp*, 207 F.3d 1039, 2000.

américain des moteurs pour bateaux. En 1984, il se lança dans une politique de remises de fidélité croissantes en fonction de seuils de part de marché pour chaque constructeur de bateaux. En 1994, il tente de renforcer l'effet incitatif de sa politique en élevant la part de marché requise à quelque 95 %. Face à la résistance des constructeurs, il ramène son seuil à 80 %, ce qui n'empêche pas, en 1995, deux constructeurs de saisir la justice reprochant à Brunswick de mettre en œuvre une stratégie d'éviction anticoncurrentielle. Si les plaignants obtinrent gain de cause en première instance, la décision fut à nouveau renversée par la Cour d'Appel. La raison résidait, en l'occurrence, dans la faiblesse des éléments de preuve apportés par ces derniers, lesquels transformaient les accusations, selon la Cour d'Appel, en pures *speculations*²⁶.

L'affaire confirme à nouveau la règle générale issue de la jurisprudence américaine « above cost discounting is not anticompetitive » (Kobayashi, 2005). Nous avons vu que même en cas de tarification en-deçà des coûts les règles jurisprudentielles américaines, issues des affaires de prédation, sont des plus restrictives. Même les affaires ayant trait à des remises créant un effet de *bundling*, et qui donc pourraient constituer un levier anticoncurrentiel, sont traitées avec une grande prudence par les tribunaux américains. A ce titre, la comparaison des décisions de justice dans le contentieux opposant British Airways à Virgin Atlantic, lequel avait donné lieu à des dépôts de plainte des deux côtés de l'Atlantique, est particulièrement instructif²⁷. Dès la décision prise en première instance, le juge avait considéré que quand bien même le fait de lier par les remises des segments sur lesquels British Airways détenait une position de quasi-monopole (liaisons vers l'aéroport de Londres-Heathrow) et des segments sur lesquels Virgin pouvait lui faire concurrence était susceptible d'évincer ce dernier, le plaignant n'avait pas apporté la preuve d'une telle éviction.

²⁶ La position des plaignants “was not grounded in the economic reality of the stern drive engine, for it ignored inconvenient evidence. [...] the plaintiffs failed to carry their burden of proof”.

²⁷ Virgin Atlantic Airways Ltd v British Airways Plc, 257 F.3d 256, 2001.

La position extrêmement prudente des tribunaux américains s'explique par l'absence de test économique permettant de conclure indubitablement à un effet d'éviction anticoncurrentielle dans le cas où les prix pratiqués par l'entreprise dominante demeurent, même après la remise de fidélité, supérieurs aux coûts marginaux. La crainte est alors de sanctionner une firme qui n'a au final que joué le jeu de la concurrence, au profit des consommateurs²⁸. A nouveau, la position retenue aux Etats-Unis s'explique par la volonté de prévenir le risque de faux-positifs en d'autres termes de voir le droit de la concurrence instrumentalisé par des concurrents menacés d'être exclus du marché du fait des seuls mérites de l'entreprise dominante (Cooper, 2008). Tant pour la Cour Suprême américaine²⁹ que pour certains économistes³⁰, l'adoption de tout critère moins rigoureux que ceux actuellement en vigueur aux Etats-Unis pourrait induire une forte insécurité juridique sur les entreprises dominantes ; insécurité fortement préjudiciable au processus de concurrence lui-même.

Ainsi, la probabilité de faire l'objet de sanctions antitrust pouvait apparaître comme bien plus faible aux Etats-Unis qu'en Europe aux yeux des dirigeants d'Intel. Le coût financier des sanctions auxquelles la firme s'exposait en mettant en œuvre de telles stratégies – en supposant ici acquise leur finalité anticoncurrentielle – en était réduit d'autant. Quant à un éventuel coût réputationnel, le précédent des polémiques transatlantiques qui avaient suivies l'arrêt du TPICE dans l'affaire Microsoft le 17 septembre 2007, permettrait d'arguer de divergences transatlantiques en matière de politiques de concurrence, voire d'un biais communautaire amenant les autorités de la concurrence à privilégier non la protection de la

²⁸ “Without a reliable way to distinguish pro and anticompetitive uses, any rule that condemned ubiquitous business practices without a showing of likely harm to competition would result in the widespread condemnation of efficient practices. Such a result would be particularly damaging to the economy as it would chill the very conduct the antitrust laws are designed to protect” (Kobayashi, 2005).

²⁹ Weyerhaeuser Co vs Ross-Simmons Hardwood Lumber Co, 594US312, 2007.

³⁰ “Obscurity and ambiguity are convenient tools for those enterprises on the prowl for opportunities to hobble competition” (Baumol and Ordover, 1985).

concurrence mais celle des concurrents eux-mêmes³¹.

En fait, la position extrêmement prudente des autorités de la concurrence américaines, sur laquelle Intel pouvait se baser pour estimer qu'une condamnation aux Etats-Unis était pour le moins peu probable, se rattache non pas seulement à la question des rabais de fidélité mais à l'ensemble de la doctrine Antitrust américaine en matière de pratiques unilatérales mises en œuvre par une entreprise dominante. Les réticences américaines, en grande partie fondées sur la synthèse post-Chicago (Marty, 2007), ont été particulièrement bien exprimées par le rapport publié par le Département de la Justice, le 8 septembre 2008 sur l'application de la Section 2 du Sherman Act en matière de pratiques unilatérales (US DoJ, 2008). Il s'agissait, dans le cadre de ce rapport, d'identifier les pratiques qui pouvaient porter préjudice au processus de concurrence et de présenter quels étaient face à ces dernières les critères adoptés par les autorités de la concurrence. Il s'agissait, selon les auteurs du rapport, de fournir aux différentes parties prenantes des critères clairs et robustes (« sound, clear, objective, effective and administrable standards for section 2 analysis »), issus, toujours selon leurs termes, des progrès réalisés depuis trois décennies par la théorie économique (Barnett et Wellford, 2008).

De fait, pour les concepteurs du rapport, les principales conclusions de la littérature économique en matière de pratique unilatérale conduisent à une approche bien plus prudente et restrictive que celle qui était jadis préconisée. Par exemple, selon William Kovacic, “developments in antitrust and enforcement policy since the 1970’s have narrowed significantly the range of dominant firm conduct that is subject to condemnation” (Kovacic, 2008). Selon ce dernier, deux principes d'évolution peuvent être dégagés pour expliquer les

³¹ A cet effet, l'article de S. Labaton publié dans le *New York Times* le 7 juin 2008 est particulièrement évocateur : “Intel executives have also said that, to the extent the foreign antitrust regulators have come down harder on the company than American officials, it was a reflection of the different approach toward antitrust law. The American approach toward antitrust has been historically aimed at protecting competition, while the others use antitrust often to protect rival companies”.

changements dans l'application de la section 2 du Sherman Act par les autorités de la concurrence américaines. Le premier tient à la reconnaissance de la nécessité de laisser des degrés de liberté aux entreprises dominantes en matière de définition de leur stratégie commerciale. Le second principe tient à la garantie de règles de décisions à la fois lisibles et prévisibles à même de renforcer la sécurité juridique des opérateurs... et donc de minimiser le risque de décisions de justice infondées³². Il s'agit tout à la fois de rompre avec l'approche qualifiée d'*interventionniste*, qui était en vigueur dans les années soixante-dix, et de garantir les opérateurs contre des risques d'interventions *intempestives* des autorités de la concurrence.

Le rapport reprend alors les principes sous-jacents à la pratique des autorités de la concurrence américaine. Il s'agit de substituer une analyse économique au cas par cas, fondée sur des critères clairs et objectifs. Il convient de rompre avec de « vagues or overly inclusive prohibitions » (Barnett et Wellford, 2008). L'idée est, au final, de ne pas compromettre la possibilité pour les firmes, mêmes dominantes, de se livrer à une concurrence agressive à leurs compétiteurs. Faire peser sur ces dernières des risques de poursuites antitrust, fondées sur des critères difficiles à cerner *ex ante*, pourrait, dans cette logique, entraver le processus de concurrence lui-même, au détriment des consommateurs.

La question de l'autonomie stratégique de la firme dominante et de son éventuelle responsabilité particulière vis-à-vis de ses rivales constitue indubitablement l'un des points d'achoppement entre les politiques de concurrence européennes et américaines. Les divergences en termes d'activation de la théorie des facilités essentielles et de licences obligatoires (Marty et Pillot, 2009a) ou de politique de remises de fidélité se rattachent l'une et l'autre à cette problématique. Les conceptions de la concurrence diffèrent en effet

³² “Close attention to institutional and administrability concerns in formulating and applying antitrust laws” (Kovacic, 2008).

sensiblement de part et d'autre de l'Atlantique. A une conception européenne fortement influencée par l'ordo-libéralisme de l'Ecole de Fribourg, qui considère l'accès au marché des concurrents comme une valeur à défendre en elle-même et la position dominante comme une situation intrinsèquement pérenne, répond une conception états-unienne forgée par la synthèse post-Chicago, considérant que les positions dominantes n'ont pas à être mises en cause en elles-mêmes dans la mesure où elles sont éminemment transitoires du fait des signaux de marché adressés aux nouveaux entrants (Cooper et alii., 2005).

En d'autres termes, dans une perspective américaine, l'exploitation par une entreprise de sa position dominante est non seulement légitime, en ce sens qu'elle permet la récupération des capitaux investis et la rémunération des risques pris, mais en outre elle ne doit pas être contrecarrée par une intervention des autorités de la concurrence dans la mesure où la rente dégagée par l'entreprise constitue le meilleur signal pour inciter les autres entreprises à pénétrer le marché. En d'autres termes, pour reprendre les termes du Juge Easterbrook, « markets can be self-corrective [and] monopolies are self-destructive » (1984). Or, qu'elles soient acquises par les mérites ou par le biais de manœuvres anticoncurrentielles, certaines positions dominantes peuvent s'avérer *in fine* non contestables, notamment lorsqu'à l'instar du cas qui nous intéresse les coûts de premier établissement et les effets de réseaux rendent de nouvelles entrées très peu vraisemblables. Il s'agit alors de prévenir un risque symétrique aux faux-positifs auquel s'expose la Commission européenne, celui du faux-négatif qui conduirait à permettre à une firme de conserver définitivement une position de marché acquise au travers de manœuvres anticoncurrentielles tant qu'une innovation de rupture ne fera pas changer l'industrie de paradigme technologique.

Il convient en effet de souligner que la tarification de monopole n'est pas illégale en elle-

même aux Etats-Unis. Une distinction est implicitement faite entre des comportements d'extraction et les comportements d'extension (Carlton et Heyer, 2008). Par les premiers, une entreprise dominante va chercher à s'approprier une plus grande part du surplus économique qu'elle a elle-même créé, par exemple par ses investissements passés³³. Dans cette logique des remises de fidélité avec effet rétroactif induisant une discrimination tarifaire parfaite ne posent pas de problèmes en termes concurrentiels. En effet, en permettant à l'entreprise dominante de récupérer une partie encore plus importante de la rente créée, elle va donner de bons signaux à l'investissement tant pour elle-même que pour ses compétiteurs actuels ou potentiels³⁴. La stratégie d'extension, quant à elle, appelle une réaction des autorités de la concurrence. L'entreprise dominante utilise alors sa position de marché pour affaiblir ou exclure ses concurrents. Pour reprendre le cas des rabais de fidélité, nous sommes plus proches de cette situation quand une stratégie de *bundling* est mise en œuvre pour appuyer une stratégie de levier anticoncurrentiel.

Si dans le cadre de rabais de fidélité une stratégie de discrimination permettant une tarification non linéaire, la firme dominante est en mesure d'accroître encore l'appropriation de la rente, la politique de la concurrence n'a pas à s'opposer à une telle pratique³⁵. Il serait légitime, dans ce cadre, d'autoriser de telles stratégies et ce, quelles que soient les conséquences sur les concurrents actuels (Melamed, 2006). Il s'agit en d'autres termes de privilégier l'efficacité dynamique quand bien même l'éviction des concurrents de la firme

³³ “An essential element of appropriate antitrust policy is to allow a firm to capture as much of the surplus that, by its own investment, innovation, industry or foresight, the firm has itself brought into existence [...]. Conduct merely to extract the surplus the firm has created independent of the conduct's effect on rival should be permitted” (Carlton et Heyer, 2008).

³⁴ Dans une logique d'efficacité dynamique, il est indispensable que l'entreprise qui a investi puisse engranger des surprofits aussi importants soient-ils. Toute intervention des autorités de la concurrence qui reviendrait à plafonner les rentes perçues (par l'intermédiaire de plafonds de prix ou d'obligations d'accès à un tarif déterminé par le juge) priverait la firme de rentes légitimes et dissuaderait les investissements.

³⁵ “Even with monopoly power, a business entity is not guilty of predatory conduct through excluding its competitors from the market when it is simply exploiting competitive advantages legitimately available to it” (Virgin Atlantic Airways Ltd v British Airways PLC, 257 F.3d, 2nd Circuit, 2001).

dominante se traduit par une inefficience au point de vue statique. Il convient, en effet, de revenir aux arguments en faveur de la discrimination tarifaire pour mettre en lumière le fait que, dans une perspective d'efficacité dynamique, il est nécessaire d'autoriser de telles pratiques pour une entreprise dominante de façon à lui permettre d'extraire la totalité de la rente créée par ses investissements initiaux.

La question des remises de fidélité induit une difficulté particulière dans l'industrie des microprocesseurs. En effet, si la discrimination tarifaire est indispensable pour permettre l'extraction des rentes de monopole, elle peut néanmoins conduire à l'exclusion durable de la concurrence dans la mesure où le marché est protégé, du fait de fortes barrières à l'entrée, liées tant aux coûts fixes qu'aux effets de réseaux. Du fait du niveau élevé des coûts échoués potentiels (*sunk cost*), une firme même identiquement efficace à la firme dominante peut être dissuadée de pénétrer sur le marché. De la même façon, même si la firme évincée du marché est une firme moins efficace, l'entreprise dominante n'en sera pas moins d'autant plus facilement en mesure d'élever ses prix significativement au-dessus de son coût marginal une fois l'éviction effective³⁶.

L'autorité de la concurrence doit donc arbitrer entre deux risques. Le premier tient à des entraves au processus de concurrence liées à des interventions empêchant les firmes qui ont réussi de tirer profit de leurs investissements passés. Le second est lié au risque de tolérer des dommages irréversibles à l'encontre des concurrents et donc de remettre en cause le

³⁶ Il s'agit en l'espèce du modèle canonique de la prédation lequel fit l'objet de vives critiques de la part de l'Ecole de Chicago (Krat et Marty, 2007). Pour celle-ci de telles pratiques pourraient éventuellement conduire à une plus forte efficacité productive – en évinçant des firmes moins performantes – mais aussi et surtout ne seraient en aucun cas être efficaces à long terme. En effet, le signal de prix donné par la réalisation de taux de marge très importants dans la branche conduirait à un véritable appel d'air encourageant de nouvelles entrées et privant la firme prédatrice de la possibilité de récupérer les investissements initialement consentis. Déjà, contestée dans le cas général par la synthèse post-Chicago, cette hypothèse ne saurait à notre sens être retenue dans le cas du marché des microprocesseurs dans la mesure où le niveau des barrières à l'entrée (qu'il s'agisse des investissements initiaux ou des capacités techniques nécessaires) prévient significativement le risque d'apparition à court terme de nouveaux concurrents.

caractère auto-correctif des situations de monopole. Or, comme le soulignent Carlton et Heyer (2008), entre deux maux, l'antitrust américain choisit celui qu'elle considère le moindre.... L'essentiel pour l'Antitrust est donc de prévenir le risque de faux positifs.

Dans la même logique, l'affaire Microsoft est donc pleinement représentative du dilemme qui se pose aux autorités de la concurrence de part et d'autre de l'Atlantique et des réponses divergentes qui y sont données³⁷.

4 – Une inflexion pourrait-elle s'observer dans la position américaine ?

La condamnation prononcée contre Intel par la Commission européenne ne constitue pas pour autant une exception ou un cas isolé, voire la marque de la persistance sur le Vieux Continent de théories économiques qui n'auraient plus cours depuis quelques décennies dans le Nouveau Monde. Au Japon, la *Fair Trade Commission* avait, le 8 mars 2005 reconnu Intel coupable d'avoir mis en œuvre des pratiques relevant d'une stratégie d'éviction anticoncurrentielle. Intel n'a pas contesté les faits, ce qui juridiquement ne revient pas à une reconnaissance de culpabilité. La condamnation prononcée le 8 août 2008 par la *Fair Trade Commission* de la République de Corée portait quant à elle sur l'effet d'éviction induit par les remises et particulièrement au fait de conditionner une ristourne de 800 millions de dollars en faveur de Samsung à un approvisionnement exclusif. Condamnée à une sanction pécuniaire de 25 millions de dollars, Intel a interjeté appel.

Sanctionnée pour ses pratiques au Japon, en Corée du Sud et maintenant en Europe, Intel pouvait s'estimer relativement hors d'atteinte des poursuites engagées par AMD, au moins sur

³⁷ “The challenge for an antitrust court lies in stating a general rule for distinguishing between exclusionary acts, which reduce social welfare, and competitive acts, which increases it”.
Microsoft, DC Circuit, 253 F.3d.

le chapitre des remises fidélisantes. Il va en effet sans dire que les transferts directs à des constructeurs de PC ou à des distributeurs afin d'entraver ou d'empêcher la sortie de micro-ordinateurs équipées de microprocesseurs AMD constitueraient, s'ils étaient prouvés devant un tribunal américain, une violation caractérisée du Sherman Act.

Au vu de la relative modicité des sanctions appliquées par les autorités de la concurrence japonaises, sud-coréennes et mêmes européennes, il peut même apparaître rationnel, somme toute, pour une entreprise désireuse d'affermir définitivement sa position dominante d'encourir le risque. En effet, dans la logique de la théorie de la sanction optimale de Gary Becker (1968), il faut mettre en balance le gain provenant de la pratique anticoncurrentielle avec l'espérance mathématique de sanction, appréciée par le produit entre la probabilité de condamnation et le montant de la peine encourue. Nous avons eu l'occasion de souligner, dans un précédent article (Deschamps et Marty, 2007) que le risque de sanction n'était souvent pas suffisamment élevé pour dissuader une firme de mettre en œuvre des pratiques anticoncurrentielles. Dans le cas d'espèce, le gain potentiel pour Intel était des plus conséquents sur le court terme mais prend tout son sens sur le long terme dans la mesure où la contestabilité du marché s'avère des plus théoriques. Il s'agit en l'occurrence d'évincer définitivement son concurrent le plus dangereux et ce faisant d'acquérir un pouvoir de quasi-monopole dans un secteur dans lequel le pouvoir de marché des acheteurs est très faible et où le risque d'entrée est très limité du fait du poids des coûts fixes et des économies d'échelle. Pour ne prendre que la décision européenne, il apparaît que si le montant de la sanction pécuniaire (un milliard d'euros) est assez impressionnant, il n'en représente pas moins seulement 4,15% du chiffre d'affaires d'Intel pour une procédure qui s'est étalée sur neuf années. Il est possible de se demander si l'acquisition d'une telle position de marché ne vaut

pas un tel *investissement*³⁸.

Les choses pourraient devenir bien différentes aux États-Unis où plusieurs canaux d'activation des lois *Antitrust* sont disponibles. Il est par exemple beaucoup plus aisé de s'engager dans un *private enforcement*, prenant la forme d'une *private antitrust litigation*. En pareil cas, les risques s'exerçant sur la firme défenderesse sont beaucoup plus élevés dans la mesure où le juge américain peut appliquer des triples dommages. Il est à ce titre tout à fait normal qu'AMD ait intenté une telle action. Celle-ci a été déposée devant l'US Federal District Court dans le Delaware sur la base de la section 2 du Sherman Act de 1890 et des sections 4 et 16 du Clayton Act de 1914. Le procès devrait avoir lieu au premier semestre 2010. Toujours en matière de *private enforcement*, notons que deux actions de groupe (*collective actions*) ont été entamées par des consommateurs dans le Delaware et l'Idaho.

L'aspect le plus intéressant, au point de vue de la comparaison entre les États-Unis et les autres États concernés, tient au fait que le *public enforcement* n'est pas allé de lui-même loin s'en faut. Si des poursuites ont effectivement été engagées sur la base des lois Antitrust de certains états fédérés³⁹, la position de l'État fédéral lui-même a été bien plus prudente. Intel

³⁸ L'impossibilité de pousser le montant maximal des amendes encourues à des niveaux très élevés en matière de droit de la concurrence conduit à mettre en doute la possibilité d'apporter une réelle dissuasion à de tels agissements par les seules sanctions pécuniaires. Les analyses en termes d'impact boursier des conséquences des procédures concurrentielles plaident dans un tel sens, y compris pour le cas des États-Unis où la possibilité de *triples dommages* imposés au civil renforce pourtant significativement le montant des sanctions encourues (Bizjak et Coles, 1995). Ce faisant, la difficile question de l'opportunité de remèdes structurels est à nouveau posée.

³⁹ Une investigation antitrust a été entamée en janvier 2008 par l'Attorney General de l'Etat de New York (State of New York, Attorney General Office, 2008). Les pratiques faisant l'objet d'une investigation sont les mêmes que celles qui ont donné lieu à des condamnations en Europe, au Japon et en République de Corée. Comme le relève le communiqué du ministère de la justice new yorkais : "our investigation is focused on determining whether Intel has improperly used monopoly power to exclude competitors or stifle innovation".

Cependant, l'attitude de l'Etat de New York constitue plus une exception qu'une règle. En effet, l'Attorney General de l'Etat de Californie, dans lequel sont localisés les sièges sociaux des deux groupes, a refusé d'entamer une enquête, déclarant au *San Francisco Chronicle* : « [I'm] not barking at every truck that comes down the street » (Labarton, 2008). En d'autres termes, il n'appartient pas, à son sens, aux autorités de la concurrence d'engager des enquêtes systématiques dès lors qu'une firme se plaint d'être évincée illégalement du marché par l'un de ses concurrents.

pouvait faire l'objet de poursuites à la fois de la part de la Federal Trade Commission (FTC) et de l'Antitrust Division du DoJ (Hawker, 2009). Si la première a attendu de très long mois⁴⁰ avant de diligenter une enquête, la seconde n'a pas pour l'heure engagé de poursuites.

La prudence extrême qui caractérise la Division Antitrust américaine, pour utiliser un euphémisme, doit être mise en perspective avec les débats théoriques et la jurisprudence relatifs aux aspects concurrentiels des remises fidélisantes – et plus généralement à l'autonomie stratégique des firmes dominantes. La crainte est toujours de porter préjudice à la concurrence en entravant un processus *naturel* de disparition des compétiteurs les moins efficaces. La prise en compte du risque de faux positif représente une dimension centrale. Ce souci, qui s'est traduit dans les faits par l'absence de toute poursuite entamée par le DoJ sur la base de la section 2 du Sherman Act, durant les huit années de l'administration républicaine, était particulièrement sensible dans le rapport publié à l'automne 2008 sur l'application du droit de la concurrence aux pratiques unilatérales par ce dernier (Gates, 2009). Aux yeux de Christine Varney, la nouvelle Assistant Attorney General nommée par l'administration démocrate au printemps 2009, ce rapport – auquel la FTC avait refusé de s'associer alors qu'elle avait mené les auditions conjointement avec le DoJ – constituait « *a blueprint for radically weakened enforcement of section 2 of the Sherman Act* ».

En effet, le rapport – aujourd'hui officiellement retiré par le DoJ – consacrait une orientation du droit de l' « Antitrust » américain inaugurée par la mise en sommeil des poursuites à l'encontre de Microsoft dès 2000. Il s'agissait, comme nous l'avons vu, de prévenir le risque de condamner à tort des firmes qui n'auraient fait que jouer le jeu de la concurrence et qui auraient dû leur position dominante qu'à leurs seuls mérites. Selon le rapport, faire courir aux

⁴⁰ Les investigations de la FTC n'ont été lancées qu'en juin 2008 après la nomination à sa tête de William Kovacic. Son prédécesseur, Deborah R. Majoras, qui avait été la cheville ouvrière du compromis entre MS et le DoJ en 2001, avait bloqué la procédure durant plusieurs mois (Labaton, 2008).

entreprises le risque de poursuites antitrust si elles venaient à supplanter leurs concurrents fait peser sur ces dernières une insécurité juridique à même de contrecarrer le processus de concurrence et par conséquent la dynamique d'innovation du secteur⁴¹. En effet, en l'absence de critères clairs et dont l'application est prévisible, comment savoir *ex ante* si une politique commerciale agressive ne risque pas de déboucher sur une sortie du marché d'une firme concurrente qui serait considérée comme anticoncurrentielle par le droit de l' « Antitrust » ?

L'absence de consensus théorique clair sur les effets anticoncurrentiels des politiques de remises de fidélité, expose donc les firmes dominantes à des risques de poursuites et des décisions pouvant difficilement être anticipées. En d'autres termes, l'absence de cadre théorique robuste empêche de disposer d'une règle de décision économique dont l'ensemble des parties prenantes pourraient se saisir *ex ante* pour prévoir la décision du juge. Il s'ensuit bien évidemment des menaces sur le processus de concurrence lui-même dans la mesure où les firmes dominantes peuvent être tentées de *retenir leurs coups* de crainte d'être accusées de manœuvres anticoncurrentielles (Kobayashi, 2005). A ce titre, même si le test issu de la jurisprudence de la Cour Suprême dans l'affaire *Brooke* sur les prix prédateurs peut raisonnablement apparaître comme trop difficile à établir, et à ce titre trop favorable aux firmes dominantes, il présente au moins l'intérêt de minimiser le risque de faux-positif.

Cependant, l'argument du risque de faux positifs est fortement contesté par la nouvelle administration pour laquelle, ce dernier conduit à un quasi-blanc seing donné aux entreprises dominantes⁴². Le retrait du rapport de septembre 2008 est d'ailleurs effectif depuis mai 2009. Le DoJ considérait que ce dernier mettait trop d'obstacles à l'action de l'antitrust contre les

⁴¹ « In order to avoid chilling economically efficient and innovative conduct by single firms faced with uncertainty about competitive effects of their decisions » (Steptoe & Johnson LLP, 2009).

⁴² Selon Christine Varney, la politique précédemment suivie et le rapport publié à l'automne 2008 "had overstated the need to preserve economic efficiency and advocated an extreme hesitancy in face of potential abuses by monopoly firms".

pratiques mises en œuvre par les entreprises dominantes pour exclure leurs concurrents du marché (US DoJ, 2009). Selon le DoJ, l'approche excessivement prudente en matière de conduite unilatérale était fondée sur l'hypothèse que les marchés avaient des caractéristiques auto-correctives, hypothèse aujourd'hui rejetée par la nouvelle dirigeante de la division Antitrust (Varney, 2009).

Cependant, si le discours s'est considérablement durci, il convient de nuancer l'idée selon laquelle les pratiques d'Intel seraient désormais aussi facilement condamnées des deux côtés de l'Atlantique. Il est en effet nécessaire de mettre en exergue les spécificités du cadre institutionnel et juridique dans lequel est mise en œuvre la politique de la concurrence aux Etats-Unis. A l'inverse de l'Autorité de la Concurrence française et de la Commission européenne, les autorités américaines en charge de l'application du droit de la concurrence ne cumulent pas les missions d'instruction des dossiers et de décisions. Elles doivent aller devant les tribunaux et plaider contre le défendeur dans le cadre d'une procédure accusatoire et non plus inquisitoire. Ensuite, les décisions prises par les différentes cours peuvent être incohérentes les unes avec les autres. Elles ne peuvent être unifiées par la Cour Suprême qu'au bout d'un très long processus⁴³. De la même façon, une impulsion politique forte en matière d'application du Sherman Act supposerait un réel revirement de jurisprudence de part la Cour Suprême. Or, non seulement celle-ci est – relativement – tenue par la règle du précédent (principe de la *stare decisis*) mais sa composition actuelle rend pour le moins difficile un revirement vis-à-vis des pratiques anciennes.

Notons, enfin, que l'inflexion que souhaite donner la nouvelle *Assistant Attorney General* à la

⁴³ A ce titre le parallèle avec le cas de la théorie des facilités essentielles s'impose. En effet, si des cours d'appels avaient eu l'occasion d'appliquer cette doctrine depuis les années soixante-dix, le coup d'arrêt ne fut définitivement (?) donné par la Cour Suprême que dans le cadre de sa décision *Trinko* (*Verizon Communications Inc. v. Law Office of Curtis V. Trinko*, 540 US 398) en 2004 (Marty et Pillot, 2009a).

politique de la concurrence américaine, ne fait pas l'objet d'un total consensus au sein même de la nouvelle administration, dans la mesure où elle pourrait revenir à entraver les stratégies de développement des firmes nationales, ce qui réduit d'autant les chances d'un net revirement de jurisprudence qui pourrait changer la donne pour Intel.

5 – Une approche plus économique au niveau européen pourrait-elle conduire à une décision différente ?

De la même façon, il serait possible de s'interroger si la convergence entre les pratiques américaines et communautaires ne pourrait pas venir également d'une évolution de la pratique décisionnelle de la Commission. En effet, celle-ci a récemment réaffirmé sa volonté de promouvoir une application de l'article 82 davantage fondée sur des évaluations économiques au cas par cas que sur des considérations axées sur une interprétation formaliste des textes. Ainsi, pour toute pratique, conviendrait-il de mettre en balance les effets pro et anticoncurrentiels, si tant est que ces derniers soient réellement mesurables....

La pratique décisionnelle européenne s'est en effet longtemps caractérisée par une moindre considération des effets économiques effectifs des pratiques incriminées. Ainsi, comme nous l'avons vu, l'absence d'analyse économique détaillée des répercussions des rabais de fidélité sur la situation effective de concurrence dans les décisions *Michelin II* et *British Airways*, a pu apparaître comme la marque d'une interdiction implicite de telles remises de fidélité pour les entreprises dominantes. La position de la Commission apparaît donc comme intrinsèquement liée à la notion de *responsabilité particulière de l'entreprise dominante* (Fox, 2006), laquelle ne peut mettre en œuvre des stratégies commerciales, qui bien que légales, seraient susceptibles de mettre en cause la pérennité d'une structure de marché de concurrence

effective (Behrens, 2006). L'absence d'évaluation des effets économiques dans un tel cas, apparaît explicitement dans l'arrêt du TPICE (*Court of First Instance (CFI)*) relatif au contentieux opposant British Airways à Virgin Atlantic : « The CFI noted that it was enough that by incentivizing agents to book BA flights, BA had foreclosed competitors from access to these agents. [...] Irrespective of whether there are any effects on consumer welfare, a dominant firm cannot strengthen its dominant position and thereby abuses it ».

Il convient en effet de noter que dans la logique de l'Ecole de Fribourg, le but de la politique de la concurrence est de permettre à l'ensemble des firmes d'avoir accès au marché, et ce faisant, aux opportunités de contracter. Comme le note Anne-Lise Sibony (2009), le but de l'article 82, dans une telle perspective, est de « protéger l'accès des concurrents de l'entreprise en position dominante au marché dominé, et donc aux consommateurs potentiels ». Ce faisant, comme le relèvent Cooper et al. (2005), « ordoliberalism tends to focus on the form – rather than the competitive effect of business relationships ». L'analyse des effets anti-compétitifs des pratiques sur le marché ne s'avère donc pas indispensable dans cette logique à l'inverse de la position américaine influencée par la synthèse Post-Chicago⁴⁴.

Une telle approche de nature formaliste fait bien entendu peser des risques sur le processus de concurrence lui-même dans la mesure où elle peut conduire à sanctionner des firmes qui n'ont au final mis en œuvre aucune pratique anticoncurrentielle. Pour répondre à ce risque de faux positif, lequel était comme nous l'avons vu au centre du rapport du DoJ sur les pratiques unilatérales, la Commission européenne a publié un guide relatif à son interprétation de l'article 82, visant principalement à renforcer la sécurité juridique des opérateurs (Petit, 2009).

⁴⁴ “The Freiburg School tended to equate restrictions on the freedom of economic action (of the contracting parties and for the third parties) with “restrictions of competition”. As such, the Freiburg School focused on the need to protect the conditions of competition, rather than on competition's direct results” (Verouden, 2003).

La Commission considère que cette dernière passe par une approche de nature économique principalement fondée sur l'analyse des effets des pratiques en cause. L'intérêt de la communication de la Commission tient tout particulièrement au fait que celle-ci s'attache principalement à notion d'éviction anticoncurrentielle, laquelle sous-tend la condamnation de Microsoft au travers des refus d'interopérabilité et surtout, en ce qui nous concerne, Intel, au travers des pratiques de remises de fidélité⁴⁵.

Comme nous l'avons déjà souligné, l'éviction anticoncurrentielle au travers de stratégies de verrouillage de marché (forclusion) désigne une situation dans laquelle l'accès des concurrents au marché – que ces derniers soient des concurrents actuels ou potentiels – est entravée, voire empêchée, par la stratégie de l'entreprise dominante, laquelle escompte pouvoir élever ses prix de façon significative, pérenne et profitable une fois ces derniers exclus du marché. Or, selon les termes mêmes employés par la Commission dans sa communication, les critères qu'elle employait traditionnellement étaient excessivement flous et ne pouvaient garantir un degré suffisant de sécurité juridique (Petit, 2009). Par exemple, dans l'affaire Telefonica, elle avait considéré que le seul désavantage subi par une firme concurrente était de nature à affaiblir la concurrence. « The establishment of foreclosure effects does not mean that rivals are forced to exit the market: it is sufficient that rivals are disadvantaged and consequently, led to compete less aggressively⁴⁶ ».

La position adoptée par la Commission européenne était diamétralement opposée à la jurisprudence américaine. Il en aurait également été ainsi si les choses étaient demeurées en l'état quand bien même une inflexion au sein de l'Antitrust américain eut été finalement observée – ce qui est, comme nous l'avons vu, rien moins que certain. Les nouvelles

⁴⁵ Notons que la Commission ne traite dans ses orientations que des abus d'éviction et non des pratiques d'extraction de la rente (Sibony, 2009).

⁴⁶ Wanadoo España v Telefonica, Commission européenne, affaire COMP/38.784, 4 juillet 2007.

directives de la Commission en matière d'application de l'article 82 vont dans le sens d'une convergence avec les pratiques américaines en ce sens qu'elles annoncent un effacement de l'approche formaliste vers une évaluation principalement fondée sur les effets. La Commission considère en effet qu'il lui appartient d'apporter la preuve que les pratiques incriminées suscitent un dommage à l'économie.

L'éviction est considérée comme anticoncurrentielle dès lors qu'elle conduit à la sortie du marché de firmes aussi efficaces que l'entreprise en cause⁴⁷. Il n'en demeure pas moins que dans un contexte d'information incomplète et asymétrique, l'autorité de la concurrence peut éprouver quelques difficultés pour jauger de l'efficacité relative des firmes en compétition. Une insécurité juridique peut naître de la difficulté d'apprécier le coût marginal des firmes ou du flou des notions de substitutions qui permettraient de l'approcher, à l'instar du coût moyen évitable ou du coût moyen incrémental de long terme...

Cependant, le dommage visé par la Commission ne se limite pas, loin s'en faut, au seul critère des prix. Ce dernier peut être apprécié au travers de l'ensemble des paramètres de la concurrence, qu'il s'agisse de la production, des comportements d'innovation, de la qualité ou de la diversité des biens et services offerts. Comme le souligne Nicolas Petit (2009), « the Commission might be tempted to perform an impressionistic and perfunctory, analysis of consumer harm ». En ce sens, les autorités de la concurrence européennes ne se déjugent en rien au regard de l'arrêt du TPICE du 17 septembre 2007 dans l'affaire Microsoft. La condamnation de la firme de Redmond reposait notamment sur le fait que sa stratégie avait entravé le développement de nouvelles applications au détriment du consommateur. En

⁴⁷ Cependant, l'entrée ou le maintien d'une firme, même moins efficace que l'entreprise dominante, peut contribuer à discipliner cette dernière (Petit, 2009). Selon John Hicks (1935), « the best of all monopoly profits is a quiet life ». La Commission fait sienne cette approche dans ses orientations en mettant en exergue le fait qu' « in certain circumstances, a less efficient competitor may also exert a competitive constraint, which should be taken into account ».

d'autres termes, le dommage à la concurrence n'était que potentiel. Cependant, à l'inverse de l'hypothèse du juge Easterbrook selon laquelle le monopole se corrige de lui-même, la Commission considère qu'il s'agit de prévenir l'éviction des concurrents dans la mesure où celle-ci constituerait un dommage irréversible. Elle considère de la même façon qu'un tel dommage pourrait survenir même en l'absence d'exclusion totale du marché. Il suffirait que les concurrents soient suffisamment affaiblis pour ne plus pouvoir constituer une menace pour la firme dominante⁴⁸.

De tels éléments peuvent mettre en doute une totale adoption d'une approche fondée sur les effets, d'autant que la pratique décisionnelle de la Commission en est significativement éloignée, notamment en matière de prise en considération des arguments économiques mis en avant par les entreprises dominantes⁴⁹. Une telle attitude vis-à-vis des pratiques d'exclusion se retrouve dans la décision de la Commission de 2003 relative à Wanadoo⁵⁰. Celle-ci a jugé que si les pratiques n'avaient pas eu lieu, la progression de la part de marché des concurrents *aurait été* plus forte. Remarquons qu'un tel standard de preuve avait déjà été utilisé dans les affaires *Telefonica* et *British Airways*.

La Commission considère en effet que lorsque les pratiques d'éviction sont mises en œuvres par une entreprise dominante dans le but manifeste d'exclusion d'un rival du marché, « *an effect-based approach appears unnecessary burdensome* (Petit, 2009) ». En d'autres termes, dès lors qu'une entreprise dominante met en œuvre des stratégies susceptibles d'entraver le

⁴⁸ "We will not wait until actual [foreclosure] effects have manifested themselves. If we wait until rivals are forced to leave the market then, we have two serious problems. First, you cannot resuscitate a corpse. No matter how effective the regulatory intervention, if it only happens after exit has occurred, then the damage to the market may be permanent. Second, such intervention will completely miss many examples of consumer harm that weaken competitors, but do not kill them. Competitors may be wounded, confined to a small corner of the market, but not killed. Leaving these cases to one side is a recipe for serious under-enforcement" (Kroes, 2006).

⁴⁹ "A close analysis of Commission's decisional practice (and of the CFI's case law) reveals that such dominant firm's counter-allegations are almost systematically rebutted without being subject to a proper, rigorous economic analysis" (Petit, 2009).

⁵⁰ Wanadoo Interactive v. Commission, COMP/38.233, 16 juillet 2003.

processus de concurrence et qui ne pourraient être justifiées sur la base de l'efficacité économique, il convient d'inférer l'existence d'un dommage à la concurrence. Le seul fait d'entraver l'accès aux produits d'une firme concurrente au marché est constitutif d'une stratégie d'éviction concurrentielle. Dans son arrêt du 30 septembre 2003 dit *Michelin II*, le TPICE avait confirmé que les rabais de fidélité devaient en pareil cas faire la preuve d'une interdiction *per se*, sans qu'il soit nécessaire que la Commission apporte la preuve que les rabais en question induisaient un dommage à la concurrence⁵¹. Le risque d'une telle logique trop englobante privilégiant la forme sur les effets est bien sûr de prohiber des pratiques pourtant conformes aux règles de la concurrence et susceptibles d'accroître le bien-être collectif. A ce titre, le risque de *faux-positif* ne peut être tenu pour négligeable dans le cadre d'une telle approche, laquelle n'est pas remise en cause dans ses fondements par les orientations publiées par la Commission. Il appartient donc à la firme incriminée d'apporter la preuve que sa politique de remise participe à la maximisation du bien-être collectif, notamment au travers d'une défense basée sur la mise en évidence de gains d'efficacité liés aux pratiques incriminées. Le fait que de telles charges reposent sur la seule entreprise défenderesse renforce le risque de recours opportunistes au droit de la concurrence visant notamment à augmenter les coûts des rivaux ou à neutraliser totalement ou partiellement les avantages compétitifs des firmes les plus performantes (McAfee et Vakkur, 2005).

Il convient en tout état de cause de souligner que la défense sur la base de l'efficacité ne peut être tenue pour équivalente dans le cadre de l'article 82 que dans celui de l'article 81(3). La prise en compte des gains d'efficacité permet néanmoins de dirimer entre les pratiques qui font l'objet d'une prohibition et celles qui peuvent être tolérées. Il n'en demeure pas moins

⁵¹ L'arrêt du TPICE dans l'affaire *British Airways* (17 décembre 2003, cas T-219/99) reprend cette même logique : « For the purpose of establishing an infringement of article 82 EC, it is not necessary to demonstrate that the abuse in question had a concrete effect on the markets concerned. It is sufficient, in that respect to demonstrate the abusive conduct tends to restrict competition, in other words, that the conduct is capable of having or likely to have such an effect ».

qu'une approche économique au cas par cas est alors nécessaire (Géradin, 2006). La discrimination tarifaire rentre parfaitement dans le cadre des pratiques qui sont susceptibles, sous certaines conditions, d'accroître le bien-être. Or, la méfiance de la Commission européenne va à nouveau être d'autant plus forte que l'entreprise qui applique cette discrimination, par exemple par l'intermédiaire d'une politique de remises de fidélité, occupe une position dominante sur le marché.

A nouveau, le cas Microsoft est pleinement exemplaire d'une telle problématique (Géradin, 2006). Pour justifier son refus de donner accès à ses protocoles d'interface, Microsoft s'était appuyée sur la dégradation des incitations à innover et à investir que connaîtrait une entreprise dominante forcée à partager le fruit de ses investissements passés avec ses concurrents (Marty et Pillot, 2009a). La position de la Commission, dans sa décision de 2004, tint au fait qu'il ne s'agissait pas seulement de tenir compte des incitations qui s'exerçaient sur l'entreprise dominante mais de réaliser une balance entre la dégradation de celles-ci et l'accroissement de celles des concurrents. Or, même si la défense sur la base de l'efficacité a été dans le cas d'espèce considérée, il n'en demeure pas moins que la firme dominante fait face à des obligations bien difficiles à remplir. En effet, comment jauger de telles variations relatives d'incitations à innover ou à investir ?

En effet, il convient de souligner qu'à l'inverse de la situation américaine où la charge de la preuve pèse sur le plaignant, l'entreprise dominante doit toujours, dans le cadre des orientations de la Commission, apporter la preuve de son innocence et la Commission demeure souveraine dans l'appréciation de la suffisance des éléments de preuve apportés (Sibony, 2009). Une défense sur la base des gains d'efficacité induits par ces pratiques est par exemple particulièrement difficile à mettre en œuvre (O'Donoghue, 2005). Le défendeur doit

tout d'abord démontrer que les gains d'efficience en question sont liés à la pratique mise en cause. Il doit montrer qu'en l'absence de celle-ci, il eût été impossible de les obtenir. Il est ensuite nécessaire de démontrer que le gain pour le consommateur est supérieur au dommage causé à la concurrence. Le défendeur doit enfin montrer que la pratique en cause n'aura pas pour effet de supprimer toute concurrence sur le marché. Nous avons vu qu'au-delà de ces conditions drastiques, la firme dominante subissait une certaine présomption de culpabilité rendant encore plus ardue une telle défense. En d'autres termes, les orientations relatives aux pratiques d'éviction anticoncurrentielles n'auraient sans doute pas conduits à une décision différente dans le cas d'espèce.

Au final, la convergence européenne vers des approches plus économiques ne devrait pas plus permettre de combler totalement le fossé transatlantique que les velléités de l'Antitrust américain de rompre avec la *Grande Peur* des faux positifs. Les différences d'approches reposent en effet sur les conceptions mêmes de la concurrence et du rôle du droit de la concurrence, lesquelles diffèrent significativement de part et d'autre de l'Atlantique sans qu'il soit pour autant permis de considérer que la position européenne constitue un certain retard, si ce n'est une arriération, vis-à-vis du cadre théorique américain. Si les deux approches sont perfectibles et si une convergence, souhaitable, est en cours de réalisation, elles n'en traduisent pas moins deux cadres de pensées et d'action cohérents qui ne pourront être totalement rapprochés (Deschamps et Marty, 2008).

En effet, la Commission n'abandonne pas, au travers de ses orientations, loin s'en faut d'ailleurs, la logique de l'ordo-libéralisme⁵². Elle n'annonce pas une évaluation du préjudice à

⁵² « La Commission n'a pas nettement tranché dans ce qui apparaît parfois comme une querelle des anciens et des modernes, anticipant, peut être, un reflux possible du point de vue économique aujourd'hui

partir du surplus du consommateur mais va apprécier celui-ci comme « la fluidité du processus concurrentiel, c'est-à-dire l'accès des consommateurs aux produits concurrents de l'entreprise dominante » (Sibony, 2009). Dans ce cadre, la condamnation de la stratégie d'Intel, qui ne faisait aucun doute au vu de la jurisprudence communautaire avant la publication des orientations de la Commission, n'aurait pas été mise en cause par ces dernières. La Commission persiste à considérer que l'accès de toutes les firmes au marché revêt une valeur en elle-même au point de vue concurrentiel. Ainsi, la stratégie d'Intel en matière de rabais de fidélité allait elle inexorablement conduire à une sanction concurrentielle en Europe, quand le caractère extrêmement restrictif des tests économiques établis par la jurisprudence américaine en matière d'éviction anticoncurrentielle rendaient des poursuites de l'Antitrust Division très peu probables, notamment dans le contexte des années 2000-2008. Cependant, quelles que soient les pratiques, les tests jurisprudentiels ou les fondements théoriques des politiques de concurrence de part et d'autre de l'Atlantique, des pratiques consistants en des paiements directs en faveur de constructeurs ou de distributeurs pour entraver l'accès au marché de produits équipés de puces concurrentes devaient se solder par une condamnation devant les juridictions concurrentielles.

De façon générale, la question du traitement par les autorités de la concurrence des remises de fidélité accordées par les firmes dominantes illustre les divergences transatlantiques en matière de conception de la concurrence tout autant qu'elle met en exergue la question de la sécurité juridique des opérateurs. Il s'agit en effet d'une pratique qui est susceptible dans un certain nombre de cas de renforcer l'efficacité économique et qui, à ce titre, devrait faire l'objet d'une tolérance. Cependant, la difficulté liée à une évaluation au cas par cas fait courir le risque d'apparition de faux négatifs. En d'autres termes, ces pratiques – même si elles se justifient en termes d'efficacité statique et éventuellement d'efficacité dynamique – risquent

dominant, ménageant sans doute les différentes susceptibilités en son propre sein » (Sibony, 2009).

de conduire à la sortie de concurrents de la branche ou à leur marginalisation définitive. Le dommage à la concurrence peut alors devenir irréversible. Il le sera d'ailleurs d'autant plus certainement que l'industrie considérée se caractérise par de forts rendements d'échelle et des barrières à l'entrée élevées... ce qui est le cas du secteur des microprocesseurs. A ce titre, la position américaine ne se justifierait (en faisant abstraction des paiements directs, rappelons le encore) que si l'on fait l'hypothèse de fortes turbulences de marché et de la possibilité de ruptures technologiques majeures. Une logique de *leapfrog competition* rend tout à fait acceptable qu'une seule firme détienne à un instant donné une position quasi-hégémonique sur le marché. Une telle position serait de nature à fortement inciter les firmes à rechercher de nouveaux paradigmes technologiques pour marginaliser l'opérateur dominant. Une telle logique repose, comme nous l'avons vu, sur une hypothèse d'auto-correctivité des marchés, laquelle est rejetée par l'ordo-libéralisme et avec laquelle le droit de l'Antitrust américain essaie aujourd'hui, sinon de rompre, du moins prendre quelques distances.

AREEDA P. and TURNER D. F., (1975), "Predatory Pricing and Practices under Section of the Sherman Act", *Harvard Law Review*, vol. 81, p.697.

BARNETT Thomas O., WELLFORD H.B., (2008), "The DoJ's Single-Firm Conduct Report: Promoting Consumer Welfare through Clearer Standards for Section 2 of the Sherman Act", *Global Competition Policy*, October.

BAUMOL William J. and ORDOVER Januz A., (1985), "The Use of Antitrust to Subvert Competition", *Journal of Law and Economics*, volume 28, n°2, May, pp.247-265.

BECKER Gary, (1968), “Crime and Punishment: an Economic Approach”, *Journal of Political Economy*, volume 76, pp.169-217.

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

BISHOP S. and WALKER D., (2002), *The Economics of EC Competition Law – Concepts, Application and Measurement*, 2nd edition, Sweet and Maxwell.

BIZJAK John M. and COLES Jeffrey L., (1995), “The Effect of Private Antitrust Litigations on the Stock-Market Valuation of Firm”, *American Economic Review*, 85-3, June, pp.436-461.

BOITEUX Marcel, (1956), « Sur la gestion des monopoles publics astreints à l'équilibre budgétaire », *Econometrica*, n° 24, pp.22-40.

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

COASE Ronald, (1972), “Durability and Monopoly”, *Journal of Law and Economics*, volume 15, pp.143-149.

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

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

COOPER J.C., FROEB L., O'BRIEN D.P. and VITA M., (2005), "A Comparative Study of United States and European Union Approaches to Vertical Policy", *Vanderbilt University Law School – Law and Economics Working Paper Series*, n° 05-11, 17p.

COOPER Robert E., (2008), "AMD v. Intel: An Assault on Price Competition", *Global Competition Policy*, March.

DESCHAMPS Marc et MARTY Frédéric, (2006), « Détection et sanction des ententes anticoncurrentielles : L'éclairage de l'analyse économique du droit *Revue Economique et Sociale*, n° 4-2006, décembre, pp.71-82.

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

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

EAGCP, (2005), *The Economic Approach to Article 82*, July, 53p.

ECONOMIDES Nicholas, (2009), “Loyalty / Requirement Rebates and the Antitrust Modernization Commission: What is the Appropriate Liability Standard?”, *The Antitrust Bulletin*, forthcoming.

FEREY Samuel, (2008), *Une histoire de l'analyse économique du droit : Calcul rationnel et interprétation du droit*, Bruylant, collection *Droit et Economie*, Bruxelles, 317p.

FOX Eleanor M. (2006), “Abuse of Dominant Position: The Americanization of European Competition Law”, in Ullrich H., (sd), *The Evolution of European Competition Law: Whose Regulation, Which Competition?*, Edward Elgar, pp.233-237.

GATES S, (2009), “Obama’s Antitrust Enforcers: What Can we Expect?”, *The Antitrust Source*, April.

GERADIN Damien, (2006), “Efficiency Claims in EC Competition Law and Sector-Specific Regulations”, in ULLRICH Hanns (ed.), *The Evolution of European Competition Law – Whose Regulation, Which Competition?*, Edward Elgar, Cheltenham, pp. 313-362.

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

HICKS John, (1935), “Annual Survey of Economic Theory: The Theory of Monopoly”, *Econometrica*, 3-1, p.8.

KIRAT Thierry et MARTY Frédéric, (2007), *Economie du droit et de la réglementation*, Memento LMD, Gualino, Paris.

KLEMPERER P., (1987), “The Competitiveness of Markets with Switching Costs”, *Rand Journal of Economics*, vol. 18, p.138.

KOBAYASHI Bruce H., (2005), “The Economics of Loyalty Discounts and Antitrust Laws in the United States”, *George Mason University School of Law Working Papers Series*, n°40, 28p.

KOVACIC William E., (2008), “Modern US Competition Law and the Treatment of Dominant Firms”, *Comments on the Department of Justice and FTC Proceedings relating to Section 2 of the Sherman Act*, September, 8th.

KROES N., (2006), “Exclusionary Abuses of Dominance – the European Commission’s Enforcement Priorities”, *Fordham University Symposium*, New York, September 25th.

LABATON S, (2008), “In Turnabout, Antitrust Unit Looks at Intel”, *The New York Times*, June, 7th.

LANDE Robert H., (2008), “Intel’s alleged Schemes Affected US Customers”, *University of*

Baltimore Legal Studies Research Paper, n° 2008-10.

McAFEE Preston and VAKKUR Nicholas, (2005), “The Strategic Abuse of Antitrust Laws”, *Journal of Strategic Management Education*, volume 1, n°2.

MARTY Frédéric, (2007), « Le contrôle des concentrations en Europe et aux Etats-Unis : Critères économiques et sécurité juridique », *La Revue de l'OFCE*, n° 100, janvier, pp.85-120.

MARTY Frédéric et PILLOT Julien, (2009a), « Droits de propriété intellectuelle et théorie des facilités essentielles : les divergences transatlantiques en matière de politiques de concurrence », *Revue d'Economie Industrielle*, à paraître, décembre.

MARTY Frédéric et PILLOT Julien, (2009b), « Stratégies juridiques et théorie des facilités essentielles », avec Julien Pillot, in Masson A. (s.d.), *Les stratégies juridiques des entreprises*, Larcier, Bruxelles, juillet, pp.321-338.

MELAMED D., (2006), “Exclusive Dealing Agreements and other Exclusionary Conducts: are there Unifying Principles?”, *Antitrust Law Journal*, volume 73, p.375.

O'DONOGHUE R., (2005), “Over Regulating Lower Prices: Time to Rethink on Pricing Abuses under Article 82 EC”, in EHLERMANN and ANASTASIU (eds.), *European Competition Law Annual 2003: The Abuse of a Dominant Position under EC Competition Law*, Hart Publishing.

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

REY Patrick et TIROLE Jean, (1997), « Analyse économique de la prédation », *Revue française d'Economie*, 12(1), pp.3-32.

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

State of New York Attorney General Office, (2008), “Attorney General Cuomo Launches Antitrust Investigations of Intel – Subpoena Seeks Information on Potentially Monopolistic Practices”, January, 10th.

Steptoe and Johnson LLP., (2009), “US and EU Authorities Signal Tougher Antitrust Enforcement”, *Antitrust and Competition Advisory*, May, 14th.

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

US Department of Justice, (2009), “Justice Department Withdraws Report on Antitrust Law – Antitrust Division to Apply more Rigorous Standard with Focus on the Impact of Exclusionary Conduct on Consumers”, May, 11th.

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

VEROUDEN V., (2003), “Vertical Agreements and Article 81(1) EC. The Evolving Role of Economic Analysis”, *Antitrust Law Journal*, vol. 71, pp. 525-573.