

COUR DE CASSATION
Conférence du 24 février 2005

« La concurrence par les mérites »

Par
Barry E. HAWK¹

Il m'a été demandé de fournir une analyse comparative de l'article 82 et de son équivalent américain, la section 2 du Sherman Act. Ces deux lois comportent un élément structurel (la position dominante et le monopole) et un élément comportemental (la conduite abusive ou monopolistique). Mes commentaires rapides se focaliseront sur l'élément comportemental, en prêtant une attention particulière à sa définition, par exemple, comme un comportement ou des pratiques ne permettant pas une concurrence effective ("competition on the merits").

Mes remarques seront organisées autour de cinq propositions :

1. LE TEXTE MEME DES LOIS N'EST PAS D'UNE GRANDE AIDE POUR DISTINGUER UN COMPORTEMENT ECONOMIQUE ACCEPTABLE (LEGAL) D'UN COMPORTEMENT ECONOMIQUE INACCEPTABLE (ILLEGAL)

La section 2 du Sherman Act énonce que : "toute personne qui monopolisera, ou tentera de monopoliser, ou s'associera ou se mettra d'accord avec une ou plusieurs autres personnes en vue de monopoliser une quelconque partie des affaires ou du commerce entre plusieurs Etats, ou avec des pays étrangers, sera considérée coupable d'un crime..."²

Bien que la section 2 distingue trois infractions différentes, je me concentrerai sur "le monopole réel" qui correspond le plus à l'article 82.

La section 2 emploie un langage général qui permet une large interprétation et la "*common law*" ne fournit aucun précédent clair pour en guider l'interprétation. La loi n'a subi aucune modification depuis 1890 et, ainsi, l'interprétation de la section 2 a été laissée entièrement aux juridictions depuis les 115 dernières années.

L'article 82 lui-même ne définit pas l'abus en termes généraux, mais donne une liste non exhaustive d'exemples, comprenant :

- le fait "d'imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables ;
- le fait de limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs ;

¹ Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP; Director, Fordham Corporate Law Institute; Professor of Law, Fordham University. Je souhaiterais remercier Andreas Reindl pour ses commentaires sur un précédent projet et Elodie Deschamps, Estelle Guyon Abinal et Sonet Khong pour leur assistance dans les recherches et la traduction.

² 15 U.S.C. sec. 2 (1994): "Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony ..."

- le fait d'appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ;
- le fait de subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats".

A première vue, les exemples d'abus envisagés par l'article 82 semblent fournir plus d'informations (et des contraintes élargies) quant à l'application de l'article 82. Par exemple, certains objectifs sous-jacents sont plus facilement discernables dans l'article 82 que dans la section 2, tel que l'équité qui est reflétée par l'exemple des "conditions de transaction non équitables". Cependant, l'article 82 possède ses propres ambiguïtés et questions en suspens. Il me semble qu'il est juste de dire que les exemples ne constituent pas des modèles de clarté législative et les juridictions européennes n'ont pas concentré leurs analyses sur l'exégèse du texte de ces exemples. De manière plus importante, il n'est pas évident (du moins en ce qui me concerne) s'il s'agit d'une grille d'analyse globale ou d'un test.

2. LES JURIDICTIONS EUROPEENNES ET AMERICAINES ONT ENONCE DES DEFINITIONS GENERALES DE L'"ABUS" ET DU "MONOPOLE" DANS LEUR JURISPRUDENCE, MAIS CES FORMULATIONS GENERALES FOURNISSENT DES FAISCEAUX D'INDICES (TERMES QUALIFIANTS) QUI N'OFFRENT AUCUNE INDICATION FERME DANS LES ESPECES COMPLEXES IMPLIQUANT DES COMPORTEMENTS CONCURRENTIELS AMBIGUS (TELS QUE LES PRIX REDUITS, LE REFUS DE CONCLURE ET LES NOUVEAUX PRODUITS)

Les définitions traditionnelles de l'abus au sens de l'article 82 sont :

Hoffman La Roche : "une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une concurrence normale des produits ou services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence"³.

Michelin : L'article [82] du Traité impose à une société en position dominante, "indépendamment des causes d'une telle position, une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte par son comportement à une concurrence effective et non faussée dans le marché commun", conformément à "l'objectif général assigné par l'article 3(f) du Traité". "L'article [82] du Traité vise les comportements qui sont de nature à influencer la structure d'un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle (...) au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence"⁴.

Il me faut aborder deux points concernant ces définitions.

³ Hoffman La Roche & Co. contre Commission des Communautés européennes, 13 février 1979, Affaire 85/76.

⁴ NV Nederlndsche Banden Industrie Michelin contre Commission des Communautés européennes, 9 novembre 1983, Affaire 322/81.

Premièrement, un abus est considéré comme différent d'une "concurrence normale". Ceci fait écho à une jurisprudence américaine ancienne. La Cour Suprême américaine dans un arrêt dit Standard Oil de 1911 a énoncé que les actes ne constituant pas "des méthodes normales de développement industriel" constituaient des prises de monopoles illégales au regard de la section 2.

Les décisions américaines telles que Standard Oil utilisent "anormales" au sens normatif du terme et non au sens descriptif d'aberrant, peu fréquent, atypique ou particulier (Standard Oil a par exemple condamné l'acquisition de concurrents). De manière similaire, la Cour de Justice a condamné dans son arrêt Michelin les contrats d'achat exclusif comme des "méthodes concurrentielles anormales" bien que de tels accords ne soient ni aberrants ni atypiques que ce soit de manière générale ou dans le secteur particulier de l'industrie du pneu.

Mais les juridictions n'ont pas défini de critères pour le test normatif. Par exemple, le fait pour une société en position dominante d'adopter une nouvelle méthode de production ou d'exercice d'une activité est-il anormal et, dès lors, illégal ? D'autres exemples visent le fait de réduire les prix sélectifs afin d'augmenter le nombre de nouveaux clients, d'ajouter de nouvelles fonctionnalités à un produit et de refuser d'accorder une licence ; tous ces comportements peuvent être considérés comme normaux de manière empirique.

Deuxièmement, les définitions de l'abus dans les arrêts Vitamines et Michelin requièrent sans doute des preuves des effets anticoncurrentiels. Le comportement de la société en position dominante doit avoir pour effet de faire obstacle "au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence". Néanmoins, cette référence aux effets anticoncurrentiels fournit peu d'indications sur la nature des effets anticoncurrentiels (par exemple, préjudices subis par les consommateurs en termes de prix ou effets sur le rendement comparés avec l'affaiblissement des concurrents) ou sur le degré de ces effets.

La définition la plus courante d'un monopole réel de la section 2 est celle donnée par la Cour Suprême en 1966 dans sa décision Grinnell : "l'acquisition ou le maintien délibéré d'un pouvoir de monopole à distinguer de la croissance ou du développement lié à un produit de qualité supérieure, au sens aigu des affaires ou à un hasard historique"⁵. Toutefois ce test fournit peu d'indications (et pas de théorie normative sous-jacente) quant à ce qui constitue un "produit de qualité supérieure" ou le "sens aigu des affaires". Comme s'interroge le Professeur Elhauge : "pourquoi le fait de refuser de partager un produit de qualité supérieure avec ses concurrents afin de les chasser du marché ne serait pas simplement avoir "un sens aigu des affaires" ? Si une société baisse ses prix quand ses concurrents pénètrent sur le marché afin de les en chasser et de rétablir des prix de monopole, est ce que cela revient à réussir du fait d'"un sens aigu des affaires" ou de "la qualité supérieure d'un produit" dans l'hypothèse où les prix ainsi réduits sont supérieurs au prix de revient"⁶ ?

La référence au caractère "délibéré" n'apporte rien à l'analyse. En supposant que le terme "délibéré" englobe une sorte de concept "d'intention", cette référence n'apporte quasiment rien à l'analyse. De manière générale, les tribunaux américains déduisent "l'intention" du comportement et, par conséquent, la constatation d'une intention [illégal] de monopoliser ou d'exclure suit la conclusion que le comportement était illégal. En outre, la preuve de l'intention est un concept imprécis et insaisissable dans le cadre de la loi américaine antitrust. Premièrement, la preuve de l'intention de nuire à ou d'exclure ses concurrents peut être équivoque, comme l'a constaté le Juge et

⁵ United States v. Grinnell Corp., 384 U.S. 563 (1966) : "the willful acquisition or maintenance of [monopoly] power as distinguished from growth or development as a consequence of a superior product, business acumen, or historic accident".

⁶ Elhauge, Defining Better Monopolization Standards, 56 Stanford L. Rev. 253, 263 (2003).

Professeur Eastbrook dans l'affaire Poultry Farms : "Presque toutes les preuves portant sur "l'intention" tendent à démontrer tant la cupidité que la jubilation face à la situation fâcheuse d'un concurrent... [Cependant,] les entreprises n'ont pas besoin d'apprécier leurs concurrents ; elles n'ont pas besoin de les encourager à réussir ; le désir d'écartier un concurrent est parfaitement cohérent avec la concurrence, et en constitue souvent la motivation"⁷. Peut-être plus fondamentalement, la preuve de l'intention d'exclure des concurrents est par nature suspecte (sinon vaine ou inepte) dans la mesure où la conquête d'un monopole (100 % du marché) n'est pas en soi illégale et, ainsi, l'intention subjective de parvenir à un monopole en excluant tous les concurrents ne devrait pas être la preuve d'un comportement illégal ; en d'autres termes, seul le monopole créé (ou maintenu) par un "mauvais" comportement est illégal et l'enquête devrait se focaliser (exclusivement) sur le fait de savoir si le comportement est indésirable et non sur l'intention"⁸.

Selon la section 2 et en dépit de la référence faite au caractère "délibéré" par la décision Grinnell, l'intention joue un rôle moindre en ce qui concerne les plaintes et pratiques récurrentes (par exemple les politiques de prix prédateurs) pour lesquelles les tribunaux ont développé des règles particulières (par exemple les règles de coûts et de couverture de coûts ci-après)⁹. Les tribunaux sont devenus familiers avec la catégorie générale des prétendus comportements illégaux et ressentent apparemment moins le besoin d'une preuve de "l'intention" pour qualifier ce comportement particulier, la preuve de l'intention étant limitée aux cas complexes pour lesquels les tribunaux manquent d'expérience.

En plus des définitions traditionnelles de l'abus de l'article 82 et du monopole réel de la section 2 évoqués précédemment, d'autres jugements parlent en termes "d'exclusion", "d'anticoncurrentiel", de "prédateur" et de "concurrence faussée (*not on the merits*)"¹⁰. Ces termes fournissent également peu d'indications puisqu'ils n'offrent pas de critères bien définis permettant de séparer les comportements souhaités des comportements indésirables qui tendent à exclure les concurrents. Les termes sont souvent réunis, par exemple, la Cour Suprême dans la décision Aspen, cite en approuvant ce qui suit : "Ainsi "l'exclusion" englobe un comportement qui non seulement (1) tend à restreindre les possibilités des concurrents, mais également (2) soit ne permet pas l'exercice d'une véritable concurrence soit le permet d'une façon inutilement restrictive"¹¹.

Le principal problème de "l'exclusion" réside dans le fait que toutes les pratiques concurrentielles couronnées de succès qui augmentent la part de marché d'une société "excluent" les concurrents. Le fait d'offrir des produits de meilleure qualité peut "exclure" des concurrents ; c'est seulement dans un marché concurrentiel parfait (où il n'y a pas de problème d'*antitrust*) que les concurrents ne tiennent pas compte de concurrents particuliers. Le Professeur Elhauge conclue que : "la profonde vacuité de ce type de standard est nettement illustrée par le fait que le même comportement – l'utilisation des réductions de prix au-dessus du prix de revient afin de chasser les concurrents – a été identifié comme "permettant le libre jeu de la concurrence" aux Etats-Unis mais

⁷ 881 F. 2d 1936, 1401-02 (7th Cir. 1989), cert. denied, 494 U.S. 1019 (1990).

⁸ Hawk, Attempts to Monopolize --- Specific Intent as Antitrust's Ghost in the Machine, 58 Cornell Law Review 1121 (1973).

⁹ Brooke Group v. Brown & Williamson, 509 U.S. 209 (1993).

¹⁰ Voir par exemple Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp, 472 U.S. 585 (1985); Case T-65/89, BPB Industries Plc and British Gypsum Ltd v Commission des Communautés européennes, 1er avril 1993, Rec.1993, p.II-389, Affaire T-65/89 ECR II-0389.

¹¹ 3 P.Areeda & D. Turner, Antitrust Law 78 (1978).

pas comme "une concurrence normale" en Europe. Quelque chose sous-tend ces conclusions, mais ce n'est pas le sens arrêté de termes tels que "exclusion", "concurrence", "libre jeu", ou "normal"¹².

3. L'INSUFFISANCE DES DEFINITIONS GENERALES ET DES TERMES QUALIFIANTS ENVISAGES PRECEDEMMENT EST REFLETEE PAR LEUR REMPLACEMENT PAR DES TESTS SPECIFIQUES QUI ONT ETE DEVELOPPES POUR DES PRATIQUES RECURRENTES CONTESTABLES TELLES QUE LA PRATIQUE DE PRIX PREDATEURS ET LES REFUS DE CONCLURE

Les juridictions tant européennes qu'américaines ont mis en place des tests spécifiques (bien que différents) pour se prononcer sur des plaintes récurrentes. Par exemple, les tests concernant la politique de prix prédateurs au sens de l'article 82 et de la section 2 n'invoquent ni les définitions traditionnelles de l'abus ou du comportement monopolistique ni des termes qualifiants tels que "le libre jeu de la concurrence", "les pratiques d'exclusion", etc. Les juridictions ont plutôt adopté des tests de prix spécifiques au comportement contesté¹³. Le refus d'accorder une licence est également sujet à un test particulier selon l'article 82¹⁴.

4. LES DIFFERENTES HYPOTHESES SOUS-JACENTES (ECONOMIQUES ET JURIDIQUES) ET LES OBJECTIFS LEGISLATIFS PEUVENT AIDER À COMPRENDRE LES DECISIONS JUDICIAIRES MIEUX QUE LES DEFINITIONS GENERALES ET LES TERMES QUALIFIANTS. CES OBJECTIFS ET SUPPOSITIONS AIDENT EGALEMENT A EXPLIQUER LES DIFFERENCES DE SOLUTIONS ENTRE LA SECTION 2 ET L'ARTICLE 82

Plusieurs objectifs législatifs et suppositions tendent vers des résultats plus durs ou plus sévères en application de l'article 82 qu'en application de la section 2.

Premièrement, il y a aux Etats-Unis un profond scepticisme quant à l'efficacité d'une intervention gouvernementale en matière d'*antitrust*. Par exemple, la Cour Suprême a rejeté les prix abusifs comme étant une conduite monopolistique¹⁵. Etant données les difficultés théoriques et pratiques à déterminer le caractère "raisonnable" ou "non abusif" d'un prix. Il y a également un profond scepticisme quant à la faisabilité d'une intervention judiciaire qui ferait des tribunaux des commissions de service public en essayant de déterminer les coûts, les prix, etc. ; une injonction générale de ne pas pratiquer des prix excessifs ne constitue pas un remède efficace. Par exemple, la Cour Suprême dans la décision *Trinko* réduit les circonstances dans lesquelles le monopoleur refuse illégalement de traiter ou de coopérer avec un concurrent, en énonçant en termes généraux : "Aucune juridiction ne devrait imposer un devoir de conclure qu'elle ne peut pas expliquer ou surveiller de manière adéquate et raisonnable. Le problème devrait être considéré comme

¹² Voir Elhauge, 264-65. Elhauge poursuit au paragraphe 267 : "La Cour [Suprême] a reconnu à deux reprises que d'après son test il "est parfois difficile de distinguer une compétition énergique d'un comportement ayant des effets anticoncurrentiels à long terme, et ainsi s'est focalisée consciemment sur l'utilisation des exigences du pouvoir de marché du 2 pour éviter à son standard inepte de comportement d'exclusion d'entraîner une diminution du comportement de marché désirable dans notre économie".

¹³ Comparer *Brooke* (section 2) avec *AKZO contre Commission*, 1991, Affaire 62/86 (Article 82). .

¹⁴ Voir, par exemple, *IMS Health GmbH contre NDC Health GmbH*, 29 avril 2004, Affaire 418/01 et *Oscar Bronner*, 1998, Affaire 7/97. .

¹⁵ *Verizon Communications Inc. v. Trinko*, 124 S. Ct. 872 (2004).

irréremédiable au regard de la réglementation sur la concurrence lorsque l'accès forcé aux moyens de production exige que la juridiction assume les contrôles quotidiens caractéristiques d'une autorité de régulation".

Le scepticisme juridique ne semble pas partagé par les interprètes de l'article 82. La Cour de Justice parle d'entreprises en position dominante ayant des "responsabilités spéciales" vis-à-vis des concurrents et des consommateurs. Cela conduit à une approche plus interventionniste ou réglementaire selon l'article 82. Comme le Juge et Professeur Joliet le soulignait dès 1970¹⁶, l'article 82 a pour but de réglementer la conduite des entreprises en position dominante et de les empêcher d'utiliser abusivement leur pouvoir, et non simplement de les empêcher d'étendre ou de protéger leur pouvoir. Comme le note le Professeur Amato, l'article 82 reflète une "démangeaison réglementaire européenne"¹⁷. En effet, historiquement, la Communauté Européenne a été plus encline à accepter les positions dominantes et à réglementer la conduite de l'entreprise dominante par le biais de l'article 82. Cette attitude contraste avec la position historique américaine qui consiste à attaquer et briser les positions dominantes, créées ou maintenues par des moyens inacceptables mais à refuser de jouer un rôle de "régulateur" *antitrust* en vertu de la section 2. La plus récente expression du scepticisme des tribunaux américains quant aux possibilités judiciaires et leur répugnance à prendre un rôle "régulateur" se trouve dans la décision Trinko de la Cour Suprême l'année dernière¹⁸.

Une autre hypothèse juridique se trouve dans le fait que les tribunaux américains prennent des décisions fortement dissuasives (quitte à condamner des comportements non répréhensibles) plutôt que peu dissuasives (qui ne condamnent pas certains comportements répréhensibles).¹⁹

Les tribunaux américains semblent également plus disposés à faire l'hypothèse économique que le pouvoir de marché diminuera dans un temps très court et ils ont une croyance solide dans les tendances auto correctrices du marché. De nombreux commentateurs opposent le contexte historique américain avec le contexte historique de l'article 82 où les entreprises publiques en position dominante n'avaient quasiment aucun risque de diminution de leur puissance de marché²⁰.

¹⁶ Monopolisation and Abuse Of A Dominant Position, 1970.

¹⁷ G. Amato, *Antitrust and the Bounds of Power* (1997).

¹⁸ *Verizon Communications Inc. v. Trinko*, 124 S. Ct. 872 (2004).

¹⁹ Un critique de l'approche actuelle américaine décrit ce qui suit : "La concurrence, elle-même, est peinte comme un processus de batailles et les monopoleurs sont envisagés comme des concurrents "agressifs" ou "durs" dont l'inclination à l'exploitation et à l'exclusion devrait plutôt être prouvée que présumée. De plus, les normes juridiques qui permettent trop aisément la condamnation des stratégies d'affaires de la société dominante, quelque soit leur niveau d'agressivité, peuvent vraisemblablement dissuader, en risquant de faire condamner des comportements non répréhensibles, et refréner l'ardeur de la concurrence sur le long terme. La probabilité de ne pas condamner des comportements répréhensibles est sous-estimée, souvent basée simplement sur l'hypothèse générale que des stratégies d'exclusion réussissent rarement et, donc, essayent rarement...On considère typiquement que c'est dans cette logique que des sociétés dominantes ont "gagné" leur dominance et que quand elles sont assiégées par leurs concurrents, grands et petits, elles devraient avoir "le droit" de se défendre plutôt que de simplement livrer les fruits de leur connaissance avancée. Gavil, *Exclusionary Distribution Strategies by Dominant Firms: Striking a Better Balance*, 72 *Antitrust L. J.* 3 (2004).

²⁰ Le Professeur Gerardin indique qu'une explication possible à la plus grande volonté générale dans la Communauté Européenne d'imposer des devoirs aux monopoleurs et que, comparé aux Etats-Unis, plus de monopoles en Europe ont été créés par la loi, les aides d'Etats, ou des rapprochements autorisés plutôt que par l'innovation ou d'autres investissements. Voir Gerardin, *Limiting the Scope of Article 82 EC: What Can the EC Learn from the U.S. Supreme Court Judgment in Trinko in the Wake of Microsoft, IMS, and Deutsche Telekom?* Voir 41 *Common Market Law Review* 1519 (2004).

Cette explication, toutefois, ne correspond pas exactement aux décisions portant sur l'article 82 qui concernaient les sociétés privées et non les entreprises publiques, notamment Michelin, Hoffman La Roche, United Brands, Commercial Solvents et Microsoft.

Il semble qu'il y ait une plus grande tolérance pour la concurrence dure aux Etats-Unis et une plus grande sensibilité pour l'efficacité et l'effet dissuasif possible de règles juridiques trop larges. Comme le Juge Learned Hand l'a observé dans l'affaire *Alcoa*, "Le concurrent qui a réussi, que l'on a pressé de concurrencer, ne doit pas être pénalisé lorsqu'il a gagné".²¹ Une trop grande dissuasion diminue les motivations comme l'illustre pertinemment l'affaire *Trinko* où la Cour Suprême a reconfirmé son refus de considérer comme déloyaux des prix abusifs : " La simple possession d'un pouvoir monopolistique, et la pratique concomitante de prix monopolistiques n'est pas seulement non illégale ; c'est un élément important du système de marché libre. L'opportunité de pratiquer des prix monopolistiques --- au moins pour une courte période --- attire d'emblée "le sens des affaires" ; cela incite à la prise de risques qui entraîne l'innovation et la croissance économique."²²

Une autre explication des différences de résultats entre l'article 82 et la section 2 est qu'il existe une plus grande confiance judiciaire pour l'économie dans la section 2. Par exemple, la couverture des coûts est exigée lors de la pratique de prix déloyaux au titre de la section 2 mais ce n'est pas encore le cas au regard de l'Article 82²³. Un autre exemple est l'acceptation par les tribunaux de la critique générale des économistes portant sur les théories d'effet de levier qui a abouti à ce que les plaintes concernant les concentrations et déconcentrations monopolistiques fassent l'objet d'un minutieux examen juridique sceptique. Par conséquent, l'actuelle approche américaine des plaintes en matière d'effet de levier et de "marchés avoisinants" se révèle plus tolérante que l'approche faite au titre de l'Art. 82²⁴.

De plus, depuis plusieurs dizaines d'années, les Etats-Unis considèrent une certaine forme d'efficacité et de bien-être du consommateur comme un élément important si ce n'est comme l'objectif politique primordial du droit de la concurrence, y compris de la section 2. Il n'est pas surprenant, donc, que certaines décisions américaines mentionnent ou invoquent "l'efficacité" bien qu'il ne soit pas évident de savoir si l'efficacité économique est l'unique critère normatif ou seulement un élément parmi d'autres pour déterminer si la conduite en question constitue une conduite monopolistique. Par exemple, dans l'affaire *Aspen*, la Cour suprême a déclaré : "si une société a "tenté d'exclure ses concurrents sur la base d'un motif autre que l'efficacité, il convient à juste titre de qualifier son comportement de prédateur"²⁵. La Cour s'est jusqu'à présent concentrée

²¹ "The successful competitor, having been urged to compete, must not be turned upon when he wins." *United States v. Aluminum Co. of America (Alcoa)*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945).

²² *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 124 S. Ct. 872, 879 (2004). Certains commentateurs se demandent si cette notion de dissuasion excessive n'est pas exagérée --- voir Gavil : "est-il vrai que l'espoir des profits générés par le monopole est le principal moteur de l'innovation et du progrès économique ?...Les profits qui ne proviennent pas d'un monopole, constituent les principaux catalyseurs de l'innovation "attirant le sens des affaires". Il suffit [simplement] d'observer le rythme rapide d'innovation dans des marchés hautement concurrentiels et dynamiques -- où aucun réel espoir de monopole n'existe -- pour savoir si le moindre espoir qu'un monopole apparaisse et soit tout à fait propice pour que les entreprises créent."

²³ Comparer l'affaire *Brooke* à l'affaire *Tetra Pak II*, 1996, Affaire 83/91.

²⁴ Par exemple, en 2004 la Cour Suprême a reconfirmé son rejet des théories d'effet de levier de monopole en exigeant une preuve spécifique d'une "dangereuse probabilité" de monopolisation du second marché. Voir l'affaire *Trinko*.

²⁵ Comme Elhauge l'a souligné, "la Cour a aussi dit que la conclusion du jury que le comportement par un objectif économique normal était étayée par l'échec du défendeur à offrir une justification d'efficacité à son comportement.

uniquement sur l'efficacité a posteriori qui ignore la réalité antérieure qui est que c'est précisément la capacité d'exclure des concurrents de sa propriété et de pratiquer un prix au-dessus du coût marginal d'utilisation qui est nécessaire pour encourager les investissements antérieurs lesquels ont créé la propriété, ou ont augmenté ou maintenu sa valeur.²⁶

Des ambiguïtés ou des questions demeurent malgré les affirmations (rhétoriques) de soutien à l'efficacité et au bien-être du consommateur, par exemple la perspective du court terme contre le long terme, c'est à dire protéger les concurrents actuels malgré l'efficacité à court terme, et ce, en vue d'assurer l'existence de concurrents dans le long terme ("il ne peut y avoir de concurrence sans concurrents").

Finalement, les objectifs législatifs expliquent aussi les différences entre les résultats de l'article 82 et de la section 2, certainement mieux que les définitions abstraites rappelées précédemment ou les termes qualifiants qui sont utilisés dans les deux systèmes.

"L'équité" est une considération importante au regard de l'Article 82 mais ce n'est plus le cas sous la section 2. Le meilleur exemple d'équité dans l'Article 82 concerne des abus "exploiteurs" comme la fixation de prix excessifs. L'équité se conçoit difficilement dans une analyse du bien-être et de l'efficacité vus sous l'angle économique mais se conçoit plus facilement dans la concurrence vue comme une rivalité ou un processus.

Les objectifs du Traité de la Communauté autres que ceux portant sur la concurrence, comme l'intégration du marché ont influencé l'application de l'Article 82. Par exemple, le but d'intégration du marché a probablement influencé la condamnation par la CEJ, dans l'affaire United Brand, des prix excessifs que pratiquait un Etat membre par rapport à un autre.

Finalement, l'approche ordolibérale ou la thèse de "la liberté économique" a énormément influencé l'interprétation de l'Art. 82²⁷. L'approche ordolibérale cherche à protéger "la liberté économique de l'individu d'agir en tant que valeur en soi, contre tout affaiblissement du pouvoir

Finalement, la Cour a résumé son analyse en disant que le témoignage soutenait la conclusion que le défendeur n'avait pas été motivé par une question d'efficacité et qu'il désirait sacrifier les bénéfices à court terme et sa clientèle de consommateurs en échange d'un impact à long terme sur son concurrent plus petit".

²⁶ See id.

²⁷ Voir, par exemple, l'affaire Hoffman-LaRoche et Michelin I : voir Kallaugher and Sher, Rebates Revisited: Anti-Competitive Effects and Exclusionary Abuse Under Article 82, 2004 European Competition Law Review 263. Quand les sociétés dominantes utilisent des méthodes de concurrence basées sur la performance (par exemple, améliorations dans la qualité ou dans le service après-vente), elles devraient être libres de concurrencer, même si leur conduite nuit aux concurrents. Ce critère ou cette approche semble avoir été adopté par la Cour Européenne de Justice dans les affaires Hoffman-LaRoche et Michelin I : l'abus consiste en un comportement :

- (1) qui a pour effet de réduire la concurrence dans un marché ou d'empêcher l'apparition de nouvelle concurrence ; et
- (2) dont l'effet est causé "par des moyens autres que la concurrence normale basée sur la performance des opérateurs commerciaux."

Un problème-clé dans l'affaire Hoffmann-LaRoche était donc de déterminer si les remises en cause pouvaient être caractérisées comme une forme de concurrence fondée sur la performance. La Cour a jugé que les remises dans ce cas ne pouvaient pas être considérées comme telles, parce que "elles ne sont pas basées sur une performance économique justifiant ce fardeau ou cet avantage, mais sont conçues pour priver ou limiter l'acheteur dans ses choix possibles de sources d'approvisionnement et pour empêcher d'autres producteurs d'accéder au marché".

La Cour a également indiqué qu'un système de plan de remises purement quantitatives et non discriminatoires était une forme de comportement basée sur la performance qui n'entrait pas dans le champ de l'article 82.

excessif du marché".²⁸ Ce raisonnement était fréquemment à la base de l'application (trop large) de l'Article 81 (1) concernant les accords "restrictifs". Quelques commentateurs soutiennent que la thèse de "la liberté économique" est aussi à la base d'une approche appelée *per se* de l'achat exclusif et des remises de fidélité notamment dans l'affaire Michelin II, dans la mesure où les effets nuisibles n'ont pas besoin d'être prouvés (par exemple l'importance du verrouillage du marché) et les justifications étant rejetées en principe. Cela a abouti à une analyse structurelle selon laquelle le comportement de sociétés prétendument dominantes a été condamné sans évaluation économique des effets de verrouillage du marché ou sans analyse de l'efficacité qui aurait pu justifier ce comportement.²⁹

Il faut noter que les hypothèses économiques et juridiques et les considérations législatives décrites précédemment évoluent dans le temps. Il pourrait donc y avoir une convergence croissante des solutions retenues en vertu de l'article 82 ou de la section 2 si les tribunaux et les décideurs européens adoptaient tout ou partie des hypothèses et considérations législatives des Etats-Unis.

5. L'INSATISFACTION FACE A LA DÉFINITION GÉNÉRALE DU MONOPOLE RÉEL DANS LA SECTION 2, L'EMPHASE ACTUELLE MISE SUR L'EFFICACITÉ ET LES INTERROGATIONS CONCERNANT LA DISSUASION ACCRUE ET L'ADMINISTRATION JUDICIAIRE ONT ENTRAÎNÉ LA PROPOSITION D' UN CERTAIN NOMBRE DE PROPOSITIONS DE TESTS

L'insatisfaction face à la définition générale du monopole réel, l'emphase actuelle mise sur l'efficacité et les interrogations concernant la dissuasion accrue et l'administration judiciaire ont entraîné la proposition d'un certain nombre de tests. Plusieurs de ces propositions sont brièvement résumées ci-après.

a. Le test du concurrent aussi efficace

Le Juge et Professeur Posner a proposé le test du concurrent aussi efficace, qui revient à dire qu'il existe un comportement monopolistique seulement dans le cas où un concurrent plus efficace ou aussi efficace est exclu.³⁰ Le Professeur Gavil³¹ critique ce test sur plusieurs points, à savoir : 1) "il présume qu'il ne peut y avoir aucun dommage au consommateur dans l'exclusion d'un concurrent moins efficace." Cependant, l'entrée d'un concurrent même moins efficace peut stimuler la concurrence et faire baisser les prix si une société dominante applique des prix monopolistiques." 2) "même si un tel test était applicable d'un point de vue économique et politique, il serait difficile de l'appliquer. Mesurer "l'efficacité comparative" est au mieux, une entreprise délicate, et serait probablement un critère très difficile à appliquer en pratique." 3) "il est difficile d'imaginer comment un requérant, au moment des plaidoiries, posséderait les informations nécessaires pour soutenir qu'il était au moins "aussi efficace" que le défendeur."

b. Le test du sacrifice

²⁸ Voir Möschel, Competition Policy from an Ordo Liberal Point of View, in A. Peacock & H. Willgerodt ed German Neo-Liberals And The Social Market Economy 142, 147 (1989)

²⁹ Voir Kallaugh and Sher p.271. Voir aussi Venit, Article 82: The Last Frontier --- Fighting Fire with Fire? Fordham International Law Journal (à venir).

³⁰ Voir Posner, Antitrust Law 194-95 (2d ed 2001).

³¹ Voir Gavil, Exclusionary Distribution Strategies by Dominant Firms: Striking a Better Balance, 72 Antitrust L. J. 3 (2004).

Le test du sacrifice est probablement l'un des tests dont on a le plus parlé récemment pour définir un monopole effectif. Il s'agit de rechercher des conduites qui impliquent le sacrifice des bénéfices à court terme, sacrifice qui ne serait profitable que dans le cas où l'entreprise engrange des contreparties monopolistiques à long terme en excluant ou disciplinant ses concurrents. Le Justice Department et la Federal Trade Commission ont soutenu, comme *amicus curiae*, un test du sacrifice dans l'affaire Trinko.³²

Le test du sacrifice a été critiqué par un bon nombre de commentateurs³³ et, de fait, le Gouvernement pourrait avoir légèrement battu en brèche dans sa dernière requête dans l'affaire Trinko. Quelques unes des critiques sont citées ici. La première est que le test du sacrifice risque de ne pas couvrir les comportements indésirables d'exclusion qui ne demandent pas de sacrifices de coûts.³⁴ Deuxièmement, le test risque d'être trop global et de condamner des conduites visant à renforcer l'efficacité de façon anticipée.³⁵ Troisièmement, le statut du test du sacrifice demeure pour la justice pour le moins incertain.³⁶

³² Requête du Gouvernement, 16, Trinko : "[Un] droit du monopoleur de refuser la coopération avec ses concurrents n'est pas complètement libre. Si un tel refus implique un sacrifice de bénéfices ou une renonciation à des avantages commerciaux et que ces sacrifices n'ont un sens économique que dans la mesure où ils éliminent ou diminuent la concurrence, de tels sacrifices sont exclusionnaires et potentiellement illégaux." ("[A] monopolist's right to refuse cooperation with rivals is not wholly unqualified. If such a refusal involves a sacrifice of profits or business advantage that makes economic sense only because it eliminates or lessens competition, it is exclusionary and potentially unlawful.").

³³ Voir par exemple Elhauge, Defining Better Monopolization Standards, 56 *Stanford L. Rev.* 253, 263 (2003); Gavil, Exclusionary Distribution Strategies by Dominant Firms: Striking a Better Balance, 72 *Antitrust L. J.* 3 (2204); Vickers in Abuse of Market Power, September 3, 2004 (European Association for Research in Industrial Economics).

³⁴ Le Professeur Gavil dit "Le principal défaut du test du sacrifice est son hypothèse que la "prédation" n'est jamais prise en compte par les lois réglementant la concurrence si elle n'entraîne pas de coûts. Cependant les exemples abondent dans la jurisprudence et dans les commentaires de pratiques qui sont d'exclusion, bien qu'elles n'impliquent que peu ou pas de sacrifice de bénéfice, ou un sacrifice qui pourrait être simultanément récupéré ... Dans l'affaire Microsoft, Microsoft n'apparaissait pas sacrifier des bénéfices quand il imposait divers systèmes de licences exclusionnaires et des restrictions contractuelles à ses différentes catégories de clients, ou quand il intégrait ses divers programmes dans son système d'opération... La présence ou l'absence de sacrifice ne rend pas le pouvoir monopolistique du défendeur ou les effets de sa conduite sur ses concurrents ou ses clients plus probables ou moins probables. C'est en fait l'absence de sacrifice qui pourrait être pertinente pour une affaire relevant de la section 2 parce qu'elle suggère que le défendeur était engagé dans une concurrence sur le fond. Mais la preuve d'une telle allégation reposerait uniquement sur le défendeur."

³⁵ Elhauge écrit : "sacrifier des bénéfices à court terme pour éliminer ses concurrents et s'assurer des bénéfices monopolistiques à long terme est normalement socialement désirable, et par conséquent devrait être récompensé plutôt que pénalisé par de triples amendes." Et : "Les investissements dans l'innovation qui créent un pouvoir monopolistique, typiquement, sont profitables que dans la perspective des conséquences bénéfiques découlant de l'élimination de ses concurrents... Condamner [comme "prédateurs" toutes les innovations dont la rentabilité dépend de leur capacité à éliminer les concurrents] revient à fétichiser l'évitement postérieur de l'inefficacité allocative statique à coûts et demandes données, et ignore les effets désastreux antérieurs qu'un tel standard aurait sur l'efficacité productive dynamique qui soit fait monter les courbes de la demande en rendant le produit plus désirable, ou fait descendre les courbes de coûts en rendant le produit moins cher à fabriquer."

³⁶ Par exemple, en caractérisant sa décision Aspen Skiing dans l'affaire Trinko, la Cour Suprême déclarait : "La rupture unilatérale d'une relation d'affaires volontaire (et donc présumément bénéficiaire) suggérerait une volonté d'abandonner les bénéfices à court terme afin d'atteindre un but anticoncurrentiel... De la même façon, l'absence de volonté du défendeur de renouveler le ticket même s'il était rémunéré au prix de détail révélait une orientation distinctement anticoncurrentielle." Ainsi que le note le Professeur Gavil : "La Cour dit peut être seulement que le sacrifice peut être pertinent, peut-être même une condition suffisante, parce qu'il tend à montrer une intention, et l'intention informe les jugements à propos des effets. Mais elle ne dit absolument pas que le sacrifice est une condition nécessaire, étant donné les possibilités de stratégies d'exclusion peu ou non coûteuses."

c. Le test du "mais pour"

Une variation du test du sacrifice est le test du "mais pour". La Gouvernement a également prôné une forme de celui-ci dans ses conclusions d'appel (*certiorari brief*) dans l'affaire Trinko : "Le comportement est "d'exclusion" ou "prédateur" dans la jurisprudence en matière de concurrence si pour le défendeur la seule justification économique à cette conduite est qu'elle atténue ou supprime la concurrence."³⁷ Ce test a été critiqué car il se concentre uniquement sur les motivations de la société dominante, ignorant largement les effets de son comportement sur ses concurrents et ses clients.³⁸

d. Le test d'efficacité d'Elhauge³⁹

Dans un article extrêmement intéressant et complet, le Professeur Elhauge propose le test suivant : est-ce que le comportement dit d'exclusion entraîne une augmentation du pouvoir monopolistique (1) seulement si le monopoleur a amélioré sa propre efficacité ou (2) en gênant l'efficacité des concurrents, que cela améliore ou non l'efficacité du monopoleur. Quand le défendeur a amélioré sa propre efficacité dans le but de faire un produit meilleur ou moins cher, il devrait être libre de vendre ce produit à tout prix supérieur aux coûts qu'il veut, même si cela réduit la part de marché du concurrent à une taille qui rend le concurrent moins efficace.

Les conduites qui réussissent à améliorer l'efficacité propre du monopoleur sont légales et il n'y a pas d'équilibre des préjudices.⁴⁰ Les conduites qui réussissent à gêner l'efficacité des concurrents, que cela améliore ou non l'efficacité du détenteur du monopole, sont illégales parce que normalement elles empêchent les concurrents d'accéder aux approvisionnements ou aux débouchés dont ils ont besoin pour atteindre une pleine efficacité. Par exemple, si le verrouillage du marché empêche un nombre important de concurrents de maintenir un niveau minimum d'efficacité, ou de développer leurs activités pour atteindre ce niveau, alors cela gêne leur efficacité. Ou, quand les effets de réseaux existent, le verrouillage du marché peut gêner l'efficacité des concurrents en empêchant l'accès de ces concurrents au nombre d'acheteurs dont ils ont besoin pour que leurs produits gagnent de la valeur pour tous les acheteurs. Dans les marchés où la concurrence par l'innovation est importante, le verrouillage du marché peut empêcher les concurrents de faire des économies d'échelle en couvrant les coûts de leurs investissements de recherche.

³⁷ Rapport pour les Etats-Unis et la Federal Trade Commission, en tant qu'*amicus curiae*, en appui des conclusions d'appel (*writ of certiorari*), 10, Verizon Communications Inc. Contre Trinko, 124 S. Ct. 872 (2004).

³⁸ Voir Gavil : "En conséquence, [ce test] pourrait apparaître comme créditant tout gain d'efficacité du monopoleur comme une défense complète contre des accusations de monopole. [Ce test] ignorerait le montant de ces gains et le degré auquel la conduite mise en cause aurait également eu des effets anticoncurrentiels significatifs sur des concurrents ou des clients. Il n'y aurait ni "pondération" ni "mise en balance" ?

³⁹ Voir Elhauge.

⁴⁰ "Il est aussi vrai que l'élimination des concurrents les moins efficaces peut produire des effets anticoncurrentiels qui pourraient, si l'on pouvait faire le calcul exact du bénéfice social, dépasser ces avantages d'efficacité... Est-ce que ces avantages d'efficacité tirés de la production d'un "produit supérieur" devraient alors être mis en balance avec les inconvénients ? [Non.] Certains ont alors conclu, notant qu'il est possible que tout gain d'efficacité découlant du produit amélioré soit compensé par les coûts d'inefficacité créés par l'exclusion des navigateurs internet concurrents... quand une société découvre comment produire un produit meilleur ou moins cher, et utilise cet avantage pour éliminer ses concurrents, que les tribunaux spécialisés en droit de la concurrence ne s'engageront pas [ne devraient pas s'engager] dans un calcul des bénéfices sociaux pour déterminer si l'amélioration du produit contrebalance l'inefficacité produite par la perte de la concurrence. Une telle demande ouverte de renseignements concernant l'équilibre par les juges et les jurys de la concurrence serait souvent impropre, difficile à prévoir des années en avance quand la décision commerciale doit être prise, et trop coûteuse à contester." Id. At 316.

e. Le test de préjudice subi par le consommateur

Dans un récent rapport le professeur Vickers propose un test de préjudice subi par le consommateur : il y a un abus seulement si le comportement incriminé a pour effet d'augmenter les prix ou de limiter la production, l'innovation ou la qualité. L'élément de la preuve est ici critique, par exemple, doit-il y avoir un effet réel ou potentiel ?⁴¹

La faiblesse principale d'un test de préjudice au consommateur est la difficulté de mesurer les effets (à court terme) du comportement incriminé sur les prix, la production ou la qualité d'un produit. Une autre question porte sur le rôle de l'efficience/des avantages dans l'analyse.

Pour finir, il faut mentionner la décision de la Cour d'Appel de Washington D.C. (Circuit Court of Appeals) dans l'affaire Microsoft⁴² qui prône un test d'équilibre, ou de règle de raison, pour identifier un monopole effectif : Le test demande d'abord au demandeur d'établir "l'effet anticoncurrentiel", qui gêne également la "concurrence". Si tel est le cas, la charge de la preuve incombe au défendeur, qui doit fournir une "justification d'un effet favorable pour la concurrence". Si la justification n'est pas "réfutée", le demandeur doit alors "démontrer que la concurrence a subi plus d'atteintes que de bénéfices".

Le Gouvernement américain a finalement soutenu un test d'équilibre dans son rapport sur le fond rendu en tant qu'*amicus curiae* dans l'affaire Trinko : "les atteintes à la concurrence doivent être disproportionnées avec les avantages du consommateur (comme par exemple la fourniture d'un meilleur produit) et avec les avantages économiques du défendeur (outre les avantages qui augmentent du fait d'une concurrence plus faible)"⁴³.

Une question importante est de savoir si la justification de l'efficience est suffisante pour que la pratique soit légale ou si l'efficience doit être mise en balance avec les atteintes à la concurrence. Les décisions américaines sont partagées.⁴⁴ De plus, un commentateur conclut qu'il y

⁴¹ John Vickers, Abuse of market power, European Association for Research in Industrial Economics, Berlin, 3 septembre 2004, pp. 21-23.

⁴² United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34 (D.C.Cir. 2001).

⁴³ Le Professeur Hovenkamp propose un test similaire : Les "pratiques d'exclusion" sont celles qui :

(1) sont, de façon raisonnable, capables de créer, élargir ou prolonger un pouvoir monopolistique en gênant les opportunités des concurrents ; et

(2) (2a) soit ne profitent pas du tout aux consommateurs, ou (2b) ne sont pas nécessaires pour les avantages particuliers que ces actes induisent pour les consommateurs, ou (2c) créent des préjudices disproportionnés par rapport aux avantages qui en résultent".

"Exclusionary conduct" are actions that:

(1) are reasonably capable of creating, enlarging, or prolonging monopoly power by impairing the opportunities of rivals; and

(2) that either (2a) do not benefit consumers at all, or (2b) are unnecessary for the particular consumer benefits that the acts produce, or (2c) produce harms disproportionate to the resulting benefits."

Voir Areeda and Hovenkamp, III Antitrust Law para. 651a (deuxième édition 2002).

⁴⁴ Comparer la position de la Cour Suprême dans Aspen avec celle du Circuit de Washington D.C. dans Microsoft.

a peu d'exemples de tribunaux s'engageant vraiment dans une quelconque mise en balance.⁴⁵ Dans la plupart des espèces, les cas litigieux tournaient autour de l'absence de preuve suffisante des effets anticoncurrentiels (inefficacités) ou des justifications commerciales (efficacité), y compris dans l'affaire Microsoft (Circuit de Washington D.C.) où la Cour ne s'engageait pas dans une mise en balance de façon forte.⁴⁶

Au risque de trop simplifier, les tests proposés ci-dessus mettent l'accent sur l'efficacité et le préjudice subi par le consommateur. Des commentateurs plus "populistes" proposent d'élargir le test du monopole pour inclure le préjudice causé à la rivalité dans les affaires ou le préjudice causé au processus dynamique. Ainsi, selon le Professeur Fox⁴⁷: "On suppose que la liberté du commerce (ainsi que celle de la concurrence et de l'innovation) sans obstacle artificiel dans le marché, est dans l'intérêt public, plus particulièrement dans l'intérêt économique du public. Les obstacles doivent être justifiés. A l'aune de ce critère les pratiques d'exclusion injustifiées significatives sont anticoncurrentielles et devraient être interdites." (soulignement ajouté).

Il existe une faiblesse théorique et opérationnelle. En premier lieu, il y a un risque important que ce test soit utilisé plus pour protéger les concurrents individuels (y compris les concurrents moins efficaces) que pour se concentrer sur l'efficacité. Deuxièmement, il est vraiment peu probable qu'un intérêt pour la rivalité dans les affaires puisse devenir un critère juridique efficace pour distinguer les comportements désirables des comportements non désirables. Par exemple, le test du Professeur Fox ci-dessus contient deux termes fortement ambiguës qui constituent plus des termes qualifiants que des critères opérationnels, à savoir "artificiel" et "injustifié".

Afin de provoquer la discussion, je propose de structurer le concept de monopolisation ou d'abus de la façon suivante :

⁴⁵ Voir Gavil.

⁴⁶ Voir Elhauge, 318-19 : La cour "n'appliquait pas réellement ce test de mise en balance pour décider qu'un produit supérieur a des effets anticoncurrentiels. Par exemple, l'opinion rendue en formation plénière étudiait une plainte selon laquelle Microsoft avait conçu certains logiciels d'une façon qui rendait les applications à la fois plus rapides sur son système d'exploitation et incompatibles avec les systèmes d'exploitation concurrents. Bien que l'opinion affirmât que le test applicable était que "le produit incompatible doit avoir un effet anticoncurrentiel qui l'emporte sur toute justification pro concurrentielle de la conception", elle poursuivait en déclarant que le fait que le produit fût plus rapide sur les machines Microsoft suffisait à le rendre légal. Cet avantage technologique était certainement une justification pro concurrentielle mais n'éliminait pas vraiment l'effet anticoncurrentiel (bien que la Cour le dise) puisque la conception du produit continuait à gêner l'efficacité des concurrents d'une façon qui réduisait la possibilité pour les concurrents de lutter contre le pouvoir monopolistique de Microsoft. Cela revenait donc à dire que tout avantage technologique suffit quand le monopoleur a amélioré son propre produit, sans qu'il soit besoin de comparer cet avantage avec les atteintes à la concurrence que la conception du produit peut avoir entraînées en gênant l'efficacité des concurrents. De plus, quand la cour du Circuit de Washington D.C. s'était penchée de façon isolée sur la question de savoir si le fait de grouper technologiquement le système d'exploitation et le navigateur était anticoncurrentiel, la cour avait spécifiquement conclu que ce groupage était légal à partir du moment où il procurait un avantage technologique. La cour a reculé de dégoût devant la suggestion dissidente qu'elle devrait décider si elle devait condamner ou non la création de ce produit supérieur en mettant en balance les avantages technologiques et le préjudice anticoncurrentiel en résultant parce qu'un calcul du bénéfice social 'n'était pas faisable de façon prédictible ou utile' puisque allouer une valeur à un avantage technologique dépasse les capacités des tribunaux de la concurrence, et peser cette valeur technologique et l'atteinte à la concurrence reviendrait à comparer des facteurs 'incommensurables'. Dans la décision rendue en formation plénière, la cour du Circuit de Washington D.C. a condamné ce groupage technologique comme une conduite d'exclusion, non parce que ses effets anticoncurrentiels dépassaient l'avantage technologique, mais parce qu'il s'est avéré qu'il n'apportait absolument aucun avantage technologique." [notes de bas de pages volontairement omises]

⁴⁷ Fox, What is Harm to Competition? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect, 70 Antitrust L. J. 371, 372 (2002).

I. La nuisance réelle/actuelle injustifiée au consommateur

Si A) le gouvernement / plaignant démontre que le comportement contesté a en fait causé un préjudice réel/actuel au consommateur (défini comme une augmentation du prix, une diminution de la production ou un produit de moins bonne qualité), alors B) la société en position dominante a la difficile/sévère charge de prouver que cet effet est justifié (comme par exemple dans l'affaire Magill où un nouveau produit demandé par les clients n'a pas été mis sur le marché).

La preuve d'un préjudice réel/actuel causé au consommateur est une condition suffisante mais non nécessaire pour déplacer la charge de la preuve de la justification sur la société (par exemple le sabotage des installations industrielles d'un concurrent ou l'espionnage industriel ont été condamnés sans qu'un préjudice causé au consommateur ait été démontré).

Il y a deux catégories de justifications : 1) des justifications génériques (par exemple, le jugement américain selon lequel la politique de prix abusif ne devrait jamais être condamnée, en vertu d'une sorte de règle *per se* de permission qui ne requiert pas de justification dans chaque cas particulier) et 2) des justifications spécifiques qui requièrent la justification du comportement controversé particulier ayant porté préjudice au consommateur. De manière intuitive, il semble qu'il y ait peu de justifications spécifiques pour des conduites qui sont apparues comme préjudiciables pour les consommateurs.

Cette formulation n'est pas dépourvue d'ambiguïté et soulève également des questions. Par exemple, dans beaucoup / la majorité des cas il sera difficile de prouver la réalité de l'atteinte au consommateur ; dès lors la question se pose de savoir dans quelle mesure, le cas échéant, un préjudice potentiel pour le consommateur constituerait une preuve suffisante.

II. La nuisance potentielle au consommateur et la diminution ou le blocage injustifiés des opportunités des concurrents

Si A) le gouvernement / plaignant 1) prouve que le comportement contesté a significativement diminué ou bloqué les possibilités des concurrents de concurrencer ou de présenter des produits concurrents à des clients potentiels et 2) prouve que ce comportement a une capacité potentielle de nuire au consommateur (comme défini) alors, B) la société en position dominante doit apporter des justifications spécifiques.

Peut-être que l'exigence d'un "blocage" de l'accès des concurrents aux clients peut être utilisée pour contraindre à l'application de la notion de diminution des perspectives concurrentielles. La société en position dominante doit empêcher ses concurrents de présenter des produits concurrents à des éventuels clients ; le fait de réaliser un produit dominant plus séduisant pour les clients ne satisfait pas l'exigence de diminution des opportunités des concurrents parce que les concurrents qui échouent à gagner ou qui perdent des ventes, bien que "exclus" au sens large, ont eu l'opportunité de présenter leurs propres produits aux clients qui ont décidé d'acheter le produit de la société dominante. D'un autre côté, les pratiques tendant à bloquer l'accès des concurrents aux clients (par exemple, les accords exclusifs) semblent satisfaire l'exigence d'un préjudice pour le consommateur. Comparons a) la simple intégration d'un logiciel média dans le système d'exploitation dans lequel les logiciels média concurrents peuvent toujours être achetés et utilisés par les clients avec b) la conception qui empêche l'utilisation des logiciels médias concurrents. Sans doute, le premier ne "bloque" pas l'accès à d'éventuels acheteurs de logiciels média et n'aurait pas besoin de justification alors que le dernier devrait être justifié.

Cependant, il doit être rappelé que la preuve de la diminution des opportunités des concurrents ou du blocage ne met pas fin aux investigations. La société en position dominante garde toujours le droit de prouver que le comportement – par exemple les accords exclusifs ou les remises de fidélité – est justifié par les faits de l'espèce.

Cette formulation non plus n'est pas dépourvue d'ambiguïtés et soulève des questions. Par exemple, l'efficacité (ou du moins l'efficacité à première demande) devrait-elle être le point principal ou exclusif des justifications ? Certains des tests proposés résumés précédemment tente de rassembler tous les points centrés sur l'efficacité dans un unique test tel que le test du sacrifice ou le test d'Elhaug. Devraient-ils mettre en balance les justifications et la diminution bloquante des opportunités des concurrents? (Mon inclination est de ne pas mettre en balance). Comment doit-on traiter un comportement clairement injustifié tel que le sabotage ou l'espionnage?

CONCLUSION

Les tribunaux et les commentateurs américains se débattent depuis plus d'un siècle avec la difficile tâche de distinguer le comportement acceptable d'une société ayant un pouvoir de monopole du comportement inacceptable. Les standards ont été modifiés et développés au cours des années ce qui ne devrait pas être inattendu et ne devrait probablement pas être abhorré. L'époque actuelle de l'antitrust américain est dominée par des considérations d'efficacité, d'analyse du bien-être du consommateur et de modestie judiciaire. Les périodes précédentes de l'antitrust américain ont été dominées (ou du moins grandement influencées) par des attitudes populistes à l'encontre des grandes sociétés. Le futur apportera de nouveaux changements qui feront de la tâche de distinguer les bons comportements en affaires des sociétés en position dominante des mauvais comportements en affaires des sociétés en position dominante une tâche sisyphéenne mais nécessaire.