



INSTITUT D'ETUDES POLITIQUES DE STRASBOURG

Université de Strasbourg

Monopolisation et abus de position dominante : perspectives historiques comparées

Théo Girardot

Mémoire de 4^{ème} année, filière « Droit et administration publique »

Sous la direction du Professeur Jean-Philippe Kovar

2017-2018

L'Université de Strasbourg n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans ce mémoire. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Je tiens à remercier tout particulièrement Monsieur Jean-Philippe Kovar, directeur de ce mémoire, pour ses conseils, sa disponibilité et les corrections proposées.

Je souhaite également remercier Michael Evans, professeur de droit public à l'Université d'État de Géorgie (États-Unis), pour ses précieuses recommandations bibliographiques.

Merci, enfin, à mes amis – R.C., B.D., G.G., F-X. C. – pour leurs indications avisées et leur inestimable soutien.

Sommaire

Section 1 : De l'émergence conceptuelle d'une limitation du pouvoir économique (1890-1945)

- A. Des univers intellectuels distincts dans des moments historiques singuliers
- B. D'une réflexion sur les structures institutionnelles de l'économie à l'établissement de règles de droit positif

Section 2 : Vers une approche plus économique du contrôle du pouvoir de marché (1945-1980)

- A. Repenser la domination des marchés dans un contexte économique transformé : les prémices d'une convergence
- B. La conceptualisation progressive d'une approche par les effets

Section 3 : L'altérité euro-américaine au défi de la mutation du pouvoir de marché (1980-2017)

- A. Une relation conceptuelle marquée par la modernisation de l'approche économique : penser le pouvoir de marché après l'école de Chicago
- B. Une confluence dissymétrique : enjeux contemporains et perspectives de l'altérité euro-américaine

Introduction

L'analyse comparée de la notion d'abus de position dominante en droit de l'Union européenne (UE) et du principe de monopolisation en droit américain constitue un objet d'étude central du droit comparé de la concurrence en Europe. Ainsi, en 2007, dans une étude publiée à l'occasion d'un séminaire du centre Robert Schuman de Florence consacré au droit de la concurrence, la professeure Heike Schweitzer analysait les origines des orientations différenciées qui caractérisent les deux dispositions dans leur traitement du pouvoir de marché.

Cette publication s'inscrit à la suite d'un grand nombre d'autres travaux sur le sujet, dont l'ouvrage de René Joliet paru en 1970 constitue encore une référence majeure¹. Cette profusion de travaux existants sur les singularités et points de rapprochement des deux systèmes semble d'autant plus justifiée que la lecture des deux textes qui en sont les fondements laisse entrevoir des différences d'approche marquées.

La Section 2 du Sherman Antitrust Act de 1890 est rédigée en ces termes : *“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[...].”*². Avant de dégager l'esprit de cette disposition, il convient d'en examiner précisément la lettre. La notion de monopolisation est ancrée dans une perspective dynamique : c'est le fait de monopoliser ou de tenter de monopoliser un marché qui est ici sanctionné. L'article 102 (ex-article 82 TCE) du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)³ semble réserver un traitement différent à la firme détentrice d'un pouvoir de marché monopoliste, en se concentrant sur l'exploitation abusive d'une

¹ René Joliet et James A. Rahl, *Monopolization and abuse of dominant position: a comparative study of the American and European approaches to the control of economic power*, Liège, Belgique, Collection scientifique de la Faculté de droit, 1970.

² 15. U.S. Code §2. Dans la mesure où le présent travail ne porte pas sur les aspects de procédure ni de pénalisation des contrevenants, la section 2 du Sherman Act est ici tronquée aux dépens des dispositions sur les amendes qui sanctionnent le respect de celle-ci. On notera toutefois le caractère pénal de cette section : le terme *felony* désigne en droit américain le plus haut niveau de gravité d'une infraction, équivalent au crime en droit français, devant les délits (*misdemeanor*) et les contraventions (*infractions*).

³ L'article étudié sera désigné dans le présent mémoire par sa numérotation contemporaine (article 102), y compris pour la période antérieure à l'entrée en vigueur du TFUE.

position dominante déjà acquise : « *Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci.* »⁴

La différence est telle que l'utilité d'une comparaison entre les deux dispositions pourrait même être contestée dans la mesure où la section 2 du Sherman Act serait davantage assimilable à l'article 101 du TFUE qui interdit tout accord d'entreprise visant à monopoliser un marché par la restriction du libre jeu de la concurrence. De plus, on pourrait conclure de la lecture de la section 2 qu'elle ne s'intéresse pas aux abus d'exploitation pour ne se focaliser que sur l'exclusion des concurrents par un comportement monopoliste.

Cette différence dans la rédaction des principes fondateurs peut être expliquée par des contextes de naissance distincts. Ainsi, le Sherman Act a été promulgué par le 51^{ème} Congrès des États-Unis le 2 juillet 1890 dans un stade de développement bien particulier du capitalisme américain⁵. Trois ans auparavant, le Congrès avait esquissé les premiers contours d'une régulation économique du secteur des transports avec la création de l'*Interstate Commerce Commission*, premier organisme fédéral véritablement habilité à réguler les prix pratiqués par des opérateurs privés dont l'activité s'étend sur plusieurs États. Ainsi, le Sherman Act s'analyse d'abord comme une réaction des législateurs aux protestations grandissantes contre les « barons voleurs » (*robber barons*), accusés de pratiquer des conditions commerciales inéquitables, de monopoliser les marchés et d'accaparer les richesses. En d'autres termes la section 2 du Sherman Act peut être comprise comme une réponse à une situation existante de monopolisation à laquelle il convient de parer à l'échelle fédérale.

L'interdiction des abus de position dominante par le traité de Rome (1957) et sa consécration ultérieure comme disposition à part entière du TFUE apparaît au contraire

⁴ L'article 102 TFUE comprend également une série d'exemple d'abus de position dominante, comme l'imposition de conditions de transaction non équitables ou la limitation des débouchés au préjudice des consommateurs.

⁵ Joyce Oldham Appleby, *The Relentless Revolution: A History of Capitalism*, New York, W. W. Norton & Company, 2011. On lira en particulier avec intérêt le chapitre 7, « The Industrial Leviathans and Their Opponents ».

comme plus proactive. Si les rédacteurs du traité n'ignoraient pas l'état du droit américain en la matière, leurs travaux semblent refléter une conceptualisation autonome et une mise à distance notable par rapport au droit de la concurrence qui prévaut aux États-Unis. Par la prévention de l'abus de position dominante, il s'agit de consacrer un modèle institutionnel particulier pour l'économie et d'organiser l'intégration des marchés. De ce point de vue, il y a une dimension téléologique intégratrice dans l'interdiction de l'abus de position dominante dans le projet européen, là où la section 2 du Sherman Act répond à un souci de préservation d'un équilibre perturbé par les ambitions nouvelles des capitaines d'industrie.

Aux différences de contexte politique et économique s'ajoute le décalage en termes de contexte intellectuel. De fait, les « moments » idéologiques et académiques qui accompagnent les débats qui président à la genèse et à la promulgation des deux dispositions ne paraissent pas avoir beaucoup en commun. L'interdiction de la monopolisation peut être rapprochée de l'attachement des Américains à la dilution du pouvoir politique et de leur hantise du pouvoir despotique, dont la métaphore célèbre employée par le sénateur Sherman dans un de ses discours constitue une illustration typique : *“If we will not endure a king as a political power we should not endure a king over the production, transportation, and sale of any of the necessaries of life. If we would not submit to an emperor we should not submit to an autocrat of trade, with power to prevent competition and to fix the price of any commodity”*⁶.

Pour le concept d'abus de position dominante en droit de l'Union européenne, c'est l'influence de l'ordolibéralisme qui semble prédominer. Ce mouvement, aussi désigné comme l'école de Fribourg-en-Brisgau, naquit dans les années 1930 du besoin d'analyser l'échec de la République de Weimar. Les trois figures tutélaires de l'ordolibéralisme, l'économiste Walter Eucken et les juristes Franz Böhm et Hans Großman-Doerth, ont en effet grandement contribué à théoriser une « *relecture des rapports de pouvoir économique* »⁷, dont l'un des aspects les plus fondamentaux est une méfiance à l'égard

⁶ Cité in. Robert H. Bork, « Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act », *Journal of Law and Economics* Vol. 9, pp.7-48, 1966.

⁷ Claire Mongouachon, « L'ordolibéralisme : Contexte historique et contenu dogmatique », in. Hugues Rabault *et al.*, *L'ordolibéralisme, aux origines de l'école de Fribourg-en-Brisgau*, L'Harmattan, Questionner l'Europe, 2016.

du pouvoir de marché des entreprises, générateur de ce que Großman-Doerth appelle le « droit auto-créé de l'économie ».

Cette école de pensée s'inscrit dans une perspective intellectuelle de résistance au nazisme et des périls qu'il fait courir à la prospérité économique et à l'économie de marché. La mouvance ordolibérale comprend donc un projet économique au contenu politique explicite. Ici, plus encore qu'une différence marquée comparativement au contexte américain, c'est quasiment d'une opposition qu'il semble s'agir. Le rapport au pouvoir politique et économique envisagé par les ordolibéraux répond notamment à une volonté de préserver le tissu industriel allemand et d'éviter l'intégration massive des petites entreprises dans de grands groupes : le modèle américain des *trusts*, permis par un droit de la concurrence jugé laxiste et insuffisant, fait bien office de contre-modèle.

Malgré ces premières distinctions marquées, prononcer l'irréductible dichotomie des deux notions serait inexact. La convergence des deux textes, pour peu évidente qu'elle puisse paraître à leur lecture, est un fait majeur de leurs jurisprudences respectives. Ainsi, dans l'arrêt *Continental Can*, la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a appliqué l'article 102 à une acquisition d'entreprise concurrente, empêchant la constitution d'un pouvoir de marché jugé trop important. En d'autres termes, la Cour sanctionnait un abus structurel fondé sur une monopolisation du marché, sans pour autant identifier une quelconque exploitation abusive dans le comportement de l'entreprise acquéreuse⁸. De même, dans son célèbre arrêt *United States v. ALCOA*, la Cour d'appel des États-Unis pour le deuxième circuit⁹ consacrait une interprétation particulièrement structuraliste de la section 2 du Sherman Act à laquelle l'interprétation initiale des abus de position dominante par la CJCE fera écho¹⁰.

Les contextes historiques, certes différents, ne sont pas pour autant étrangers. Les « moments » ne sont pas les mêmes, mais les interpénétrations politiques et dogmatiques

⁸ CJCE, 21 février 1973, *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. contre Commission des Communautés européennes* C-6/72

⁹ L'organisation du système judiciaire américain repose sur treize cours d'appel fédérales qui ont compétence sur un « circuit » composé de plusieurs États. Ainsi, la cour d'appel fédérale de New York a compétence pour traiter les affaires du deuxième circuit, composé des États du Connecticut, de New York et du Vermont.

¹⁰ *United States v. Aluminum Co. Of America*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945)

sont telles qu'elles rendent artificielle toute séparation théorique radicale des deux environnements. Par exemple, après la Seconde Guerre mondiale, les grandes figures ordolibérales qui émergent de leur relatif isolement académique d'avant-guerre sur la scène politique allemande intègrent pleinement les standards de dénazification énoncés par les États-Unis et commencent à penser la nouvelle législation économique du pays par rapport aux conceptions américaines¹¹.

Ce sont aussi les ruptures idéologiques que représentent les deux dispositions qui peuvent laisser supposer une convergence. Dans la promulgation du Sherman Act comme dans l'ordolibéralisme puis l'interdiction de l'abus de position dominante dans la Communauté économique européenne, c'est une rupture avec le libéralisme manchestérien qui est consacrée. Aux États-Unis avec le Sherman Act comme plus tard en Europe avec l'école de Fribourg et la prohibition des abus de pouvoir de marché, il s'agit d'abord d'une prise de conscience que, pour reprendre les termes de Louis Brandeis (juge à la Cour Suprême de 1916 à 1939), « *il doit y avoir des restrictions raisonnables à la concurrence si nous ne voulons pas voir la concurrence détruite* »¹². Cette rupture se manifeste dans le rôle dévolu à la puissance publique dans l'économie. Walter Eucken désigne ainsi sous la formule de « *constitution économique* » le fondement juridique qui permet d'encadrer l'économie de marché dans un « ordre »¹³ concurrentiel organisé au service du bien commun. Aux États-Unis, la promulgation du Sherman Act est le premier marqueur du passage de la pure réglementation des échanges et de la propriété privée à une régulation effective des rapports de force sur le marché.

En Europe et aux États-Unis, c'est aussi une utilisation *politique* de la régulation du pouvoir de marché qui est permise par l'interdiction des abus de position dominante comme par la condamnation de la monopolisation. Initialement, le Sherman Act est une tentative de limiter le retentissement grandissant des mouvements populistes du Sud et

¹¹ David Gerber, « Constitutionalizing the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the “New” Europe », *The American Journal of Comparative Law* Vol. 42 n°1, 1994, pp. 30-31.

¹² Lettre de L.D. Brandeis au sénateur R.M. La Follette du 27 mai 1913, in. Marie-France Toinet, Hubert Kempf, et Denis Lacorne, *Le libéralisme à l'américaine : l'État et le marché*, Collection Politique comparée, Paris, Economica, 1989.

¹³ Hugues Rabault, « L'idée de “constitution économique” chez Walter Eucken », in. *L'ordolibéralisme, aux origines de l'école de Fribourg-en-Brisgau*, op. cit.

du Midwest contre le « *big business* » mais, pour Richard Hofstadter¹⁴, le Sherman Act est *d'abord* une entreprise politique plus qu'économique qui répond au besoin de donner à la population des gages de l'implication du gouvernement fédéral dans la lutte contre les trusts.

De même, le programme doctrinal de l'école de Fribourg, ainsi que le rappelle David Gerber, insiste sur la nécessité de constituer un cadre constitutionnel préalable adapté pour donner toute son effectivité à la règle de droit de la concurrence¹⁵.

La convergence conceptuelle des deux dispositions est notamment vérifiable par l'étude de leur application à la pratique de prix monopolistiques. Comme le relève Michal Gal, si la section 2 du Sherman Act ne régule pas les prix monopolistiques en tant que tels tandis que le droit de l'UE en fait un abus de position dominante, l'évolution des interprétations formulées par le juge tend à rapprocher les effets des deux législations en la matière, à tel point qu'on serait tenté de parler d'une différence de degré plus que de nature dans la régulation des prix de monopole¹⁶.

L'exemple des prix monopolistiques est révélateur de la nature de l'altérité qui caractérise les deux dispositions dans la mesure où leur convergence observée est le fruit de causes qui leur sont propres : Gal attribue le traitement convergent réservé aux prix monopolistiques à des motifs de protection des producteurs du côté américain et des consommateurs du côté européen. Ainsi, « *the Commission's practical treatment of excessive pricing is much closer to that of the U.S. than a simple linguistic comparison would suggest. Still, there is a significant conceptual difference between the two approaches because in the EC the reticence to intervene is based on practical reasons, while in the U.S. it is based on theoretical and ideological ones* ». Ainsi, ce sont précisément les différences conceptuelles qui autorisent finalement une convergence dans le traitement pratique des comportements visés.

¹⁴ Richard Hofstadter, « What happened to the antitrust movement? », in *The Paranoid Style in American Politics and Other Essays*, Vintage Books, 1965.

¹⁵ Gerber, « Constitutionalizing the Economy » *op. cit.*

¹⁶ Michal Gal, « Monopoly pricing as an antitrust offense in the U.S. and the EC: Two systems of belief about monopoly? », New York University Law and Economics Working Papers, Paper 15, 2004.

Plus généralement, la divergence des traitements pratiques du pouvoir de marché repose davantage sur le niveau d'intervention jugé approprié que sur l'appréciation de sa nécessité. S'il apparaît que les tribunaux américains ont en matière de droit de la concurrence une croyance plus robuste dans les capacités auto-correctrices du marché que le régulateur européen¹⁷, cette différence n'empêche pas de constater sur le temps long des développements jurisprudentiels une confluence croissante des deux dispositions, qui va de pair de part et d'autre avec une conception croissante de la concurrence comme processus dynamique.

Ainsi, il convient de questionner l'altérité de la section 2 du Sherman Act et de l'article 102 du TFUE dans une perspective historique et de dépasser leur simple distinction littérale ou la constatation présente de leur rapprochement. L'approche historique permettra de proposer un double niveau de lecture de cette altérité : une dimension doctrinale, d'abord, qui consistera à parcourir les forces essentielles qui ont animé les controverses et ont fait émerger les concepts-clés qui constituent encore aujourd'hui les termes du débat académique ; une dimension jurisprudentielle, aussi, dans le but d'examiner la place du juge dans les définitions et confrontations des deux modèles.

Il s'agira, en somme, d'étudier dans quelle mesure des dispositions positives dont les énoncés sont apparemment dissemblables ont pu, sous l'effet conjoint de leur parenté idéologique et de leur interprétation par le juge, confluer progressivement vers une relation conceptuelle plus étroite.

¹⁷ Guy Canivet, *La modernisation du droit de la concurrence*, Droit & économie, LGDJ, 2006.

Section 1 : De l'émergence conceptuelle d'une limitation du pouvoir économique (1890-1945)

Si les contextes historiques et académiques préexistant à la section 2 et à l'article 102 peuvent paraître bien différents et ne présenter que de rares points de comparaison (A), ils vont pourtant donner lieu à la conceptualisation d'une réflexion commune sur le pouvoir de marché dont les apports dogmatiques seront traduits en règles de droit effectives (B).

A. Des univers intellectuels distincts dans des moments historiques singuliers

Avant 1890, la volonté de réguler le pouvoir économique par l'interdiction des comportements monopolistes trouve d'abord ses origines dans une crise du libéralisme classique aux États-Unis et en Autriche (1). Dans l'observation de ces contextes historiques particuliers, on trouve déjà enracinées de potentielles identités entre les deux types de réaction à la croissance du pouvoir de marché (2).

1. Une crise du libéralisme

i. Le « mouvement antitrust »

Aux États-Unis, bien avant la promulgation du Sherman Act par le Congrès et l'accession du droit de la concurrence à une dimension fédérale, la législation antitrust est l'œuvre des États fédérés. Ainsi, dès 1867, les élus du Maryland font promulguer une législation antitrust. À partir de cette date et jusqu'à la crise de 1929, ce sont progressivement tous les États fédérés qui adoptent une ébauche de droit de la concurrence à l'échelle de leur territoire, à l'instar du Texas (1876), de la Géorgie (1877), du Kansas (1889) ou de la Caroline du Nord (1889)¹⁸. Comme le relève George Stigler, l'origine de ces différentes réglementations est fréquemment attribuée aux mouvements populistes agrariens des

¹⁸ George J. Stigler, « The Origin of the Sherman Act », *The Journal of Legal Studies* Vol. 14, n° 1, 1985.

États du Sud et du Midwest. Ainsi la législation antitrust aux États-Unis serait d'abord une réaction politique à une crise du laissez-faire qui porterait préjudice aux « petits » contre les « gros »¹⁹.

Si cette interprétation ne saurait être rejetée, il convient de souligner que le Sherman Act ne représente pas un changement absolument fondamental de politique dans la mesure où il consacre à l'échelle fédérale des conceptions qui étaient déjà latentes dans le système jurisprudentiel de *common law* en vigueur aux États-Unis. En effet d'après Stigler, « *The common-law opposition to restraints of trade, and to monopolies (which customarily had been conferred by the state), was part of our English heritage, and in the nineteenth century Americans adhered to this opposition considerably more strongly than the English* ». Le contexte n'est donc pas tant celui d'une réaction « étatique » face aux conséquences néfastes d'un libéralisme dévoyé qu'une appropriation de plus en plus effective par les autorités de l'État d'une législation apparemment restrictive des libertés pour préserver un type particulier de fonctionnement libéral de l'économie.

Une fois posée cette « suspicion des Américains face à la concentration du pouvoir »²⁰, rien n'est toutefois encore dit du contexte précis qui préside au Sherman Act. Ici, l'analyse proposée par Hubert Kempf est particulièrement éclairante²¹. Pour Kempf, la mutation de l'économie américaine qui amène à l'émergence puis à la condamnation des *trusts* a d'abord une origine juridique : en effet, à l'époque du Sherman Act, « *le capitalisme personnel a vécu* » et les sociétés en nom collectif (SNC) deviennent la norme. En d'autres termes et selon l'expression de Kempf, « *les règles du jeu ont changé* » et le nouvel esprit du droit des sociétés alors en vigueur ménage de larges marges de manœuvres à l'association et à la coopération pour se protéger d'une concurrence alors perçue comme *destructrice*. Ce thème de la « concurrence destructrice » connaît un formidable développement parmi les agents économiques dont les conceptions et les

¹⁹ Pour Toinet, Kempf, et Lacorne, (*op. cit.*), ce thème idéologique de l'opposition entre les « *petits* » et les « *gros* » est même la caractéristique fondamentale de l'identité politique des États-Unis et du « libéralisme à l'américaine ». En ce sens, le Sherman Act et les législations antitrust des États fédérés qui le précèdent sont surtout l'émanation de « *l'allergie collective à l'égard de la puissance non contrôlée* » qui caractérise la conception américaine des rapports entre l'État et le marché et qui avait été à l'origine de la « *révolution jacksonienne* » autour de 1830.

²⁰ Richard Hofstadter, « What Happened to the Antitrust Movement? », art. cité.

²¹ Hubert Kempf, « Comprendre le Sherman antitrust Act de 1890 (Les origines de la politique concurrentielle fédérale américaine) », in *Cahiers d'Économie Politique* n°20-21, 1992, pp. 187-211.

stratégies sur le marché s'éloignent progressivement du rôle qui leur était assigné par le libéralisme classique. Désormais, « *c'est par le regroupement et la conciliation a priori des intérêts et non pas la confrontation sur le marché qu'il est possible d'assurer un développement économique stable et harmonieux dans l'intérêt de tous. C'est ainsi que fleurissent alors les solutions les plus diverses visant à maîtriser la concurrence : le cartel, l'entente, le pool. La plus célèbre est bien-sûr le "trust"* ». Cette légitimité organisationnelle du trust rendait d'autant plus difficile le vote d'une législation telle que le Sherman Act. Ce n'est précisément qu'au prix d'un long travail d'influence et de mobilisation que les mouvements antitrust conduisent les législateurs à prohiber la monopolisation.

ii. *La crise du libéralisme dans l'Autriche « fin-de-siècle » (D. Gerber)*

Dans une étude publiée en 1992²², David Gerber explorait les origines du droit européen de la concurrence en étudiant l'apport du contexte autrichien de la fin du XIX^{ème} siècle dans la conceptualisation du contrôle du pouvoir monopoliste. Cet apport est particulièrement essentiel eu égard à l'approche historique privilégiée par la présente réflexion : en effet, les origines premières de l'interdiction de l'abus de pouvoir de marché au sens de l'article 102 sont antérieures à l'école de Fribourg-en-Brisgau. Pour Gerber, c'est dans les controverses économiques et politiques qui agitent Vienne après la crise de 1873 qu'il faut chercher les racines du droit européen de la concurrence. Il convient d'exposer ce contexte avant d'en tirer les apports pertinents par rapport à notre questionnement.

Si la Grande Dépression de 1873 est au fondement d'un apport conceptuel au droit de la concurrence, ce n'est pas tant par les conséquences concrètes que la crise a pu entraîner que par les diverses *interprétations* qu'elle a pu susciter. La plus essentielle de ces interprétations est l'affirmation d'une faillite du libéralisme. Ici, le libéralisme doit être compris comme le « credo » de la haute bourgeoisie éduquée de Vienne. Selon Gerber, l'idéologie alors considérée comme fautive est, plus qu'un corpus philosophique ordonné,

²² David Gerber, « The Origins of European Competition Law in Fin-De-Siècle Austria », *American Journal of Legal History*, Volume 36, Issue 4, 1992.

le marqueur sociologique d'une catégorie sociale : « *Liberals constituted a social-political-economic class rather than a mere political orientation. As a consequence, liberalism – and, hence, values such as economic freedom – came to be seen by many as the source of all of society's ills.* » En d'autres termes, l'apport principal de l'interprétation de la crise de 1873 dans la conceptualisation de la prévention des abus de pouvoir économique réside dans la remise en cause d'une concurrence effrénée et anarchique sur le marché.

À la suite de la crise, des cartels s'étaient constitué mais progressivement l'opinion publique à leur égard, d'abord indifférente, critique avec plus de virulence à partir des années 1890 les préjudices causés à la population par la puissance de ces organisations économiques d'un nouveau genre.

Le parallélisme avec la situation américaine est ici instructif : en Autriche en même temps qu'aux États-Unis, c'est une stigmatisation des grandes corporations (du « *big business* ») qui prend place. Même si les manifestations juridiques et économiques de cette alliance des détenteurs d'un grand pouvoir de marché sont distinctes, l'hostilité croissante dont ils font l'objet à mesure qu'ils prennent de l'ampleur est quasi-symétrique et, dans les deux cas, décrédibilise une modalité d'organisation de l'économie qui permet la concentration effrénée du capital au sein de quelques institutions.

Partant du double constat d'échec du libéralisme classique et de la réponse proposée par les cartels, les premiers théoriciens du droit de la concurrence en Autriche esquissent les contours d'une législation efficace pour sauver ce qui peut l'être de l'économie de marché et de la liberté économique. Une des figures essentielles de ces premières conceptualisations est Adolf Menzel, juriste éminent doublement spécialisé en droit privé et droit administratif. Il aborde le problème des cartels sous l'angle du préjudice causé à l'économie dans son ensemble. Il est frappant de constater qu'il rejette d'emblée le modèle américain, et en particulier l'argument selon lequel la libre concurrence pourrait elle-même menacer la survie d'un cartel et rendre inutile une législation en la matière : « *“This view”, [Menzel] said, “requires no serious refutation ; it has the facts against it.” Ironically, his example was the United States. “In North America, the land of the*

greatest economic freedom”, he said, “whole branches of industry and commerce have been monopolized. »

La situation qui prévaut aux États-Unis est également érigée en contre-modèle par Lorenz von Stein, professeur de science politique à Vienne de 1855 à 1888, qui compléta les premières idées de Menzel en ajoutant à la doctrine juridique une traduction en termes de mise en vigueur de la loi par une bureaucratie spécifique. En particulier, Stein critique le « manque de flexibilité » de la législation antitrust américaine et la confiance qu'elle suppose dans le mécanisme régulier des tribunaux judiciaires ordinaires chargés d'en faire l'application. Toutefois, ces tentatives de conceptualisation d'une réponse à la concentration du pouvoir économique n'est pas le réel déclencheur d'une intervention de la puissance publique : comme le relève Gerber, ce sont les partis politiques à l'idéologie « *anti-business* » et leur popularité croissante qui constituèrent le véritable élan pour inciter les pouvoirs publics à se saisir de la question de la concurrence.

Cette rencontre des velléités partisans contestataires d'un modèle jugé dépassé avec des théories novatrices qui tranchent avec le libéralisme classique tout en sauvegardant une économie de libre concurrence conduisent à la conceptualisation d'un modèle économique tout à fait original pour l'époque. Les théoriciens autrichiens comme Menzel et Stein, avant les ordolibéraux, conçoivent déjà la réponse à la concentration économique comme une nécessité de repenser le *cadre juridique* tout entier. Si l'idée de « constitution économique » n'est pas encore consacrée, les réflexions sur le besoin de repenser le cadre constitutionnel de la concurrence préalablement à l'édiction d'un droit spécifique et l'impérieuse nécessité de penser ce droit dans une interpénétration des disciplines juridiques et économiques est déjà présente.

2. Une convergence doctrinale en puissance

De cette double crise du libéralisme au sens manchestérien, des enseignements sur la convergence potentielle entre la conception américaine de la monopolisation et la conception européenne de l'abus de pouvoir de marché peuvent être retirés. Ces

enseignements peuvent être classés en deux catégories : d'abord une considération générale sur les deux droits en présence ; ensuite deux enseignements plus particuliers.

La considération générale tient au fait qu'on peut relever aux États-Unis avant la promulgation du Sherman Act comme dans l'Autriche de la fin du XIX^{ème} siècle une réflexion tout à fait innovante sur la nécessité de penser le droit de la concurrence par-delà la frontière conceptuelle séparant le droit constitutionnel du droit privé. Pour s'attaquer à la question du pouvoir monopoliste, les législateurs prennent acte de part et d'autre du besoin de créer un ordre juridique d'un nouveau genre permettant d'enserrer le droit commercial des entreprises privées dans un droit public au service de l'intérêt général défini en termes d'équilibre des pouvoirs politiques et économiques.

Le premier enseignement plus particulier qu'on peut tirer de cette première comparaison tient aux fondements de ces premières tentatives de conceptualisation. L'altérité entre les deux modèles semble contenir un potentiel point d'unification dans l'attention portée à ce que la science économique moderne nommerait le bien-être du consommateur. Par exemple, Gerber relève que Stein opposait aux cartels la notion de *consumer welfare*, pour fonder la réglementation des accords d'entreprise non justifiés par des raisons d'efficacité.

Le second enseignement particulier relève de la consécration d'un concept dont l'importance est fondamentale pour comprendre les développements des futures dispositions, à savoir la notion de *pouvoir économique*, en particulier le pouvoir du monopoleur de fausser le fonctionnement du marché par l'adoption de comportements inenvisageables dans un marché réellement concurrentiel.

Les contextes historico-politiques précédemment exposés aboutissent à une remise en cause des institutions qui organisaient traditionnellement les rapports de force économiques. En Allemagne, le constat d'échec de la législation économique de l'Empire puis du libéralisme de la République de Weimar conduit à l'émergence dans les années 1930 des théories ordolibérales. Aux États-Unis, la promulgation du Sherman Act ne signifie pas pour autant que la prévention de la monopolisation est réellement mise en

vigueur : c'est seulement à l'issue de controverses théoriques nombreuses et de développements jurisprudentiels progressifs que la section 2 du Sherman Act acquiert force de droit.

B. D'une réflexion sur les structures institutionnelles de l'économie à l'établissement de règles de droit positif

Si les travaux préparatoires du Congrès avant la promulgation du Sherman Act nous renseignent sur le sens initial de la notion de monopolisation, la pleine entrée en vigueur du texte se fait au prix d'une lente évolution jurisprudentielle (1). Dans l'Allemagne de la fin de la République de Weimar et du commencement du Troisième Reich, c'est le milieu académique de l'université de Fribourg qui conceptualise des apports fondamentaux à la régulation du pouvoir de marché (2). Du reste, le dialogue entre les deux environnements s'accroît et le cas américain fait ici encore référence, qu'il soit conçu comme potentielle source d'inspiration ou érigé en contre-modèle.

1. Promulgation et premières applications de la section 2 du Sherman Act

Si au moment du vote du Sherman Act une importance et une attention limitées furent accordées au texte²³, la prohibition par sa section 2 de l'acquisition d'un pouvoir de marché monopoliste « dans le commerce et les échanges interétatiques » représente un tournant fondamental pour le droit économique aux États-Unis. Pour mesurer l'ampleur de ce changement, il convient de rappeler la nature constitutionnelle fédérale du pays. L'article premier de la Constitution des États-Unis d'Amérique, qui énumère les différentes prérogatives de la branche législative du gouvernement que constituent les deux chambres du Congrès, comprend à sa section 8 une « *commerce clause* » qui attribue notamment au Congrès le pouvoir de réguler le commerce « *with foreign Nations, and*

²³ Comme le rappellent Toinet *et al.* (*Le libéralisme à l'américaine* op. cit), la proposition de législation du sénateur républicain de l'Ohio John Sherman répondait à la nécessité de « *contrer l'offensive démocrate contre les droits de douane* ». Du reste, « *[cette proposition] fut votée, à l'issue d'un débat bref, sans hearings. Le sénateur Sherman la jugea lui-même comme de peu d'importance.* »

among the several States ». Toutefois, l'importance de la décentralisation des pouvoirs dans la conscience collective américaine, que nous avons déjà mentionnée, ajoutée au pouvoir de contrôle de la Cour Suprême sur le respect des prérogatives des États fédérés laissait supposer une potentielle inapplication du Sherman Act.

En d'autres termes, dès lors que le Congrès énonçait une interdiction d'acquérir un pouvoir de monopole à l'échelle interétatique, se posait la question de savoir si la capacité du Congrès à réguler les affaires commerciales de l'Union comprenait le pouvoir de prohiber l'acquisition (ou la tentative d'acquisition) d'un tel pouvoir monopoliste. Comme le rappelle Kempf, la clause de commerce est alors « *majoritairement entendue comme le pouvoir de contrôler les mouvements effectifs de marchandises entre les États* », et non celui de réguler le niveau de concentration des marchés sur lesquels ces mouvements s'opèrent. La monopolisation était interdite par le Congrès, mais aussitôt le risque d'une interdiction dépourvue d'effet apparaissait. À ce titre, l'arrêt rendu par la Cour Suprême dans l'affaire *United States v E.C. Knight Co.* (1895)²⁴ et ses répercussions sont d'une importance fondamentale pour comprendre la conceptualisation initiale du Sherman Act délivrée par le juge.

En 1892, la compagnie sucrière *American Sugar Refining Company* décida d'acquérir la majorité des actions des quatre principales sociétés de raffinage du sucre de Philadelphie, prenant ainsi le contrôle de 98% de l'industrie américaine de production de sucre. Immédiatement, le président démocrate Grover Cleveland enjoignit à son Attorney General de poursuivre l'*E.C. Knight Co.* et les autres sociétés impliquées pour violation du Sherman Act dans le but de faire annuler l'achat de titres et, partant, de détruire la position ultra-dominante ainsi constituée.

La Cour Suprême devait donc déterminer si le Congrès avait compétence pour empêcher la constitution d'un monopole industriel à l'échelle de plusieurs États ; en d'autres termes, il appartenait au juge de dire si la prohibition de la monopolisation énoncée par l'État fédéral pouvait s'appliquer à la détention d'un quasi-monopole par une entreprise qui, du

²⁴ *United States v. E.C. Knight Company*, 156 U.S.1 (1895) Une analyse détaillée de l'arrêt est disponible sur le site *U.S. Conlawpedia* à l'adresse suivante : <http://sites.gsu.edu/us-constipedia/united-states-v-e-c-knight-co-1895/>.

fait du pouvoir qui en découlerait, serait potentiellement en mesure de fixer des prix n'ayant plus rien de commun avec les prix fixés en situation concurrentielle.

Dans cet arrêt soutenu par la quasi-totalité des membres de la Cour (8 contre 1), il fut jugé que le Sherman Act était ici inapplicable et que, en conséquence, le gouvernement fédéral n'était pas fondé à demander l'annulation des acquisitions en cause. Plus précisément, la Cour interpréta la prohibition de la monopolisation en ce sens qu'elle s'applique à la *commercialisation* et non à la *production* des marchandises. Parce que le quasi-monopole ainsi constitué concernait la production de sucre et non sa distribution, le pouvoir de marché obtenu n'était pas susceptible d'être régulé par le Sherman Act : la production en cause, le raffinement du sucre, était une activité par elle-même purement locale et n'avait pas à être comprise comme un élément du commerce entre les États.

Si la distinction opérée par la Cour est éclairante dans la mesure où elle précise les motifs d'inapplicabilité du Sherman Act et de la *commerce clause* à une situation de monopolisation d'une activité de production, l'apport essentiel de l'affaire pour la conceptualisation de la monopolisation est ailleurs : il réside en premier lieu dans ce qu'elle révèle des failles initiales du Sherman Act, et se manifeste en second lieu dans les réflexions contenues dans l'opinion dissidente formulée par le juge John Marshall Harlan.

Dans l'affaire *E.C. Knight v. U.S.*, certaines insuffisances de la Section 2 du Sherman Act sont déjà perceptibles. D'abord, c'est l'imprécision de la disposition qui révèle ses effets : si les intentions du Congrès de décentraliser et diluer le pouvoir économique sont claires dans la dynamique de promulgation du Sherman Act, les réalités couvertes par la notion consacrée de « monopolisation » n'y sont pas réellement définies, et laissent au juge un large pouvoir d'ôter à l'ambition régulatrice sa vigueur pratique. Conséquence de cette première faille, la section 2 ouvre aussi la voie à une appréciation du « caractère délictuel d'une position dominante » selon un critère de « règle du raisonnable » (*rule of reason*), qui exclut toute condamnation *per se* d'une pratique monopoliste. Enfin, cet arrêt illustre bien le fait que « *la concentration industrielle en tant que telle n'était pas interdite* »²⁵

²⁵ Toinet *et al.*, *Le libéralisme à l'américaine*, *op. cit.*, p.92

par la section 2 et que, par conséquent, il était tout à fait possible pour les firmes, par le jeu du droit des sociétés notamment, d'échapper au contrôle de la monopolisation²⁶.

Par ailleurs, un aspect relativement peu étudié mais riche d'enseignements de l'arrêt *E.C. Knight Co.* réside dans l'opinion dissidente rédigée par le juge Harlan. En effet, il affirma que les prérogatives des États fédérés ne pouvaient fonder la non-intervention du Congrès dans les affaires commerciales, qu'elles concernent les opérations de distribution ou de fabrication. Il ajouta à cette question des compétences une dimension d'intérêt général dans la prévention de la monopolisation en cause au principal : pour contrecarrer l'interprétation « rigide » de la *commerce clause* énoncée par la Cour, il invoqua une autre clause de la section 8 de l'article 1 de la Constitution. Au nom de la *necessary and proper clause*, qui octroie au Congrès le pouvoir de « *make all Laws which shall be necessary and proper for carrying into Execution the foregoing Powers, and all other Powers vested by this Constitution in the Government of the United States.* », il soutint qu'il était de la responsabilité du Congrès d'adopter la politique « *la plus bénéfique pour le peuple* » et notamment de préserver la liberté du commerce. Pour Harlan, le problème majeur de l'acquisition d'une telle position dominante par la compagnie sucrière résidait dans le contrôle qu'elle permettait sur le marché en question ou, autrement dit, dans la restriction de liberté économique et contractuelle qui en découlait pour les concurrents.

Cette opinion dissidente, ajoutée aux réactions négatives du grand public face à cet arrêt, contribua grandement à son revirement progressif par la jurisprudence subséquente. Toutefois, à la suite de cette affaire, c'est l'accession de la monopolisation à un statut d'enjeu *politique* majeur qui contribue à forger une nouvelle étape de la conceptualisation de la section 2 du Sherman Act.

La question de la monopolisation des marchés devient en effet un thème majeur des discours politiques de la fin du siècle. Cette appropriation politique de la question du pouvoir de marché, déjà latente dans la politique adoptée par Cleveland dans l'affaire

²⁶ C'est notamment ce qui explique, pour certains auteurs, l'accroissement remarquable des opérations de fusion après 1890, comme celles opérées par U.S. Steel ou General Electric. Voir, au sujet de cette vague de fusions aux États-Unis à la fin du XIXème siècle : Naomi R. Lamoreaux, *The great merger movement in American business, 1895-1904*, Cambridge University Press, 1985.

E.C. Knight Co., s'accroît sous la présidence de McKinley (1897-1901) et prend toute son ampleur à partir des deux mandats de Theodore Roosevelt (1901-1909), républicain progressiste qui, dans son maniement de la politique antitrust, se montre déterminé à lutter contre le pouvoir des grandes entreprises. Ainsi, il ordonna au département de la Justice d'engager une action antitrust contre la holding *Northern Securities* pour monopolisation, ce à quoi s'était refusé son prédécesseur McKinley. Cette affaire donna lieu à une jurisprudence fondamentale²⁷ par laquelle la Cour Suprême conféra à la prohibition de la monopolisation une plus grande effectivité : la Cour trancha en faveur du gouvernement contre la holding en condamnant l'acquisition d'actions d'autres compagnies concurrentes qui conduisaient à une excessive concentration du marché.

Soutenu notamment par le juge Harlan, cet arrêt consacrait une interprétation plus large de la *commerce clause*. Cette interprétation allait permettre de comprendre la monopolisation dans une acception moins restrictive et d'utiliser la section 2 pour prévenir l'acquisition d'un pouvoir de marché trop important par le biais d'une fusion. Ce volontarisme de Roosevelt allait être confirmé un an plus tard dans l'arrêt *Swift & Co. v. United States*²⁸, par lequel la Cour Suprême énonça que la *commerce clause* autorisait le gouvernement fédéral à réguler « les monopoles ayant un effet direct sur le commerce ».

De la décision de promulgation du Sherman Act et des tout premiers développements jurisprudentiels de l'interdiction de monopoliser, on peut retirer trois enseignements.

D'abord, on note que la dimension novatrice que représente la section 2 prend moins sa source dans la prohibition textuelle que dans l'interprétation extensive que sa relative imprécision permit au juge de dégager. Ensuite, on constate que le terrain privilégié des premières applications de la section 2 fut celui des projets de fusion : c'est bien l'acquisition d'une position dominante par l'exclusion des concurrents qui semble essentiellement visée par la politique du régulateur et par le juge. Toutefois on note que,

²⁷ *Northern Securities Company et al., Apts. v. United States*, 193 U.S.197 (1904).

²⁸ *Swift & Co. v. United States*, 196 U.S. 375 (1905)

pour l'heure, ni la concentration d'entreprise en tant que telle, ni les comportements monopolistes tels que la discrimination par les prix ou les ventes exclusives ne sont envisagés. Enfin, on perçoit dès les premières années qui suivent l'entrée en vigueur du Sherman Act le rôle essentiel du politique dans son utilisation : c'est toute la dimension téléologique de la prohibition de la monopolisation en tant qu'objectif social de dilution du pouvoir de marché qui est ici présente en puissance.

2. L'école de Fribourg-en-Brisgau : vers une nouvelle « constitution économique » (W. Eucken)

Le 4 février 1897, le Tribunal impérial allemand rendait un arrêt fondamental au sujet du « cartel saxon de la pâte à papier », par lequel le juge consacra la légalité des cartels et leur « conformité à la liberté du commerce et de l'industrie »²⁹. Ainsi, « *le droit de la concurrence allemand tournait le dos au droit américain fondé par le Sherman Antitrust Act* »³⁰. Cette jurisprudence fondatrice permit la cartellisation de l'économie allemande. Le cartel était désormais une modalité normale de l'organisation de l'économie ; mieux, c'est précisément la coopération entre firmes et la concentration des pouvoirs économiques qui faisait figure de structure ordinaire de certains secteurs de la production. La République de Weimar ne mit pas fin à ce type d'organisation : au contraire, par une Ordonnance sur les cartels, en 1923, la cartellisation de l'économie allemande était assurée et encadrée par le droit. Du fait de cette jurisprudence fondatrice et de cette ordonnance fondamentale, le paysage économique allemand était logiquement composé de très nombreux cartels dans les diverses branches de l'industrie nationale.

C'est dans ce contexte juridique et économique que, à partir des années 1930, prend place au sein de l'université de Fribourg un courant de pensée notamment initié par Walter Eucken (1891-1950) et Franz Böhm (1895-1977) d'une importance essentielle dans la conceptualisation de l'abus de position dominante en droit de la concurrence. Pour apprécier l'ampleur de cet apport cardinal, il convient d'abord de rappeler la démarche philosophique qui préside à leur doctrine, avant d'exposer plus précisément les contributions de ces prémisses au façonnement d'un droit de la concurrence.

²⁹ Hugues Rabault, « Pour introduire à l'ordolibéralisme » in. *L'ordolibéralisme, op. cit.*

³⁰ *Ibid.*

i. *De la naissance de l'ordolibéralisme ou comment penser la dilution du pouvoir de marché au « pays des 4000 cartels »*³¹

La démarche intellectuelle de Walter Eucken dans son appréciation du phénomène monopoliste³² repose d'abord sur l'affirmation d'une nécessité de penser l'économie en termes empiriques plutôt que de se référer à une prétendue fatalité historique. Contre l'école historique dominante dans la doctrine économique allemande, qui analyse l'économie nationale comme la résultat matériel et inévitable de l'identité germanique, Eucken revendique une approche plus *institutionnaliste* du phénomène économique.

S'il ne nie pas la dimension historique de l'état présent de l'économie allemande, il répond aux tenants d'une vision strictement historiciste que la configuration de cette économie est le résultat de *choix* économiques eux-mêmes résultats de choix *juridiques*. En d'autres termes, il interprète la cartellisation non comme la manifestation empirique d'une fatalité identitaire mais comme la résultante pratique d'un arbitrage de politique économique fondé sur la légalisation des positions dominantes par la puissance publique.

L'analyse proposée par Franz Böhm fait directement écho à cette position : pour Böhm, la libre concurrence est bel est bien un *ordre économique* sélectionné par le législateur parmi plusieurs ordres possibles, parmi plusieurs « expériences » juridiques et économiques disponibles.

Dès lors, quelle alternative conceptuelle proposent-ils à l'ordre cartellisé de l'économie allemande qui prévaut en leur temps ? Par quels outils théoriques apportent-ils un regard critique sur une organisation de l'économie alors perçue comme naturelle et correspondant à l'identité historique du pays ? Comme le rappelle Hugues Rabault, Böhm et Eucken placent au centre de leur réflexion la « dimension agonale de la vie économique » : pour Eucken la cartellisation résulte de « *la lutte des monopolistes privés contre les outsiders* ». C'est bien la « *lutte économique* » qui caractérise à la fois l'état de

³¹ Julien Walther, « Prométhée enchaîné ou la puissance maîtrisée. Le “lien génétique” entre droit privé et concurrence dans l'œuvre de Franz Böhm (1895-1977) » in. Rabault, *L'ordolibéralisme, aux origines de l'école de Fribourg-en-Brisgau*, op. cit.

³² L'analyse des apports de Walter Eucken au droit de la concurrence sera ici limitée à l'objet d'étude du présent mémoire. Toutefois, on trouvera dans l'ouvrage d'Hugues Rabault (*L'ordolibéralisme op. cit.*) des précisions éclairantes et plus complètes sur les fondements épistémologiques de la pensée de Walter Eucken.

libre concurrence et celui de la cartellisation. À ceci près que, dans le premier cas, elle se déroule « *pour le client* », c'est-à-dire dans une perspective de compétition atomisée pour recueillir les parts de marché, tandis que, dans le second cas, elle s'effectue « *contre le client* », dans une dynamique de préservation d'une domination fondée sur la possession d'une quantité de parts de marché hégémonique.

Les fondateurs de l'ordolibéralisme questionnent les conditions de possibilité de cette lutte et de son achèvement en concentration légalisée des pouvoirs économiques. Autrement dit, ils vont se poser la question de savoir *dans quel cadre* cette lutte prend place. C'est ici que l'idée ordolibérale de constitution économique prend tout son sens par rapport à la conceptualisation de la monopolisation et de l'abus de monopolisation : si le phénomène de monopolisation est bien « *un phénomène naturel qui découle de la dimension agonale de la vie économique* », dans quelle mesure les institutions rendent-elles possibles ce déroulement et ce résultat ? C'est en termes constitutionnels que répondent les ordolibéraux : si la lutte économique aboutit à la cartellisation qui à son tour résulte en une monopolisation des marchés, c'est d'abord parce que le cadre juridique constitutionnel l'autorise.

Par leur proposition d'une nouvelle constitution économique, les fondateurs de l'ordolibéralisme entendent aussi contester les orientations politiques et sociales vers lesquelles le gouvernement nazi engage leur pays. De fait, « *la cartellisation de l'économie trouve une légitimation dans un imaginaire corporatif moyenâgeux d'inspiration romantique* »³³. La contestation du phénomène monopoliste par les premiers ordolibéraux n'est donc pas au premier chef une critique fondée sur l'inefficacité absolue de la concentration du pouvoir économique ; c'est plutôt au nom de préoccupations humanistes et d'équilibre social qu'ils entreprennent leur critique des positions dominantes et des abus qu'elles permettent³⁴.

Enfin, la critique ordolibérale du pouvoir de marché doit être comprise comme une rupture avec certains fondements du libéralisme classique. On examinera successivement

³³ Rabault, « *L'ordolibéralisme* » *op. cit.*

³⁴ Gerber, « *Constitutionalizing the Economy* » *op. cit.*

les différentes dimensions de cette différence pour mieux analyser ensuite les contributions de ces ruptures conceptuelles à l'élaboration d'un droit nouveau.

a. Un nouveau rapport à la logique contractuelle

Hans Großmann-Doerth³⁵ (1894-1944), autre théoricien de l'école de Fribourg, publia en 1933 un texte intitulé : « Le droit autocréé de l'économie et le droit étatique » (*Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht*). Par cette contribution, il conceptualisait une préoccupation fondatrice des ordolibéraux : le pouvoir économique privé autorisé par le droit commercial des contrats. Pour l'auteur, les normes autocrées par l'économie, c'est-à-dire l'auto-génération par la vie des affaires des propres réglementations qui encadrent son déroulement, représente un risque majeur pour la liberté économique. L'abus de monopolisation est ici conceptualisé par la remise en cause même des équilibres juridiques qui permettent le libre fonctionnement du marché. C'est l'absence de droit enserrant cette auto-définition des termes des échanges dans un « *cadre* » qui est problématique. Le critère du consentement à l'échange, fondateur du contrat de droit privé et cher à la « *tradition contractuelle libérale* »³⁶, est bel et bien dépassé. Le contrat n'est plus la manifestation juridique pure du consentement réciproque et de l'égalité de parties prenantes. Il est le moyen par lequel les entreprises imposent des « conditions commerciales » potentiellement inéquitables aux consommateurs sans que l'État puisse y imposer *son* « ordre juridique ».

b. Un dépassement du dualisme État/Société

Les ordolibéraux se distinguent des libéraux classiques alors représentés par l'école de Vienne dont font notamment partie Ludwig von Mises ou Friedrich Hayek dans leur conception de la place de l'État par rapport à l'économie. Ainsi, alors que les libéraux classiques voient « *l'État comme une organisation parmi d'autres* »³⁷, les ordolibéraux conceptualisent une liberté économique et un ordre concurrentiel intégrés à l'État, qui en est à la fois le garant et le régulateur. Les ordolibéraux rejettent l'idée hayékienne d'une économie naturelle. Pour les ordolibéraux, « *l'économie administrée au plan central*

³⁵ Reine Wakote, « Hans Großmann-Doerth, un cofondateur méconnu de l'École de Fribourg » *in*. Rabault, *op. cit.*

³⁶ Rabault, « Pour introduire à l'ordolibéralisme » *op. cit.*

³⁷ *Ibid.*

[n'est pas une] dérive ou une déviance, mais [...] une expérience »³⁸. L'État n'est pas un élément perturbateur d'un « ordre spontané » du marché libre. Les modalités de l'interpénétration entre la puissance publique et l'économie sont le résultat d'un choix juridique et constitutionnel, et la « Société » ne saurait être isolée comme en parfaite autonomie de l'ordre étatique.

c. Une autre conception de l'intervention de l'État et de la liberté économique

Chez Walter Eucken, le refus du dualisme État/Société précédemment évoqué va de pair avec une rupture avec le dualisme libéralisme/interventionnisme. Pour lui et contrairement à ce qu'affirment les libéraux classiques, ce n'est pas l'État qui a faussé la libre expression des forces du marché en créant les situations de monopolisation ; bien au contraire, il y a une « *tendance naturelle* » et historique à la monopolisation des marchés, du fait de la concentration des pouvoirs économiques et de la production par les entreprises d'un droit économique favorable à l'acquisition et à la préservation de positions dominantes. Dès lors, il convient de repenser le degré d'intervention souhaitable de l'État dans l'économie. Contre l'« *interventionnisme anarchique* » de la république de Weimar, les ordolibéraux ne préconisent pas moins d'intervention publique mais plutôt une *autre* intervention publique : celle fondée sur la faculté « ordonnatrice » du droit sur l'économie.

En d'autres termes, comme le relève Hugues Rabault, la rupture des ordolibéraux avec le libéralisme classique repose sur l'idée fondamentale d'une *incompatibilité entre l'État de droit et l'État limité*. C'est précisément pour préserver l'État en tant qu'« *autorité juridique* »³⁹ que l'ordre étatique doit s'intégrer à l'ordre économique en lui fixant un cadre. Contrairement à ce que certaines interprétations libertariennes ont pu suggérer, l'ordolibéralisme n'est pas pour autant une légitimation d'une intervention publique sans bornes ; mais il conçoit l'imposition par l'État de ses propres normes de droit à la sphère économique comme la condition de possibilité de l'État de droit dans la vie des affaires. Contre les menaces que le système économique des monopolistes fait peser sur la liberté

³⁸ Rabault, « L'idée de constitution économique » *op. cit.*

³⁹ *Ibid.* p.87

individuelle, seule la puissance publique peut venir ordonner la compétition sur le marché. En somme, comme le note Gerber⁴⁰, les ordolibéraux conceptualisent la nécessité d'un État fort pour contenir les abus de puissance privée.

Chacune de ces ruptures avec le libéralisme classique constitue un outil conceptuel pour penser un droit de la concurrence novateur mis au service de la dilution du pouvoir de marché et de la prévention des abus de position dominante. Ces apports fondateurs constituent les premières lignes de force de ce nouveau droit public économique.

ii. *Vers un nouveau droit public économique*

Dans leur conceptualisation du pouvoir de marché, les ordolibéraux ont formulé des notions fondamentales pour le droit des abus de positions dominantes tel qu'il sera constitué par l'article 102 TFUE⁴¹. En plaçant leur appréciation du pouvoir de marché en érigeant la « concurrence par l'exclusion » comme contre-modèle, ils théorisent la « concurrence par les mérites » comme critère d'appréciation d'une position dominante⁴². Par la condamnation du pouvoir de marché excessif, il s'agit de condamner une situation économique de fait qui reposerait exclusivement sur des procédés déloyaux sans rapport aucun avec les qualités propres de celui qui lutte sur le marché. Ainsi, la position dominante ne saurait être acquise ou préservée par des moyens qui entravent le fonctionnement libre du système de fixation des prix⁴³.

Par ailleurs, le droit esquissé par les premiers théoriciens de l'ordolibéralisme inaugure un rapport bien particulier du droit de la concurrence aux monopoles publics. Cette préoccupation particulière distingue l'école de Fribourg des conceptions américaines de la monopolisation : pour les ordolibéraux, les monopoles publics constituent un phénomène à part et ce n'est pas tant leur existence qui menace la liberté économique que la présence d'« oligopoles privés » protégés par l'État. La position dominante sur le

⁴⁰ Gerber, « *Constitutionalizing the Economy* » *op. cit.*

⁴¹ Mongouachon, « *L'ordolibéralisme. Contexte historique* » *op. cit.*

⁴² *Ibid.*

⁴³ Walter Eucken écrit à ce sujet : « *Dans une économie de transactions composée de nombreux entreprises et ménages, la coordination des plans individuels est nécessaire et elle se réalise par le biais des prix* » in. *Die Grundlagen der Nationalökonomie*, Fischer, Jena, 1940, p.145. Cité dans Mongouachon, *op. cit.*

marché n'est pas d'autant moins justifiée qu'elle émane de l'État. Ici se dessine déjà un rapport européen particulier du secteur public à la concurrence⁴⁴.

Plus généralement, on peut retenir quelques notions fondamentales de la contribution des ordolibéraux à la conceptualisation de la régulation du pouvoir de marché. D'abord, on relève que la « rupture épistémologique » avec certains fondamentaux du libéralisme manchestérien hostile aux interventions publiques en matière de réglementation économique permet de penser un nouveau droit de la concurrence et, partant, un nouveau rapport à la monopolisation et au phénomène de domination des marchés.

Les ordolibéraux réhabilitent la puissance publique dans son autorité juridique en lui assignant un objectif de régulation et de dilution du phénomène monopoliste. Dès lors, la vision qui consiste à voir la concentration des pouvoirs économiques et des capitaux entre les mains de quelques grandes entreprises comme le résultat nécessaire de l'économie de marché est contestée dans ses fondements : dès lors qu'on permet à l'État d'ordonner la vie économique, il existe bien une alternative à « la tendance historique à la monopolisation » dont parle Walter Eucken.

Se dégage aussi un autre élément discriminant de l'altérité entre le droit américain et le futur droit européen de la concurrence : la conception large du pouvoir économique. Chez Franz Böhm en particulier, le modèle concurrentiel est une situation économique *d'absence* de pouvoir privé sur le marché.

Cette altérité fait écho aux différences d'objectifs en termes d'organisation de l'économie. Pour les ordolibéraux, le laisser-faire ne saurait être un idéal de politique économique⁴⁵, tandis qu'aux États-Unis le Sherman Act est davantage l'expression d'une volonté d'en limiter les conséquences sans pour autant renier à cet état de libre marché son statut de modèle. En d'autres termes là où la section 2 du Sherman Act protège les consommateurs des conséquences de la monopolisation, chez les ordolibéraux c'est la logique même d'un marché non régulé permettant la concentration du pouvoir économique qui est critiquée.

⁴⁴ Sur ce point, voir Claire Mongouachon, *Abus de position dominante et secteur public : L'application par les autorités de concurrence du droit des abus de position dominante*, Bruylant, 2012.

⁴⁵ Claire Mongouachon, « Pour une concurrence régulée : l'apport de Leonhard Miksch », *in*. Rabault, *op. cit.*

Là où les ordolibéraux « *subordonnent la liberté contractuelle à l'ordre concurrentiel* »⁴⁶, la prohibition de la monopolisation au sens américain, même si elle s'inscrit dans une méfiance de la conscience collective américaine pour la concentration des pouvoirs, n'a pas pour objectif de transformer la constitution de l'économie dans son ensemble.

Enfin, notons que la confiance que placent les théoriciens de l'école de Fribourg dans l'État pour réguler la concentration des pouvoirs économiques sera critiquée par des libéraux classiques contemporains des ordolibéraux. Ainsi, Ludwig von Mises les qualifiera d'« ordo-interventionnistes » et critiquera la dimension hégélienne de l'ordolibéralisme, qui prêtent à l'État une capacité d'incarnation de l'intérêt général et l'autorisent au nom de cette capacité à perturber l'état spontané des échanges.

Dans cette première section, les éléments essentiels des premiers fondements historiques et idéologiques de la section 2 du Sherman Antitrust Act et les concepts fondamentaux qui détermineront la conception du futur article 102 du TFUE ont été exposés.

Aux États-Unis, la période 1890-1945 était celle de la promulgation du texte fondateur et de ses premières applications. À ce titre, les arrêts *Standard Oil*⁴⁷ et *American Tobacco*⁴⁸ de 1911 font figure d'avancée considérable vers l'application pleine et entière de la prévention de la monopolisation. Dans ces deux affaires, en condamnant les entreprises visées à être divisées en plusieurs entités, la Cour Suprême donne pour la première fois toute sa vigueur à la section 2 du *Sherman Act* en prouvant qu'elle a une force obligatoire suffisante pour diluer effectivement la concentration des pouvoirs économiques.

Le dispositif du Sherman Act est aussi renforcé : en 1914, le Clayton Act permet d'en combler certaines lacunes, par exemple en rendant illégale la discrimination par les prix créatrice de monopole ou affaiblissant la concurrence. La conception de la

⁴⁶ Rabault, *ibid.*

⁴⁷ *The Standard Oil Company of New Jersey, et al. v. United States*, 221 U.S. 1

⁴⁸ *United States v. American Tobacco Company*, 221 U.S. 106

monopolisation est donc élargie par le législateur, qui vient désormais attaquer directement les comportements de l'entreprise installée sur le marché.

Pourtant, à partir des années 1930, tandis qu'à l'université de Fribourg l'ordolibéralisme prend racine et s'institutionnalise⁴⁹, le contexte politique américain a changé : sous la présidence de Franklin D. Roosevelt (1933-1945), la politique économique se fait plus interventionniste et va de pair avec une centralisation progressive des pouvoirs économiques sous l'autorité du gouvernement fédéral. Ainsi, si l'application des lois antitrust n'est pas interrompue⁵⁰, le volontarisme du début du siècle en la matière a cédé la place à une tolérance plus grande pour les grandes entreprises, désormais vues comme un outil efficace au service de la politique nationale des différentes phases du *New Deal*.

En Europe, tout reste à faire ou presque : si l'apport de l'école de Fribourg à la conceptualisation du droit de la concurrence est réel, la conception européenne de la position dominante et la consécration de l'abus comme critère du contrôle du pouvoir de marché n'a lieu qu'à la suite du second conflit mondial.

Après 1945, le contexte politique est bouleversé de part et d'autre de l'Atlantique, et les conceptions économiques sont à rénover. Le nouveau « moment » historique qui s'annonce pour la conceptualisation des deux dispositions implique d'envisager sous un nouveau jour les concepts clés et les interprétations jurisprudentielles.

À ce titre, l'analyse du pouvoir monopoliste proposée en 1942 dans son ouvrage *Capitalisme, Socialisme et Démocratie* par Joseph Schumpeter⁵¹ illustre bien la nouveauté du moment qui s'annonce. Qu'on en juge par les affirmations mêmes de l'auteur sur le monopole et le pouvoir de marché :

« *On ne saurait donc se borner à soutenir que, la concurrence parfaite étant irréalisable dans les conditions industrielles modernes, - ou ayant toujours été*

⁴⁹ En 1936, Franz Böhm, Walter Eucken et Hans Großmann-Doerth publient un manifeste intitulé « Notre mission » (*Unsere Aufgabe*) dans lequel ils expriment les idées fondatrices de l'ordolibéralisme et constituent ainsi leur courant académique en école de pensée autonome.

⁵⁰ En 1936, la promulgation du *Robinson-Patman Act* vient renforcer le cadre légal de contrôle du pouvoir économique, en complétant certaines dispositions du *Clayton Act*.

⁵¹ Joseph A Schumpeter, *Capitalisme, Socialisme et Démocratie*, traduit de l'anglais avec une introduction par Gael Fain, Payot, 1951.

irréalisable, - on doit accepter l'entreprise opérant sur une grande échelle ou l'unité de contrôle comme un mal nécessaire, inséparable du progrès économique [...]. Il faut aller plus loin. Nous sommes obligés de reconnaître que l'entreprise géante est finalement devenue le moteur le plus puissant de ce progrès et, en particulier, de l'expansion à long terme de la production totale [...]. À cet égard, la concurrence parfaite est, non seulement irréalisable, mais encore inférieure et elle n'a aucun titre à être présentée comme un modèle idéal d'efficience. »⁵²

Critiquant la tendance du « *bourgeois libéral typique* »⁵³ (sic) à constituer le monopole en « *père de tous les abus* » et en « *bouc émissaire favori* », Schumpeter procède ici implicitement à une légitimation de la concentration du pouvoir économique.

On le verra, cette conception schumpétérienne du pouvoir de monopole ne sera pas d'une importance majeure dans la conceptualisation et l'interprétation de la section 2 et de l'article 102 ; pour autant, pareille thèse nous renseigne sur la coupure historique qui est à l'œuvre. La question du pouvoir de marché, de la monopolisation, de la position dominante et de ses abus potentiels acquiert une pleine dimension politique et devient un objet à part entière de l'intervention de l'État en tant qu'autorité juridique dans l'économie.

⁵² *Ibid.* p. 195

⁵³ *Ibid.* p.186

Section 2 : Vers une approche plus économique du contrôle du pouvoir de marché (1945-1980)

Si la quasi absence de relation dans les rédactions de la section 2 du Sherman Act et de l'article 102 du TFUE dissimule, on l'a vu, une relation indéniable des préoccupations et des concepts fondateurs, cette parenté ne constitue qu'une dimension de leur altérité. Il faut désormais questionner cette relation à l'aune des développements jurisprudentiels les plus fondamentaux de la section 2 et examiner de près la genèse de l'article 102 du TFUE.

Ainsi, la transformation des économies occidentales et du phénomène monopoliste remet en cause les approches initiales du pouvoir de marché en incitant la puissance publique à affermir la règle de droit applicable (A). Dans les années 1970, la jurisprudence comme la doctrine participent même d'une « re-conceptualisation » des deux notions clés dans une approche résolument plus économique (B).

A. Repenser la domination des marchés dans un contexte économique transformé : les prémices d'une convergence

Aux États-Unis, la construction du concept de monopolisation connaît une nouvelle étape décisive avec l'arrêt *ALCOA*⁵⁴, qui cristallise les controverses sur la section 2 du Sherman Act pour « une génération »⁵⁵ (1). En Europe, la décennie suivant le second conflit mondial est celle de la négociation du traité de Rome et de la consécration de l'interdiction de l'abus de position dominante comme un pilier du droit européen de la concurrence (2).

1. L'arrêt *U.S. v. Alcoa* (1945)

L'arrêt *Alcoa* est d'une importance fondamentale pour comprendre la conceptualisation de la monopolisation par la jurisprudence et questionner sa relation avec la conception

⁵⁴ *United States v. Aluminum Co. of America*, préc.

⁵⁵ Spencer Waller, « The Story of Alcoa: The Enduring Questions of Market Power, Conduct, and Remedy in Monopolization Cases », *Antitrust Stories*, 2007.

européenne du pouvoir de marché⁵⁶. Acmé de l'approche structuraliste, *ALCOA* est loué par les plus ardents défenseurs d'une politique antitrust interventionniste et largement critiqué par les partisans du laissez-faire⁵⁷. Il s'inscrit dans un contexte de renouveau de la pratique de la politique de la concurrence par la puissance publique.

La politique du *National Industrial Recovery Act* du président F. D. Roosevelt, menée sous l'autorité d'une nouvelle agence de régulation, la *National Recovery Administration*, (créée en 1933), qui marquait la volonté du gouvernement fédéral de favoriser la cartellisation de l'économie américaine, est abolie par la Cour Suprême en 1935⁵⁸ pour inconstitutionnalité avec la *commerce clause*. Le contrôle du pouvoir de marché des entreprises par l'administration reprend dès lors de la vigueur et le gouvernement, qui avait sanctionné *ALCOA* en 1911 sous l'administration Taft et placé l'entreprise sous la vigilance de la *Federal Trade Commission* à partir de 1920, décida en 1938 de l'assigner en justice pour monopolisation, du fait de sa position ultra-dominante sur le marché de l'aluminium et de sa politique commerciale, notamment concernant les prix pratiqués⁵⁹. Le procès commença le 1^{er} juin 1938 pour s'achever par l'arrêt de la Cour d'appel pour le Deuxième circuit rendu le 12 mars 1945⁶⁰.

À l'issue du procès de première instance, le juge donna tort au gouvernement et affirma qu'*ALCOA* n'était pas coupable de monopolisation car l'entreprise ne détenait pas de pouvoir de monopole. Le gouvernement fit appel de cette décision et l'entreprise argua en seconde instance qu'elle était certes en situation de monopole mais que celle-ci n'était que le résultat d'une lutte équitable avec ses concurrents et qu'elle n'avait en rien eu

⁵⁶ Indépendamment de l'apport doctrinal de l'affaire, elle était déjà passée à la postérité pour sa durée et le travail qu'elle impliqua pour les parties prenantes. Ainsi, rien que pour la phase de première instance du procès, « *more than 40,000 pages of testimony were taken and 10,000 pages of exhibits entered into evidence. The New Yorker magazine in a famous two-part article about the case claimed it was the longest trial in the history of the world and that the trial record was three times heavier than the Encyclopedia Britannica and thirty times longer than Gone with the Wind.* » in. Waller, *op. cit.*

⁵⁷ Voir sur ce point l'article « Antitrust » (1962) d'Alan Greenspan publié par le *Nathaniel Branden Institute* et reproduit dans l'ouvrage d'Ayn Rand *Capitalism : The Unknown Ideal*, New American Library, 1966.

⁵⁸ *A.L.A. Schechter Poultry Corporation v. United States*, 295 U.S. 495 (1935)

⁵⁹ Pour le détail des griefs, voir Marc Winerman et William E. Kovacic, « Learned Hand, Alcoa, and the Reluctant Application of the Sherman Act », *Antitrust Law Journal*, Vol. 79, Issue 1, 2013.

⁶⁰ Le fait que cet arrêt ait été rendu par une juridiction d'appel et non par la Cour Suprême est dû à une question purement procédurale : en effet, dans l'attente des nominations présidentielles à la Cour, celle-ci ne présentait pas le nombre suffisant de membres pour auditionner les parties. Ce défaut de quorum conduisit le Congrès à adopter une loi de délégation (28 U.S.C. § 2109) qui assigna à la Cour d'appel fédérale pour le deuxième circuit la qualité de juge de dernier ressort dans l'affaire.

l'intention de monopoliser le marché. La réponse délivrée par le juge Learned Hand (1872-1961) dans la décision finale de la Cour constitue tout l'apport de cet arrêt à la conceptualisation de la section 2 du Sherman Act.

D'abord, la position de Hand est révélatrice d'un nouveau rapport du juge à la notion de pouvoir de marché. Hand avait jusqu'alors promu une attitude d'autolimitation des tribunaux face au pouvoir de marché des entreprises⁶¹. Sa préférence pour un traitement administratif des monopoles par une commission dépendante du gouvernement se fondait notamment sur une hostilité à l'égard de la capacité des juges à contrecarrer les intentions de la puissance publique par des vues politiques différentes de celles du législateur. Dans l'arrêt *ALCOA*, Hand marque une rupture avec cette attitude passée : pour lui, la monopolisation est bel et bien devenue un enjeu proprement politique qui, compte tenu des aspirations égalitaires du peuple américain, ne peut être négligé par celui qui interprète la règle de droit.

Dès lors, Hand commence par fonder son raisonnement et sa condamnation d'*ALCOA* par une interprétation téléologique de la section 2 du Sherman Act, qui n'est pas sans rappeler les conceptions ordolibérales que nous avons développées précédemment : reprenant une thèse qu'il avait énoncée dès 1915, il affirme que c'est bien l'« *unlimited economic power rather than concrete economic evils* » qui est visé par le Sherman Act. Dès lors il se propose de juger le cas d'*ALCOA* de la même manière que les concepteurs du Sherman Act l'auraient traité. Il doit pour ce faire déployer une stratégie particulière dans la définition des parts de marché détenue par *ALCOA*. Examinant les différents secteurs d'activité de l'entreprise dans le domaine de l'aluminium, il choisit de les additionner et aboutit à une part de marché de 90% détenue par l'entreprise. Pour lui ce seuil est décisif et permet dès lors d'identifier une situation de monopole.

⁶¹ Dans la première partie de sa vie de juriste, Hand « *wanted public policy to promote efficiencies that (albeit with some uncertainty) he associated with large firms. He scorned judicial efforts to develop antitrust doctrine under the rule of reason, finding the Supreme Court "incapable of any clear reasoning on the subject" and its decisions "discreditable to the administration of justice."* » in. Winerman et Kovacic, art. cité.

Cette situation de monopole est condamnée par le juge, qui estime la défense de la société non recevable. À ce titre, l'arrêt comporte un passage tout à fait essentiel qu'il convient d'examiner avec attention :

« But the whole issue is irrelevant anyway, for it is no excuse for “monopolizing” a market that the monopoly has not been used to extract from the consumer more than a “fair” profit. The [Sherman] Act has wider purposes. Indeed, even though we disregard all but economic considerations, it would by no means follow that such concentration of producing power is to be desired, when it has not been used extortionately. Many people believe that possession of unchallenged economic power deadens initiative, discourages thrift and depresses energy; that immunity from competition is a narcotic, and rivalry is a stimulant, to industrial progress; [...]. Such people believe that competitors, versed in the craft as no consumer can be, will be quick to detect opportunities for saving and new shifts in production, and be eager to profit by them. In any event the mere fact that a producer, having command of the domestic market, has not been able to make more than a “fair” profit, is no evidence that a “fair” profit could not have been made at lower prices. True, it might have been thought adequate to condemn only those monopolies which could not show that they had exercised the highest possible ingenuity, had adopted every possible economy, had anticipated every conceivable improvement, stimulated every possible demand. No doubt, that would be one way of dealing with the matter, although it would imply constant scrutiny and constant supervision, such as courts are unable to provide. Be that as it may, that was not the way that Congress chose; it did not condone ‘good trusts’ and condemn ‘bad’ ones; it forbid all⁶². »

Non seulement la prohibition de la monopolisation a bien une fonction de préservation d'un marché suffisamment atomisé, mais cette ambition s'inscrit dans la préservation d'un *modèle* économique particulier. Contrairement à la conception schumpétérienne, Hand considère les situations de dominance sur le marché et la réduction de concurrence qui en est le corollaire comme un puissant ralentisseur de l'innovation et de la prospérité. Prenant acte de l'incapacité des tribunaux à juger des préjudices précis des situations de monopole et des effets condamnables de l'exercice d'un pouvoir de marché monopoliste,

⁶² (Je souligne)

Hand conçoit la prohibition de la monopolisation comme l'outil par lequel la puissance publique maintient effective l'absence de *pouvoir* de monopole. Toutefois, il faut bien prendre garde à assimiler cette position à une condamnation en tant que telle de la situation dominante. Cette nuance essentielle est explicitement formulée dans l'arrêt :

« A single producer may be the survivor out of a group of active competitors, merely by virtue of his superior skill, foresight and industry. In such cases a strong argument can be made that, although, the result may expose the public to the evils of monopoly, the [Sherman] Act does not mean to condemn the resultant of those very forces which it is its prime object to foster: finis opus coronat. The successful competitor, having been urged to compete, must not be turned upon when he wins. »

En somme, *ALCOA* est pour le juge Hand l'occasion de condamner un monopoliste non en raison de son succès dans la compétition sur le marché mais du fait de l'abus observé dans la conduite de l'entreprise qui a notamment pratiqué des prix jugés inappropriés ou sciemment restreint sa production pour fausser le libre jeu de l'offre et de la demande. La taille de l'entreprise joue donc un grand rôle dans la condamnation qu'elle subit, mais elle ne suffit pas : la Cour identifie également des procédés particuliers utilisés par l'entreprise sur le marché, en l'espèce l'anticipation de la hausse de la demande et l'accroissement de ses capacités productives pour pérenniser sa position dominante.

La jurisprudence *ALCOA* ménage une exception à la condamnation de la dominance pour les entreprises qui l'acquièrent exclusivement par leurs talents propres sans fausser la libre compétition ; mais cette exception est entendue de manière restrictive. Autrement dit, la tolérance de la section 2 du Sherman Act pour les situations de domination des marchés n'est pas nulle, mais elle est ici comprise dans un sens particulièrement étroit. La taille importante de l'entreprise n'est pas en elle-même une situation de monopolisation. C'est lorsque cette part de marché considérable se couple à une capacité d'abus de pouvoir de marché que la situation dominante se fait monopole et que la section 2 trouve à s'appliquer⁶³. En l'espèce, la politique commerciale d'*ALCOA* permet au juge de franchir cette étape conceptuelle : du seul fait de l'anticipation d'une hausse de la

⁶³ Voir *United States v. Swift & Co.*, 286 U.S. 106 (1932)

demande et de sa préparation à cette hausse, ALCOA a abusé de son pouvoir de monopole⁶⁴ et ne peut plus se prévaloir des qualités supérieures qui lui ont permis de le conquérir.

C'est cette conception particulièrement large du pouvoir de marché excessif qui permet à la Cour de caractériser l'affaire comme une situation de monopolisation et de faire basculer la situation d'ALCOA d'une entreprise dominante à celle d'entreprise monopoliste.

L'impact de cette décision sur la conception de la monopolisation et sa relation avec l'abus de position dominante est fondamental : au sens de l'arrêt *ALCOA*, la section 2 du Sherman Act n'as pas pour seule et première vocation de protéger les consommateurs de prix excessifs mais de préserver un modèle économique qui encourage la créativité. Le crime d'ALCOA n'est pas d'abuser de son exploitation au détriment des consommateurs ; mais de constituer, par sa position dominante, une entreprise capable d'anticiper et fausser le libre fonctionnement d'un marché normalement atomisé.

Cependant l'analogie avec les préoccupations ordolibérales d'absence de pouvoir de marché s'arrête là : Learned Hand envisageait avec peu d'enthousiasme les justifications extra-économiques du droit antitrust ; simplement, en se refusant à les limiter au surplus du consommateur, il affirme une conception particulièrement large des justifications économiques⁶⁵ du droit de la concurrence.

2. Genèse et consécration du concept d'abus de position dominante dans le traité de Rome

En 1948, la création de la revue *ORDO* par Franz Böhm et Walter Eucken marque l'institutionnalisation de l'ordolibéralisme comme école de pensée désormais

⁶⁴ En vérité, même si la Cour dénonça uniquement cet aspect de la politique commerciale d'ALCOA, elle avait bel et bien identifié un comportement déloyal de l'entreprise, à savoir l'adoption d'une politique de « ciseau tarifaire » (*price squeeze*) pratiquée en 1912.

⁶⁵ Cette approche sera confirmée quelques mois plus tard par la Cour Suprême qui rappellera que la violation de la section 2 du Sherman Act n'est pas conditionnée en elle-même à la possession d'un monopole. La Cour refusera aussi d'interpréter la notion de restriction au commerce au seul prisme du préjudice au consommateur. Voir *Associated Press v. United States*. 326 U.S. 1 (1945)

incontournable dans les débats académiques et politiques sur la place de la puissance publique dans une économie de marché. Cet avènement de l'école de Fribourg ne doit toutefois pas dissimuler que sa contribution réelle à la consécration de l'abus de position dominante comme pierre angulaire de l'article 102 du TFUE est controversée.

Ainsi, il convient désormais de retracer la genèse du critère de l'abus de position dominante au sein du traité de Rome. En la matière, les travaux de Pinar Akman⁶⁶ nous renseignent particulièrement. Il s'agira de s'appuyer sur ceux-ci et d'en remettre en perspective certaines assertions afin de mieux comprendre les arbitrages politiques et conceptuels qui ont conduit au choix de rédaction de l'article 102.

Pour comprendre les choix réalisés dans le traité de Rome, il convient d'abord de rappeler le contexte des négociations européennes qui l'ont précédé. En 1955, dans une volonté de relancer un projet européen moribond à la suite de l'échec des négociations sur la Communauté européenne de défense (CED), une conférence interministérielle rassemblant les représentants des différents pays membres de la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA) est organisée à Messine. Si la réunion vise à poursuivre la CECA et en désigner le nouveau président, les participants saisissent aussi l'opportunité de proposer une nouvelle étape dans l'intégration. À la fin de la conférence, ils confient à Paul-Henri Spaak (1899-1972), représentant la Belgique, la rédaction d'un rapport sur les perspectives d'intégration économique dans un marché commun. Ce document est un des travaux préparatoires les plus fondamentaux du traité de Rome et constitue déjà un nouveau rapport au droit de la concurrence américain et un premier acte de rupture avec les conceptions ordolibérales du pouvoir monopoliste.

D'après le rapport Spaak, la vocation de la future communauté européenne doit être de permettre l'intégration des marchés et la modernisation des techniques de production à grande échelle. Ainsi, « *the advantage of a wider market was seen as making large-scale production possible without the necessity for monopoly.* »⁶⁷. L'ouverture des marchés en Europe était vue comme un défi lancé aux entreprises dominantes et aux monopoles :

⁶⁶ Pinar Akman, *The Concept of Abuse in EU Competition Law. Law and Economic Approaches*, Oxford, Hart Publishing, 2012.

⁶⁷ *Ibid.* p.77

seuls les plus aptes à se moderniser et à supporter la suppression des barrières commerciales demeurerait prospères. En effet, les rédacteurs du rapport étaient particulièrement sensibles à l'inefficacité productive intrinsèques aux entreprises monopolistes⁶⁸ qui a pour résultat des prix trop élevés et des salaires trop bas. D'après Akman, cet élément distingue déjà la conception européenne de la position dominante de la conception américaine de la monopolisation : dans ce rapport, les monopoles ne sont pas directement condamnés pour le préjudice qu'ils causent au consommateur. Dans le rapport Spaak et contrairement à la conception initiale de la monopolisation dans le Sherman Act, les coûts élevés d'une situation de monopole diminuent aussi bien le surplus du producteur que celui du consommateur. Autrement dit, les positions ultra-dominantes sont un jeu à somme négative qui ne permet pas d'opposer radicalement les profits exorbitants du monopoliste à l'intérêt général du public : bien plus que l'« *allocative inefficiency* » du monopole, c'est sa « *productive inefficiency* »⁶⁹ qui est critiquée.

Du reste, l'opposition entre les intérêts des travailleurs et les situations de monopole contenue dans le rapport Spaak ne relève pas des conceptions des ordolibéraux : pour eux, le pouvoir de marché peut précisément être renforcé par la pratique de prix plus élevés acceptés par les travailleurs en échange d'une meilleure rémunération⁷⁰. De même, dans sa définition de la concurrence loyale et équitable, le rapport Spaak n'épouse pas les préoccupations ordolibérales d'équité et d'absence de pouvoir privé. Pour les rédacteurs du rapport, une compétition loyale est d'abord celle qui exclue la protection et le financement de certaines entreprises par l'État. C'est à la politique de contrôle des aides d'État qu'est véritablement assigné le rôle de préservation d'une juste compétition, bien plus qu'à la prévention de la domination.

À la suite de la publication du rapport, les négociations du traité de Rome sont organisées et donnent lieu, concernant la politique de la concurrence, à d'intenses controverses entre les délégations. À ce titre, les deux « pôles » les plus éloignés dans les différentes conceptualisations proposées sont les positions défendues par la France et par

⁶⁸ *Id.*

⁶⁹ *Id.*

⁷⁰ *Id.* p.78

l'Allemagne. C'est sans doute de l'examen de « l'économie des négociations » qu'on peut identifier les plus grandes prises de distance avec la conception ordolibérale du droit de la concurrence. C'est précisément cet examen qui conduit Pinar Akman à déduire des intentions des rédacteurs l'affirmation que le futur article 102 du TFUE n'est pas un objet juridique ordolibéral. Pour mieux percevoir la relation ou l'éventuelle absence de relation entre l'article 86 du traité de Rome et les ordolibéraux, on synthétisera les éléments essentiels qui lui permettent d'arriver à cette conclusion.

i. L'influence limitée de l'ordolibéralisme sur les délégations dans les négociations

Après la Seconde Guerre mondiale, si les ordolibéraux émergent de leur relatif isolement académique des années 1930, ils ne constituent pas pour autant un modèle faisant unanimement référence. Certes ils s'institutionnalisent progressivement et constituent désormais une école de pensée, mais ne font pas nécessairement école dans la politique nationale.

Ainsi, alors que l'Allemagne de l'Ouest cherche à se doter d'une législation anticartel et que plusieurs spécialistes en la matière soumettent leur proposition au gouvernement, celle avancée notamment par Franz Böhm, Walter Bauer et Bernhard Pfister, qui semblait être la plus conforme aux concepts ordolibéraux, est retenue initialement puis rapidement écartée à tel point que la législation qui entre finalement en vigueur en 1957⁷¹ abandonne les mécanismes de contrôle des fusions et de démantèlement des positions dominantes pour se concentrer sur le critère de l'abus de domination défini dans un sens particulièrement restrictif⁷². Dès lors, comme le relève on Pinar Akman, il est permis de s'interroger sur la capacité des ordolibéraux à imposer leurs vues sur la scène européenne *alors même* qu'ils ne parviennent pas à les imposer dans leur propre pays.

Les différentes relations conceptuelles qu'entretiennent les propositions des délégations sont d'autant plus paradoxales que les plus ordolibérales ne sont pas celles qui émanent des représentants allemands : par exemple, la prohibition par l'article 102 des « prix non

⁷¹ Loi allemande relative aux restrictions de concurrence : *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*

⁷² Peter Behrens, « The Ordoliberal Concept of "Abuse" of a Dominant Position and Its Impact on Article 102 TFEU », Nihoul/Takahashi, *Abuse Regulation in Competition Law*, Proceedings of the 10th ASCOLA Conference Tokyo, 2015.

équitable » est bien davantage le résultat de l'influence française que celui de la délégation allemande⁷³. De même, les Allemands s'éloignent de l'ordolibéralisme lorsque par le biais de leur représentant Alfred Müller-Armack (1901-1978), pourtant considéré comme ordolibéral, ils affirment que les monopoles et les oligopoles « ne sont pas nécessairement incompatibles avec un système concurrentiel »⁷⁴. Ainsi c'est ce même représentant associé à l'école de Fribourg qui plaidera pour la consécration du seul critère de l'*abus* de position dominante contre la condamnation de la dominance des marchés en tant que telle⁷⁵. En somme, on assiste sur certains points des négociations à une défense par la délégation française de conceptions traditionnellement associées à l'école de Fribourg et, dans le même temps, à la promotion par une des figures de l'ordolibéralisme de considérations fort éloignées des conceptions ordolibérales du pouvoir de marché.

ii. *Le rejet d'une interdiction a priori des positions dominantes et l'efficacité comme objectif*

À la fin des négociations, le choix final adopté par les différents négociateurs fut le critère de l'*abus*, ardemment défendu par l'Allemagne. Ce choix se justifiait notamment par l'objectif d'efficacité assigné au futur marché intérieur. Comme le relève Akman, le traité envisageait de manière très positive les fusions entre entreprises européennes⁷⁶. En d'autres termes, la conceptualisation du contrôle de pouvoir de marché « à l'européenne » est d'abord à comprendre comme une composante dans l'économie générale de la vocation intégratrice du marché intérieur : la détention d'un pouvoir de marché important ne doit être sanctionnée que dans la mesure où elle met en péril les projets d'intégration et de prospérité portés par les fondateurs du traité. Ainsi, contrairement aux conceptions ordolibérales qui voient l'efficacité comme un *résultat* de la libre concurrence et de la dilution du pouvoir de marché, l'article 102 du TFUE prévient les abus de position dominante en vue de faire de l'efficacité l'*objectif* principal de la règle de droit⁷⁷.

⁷³ Akman, *op. cit.* p.73

⁷⁴ *Ibid.* p. 82

⁷⁵ Toutefois, Müller-Armack critiquera ce même critère de l'*abus* appliqué non aux situations de positions dominantes mais aux accords de cartel entre entreprises. Voir sur ce point *ibid.* p.86. La délégation italienne ainsi que la délégation française, par son représentant Donnedieu de Vabres, critiquèrent dès les premières suggestions de ce critère ce qu'ils jugeaient être une notion imprécise et permissive. Ils plaidèrent pour une interdiction des monopoles de même nature que celle pesant sur les cartels, sans succès : *ibid.* p.82

⁷⁶ Akman, *op. cit.* p.96 : « *The positive attitude towards mergers also shows that the accumulation of power was not perceived to be harmful per se.* »

⁷⁷ *Id.*

C'est ici qu'apparaît l'une des plus fortes ruptures de l'article 102 avec les conceptions ordolibérales du droit de la concurrence : sa rédaction laisse bien plus entrevoir une volonté de protéger les *partenaires* de la firme dominante que tous ses concurrents potentiels. Dès lors, on pourrait conclure avec Pinar Akman que, si les concepts fondateurs qui inspirent l'article 102 sont éminemment ordolibéraux, sa rédaction et l'objectif qui lui est assigné ne le sont pas. Cette thèse est toutefois controversée et, comme on le verra, les premières interprétations données par le juge ne sont pas étrangères aux conceptions ordolibérales de la position dominante.

Quelle que soit l'importance relative des conceptions ordolibérales dans la rédaction finale de l'article 102, apparaît une différence remarquable avec la section 2 du Sherman Act : en effet, l'article 102 ne semble pas condamner les abus *d'exclusion* mais seulement les abus *d'exploitation* d'une position dominante, contrairement à la prévention de la monopolisation au sens américain⁷⁸. Toutefois, examiner de près les premiers développements jurisprudentiels de l'article 102 dans les années 1970 autorise à constater un nouveau rapprochement des conceptions européennes et américaines. Enfin, on constate de part et d'autre l'émergence d'une même préoccupation dans l'interprétation de la règle de droit, à savoir la place de la logique économique et de l'efficacité dans le traitement par le juge du pouvoir monopoliste.

Examiner l'apport de l'arrêt *Alcoa* et la genèse de l'article 102 TFUE a permis de voir que la relation entre les droits de la concurrence américain et européen au sortir de la Seconde Guerre Mondiale est marquée par une double convergence tempérée par une différence fondamentale : convergence, d'abord, dans la prise de conscience de la pleine dimension politique du phénomène monopoliste par une intrusion du juge plus poussée aux États-Unis et la consécration de la prévention des abus de position dominante en Europe ; convergence ensuite dans la conception d'une politique de la concurrence dont l'objectif ne se résume pas à la prévention des préjudices au consommateur mais qui comprend aussi une ambition particulière pour le fonctionnement du marché : intégration en Europe, préservation de l'innovation aux États-Unis.

⁷⁸ *Ibid.* p.97

Une différence notoire est remarquable néanmoins : tandis qu'aux États-Unis avec *Alcoa* la jurisprudence semble épouser les préoccupations ordolibérales de préservation d'un modèle économique sans concentration excessive du pouvoir de marché qui puisse porter atteinte au système de prix et à la libre compétition entre les entreprises, la Communauté Économique Européenne qui est négociée quelques années plus tard se voit dotée d'une règle de concurrence privilégiant l'efficacité et s'éloignant de la condamnation ordolibérale des positions dominantes.

Toutefois, il convient désormais de relativiser ce constat et de questionner les réorientations conceptuelles qui s'opèrent. Comme nous le verrons, la solution retenue dans *Alcoa* est bien comme l'indiquait Spencer Waller celle d'une génération, mais pas davantage. En effet, l'approche structuraliste en vigueur dans les années 1950 à la suite d'*Alcoa* est progressivement abandonnée. L'école de Harvard, qui adhère à cette approche et conçoit la préservation de la compétition sur le marché comme un but à part entière de la politique de la concurrence, perd sa prééminence académique à partir des années 1960⁷⁹.

De même en Europe, les premières années de pratique de l'article 102 par la Commission européenne révèlent une approche de plus en plus pragmatique⁸⁰ rejoignant progressivement les préoccupations américaines désormais tournées vers l'efficacité et le refus d'une interdiction *per se* de la concentration du pouvoir de marché.

Il s'agit désormais d'explorer les relations mutuelles de la section 2 et de l'article 102 de la fin des années 1960 au début des années 1980 pour mieux saisir la convergence lente mais remarquable des deux conceptions.

⁷⁹ Herbert Hovenkamp, « The Harvard and Chicago Schools and the Dominant Firm », *University of Iowa Legal Studies Research Paper*, 2010.

⁸⁰ Sur ce point, on se reportera avec intérêt aux observations de Pinar Akman (*op. cit.* p. 90-91) sur le discours prononcé devant le Parlement Européen en 1965 par le premier Commissaire européen à la concurrence Hans von der Groeben (1907-2005). Dans cet exposé de sa conception de la politique antitrust européenne, le commissaire affirma notamment que la concurrence ne saurait être un but par elle-même poursuivi par la Communauté, mais qu'elle était le moyen d'améliorer l'efficacité productive dans le marché commun. Il affirma aussi que les fusions étaient une nécessité pour la prospérité de l'Union et que la concentration du pouvoir économique privé n'était pas tant que telle condamnable. Du reste, ce discours illustre bien la relation initiale de l'article 102 à l'ordolibéralisme : la politique de préservation d'un ordre de liberté économique souhaitée par Groeben est résolument ordolibérale ; mais les moyens pour y parvenir, le degré d'intervention de la puissance publique qu'elle implique et son objectif ultime se démarquent clairement des conceptions de l'école de Fribourg.

B. La conceptualisation progressive d'une approche par les effets

Si une partie de la doctrine conceptualise assez tôt la nécessité d'une approche du phénomène monopoliste davantage centrée sur la protection des consommateurs, la jurisprudence est dans un premier temps réticente et privilégie, en particulier en Europe, une interprétation toujours assez hostile au pouvoir de marché (1). La fin des années 1970 et le début des années 1980 constituent un basculement conceptuel vers l'approche plus économique, dont l'avènement de l'école de Chicago constitue une manifestation essentielle (2).

1. *La résistance initiale face à l'approche économique*

En 1970, par la publication de son ouvrage *Monopolization and Abuse of Dominant Position*, René Joliet apporte une contribution fondamentale à la compréhension de la relation entretenue entre les deux concepts. Il interprète l'article 102 du TFUE comme une prohibition des abus d'exploitation et non d'exclusion⁸¹ et rejette une interprétation ordolibérale telle que celle formulée par Ernst-Joachim Mestmäcker quelques années plus tôt⁸². Joliet refuse une interprétation de l'article 102 fondée sur la préservation d'une structure concurrentielle. Pour lui, la vocation de l'article 102 est bien de protéger les consommateurs d'une utilisation abusive d'une position dominante, mais non de préserver *per se* la concurrence et l'atomisation du marché.

Cette conception fait écho à l'approche de la section 2 du Sherman Act défendue par Robert Bork quelques années plus tôt⁸³. Dans un article fondateur, Bork affirme que l'intention du Congrès lors de la promulgation du Sherman Act n'était rien de plus que le bien-être du consommateur :

⁸¹ Heike Schweitzer, « The History, Interpretation and Underlying Principles of Section 2 Sherman Act and Article 82 EC », *12th Annual Competition Law and Policy Workshop*, Centre Robert Schuman, Florence, 8-9 juin 2007, *supra* p.3.

⁸² Mestmäcker, « *Unternehmenszusammenschlüsse nach Artikel 86 des EWG- Vertrages* », in. Ernst von Caemmerer, Hans-Jürgen Schlochauer et Ernst Steindorff, *Festschrift für Walter Hallstein*, 1966, p. 322. Cité dans Schweitzer, *ibid.*

⁸³ Robert H. Bork, « Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act », art. cité.

« *Given the narrow view of the commerce power that prevailed in 1890 it is extremely unlikely that the Fifty-first Congress intended to give the courts the power to make broad social or political decisions through the Sherman Act* »

Procédant à un examen des archives des débats tenus au Congrès, il soutient que le choix de l'expression *monopolization* est le résultat de la volonté des législateurs de ne pas condamner la possession d'un monopole mais bien de sanctionner une volonté d'éviction, un agissement délibéré de l'entreprise visant à l'exclusion. Ici, l'absence de relation avec des préoccupations ordolibérales de dilution du pouvoir de marché est explicite :

« *Congress' decision to permit monopoly achieved by efficiency is completely inconsistent with the view that courts should use the Sherman Act to ameliorate the noneconomic "helplessness of the individual" before "great aggregations of capital" or that they may take into account the alleged desirability of preserving for its own sake an economy of small business units* »

Pour Bork, cette ambition de protection des consommateurs comme but unique de la prohibition de la monopolisation est latente dans la célèbre comparaison opérée par Sherman entre le pouvoir des grandes entreprises et celui des pouvoirs despotiques⁸⁴ : pour Bork, Sherman vise la capacité de porter préjudice aux consommateurs, et non celui d'éventuellement perturber la structure du tissu économique ou de concentrer le pouvoir privé.

L'insistance de ces deux thèses sur la prévention des abus d'exploitation fait écho à la théorie des prix formulée par Stigler en 1966⁸⁵. Selon cette théorie, le pouvoir économique et la concentration ne sont pas par eux-mêmes condamnables, pourvu qu'ils apportent un supplément d'efficacité et permettent d'accroître le surplus global. Cette conception ouvre ainsi la voie à une doctrine de droit de la concurrence compatible avec

⁸⁴ « *If we will not endure a king as a political power, we shall not endure a king over the production, transportation, and sale of any of the necessities of life* »

⁸⁵ J.G. Stigler, *The Price Theory*, New York, McMillan, 1966.

une réduction de la concurrence et permet, pour reprendre les termes de Frédéric Marty, l'acceptation d'une logique paradoxale de « *pro-trust antitrust* »⁸⁶.

Dès lors, étant donné cette convergence apparente d'une partie de la doctrine dans la promotion d'un maniement plus économique et plus centré sur le surplus du consommateur de la politique antitrust, il est permis d'interroger la jurisprudence subséquente sur sa proximité avec de telles prises de position. Or, dans un premier temps, surtout en Europe, elle ne semble pas adhérer à ce nouvel esprit du rapport de la puissance publique au pouvoir de marché.

Le premier arrêt fondateur de la jurisprudence de l'article 102 TFUE fut rendu en 1973 dans l'affaire *Continental Can*⁸⁷ et aboutit à la condamnation de l'acquisition par une entreprise américaine dominante sur le marché des emballages, Continental Can, d'environ 80% des actions et obligations émises par une de ses dernières entreprises concurrentes, TDV, alors que ladite société dominante avait déjà progressivement évincé tous ses concurrents. Il convient de bien saisir le raisonnement adopté par la Cour car la solution retenue, si l'on se réfère à la conception de l'article 102 des rédacteurs du traité, est inattendue.

La Cour affirme que sa démarche est résolument téléologique⁸⁸ et constate finalement que l'entreprise Continental Can a effectivement commis un abus de position dominante par la simple fusion envisagée. En d'autres termes, la Cour écarte le critère du préjudice causé au consommateur pour élargir l'article 102 aux situations d'exclusion des concurrents par des fusions telles que celle en cause au principal. Ainsi,

« est susceptible de constituer un abus le fait, par une entreprise en position dominante, de renforcer cette position au point que le degré de domination ainsi atteint

⁸⁶ Frédéric Marty, « Le critère du bien-être du consommateur comme objectif exclusif de la politique de concurrence. Une mise en perspective sur la base de l'histoire de l'antitrust américain », *Revue internationale de droit économique* t. XXVIII, n° 4, 2014.

⁸⁷ CJCE, 21 février 1973, *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. contre Commission des Communautés européennes*, C-6/72

⁸⁸ « il convient, pour résoudre ce problème, d'envisager à la fois l'esprit, l'économie et les termes de l'article 86, compte tenu du système du traité et des finalités qui lui sont propres » (point 22 de l'arrêt)

entraverait substantiellement la concurrence, c'est-à-dire ne laisserait subsister que des entreprises dépendantes, dans leur comportement, de l'entreprise dominante »⁸⁹.

La relation de cet arrêt avec les conceptions ordolibérales est tout à fait remarquable : en interprétant le simple critère de *l'abus* de position dominante comme la prohibition de la constitution d'une position ultra-dominante, la Cour renoue avec la préoccupation ordolibérale de préservation d'un ordre économique marqué par l'absence de pouvoir de marché. C'est l'utilisation potentielle d'une position dominante pour adopter une politique commerciale indépendante des forces concurrentielles du marché qui est ici visée : comme dans l'arrêt *ALCOA* rendu aux États-Unis vingt-huit ans auparavant, c'est l'atomisation du marché qui est défendue.

Les justifications formulées par le juge ne sont pas les mêmes : là où Learned Hand insistait sur la nécessité de préserver un contexte favorable à l'innovation et à la compétition, la CJCE invoque davantage la *dépendance* que pourrait impliquer la domination d'une seule entreprise pour ses partenaires commerciaux. Mais, indépendamment de ces différences de logique, c'est la prévention de la concentration du pouvoir économique qui dans les deux cas fait figure de priorité.

Ainsi, contrairement à ce que l'acceptation rigide de la thèse formulée par Pinar Akman pourrait laisser supposer, l'ordolibéralisme, loin d'avoir été délaissé par la Communauté européenne dans son maniement du droit de la concurrence, semble opérer un « retour en force » par la consécration jurisprudentielle d'une approche plus structuraliste du pouvoir de marché. En effet, *Continental Can* semble indiquer que, si l'article 102 n'interdit pas la domination des marchés, il a néanmoins pour fonction de préserver une « *concurrence résiduelle* »⁹⁰, c'est-à-dire un certain degré de concurrence malgré la présence d'une firme dominante.

Ce renouveau d'une interprétation exigeante de l'article 102 est par ailleurs confirmé dans plusieurs autres arrêts des années 1970. Ainsi, en 1975, dans l'arrêt *General Motors*⁹¹, la

⁸⁹ Point 26 de l'arrêt.

⁹⁰ Schweitzer, *op. cit.*, p.20

⁹¹ CJCE, 13 novembre 1975, *General Motors Continental NV v. Commission of the European Communities*. C-26/75

Cour de justice délivre à nouveau une conception large de la notion d'abus de position dominante en y intégrant la pratique d'un « *prix exagéré par rapport à la valeur économique de la prestation fournie, ayant pour effet de freiner les importations parallèles, du fait qu'elle neutraliserait le niveau éventuellement plus favorable des prix pratiqués dans d'autres zones de vente dans la Communauté, ou qu'elle conduirait à des transactions non équitables au sens de l'article 86, alinéa 2* ».

En 1978, par l'arrêt *United Brands*⁹², si la Cour annula l'appréciation de la Commission de l'abus d'exploitation en cause, la Cour confirma la Commission sur le reste de l'affaire en jugeant qu'une entreprise détentrice d'environ 50% de parts de marché ne pouvait être exclue de ce seul fait de la catégorie des entreprises dominantes, dès l'instant qu'on prenait aussi en compte la puissance particulière que sa politique commerciale et ses capacités financières lui octroyaient. La Cour précise par ailleurs ici la logique déployée dans l'arrêt *General Motors* : elle conçoit bien le test de l'équité des prix pratiqués comme un moyen d'utiliser l'article 102 au service du contrôle du pouvoir de marché. Finalement,

« *La position dominante visée par [l'article 102] concerne une position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs* »⁹³.

Ce passage fondamental de l'arrêt appelle deux observations.

En premier lieu, cette notion de « puissance économique » peut être rattachée à la théorie communément appelée théorie de la « *deep pocket* » d'après laquelle le degré de pouvoir économique de l'entreprise doit être apprécié non seulement au regard de sa détention de parts de marché, mais aussi par l'inclusion d'autres critères relatifs à sa structure, à sa politique commerciale et à ses capacités de financement.

⁹² CJCE, 14 février 1978, *United Brands Company et United Brands Continentaal BV contre Commission des Communautés européennes*, C-27/76

⁹³ Point 65 de l'arrêt

En second lieu, en prenant pour critère la possibilité de mener une politique commerciale indépendante de la concurrence comme un élément central de la position dominante abusive, la Cour épouse le concept de concurrence « *comme si* » cher aux ordolibéraux⁹⁴. Autrement dit, en affirmant que, dans l'examen de la position dominante d'une firme, il convient « de rechercher si le détenteur de cette position a utilisé les possibilités qui en découlent pour obtenir des avantages de transactions qu'il n'aurait pas obtenus en cas de concurrence praticable et suffisamment efficace »⁹⁵, la Cour rappelle que l'article 102 a vocation à permettre le contrôle de l'équité des prix pratiqués et à sanctionner tout abus d'exploitation fondé sur un comportement qui tendrait à *s'autonomiser* de la lutte qui prend place sur le marché. Cette approche sera confirmée dans le célèbre arrêt *Hoffmann-Laroche* en 1979, par lequel la Cour distinguera la situation de monopole de la situation de position dominante. En effet, la position dominante visée par l'article 102

*« à la différence d'une situation de monopole ou de quasi-monopole, n'exclut pas l'existence d'une certaine concurrence mais met la firme qui en bénéficie en mesure, sinon de décider, tout au moins d'influencer notablement les conditions dans lesquelles cette concurrence se développera et, en tout cas, de se comporter dans une large mesure sans devoir en tenir compte et sans pour autant que cette attitude lui porte préjudice »*⁹⁶.

Examiner ces premiers développements jurisprudentiels permet de constater, d'abord, que les conceptions ordolibérales du pouvoir de marché entretiennent une relation nouvelle avec l'article 102 du fait de son application par le juge ; ensuite, que l'injonction à un raisonnement plus économique et centré sur les effets pour le consommateur ne s'impose pas encore.

⁹⁴ Claire Mongouachon, « *Pour une concurrence régulée : l'apport de Leonhard Miksch* » in. Rabault, *op. cit.*

⁹⁵ Point 249 de l'arrêt (Je souligne)

⁹⁶ CJCE, 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche c. Commission*, C-85/76 (point 39 de l'arrêt). Par ailleurs, l'arrêt *Hoffman- La Roche* viendra cristalliser la définition de l'exploitation abusive comme « *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 compétition 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* ». Ainsi, si la puissance économique réelle ou potentielle est caractéristique d'une position dominante, l'abus de cette même position ne réalise pas nécessairement dans l'usage du pouvoir de marché. L'abus peut être le résultat d'une altération au-delà du raisonnable de la structure de marché du seul fait de l'importance de la firme ou de sa politique commerciale.

Au même moment, aux États-Unis, une approche de la section 2 davantage centrée sur le consommateur va connaître une promotion fondatrice grâce à Robert Bork et va plus vite être intégrée par le juge.

The Antitrust Paradox est un ouvrage majeur dans l'histoire du droit de la concurrence américain⁹⁷. Robert Bork y développe une histoire de la politique antitrust aux États-Unis et y déplore la progressive intrusion du juge au nom de principes extra-économiques. À ce qu'il considère comme un égarement néfaste, il oppose un critère du bien-être du consommateur qui permettrait de traiter plus raisonnablement le pouvoir économique. Ainsi, il dénonce l'arrêt *ALCOA* et la conception particulièrement large des objectifs de l'antitrust alors promue par le juge Hand. Pour Bork, les notions de fragmentation du marché entre de multiples entreprises et de protection des concurrents contre les grandes firmes, « *which are examples of the theory of the “social and political purposes of antitrust”, are, to put the matter kindly, a jumble of half-digested notions and mythologies* »⁹⁸ (sic). Pour Bork, la pratique du droit antitrust américain s'engage alors dans une mauvaise direction, en particulier depuis les années 1960-1970. Il critique par exemple l'adoption par la Cour Suprême de la théorie de la « *deep pocket* » appliquée à une fusion constitutive d'un conglomérat dont le seul objectif était l'acquisition de capital⁹⁹. Cet exemple est selon lui révélateur d'une erreur fondamentale du juge dans son maniement de la règle de droit de la concurrence : pour Bork, le simple renforcement des capacités économiques ou de la puissance financière d'une firme ne saurait suffire à la condamner.

L'intérêt de cet ouvrage eu égard à l'objet de notre réflexion est double : d'abord, dans l'univers académique de son temps, il participe de la consécration de l'école de Chicago en apportant un regard critique sur la jurisprudence passée du Sherman Act et en particulier sur la large conception de la section 2 comme outil de limitation de la concentration économique ; ensuite, il présente un impact tout à fait remarquable sur la

⁹⁷ Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself*, Basic Books, New York, 1978 (rééd. 1993)

⁹⁸ Bork, *op. cit.*, p.54

⁹⁹ *Reynolds Metal Co. v. Federal Trade Commission*, 309 F.2d 223 (D.C. Cir. 1962)

jurisprudence en exhortant le juge à l'approche économique, qu'il adoptera progressivement¹⁰⁰.

On retrouve aussi dans ce changement d'approche une dimension politique, dans la mesure où la dynamique impulsée depuis 1974 par le nouveau président conservateur de la Cour Suprême Warren E. Burger (1907-1995) a constitué un facteur prépondérant dans le passage d'une approche fondée sur la préservation d'une économie concurrentielle atomisée à celle défendant l'efficacité¹⁰¹.

2. *L'avènement de l'école de Chicago*

À l'issue d'une conceptualisation progressive dans les années 1970, l'école de Chicago connaît son avènement dans les années 1980. Par rapport aux préoccupations structuralistes qui voyaient l'action du gouvernement contre les monopoles comme positive dans la mesure où elle permettait de diluer le pouvoir économique et préserver un modèle dépourvu d'entreprises indépendantes des forces du marché, la rupture conceptuelle est radicale : pour les partisans de l'école de Chicago, le problème central de la politique antitrust réside dans le fait qu'elle puisse causer davantage de préjudices que d'effets positifs. Cette école applique la théorie des prix de Stigler au droit de la concurrence¹⁰². Ici, les profits importants des entreprises obtenus grâce à un marché concurrentiel au fonctionnement non faussé conduisent à la maximisation du surplus du consommateur.

En d'autres termes, l'interdiction de la monopolisation ne saurait être interprétée comme une prohibition de la concentration. En conséquence, la puissance publique, avant de venir perturber les libres forces du marché, doit examiner l'efficacité de la concentration et, dès lors qu'elle apporte plus de bénéfices que de dommages, se garder de la fragmenter¹⁰³.

¹⁰⁰ Voir notamment *Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co.*, 603 F.2d 263 (2d Cir. 1979) et *E.I. du Pont de Nemours & Co.*, 96 F.T.C. 653 (1980)

¹⁰¹ Eleanor M. Fox, « Modernization of Antitrust: A New Equilibrium », *Cornell Law Review*, Vol. 66, Issue 6, 1981.

¹⁰² Akman, *op. cit.*, p.27

¹⁰³ La notion de bien-être du consommateur est ici équivalente à celle de surplus global, l'école de Chicago se refusant à tout arbitrage politique sur la répartition ou la distribution de ce surplus. Voir sur ce point, Akman, *id.* p.28-29.

La notion de bien-être du consommateur est ici équivalente à celle de surplus global : l'école de Chicago se refuse à tout arbitrage politique sur la répartition ou la distribution de ce surplus. Cette interprétation doctrinale nouvelle de la section 2 comme outil au service de l'efficacité et de la prévention de la mauvaise utilisation du pouvoir de marché plutôt que comme injonction à l'atomisation est concomitamment d'une mise à l'honneur des conceptions de l'école de Chicago par le politique ; à ce titre, la présidence de Ronald Reagan est d'une influence éminente¹⁰⁴.

Pourtant, les conceptions de l'école de Chicago ne font pas l'unanimité et, si leur popularité doctrinale est réelle, la conception de la section 2 comme outil au service de la prévention de la concentration du pouvoir économique connaît un certain renouveau. L'interprétation du Sherman Act comme législation au service de l'efficacité soutenue par Robert Bork, progressivement assimilée par les tribunaux, est ainsi critiquée en 1982 par Robert H. Lande¹⁰⁵, qui propose une autre interprétation. Pour lui, l'objectif du Congrès était bien d'ordre économique, mais il s'agissait d'un objectif d'équité, de « justice distributive » plutôt que d'efficacité.

La relation avec les préoccupations ordolibérales est en partie renouée ici : pour Lande, le pouvoir de marché trop important porte intrinsèquement la possibilité de transferts inévitables de surplus du consommateur vers le producteur. Cette démonstration est d'autant plus remarquable qu'elle s'appuie sur le contexte académique de l'époque de la promulgation du Sherman Act pour analyser la vocation du texte. Pour l'auteur, l'influence des économistes dans les débats précédant la promulgation du Sherman Act était bien trop faible pour inspirer aux législateurs des préoccupations d'efficacité¹⁰⁶. De plus, la condamnation de la monopolisation par le Congrès n'est pas inspirée par la moindre efficacité des trusts, mais bien parce que la puissance supérieure dont ils

¹⁰⁴ William E. Kovacic, « The Intellectual DNA of Modern U.S. Competition Law for Dominant Firm Conduct: The Chicago/Harvard Double Helix », *Columbia Business Law Review*, 2007. Ainsi pour Katalin Judit Cseres, « From 1980 onwards, when Ronald Reagan was elected president, the federal enforcement agencies had encompassed much of [Robert] Bork's antitrust policy perceptions. », in *Competition Law and Consumer Protection* 46 (2005).

¹⁰⁵ Robert Lande, « Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged », *Hastings Law Journal*, 1982.

¹⁰⁶ « Given the state of economic theory at that time, the assertion that legislators supporting the Sherman Act were influenced by considerations involving allocative efficiency is without credibility »

jouissent leur permet de pratiquer des prix inéquitables et de garder *pour eux-mêmes* les bénéfices de cette efficacité.

En Europe, même si la Cour de justice avait esquissé à la fin des années 1970 un traitement moins sévère du pouvoir de marché¹⁰⁷, cette préoccupation de rééquilibrage de l'approche économique est tout aussi remarquable. Ainsi, en 1983, la Cour de justice va d'abord rappeler que la notion de « position dominante » visée par l'article 102 désigne :

*« une situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs. »*¹⁰⁸

Surtout, elle ajoute que :

*« La constatation de l'existence d'une position dominante n'implique en soi aucun reproche à l'égard de l'entreprise concernée, mais signifie seulement qu'il incombe à celle-ci, 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 »*¹⁰⁹

Par l'affirmation de cette « responsabilité particulière » de la firme dominante, la Cour consacre le lien entre la puissance économique et la responsabilité. En d'autres termes donc, *le pouvoir économique donne des obligations*. Autrement dit encore, il ne s'agit pas de renouer avec l'ordolibéralisme le plus littéral et de condamner le pouvoir de marché privé ; mais il ne s'agit pas non plus de laisser à la firme dominante une liberté absolue dans son comportement du fait d'une efficacité supérieure supposée. Par cette notion de responsabilité de l'entreprise, il s'agit bien de réintroduire de l'ordre dans le comportement de la firme dominante, mais sans pour autant condamner par elle-même la domination qui la caractérise.

¹⁰⁷ Voir par exemple CJCE, 15 juin 1976, *EMI Records Limited v. CBS United Kingdom Limited* C-51/75

¹⁰⁸ CJCE, 9 novembre 1983, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin contre Commission des Communautés européennes*, C-322/81. (Point 30 de l'arrêt).

¹⁰⁹ *Id.* Point 57 de l'arrêt

Examiner la relation de l'article 102 avec la section 2 et le progressif rapprochement des deux dispositions vers des interprétations plus économiques tempérées par des exigences de responsabilité nous permet de mieux appréhender les tensions qui sont à l'œuvre entre les conceptions américaines et européenne du pouvoir de marché.

Il ne faudrait pas conclure pour autant de cet examen une convergence définitive et débarrassée des singularités historiques et conceptuelles. Ainsi, tandis qu'aux États-Unis le paradigme structuraliste de l'école de Harvard semble définitivement abandonné dans les années 1980¹¹⁰ et que le juge consacre l'exigence d'une démonstration des effets économiques à l'appui des demandes de réparation dans le cadre d'une action antitrust¹¹¹, l'Europe semble soucieuse de préserver un ordre économique concurrentiel où le pouvoir de marché demeure sous surveillance. À ce titre, l'adoption en 1989 d'un règlement communautaire sur les concentrations¹¹² vient doter les Communautés d'un instrument juridique qui améliore le traitement au cas par cas du pouvoir de marché qui prévalait depuis le traité de Rome, mais en consacrant une conception exigeante de la concurrence en déclarant incompatibles avec le marché intérieur « *les concentrations qui créent ou renforcent une position dominante entravant de manière significative une concurrence effective* ».

En doctrine, cette tension entre l'adoption d'une approche purement économique et le maintien de conceptions plus ordonnatrices de l'organisation économique se manifeste par un souci de perfectionnement des théories de l'école de Chicago.

¹¹⁰ *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S.585 (1985)

¹¹¹ *Matsushita Electric Industrial Co., Ltd. V. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574 (1986)

¹¹² Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises.

Section 3 : L'altérité euro-américaine au défi de la mutation du pouvoir de marché (1980-2017)

La prise de conscience des limites du paradigme de l'école de Chicago appliqué au traitement du pouvoir de marché donne naissance à un mouvement « post-Chicago » qui entend proposer une approche économique modernisée et contrebalancée. Plus largement, cette nouvelle école est une des manifestations d'une nouvelle conception de la régulation du pouvoir économique (A). Finalement, cette nouvelle étape de la relation entre la section 2 et l'article 102 permet de remettre en perspective les possibilités de convergence accrue des deux modèles, compte tenu des enjeux contemporains de la prévention du pouvoir monopoliste (B).

A. Une relation conceptuelle marquée par la modernisation de l'approche économique : penser le pouvoir de marché après l'école de Chicago

À partir de la fin des années 1980, le relatif unanimisme qui caractérisait la nouveauté de l'école de Chicago est remis en cause. Une école « Post-Chicago » se fonde ainsi sur l'idée que le marché libre demeure le meilleur système de transaction, mais qu'il comporte intrinsèquement des imperfections qui le distinguent du marché de compétition pure et parfaite. Ainsi, les théoriciens de cette école vont notamment promouvoir l'usage de données empiriques pour apprécier les effets réels de distorsion sur la concurrence causés par la firme dominante¹¹³.

On voit que l'approche économique n'est pas abandonnée ici ; mais il est pris acte de la nécessité de la moderniser. Le but assigné à la politique antitrust demeure le *consumer welfare*, mais par des moyens élargis : la valeur de l'intervention de l'autorité de régulation est ici rehaussée.

¹¹³ Akman, *op. cit.*, p. 29

Le scepticisme fondamental face à l'intervention gouvernementale suspectée de perturber les forces du marché ne semble plus d'actualité¹¹⁴. Cette nouvelle approche est d'une importance capitale dans la dynamique de la relation des deux notions, notamment dans la prise de conscience d'une nécessité d'appréhender avec plus de rigueur les abus d'exclusion¹¹⁵.

À ce titre, l'affaire *Microsoft* est particulièrement éclairante. Si elle révèle d'abord la mutation de la notion de pouvoir de marché qu'impliquent le numérique et les nouvelles technologies de la communication pour la politique de la concurrence, elle illustre aussi la persistance de différences d'approche entre les États-Unis et l'UE. En ce sens, *Microsoft* démontre aussi que l'acceptation de part et d'autre d'une approche économique modernisée n'implique ni une convergence complète dans le traitement de la firme dominante, ni l'abandon complet des singularités propres qui y préexistent.

Comme le relèvent R. Gilbert et M. Katz, l'affaire *Microsoft* a d'abord été aux États-Unis le moyen d'une prise de conscience de la nécessité de repenser la politique de la concurrence dans la « *nouvelle économie* »¹¹⁶. En effet, le problème auquel était confronté le juge dans l'affaire *Microsoft*, du fait des nombreux effets de réseaux dans les différents marchés à apprécier, laissait présager une interprétation nouvelle de la monopolisation.

En 1998, le gouvernement américain engagea des poursuites contre *Microsoft* en affirmant que l'entreprise s'était rendue coupable de monopolisation du marché des systèmes d'exploitation et des navigateurs pour ordinateurs personnels¹¹⁷. S'opposaient dès lors deux conceptions du comportement de la firme sur le marché : pour le gouvernement, *Microsoft* avait profité de sa domination et des caractéristiques propres du marché en question pour déployer une série de *barrières à l'entrée* sur le marché et ainsi exclure de potentiels concurrents ; pour *Microsoft*, c'est précisément le caractère perpétuellement *changeant* et *compétitif* de l'industrie numérique dans laquelle elle

¹¹⁴ Bien-sûr, ce scepticisme critique demeure revendiqué par certains auteurs, notamment néo-classiques. Ainsi, dans un entretien accordé en 1999 à la *National Taxpayers Union Foundation*, Milton Friedman estimait que les lois antitrust américaines causaient plus de dommages que d'effets positifs et devaient être abolies.

¹¹⁵ Akman, *id.*, p.30

¹¹⁶ Richard Gilbert et Michael Katz, « An Economist's Guide to *U.S. v Microsoft* », *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 15, n°2, 2001.

¹¹⁷ *Ibid.*, p.5

prenait place qui justifiait l'usage par l'entreprise d'armes de compétition plus efficaces¹¹⁸. L'un des points de litige les plus importants était notamment le groupage (« *bundling* ») par Microsoft du moteur de recherche Internet Explorer avec son système d'exploitation Windows. Il convenait donc, pour le gouvernement, de démontrer non pas que Microsoft détenait un pouvoir de marché important, ce qui n'était ni particulièrement difficile à déterminer ni constitutif d'une violation de la section 2 selon la nouvelle conception en vigueur de la monopolisation, mais bien de prouver que Microsoft avait abusé de son pouvoir de marché en déformant la structure concurrentielle du marché.

C'est ici que les multiples effets de réseau de l'industrie en question révèlent leur particularité et confirment l'adoption d'une approche différente de celle défendue par l'école de Chicago. Par exemple, à propos de la pratique par Microsoft de conduites d'exclusion sur l'affichage des fournisseurs de contenus dans son navigateur Internet Explorer, la vision traditionnelle de l'école de Chicago selon laquelle la pratique d'accords d'exclusivité doit être contrebalancée par un objectif d'efficience dans la mesure où dans le cas contraire aucun acheteur n'accepterait une détérioration de sa situation ne trouve pas à s'appliquer. En effet,

*« a buyer may agree to an exclusive contract without taking into account harm to third parties. A buyer who accounts for only a small fraction of industry purchases has little reason to believe that its individual decisions affect the overall degree of competition in a market. But if a large number of buyers accept inducements to deal exclusively with a single supplier, the overall effect can be to reduce competition to the detriment of consumers »*¹¹⁹.

Dès lors, se posait la question de l'appréciation du pouvoir de marché et des barrières à l'entrée instituées par Microsoft au regard de la section 2. Si, en première instance, la monopolisation au sens de la section 2 fut caractérisée et l'entreprise condamnée à opérer une division d'IE et de Windows, le jugement final délivré par la Cour d'Appel fédérale pour le District of Columbia rendit un verdict contraire favorable à Microsoft¹²⁰.

¹¹⁸ *Id.*, p.9

¹¹⁹ Gilbert et Katz, art. cité. (Je souligne)

¹²⁰ *United States v. Microsoft Corp*, 253 F.3d34 (D.C. cir., 2001)

La Cour fonda notamment son raisonnement empreint d'autolimitation (« *self-restraint* ») sur l'idée que le marché des logiciels numériques tels que celui en cause au principal justifiait de ne pas adopter une politique trop rigoriste ni une conception trop exigeante de la responsabilité de la firme¹²¹.

Au vu de cette autolimitation du juge, il serait permis dans un premier temps de conclure de cette affaire à un retour strict à une conception fidèle à l'école de Chicago. Il n'en est rien. Ainsi, le traitement des abus d'exclusion esquissé par la Cour de première instance a pu être interprété par une partie de la doctrine comme un retour potentiel de l'école de Harvard dans le traitement des entreprises de l'industrie numérique, compte tenu de l'effet de structure inhérent à leur modèle de développement¹²².

Plus important encore, l'affaire Microsoft fut l'occasion pour Robert Bork, réputé depuis son ouvrage *The Antitrust Paradox* pour sa promotion de l'autolimitation du juge, de prendre parti contre les arguments de Microsoft et d'affirmer que la promotion du critère du *consumer welfare* n'impliquait en rien une quelconque permissivité. Au sujet du regroupement d'IE et de Windows, il affirma notamment qu'il eut été préférable d'exiger de Microsoft de privilégier la promotion de la fusion des deux produits en cause plutôt que d'en imposer l'assortiment au consommateur¹²³.

Cette approche de la section 2 est d'autant plus remarquable que le traitement réservé par l'UE à Microsoft quelques années plus tard prendra acte de la conception nouvelle de la section 2 tout en s'en distinguant. Par l'arrêt *Microsoft contre Commission*, le Tribunal de l'Union confirma l'entière de l'amende imposée par la Commission européenne à Microsoft pour abus de position dominante¹²⁴. L'arrêt est particulièrement intéressant dans la mesure où il renouvelle la relation entre la section 2 et l'article 102 : tandis que le juge américain insistait davantage sur une monopolisation en termes de barrière à l'entrée sur un marché de libre concurrence, le Tribunal fonde sa décision, d'une part, sur la

¹²¹ En 2001, le département de la Justice sous l'administration Bush abandonna les poursuites contre Microsoft.

¹²² Kovacic, « The Intellectual DNA of Modern U.S. Competition Law », art. cité.

¹²³ Sur Bork et l'affaire Microsoft, on se reportera avec grand intérêt à la contribution de Harry First, « Bork and Microsoft : Why Bork Was Right and What We Learn About Judging Exclusionary Behavior », *Antitrust Law Journal*, Vol.79 Issue 3, 2014

¹²⁴ TUE, 17 septembre 2007, *Microsoft c. Commission* T-201/04

notion de « *rétenion des informations* par Microsoft pour permettre *l'interopérabilité* de Windows avec d'autres systèmes » ainsi que, d'autre part, sur la vente liée de Windows Media Player.

Du reste, ce traitement plus exigeant des abus d'exclusion par l'Union s'inscrit dans le maintien d'une singularité par rapport à la conception américaine. La persistance de cette différence était remarquable dès le début des années 1990 concernant le traitement par la Cour de justice des abus d'exploitation. Ainsi, par l'arrêt *AKZO* en 1991, la Cour avait consacré une approche large des prix prédateurs¹²⁵. Après avoir rappelé les critères de définition de l'abus posés par l'arrêt *Hoffmann-La Roche* de 1979, elle indiqua que l'article 102 du traité

« interdit à une entreprise dominante d'éliminer un concurrent et de renforcer ainsi sa position en recourant à des moyens autres que ceux qui relèvent d'une concurrence par les mérites. »

La Cour en conclut que, « *Dans cette perspective, toute concurrence par les prix ne peut, toutefois, être considérée comme légitime.* »¹²⁶

Cette large appréciation de l'abus en matière de prix prédateurs est confirmé par l'arrêt *Tetra Pak*, dans lequel la Cour énonce :

*« dans les circonstances de la présente espèce, il ne serait pas opportun d'exiger en outre, à titre de preuve supplémentaire, qu'il soit démontré que Tetra Pak avait une chance réelle de récupérer ses pertes. En effet, une pratique de prix prédateurs doit pouvoir être sanctionnée dès qu'il y a risque d'élimination des concurrents. Or, un tel risque a été constaté en l'espèce par le Tribunal [..... L'objet recherché, qui est de préserver une concurrence non faussée, ne permet pas d'attendre qu'une telle stratégie aboutisse à l'élimination effective des concurrents. »*¹²⁷

¹²⁵ CJCE, 3 juillet 1991, *AKZO Chemie BV contre Commission des Communautés européennes* C-62/86

¹²⁶ Point 70 de l'arrêt

¹²⁷ CJCE, 14 novembre 1996, *Tetra Pak International SA contre Commission des Communautés européennes*, C-333/94 P. Point 44 de l'arrêt. (Je souligne).

L'étude comparée de l'affaire *Microsoft* et la persistance d'une conception plus étendue de l'abus de pouvoir de marché en Europe permet de synthétiser quelques enseignements notables sur la relation entre la section 2 et l'article 102 au tournant du XXI^{ème} siècle. Sous l'effet conjoint de la prise de conscience des insuffisances du paradigme de l'école de Chicago et de la transformation de la nature du pouvoir de marché dans les nouvelles industries auxquelles est confronté le juge, les conceptions américaine et européenne révèlent une nouvelle étape de la construction de leur altérité.

Aux États-Unis, le critère du *consumer welfare* semble bien dominer la nouvelle approche, et les nouvelles théories Post-Chicago, si elles complètent les principes promus notamment par Robert Bork, n'en abandonnent pas pour autant la figure tutélaire du consommateur.

De son côté, le juge européen ne semble pas tout à fait épouser ce nouveau critère ; bien-sûr le consommateur est un élément pris en compte dans son appréhension du pouvoir de marché, comme le montre le traitement exigeant réservé à Microsoft. Néanmoins, le cas d'*AKZO* démontre aussi la confirmation par la Cour du critère ordolibéral de « concurrence par les mérites » qui, dès lors qu'il suppose la démonstration de qualités supérieures de la firme, exclut qu'elle puisse continuer à préserver sa situation de domination par le truchement de prix disproportionnés. *Tetra Pak* marque la différence avec la préférence américaine pour le *consumer welfare* : en matière d'exclusion, l'objectif de l'article 102 est bien de sanctionner une intention d'éliminer les concurrents et de déformer la structure concurrentielle des marchés par le pouvoir privé, et non simplement de constater *ex post* les effets négatifs d'une telle élimination sur le consommateur¹²⁸.

Si des singularités semblent demeurer, il ne faut toutefois pas sous-estimer les éléments de convergence qui caractérisent la relation entre l'application de la section 2 et de l'article 102.

¹²⁸ Schweitzer, *op.cit.*

Ce rapprochement se manifeste de part et d'autre. Aux États-Unis, même si l'approche plus économique semble bien enracinée à partir des années 2000¹²⁹, la doctrine, grâce notamment aux travaux de l'école post-Chicago se détourne progressivement des positions de non-intervention sur les prix prédateurs. La confiance longtemps enracinée d'une capacité du marché à rendre ces prix inefficaces pour la firme s'érode ; plus encore, les prix prédateurs sont désormais conçus comme un comportement potentiellement durable de l'entreprise dominante¹³⁰.

En Europe, un mouvement vers une approche plus économique se confirme. À ce titre, la communication adoptée par la Commission en 2009 constitue une étape majeure¹³¹. Dans ce document, la Commission énonce pour l'application de l'article 102 une priorité donnée aux abus d'éviction. Surtout, elle va consacrer l'introduction d'une logique plus économique dans l'appréciation de la « responsabilité particulière » de la firme en position dominante. Ce document est une véritable promotion par la Cour d'une approche davantage axée sur le consommateur¹³². Le nouvel objectif de l'article 102 sera d'être un instrument au service de l'appréciation des positions dominantes compte tenu de la stratégie déployée par l'entreprise pour assurer sa domination (économies d'échelle, effets de gamme) et, surtout, de ses effets pour le consommateur.

B. Une confluence dissymétrique : enjeux contemporains et perspectives de l'altérité euro-américaine

Aux États-Unis, l'approche économique centrée sur le préjudice causé au consommateur justifia un haut niveau d'exigence en matière d'administration de la preuve, notamment en cas de prix prédateurs. Contrairement à l'approche européenne précédemment

¹²⁹ Voir notamment *Verizon Communications, Petitioner v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398 (2004)

¹³⁰ Ainsi, dans *U.S. v. AMR* (2003), la Cour d'appel fédérale pour le Dixième circuit énoncera : « Recent scholarship has challenged the notion that predatory pricing schemes are implausible and irrational. [...] Post-Chicago economists have theorized that price predation is not only plausible, but profitable, especially in a multi-market context where predation can occur in one market and recoupment can occur rapidly in other markets. » Voir Schweitzer, *op. cit.*, p.31.

¹³¹ Communication 2009/C 45/02 de la Commission - Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes.

¹³² « En appliquant l'article 82 aux pratiques d'éviction des entreprises en position dominante, la Commission visera en particulier celles qui sont les plus préjudiciables aux consommateurs » Point 5 de la communication.

évoquée, la Cour Suprême énonça dès 1993 une jurisprudence particulièrement favorable à la firme dominante en exigeant notamment du plaignant qu'il démontre le décalage entre les coûts et les prix pratiqués par la firme dominante ainsi que, surtout, la preuve d'une forte probabilité pour ladite firme de retrouver dans le futur une compensation financière de son comportement anticoncurrentiel¹³³.

Du reste, cette attitude prudente du juge face à la condamnation de la firme dominante trouva un écho plus général dans le champ politique à partir des années 2000 sous l'administration Bush, où l'attitude d'autolimitation du gouvernement dans la politique antitrust, entamé avec l'abandon des poursuites contre Microsoft, connut peu de démentis. Si l'arrivée de Barack Obama à la présidence sembla marquer un retour à une conception plus interventionniste¹³⁴ et suscita en doctrine la croyance d'une implication accrue du gouvernement fédéral dans la prévention du pouvoir de marché¹³⁵, le bilan réel de cette attitude volontariste est plus nuancé¹³⁶.

Plus largement, il convient de s'interroger sur les limites de la convergence de la section 2 et de l'article 102 dans un paradigme plus économique. Comme le relève Pinar Akman dans son étude consacrée à la réforme de l'application de l'article 102¹³⁷, l'activisme plus important de la Commission en matière d'enquêtes et de poursuites, bien réel, ne doit pas pour autant conduire à sous-estimer les problèmes qui persistent dans l'application de la démarche économique. Par exemple, l'absence de définition claire du critère consacré de « concurrent aussi efficace » demeure un obstacle à une politique tout à fait cohérente et identifiable par les entreprises. Ici d'ailleurs la relation avec la situation américaine est très étroite : dans un rapport publié en 2008, le *Department of Justice* notait : « *Exactly*

¹³³ *Brooke Group Ltd v. Brown & Williamson Tobacco Corp.* 509 U.S. 209 (1993)

¹³⁴ En février 2008, dans le cadre de sa campagne pour l'investiture Démocrate aux élections présidentielles de 2008, Barack Obama affirma que l'administration Bush « *had what may be the weakest record of antitrust enforcement of any administration in the past half century.* ». Voir James F. Rill et Stacy L. Turner, « Presidents Practicing Antitrust: Where to Draw the Line? », *Antitrust Law Journal*, Vol. 79 Issue 2, 2014.

¹³⁵ Herbert Hovenkamp, « The Obama Administration and Section Two of the Sherman Act », *Boston University Law Review*, 2010.

¹³⁶ Voir notamment le symbolique renoncement de l'administration à engager des poursuites contre le cartel de l'OPEC. *Ibid.*, p.593.

¹³⁷ Pinar Akman, « The Reform of the Application of Article 102 TFEU : Mission Accomplished? », *Antitrust Law Journal*, Vol.81, Issue 1, 2016.

what constitutes an equally efficient competitor is not always evident, and the test is especially difficult to apply outside the pricing context »¹³⁸.

Ces difficultés n'ont toutefois pas empêché la poursuite d'un certain rapprochement et, à ce titre, le cas des rabais de fidélité constitue un exemple éclairant. Tandis que l'Union avait par les arrêts *Hoffman-La Roche* et *Michelin* consacré une approche formaliste consistant à considérer illégal ce type de comportement de la firme, la communication de 2009 est venue rompre, du moins dans les termes, avec cette approche pour privilégier une démarche par les effets directement inspirée de l'exemple américain¹³⁹. Dans sa décision contre Intel, la Commission adopta ainsi une approche par les effets qui la conduisit à condamner l'entreprise. Dans son jugement rendu en 2014, le Tribunal confirma paradoxalement la sanction de la Commission mais sur le fondement d'une approche formaliste, modernisée certes, mais assez proche de celle qu'elle adoptait traditionnellement avant la communication de la Commission, fondant sa démarche sur l'idée que les faits à appréhender au principal étaient antérieurs à 2009.

Dès lors, l'arrêt particulièrement attendu rendu par la Cour de Justice le 6 septembre 2017 doit être étudié pour saisir à travers l'exemple des rabais l'état de la relation entre le traitement européen et américain du pouvoir de marché dans le contexte de la nouvelle approche plus économique¹⁴⁰.

La Cour de Justice était saisie d'un pourvoi contre une décision du Tribunal de l'Union confirmant une amende infligée par la Commission à Intel pour abus de position dominante consistant notamment à la remise de rabais de fidélité¹⁴¹.

¹³⁸ U.S. Department of Justice, *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act* (2008). Disponible à l'adresse: www.usdoj.gov/atr/public/reports/236681.htm.

¹³⁹ Daniel A. Crane, « Formalism and Functionalism in the Antitrust Treatment of Loyalty Rebates: A Comparative Perspective », *Antitrust Law Journal*, Vol. 81 Issue 1, 2016.

¹⁴⁰ CJUE, 6 septembre 2017, *Intel Corp. Inc. contre Commission européenne* C-413/14 P

¹⁴¹ L'arrêt comprend des précisions concernant la taxinomie de la Cour entre des notions telles que rabais « de fidélité » ou d' « exclusivité ». Toutes ces notions renvoyant à la notion d'abus au sens de l'article 102, on se concentrera sur l'aspect abusif des comportements décrits et non sur leurs différentes modalités de définition. Sur ce point et pour une analyse plus détaillée des différents apports de l'arrêt, voir Laurence Idot, « Une lecture de l'arrêt *Intel* », *Concurrences*, N°1-2018.

La Cour annula la quasi-totalité du jugement du Tribunal et, par voie de conséquence, l'amende infligée à Intel par la Commission. Après avoir rappelé la définition traditionnelle de l'abus de position dominante au sens de l'arrêt *Hoffman-La Roche*, la Cour affirma :

« Toutefois, il convient de préciser cette jurisprudence dans le cas où l'entreprise concernée soutient, au cours de la procédure administrative, éléments de preuve à l'appui, que son comportement n'a pas eu la capacité de restreindre la concurrence et, en particulier, de produire les effets d'éviction reprochés.

Dans un tel cas, la Commission est non seulement tenue d'analyser, d'une part, l'importance de la position dominante de l'entreprise sur le marché pertinent et, d'autre part, le taux de couverture du marché par la pratique contestée, ainsi que les conditions et les modalités d'octroi des rabais en cause, leur durée et leur montant, mais elle est également tenue d'apprécier l'existence éventuelle d'une stratégie visant à évincer les concurrents au moins aussi efficaces »¹⁴²

En d'autres termes, l'annulation de la décision du Tribunal se fonde essentiellement sur des motifs relatifs à la méthode adoptée par le juge de première instance dans son appréciation du potentiel abus.

Intel avait produit face à la Commission toute une série de données et tests économiques essentiellement fondés sur le modèle du concurrent aussi efficace. En se contentant d'examiner la nature des rabais en question et d'assimiler leur forme à un comportement constitutif d'un abus sans prendre en compte les éléments empiriques fournis par l'entreprise incriminée, le Tribunal n'a pas, selon la Cour, respecté la méthodologie exigée pour appréhender le pouvoir de marché au regard de l'article 102. Surtout, à ce premier élément de procédure consacré par la Cour, vient se juxtaposer dans l'arrêt *Intel* la confirmation de l'approche économique par les effets sur le consommateur, ici en matière de rabais¹⁴³.

¹⁴² Points 138 et 139 de l'arrêt.

¹⁴³ D'après la Cour, « L'analyse de la capacité d'éviction est également pertinente pour l'appréciation du point de savoir si un système de rabais relevant en principe de l'interdiction de l'article 102 TFUE peut être objectivement justifié. En outre, l'effet d'éviction qui résulte d'un système de rabais, désavantageux pour la concurrence, peut être

Par cette promotion du test du concurrent aussi efficace¹⁴⁴ et d'une approche par les effets plutôt que par la forme des abus caractérisés, la Cour semble donc « réhabiliter » avec une vigueur nouvelle la communication de 2009 et la logique économique¹⁴⁵.

Par la consécration de l'expertise économique au rang de nécessité méthodologique pour le juge sans laquelle l'appréciation du pouvoir de marché ne peut être considérée comme valide, la Cour fait un pas de plus vers un rapprochement transatlantique sur le traitement de la firme dominante.

Si cette approche plus économique n'est pas sans impliquer des questions nouvelles, notamment eu égard à la légitimité du juge pour appréhender les preuves économiques fournies et réaliser les arbitrages parmi les expériences et les expertises, elle permet toutefois de laisser présager une convergence supplémentaire vers un traitement plus harmonisé du pouvoir de marché de part et d'autre de l'Atlantique, alors que l'interdépendance des ordres juridiques en matière de concurrence est plus que jamais d'actualité.

contrebalancé, voire surpassé, par des avantages en termes d'efficacité qui profitent aussi au consommateur [...]. Une telle mise en balance des effets, favorables et défavorables pour la concurrence, de la pratique contestée ne peut être opérée dans la décision de la Commission qu'à la suite d'une analyse de la capacité d'éviction de concurrents au moins aussi efficaces, inhérente à la pratique en cause. » (Point 140 de l'arrêt). Voir aussi CJCE, 15 mars 2007, *British Airways c/ Commission*, C-95/04 P.

¹⁴⁴ Voir pour une conception du test du concurrent aussi efficace comme modalité « parmi d'autres » de l'administration de la preuve : CJUE, 6 octobre 2015, *Post Danmark A/S contre Konkurrencerådet* C-23/14.

¹⁴⁵ Damien Neven, David Sevy, « Arrêt Intel : Quelles conséquences pour l'approche économique des abus ? », *Concurrences*, N°1-2018.

Conclusion

L'adoption d'une interprétation dans un sens plus économique de la section 2 et de l'article 102, qui semble bien installée de part et d'autre de l'Atlantique, ne doit pas dissimuler la persistance de singularités et les difficultés nouvelles que pose ce nouveau paradigme.

Dans une étude publiée en 2010, David Gerber relevait notamment certaines limites inhérentes à une approche économique¹⁴⁶. Si l'économie peut sembler être une nouvelle modalité scientifique plus précise permettant de délivrer des jugements plus justes, elle met aussi en péril une forme de prévisibilité de la règle, plus aisément atteignable par une *jurisdictio* traditionnelle plutôt que par le recours à l'arbitrage catégorique des données brutes. Ensuite, si la science économique peut sembler constituer une solution neutre et plus équitable face aux controverses doctrinales, il ne faut pas négliger que cette discipline, même appuyée par des éléments empiriques, demeure « encastrée » dans un cadre institutionnel bien précis. Gerber insiste notamment sur les aspects de procédure qui restent particulièrement différenciés : en Europe, la préférence pour une procédure centralisée et le souci de sécurité juridique limitent la diffusion de l'analyse économique appliquée au jugement de la firme dominante.

Aussi il serait vain de voir dans l'économie un moyen d'échapper à la question de l'incarnation institutionnelle des concepts fondateurs. L'étude comparée de la conception américaine et européenne du pouvoir de marché révèle tout au long de l'histoire de la relation entre les deux textes fondamentaux une dynamique de rapprochement au fur et à mesure que l'approche par les effets se popularise, mais rien n'indique que l'un ou l'autre modèle se départira de ses singularités originelles.

La question institutionnelle demeure d'une importance cruciale. Ainsi, David Millon s'opposait en 1988 à la lecture du Sherman Act proposée par Robert Bork¹⁴⁷. En

¹⁴⁶ David J. Gerber, « Convergence in the Treatment of Dominant Firm Conduct: The United States, the European Union, and the Institutional Embeddedness of Economics », *Antitrust Law Journal*, Vol. 76, No. 3, 2010.

¹⁴⁷ David K. Millon, « The Sherman Act and the Balance of Power », *Southern California Law Review*, n°61, 1988.

renouvelant l'interprétation politique de l'interdiction de la monopolisation, il affirmait à ce que c'est bien une ambition politique plus large que le souci de l'efficacité qui animait les fondateurs du Sherman Act. Pour Million, le Sherman Act ne révèle pas une préférence américaine pour la seule efficacité économique dans un marché où prend place une lutte acharnée ; au contraire, à la suite des ordolibéraux, il affirme que c'est bien par la défense de la liberté sur le marché que se préserve la liberté politique, et que tel était le but du Congrès lors du passage du Sherman Act.

Aux premiers développements de la jurisprudence puis à l'acmé de l'école de Chicago, comme aujourd'hui, la controverse théorique ne saurait disparaître dans le paradigme économique, et le besoin de repères dogmatiques demeure prégnant¹⁴⁸.

Au terme de cette étude, il apparaît que les considérations traditionnellement acceptées pour décrire la relation entre la section 2 et l'article 102 méritent qu'on les mette en perspective avec le temps long des évolutions jurisprudentielles et doctrinales. Ainsi, la formule classique tendant à considérer que l'UE « protège les concurrents » plutôt que la concurrence apparaît de moins en moins en phase avec l'état présent de l'altérité euro-américaine.

De même, la remise en perspective historique des deux notions a permis de constater que toute tentative de diluer définitivement les spécificités des origines dans la neutralité experte des sciences économiques est une illusion : le degré d'adhésion à une vision de la concurrence comme processus plutôt que comme état figé des forces du marché, le pouvoir du juge dans l'appréciation d'une position dominante, la place réservée à la figure du consommateur, et bien d'autres déterminants sont autant de points d'achoppements potentiels non solubles dans le recours systématisé à l'analyse des données. Si la nécessité de lois antitrust pour prévenir la monopolisation et l'abus d'une position dominante ne fait plus beaucoup débat à l'heure des entreprises titanesques du numérique¹⁴⁹, la

¹⁴⁸ Marina Lao, « Ideology Matters in the Antitrust Debate », *Antitrust Law Journal*, Vol. 79, Issue 2, 2014.

¹⁴⁹ À ce sujet, voir notamment Johannes Laitenberger, « Le numérique et la concurrence dans une économie et une société en transformation », intervention prononcée à l'occasion du Colloque de l'Autorité de la concurrence, Paris, 24 novembre 2014. Texte accessible à cette adresse : http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2017_22_fr.pdf

croyance relativement partagée en une nécessité du contrôle du pouvoir de marché ne doit pas dissimuler la persistance de clivages.

Ainsi, il ne paraît pas illusoire d'affirmer que le rôle du politique dans le maniement de la section 2 et de l'article 102 demeurera un élément crucial dans la persistance des différences. Tandis que la politique de la Commission menée par la commissaire Vestager semble privilégier une démarche tournée vers la protection des consommateurs, les récentes interventions du Président Donald Trump en matière de politique antitrust et sa revendication d'une approche jacksonienne de la chose publique laissent présager un maniement de la section 2 dicté par une suspicion à l'égard de la concentration économique.

Toute convergence définitive demeure enfin limitée par la vocation même des règles de droit : à ce titre, la fonction intégratrice du TFUE et l'utilisation de l'article 102 comme moyen d'installer la concurrence dans un marché intérieur entre les États européens le distingueront toujours de la section 2. En Europe, la prévention du pouvoir de marché se fait précisément à l'échelle d'une diversité de marchés nationaux, ce qui explique aussi le fait que le paradigme de Chicago d'un marché fluide se régulant par son propre fonctionnement n'ait jamais pu s'enraciner comme il le fit dans le cadre de la section 2¹⁵⁰.

Il apparaît indéniable que la relation entre la section 2 et l'article 102 est marquée par l'établissement progressif d'un dialogue conceptuel entre les juges chargés d'en faire application.

Toutefois, le dialogue progressivement institué entre les deux dispositions et son utilité dans la compréhension mutuelle des systèmes demeure marqué par les singularités historiques fondamentales qui ont justifié leur création et légitiment leur application.

¹⁵⁰ Schweitzer, *op. cit.*

Bibliographie

Ouvrages

AKMAN Pinar, *The Concept of Abuse in EU Competition Law. Law and Economic Approaches*, Oxford, Hart Publishing, 2012

APPLEBY Joyce Oldham, *The Relentless Revolution: A History of Capitalism*, New York, W. W. Norton & Company, 2011

BORK Robert H., *The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself*, Basic Books, New York, 1978 (rééd. 1993)

CANIVET Guy, *La modernisation du droit de la concurrence*, Droit & économie, LGDJ, 2006.

JOLIET René et RAHL James A., *Monopolization and abuse of dominant position: a comparative study of the American and European approaches to the control of economic power*, Liège, Belgique, Collection scientifique de la Faculté de droit, 1970

LAMOREAUX Naomi R., *The great merger movement in American business, 1895-1904*, Cambridge University Press, 1985

MONGOUACHON Claire, *Abus de position dominante et secteur public : L'application par les autorités de concurrence du droit des abus de position dominante*, Bruylant, 2012

RABAULT Hugues (sous la direction de), *L'ordolibéralisme, aux origines de l'école de Fribourg-en-Brisgau*, L'Harmattan, Questionner l'Europe, 2016

RAND Ayn, *Capitalism : The Unknown Ideal*, New American Library, 1966

SCHUMPETER Joseph A., *Capitalisme, Socialisme et Démocratie*, traduit de l'anglais avec une introduction par Gaël Fain, Payot, 1951

STIGLER George J., *The Price Theory*, New York, McMillan, 1966

TOINET Marie-France, KEMPF Hubert et LACORNE Denis, *Le libéralisme à l'américaine : l'Etat et le marché*, Collection Politique comparée, Paris, Economica, 1989

Articles

AKMAN Pinar, « The Reform of the Application of Article 102 TFEU : Mission Accomplished? », *Antitrust Law Journal*, Vol.81, Issue 1, 2016

BORK Robert H., « Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act », *Journal of Law and Economics* Vol. 9, pp.7-48, 1966

CRANE Daniel A., « Formalism and Functionalism in the Antitrust Treatment of Loyalty Rebates: A Comparative Perspective », *Antitrust Law Journal*, Vol. 81 Issue 1, 2016

FIRST Harry, « Bork and Microsoft : Why Bork Was Right and What We Learn About Judging Exclusionary Behavior », *Antitrust Law Journal*, Vol.79 Issue 3, 2014

FOX Eleanor M., « Modernization of Antitrust: A New Equilibrium », *Cornell Law Review*, Vol. 66, Issue 6, 1981

GERBER David, « The Origins of European Competition Law in Fin-De-Siècle Austria », *American Journal of Legal History*, Volume 36, Issue 4, 1992

GERBER David, « Constitutionalizing the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the “New” Europe », *The American Journal of Comparative Law* Vol. 42 n°1, 1994

GERBER David J. Gerber, « Convergence in the Treatment of Dominant Firm Conduct: The United States, the European Union, and the Institutional Embeddedness of Economics », *Antitrust Law Journal*, Vol. 76, No. 3, 2010

GILBERT Richard et KATZ Michael, « An Economist’s Guide to *U.S. v Microsoft* », *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 15, n°2, 2001

HOFSTADTER Richard, « What happened to the antitrust movement? », in. *The Paranoid Style in American Politics and Other Essays*, Vintage Books, 1965

HOVENKAMP Herbert, « The Harvard and Chicago Schools and the Dominant Firm », *University of Iowa Legal Studies Research Paper*, 2010

HOVENKAMP Herbert, « The Obama Administration and Section Two of the Sherman Act », *Boston University Law Review*, 2010

IDOT Laurence, « Une lecture de l’arrêt *Intel* », *Concurrences*, N°1-2018

KEMPF Hubert, « Comprendre le Sherman antitrust Act de 1890 (Les origines de la politique concurrentielle fédérale américaine) », in. *Cahiers d'Économie Politique* n°20-21, 1992

KOVACIC William E., « The Intellectual DNA of Modern U.S. Competition Law for Dominant Firm Conduct: The Chicago/Harvard Double Helix », *Columbia Business Law Review*, 2007.

LANDE Robert, « Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged », *Hastings Law Journal*, 1982

LAO Marina, « Ideology Matters in the Antitrust Debate », *Antitrust Law Journal*, Vol. 79, Issue 2, 2014

MARTY Frédéric, « Le critère du bien-être du consommateur comme objectif exclusif de la politique de concurrence. Une mise en perspective sur la base de l'histoire de l'antitrust américain », *Revue internationale de droit économique* t. XXVIII, n° 4, 2014

MILLON David K., « The Sherman Act and the Balance of Power », *Southern California Law Review*, n°61, 1988

NEVEN Damien et SEVY David, « Arrêt Intel : Quelles conséquences pour l'approche économique des abus ? », *Concurrences*, N°1-2018

RILL, James F. et TURNER Stacy L., « Presidents Practicing Antitrust: Where to Draw the Line? », *Antitrust Law Journal*, Vol. 79 Issue 2, 2014

STIGLER George J., « The Origin of the Sherman Act », *The Journal of Legal Studies* Vol. 14, n° 1, 1985.

WALLER Spencer, « The Story of Alcoa: The Enduring Questions of Market Power, Conduct, and Remedy in Monopolization Cases », *Antitrust Stories*, 2007

WINERMAN Marc Winerman et KOVACIC William E., « Learned Hand, Alcoa, and the Reluctant Application of the Sherman Act », *Antitrust Law Journal*, Vol. 79, Issue 1, 2013

Autres sources

BEHRENS Peter, « The Ordoliberal Concept of “Abuse” of a Dominant Position and Its Impact on Article 102 TFEU », Nihoul/Takahashi, *Abuse Regulation in Competition Law*, Proceedings of the 10th ASCOLA Conference Tokyo, 2015

FRIEDMAN Milton, entretien accordé à la *National Taxpayers Union Foundation*, disponible à l’adresse : <https://www.youtube.com/watch?v=mlwxdyLnMXM>

GAL Michal, « Monopoly pricing as an antitrust offense in the U.S. and the EC: Two systems of belief about monopoly? », *New York University Law and Economics Working Papers*, Paper 15, 2004

LAITENBERGER Johannes, « Le numérique et la concurrence dans une économie et une société en transformation », intervention prononcée à l’occasion du Colloque de l’Autorité de la concurrence, Paris, 24 novembre 2014. Texte accessible à cette adresse : http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2017_22_fr.pdf

Rapport du *U.S. Department of Justice, Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act* (2008). Disponible à l’adresse: www.usdoj.gov/atr/public/reports/236681.htm

SCHWEITZER Heike, « The History, Interpretation and Underlying Principles of Section 2 Sherman Act and Article 82 EC », *12th Annual Competition Law and Policy Workshop*, Centre Robert Schuman, Florence, 8-9 juin 2007

➤ Droit dérivé de l’Union européenne

- Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises.
- Communication 2009/C 45/02 de la Commission - Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes

Table de jurisprudence

Juridictions américaines

United States v. E.C. Knight Company, 156 U.S.1 (1895)

Northern Securities Company et al., Apts. v. United States, 193 U.S.197 (1904)

Swift & Co. v. United States, 196 U.S. 375 (1905)

The Standard Oil Company of New Jersey, et al. v. United States, 221 U.S. 1 (1911)

United States v. American Tobacco Company, 221 U.S. 106 (1911)

United States v. Swift & Co., 286 U.S. 106 (1932)

A.L.A. Schechter Poultry Corporation v. United States, 295 U.S. 495 (1935)

Associated Press v. United States. 326 U.S. 1 (1945)

United States v. Aluminum Co. Of America, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945)

Reynolds Metal Co. v. Federal Trade Commission, 309 F.2d 223 (D.C. Cir. 1962)

Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co., 603 F.2d 263 (2d Cir. 1979)

E.I. du Pont de Nemours & Co., 96 F.T.C. 653 (1980)

Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp., 472 U.S.585 (1985)

Matsushita Electric Industrial Co., Ltd. V. Zenith Radio Corp., 475 U.S. 574 (1986)

Brooke Group Ltd v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209 (1993)

United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d34 (D.C. cir., 2001)

United States v. AMR Corporation, 335 F.3d 1109 (10th Cir. 2003)

Verizon Communications, Petitioner v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398 (2004)

Juridictions européennes

CJCE, 21 février 1973, *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. contre Commission des Communautés européennes*, C-6/72

CJCE, 13 novembre 1975, *General Motors Continental NV v. Commission of the European Communities*, C-26/75

CJCE, 15 juin 1976, *EMI Records Limited v. CBS United Kingdom Limited*, C-51/75

CJCE, 14 février 1978, *United Brands Company et United Brands Continentaal BV contre Commission des Communautés européennes*, C-27/76

CJCE, 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche c. Commission*, C-85/76

CJCE, 9 novembre 1983, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin contre Commission des Communautés européennes*, C-322/81

CJCE, 3 juillet 1991, *AKZO Chemie BV contre Commission des Communautés européennes*, C-62/86

CJCE, 14 novembre 1996, *Tetra Pak International SA contre Commission des Communautés européennes*, C-333/94

CJCE, 15 mars 2007, *British Airways c/ Commission*, C-95/04 P

TUE, 17 septembre 2007, *Microsoft c. Commission*, T-201/04

CJUE, 6 octobre 2015, *Post Danmark A/S contre Konkurrencerådet*, C-23/14.

CJUE, 6 septembre 2017, *Intel Corp. Inc. contre Commission européenne*, C-413/14 P

Table des matières

SOMMAIRE	4
INTRODUCTION	5
SECTION 1 : DE L'EMERGENCE CONCEPTUELLE D'UNE LIMITATION DU POUVOIR ECONOMIQUE (1890-1945)	12
A. DES UNIVERS INTELLECTUELS DISTINCTS DANS DES MOMENTS HISTORIQUES SINGULIERS.....	12
1. <i>Une crise du libéralisme</i>	12
i. Le « mouvement antitrust ».....	12
ii. La crise du libéralisme dans l'Autriche « fin-de-siècle » (D. Gerber).....	14
2. <i>Une convergence doctrinale en puissance</i>	16
B. D'UNE REFLEXION SUR LES STRUCTURES INSTITUTIONNELLES DE L'ECONOMIE A L'ETABLISSEMENT DE REGLES DE DROIT POSITIF	18
1. <i>Promulgation et premières applications de la section 2 du Sherman Act</i>	18
2. <i>L'école de Fribourg-en-Brisgau : vers une nouvelle « constitution économique » (W. Eucken)</i> 23	
i. De la naissance de l'ordolibéralisme ou comment penser la dilution du pouvoir de marché au « pays des 4000 cartels ».....	24
a. Un nouveau rapport à la logique contractuelle	26
b. Un dépassement du dualisme État/Société	26
c. Une autre conception de l'intervention de l'État et de la liberté économique	27
ii. Vers un nouveau droit public économique	28
SECTION 2 : VERS UNE APPROCHE PLUS ECONOMIQUE DU CONTROLE DU POUVOIR DE MARCHÉ (1945-1980)	33
A. REPENSER LA DOMINATION DES MARCHES DANS UN CONTEXTE ECONOMIQUE TRANSFORME : LES PREMICES D'UNE CONVERGENCE	33
1. <i>L'arrêt U.S. v. Alcoa (1945)</i>	33
2. <i>Genèse et consécration du concept d'abus de position dominante dans le traité de Rome</i>	38
i. L'influence limitée de l'ordolibéralisme sur les délégations dans les négociations	41
ii. Le rejet d'une interdiction a priori des positions dominantes et l'efficacité comme objectif	42
B. LA CONCEPTUALISATION PROGRESSIVE D'UNE APPROCHE PAR LES EFFETS	45
1. <i>La résistance initiale face à l'approche économique</i>	45
2. <i>L'avènement de l'école de Chicago</i>	52
SECTION 3 : L'ALTERITE EURO-AMERICAINE AU DEFI DE LA MUTATION DU POUVOIR DE MARCHÉ (1980-2017)	56
A. UNE RELATION CONCEPTUELLE MARQUEE PAR LA MODERNISATION DE L'APPROCHE ECONOMIQUE : PENSER LE POUVOIR DE MARCHÉ APRES L'ECOLE DE CHICAGO	56
B. UNE CONFLUENCE DISSYMETRIQUE : ENJEUX CONTEMPORAINS ET PERSPECTIVES DE L'ALTERITE EURO-AMERICAINE.....	62
CONCLUSION	67
BIBLIOGRAPHIE	70
TABLE DE JURISPRUDENCE	74
TABLE DES MATIERES	76