



HAL
open science

La politique de concurrence européenne face aux droits et libertés des entreprises dominantes

Frédéric Marty

► **To cite this version:**

Frédéric Marty. La politique de concurrence européenne face aux droits et libertés des entreprises dominantes. 2011, 39p. halshs-00557083

HAL Id: halshs-00557083

<https://shs.hal.science/halshs-00557083>

Submitted on 18 Jan 2011

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

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

WP n° 2011 - 01

Frédéric MARTY

"La politique de concurrence européenne
face aux droits et libertés
des entreprises dominantes"

La politique de concurrence européenne face aux droits et libertés des entreprises dominantes¹

Frédéric MARTY

Chargé de recherche CNRS

frederic.marty@gredeg.cnrs.fr

CNRS – GREDEG – Université de Nice Sophia-Antipolis

L'application des règles de concurrence peut se traduire par quelques tensions avec les droits fondamentaux des opérateurs économiques. Il en va ainsi des mesures correctives de nature structurelle ou comportementale. Dans le cadre de décisions rendues par les autorités de concurrence, il s'agit de remèdes visant à faire cesser une situation préjudiciable à la concurrence ou à prévenir sa réitération. Dans le cas européen, la Commission peut, par exemple, imposer un accès obligatoire à une ressource considérée comme essentielle. Un tel accès peut aussi bien concerner des infrastructures physiques notamment de réseaux que des droits de propriété intellectuelle. Il s'agit dans ce dernier cas, de décisions conduisant à des licences obligatoires. Dans d'autres cas, les mesures correctives ne s'exercent pas sur le comportement futur des opérateurs mais sur leur structure même. Il s'agit alors d'obligations de cessions d'actifs ou de désinvestissements. Si la pratique est plus commune dans le domaine du contrôle préalable des concentrations (avec les acceptations sous conditions des opérations notifiées) ou dans le cadre des procédures négociées, elle se retrouve également en matière de sanction des pratiques anticoncurrentielles dans le cadre de l'application de l'article 7 du règlement européen n°1/2003.

De tels *remèdes* comportementaux ou structurels peuvent porter atteinte aux droits de propriété des firmes ainsi qu'à leur liberté contractuelle. Se pose alors la question de la conciliation de la politique de la concurrence, dont l'objectif peut être défini soit à partir de la notion de défense de la liberté d'accès au marché soit en fonction de la maximisation du bien-être du consommateur, avec les droits fondamentaux. L'acuité d'une telle question est

¹ Une première version de ce texte a été présentée à l'Université Paul Verlaine de Metz dans le cadre des 10^{èmes} Journées du Pôle européen Jean Monnet en décembre 2009.

d'autant plus forte que de vives critiques ont accompagné la politique menée par la Commission européenne en matière d'octrois de licences obligatoires au détriment d'opérateurs dominants. L'exemple le plus marquant en la matière demeure sa décision de mars 2004, enjoignant Microsoft de donner accès aux protocoles d'interface avec son système d'exploitation Windows. La confirmation de la décision de la Commission par le TPICE en septembre 2007 s'accompagna d'une polémique avec la Division Antitrust du Département de la Justice américain, pour lequel une telle injonction revenait à protéger non la concurrence mais les concurrents eux-mêmes (Marty et Pillot, 2010).

L'application de la théorie des facilités essentielles aux droits de propriété intellectuelle constitue donc un lieu d'observation privilégié de telles tensions entre droit de la concurrence et droits fondamentaux. Qui plus est, il a été reproché à la Commission une évolution de la pratique décisionnelle ne semblant aller ni dans le sens d'une clarification des critères utilisés pour décider de telle injonction, ni dans celui d'une meilleure prise en compte des effets des licences obligatoires sur la concurrence en général et sur le bien-être du consommateur en particulier (Andreageli, 2010). En effet, les critères additionnels dégagés par la jurisprudence de la Commission en matière d'application de la théorie de la facilité essentielle aux intangibles, à savoir le test du nouveau produit et le test de la balance des incitations, semblent faire l'objet d'une interprétation de moins en moins restrictive (Marty et Pillot, 2010). L'évolution observée entre les critères énoncés dans les arrêts Magill de 1995 et IMS Health de 2004 et l'interprétation qui en a été faite dans l'arrêt Microsoft de 2007 et les orientations publiées par la Commission en février 2009 sur le traitement des abus d'éviction commis par les opérateurs dominants (Commission européenne, 2009) semble témoigner de l'existence d'une marge de discrétion de plus en plus forte en la matière au bénéfice de la Commission.

Or, dans le même temps, une double exigence va à l'encontre d'une telle tendance. D'une part, la convergence des politiques de concurrence européenne vers une approche plus économique suppose la mise en œuvre de critères objectifs, prévisibles et - théoriquement - fondés sur la maximisation du bien-être du consommateur (Petit, 2009). L'absence de prise en compte des effets d'un accès obligatoire sur les incitations à investir tant de l'opérateur dominant que des firmes bénéficiaires de l'accès ne participe guère d'une telle évolution. D'autre part, de telles mesures correctives peuvent aller à l'encontre des dispositions de la

Convention européenne des droits de l'homme². En effet, si une décision publique peut aller à l'encontre des droits de propriété ou de la liberté contractuelle des agents économiques, il est indispensable que celle-ci soit respectée de stricts critères de nécessité et de proportionnalité³ et se fasse au travers de règles procédurales correspondantes à un *due process of law* (notion de procès équitable). En d'autres termes, il est nécessaire que la décision publique ne repose sur aucune base discrétionnaire et qu'elle soit accompagnée d'une juste indemnisation.

Notre contribution porte sur ces deux dimensions, à savoir l'opportunité économique et la compatibilité de telles mesures correctives avec les droits fondamentaux des opérateurs de marché. A cette fin, nous nous attachons, en première partie, à une analyse comparative des propensions des autorités de concurrence européennes et américaines à prononcer de telles mesures correctives. Les différences relevées dans les pratiques décisionnelles témoignent à la fois de divergences en matière de conciliation des droits des opérateurs économiques avec les exigences des politiques de concurrence et d'arbitrages économiques distincts. Dans notre seconde partie, nous retenons l'exemple des décisions conduisant à des accès obligatoires à des infrastructures essentielles dans une optique comparative. Nous nous attachons au cas des licences obligatoires en mettant à nouveau en exergue les questions relatives au respect des droits des opérateurs dominants et à la prise en considération de leurs impacts économiques. Enfin, nous nous interrogeons sur les mesures correctives mises en œuvre dans le cadre de procédures d'engagement (i.e. dans le cadre de l'article 9 du règlement n°1/2003), dans la mesure où la question de la conciliation peut également être posée dans le cadre d'une « démarche volontaire ».

I – Les droits de propriété et la liberté contractuelle des opérateurs dominants face aux politiques de concurrence : Une analyse comparative Europe / Etats-Unis

L'un des résultats fondamentaux de la théorie économique tient au caractère déterminant du respect des droits de propriété sur l'efficacité du système économique. L'existence de droits de propriété correctement définis, exclusifs et librement transférables constitue une condition indispensable à la production d'incitations collectivement optimales (Demsetz, 1968). Les agents économiques ne sont incités à investir que si et seulement s'ils estiment être en mesure

² L'Union européenne n'est pas en elle-même engagée vis-à-vis de la CEDH, laquelle ne concerne que les Etats. Il n'en demeure pas moins que les principes de la Convention doivent guider ses pratiques notamment en matière de mise en œuvre de ses politiques. Même si la CEDH n'est pas contraignante en matière de politique européenne de concurrence, ses principes définissent ce que doit être procédure équitable.

³ L'exigence de proportionnalité découle notamment de l'article 1 du protocole 1 de la CEDH.

de s'approprier une part suffisante du rendement de leur investissement⁴. Ce faisant, si les droits de propriété sont insuffisamment protégés, le niveau d'investissement qui résultera des décisions individuelles sera collectivement optimal (North, 1990).

Le respect des droits contractuels s'avère également indispensable à cet aune. En effet, selon Williamson une *économie de haute performance* dépend du degré de sécurité économique de long terme des agents économiques (Williamson, 1985). Si une intervention étatique vient remettre en cause de tels engagements de long terme, l'horizon temporel des acteurs du marché risque d'être trop réduit pour les investisseurs. Il en va bien évidemment de même pour d'éventuelles interventions publiques qui viendraient remettre en cause des contrats de long terme. Si un opérateur – même dominant – n'est pas un mesure de disposer de la visibilité nécessaire pour sécuriser ses flux de ressources futurs, il risque de renoncer à des investissements hautement capitalistiques qu'il ne pourrait amortir que sur le long terme.

Le respect des droits de propriété et de la liberté contractuelle constitue une condition essentielle de l'efficacité économique. Cependant, la mise en œuvre des politiques de concurrence peut conduire à remettre en cause ces derniers notamment pour les opérateurs dominants. La question tient alors au compromis qui est réalisé. Il apparaît en fait que la conciliation se fait dans des termes pour le moins distincts aux Etats-Unis et au sein de l'Union européenne.

A – Du respect des droits de propriété et des libertés contractuelles des opérateurs dominants aux Etats-Unis

Les débats théoriques agitent dès la fin du XIX^{ème} siècle les Etats-Unis, opposant les tenants de la *Classical Legal Thought* et le courant du *Legal Realism* témoignent de l'affrontement des deux logiques. Les premiers défendaient une vision des plus conservatrices de la *Common Law* quand les seconds considéraient qu'un fonctionnement raisonnable du marché pouvait nécessiter d'introduire des limitations au libre exercice des droits de propriété ou de liberté contractuelle des firmes.

Les arguments des tenants de la *Classical Legal Thought* découlaient en grande partie du cadre constitutionnel lui-même et notamment des 5^{èmes} et 14^{èmes} amendements. Le 5^{ème} amendement à la Constitution stipule que nul ne peut être privé de ses droits de propriété sans

⁴ *La Tragédie des Communs* est pleinement représentative d'une logique dans laquelle un résultat collectivement sous optimal (surexploitation de la ressource et niveau d'investissement sous optimal) découle de l'absence de droits de propriété individuels (Hardin, 1968).

une juste compensation. De la même façon, le 14^{ième} amendement, promulgué en 1868 au lendemain de la Guerre de Sécession, étend la clause du *due process of law* à la défense des droits individuels vis-à-vis de toute intervention du pouvoir législatif. Au titre de ce *due process*, les capacités des pouvoirs publics de limiter ou d'interférer avec les droits fondamentaux doivent être encadrées par des limites constitutionnelles, ne survenir que si et seulement si elles sont indispensables et être activées de façons équitables, raisonnables et appropriées.

Sous cette influence, la Cour Suprême américaine avait adopté une jurisprudence extrêmement restrictive et conservatrice. Le paradigme alors dominant reposait sur la recherche de constantes, de règles générales, immuables et présentant une cohérence à la fois au point de vue interne mais aussi et surtout dans le temps. Si cette pratique confortait les anticipations quant aux décisions de justice, il n'en demeurait pas moins qu'elle se traduisait par un fort conservatisme social.

Aux yeux des tenants du courant *réaliste* du droit, la clause du *due process* était détournée de sa finalité pour enrayer toute législation progressiste au nom du respect des droits de propriété et de la liberté contractuelle. Naquit alors le projet d'infléchir la jurisprudence, de l'affranchir de la seule logique des précédents pour l'orienter vers la recherche d'un fonctionnement raisonnable du marché et des relations sociales⁵.

Ces controverses juridiques, trouvèrent un prolongement dans le cadre de la théorie économique, notamment avec la tradition institutionnaliste commonsienne. Dans cette approche, l'allocation des droits de propriété dans la société crée une rareté qui engendre un pouvoir économique dans le cadre des transactions⁶. Quand la répartition des droits crée des asymétries de pouvoirs de négociation entre les agents (dans le cadre d'une relation d'emploi

⁵ La montée en puissance de l'approche réaliste, influencée par la philosophie pragmatiste américaine, conduisit à accorder une moindre importance à la recherche d'une logique dérivant de la *common law* au profit de la reconnaissance du caractère situé de la décision de justice. De ce fait, le projet d'adapter le contenu des énoncés juridiques à l'expérience sociale (contexte matériel et représentations collectives) était formulé. Il s'agissait de prendre des décisions visant à influencer sur le processus de marché lui-même pour promouvoir un fonctionnement raisonnable de ce dernier.

⁶ Pour les institutionnalistes, la transaction constitue l'unité de base de l'analyse économique. Les agents économiques sont inséparables des négociations qu'ils nouent entre eux pour échanger des droits. L'aiguillon des transactions est constitué par le concept de rareté, laquelle n'est pas seulement liée à des considérations physiques mais aussi à des phénomènes sociaux institués, en d'autres termes l'allocation des droits de propriété. En fait, l'institution de la propriété est conçue comme un dispositif permettant de gérer les conflits de rareté. Les conflits entre agents économiques portent dans ce cadre sur la distribution des droits de propriété, lesquels permettent aux agents économiques de s'approprier des flux de ressources futurs. L'analyse économique est donc inséparable du système juridique. Le contrôle légal sur les choses exerce une influence centrale sur le résultat des interactions entre agents économiques.

ou dans le cadre de l'accès à un actif essentiel pour accéder au marché), le résultat spontané du processus de marché risque d'être inéquitable. Une intervention peut alors être nécessaire pour garantir l'obtention d'un résultat raisonnable.

En effet, l'inégale répartition des droits joue sur les pouvoirs de négociation des différents transactants. Si un actif détenu par un acteur donné est indispensable à sa contrepartie, il sera en capacité de contraindre son comportement⁷. En d'autres termes, la propriété ne donne pas seulement un pouvoir sur les marchandises mais aussi sur le comportement des autres (Morel, 2003). Or, pour les institutionnalistes, les individus ne sont pas seulement des agents économiques mais aussi des citoyens, caractérisés par des droits, des devoirs mais aussi des vulnérabilités. Pour que les individus puissent participer au développement du processus économique, il est nécessaire qu'une condition de sécurité soit respectée.

Celle-ci passe notamment par un partage équitable de la richesse collective. Il appartient donc aux règles de droit de garantir la raisonnable de la répartition sociale qui découle du processus de concurrence⁸. Il s'agit donc de réguler – au travers des règles de droit – les phénomènes d'appropriation et d'usage des droits de propriété. Ainsi, « l'intervention directe des autorités publiques, ou de toute autre organisation intervenant dans l'institution du raisonnable, est nécessitée par la diversité des positions de pouvoir des individus dans la société » (Morel, 2003). Dans la mesure où l'égalité juridique n'est pas en mesure de garantir l'égalité économique, l'exercice de la « souveraineté » (sovereignty) est nécessaire (Commons, 1893).

Une telle intervention est d'autant plus nécessaire que la répartition des droits de propriété peut conférer à certains acteurs des capacités à contraindre la liberté économique des tiers ou à capter une part inéquitable du surplus créé par la transaction et ce d'autant plus que la seconde partie à la transaction se situe dans une situation de vulnérabilité. En effet, le pouvoir économique d'un transactant donné est déterminé par deux facteurs (Rutherford, 1990). Le premier tient à la difficulté à trouver des solutions de remplacement potentielles. Le second est lié à sa capacité – relativement à son contractant - à « retenir le produit », c'est-à-dire à ne pas conclure un accord. Il s'agit, en d'autres termes, de son pouvoir de négociation, lequel est ici défini comme sa capacité à infléchir le comportement de sa contrepartie dans le sens de

⁷ « Le contrôle légal n'est pas seulement une quantité économique, c'est le contrôle du comportement futur des individus desquels les dimensions de cette quantité économique dépendront » (Commons, 1934).

⁸ A ce titre, la logique commonsienne est relativement proche de l'approche solidariste promue en France par Léon Bourgeois au début du siècle dernier.

son intérêt propre. La notion commonsienne de pouvoir économique d'un transactant se rapproche donc, dans des termes plus modernes, de la notion du pouvoir de marché dont dispose le détenteur d'un actif essentiel indispensable à un tiers pour exercer son activité sur le marché⁹.

Au final, l'approche défendue par le vieil institutionnalisme américain peut être rapprochée de l'analyse ordo-libérale que nous présenterons dans notre seconde sous-section. Il s'agit dans les deux cas de faire pièce aux pouvoirs de marché privés du moment où l'exercice de ceux-ci remet en cause la liberté d'accès au marché des tiers, au travers de l'exercice d'un pouvoir coercitif conféré par la détention de certains droits de propriété.

Il convient cependant de relever qu'une telle logique ne fut pas l'apanage, aux Etats-Unis, des seuls économistes institutionnalistes. La tension entre droits de propriété et politique de la concurrence fut par exemple soulignée par J.B. Clark et J.M. Clark en 1912. « *Since potential competition could no longer be trusted as an effective check to monopoly behavior, it was up the lawmaker to actively promote actual competition* ». En d'autres termes, l'argument de la concurrence potentielle, ne suffit pas à discipliner les opérateurs dominants. De la même façon, la première Ecole de Chicago – dont l'attachement au libéralisme ne pouvait être mis en doute – admettait qu'une intervention étatique pouvait être nécessaire pour préserver la concurrence (Giocoli, 2009). Comme l'écrivait Simmons en 1934, « *the representation of laissez-faire as merely do nothing policy is unfortunate and misleading. It is an obvious responsibility of the State under this policy to maintain the kind of legal and institutional framework within which competition can function effectively as an agency of control* » (Simmons, 1934).

Au-delà des débats théoriques, la pratique décisionnelle des tribunaux américains révèle l'existence d'un cycle témoignant de l'évolution de la balance entre l'impératif concurrentiel et la défense des droits des opérateurs économiques. La fin du XIX^{ième} fut marquée par la prédominance de la défense des droits de propriété vis-à-vis des interventions publiques visant à réguler le fonctionnement des marchés. L'arrêt Lochner de 1905 constitue indubitablement un paroxysme dans l'affrontement des deux logiques¹⁰. La Cour Suprême américaine s'opposa à la réglementation par l'Etat de New York des heures de travail dans le secteur de la boulangerie. Cet arrêt constitue une des dernières victoires de la *Classical Legal*

⁹ Il peut en résulter des comportements d'éviction des concurrents, que cela soit au travers de refus d'accès objectif ou implicite – en l'occurrence des conditions discriminatoires au point de vue technique ou tarifaire

¹⁰ Cour Suprême des Etats-Unis, Lochner v Etat de New York, 198 US 45, 1905.

Thought dans le sens d'une prédominance de la clause du *due process of law*. Deux opinions dissidentes furent néanmoins exprimées dans cet arrêt. Pour le juge Holmes, une décision de justice n'a pas à se faire en fonction d'une théorie économique donnée, qu'il s'agisse d'un paternalisme ou d'une forme de laissez-faire. Pour le juge Harlan, la liberté contractuelle doit être soumise à des limites posées par la société au nom du bien commun ou du bien-être.

Dès lors un mouvement s'amorça conduisant à soumettre les droits des entreprises aux impératifs de l'Antitrust. Cette phase était d'autant plus marquée que prédominaient parallèlement dans le domaine des sciences économiques et des sciences juridiques deux courants justifiant une certaine forme d'interventionnisme. Il en était ainsi, au niveau économique du courant structuraliste issu de l'École de Harvard, lequel portait une hypothèse selon laquelle la structure concurrentielle des marchés influait de façon significative sur la conduite des firmes et donc sur la performance économique d'ensemble. Ce faisant, la défense de l'intérêt général pouvait justifier des atteintes aux droits des opérateurs dominants (Hovenkamp, 2010)¹¹. Cette approche était consolidée au point de vue des sciences juridiques par la prégnance du courant de la *Sociological Jurisprudence*, rejetant toute approche conduisant à reconnaître l'existence d'une *science conceptuelle du droit* (propre à la *Classical Legal Thought*) et attribuant au droit une dimension d'ingénierie sociale (Freeman, 2001). En d'autres termes, la décision de justice doit se faire dans le cadre d'un projet de résolution et d'équilibrage des conflits entre les différents intérêts sociaux.

Des objectifs d'intérêt général peuvent justifier des remises en cause des droits de propriété et des libertés contractuelles. La domination sans partage de l'École de Harvard – et donc du paradigme SCP (Structure-Comportement-Performance) - après la Seconde Guerre Mondiale renforça cette méfiance pour la position dominante en tant que telle dans l'Antitrust américain, comme en attestèrent les arrêts de la Cour Suprême, *Brown Shoes* (1962), *Philadelphia National Bank* (1963) et *Von's Grocery* (1966)

Le double reflux de la *Sociological Jurisprudence* et de l'approche structuraliste dès les années soixante conduisirent à nouveau à considérer que d'éventuelles remises en cause de ces droits et libertés porteraient de graves préjudices à l'économie dans son ensemble (en l'occurrence au bien-être du consommateur) au travers de leurs effets négatifs en termes

¹¹ Il est d'ailleurs à relever que certaines décisions des tribunaux américains en matière d'Antitrust rendues dans l'immédiat après-guerre, et non des moindres si l'on retient l'arrêt *Alcoa* de 1945, à l'origine de la théorie du ciseau tarifaire, dû au juge Learned Hand, font actuellement l'objet de relectures de la part d'économistes conduisant au rejet des principes qu'elles portèrent au nom de la liberté contractuelle des opérateurs dominants (Sidak, 2008).

d'incitations à l'investissement. La Cour Suprême évolua alors vers une position relativement favorable aux opérateurs dominants, renouant en 1977 au travers de l'arrêt GTE Sylvania avec la jurisprudence Colgate de 1919, réaffirmant le primat du principe de liberté contractuelle de ces derniers. En effet, l'arrêt GTE Sylvania renversa la jurisprudence Schwinn de 1967 sur les pratiques restrictives verticales. Il reposa en effet sur le recours à une règle de raison et non plus à une interdiction *per se*, conformément aux prescriptions de l'Ecole de Chicago. Dès lors, les pratiques en question étaient jaugées à l'aune de leur impact sur le bien être du consommateur. Cette tendance s'amplifia au moins jusqu'à l'automne 2008 avec le très controversé rapport de la Division Antitrust du Département à la Justice relatif aux pratiques unilatérales (US DoJ, 2008), rapport retiré dès le printemps 2009 sous l'effet du changement d'administration (Marty et Pillot, 2009b).

Cependant, il convient de relativiser l'influence réelle des controverses théoriques sur les revirements de la jurisprudence de la Cour Suprême américaine, le cycle de l'Antitrust américain s'explique en grande partie par la tension entre deux conceptions de la concurrence qui n'ont pas de rapports immédiats et univoques avec les débats doctrinaux (Giocoli, 2009). La ligne de partage est de nature « philosophique ». Elle tient à la conception sous-jacente du processus de concurrence qui est majoritairement admis entre les différentes parties prenantes à la politique de concurrence. Nous serions tentés d'ailleurs de parler en ce sens de *convention dominante* à un instant donné (Marty, 2002). D'ailleurs W. Page distingue deux visions de la concurrence susceptibles de conduire à des traitements diamétralement opposés de la position dominante, fournissant une grille de lecture synthétique des divergences transatlantiques en matière de contrôle de la stratégie des entreprises dominantes vis-à-vis de leurs concurrents (Page, 2007).

Une première approche adopte une vision évolutionniste du processus de concurrence. Dans ce cadre, le résultat du processus de marché, quel qu'il soit, est légitime du moment où les règles de la libre concurrence n'ont pas été enfreintes. De la même façon, si le processus de marché venait à déboucher sur une situation de très forte dominance voire de monopole, l'autorité en charge de la mise en œuvre du droit de la concurrence n'aurait pas obligatoirement à intervenir. D'une part, la situation peut résulter des seuls mérites de l'opérateur dominant. Sanctionner une firme qui est sortie vainqueur de la confrontation de marché reviendrait à dégrader les incitations à investir et à innover de tous les participants au processus de marché. D'autre part, une situation d'ultra-dominance ne saurait être considérée comme défavorable en elle-même aux consommateurs. En effet, il peut être plus efficace,

dans des marchés caractérisés par de très fortes turbulences technologiques, qu'une seule firme satisfasse à un moment donné la quasi-totalité de la demande. Si les barrières à l'entrée sont faibles, une telle dominance fonctionnera comme un signal à l'investissement des opérateurs concurrents actuels ou potentiels. En d'autres termes, toute position de monopole est intrinsèquement transitoire.

A ce titre, les règles Antitrust ne doivent sanctionner que les stratégies d'extension des pouvoirs de marché sur d'autres bases que celle des mérites. Il s'agit des stratégies de *monopolisation* au sens de la Section 2 du Sherman Act. C'est-à-dire des stratégies d'acquisition, de conservation ou d'extension, via un levier anticoncurrentiel, de pouvoirs de marché. A l'inverse une stratégie d'extraction de la rente de monopole apparaît comme tout à fait légitime et même souhaitable pour le processus de marché lui-même¹². En effet, le fait que la firme dominante extrait la rente qu'elle a créé par ses efforts passés est essentielle pour la récupération de ses investissements et pour l'entretien de ses propres incitations à investir et de celles de ses concurrents. En effet, la « perception » de telles rentes indique aux entrants potentiels les gains potentiels de la position dominante dans le marché en question et accroît donc leurs incitations à investir. Ainsi, dans ce cadre, le rôle des politiques de concurrence est de nature « négative ». Il s'agit de lever les obstacles au développement du processus de marché. Son objectif est donc de garantir la liberté des opérateurs.

Une seconde conception de la concurrence peut être qualifiée d'intentionnaliste. Selon cette dernière, le résultat final du processus de concurrence peut être le fruit de l'exercice de pouvoirs de marché. Il peut donc être considéré comme illégitime dès lors que certains agents économiques ont utilisé des capacités coercitives sur les autres acteurs du marché. Ceci peut advenir dès lors que les seconds sont en situation de dépendance économique. Ainsi, de la vulnérabilité économique de certains opérateurs de marché, pour reprendre les termes de Commons, peut découler une allocation des ressources illégitime ou du moins déraisonnable. Il s'ensuit également que la position dominante va s'avérer d'autant plus pérenne qu'elle va s'appuyer sur l'existence de droits de propriété. La politique de la concurrence n'aura plus seulement à sanctionner *ex post* les infractions au droit de la concurrence mais également à

¹² La Section 2 du Sherman Act ne sanctionne pas l'extraction d'une rente de « monopole ». Elle porte sur les stratégies d'acquisition, de maintien et d'acquisition d'une telle position sur d'autres bases que celles fondées sur les mérites. Il en va autrement de l'article 102 du TFUE lequel conduit à sanctionner non seulement le fait d'abuser d'un pouvoir de marché pour exclure ses concurrents sur une autre base que celle des mérites mais aussi le fait pour une entreprise dominante de tirer profit de son pouvoir de marché (i.e. de pratiquer des prix *de monopole*) pour extraire une partie de la rente du consommateur à son profit. Comme le relève Tor (2010): "Moreover, beyond imposing liability on dominant firms for an additional category of conduct, EU competition law gives a significantly broader meaning to its prohibition of exclusionary abuse".

neutraliser, voire à éliminer, de telles situations de dominance, préjudiciables à la soutenabilité même du processus de marché¹³.

L'objectif des politiques de concurrence ne se limite pas à la préservation des libertés économiques des opérateurs ; il recouvre également la préservation de leur égalité en matière de conditions d'accès au marché¹⁴. Autant, la logique intentionnaliste admet une possible remise en cause des droits de propriété des opérateurs dominants et de leur liberté contractuelle, autant la vision évolutionniste rejette par principe de telles atteintes dans la mesure où le respect de tels droits fondamentaux est une condition essentielle à la préservation du processus de marché (Peritz, 1990).

Ainsi, la tension entre les conceptions intentionnalistes et conséquentialistes des politiques de concurrence constitue l'un des principaux facteurs explicatifs du cycle de l'Antitrust américain¹⁵. Il apparaît également qu'une grande partie des divergences d'appréciations récentes de part et d'autre de l'Atlantique peut s'expliquer par la prégnance, au sein des politiques de concurrence européennes d'une vision intentionnaliste, qui ne doit rien aux débats états-uniens mais qui trouve ses origines non seulement dans la tradition ordo-libérale allemande mais aussi dans les particularités induites par la nature intrinsèquement constructiviste du projet européen.

B – Un primat des règles de concurrence au niveau européen ?

L'approche européenne des politiques de concurrence ne doit pas être analysée comme une reprise tardive, partielle et imparfaite de la tradition Antitrust américaine. Elle tire une partie de ses racines de l'Ecole de Fribourg laquelle se caractérisait par une opposition au libéralisme manchestérien du XIX^{ème} siècle, faisant d'elle l'une des variantes européennes du néo-libéralisme au sens de M. Foucault (2004). Loin du laissez-faire classique, l'approche ordo-libérale promeut un interventionnisme libéral. Celui-ci repose sur un Etat *fort* capable de faire pièce aux influences préjudiciables sur le processus de marché des différents pouvoirs économiques privés. Dans ce cadre, l'ordre de marché n'est pas exclusivement vu comme un

¹³ “Hence the outcome of market processes can and should be corrected by government interventions, which may take the form of regulation, prohibition and even forced divestitures” (Giocoli, 2009).

¹⁴ “The normative impulse behind antitrust law must be towards the promotion and preservation of atomistic competition among powerless agents, that is to say, towards, the implementation of equality in the market place” (Giocoli, 2009).

¹⁵ Par exemple, les débats parlementaires américains préparatoires à l'adoption du Sherman Act (1888-1890) opposèrent les tenants de l'introduction d'un concept de *Common Law*, le principe du *right to earn a profit from its own business* de la position du Sénateur Sherman lui-même lequel soutenait la notion de *full and free competition*.

ordre spontané. Son maintien résulte d'une organisation et d'une intervention étatique¹⁶. L'Etat est dans ce cadre le garant de la liberté de marché et du respect des règles de juste concurrence (Steiner et Walpen, 2006).

Pour les ordo-libéraux, la préservation du processus de concurrence et la lutte contre la concentration du pouvoir économique se fondaient non seulement sur le retour d'expérience de la première loi allemande sur la concurrence promulguée en 1923 par la République de Weimar (Buxbaum, 2006) mais aussi par la conviction selon laquelle la politique de concurrence doit porter un objectif d'une *dispersion* du pouvoir économique, corollaire de celle du pouvoir politique¹⁷. La préservation de la liberté politique elle-même passe selon eux par celle de la liberté économique, garantie par le processus de concurrence¹⁸.

Une intervention publique peut s'avérer indispensable pour contraindre (ou supprimer) les pouvoirs économiques privés. Elle doit rétablir l'égalité d'accès au marché mais doit être elle-même contrainte et encadrée par des règles de concurrence investies d'une valeur constitutionnelle. En effet, dans cette approche, l'Etat procède de l'Etat de Droit. Il existe des barrières constitutionnelles à son intervention, le droit primant sur l'acteur étatique (Eucken, 1932). La politique de concurrence, à l'instar de l'ensemble de la politique économique, doit se déployer dans le cadre d'une constitution économique définissant précisément le rôle et les modalités de l'intervention étatique.

Ces conditions respectées, il peut être légitime d'intervenir pour supprimer les pouvoirs économiques privés sur le marché ou pour obliger ses détenteurs à se comporter *comme si* de telles capacités de coercition n'étaient pas en leur possession. Le processus de concurrence a

¹⁶ Il s'en suit que malgré les liens qui unirent initialement les deux courants, il est difficile de rapprocher la position des ordo-libéraux des économistes libéraux, que cela soit les économistes de tradition autrichienne ou les représentants de la première Ecole de Chicago. Par exemple, si des ordo-libéraux participèrent au *Colloque Lipmann* à Paris en 1938 (organisé par le philosophe Louis Rougier suite à la publication en 1936 aux Etats-Unis de l'ouvrage de Walter Lipmann, *The Good Society*) et comptèrent parmi les fondateurs de la *Société du Mont Pèlerin* en 1947, il n'en demeure pas moins que leur influence décrut très rapidement. Il est d'ailleurs à relever, qu'à l'origine, la position de Hayek vis-à-vis des pouvoirs économiques privés n'était guère si éloignée de celle des ordo-libéraux. En effet, dans *La route de la servitude*, publiée en 1944, Hayek stigmatisait les *faiseurs de monopoles*, lesquels lui apparaissaient comme des *organiseurs capitalistes*, ennemis des libertés économiques : « leur penchant pour les monopoles n'est pas nouveau et ne présente pas en soi un pouvoir redoutable. Ce qui est grave, c'est qu'ils ont réussi à s'assurer le soutien d'un nombre toujours plus grand de groupes, et avec l'aide de ces derniers, celui de l'Etat » (Hayek, 1944).

¹⁷ "It also led them to demand the dispersion of not only political power but economic power as well" (Gerber, 1998).

¹⁸ L'expérience de la mise en œuvre de la loi allemande de 1923 et le soutien des grands groupes industriels au NSADP suscitèrent cette défiance vis-à-vis des pouvoirs économiques privés. En effet, comme le note Gerber: "Having witnessed the use of private economic power to destroy political and social institutions during the Weimar period, the ordoliberalists emphasized the need to protect society from the misuse of such power" (Gerber, 1998).

d'ailleurs une valeur en lui-même qui va bien au-delà du seul mécanisme d'allocation optimale des ressources dans l'économie. Il est en lui-même une condition pour la préservation des libertés économiques et par voie de conséquences des libertés économiques¹⁹.

Il s'agit de garantir les conditions d'une *concurrence complète* définie comme une « competition without coercitive power – the kind of competition that exists when no agent in the marketplace has the possibility to force a constraint behavior of any other agent » (Eucken, 1939). Cette situation ne va pas de soi dans la mesure où il ne s'agit pas d'un ordre spontané. Elle s'avère en outre éminemment précaire face aux forces du marché. En effet, les ordo-libéraux ne considèrent pas les marchés comme autorégulateurs. La concurrence s'apparente au contraire à un processus de nature autodestructive, et ce, pour deux raisons principales. Tout d'abord, les firmes préfèrent spontanément les situations de cartels à une réelle concurrence, hautement plus risquée. Ensuite, la résultante du processus de concurrence lui-même s'avère, dans maints secteurs, une concentration significative des parts de marché et donc l'apparition de pouvoirs de marchés privés, parfois monopolistiques. Ainsi, la politique de la concurrence doit assumer un rôle actif par rapport au processus de marché, celui de préserver le processus lui-même contre sa résultante naturelle, sa disparition du fait de la concentration du pouvoir économique.

Deux approches se firent jour, au sein des ordo-libéraux, quant à l'attitude à adopter vis-à-vis des opérateurs dominants. Une approche de nature « structuraliste », représentée par exemple par Böhm, préconisait des désinvestissements forcés²⁰. Une logique plus comportementaliste, incarnée par L. Miksch (1947), conduisait à formuler des exigences quant à la stratégie de marché adoptée par l'opérateur dominant²¹. Ce dernier doit, dans ce cadre, se comporter *comme s'il n'était pas doté d'un pouvoir de marché*. Un tel « *as if standard* » a vocation à être utilisé *ex post* par les autorités en charge de l'application du droit de la concurrence pour

¹⁹ Pour les ordo-libéraux, le processus de marché est en lui-même un puissant outil de limitation des pouvoirs de marché – tant qu'il n'est pas contrarié par les stratégies des opérateurs dominants. Comme le note Böhm (1960), « ... competition is by no means only an incentive mechanism, but, first of all, an instrument for the deprivation of power [...] the most magnificent and ingenious instrument of deprivation of power in the history ».

²⁰ «Whenever market power existed, it had to be eliminated by any means, including forced divestitures» (Böhm, 1933). Pour Gerber (1998), «competition laws thus had to provide a means of requiring that firms divest themselves of component of their operations or otherwise eliminate their monopoly position». De la même façon pour Bilger (2003), « [les ordo-libéraux allemands] appellent à l'instauration d'une politique de concurrence parfaite [sic], poursuivie avec rigueur, fondée sur l'interdiction des cartels et pouvant aller jusqu'au démantèlement d'entreprises dominantes ou la fixation publique des prix ».

²¹ «It required that economically powerful firms act as if they were subject to competition – that is , as they did not have such power».

vérifier si l'opérateur dominant n'a pas défini sa stratégie de façon à tirer profit de sa puissance de marché au détriment de ses concurrents.

Un tel critère n'est pas sans faire écho à une distinction issue de la jurisprudence concurrentielle allemande des années vingt, laquelle distinguait entre les pratiques mises en œuvre par les opérateurs dominants, ce qui relevait de la *performance competition* et de *l'impediment competition*. La première correspond à l'ensemble des conduites visant à réduire les prix ou accroître la qualité des produits, la seconde recouvre tout comportement de marché qui ne fait pas sens en termes de maximisation du profit individuel mais qui participe d'une logique d'entrave au développement ou de mise en cause du maintien des concurrents sur le marché²². Selon Böhm, la politique de la concurrence doit sanctionner ce type de pratiques, recouvrant les stratégies de prédation, les pratiques de boycott... et certaines remises de fidélité mises en œuvre par des opérateurs dominants (Böhm, 1933).

Si la finalité même du processus de concurrence est la dispersion du pouvoir économique, la politique de la concurrence doit avoir pour finalité de faire pièce aux situations de marché ou aux comportements individuels allant dans le sens de la constitution de positions monopolistiques. Ce faisant, la remise en cause des droits de propriété et des libertés contractuelle des firmes dominantes fait sens dans une approche ordo-libérale.

Cependant, il convient de mettre en exergue le fait que quelle que soit l'influence de l'approche ordo-libérale sur la construction de la doctrine économique des institutions européennes, le droit communautaire de la concurrence ne saurait être réduit à une simple application de cette dernière. En effet, la logique de la politique de la concurrence européenne dépasse ce seul cadre en ce sens où cette dernière s'avère non pas une fin en elle-même mais un instrument de construction du marché intérieur (Gerber, 1998). Comme le note Giocoli (2009), « *The Court made teleology the cornerstone of its interpretative strategy [...] The Court interpreted the Treaty's competition law provisions according to its own conceptions of what was necessary to achieve the integratory goals* ». Cette orientation est apparue très précocement dans la jurisprudence de la Cour de Justice²³. Une telle stratégie de construction

²² L'approche ordo-libérale, dès lors qu'elle repose sur un standard de type *as if* s'inscrit dans une logique de contrôle *ex post* des comportements et des conséquences de ces derniers sur le marché des plus éloignées de la logique structuraliste du paradigme SCP à laquelle elle est par trop souvent rapprochée. Il en va bien évidemment de même pour la possible confusion entre concurrence complète et concurrence parfaite (Giocoli, 2009).

²³ Quinze ans après la signature du Traité, il apparaissait déjà que les articles 101 et 102 (alors 85 et 86) n'étaient pas utilisés à la seule fin de protéger le processus de concurrence mais aussi en vue de réaliser un objectif plus large d'intégration régionale (Hawk, 1972).

du marché à partir de la mise en œuvre des règles de concurrence se traduit par une subordination des droits de propriété et de la liberté contractuelle aux règles de concurrence européennes.

Il convient en effet de noter que celles-ci ne peuvent se concevoir en dehors des objectifs généraux de l'Union, au premier rang desquels figure la construction du marché unique. Dans ce cadre, la promotion de la concurrence n'est pas une fin en elle-même mais un moyen pour porter un objectif bien plus large, la construction du marché intérieur. En outre, la promotion de la liberté des opérateurs sur le marché, ne se conçoit pas seulement comme la liberté de contracter et de disposer de ses droits de propriété mais aussi comme la liberté d'accéder au marché (Lovdahl-Gormsem, 2006). Il s'ensuit alors que toute stratégie d'un opérateur dominant qui pourrait remettre en cause la structure concurrentielle du marché du seul fait de sa puissance économique peut être sanctionnée sur la base de l'article 102, quand bien même la pratique n'est pas abusive *per se*. En d'autres termes, la logique ordo-libérale conduit à considérer que le consommateur a un intérêt à la préservation de la multiplicité des offreurs et subirait un préjudice si des opérateurs dominants de par leur puissance de marché venaient à compromettre l'accès au marché des offreurs tiers. A partir de telles bases, la politique de concurrence peut rapidement conduire à concevoir la concurrence comme une situation de rivalité effective entre firmes sur le marché et considérer qu'il existe un intérêt pour le consommateur à voir défendues les firmes dominées – ou les PME – contre le phénomène d'agrégation du pouvoir économique (Fox, 1986). A ce titre, dans un marché oligopolistique, une approche ordo-libérale peut, sur le principe, conduire à mettre en œuvre une politique de concurrence visant à limiter de façon volontariste les pouvoirs de marché des opérateurs dominants (Amato, 1997).

Une telle conception met en lumière les difficultés liées à l'interprétation même de l'article 102 du Traité. Bien qu'il ne s'agisse que d'une prohibition de l'abus de position dominante et non de la position dominante en elle-même, une forte ambiguïté peut apparaître, non pas tant du fait de l'article en lui-même que de son activation par les juridictions européennes. Il apparaît en effet lorsque l'on s'attache à la pratique décisionnelle de la Cour de Justice, et notamment à ses premières décisions, que la position dominante apparaît suspecte en elle-même et que dans une logique caractéristique de l'ordo-libéralisme, l'abus peut être retenu dès lors que le comportement d'un opérateur dominant sur le marché conduit à une restriction de la liberté économique des tiers, notamment aux opportunités de marché qui pourraient être les leurs (Lovdahl-Gormsem, 2006). La logique d'une responsabilité particulière dévolue à

l'opérateur dominant découle d'une telle prémisse. En effet, dans le cadre ordo-libéral, un opérateur dominant devrait se comporter sur le marché *comme s'il* était en situation d'interdépendance stratégique. Or, comme nous le verrons, la jurisprudence de la Cour de Justice est allée bien plus loin que cette exigence. Dans le cadre de l'affaire *Michelin v. Commission* en 1983 (cas 322/81) pour ne pas citer, plus près de nous, l'affaire *Microsoft* de 2004, la notion de responsabilité particulière de l'opérateur dominant vis-à-vis de la préservation d'une structure de concurrence effective peut conduire à interdire à ce dernier de mettre en œuvre des stratégies commerciales, pourtant licites pour opérateur non doté d'un fort pouvoir de marché, si l'effet de ces dernières sur les concurrents conduit à leur exclusion du marché. En d'autres termes, une éviction des concurrents du marché serait constitutive d'une infraction à l'article 102, même en l'absence de pratiques anticoncurrentielles, si cette éviction découle du seul effet mécanique de la dominance même. La maximisation du bien-être du consommateur ne constitue pas dans ce cadre la finalité de la politique de concurrence. En d'autres termes, ce qu'il s'agit de protéger, c'est le processus de concurrence en lui-même. L'efficacité économique découlera naturellement, pour les ordo-libéraux, de la liberté des agents dans leur accès au marché.

Nous avons vu que la politique de concurrence européenne procède à la fois de l'influence ordo-libérale et de la pratique décisionnelle de la Cour de Justice qui a immédiatement conçu la politique de concurrence comme un outil participant à la construction du marché intérieur²⁴. En effet, l'accent mis sur la prévention de l'exclusion du marché des concurrents de l'opérateur dominant serait principalement le fruit de la jurisprudence et non du Traité. Les premières décisions de la Cour en matière d'application de l'article 102 allèrent dans le sens de l'assignation au droit de la concurrence européen d'une mission de préservation – si ce n'est construction – de structures de marché de concurrence effective. Les arrêts de la Cour de Justice dans les affaires *Continental Can*²⁵ et *Commercial Solvents*²⁶ sont, à ce titre, particulièrement emblématiques. Dans la première affaire, la Cour a conclu qu'une opération de concentration²⁷ peut enfreindre l'article 102 dès lors qu'elle se traduit par la disparition du

²⁴Selon Akman (2009), l'examen des travaux préparatoires du Traité de Rome conduirait même à conclure que la filiation entre l'approche de Fribourg et l'article 102 du Traité ne va guère d'elle-même.

²⁵ *Continental Can v Commission*, cas 6-72, CJCE, 1973

²⁶ *Commercial Solvents v Commission*, cas C-6-7/73, CJCE, 1974

²⁷ Rappelons que l'arrêt remonte à une période où il n'existait pas de règlement relatif aux opérations de concentrations. Le Traité de Rome constituant en la matière un recul par rapport au Traité CECA de 1951.

marché d'un concurrent significatif²⁸. La position de la Cour de Justice est ici parfaitement conforme à la logique ordo-libérale. Le dommage pour le consommateur n'est pas évalué en lui-même. L'altération de la structure de concurrence effective qui résulte de la concentration est considérée comme constitutive d'un dommage dans la mesure où l'efficacité économique doit logiquement découler de la préservation du processus de concurrence. De la même façon, dans *Commercial Solvents* il faut établi qu'un groupe intégré verticalement peut être sanctionné sur la base de l'article 102 s'il élimine un concurrent de ses activités aval en lui refusant l'accès à un intrant essentiel²⁹. Cet arrêt est également caractéristique de la jurisprudence européenne dans la mesure où à aucun moment l'éviction du marché de la firme *Zoja* n'est évaluée sous l'angle du dommage causé au consommateur. Il n'existe pas, à ce stade, de prise en considération des effets dans le cadre de l'application de l'article 102. La logique sous-jacente à la mise en œuvre de l'article 102 par la Cour de Justice est de nature ordo-libérale en ce sens qu'il s'agit de préserver l'accès au marché des concurrents des opérateurs dominants³⁰.

Il apparaît au final que la conception de la concurrence défendue par les autorités européennes conduit à considérer que la position dominante est suspecte en elle-même et se traduit par un ensemble d'obligations spécifiques pesant sur l'opérateur dominant. Son pouvoir de marché le rend susceptible de porter préjudice au processus de concurrence lui-même et donc de façon dérivée aux consommateurs. Dans cette logique la protection du processus de marché – en premier lieu contre ses tendances propres de concentration du pouvoir économique - est indispensable pour la défense des libertés économiques et politiques mais participe aussi de façon dérivée à la promotion de l'efficacité productive, laquelle découle du processus de concurrence lui-même.

Il est donc nécessaire de promouvoir, comme nous l'avons vu, un standard de concurrence complète. C'est-à-dire une situation dans laquelle aucun agent économique n'a de pouvoir de coercition sur un autre. Un tel objectif conduit donc à mettre en œuvre différentes solutions afin de prévenir le fait qu'un opérateur puissant du fait de ses parts de marché ou de son

²⁸ *"It can be regarded as an abuse if an undertaking holds a position so dominant that the objectives of the Treaty are circumvented by an alteration to the supply structure, which seriously endangers the consumer's freedom of action in the market such a case necessarily exists if practically all competition is eliminated"*

²⁹ Notons que cet arrêt – qui annonce l'application de la théorie des facilités essentielles – repose sur des pratiques qui ont trait à la rupture de relations commerciales de longue durée. Il se rapproche en ce sens de la décision de la Commission dans l'affaire *Microsoft* (2004) et de la Cour Suprême américaine dans *Aspen Skiing* (1985).

³⁰ Apparaît en filigrane la notion de dépendance économique. Des firmes dépendant d'un opérateur concurrent ou d'un tiers pour accéder au marché doivent être protégées par le droit de la concurrence.

contrôle d'un actif indispensable à ses concurrents puisse se livrer à des stratégies d'éviction. Ce faisant, "*competition law had to provide a means of requiring that firms divest themselves of components of their operations or otherwise eliminate their monopoly situations*" (Akman, 2009). Les politiques de concurrence sont, dans cette logique, pleinement légitimes pour imposer des mesures correctives visant à remédier à de telles situations de dominance, le cas des licences obligatoires est ici particulièrement représentatif.

II – Une application aux licences obligatoires en matière de droits de propriété intellectuelle

Le cas du traitement par les politiques de concurrence des droits de propriété intellectuelle dans le cadre de l'application de l'article 102 du TFUE est particulièrement intéressant pour s'attacher à la conciliation entre ces derniers et les droits fondamentaux des opérateurs dominants. Dans certaines situations, dès lors que des refus d'accès à des droits de propriété intellectuelle risquent de se traduire par l'exclusion du marché de concurrents, les autorités de concurrence peuvent prononcer des mesures correctives allant dans le sens de l'octroi de licences obligatoires. Non seulement l'autorité en charge de l'application du droit de la concurrence peut forcer une entreprise à contracter avec ses concurrents mais peut en outre en fixer les termes, notamment en matière tarifaire.

Ce faisant de tels remèdes peuvent aller à l'encontre des droits fondamentaux des opérateurs économiques, qu'il s'agisse des droits de propriété ou de la liberté contractuelle. Comme nous l'avons précédemment relevé, la possibilité ouverte à la Commission européenne d'exiger des mesures correctives, qu'elles soient structurelles ou comportementales, procède de l'article 7 du règlement n°1/2003, lequel reprend des dispositifs déjà existants au niveau européen.

L'article 3(1) du règlement 17/62 permettait effectivement à la Commission d'imposer des mesures de nature à faire cesser les pratiques en cause. A nouveau, la pratique décisionnelle de la Cour de Justice conduisit à une interprétation des dispositions dans un sens allant au-delà des textes initiaux. Dans *Commercial Solvents*, la mesure corrective exigée alla au-delà de la cessation des pratiques mais se traduisit par une obligation de nature comportementale, à savoir une obligation de poursuite de fourniture aux clients³¹.

L'activation de la théorie des facilités essentielles (TFE) peut conduire à sanctionner sur la base d'un abus de position dominante, une entreprise dominante qui refuserait l'accès d'une

³¹ *Commercial Solvents et ICI / Commission*, cas 6-73 et 7-73, 1974.

infrastructure indispensable à l'un de ses concurrents pour accéder au marché sans justification objective. L'opérateur concerné pourrait être alors contraint d'accorder un accès à ce dernier dans des conditions non discriminatoires et équitables aux points de vues tarifaires et techniques. Celle-ci peut conduire, comme nous le verrons, à imposer de fortes contraintes quant à l'exercice des droits de propriété des opérateurs dominants et à réduire, de façon très significative leur liberté contractuelle. La théorie des facilités essentielles dérive de la jurisprudence de la Cour Suprême américaine (en l'occurrence l'arrêt Terminal Railroad de 1912). Parfois invoquée par les Cours d'Appel fédérales jusque dans les années quatre-vingt³², elle fit l'objet de vives critiques dans la littérature académique (Areeda, 1990) avant d'être quasiment rejetée par la Cour Suprême dans son arrêt Trinko³³. Dans le même temps, la Commission européenne recourt de façon croissante à cette théorie, notamment en matière de droits de propriété intellectuelle, pour lesquels l'approche suivie par l'Antitrust américain fut toujours extrêmement restrictive³⁴.

A – Des approches divergentes en matière d'application de la théorie des facilités essentielles aux droits de propriété intellectuelle

La première utilisation de la TFE par les autorités européennes remonte à l'affaire Sealink v. B&I en 1992. Il s'agissait en l'occurrence d'un refus d'accès à une infrastructure contrôlée par un opérateur dominant verticalement intégré dans des conditions équivalentes à celles offertes à ses propres activités aval. Dans un second cas, toujours dans le domaine des infrastructures portuaires, il fut imposé au gestionnaire d'un port d'investir non plus seulement dans l'intérêt de ses filiales aval mais aussi en fonction des besoins des concurrentes de ces dernières³⁵. Il serait ensuite possible de citer l'affaire du port de Rødby, toujours en 1994. Stena, gestionnaire de l'infrastructure portuaire, fut contrainte de construire un nouveau terminal pour que des concurrents à ses propres filiales puissent venir s'installer.

³² Dans l'arrêt MCI en 1983 la Cour d'Appel fédérale du 7ème Circuit a défini les conditions d'activation. Il est tout d'abord nécessaire que l'actif concerné soit contrôlé par un opérateur dominant. Il est ensuite requis qu'il ne puisse être *répliqué* dans des conditions réalistes aux plans techniques et financiers par le requérant. Enfin, le refus d'accès n'est pas justifié de façon objective.

³³ Cour Suprême des Etats-Unis, Verizon Comm. Inc. vs Law Office of Curtis Trinko LLP, 540US398.

³⁴ Dès l'arrêt Continental Paper Bag (Continental Paper Bag Co. V Eastern Paper Bag Co., 210US405 (1908)), la Cour Suprême a précisé qu'un refus unilatéral d'accorder une licence pour un brevet – même inutilisé – ne saurait constituer en soi une violation de la section 2 du Sherman Act. Voir sur ce sujet Hovenkamp et al., (2010).

³⁵ Il est possible de faire un parallèle entre cette affaire et des contentieux noués autour des cas des actifs de transport d'énergie. Par exemple, une procédure a été initiée le 11 mai 2007 à l'encontre de l'opérateur italien ENI dans la mesure où ce dernier pour protéger ses propres activités de production et de vente d'énergie n'avait pas réalisé des investissements dans les capacités de transports, investissements pour lesquels il existait une demande solvable potentielle... émanant de ses concurrents (COMP/ 39.315.).

L'ensemble des mesures permettant un accès des tiers aux infrastructures détenues par un opérateur dominant verticalement intégré ne constituent pas pour autant une remise en cause complète de leurs droits de propriété. Le détenteur du droit perd la capacité à exclure les tiers de l'accès et le pouvoir de déterminer librement les conditions de ce dernier, notamment au point de vue tarifaire. Si des formules tarifaires permettent de fixer ceux-ci en fonction des coûts dans le domaine des actifs tangibles, il n'en est cependant pas de même pour les actifs intangibles. L'un des deux objectifs de la propriété intellectuelle est de fournir une exclusivité à l'agent concerné (un monopole transitoire). Ce faisant, le risque est, en remettant en cause ce pouvoir de marché, de réduire les incitations de ce dernier à innover ou à déposer des brevets (la diffusion des connaissances étant le second objectif porté par le droit de la propriété intellectuelle). Dans la mesure où la question des coûts d'accès n'est pas une dimension pertinente pour déterminer le tarif, le risque d'une expropriation, préjudiciable pour les incitations à investir, est beaucoup plus élevé en cas de recours à la TFE pour les intangibles.

Cependant, la Commission a fréquemment recours à cette dernière. Elle ne s'interdit pas d'imposer un accès à des informations ou bases de données protégées par des droits d'auteur ou d'obliger le détenteur d'un brevet relatif à un logiciel d'accorder des licences. En effet, certaines décisions des autorités de la concurrence communautaires, au premier rang desquelles Microsoft conduisirent à l'imposition de licences obligatoires. De telles obligations de contracter avec des concurrents visent à la préservation d'une structure de concurrence effective. Elles n'en constituent pas moins une remise en cause de la liberté contractuelle des entreprises et par voie de conséquences de leurs droits de propriété. Elles firent, à ce titre, l'objet de très vives contestations aux Etats-Unis dans la mesure où elles apparurent comme une sorte de *perversion* de la politique de la concurrence, conduisant cette dernière à protéger non plus la concurrence en elle-même mais en fait les firmes concurrentes à l'opérateur dominant, quand bien même ce dernier aurait acquis sa position par ses seuls mérites. En outre, de telles décisions furent considérées comme porteuses de risques majeurs pour le processus de concurrence lui-même, dans la mesure où une entreprise dominante obligée à tort de partager l'un de ses actifs avec ses compétiteurs (logique des *faux positifs*), ou anticipant un tel risque au vu de la jurisprudence concurrentielle, serait inexorablement conduite à renoncer à des investissements dans la mesure où elle ne serait plus en mesure d'extraire la totalité de la rente espérée. La question des critères de décision adoptés par la

Commission est dès lors déterminante pour prévenir de tels risques. A ce titre, un retour sur sa pratique décisionnelle est indispensable.

La première décision européenne relative à l'activation de la théorie des facilités essentielles à des droits de propriété intellectuelle fut *Magill* en 1995³⁶. En l'occurrence le prononcé d'une licence obligatoire pour accéder aux droits de propriété intellectuelle détenus par les chaînes de télévisions irlandaises visait à lever une restriction à la concurrence. Dans le cas d'espèce, une licence forcée apparaissait comme nécessaire au rétablissement de la concurrence et proportionnée à l'objectif poursuivi. Il s'agissait, en l'occurrence de permettre à un nouvel acteur d'accéder aux droits de propriété intellectuelle détenus par la chaînes de télévision irlandaises (en l'occurrence sur les grilles de programme) pour permettre aux consommateurs de disposer d'un nouveau produit, en l'espèce un guide de programmes de télévision multi-chaînes.

Une deuxième application de la théorie des facilités essentielles à des droits de propriété intellectuelle fut constituée par l'affaire *IMS* en 2004³⁷. Il s'agissait de prévenir le verrouillage du marché allemand des logiciels de suivi des ventes de médicaments par les pharmacies. La première firme entrée sur le marché avait établi un format standard pour le marché, suivant les codes postaux. A cette occasion deux critères furent ajoutés aux critères traditionnellement usités en matière d'activation de la TFE pour les actifs physiques. Pour ces derniers, les critères dégagés de la jurisprudence sont au nombre de quatre. En premier lieu, la ressource doit être détenue par une entreprise en position dominante. En deuxième lieu, la ressource en question doit être de telle nature qu'il serait socialement inefficace de la dupliquer (coût de contournement prohibitif). En troisième lieu, le refus de fourniture de cette ressource doit être de nature à faire courir le risque d'évincer les concurrents du marché. Enfin, en quatrième lieu, le titulaire de la facilité ne peut justifier objectivement son refus.

A ces quatre critères sont venus s'ajouter deux critères spécifiques aux actifs intangibles, respectivement le test du produit nouveau et le test de la balance des incitations (Marty et Pillot, 2009a). Le premier vise à éviter un verrouillage indu des marchés par une entreprise détentrice de droits de propriété intellectuelle et qui utiliserait ses derniers pour entraver l'accès au marché de nouveaux produits, au détriment donc des consommateurs dont des besoins, au moins potentiels, ne pourraient être satisfaits. Le second vise à s'assurer que l'accès ne se fasse pas au final au détriment de l'objectif de maximisation du bien-être du

³⁶ Cour de Justice, cas C-242/91P, RTE & ITP/ Commission.

³⁷ Cour de Justice, cas C-418/1, IMS Health GmbH / NDC Health GmbH.

consommateur. Il s'agit de vérifier que la licence obligatoire ne se traduise pas par une réduction des incitations à l'investissement au niveau agrégé.

Cependant, la position des autorités européenne n'évolua-t-elle pas dans le sens de la confortation de ces critères (Evans et Padilla, 2006).

D'une part, leur activation dans l'affaire Microsoft conduisit à un premier affaiblissement. Tout d'abord, le critère de la nouveauté se réduisit à un critère de nouveauté potentielle, à partir des futurs développements logiciels. Ensuite, la balance des incitations ne se fit pas en prenant en considération l'équilibre entre l'éventuelle réduction des incitations à innover (et à investir) de l'opérateur dominant et l'accroissement de celles des entreprises concurrentes. En fait, dans la décision Microsoft ne fut prise en compte que l'effet sur les incitations à investir des entreprises bénéficiaires de l'obligation d'accès aux protocoles d'interface.

D'autre part, les orientations de février 2009 contribuent à affaiblir le critère de la nouveauté en insistant notamment sur la question des innovations de suite. Ce faisant, se dessine en filigrane une certaine conception d'une politique européenne de l'innovation, plaçant l'accent sur les innovations de suite réalisées par les firmes concurrentes de l'opérateur dominant. A l'inverse, un modèle de *leapfrog competition* sous-tend la politique adoptée aux Etats-Unis. Une firme est d'autant plus incitée à acquérir une position dominante au travers d'une innovation de rupture qu'elle sait que celle-ci ne sera pas contestée par l'Antitrust (dans la mesure où il est tenu pour légitime que sur des marchés émergents la première firme à investir le marché y détienne une position de nature monopolistique). Elle pourra, sans encourir de risque de poursuite sur la base de la section 2 du Sherman Act, accorder ou ne pas accorder de licence et, dans le premier cas, fixer librement le montant de la redevance, quitte à s'approprier l'intégralité de l'éventuelle rente dégagée par le licencié sur le marché aval. Cette position de marché devrait inciter les concurrents à investir pour rechercher des innovations de rupture leur permettant de contourner la dominance de l'opérateur dominant du moment.

Un même pari sur la turbulence des marchés et la dynamique technologique n'est pas fait au niveau européen. La prégnance de l'influence ordo-libérale fait que la dominance semble est considérée comme durable et difficilement contestable par le seul processus de marché. Il semble préférable en ce sens de limiter les risques de verrouillages technologiques – et donc concurrentiels – à long terme, en favorisant les innovations de suite, permettant aux entreprises de la frange concurrentielle de développer de nouveaux produits. Il n'en demeure pas moins qu'une telle conception a quelques répercussions de long terme sur le processus de

concurrence. D'une part, elle favorise les innovations incrémentales au détriment des innovations de rupture. D'autre part, elle réduit, pour l'ensemble des acteurs du marché, les incitations à investir dans l'espoir d'acquérir une position dominante grâce à une innovation de rupture. En d'autres termes, la mise en cause des droits de l'opérateur dominant (en l'occurrence des droits de refuser d'accorder une licence et d'en fixer librement le cas échéant le montant des redevances) va peser sur les incitations à investir des firmes qu'il s'agisse de l'entreprise dominante elle-même ou de ses concurrentes. *Ex ante*, la première va pouvoir craindre d'être, *ex post*, partiellement expropriée des fruits de ses investissements en cas de succès de ces derniers, dans la mesure où les licences accordées auront pour effet de stimuler la concurrence à son détriment. Les secondes peuvent certes accroître leurs niveaux d'investissements pour des innovations de suite. Les opérateurs sont néanmoins susceptibles de réduire ceux visant des innovations de rupture dans la mesure où les gains potentiels qui peuvent en découler sont réduits. En effet, les gains potentiels associés à la dominance qui en découlerait apparaissent dès lors comme bien incertains au vu de la pratique décisionnelle concurrentielle.

B – La pratique décisionnelle européenne au crible des notions d'efficacité économique et de sécurité juridique

Nous envisageons successivement, dans le cadre de cette sous-section, la question de l'évaluation des effets économiques des licences obligatoires et celle de leur comptabilité avec la Convention européenne des droits de l'homme.

1 - La prise en compte des effets économiques

La prise en considération des éventuels effets pervers des licences obligatoires sur les incitations à investir des firmes (et ce faisant sur le bien-être du consommateur) joue indubitablement un grand rôle dans les réticences exprimées par les tribunaux américains à imposer de telles mesures correctives dans le cadre des contentieux engagés sur la base de la section 2 du Sherman Act. En ce sens l'arrêt *Trinko* de la Cour Suprême apparaît comme pleinement représentatif de telles craintes. La Cour insiste notamment sur l'impact de tels remèdes concurrentiels sur les incitations à investir des différents opérateurs du marché et des risques de collusion qui peuvent découler des accords de licences entre concurrents. Elle souligne également les risques liés au manque de capacités d'expertise et de suivi à disposition des juridictions judiciaires en charge de l'application du droit de la concurrence aux Etats-Unis pour déterminer le prix optimal d'une licence et éventuellement pour contrôler

le respect d'une obligation comportementale. Ainsi, non seulement l'effet économique global de licences obligatoire peut s'avérer pour le moins incertain mais en outre les tribunaux de l'ordre judiciaire, en charge de l'application des règles Antitrust aux Etats-Unis, se voient investis de missions dignes de celles d'un planificateur central...

Qui plus est, une activation de la théorie des facilités essentielles dans le domaine des actifs intangibles présente quelques spécificités vis-à-vis du cas général des infrastructures de réseaux. A l'inverse des infrastructures physiques, un accès obligatoire à des droits de propriété intellectuelle ne représente aucun coût et n'induit aucun effet d'éviction, dans la mesure où il ne s'agit pas d'un bien rival.

Favoriser des innovations de suite peut avoir quelques avantages en termes de dynamique d'innovation (Scotchmer, 2004). Tout d'abord, une innovation initiale peut rendre possible de nombreuses innovations de suite ou d'innovations complémentaires pour lesquelles l'innovateur n'est peut être pas le plus à même d'en assurer la réalisation. Ensuite, la mise au point d'un nouveau produit peut nécessiter la combinaison de plusieurs innovations précédentes. Le blocage par un détenteur de droits peut priver le consommateur de nouveaux biens susceptibles de répondre à des besoins non encore satisfaits, comme en témoigne l'affaire Magill. Enfin, il pourrait être possible de considérer qu'une évolution d'un produit existant puisse constituer un nouveau produit si l'on considère que la nouveauté peut s'apprécier à partir de la valeur ajoutée apportée au consommateur, comme pourraient éventuellement en témoigner les affaires IMS et Microsoft.

Dans le même esprit, il serait possible d'interpréter les effets du droit de la concurrence en termes de contrepoids à d'éventuels excès du droit de la propriété intellectuelle. Des licences accordées de façon très libérale permettraient, dans certains cas, de corriger des octrois de droits infondés ou de contrecarrer des stratégies de verrouillages anticoncurrentiels au travers d'utilisations opportunistes des droits de propriété intellectuelle (Bessen et Maskin, 2006).

Cependant, de tels effets positifs potentiels doivent être mis en balance avec la dégradation des incitations à l'investissement pour les innovations de rupture. Il est donc nécessaire de s'attacher à l'effet net de telles obligations d'accès pour jauger de leur opportunité dès lors que l'on considère que l'objectif premier des politiques de concurrence ne réside pas dans la défense des possibilités d'accès au marché des concurrents face aux capacités de coercitions détenues par les opérateurs dominants, mais dans la maximisation du bien-être du consommateur. Celle-ci passe par celle des incitations à investir. L'effet net d'une licence

obligatoire est *in fine* pour le moins incertain. Les effets respectifs sur les incitations à investir de l'opérateur dominant et de ses concurrents vont étroitement dépendre du niveau de la redevance qui sera fixée par le juge (Green et Scotchmer, 1995). Une redevance faible accroîtra les incitations à investir des innovateurs secondaires mais réduira d'autant la profitabilité potentielle d'un investissement visant à une innovation de rupture tant pour la firme concernée par l'obligation d'accès que pour ceux de ses concurrents qui aspireraient à occuper une telle position de marché (Segal et Whinston, 2007).

De façon plus générale, l'effet net sur le bien-être va étroitement dépendre du modèle d'innovation qui sera retenu. Par exemple, dans le cadre d'un modèle *neck to neck*, les incitations des firmes à investir seront d'autant plus élevées que ces dernières seront proches les unes des autres en matière technologique. En d'autres termes, en réduisant les asymétries technologiques entre les firmes, une licence obligatoire accroît les incitations à innover de tous (Aghion et al., 2001). Enfin, les conditions dans lesquelles des licences obligatoires peuvent être prononcées peuvent constituer autant de signaux défavorables aux décisions d'investissement dès lors qu'elles apparaissent comme caractéristiques d'une insécurité juridique. Ceci est le cas dès lors que les critères de décisions utilisés par les autorités de concurrence pour prononcer de telles mesures correctives apparaissent comme flous sinon fluctuants.

Il apparaît que dans la décision Microsoft de la Commission européenne, cette nécessaire balance des incitations entre celles de l'opérateur dominant et celles de ses concurrents actuels et potentiels n'a pas été réalisée. En fait, comme le note J. Vickers, l'appréciation de la Commission fait quelque écho à l'arrêt Aspen Skiing de la Cour Suprême de 1985 dans lequel l'entreprise dominante fut sanctionnée sur la base d'une rupture d'une relation commerciale existante et profitable (Vickers, 2009). En d'autres termes, la sanction de l'opérateur dominant reposerait moins sur l'évaluation de l'impact économique net de ses décisions sur le bien-être du consommateur que sur la mise en œuvre d'une stratégie ne faisant guère sens économiquement en dehors de la volonté d'entraver l'accès au marché des concurrents. Nous retrouverions alors la notion ordo-libérale de *competition impediment*. La sanction concurrentielle ne saurait alors passer dans cette logique par une amende. Elle ne peut passer que par une mesure corrective visant à priver l'opérateur dominant de ses capacités de coercition vis-à-vis de ses concurrents. Ce faisant, l'intérêt de la concurrence – la préservation de la liberté d'accès au marché – l'emporte à la fois sur l'objectif de maximisation du bien-être du consommateur et sur celui résidant dans la défense des droits de propriété et de la

liberté contractuelle des opérateurs dominants. Si de telles remises en cause sont possibles – les droits en question n’étant guère des droits absolus mais relatifs – il n’en demeure pas moins nécessaire de s’attacher aux conditions dans lesquelles de telles licences obligatoires peuvent être prononcées.

2 – La question de la comptabilité avec la Convention européenne des droits de l’homme et la sécurité juridique des opérateurs économiques

Dans le cadre de la CEDH, les entreprises bénéficient des mêmes droits que les individus en termes de protection des droits fondamentaux et de garanties procédurales (par exemple en termes d’expropriation). De telles garanties ne sont pas seulement essentielles dans une optique de défense des libertés mais aussi en termes d’efficacité économique. En effet, la sécurisation des contrats et les garanties quant au respect des droits de propriété et d’appropriabilité des flux de ressources qui en découlent sont essentiels pour que les agents économiques s’engagent dans des investissements à long terme. Cette capacité d’engagement à long terme est déterminante pour la croissance économique. Le manque de confiance des entreprises vis-à-vis des décisions futures des tribunaux (qui pourraient se traduire par de possibles expropriations) peut les conduire à se limiter à des contrats de court terme et à renoncer à des investissements spécifiques afin de réduire leur niveau de risque juridique (Clague et al., 1999). Conséquemment, le potentiel de croissance de l’économie elle-même se réduit, ce qui suscite un dommage significatif au bien-être du consommateur. A titre d’exemple, le décrochage économique de l’Argentine – pays dont le niveau de vie par habitant était équivalent au lendemain de la Première Guerre Mondiale – à la Nouvelle-Zélande et au Canada – a pu être expliqué par le relatif renoncement des tribunaux à sanctionner les non-respects des obligations contractuelles à partir des années trente (Prados de la Escosura et Sanz Villaroya, 2006). Le risque perçu par les investisseurs s’est alors traduit par l’effritement inexorable des engagements de long terme et donc la réduction du potentiel de croissance de l’économie argentine.

Il s’agit également de s’attacher aux conditions dans lesquelles un opérateur économique peut se voir privé de tout ou partie de ses droits par une décision publique. Il est nécessaire que de tels cas d’*expropriations* ne surviennent que sur la base de motifs d’intérêt général, qu’elles respectent un ensemble de règles procédurales et qu’elles donnent lieu à une juste compensation. En d’autres termes, si l’action publique en matière de régulation des activités économiques peut porter préjudice aux libertés et droits des agents, il est nécessaire que ces

interventions soient pleinement justifiées dans leur principe et strictement proportionnées au but poursuivi³⁸. Il est donc à la fois requis que la mesure corrective prise soit strictement proportionnée à la résolution du dommage à l'économie et que l'intervention ne se fasse pas sur des bases discrétionnaires, lesquelles placeraient dans les agents dans une situation d'insécurité juridique, défavorable en ceci à leurs décisions d'investissements.

Il convient donc de concilier des politiques de concurrence pouvant nécessiter de telles entraves aux droits des opérateurs dominants – entraves possibles du fait du caractère relatif et non absolu des droits de propriété³⁹ – avec le respect de règles garantissant que celles-ci se feront de façon équitable en termes de procédures, seront conditionnées à des objectifs d'intérêt général, seront strictement proportionnées à ceux-ci et seront accompagnées de compensations financières raisonnables.

Les atteintes aux droits de propriété peuvent se subdiviser en deux ensembles. Dans un premier, la décision de la Commission se traduit par la perte des titres. Il peut s'agir des cessions obligatoires d'actifs prononcées dans le cadre de l'article 7 du règlement n°1/2003. Cependant, ces cas ne sont pas les plus fréquents. Il s'agit bien plus, dans les domaines qui nous concernent, d'accès obligatoire à un actif à un tarif donné⁴⁰. Un accès forcé à un tarif déterminé constitue une seconde forme d'atteinte. En effet, le titulaire du droit de propriété perd le droit d'exclure les tiers et se voit privé d'une partie des flux de ressources attendus d'un éventuel accès à laquelle il pourrait prétendre si ce dernier se faisait sur des bases négociées. En outre, il perd la capacité de décider librement de la modification et de la cessation des contrats.

La perte du contrôle de l'usage et la privation subséquente d'une partie des fruits liés à la propriété doivent s'accompagner des mêmes garanties que pour des expropriations⁴¹. Les licences obligatoires en matière de droits de propriété intellectuelle entrent pleinement dans de telles considérations. Il convient donc de jauger les décisions prises en la matière par la Commission avec le cadre défini par la CEDH au travers de l'arrêt *Smith Kline* de 1990, lequel portait également sur une licence obligatoire (Andreangeli, 2010). Une licence, selon les termes de cet arrêt, doit être conditionnée à l'existence d'un objectif légitime (qu'il

³⁸ CEDH, appl. n°10572/13, *Makt. Intern. Verlag GmbH and Klaus Bermann v Allemagne*, 1990.

³⁹ CEDH, appl. n°44302/02, *Pye (Oxford) Ltd and another v Royaume-Uni*, 30 août 2007.

⁴⁰ Comme nous le verrons pour le secteur de l'énergie dans le cadre de notre conclusion, les cas de désinvestissements passent de plus en plus par la mise en œuvre de procédures d'engagements (article 9 du même règlement européen).

⁴¹ CEDH, appl. n°31122/05, *Ghigo/Malte*, 26 septembre 2006.

s'agisse d'un intérêt économique général ou de l'encouragement des innovations techniques ou du développement de nouveaux produits ou procédés), être proportionnée à ce dernier et faire l'objet d'une juste compensation.

L'exigence de proportionnalité est bien entendue présente dans la décision de la Commission dans l'affaire Microsoft⁴². Cependant, l'arrêt Smith Kline insistait sur d'autres dimensions dont la place dans Microsoft a pu être, comme nous l'avons vu, questionnée. Il en va notamment ainsi du blocage de la mise sur le marché de produits nouveaux du fait du refus d'octroi de licences et de la question de l'évaluation de l'impact de la licence obligatoire sur les incitations à investir des différentes parties. Il peut également en être ainsi de la question de la caractérisation de l'essentialité même des protocoles d'interface avec le système d'exploitation Windows. Ce faisant, la pratique décisionnelle de la Commission, confirmée par sa communication sur les orientations retenues en matière de mise en œuvre de l'article 102 aux abus d'éviction, semble conduire non seulement à un relâchement des critères juridiques retenus pour prononcer de telles licences obligatoires mais, qui plus est, accordent une place insuffisante à l'évaluation des conséquences de telles licences sur les incitations à investir et donc sur leur impact sur le bien être des consommateurs (Katsoulacos, 2009).

A ce titre, l'arrêt Microsoft et les orientations de février 2009 peuvent sembler constituer une double occasion manquée⁴³. Au point de vue des critères juridiques, tout d'abord, ces derniers ne vont pas dans le sens d'une suppression de la situation d'ambiguïté du droit (Dari-Mattiacci et Deffains, 2006). En effet, la lisibilité de la règle de droit n'est guère améliorée. Les critères utilisés pour prononcer d'éventuelles licences obligatoires ne sont guère mieux précisés. De plus, la prévisibilité des décisions qui découlent de leur application n'en est guère améliorée. Il en est par exemple ainsi de la caractérisation de l'essentialité de l'actif en cause ou du critère de la nouveauté du produit qui pourra découler de l'obligation d'accès. Au point de vue économique ensuite, les deux conditions indispensables pour s'assurer que de telles mesures n'aillent pas à l'encontre de l'objectif de maximisation du bien-être du consommateur paraissent affaiblies. D'une part, la balance des incitations n'est plus réalisée.

⁴² "The burdens imposed on undertakings in order to bring an infringement end [must] not exceed what is appropriate and necessary to attain the objective sought, namely re-establishment of compliance with the rules infringed".

Tribunal de Première Instance, cas T-201/04, Microsoft v Commission, 17 septembre 2007.

⁴³ Une lecture comparable pourrait être faite pour les orientations relatives à la mise en œuvre de l'article 102 pour les abus d'éviction. Se reporter sur cette question à l'éditorial de S. Bishop et P. Marsden dans l'*European Competition Journal* relatif au document de discussion publié par la Commission en décembre 2005 (Bishop et Marsden, 2005).

D'autre part, la question de la compensation adéquate de l'obligation reste posée dès lors que la redevance d'accès est fixée par la Commission elle-même⁴⁴.

Au final, il peut apparaître que de telles évolutions conduisent à des niveaux de garanties des droits des opérateurs dominants s'établissant en deçà des exigences de la CEDH et de sa pratique décisionnelle (notamment dans *Smith Kline*) et ne faisant pas droit à une convergence vers des critères d'appréciation plus économiques en matière de décisions concurrentielles. Comme nous venons de le souligner trois dimensions posent problèmes eu égard à la décision *Microsoft* et aux orientations publiées en février 2009. La première tient à la caractérisation de l'essentialité du droit de propriété intellectuelle concerné. S'agit-il d'un actif dont la détention est indispensable pour l'accès au marché ou fait-on face aux mêmes doutes qui ont pu se faire jour pour les actifs tangibles avec la tension entre *essential facilities* et *convenient facilities* telle qu'elle pu être observée dans les décisions *Bronner*⁴⁵ et *GVG*⁴⁶.

La deuxième tient à la question de la nouveauté du produit qui doit dériver de ladite obligation d'accès. Doit-il s'agir d'un produit non substituable à celui de l'opérateur dominant ou peut-il s'agir d'une simple évolution, d'un simple développement additionnel d'un produit existant ? En d'autres termes, doit-on prononcer une licence obligatoire en faveur d'un opérateur qui intervient sur le même marché que le détenteur du droit ? Si cela est le cas, l'effet désincitatif en termes d'investissements sera beaucoup plus élevé. La logique d'expropriation des flux de revenus liés aux investissements passés sera beaucoup plus forte. Or, qu'il s'agisse d'IMS ou de *Microsoft*, les produits proposés par les nouveaux entrants s'inscrivent au mieux dans une logique de nouveauté potentielle liée aux différenciations espérées des produits au fil des développements futurs. Si le critère de la nouveauté est affaibli, une logique de licences obligatoires peut plus facilement avoir pour effet d'amoindrir le pouvoir de marché de l'opérateur dominant. La régulation asymétrique de la concurrence par les remèdes structurels ou comportementaux n'est alors guère éloignée. De la même façon, l'accent mis sur les innovations de suite se relie à une certaine méfiance dans la capacité des marchés à générer un degré suffisant de turbulences technologiques et concurrentielles pour faire pièce aux positions dominantes du moment. La défense des droits de propriété intellectuelle doit alors céder le pas à des décisions concurrentielles visant à

⁴⁴ Se posent alors les questions relatives à la réunion dans les seules mains de la Commission des fonctions d'instruction et de jugement et de la vigueur du contrôle juridictionnel exercé par la Cour de Justice sur les décisions rendues par la Commission sur la base de l'article 102 (Gérardin et Petit, 2010).

⁴⁵ Cas C-7/97 *Bronner v Mediaprint*

⁴⁶ Cas COMP/37.685 *GVG v FS*, 27 août 2003.

réduire la capacité de coercition détenue par les opérateurs dominants sur les autres firmes et permettre par ce biais la construction de marchés de concurrence complète.

La troisième dimension a trait à la question de la balance des incitations et donc à la prise en compte du critère du bien-être du consommateur. Si la défense sur la base de l'efficacité d'un éventuel refus de licence est insuffisamment prise en considération, si les effets nets d'une licence obligatoire sur les investissements tant de l'opérateur dominant que des concurrents bénéficiant de l'accès ne sont pas dressés, la pratique décisionnelle en matière de sanction des abus de position dominante ne se sera pas encore défaire d'une approche par trop fondée sur des catégories au détriment d'une approche réellement économique. Cependant, adopter des décisions sur la base de la maximisation du bien-être du consommateur n'est pas exempt de difficultés. De façon parallèle, se pose la question de la fixation du montant de la redevance. Celle-ci doit-elle être fixée par l'autorité en charge de l'application du droit de la concurrence ou doit-elle provenir d'une négociation bilatérale entre les deux firmes ? Si la seconde solution apparaît comme la plus indiquée dans une perspective coasienne, il n'en demeure pas moins qu'elle permettrait au détenteur des droits de propriété intellectuelle de s'approprier l'intégralité de la rente produite par la firme concurrente. Si une telle situation ne poserait aucun problème de principe aux Etats-Unis où les firmes sont libres d'extraire la rente issue de leurs pouvoirs de monopole, elle serait considérée comme constitutive d'un abus d'exploitation dans le cadre européen.

Au-delà même des dimensions techniques et des choix des critères, il apparaît essentiel de souligner qu'une telle évaluation suppose de prendre en considération les deux erreurs possibles de la décision concurrentielle ainsi que les coûts respectifs qui leur sont associés. Il s'agit d'une part des risques liés au fait de prononcer à tort une licence obligatoire (*faux positifs*) et d'autre part de ceux liés à refus d'accéder aux demandes des concurrents alors mêmes qu'elles sont justifiées (*faux négatifs*). Si les effets économiques des premiers ont fait l'objet d'une abondante littérature (Andreangeli, 2009), ceux des seconds ne sont pas à négliger, notamment dès lors que l'on tient compte des coûts dynamiques liés au verrouillage technologique des marchés par des firmes détentrices de droits de propriété intellectuelle (Stucke, 2009).

Conclusion

Nous avons vu que la mise en œuvre des politiques de concurrence dans le domaine des abus d'éviction pouvait se traduire par des décisions défavorables aux détenteurs de droits de propriété intellectuelle. Ceci peut advenir dès lors qu'un refus de licence de leur part pouvait faire craindre un verrouillage anticoncurrentiel des marchés concernés voire une extension de leurs pouvoir de marché au travers de stratégies de levier. Les décisions relatives à des licences obligatoires rendues sur la base de l'article 7 du règlement n° 1/2003 posent différents problèmes, tenant à une insuffisante sécurité juridique pour les opérateurs dominants (lisibilité des critères utilisés et prévisibilité des décisions qui en découlent) et à une insuffisante prise en considération des effets économiques concrets des décisions.

Un risque de régulation asymétrique de la concurrence est d'autant plus fort que prévalent la notion de responsabilité particulière de l'opérateur dominant vis-à-vis d'une structure de concurrence effective et la volonté – d'inspiration ordo-libérale – de contrarier les capacités de coercitions détenues par ces derniers sur la liberté d'accès au marché des firmes concurrentes.

La question des garanties comparées offertes par les procédures devant la CEDH et devant les autorités de la concurrence peut se poser sous un jour encore plus spécifique dès lors que l'on ne considère plus seulement les décisions rendues sur la base de l'article 7 du règlement 1/2003 mais aussi celles rendues sur celle de l'article 9 du même, relatifs aux procédures négociées.

Il s'agit dans ce cas d'engagements proposés sur une base volontaire par les entreprises en vue de répondre aux préoccupations de concurrence exprimées par les autorités de concurrence. L'acceptation des engagements – après négociation avec l'autorité et réactions des parties intéressées dans le cadre d'un test de marché – rend ceux-ci obligatoires pour l'entreprise. Elle lui permet, dans le même temps, d'échapper à une sanction pécuniaire. Ne pas être exposé à une telle sanction peut constituer un gain potentiel d'autant plus élevé que l'entreprise concernée est en position dominante et qu'elle apparaît comme potentiellement récidiviste, donc faisant face au risque de voir sa sanction accrue au titre des circonstances aggravantes. L'intérêt des procédures d'engagements pour les entreprises ne se limite pas à l'exemption d'amende. Elles ne constituent pas en outre une reconnaissance de culpabilité de la part des entreprises ce qui permet de limiter de façon significative le risque de voir se développer des actions de suite en dommages et intérêts.

Une entreprise dominante peut se voir particulièrement incitée, dans le contexte des politiques de concurrence européenne, à s'engager dans de telles procédures. A ce titre, le caractère volontaire des engagements peut parfois être relativisé face à la menace constituée par la forte croissance des sanctions pécuniaires. Dans le même temps, la Commission tend à préférer les mesures correctives de nature structurelle aux remèdes comportementaux. Ce faisant, une entreprise risque d'être amenée, pour échapper à une sanction concurrentielle, à se défaire de certains de ses actifs.

Cette problématique, déjà connue dans le domaine du contrôle des concentrations, est donc étendue aux abus de position dominante. La question de la conciliation entre les droits et libertés des entreprises et l'action des autorités de concurrence pourrait donc également être posée dans le cadre de ces procédures. Celles-ci peuvent-elles participer d'une régulation asymétrique de la concurrence au détriment des opérateurs dominants ? Les risques pour les droits des entreprises dominantes en seraient d'autant plus forts que les possibilités de recours sont ici logiquement très faibles sinon nuls. Ainsi, la procédure d'engagements pourrait-elle se traduire par un affaiblissement des droits des entreprises face aux politiques de concurrence ?

A ce titre, l'exemple du secteur de l'énergie européen pourrait être mis en exergue. Des entreprises intégrées verticalement ont été conduites à proposer dans le cadre de telles procédures de se défaire de leurs actifs de réseaux, réalisant ainsi les objectifs de dé-intégration verticale que la Commission n'avait pu imposer dans le cadre du troisième paquet de directives de libéralisation sectorielle. Le risque potentiel serait donc un opportunisme de la part de la Commission qui reviendrait à imposer des mesures correctives non strictement nécessaires ou du moins disproportionnées par rapport aux préoccupations de concurrence (Farrell, 2003)

L'exemple de la décision de la Commission européenne du 29 septembre 2010 rendant obligatoires les engagements proposés par ENI pour mettre fin à une enquête relative à un verrouillage du marché italien du gaz naturel peut apporter quelques éclaircissements intéressants quant à la conciliation entre droits fondamentaux et mesures correctives dans le cadre des procédures négociées⁴⁷. La Commission a notifié à ENI, opérateur historique verticalement intégré et contrôlant l'ensemble des capacités d'importations (par gazoducs ou terminaux portuaires spécialisés) italiennes. L'accès des concurrents au marché de détail

⁴⁷ Affaire COMP/39.315 – ENI.

italien du gaz naturel était entravé au travers de trois stratégies. La première baptisée par la Commission de stratégie d'accumulation de capacités correspondait à des réservations excessives de capacités par ENI et à d'autres pratiques permettant de refuser des demandes d'accès des tiers sur la base d'absence de capacités disponibles. La deuxième stratégie correspondait à des pratiques de dégradation des capacités. Il s'agissait de conditions d'accès discriminatoires faites aux concurrents sur le marché de détail pour accéder aux infrastructures de transport du gaz. Enfin, la troisième stratégie résidait en un sous-investissement volontaire dans le développement des infrastructures pour favoriser l'émergence de goulets d'étranglement particulièrement défavorables aux nouveaux entrants.

Si ENI récusait l'ensemble des griefs notifiés par la Commission, elle ne proposa pas moins des engagements pour échapper à une éventuelle amende voire à des mesures correctives prises sur la base de l'article 7 en cas de décision sur le fond qui lui serait défavorable. Dans le cas d'espèce, les engagements portèrent notamment sur la cession des parts détenues dans les gazoducs internationaux à un acquéreur agréé par la Commission et sur celle de participations dans des sociétés gestionnaires de réseaux de transport. Une telle affaire pose deux questions.

La première question porte sur les incitations que peut avoir une firme qui s'estimerait innocente d'entrer dans une telle procédure. *A priori*, une telle attitude ne peut être rationnelle que si elle fait le pari que l'espérance mathématique de sanction en cas de décision sur le fond s'avère plus élevée que le coût des engagements proposés. Cela peut être le cas si l'entreprise pense pouvoir faire accepter des engagements insuffisants, en tirant profit de l'asymétrie informationnelle existant en sa faveur ou si au contraire elle pense que la probabilité d'être sanctionné à tort est particulièrement élevée et / ou que la sanction qui lui sera imposée sera importante. Ce faisant, un opérateur dominant, pouvant éventuellement être considéré en situation de potentielle récidive, peut avoir quelque intérêt à rentrer dans une telle procédure⁴⁸.

La seconde question tient à la conciliation entre les droits des entreprises concernées avec les engagements pris au titre de l'article 9 du règlement n°1/2003. Les mesures correctives prononcées sur la base de l'article 7, à l'instar de tous les actes de la Commission européenne, doivent respecter des principes de nécessité et de proportionnalité. En d'autres termes, ils doivent être adéquats et ne pas dépasser ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre le but

⁴⁸ Pour une analyse approfondie de tels biais éventuels dans les procédures négociées, se reporter à Sautel (2010). Notons que de tels raisonnements peuvent être étendus à l'ensemble des procédures de type *pleaider coupable* à l'instar du *plea bargaining* américain (Lengger, 2010).

recherché. Cependant, en matière de procédures négociées, les mesures correctives ne sont pas *imposées* par la Commission mais *volontairement proposées* par l'entreprise désirant mettre fin à la procédure avant qu'une décision ne soit prise sur le fond.

Cette nature volontaire va sensiblement modifier le niveau d'exigence relatif au contrôle de proportionnalité. La Commission dispose d'une marge de discrétion quant à la vérification du caractère approprié et nécessaire des mesures correctives proposées pour garantir un traitement efficace des problèmes de concurrence⁴⁹. La mise en œuvre du contrôle de proportionnalité se limite dès lors à la vérification que les engagements définitifs répondent aux préoccupations de concurrence et que l'entreprise concernée n'a pas initialement proposé des engagements permettant de répondre à ces dernières d'une manière moins contraignante pour elle. En d'autres termes, comme la Commission le souligne elle-même dans sa décision ENI, elle n'est nullement tenue de rechercher des solutions moins contraignantes que les engagements proposés par l'entreprise. De la même façon, elle n'a pas à apprécier la proportionnalité de ces derniers en regard des mesures correctives *qu'elle aurait pu imposer* dans le cadre d'une décision contentieuse. Ce faisant, une entreprise proposant des engagements dans un cadre d'information incomplète et imparfaite, peut aller au-delà des mesures correctives qui seraient nécessaires sans que s'exerce un réel contrôle de proportionnalité⁵⁰. La garantie des droits fondamentaux dans les procédures négociées peut donc également poser problème en ce sens.

⁴⁹ Affaire C-441/07P, Commission / Alrosa Company Ltd.

⁵⁰ L'évaluation de la proportionnalité est d'autant plus difficile à réaliser *ex post* dans les procédures négociées qu'aucune décision n'est rendue sur le fond et que par définition le contrôle juridictionnel exercé sur les décisions d'acceptation d'engagements par la Commission est pour le moins tronqué.

Aghion P., Howitt P., Harris C. and Vickers J., (2001), “Competition, Imitation and Growth with Step-by-Step Innovation”, *Review of Economic Studies*, volume 68, pp.467-492.

Akman P., (2009), “Searching for the Long-Lost Soul of Article 82EC”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 29, n° 2, pp. 267-303

Amato G., (1997), *Antitrust and the Bounds of Power*, Hart Publishing, Oxford.

Andreangeli A., (2009), “Interoperability as an Essential Facility in the Microsoft Case: Encouraging Competition or Stifling Innovation?”, *European Law Review*, 34(4), pp. 584 et s.

Andreangeli A., (2010), “Between Economic Freedom and Effective Competition Enforcement: the Impact of the Antitrust Remedies provided by the Modernisation Regulation on Investigated parties’ freedom to contract and to enjoy property”, *Competition Law Review*, volume 6, issue 2, pp.225-257.

Areeda P., (1990), “Essential facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles”, *The Antitrust Law Journal*, vol. 58, p.841 et s.

Bessen J. and Maskin E., (2006), “Sequential Innovations, Patents and Imitation”, *Rand Journal of Economics*

Bilger F., (2003), « La pensée néolibérale française et l’ordo-libéralisme allemand » in Commun P. (s.d.), *L’ordolibéralisme allemand : aux sources de l’économie sociale de marché*, Travaux et documents du CIRAC, Université de Cergy-Pontoise, pp. 17-30.

Bishop S. and Marsden P., (2006), “The Article 82 Discussion Paper: a Missed Opportunity”, *European Competition Journal*, vol.2, n°1, April, pp.1-7.

Böhm F., (1933), *Wettbewerb und Monopolkampf*, Heymann, Berlin.

Böhm F., (1960), “Die Bedeutung der Wirtschaftsordnung für die politische Verfassung”, in Ernst-Joachim Mestmäcker E.-J., (sd), *Reden und Schriften über die Ordnung einer freien Gesellschaft, einer freien Wirtschaft und über die Wiedergutmachung*. Karlsruhe, pp.46-48

Buxbaum H.L., (2006), “German Legal Culture and the Globalization of Competition Law: A Historical Perspective on the Expansion of Private Antitrust Enforcement”, *Issues on Legal Scholarship – Richard Buxbaum and the German Reintegration*, article n°10, pp. 474-495.

Clague C., Keefer P., Knack S. and Olson M., (1999), “Contract-Intensive Money: Contract Enforcement, Property Rights and Economic Performance”, *Journal of Economic Growth*, vol.4, pp.181-211.

Commission européenne, (2009), “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”, Communication de la Commission, 2009/C45/02, JOUE, C45/7-20, 24 février.

Commons J.R., (1893), *The Distribution of Wealth*, Augustus Mc Kelley, NY, reed. 1963.

Commons J.R., (1934), *Institutional Economics. Its Place in Political Economy*, New Brunswick and London, Transaction Publishers, 1990.

Dari-Mattiacci G. and Deffains B., (2006), “Uncertainty of Law and the Legal Process”, *Working Paper CNRS-BETA*, n° 2006-11.

Demsetz H., (1968), “Toward a Theory of Property Rights”, *American Economic Review*, volume 57, pp. 347-359.

Eucken W., (1932), “Staatliche Strukturwandlungen und die Krisis des Kapitalismus”, *Weltwirtschaftliches Archiv*, n°36, vol. 2, pp. 297-321.

Eucken W., (1939, 1992), *The Foundations of Economics – History and Theory in the Analysis of Economic Reality*, Springer, NY and Berlin.

Evans A. and Padilla D., (2006), *The Law and Economics of Article 82EC Treaty*, Oxford, Hart Publishing.

Farrell J., (2003), “Negotiation and Merger Remedies: Some Problems”, in Lévêque F. and Shelanski H., eds., *Merger Remedies in American and European Union Competition Law*, Edward Elgar, Cheltenham, U.K., pp. 95-105.

Foucault M., (2004), *Naissance de la biopolitique – Cours au Collège de France 1978-79*, Seuil, Paris, 384p.

Fox E. M., (1986), “Monopolization and Dominance in the United States and the European Community: Efficiency, Opportunity and Fairness”, *Notre Dame Lawyer*, vol.61, p.981.

Freeman M., (2001), *Lloyd’s Introduction to Jurisprudence*, Sweet and Maxwell, 7th ed, London.

Gérardin D. et Petit N., (2010), « Judicial Review in European Union Competition Law: A Quantitative and Qualitative Assessment », *Document de travail* disponible en ligne sur SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1698342>

Gerber D., (1998), *Law and Competition in the Twentieth Century: Protecting Prometheus*, Clarendon Press, Oxford.

Giocoli N., (2009), “Competition vs Property Rights: American Antitrust Law, the Freiburg School and the Early Years of European Competition Policy”, *Journal of Competition Law and Economics*, vol.5, n°4, pp. 747-786.

Green J. and Scotchmer S., (1995), “On the Division of Profit in Sequential Innovation”, *Rand Journal of Economics*, vol. 26, pp.20-33.

Hardin G., (1968), “The Tragedy of Commons”, *Science*, n°162, pp. 1243-1248.

Hawk B.E., (1972), “Antitrust in the EEC – The First Decade”, *Fordham Law Review*, 41, 229, pp. 231-232

Hayek (von) F., (1944, 1963), *La route de la servitude*, PUF, Paris.

Hovenkamp H. et al., (2010), *IP and Antitrust*, 2nd ed.

Hovenkamp H., (2010), « Harvard, Chicago, and Transaction Cost Economics in Antitrust Analysis », *University of Iowa College of Law Legal Studies Research Paper*, n° 10-35, December, 35p.

Katsoulacos, (2009), “Optimal Legal Standards for Refusal to License Intellectual Property: A Welfare-Based Analysis”, *Journal of Competition Law and Economics*, vol.5, p.269 et s.

Lengger A., (2010), “The Perfect Sorting Fairy Tale: Plea Bargaining with Heterogeneous expectations”, *8th Annual Conference of the German Law and Economics Association*, Wiesbaden, December.

Lovdahl-Gormsen L., (2006), “Article 82EC: Where are we coming from and where are we going to?”, *The Competition Law Review*, volume 2, n°2, pp.5-25

Marty F., (2002), *Pluralité et dynamique des conventions de réglementation : Une analyse économique de la jurisprudence du Conseil de la Concurrence relative au secteur électrique*, Thèse de doctorat es sciences économiques, Ecole Normale Supérieure de Cachan, décembre.

Marty F. et Pillot J., (2009a), Intangibles, facilités essentielles et contentieux concurrentiel », *Document de travail du GREDEG*, n° 2009-04, décembre, 20p.

Marty F. et Pillot J., (2009b), « Protéger la concurrence ou protéger les concurrents ? L’affaire Intel en perspective », *Revue Economique et Sociale*, n° 4, décembre, pp. 65-74.

Marty F. et Pillot J., (2010), « Divergences transatlantiques en matière d’application de la théorie des facilités essentielles aux actifs immatériels », *Revue d’Economie Industrielle*, n°129-130, 1^{er} et 2^{ème} trimestres, pp.277-300.

Miksch L., (1947), *Wettbewerb als Aufgabe : Grundsätze einer Wettbewerbsordnung*, 2e ed., Gottesberg.

Morel S., (2003), « Institutionnalisme commonsien, citoyenneté et ‘sécurité économique’ », *Economie et Institutions*, n°2, 1^{er} semestre, pp.111-140.

North D., (1990), *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, Cambridge Ma.

Page W.H., (2007), “The Ideological Origins and Evolution of Antitrust Law”, in Collin W.D., (ed.), *Issues in Competition Law and Policy*, ABA Antitrust Section.

Peritz R.J. (1990), “A Counter History of Antitrust Law”, *Duke Law Journal*, vol. 2, pp.263-320

Petit N., (2009), « From Formalism to Effects: The Commission's Communication on Enforcement Priorities in Applying Article 82EC », *World Competition*, vol. 32, n°4, December, pp. 481-500.

Prados de la Escosura L. and Sanz Villaroya I., (2006), "Contract Enforcement and Argentina's Long-Run Decline", *Universidad Carlos III de Madrid Working Paper in Economic History*, WP n°06-06, September, 57p.

Rutherford M., (1990), "Introduction to the Transaction Edition of *Institutional Economics* of J.R. Commons", in Commons J.R., *Institutional Economics. Its place in Political Economy*, 1934, 1990 ed.

Sautel O., (2010), « La pertinence d'une procédure d'engagement en matière de contentieux : une analyse économique et son application au cas de l'iPhone », *Journées de Droit Economique – CREDECO/ GREDEG, Les procédures négociées en droit de la concurrence*, Sophia-Antipolis, juin. A paraître dans les *Dossiers de la Revue Internationale de Droit Economique*.

Scotchmer S., (2004), *Innovation and Incentives*, MIT Press.

Segal I. and Whinston M., (2007), "Antitrust in Innovative Industries", *American Economic Review*, vol. 97, pp.1703-1730.

Sidak J.G., (2008), "Abolishing the Price Squeeze as a Theory of Antitrust Liability", *Journal of Competition Law and Economics*, 4(2), pp. 279-309.

Simmons H.C., (1934, 1948), "A Positive Program of Laissez-Faire: Some Proposals for a Liberal Economic Policy", in *Economic Policy for a Free Society*, Chicago University Press, Chicago.

Steiner Y. et Walpen B., (2006), « L'apport de l'ordo-libéralisme au renouveau libéral, puis son éclipse », *Carnets de bord*, n°11, septembre, pp. 94-104.

Stucke M. E., (2009), "Should the Government Prosecute Monopolies?", *University of Illinois Law Review*, 2, pp. 497 et s.

Tor A., (2010), "Unilateral, Anticompetitive Acquisitions of Dominance or Monopoly Power", *The Antitrust Journal*

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

Vickers J., (2009), "Competition Policy and Property Rights", *University of Oxford, Department of Economics Discussion Paper Series*, n°436, May, 27p.

Williamson O.E., (1985), *The Economic Foundations of Capitalism*, The Free Press, NY.