

De par leur influence constante sur le droit européen et parce qu'ils concentrent sur leur sol une activité particulièrement riche d'entreprises internationales, les États-Unis constituent sans aucun doute un champ d'étude privilégié du droit antitrust. L'auteur a souhaité revenir sur les faits marquants de l'année 2006 en la matière, en prélude à de futures études (l'actualité du droit antitrust au cours du premier semestre 2007 fera l'objet d'un article dans le prochain numéro de la Revue). Cette présentation – non exhaustive –, se concentre sur une période s'étendant du 1<sup>er</sup> janvier au 31 décembre 2006.

# Regards sur l'année 2006 en droit antitrust américain



Par Jean-Christophe RODA

Docteur en droit,  
Cabinet Racine

1. Les perspectives comparatives sont aujourd'hui indispensables pour les juristes s'intéressant au droit de la concurrence (Idot L., *Droit communautaire et droit comparé : brèves observations sur une rencontre indispensable*, in *De tous horizons*, Mélanges Xavier Blanc-Jouvan, LGDJ 2005, p. 292 et s.). À cet égard, le droit antitrust des États-Unis doit constituer un champ d'étude privilégié, parce qu'il exerce une influence constante sur les droits européens, mais aussi parce que les entreprises qui ont une activité internationale ont de grandes chances d'y être confrontées. Aussi les praticiens ont-ils intérêt à se familiariser avec cette matière. Tel est l'objectif de la présente étude qui opère une synthèse des faits marquants de l'année 2006 en droit antitrust américain. Mais, pour bien comprendre sa portée, il convient au préalable de faire une brève présentation des règles de concurrence américaines et des institutions qui les mettent en œuvre.

2. Le droit de la concurrence aux États-Unis repose principalement sur deux textes généraux, le *Sherman Act* de 1890 et *Clayton Act* de 1914 (pour une présentation, cf. Souty F., *La politique de concurrence aux États-Unis*, puf 1995, coll. Que sais-je? cf. également, Shenefield J.-H. et Stelzer I.-M., *The Antitrust Laws, A Primer*, 4<sup>e</sup> éd. 2001, The AEI Press). Le premier texte prohibe les ententes et les abus de position dominante. Il autorise le recours aux sanctions pénales pour les infractions les plus graves. Le second interdit les pratiques déloyales et réglemente le contrôle des concentrations. Dès l'origine, ces textes ont pu être interprétés de diverses manières, en fonction des

objectifs que l'on pouvait assigner à la politique de concurrence. Depuis la fin des années 70 et le triomphe de l'École de Chicago, le droit américain de la concurrence est essentiellement fondé sur la maximisation du bien-être du consommateur et l'efficacité économique, tandis que les considérations d'ordre non économique sont en principe exclues de l'analyse concurrentielle (malgré l'influence de l'École de Chicago, le droit antitrust américain n'est pas aussi monolithique qu'il n'y paraît; en ce sens, cf. Gerber D.-J., *Les doctrines européenne et américaine du droit de la concurrence*, in *La modernisation du droit de la concurrence*, (sous dir.) Canivet G., LGDJ 2006, p. 110 et s.).

3. Les autorités chargées d'appliquer les règles de concurrence sont la Division Antitrust du *Department of Justice* et la *Federal Trade Commission*. La première autorité se consacre essentiellement à la poursuite des comportements les plus graves, telles que les ententes de fixation de prix ou de répartition des marchés. La seconde sanctionne les pratiques déloyales et reçoit les notifications obligatoires des projets de concentrations. On notera également que, contrairement à la *Federal Trade Commission*, la Division Antitrust n'a pas le pouvoir de décision ni, par conséquent, celui de sanction. Elle n'est qu'une autorité poursuivante dont le rôle principal est de chercher à obtenir la condamnation des auteurs de pratiques anticoncurrentielles en faisant valoir ses arguments devant les juridictions fédérales (en droit américain, seul un juge fédéral peut, en effet, rendre des décisions de condamnation et sanctionner les entreprises et individus qui ont violé la loi; cf. Shenefield J.-H. et Stelzer I.-M., *op. cit.*, p. 28).

4. Les autorités de concurrence ne connaissent en réalité qu'une infime partie du contentieux américain. À la différence de l'Europe où règne quasi-exclusivement le « *public enforcement* », 90 %

du contentieux aux États-Unis relève du « *private enforcement* » (Hovenkamp H., *Federal Antitrust Policy*, West Group, 2<sup>e</sup> éd. 1999, p. 593). Les « *treble damages* » et les « *class actions* » sont d'ailleurs de puissants facteurs incitant les victimes de pratiques anticoncurrentielles à agir. Ainsi, par le biais des actions privées, ce sont les juges fédéraux qui connaissent des litiges en première instance et sur le fond. L'application des règles et l'élaboration de la politique de concurrence est donc essentiellement le fait des juridictions (le droit américain de la concurrence, nonobstant l'existence du *Sherman Act*, du *Clayton Act* et d'autres textes régulièrement adoptés, demeure donc essentiellement un droit de common law; cf. Bellamy C., *Reflections on Competition Law in the Global Market*, *New England Law Review*, vol. 34, 1999 p. 18).

5. Considérées comme la « *magna carta* » de la libre entreprise (*United States v. Topco Assoc.*, 405 U.S. 596, 610 (1972)), les règles de concurrence sont profondément enracinées dans la culture juridique américaine. Les opérateurs économiques et les consommateurs n'hésitent pas à saisir les autorités antitrust et les tribunaux, dès qu'ils ont le sentiment que le marché a été faussé en leur défaveur. Il en résulte chaque année l'ouverture de multiples enquêtes et l'adoption de nombreuses décisions en matière antitrust. L'année 2006 n'a pas dérogé à cette règle et a été particulièrement riche, aussi bien en ce qui concerne l'activité des autorités de concurrence que celle des tribunaux. Pour cette année et au seul échelon fédéral, 106 enquêtes ont été diligentées par la Division Antitrust pour des violations alléguées du *Sherman Act*. Cette autorité a également poursuivi pénalement 24 entreprises et 37 personnes physiques pour leur implication dans des affaires de cartels (US Department of Justice, *Antitrust Division Workload Statistics : FY 1997-2006*, disponibles sur le site Internet de la Division Antitrust du *Department of Justice*). Les

juridictions fédérales de première instance ont pour leur part été saisies à 986 reprises par des plaignants privés (la comptabilisation des décisions rendues par les juridictions fédérales est particulièrement délicate en l'absence de juridictions spécialisées en matière de concurrence et de statistiques détaillées et dédiées spécifiquement au « *private enforcement* ». cf. néanmoins, les statistiques sur le site Internet des juridictions fédérales américaines : < [www.uscourts.gov](http://www.uscourts.gov) > ). La grande majorité de ces litiges a toutefois donné lieu à des transactions entre les parties ou à l'adoption de décisions sommaires de rejet (les procès demeurent ainsi extrêmement rares en matière de « *private enforcement* ». Par exemple, en 2005, sur 707 affaires antitrust, seulement 12 donnèrent lieu à un procès complet). En appel, on dénombre 57 décisions (d'après des recherches combinées sur les sites < [Findlaw.com](http://Findlaw.com) > et < [Westlaw.com](http://Westlaw.com) > ). Enfin, au plus haut degré juridictionnel, la Cour suprême s'est prononcée dans 3 affaires antitrust, ce qui tranche avec l'année précédente où aucune décision n'avait été rendue en ce domaine (la Cour suprême résout les conflits d'interprétation entre les tribunaux sur le sens du droit fédéral. Le nombre d'affaire évoqué peut paraître très peu élevé, mais il s'explique par le fait que la Haute juridiction américaine dispose d'un pouvoir discrétionnaire de sélection des affaires et n'accepte de connaître des affaires soulevant les questions les plus controversées du moment).

6. Dresser un bilan complet de l'année 2006 dans ces colonnes relèverait de la gageure, tant les exemples furent nombreux et variés. Aussi se contentera-t-on d'examiner les points saillants du contentieux, en se limitant au droit antitrust *stricto sensu*, c'est-à-dire au droit des pratiques anticoncurrentielles (ententes et monopolisations (le droit antitrust américain ne parle pas d'abus de position dominante, mais de « *monopolisation* »). En pratique, il n'y a guère de différence sur les principes entre ces deux notions). On se concentrera donc sur les affaires mettant en œuvre les dispositions du *Sherman Act*, en écartant du champ de notre étude les décisions rendues par la *Federal Trade Commission*. Sera d'abord analysée l'activité de la Division Antitrust (I), puis celle des juridictions fédérales (II).

## I. – L'ACTIVITÉ DE LA DIVISION ANTITRUST

7. La Division Antitrust se consacre essentiellement à la lutte contre les cartels. Elle intervient cependant dans d'autres domaines, qui concernent aussi bien l'application des règles que l'élaboration de stratégies ou la participation à des réflexions entre autorités de concurrence.

### A. – La politique anticartel

8. La Division Antitrust a poursuivi en 2006 son intense activité en matière de

lutte contre les cartels. Comme les années précédentes et depuis la fin des années 90 (Souty F., *Les évolutions politiques dans l'application du droit antitrust par l'administration Bush (2001-2005)* : Concurrences 2005, n° 4, p. 26 et s.), l'autorité américaine a fait du démantèlement des grandes ententes internationales (« *hard-core cartels* ») sa priorité, la poursuite des ententes nationales et de taille plus modeste étant en principe dévolue aux États de l'Union. Au cours de cette année, la Division Antitrust a ainsi obtenu la condamnation de nombreux cartels de dimension mondiale, dans les secteurs aussi variés que ceux des semi-conducteurs, de la construction des gazoducs, du peroxyde d'hydrogène ou encore des produits chimiques pour le traitement du caoutchouc.

À la différence de la plupart des droits européens, le détail des affaires de cartels découverts aux États-Unis est rarement dévoilé.

9. On notera qu'à la différence de la plupart des droits européens, le détail des affaires de cartels découverts aux États-Unis est rarement dévoilé. Ceci s'explique par le fait que ces infractions donnent généralement lieu à la conclusion de transactions pénales entre la Division Antitrust et les cartellistes. Ces derniers plaident coupables et acceptent de ne pas aller au procès, en échange de la promesse de recommandations de clémence. Les juridictions se contentent alors d'entériner la peine proposée par l'autorité antitrust et de vérifier la régularité de la procédure, sans qu'une décision sur le fond ne soit rendue. Bien souvent, seule la publication d'un communiqué de presse par la Division Antitrust permet d'avoir connaissance des grandes lignes de l'affaire.

10. La stratégie anticartel de la Division Antitrust repose sur trois outils essentiels qui fonctionnent de manière synergiques : des techniques d'enquêtes particulièrement intrusives et élaborées, des sanctions pénales de plus en plus élevées, et des programmes de clémence lisibles et attractifs. Durant l'année 2006, la Division Antitrust n'a pas hésité à combiner ses moyens d'enquêtes à ceux d'autres autorités de concurrence, afin de rendre plus efficaces ses investigations dans le domaine international. Ainsi, a-t-elle col-

laboré avec les autorités sud-coréennes pour accroître les chances de réussite d'une enquête sur le marché mondial des cargos aériens. S'agissant des sanctions prononcées, celles-ci ont atteint des niveaux rarement égalés. La Division Antitrust a infligé, pour l'année fiscale 2006, un total d'amendes s'élevant à plus de 473 millions de dollars (ceci représente une augmentation de 40 % par rapport à l'année fiscale 2005 ; US Department of Justice, *Antitrust Division Ends the Year with Second-Highest Level of Criminal Fines*, 21 déc. 2006, disponible sur le site Internet de la Division Antitrust). Un total de 5383 jours d'emprisonnement a été prononcé à l'encontre de personnes physiques, dirigeants ou autres responsables des pratiques (l'efficacité des sanctions pouvant être infligées aux dirigeants de cartel internationaux est d'ailleurs renforcée par l'existence de nombreux accords d'extradition négociés par le gouvernement américain avec d'autres États. Par exemple, En 2006, les juridictions britanniques ont ainsi validé l'usage d'une telle procédure concernant un ressortissant du Royaume-Uni qui avait participé à une entente internationale). Quant aux programmes de clémence, ceux-ci ont continué à être activement sollicités par les cartellistes, malgré les troubles nés des hésitations judiciaires de l'affaire *Stolt-Nielsen* (Roda J.-C., *La clémence en droit de la concurrence, Étude comparatives des droits américain et européen*, Thèse Dact. déc. 2006 ; Souty F. et Daudret-John F., *Chronique de politique internationale*, Concurrences 2006, n° 4, p. 143 et s.).

## B. – Les autres domaines d'intervention

11. Outre son action en matière de cartels, la Division Antitrust agit auprès des juridictions fédérales pour obtenir la condamnation civile de certaines infractions jugées suffisamment graves, mais pour lesquelles il n'est pas d'usage de faire application du droit pénal. Par exemple, en 2005 et 2006, l'autorité américaine a entrepris des poursuites contre l'association nationale des agents immobiliers dont les règles internes ont été considérées comme contraires à la concurrence (*United States of America v. National Association of Realtors*, memoranda disponibles sur le site Internet de la Division Antitrust). De même, la Division Antitrust a obtenu du Barreau américain le paiement d'une amende de 185 000 dollars pour ne pas avoir respecté un engagement négocié en 1996 et qui concernait le processus d'accréditation des facultés de droit. L'autorité est également intervenue à plusieurs reprises en 2006, en tant qu'*amicus curiae* auprès de la Cour suprême. Cette dernière a d'ailleurs souvent adopté des décisions conformes aux avis de l'autorité.

12. À côté de ces activités auprès des juridictions, la Division Antitrust mène également des réflexions afin d'améliorer la politique de concurrence américaine. Par

exemple, depuis le début de l'année 2006, l'autorité conduit, avec le concours de la *Federal Trade Commission*, des auditions de spécialistes qui sont interrogés sur la question des comportements unilatéraux. Par ailleurs, la coopération entre les autorités de concurrence, qui se développe dans diverses enceintes internationales, offre l'opportunité à la Division Antitrust de partager son expérience et lui permet de diffuser la culture américaine de concurrence. Durant la période de référence, la Division Antitrust s'est ainsi largement impliquée dans la conduite de l'*Unilateral Conduct Working Group* de l'ICN ou dans celle du *Competition Committee Working Party on International Cooperation & Enforcement* de l'OCDE.

## II. – L'ACTIVITÉ DES JURIDICTIONS FÉDÉRALES

13. L'activité des juridictions fédérales sera examinée à travers les décisions rendues en application des articles 1 et 2 du *Sherman Act*. On étudiera également les décisions relatives à l'application du droit antitrust au droit de la propriété intellectuelle.

### A. – Application de l'article 1 du *Sherman Act*

14. L'article 1 du *Sherman Act* prohibe « tout contrat, toute association sous forme de trust ou autrement, ou toute entente en vue de restreindre les échanges entre les différents États de l'Union ou avec les pays étrangers ». Sont classiquement concernés les accords horizontaux et les accords verticaux, qui sont examinés, selon leur degré de nocivité pour la concurrence, sous l'angle de la règle de raison ou sous celui de la règle de prohibition *per se*.

#### 1) Accords horizontaux

15. L'article 1 du *Sherman Act* est interprété de telle manière par les juridictions fédérales que seules les restrictions déraisonnables de concurrence sont prohibées. S'agissant des accords horizontaux, ceux-ci sont généralement examinés à la lumière de la règle de raison, à l'exception des cartels et autres accords de fixation des prix ou de partage du marché, qui font l'objet d'une interdiction *per se* (sur ce sujet, cf. Fasquelle D., *Droit américain et communautaire des ententes*, éd. GLN Joly 1993).

16. Le contentieux des ententes horizontales a été alimenté en 2006 par de nombreuses affaires dans lesquelles les juridictions se sont très largement prononcées en faveur des défendeurs. Dans de nombreux cas, il a été décidé que les

plaignants n'avaient pas démontré un intérêt suffisant à agir (*In re : Canadian Import Antitrust Litig.*, U.S. 8<sup>th</sup> Circuit Court of Appeals (2006); *In re : Tamoxifen Citrate Antitrust Litig.*, U.S. 2<sup>nd</sup> Circuit Court of Appeals (2006); *Kloth v. Microsoft Corp.*, U.S. 4<sup>th</sup> Circuit Court of Appeals (2006)). Dans d'autres affaires, ils ne rapportaient pas la preuve que les pratiques litigieuses tombaient sous le coup de la prohibition *per se*, ou que celles-ci avaient des effets anticoncurrentiels lorsqu'elles devaient être examinées sous l'angle de la règle de raison (cf., par exemple, *Gregory v. Fort Bridger Rendez-vous Ass'n.*, U.S. 10<sup>th</sup> Circuit Court of Appeals (2006); *Paycom Billing Servs., Inc. v. Mastercard Int'l, Inc.*, U.S. 2<sup>nd</sup> Circuit Court of Appeals (2006)).

17. Au cours de la période de référence, la matière a surtout été marquée par la décision *Texaco v. Dagher*, rendue par la Cour suprême, et qui a clarifié l'application du droit des ententes aux entreprises communes (*joint ventures*) (*Texaco, Inc. v. Fouad N. Dagher*, 126 S. Ct. 1276 (2006)). Dans cette affaire, deux entreprises initialement concurrentes, Shell et Texaco, avaient créé une entreprise commune, Equilon, pour vendre leurs deux marques d'essence à un prix décidé en commun. Une fois Equilon créée, Texaco et Shell cessèrent de se concurrencer, en arrêtant chacune de vendre leur marque d'essence en dehors de l'entreprise commune. Cette dernière était seule chargée de commercialiser les marques Texaco et Shell, mais à un même prix. Des propriétaires de stations services estimèrent que l'opération constituait une entente illicite sur les prix, interdite *per se*, et décidèrent de poursuivre Texaco et Shell. En première instance, une Cour de District se prononça en faveur des deux raffineurs, considérant que la politique de prix uniformes devait se voir appliquer la règle de raison. La décision fut renversée par Cour d'appel du 9<sup>e</sup> Circuit (*Dagher v. Saudi Refining, Inc.*, 369 F.3d 1108 (9<sup>th</sup> Cir. 2004)). Celle-ci estima que la fixation des prix en commun n'était pas nécessaire aux objectifs d'une entreprise commune, ce qui rendait le comportement en cause illicite *per se*. La décision causa un certain trouble dans la communauté des affaires, dans la mesure où elle s'attaquait à un des aspects fondamentaux de la pratique des entreprises communes.

18. Saisie par Shell et Texaco, la Cour suprême renversa la décision de la Cour du 9<sup>e</sup> Circuit. La Haute juridiction considéra que la décision de fixer un prix commun pour les deux marques d'essence commercialisées par Equilon, ne devait pas être analysée sous l'angle de règle de prohibition *per se*. Shell et Texaco

ayant cessé d'être en concurrence avec la mise en œuvre du partenariat, la décision de fixer un prix commun ne pouvait être assimilée à un accord classique sur les prix entre concurrents. Pour la Cour, l'entreprise commune devait être considérée, malgré sa nature « coopérative », comme une entité unique (« *single entity* ») ayant une totale liberté pour déterminer ses prix. La décision *Dagher* a donc clairement affirmé qu'il n'était pas illicite *per se* pour une entreprise commune de fixer le prix des produits qu'elle vend, mettant ainsi fins aux incertitudes soulevées quelques temps auparavant.

#### 2) Accords verticaux

19. Depuis l'avènement de l'École de Chicago (cf. Posner R.-A., *The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution : Per Se Legality* : U. Chicago L. Rev., vol. 48, 1981, p. 6 et s.), les accords verticaux sont considérés avec une certaine faveur par la jurisprudence. Cette tendance s'est encore vérifiée en 2006. Les juridictions fédérales ont rappelé à plusieurs reprises que les restrictions verticales étaient en général peu nocives et qu'elles avaient, au contraire, souvent des effets bénéfiques sur la concurrence. Dès lors, ces pratiques doivent se voir appliquer la règle de raison (par ex. *Expert Masonry, Inc. v. Boone County*, U.S. 6<sup>th</sup> Circuit Court of Appeals (2006)). Il en va ainsi lorsque par exemple la relation était essentiellement verticale, mais présentait aussi des liens horizontaux entre les parties, comme il a été décidé dans une affaire *AT & T v. JMC* (*AT & T Corp. v. JMC Telecom, LLC*, 470 F.3d 525 (3<sup>d</sup> Cir. 2006)). Les juridictions fédérales ont également souligné à plusieurs reprises que, lorsque le standard d'analyse retenu est celui de la règle de raison, les plaignants devaient impérativement démontrer un dommage à la concurrence suffisant pour pouvoir remettre en cause la licéité d'un accord vertical (*E & L Consulting, Ltd. v. Doman Indus. Ltd.*, U.S. 2<sup>nd</sup> Circuit Court of Appeals (2006); *AT & T Corp. v. JMC Telecom, LLC*, préc.).

20. Si les accords verticaux font généralement l'objet d'un traitement favorable de la part des juges américains, certains d'entre eux sont traditionnellement stigmatisés. Tel est, notamment, le cas des ventes liées (« *tying* »). Sans être formellement prohibées *per se* (les accords liés sont soumis à la « *quasi-règle per se* » qui se distingue seulement de la règle *per se* par l'obligation pour les plaignants d'établir des conditions posées par la Cour suprême; cf. Fasquelle D., *op. cit.*, n° 105 et s.), ces pratiques de couplage sont déclarées illégales dès lors qu'elles ont pour conséquence de forcer l'acheteur à acquérir un produit, l'existence de cet effet de « *forçage* » étant établie lorsque le vendeur dispose d'un pou-



voir de marché (*Jefferson Parish Hospital Dist. No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2 (1984)). Or, depuis plusieurs années, la nocivité des accords liés est contestée (Gavil A.-E., Kovacic W. E. et Baker J.-B., *Antitrust Law in Perspective*, Thomson/West 2004, p. 710 et s.). Un mouvement s'est alors dessiné en faveur d'une moins grande sévérité à leur rencontre et s'est poursuivi en 2006. Tout d'abord, les allégations de ventes liées illégales ont rarement été admises par les juridictions fédérales (*Abraham v. Intermountain Health Care Inc.*, U.S. 10<sup>th</sup> Circuit Court of Appeals (2006) ; *Reifert v. S. Cent. Wisconsin MLS Corp.*, U.S. 7<sup>th</sup> Circuit Court of Appeals (2006)). Ensuite, et surtout, la Cour suprême a souligné, dans une décision *Illinois Tool Works*, que ces dernières pratiques étaient souvent parfaitement compatibles avec un marché libre et concurrentiel (*Illinois Tool Works Inc. v. Independent Ink, Inc.*, 547 US 1 (2006)). Dans cette affaire, la Cour suprême a aligné le régime des ventes liées dans lesquels le produit liant est breveté, sur celui des ventes liées classiques : cf. *infra* n° 26 et s.). Pour de nombreux observateurs, cet arrêt semble annoncer l'abandon prochain de la logique de prohibition au profit de la règle de raison (en ce sens, cf. Rosch J.-T., *A New Direction for Antitrust at the Supreme Court?* : discours du 1<sup>er</sup> mars 2007, disponible sur le site Internet de la Federal Trade Commission).

## B. – Application de l'article 2 du Sherman Act

21. L'article 2 du *Sherman Act* sanctionne « toute personne qui monopolise, tente de monopoliser (...) une partie quelconque des échanges ou du commerce entre les États de l'Union ». Classiquement, la monopolisation est caractérisée lorsque sont établies l'existence d'un pouvoir de monopole et celle de pratiques « anormales », ayant permis à l'entreprise dominante d'obtenir ou de maintenir un tel pouvoir (sur la reprise de ces éléments constitutifs classiques au cours de la période de référence, cf. *Jensen Enterprises, Inc. v. Oldcastle, Inc.*, 2006 WL 2583681 (N.D. Cal. 2006)).

### 1) Pouvoir de monopole

22. Pour établir l'existence d'un pouvoir de monopole, les juridictions fédérales exigent préalablement que soit défini avec précision le marché pertinent. Cette condition a été rappelée en plusieurs occasions en 2006, les juges n'hésitant pas à rejeter les actions des plaignants trop peu rigoureux (*Geddie v. Seaton*, 2006 WL 2263335 (N.D. Tex., 2006) ; *Foam Supplies, Inc. v. The Dow Chemical Company*, 2006 WL 2225392 (E.D. Mo. 2006)). Il a également été réaffirmé que des parts de marché d'au moins 87 %, suffisait à caractériser l'existence d'un pouvoir de marché (*Insignia Systems, Inc. v. News America Marketing In-Store, Inc.*, 2006 WL 185117 (D. Minn., 2006)). En revanche, des parts de marché de 50 % ou moins, sont insuffisantes pour établir un tel pouvoir (*In Marco Island Cable, Inc. v. Com-*

*cast Cablevision of the South, Inc.*, 2006 WL 1814333 (M.D. Fla. 2006)). La solution est *a fortiori* identique lorsque l'entreprise ne détient que 25 % de parts de marché (*R.J. Reynolds Tobacco Co. v. Cigarettes Cheaper!*, 2006 WL 2441674 (7<sup>th</sup> Cir. 2006)).

### 2) Agissements caractérisant la monopolisation

23. Depuis quelques années, on observe aux États-Unis un scepticisme croissant à l'égard des théories présentées par les plaignants désireux de s'attaquer aux comportements des entreprises dominantes. Ce scepticisme, déjà visible dans l'arrêt *Trinko* rendu par la Cour suprême en 2004 (Daudret-John F. et Souty F., *Chronique de concurrence internationale* : Concurrences déc. 2004, n° 1), a largement compliqué le contentieux de la section 2 du *Sherman Act* et a accru la tâche des plaignants qui sont fréquemment déboutés, dès les premiers stades de la procédure. L'année 2006 a vu cette tendance confirmée.

La lutte contre les cartels internationaux demeure l'objectif principal de l'autorité américaine et la stratégie pour y parvenir est inchangée.

24. Dans plusieurs affaires, les juges fédéraux ont ainsi rejeté les actions des plaignants, parce que ceux-ci se contentaient d'alléguer un préjudice personnel, sans démontrer en quoi le comportement litigieux heurtait la concurrence et le marché (*Abraham v. Intermountain Health Care Inc.*, U.S. 10<sup>th</sup> Circuit Court of Appeals (2006) ; *Kochert v. Greater Lafayette Health Servs., Inc.*, U.S. 7<sup>th</sup> Circuit Court of Appeals (2006)). De même, dans une décision *Abbott Laboratories*, la Cour d'appel du 7<sup>e</sup> Circuit estima qu'une plainte unique-ment fondée sur l'existence d'un « effet levier », ne pouvait caractériser une atteinte à l'article 2 du *Sherman Act* (*Schor v. Abbott Laboratories*, N° 05-3344 (7<sup>th</sup> Cir. 2006)). En l'espèce, un fabricant de médicaments était accusé d'avoir tenté de profiter de sa situation de force sur le marché d'un anti-VIH pour dominer le marché connexe des médicaments atténuant les effets secondaires du premier, et sur lequel il commercialisait également un produit. En particulier, il était allégué que les médicaments du laboratoire étaient vendus plus chers séparément que compris dans un package. Or, les juges ne décelèrent ni stratégie prédatrice, ni pratique de couplage ou de boycott et refusèrent d'accepter une « théorie » de

l'effet levier ne s'exprimant pas à travers des pratiques abusives préalablement identifiées.

25. On relèvera toutefois, à rebours du mouvement que l'on vient d'évoquer, une décision *NicSand* dans laquelle la Cour d'appel du 6<sup>e</sup> Circuit a réformé la décision d'une Cour de District, en estimant parfaitement plausible l'hypothèse selon laquelle la conclusion d'un ensemble de contrats exclusifs par une entreprise dominante pouvait avoir des effets anticoncurrentiels et constituer une violation de l'article 2 du *Sherman Act* (*NicSand Inc. v. 3M Company*, 05-3431 (6<sup>th</sup> Cir. 2006)).

## C. – Confrontation du droit antitrust avec le droit de la propriété intellectuelle

26. Parmi les décisions confrontant le droit antitrust au droit de la propriété intellectuelle adoptées en 2006 (par ex. *Mon-santo Co. v. Scruggs et al.*, 459 F.3d 1328 (Fed. Cir. 2006) ; *Schor v. Abbott Laboratories*, préc.), c'est certainement la décision de la Cour suprême *Illinois Tool Works*, déjà citée, qui mérite la plus grande attention (*Illinois Tool Works Inc. v. Independent Ink, Inc.*, 547 US 1 (2006)). En l'espèce, l'entreprise Trident (rachetée ultérieurement par *Illinois Tool Works*) fabriquait et commercialisait des systèmes d'impression composés d'une tête d'impression brevetée, d'un réservoir d'encre breveté et d'une encre spécifiquement conçue pour cette technologie, mais non brevetée. Trident fournissait ces systèmes d'impression sous licence à des équipementiers qui les incorporaient à des imprimantes industrielles, vendues à des entreprises qui les utilisaient pour le conditionnement de leurs produits. Les équipementiers s'engageaient à acheter leur encre exclusivement auprès de Trident et convenaient de ne pas recharger les réservoirs vides avec des encres concurrentes. L'entreprise *Independent Ink* vendait une encre, dont la composition chimique était identique à celle commercialisée par Trident, et qui était donc compatible avec les systèmes d'impression élaborés par cette dernière société. *Independent Ink* se trouvait néanmoins dans l'impossibilité d'approvisionner les équipementiers utilisant la technologie de Trident, du fait de l'exclusivité assortissant les contrats de licence.

27. Estimant la stratégie de Trident anticoncurrentielle, *Independent Ink* porta plainte devant la Cour du district central de Californie. Le fabricant d'encre alléguait que les contrats conclus par Trident et les équipementiers consti-tuaient des ventes liées restrictives de

&gt;

concurrence et contraires à la section 1 du *Sherman Act*. La Cour de district se prononça en faveur de Trident, estimant qu'*Independent Ink* n'avait pas démontré que le défendeur disposait d'un pouvoir de marché. Cette condition étant nécessaire pour démontrer l'existence d'une pratique de vente liée illicite, la Cour rejeta la demande. La Cour d'appel infirma la solution de la Cour de District en se fondant sur une jurisprudence de la Cour suprême datant de 1947, selon laquelle, dans les affaires de ventes liées, le vendeur qui détient un brevet sur le produit liant est présumé disposer d'un pouvoir de marché (*International Salt Co. v. U. S.*, 332 U.S. 392 (1947)). Par conséquent, l'action d'*Independent Ink* devait pouvoir être accueillie.

**28.** L'affaire fut finalement portée devant la Cour suprême. Celle-ci avait l'opportunité de revenir sur l'ancienne jurisprudence de 1947, très critiquée par la doctrine majoritaire. Opérant un important revirement de jurisprudence, la Haute juridiction a mis fin à l'existence de la

présomption de pouvoir de marché lorsque le produit liant est breveté. Désormais, et à l'instar des ventes liées classiques (*Jefferson Parish Hospital Dist. No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2 (1984)), le vendeur dont le produit liant est breveté, ne peut être condamné que si le plaignant prouve l'existence d'un pouvoir de marché susceptible de forcer à l'acquisition du produit lié. La décision *Illinois Tool Works* dépasse le simple cadre des accords de couplage. Elle entérine la position adoptée par de nombreux économistes selon laquelle, dans la plupart des cas, un brevet ne confère pas nécessairement de pouvoir de marché à son détenteur (Hovenkamp H., *Federal Antitrust Policy*, op. cit., p. 400 et s.). La nouvelle position de la Cour est ainsi beaucoup plus réaliste et conforme aux besoins des marchés modernes.

**29.** Au terme de cette étude, plusieurs observations peuvent être formulées. Tout d'abord, dans les domaines d'intervention de la Division Antitrust, peu de changements peuvent être relevés par rapport aux années précédentes. La lutte contre

les cartels internationaux demeure l'objectif principal de l'autorité américaine et la stratégie pour y parvenir est inchangée. Celle-ci porte visiblement ses fruits puisqu'un nombre important et constant d'ententes secrètes est démantelé chaque année. S'agissant ensuite de l'activité des juridictions fédérales, l'analyse est nécessairement plus délicate à opérer du fait de la diversité des sources. On observe néanmoins la confirmation d'un mouvement, amorcé il y a peu, et qui va dans le sens d'une exigence accrue de la part des juges, lorsqu'il est question d'examiner les demandes des plaignants. Cette circonspection s'explique sans doute par une volonté de poser des limites claires, face à l'explosion des actions privées constatée depuis le début des années 2000. L'année 2006 a également vu la Cour suprême réévaluer certaines de ses jurisprudences qui apparaissaient dépassées. Celle-ci semble d'ailleurs décidée à poursuivre cette entreprise pour l'année 2007, afin d'adapter au mieux le droit antitrust américain aux nouvelles réalités économiques. ♦