



**HAL**  
open science

# Pouvoirs économiques privés et ordre concurrentiel : Une application à l'économie numérique

Frédéric Marty

► **To cite this version:**

Frédéric Marty. Pouvoirs économiques privés et ordre concurrentiel : Une application à l'économie numérique . 2018. halshs-01784851

**HAL Id: halshs-01784851**

**<https://shs.hal.science/halshs-01784851>**

Preprint submitted on 3 May 2018

**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.

**Pouvoirs économiques privés et ordre concurrentiel**  
***Une application à l'économie numérique***

Frédéric Marty



## EDITORIAL BOARD

**Chair: Xavier Ragot** (Sciences Po, OFCE)

**Members: Jérôme Creel** (Sciences Po, OFCE), **Eric Heyer** (Sciences Po, OFCE), **Lionel Nesta** (Université Nice Sophia Antipolis), **Xavier Timbeau** (Sciences Po, OFCE)

## CONTACT US

OFCE  
10 place de Catalogne | 75014 Paris | France  
Tél. +33 1 44 18 54 87

[www.ofce.fr](http://www.ofce.fr)

## WORKING PAPER CITATION

This Working Paper:

Frédéric Marty

**Pouvoirs économiques privés et ordre concurrentiel : Une application à l'économie numérique,**  
*Sciences Po OFCE Working Paper*, n° 16

Downloaded from URL : [www.ofce.sciences-po.fr/pdf/dtravail/OFCEWP2018-16.pdf](http://www.ofce.sciences-po.fr/pdf/dtravail/OFCEWP2018-16.pdf)

DOI - ISSN

#### ABOUT THE AUTHOR

**Frédéric Marty** Université Côte d'Azur, GREDEG, CNRS  
Also Sciences Po, OFCE, Paris, France  
**Email Address:** [frederic.marty@sciencespo.fr](mailto:frederic.marty@sciencespo.fr)

#### RÉSUMÉ

Il s'agit d'interroger la façon dont l'économie du droit de la concurrence se saisit de la question des pouvoirs économiques privés. Au travers d'une analyse historique, les prescriptions de la science économique et les pratiques décisionnelles américaine et européenne sont interrogées. Nous mettons en évidence une tension entre les recommandations qui découlent d'une défense de l'ordre concurrentiel conçu comme une garantie d'accès au marché et de pluralisme, et celles qui assignent à ce dernier le seul et unique objectif de la maximisation du bien-être du consommateur. Nous illustrons notre propos par une analyse de ces enjeux pour les marchés numériques et par une application au secteur des médias.

#### ABSTRACT

This paper analyses how competition law and economics tackles the issue of private economic power. Through a historical approach based on the evolutions of the economic thoughts and courts decisional practices, we stress a tension between recommendations based on a definition of the competitive order as a guarantee of access to market or of pluralism, and normative prescriptions based the consumer welfare maximisation, as the competition law enforcement unique criterion. We illustrate this debates with examples provided by digital markets and we open the discussion to the media sector.

#### KEY WORDS

Private economic powers, competition process, consumer welfare, media, capture.

#### JEL

B21, B25, D43, K21, L82, N42.

## I. Le pouvoir économique est-il une question pertinente pour l'économie du droit de la concurrence ?<sup>1</sup>

Le pouvoir économique est une notion qui a disparu du champ économique. Elle était pourtant centrale chez les institutionnalistes américains. Elle relevait des transactions de rareté liées à l'inégale répartition des droits de propriété entre les deux parties au contrat. L'absence d'une solution alternative pour l'un des deux contractants crée une dysmétrie. L'un des deux a la capacité de « retirer le produit » et de s'engager dans une transaction tierce. Cela permet d'exercer une menace crédible vis-à-vis de son contractant potentiel. Il en résulte la capacité de mettre en œuvre un pouvoir de coercition. Cette coercition peut s'exercer de deux façons. La première est d'exiger des contreparties excessives ou inéquitables pour que la transaction se fasse. Il s'agit, dans les catégories du droit de l'Union européenne, d'un abus d'exploitation. La seconde est la capacité de refuser ou de restreindre l'accès au marché du contractant. Nous sommes ici dans le domaine de l'abus d'éviction. Un exemple classique de l'exercice d'un pouvoir de coercition susceptible d'entraver ou de fausser l'accès au marché d'une entreprise peut tenir au contrôle d'une facilité essentielle.

Ainsi, si l'on adopte une définition pour le moins frustrante de l'ordre concurrentiel comme un ordre de marché garantissant l'accès au marché des opérateurs et une concurrence libre non faussée et par les mérites<sup>2</sup>, l'exercice d'un pouvoir économique privé peut engendrer des distorsions qu'il s'agit de prévenir et de sanctionner.

Le paradoxe est que l'économie du droit de la concurrence ne livre pas des conclusions si claires en la matière. La sanction ne doit s'appliquer que lorsqu'une pratique se traduit par un effet net négatif sur le bien-être du consommateur. De la même façon, l'évaluation d'un dommage au consommateur peut être problématique. Que faire quand la pratique conduit à des baisses de prix ? *A priori*, on demande à un opérateur doté d'un pouvoir de marché d'intéresser ses consommateurs à ses gains de productivité. De la même façon, comment appréhender la situation des marchés bifaces ? Dans une telle situation le prix payé par le consommateur peut-être nul voire négatif. En effet, la contrepartie de la transaction tient aux *données* qui sont *captées*.... Cela conduit donc à se poser la question des critères de prix pour caractériser des exercices de pouvoirs économiques. Les prix excessifs sont-ils si fréquents ? Sanctionner des

---

<sup>1</sup> L'auteur adresse ses plus sincères remerciements à Patrice Reis, organisateur des Journées de Droit Economiques, organisées à la Faculté de Droit et de Science Politique de Nice, le 12 avril 2018, ainsi qu'à l'ensemble des participants pour leurs questions et remarques stimulantes.

<sup>2</sup> Pour une analyse du concept, se reporter à Riem (2013).

prix « bas », comme prix d'éviction ou prix prédateurs expose à un risque de *faux positif* ou encore de protéger les concurrents au détriment des consommateurs.

En d'autres termes, l'économie du droit de la concurrence se caractérise par une certaine réticence pour sanctionner d'éventuels exercices de pouvoirs économiques privés... faute de disposer d'une *théorie du dommage* robuste. Les réticences sont encore plus fortes en regard d'une notion telle celle de la *responsabilité particulière de l'opérateur dominant*. L'approche dite plus économique conduit à rejeter toute forme de *régulation asymétrique de la concurrence*. Elle conduit aussi à réfuter la légitimité et l'efficacité de toute intervention publique ne visant pas la sanction *ex post* d'un abus mais la puissance de marché en elle-même. En d'autres termes, le pouvoir économique n'apparaît pas dans cette perspective comme un problème en soi... et guère plus comme une menace pour l'ordre concurrentiel qui pourrait justifier une intervention *ex ante* que cela soit sur les structures de marché ou quant à leur régulation.

Nous nous proposons donc dans cette contribution d'interroger la façon dont se saisit l'économie du droit de la concurrence de la question du pouvoir économique privé en regard de l'objectif de défense de l'ordre concurrentiel. A cette fin, nous montrons en première section que l'existence même d'une structure de marché monopolistique n'est pas obligatoirement conçue comme la marque de l'absence d'incitations concurrentielles. Nous considérons en deuxième partie le mouvement qui se développe actuellement en support d'une politique antitrust prenant en considération la question du pouvoir économique (Khan, 2018). Une fois ces deux positions définies, nous évaluons en troisième partie les dommages concurrentiels qui pourraient découler effectivement de la concentration de la concentration du pouvoir économique. Cela nous conduit à considérer en quatrième partie quels seraient les arguments à opposer à une concentration « efficace » du pouvoir économique. Notre cinquième section s'attache enfin à un cas paroxystique illustrant la tension entre concentration du pouvoir économique et préservation de l'ordre concurrentiel : celui du secteur des médias. La sixième section propose quelques éléments de conclusion.

## **II. Sous le monopole, la concurrence**

L'économie du droit de la concurrence conduit à considérer avec la plus extrême précaution la question des structures de marché. En d'autres termes, le monopole n'est pas un problème en lui-même. Cette position n'est pas totalement étrangère à la sphère juridique. La position

dominante n'est pas sanctionnée en elle-même pas le droit européen mais seulement son abus<sup>3</sup>. Le droit Antitrust américain ne sanctionne que la *monopolization* et non le monopole<sup>4</sup>. L'acquisition d'une position de monopole n'est sanctionnée par le Sherman Act que si celle-ci ne s'est pas faite par les *mérites*. L'arrêt *Grinnell* de la Cour Suprême en 1966 (384 US 563, 1966, United States v Grinnell Corporation) donne en outre une définition bien large de ces derniers, définition dépassant largement les notions d'investissements ou de prises de risques passés. De la même façon, pour rester dans le droit Antitrust, un équivalent de la notion d'abus de pouvoir économique par l'imposition de prix excessif n'existe guère. En d'autres termes, un monopole peut, aux Etats-Unis, appliquer des prix de monopole<sup>5</sup>. Si ce pouvoir procède des mérites, il est à la fois vu comme la contrepartie des investissements passés (une récompense légitime) et une incitation faite aux tiers de mettre en cause cette position de marché en leur ouvrant un espace sur le marché et en leur offrant la perspective des retours liés à une éventuelle future position dominante.

Autrement dit, le prix excessif est un phénomène éminemment transitoire et appelé à se corriger de lui-même<sup>6</sup>. Les seuls secteurs où une telle pratique peut perdurer sont ceux protégés par des barrières à l'entrée. Or, pour l'Ecole de Chicago, une barrière à l'entrée ne peut désigner qu'un coût qu'aurait à supporter un nouvel entrant que n'aurait pas eu à financer l'entreprise aujourd'hui dominante (Stigler, 1968). Ce faisant, les seules barrières à l'entrée sont de nature réglementaire. On retrouve ici le point la position de l'AG Wahl dans son opinion relative à un renvoi préjudiciel devant la Cour de Justice dans l'affaire de la société de gestion des droits

---

<sup>3</sup> La « censure » à l'été 2015 du projet d'injonctions structurelles inséré dans le projet de la loi Macron par le Conseil Constitutionnel témoigne du lien consubstantiel (au moins depuis l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986) entre la caractérisation d'un abus et la sanction concurrentielle (Décision n° 2015-715 DC du Conseil Constitutionnel du 05 août 2015 relative à la Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économique).

<sup>4</sup> L'histoire même de la catégorie juridique américaine de *monopolization* est intéressante quant à la prise en considération des menaces que font courir les pouvoirs économiques publics ou privés sur le processus de concurrence. Les difficultés de conception de ce nouvel instrument d'action publique dans la sphère économique liées aux réticences quant à une rupture vis-à-vis d'une politique de *laissez faire* poussèrent la Commission des Lois du Sénat américain à rechercher dans les catégories de la *Common Law* des éléments permettant de faire pièce à des phénomènes de concentration du pouvoir économique ne relevant pas des seuls mérites. Elle trouva dans la *Common Law* anglaise la notion de monopolisation qui correspondait au refus par le Parlement d'accepter que le pouvoir royal ne préserve certaines entreprises de la concurrence en leur accordant des monopoles (Trush et Ferris, 2010). Le Parlement anglais fut particulièrement actif dans le domaine au travers de plusieurs décisions prises entre la fin du XVI<sup>ème</sup> siècle et le début du XVII<sup>ème</sup>. La décision *Darcy v. Allen* (dite *The case against monopolies*) en 1603 et le *Statute of Monopolies* de 1624 incarnent cette période (Letwin, 1954) marquée par une « anti-monopoly tradition [...] concerned primarily with governmental cryonism and exclusive privileges » (Crane, 2018). La contestation des monopoles faisait écho au processus qui allait conduire à la Révolution Anglaise. Au travers du Sherman Act, la *monopolisation* utilisée pour défendre la concurrence contre les pouvoirs publics se mua en *monopolization* pour la défendre contre les pouvoirs économiques privés.

<http://www.historyofparliamentonline.org/volume/1604-1629/survey/parliament-1621>

<sup>5</sup> Arrêt *Berkey Photo v Eastman Kodak* de la Cour Suprême en 1980 (444 US 1093, 1980).

<sup>6</sup> Une stratégie de prix limite (Bain, 1949) serait, à cette aune, plus problématique.

d'auteurs lettonne : les prix excessifs ne peuvent exister durablement que dans les secteurs régulés... sinon ils seraient corrigés par le marché<sup>7</sup>.

Cette même logique est à l'œuvre pour le second type d'exercice du pouvoir économique : le refus de contracter de la part du détenteur d'une facilité essentielle ou l'acceptation de le faire sous des conditions léonines ou tellement dégradées qu'elles mettent en cause un accès « non distordu » au marché. Ici aussi, la pratique décisionnelle américaine va à l'encontre de la sanction d'éventuels comportements qui pourraient être considérés comme relevant de l'exercice d'un pouvoir économique privé. L'arrêt *Colgate* de la Cour Suprême de 1919 (250 US 300, 1919) indique que toute entreprise, quelle que soit sa position de marché, est libre de contracter ou non avec une entreprise tierce et de le faire le cas échéant dans les conditions qu'elle souhaite. L'arrêt *Trinko* de 2004 (*Verizon v Trinko*, 540 US 398, 2004) considère que la théorie des facilités essentielles n'est pertinente que dans les secteurs faisant l'objet d'une régulation sectorielle.

Tout cela donne le sentiment, *in fine*, que l'exercice de pouvoirs économiques, ne peut réellement survenir que dans des secteurs protégés par une régulation publique ou dans des secteurs où agissent d'anciens monopoles publics ou des entreprises jouissant de droits exclusifs. Dans cette logique, les exercices (abusifs) de pouvoirs de marché relèvent plus d'une *défaillance de la réglementation* que d'une *défaillance de marché*.

Pour aller encore plus loin, un marché monopolisé n'est pas caractéristique d'une *défaillance de marché* ou d'un épuisement du processus de concurrence. En effet, alors que pour les économistes libéraux de l'Ecole de Chicago jusqu'aux lendemains de la Seconde Guerre Mondiale, la taille des firmes posait un problème en elle-même, la Seconde Ecole de Chicago considère qu'une position de monopole ne marque en rien l'épuisement du processus de concurrence (Van Horn, 2009). Les incitations propres à la concurrence survivent à la concentration du pouvoir économique même si celle-ci va jusqu'au monopole.

Une telle hypothèse peut faire l'objet de plusieurs angles de discussion. Elle peut tout d'abord reposer sur une hypothèse de contestabilité des marchés. Elle requiert alors d'accepter la prémisse selon laquelle il ne peut exister ni barrière à l'entrée financière, ni barrière à l'entrée technique. Une telle hypothèse suppose aussi comme nous le verrons *infra* que l'on admette

---

<sup>7</sup> Conclusions de l'Avocat Général Nils Wahl, présentées le 6 avril 2017 dans l'affaire C-177/16, *Biedrība « Autortiesību un komunikācijas konsultāciju aģentūra – Latvijas Autoru apvienība » contre Konkurences padome* » (Cour de Justice).

que l'industrie ne se caractérise pas par des effets de réseaux ou des rendements croissants qui rendraient impossible l'entrée d'un compétiteur d'emblée aussi efficace que l'opérateur en place. L'adhésion à une telle hypothèse suppose également que l'on accepte l'idée selon laquelle *la grande entreprise fonctionne comme une approximation du marché* (Van Horn et Emmett, 2014). Ce dernier point mérite une discussion. Il semble s'articuler avec une logique *coasienne* (1937) dans le cadre de laquelle la hiérarchie (i.e. l'intégration dans une organisation) peut s'avérer un substitut efficace au marché quand les coûts de transaction sont très élevés.

Cependant, adopter une telle conception fait qu'une position monopolistique sur un marché, i.e. une concentration absolue du pouvoir économique, ne pose aucun problème pour l'ordre concurrentiel. Or, cela suppose déjà que l'on considère la défense de l'ordre concurrentiel comme réductible à la seule défense de l'efficacité productive. Cela conduit en d'autres termes à ne pas considérer que la défense d'un libre accès au marché ou le maintien d'une pluralité d'opérateurs ne participe pas de la préservation de l'ordre concurrentiel.

Il convient de savoir ce que l'on entend par efficacité. Depuis les travaux de la seconde école de Chicago, notamment ceux de Robert Bork (1966), on considère que celle-ci correspond au bien-être du consommateur<sup>8</sup>. *A priori*, un tel objectif est difficilement discutable. Il peut cependant l'être à deux égards. Premièrement, il repose sur une logique allocative et court-termiste. Pour autant, il convient de discuter la pertinence d'une approche de type *paternalisme libéral* conduisant à protéger le consommateur contre lui-même pour l'inciter à faire des choix allant dans le sens de ses intérêts de long terme. Deuxièmement, l'efficacité n'est guère limitée au bien-être du consommateur. Il s'agit d'une efficacité totale. Le critère repose sur une logique de compensation à la Kaldor-Hicks. On considère l'effet net de la pratique de marché et on vérifie si un gain net en termes de bien-être rend possible une *hypothétique* compensation pour le consommateur.

Malgré ces critiques, la mise en œuvre de ces critères fait que la position dominante n'est pas un problème en elle-même ; dans l'absolu le monopole non plus du moment où il est acquis par les mérites et n'est pas protégé par la réglementation publique. Cela peut conduire à un *pro-trust antitrust* qui renoue paradoxalement avec les travaux des économistes institutionnalistes du premier vingtième siècle quant à la question de la concentration du pouvoir économique

---

<sup>8</sup> La définition du bien-être du consommateur, telle que proposée par Robert Bork (1978), recouvre de fait la notion d'efficacité allocative, donc celle de bien-être total. Carlton (2007, p.157) préconise de poursuivre directement cet objectif : "The fundamental reason is familiar to most economists: it is better to pursue public policies that maximize output and then worry about distributional questions, rather than to pursue inefficient policies".

(Hovenkamp, 2009). Ceux-ci la considéraient comme nécessaire à l'efficacité économique dans certaines industries<sup>9</sup>. Les institutionnalistes n'adhéraient guère au modèle de la concurrence pure et parfaite. Celui-ci tenait, selon eux, de la *blackboard economics*, autrement dit d'une *économie à l'anglaise*, reposant sur une vision théorisée du marché.

Si la concentration du pouvoir économique leur apparaissait nécessaire, il n'en demeurait pas moins indispensable d'en réguler l'exercice. Si elle peut être souhaitable en termes d'efficacité, elle peut s'avérer préjudiciable en termes de justice sociale, c'est-à-dire de répartition du bien-être dans la mesure où elle donne lieu à des *transactions de rareté* (Commons, 1931). Cette conséquence de l'inégale répartition des droits de propriété et du phénomène de rareté appelle une régulation publique de façon à garantir une répartition raisonnable du bien-être. A l'inverse, pour l'école de Chicago, cela ne justifie en rien une intervention dans la sphère de marché. La question de la distribution est neutre en termes économiques. Jouer sur les relations de marché pour poursuivre des objectifs de répartition altérerait la qualité des signaux de prix et serait donc collectivement préjudiciable. Il convient donc, si on porte des objectifs de distribution, de les faire porter par d'autres vecteurs de politique publique, comme la fiscalité.

Deux autres questions devraient alors être envisagées. La première tient à la capacité du levier fiscal à être activé au détriment des acteurs dotés d'un pouvoir de marché – ce qui pose une question en termes de capacités de négociation des entreprises... et ouvre sur la question des liens entre les pouvoirs économiques privés et le pouvoir politique au travers des stratégies d'influence et de *lobbying*. La seconde, si on suppose que ces transferts ne se font pas tient aux effets de long terme sur l'efficacité d'une inégale répartition (Harberger, 1954). A cette aune, les travaux de Thomas Piketty (2014) ont pu être prolongés ces dernières années par de nombreuses contributions notamment empiriques mettant en regard l'intensité de la mise en œuvre des règles antitrust, l'évolution de la distribution du bien-être dans la société et le potentiel de croissance de l'économie (Khan et Vaheesan, 2017 ; De Loecker et Eeckhout, 2017). L'impact de la concentration du pouvoir économique sur la distribution ne doit pas être négligé.

Pour autant, les contestations dans le champ politique et dans la sphère académique de la concentration du pouvoir de marché sont dénoncées comme liées exclusivement à la taille des entreprises en elle-même et pour elle-même. La prise en compte des effets sur l'ordre

---

<sup>9</sup> La frontière entre concurrence et régulation peut dépendre de l'existence de rendements croissants (Drexler et di Porto, 2015).

concurrentiel (efficacité, accès au marché...) est réduite à la question d'une contestation de la *bigness per se*<sup>10</sup>. Elle est à ce titre souvent *disqualifiée* comme a-technique sinon populiste. C'est à cette disqualification que nous nous attachons dans notre troisième partie.

### III. Faut-il rejeter le *hipster antitrust* ?

Il s'agit de s'attacher au débat actuel quant à la puissance de marché de certains opérateurs dominants de l'économie numérique. Celle-ci pose-t-elle un réel problème en matière d'ordre concurrentiel ?

Les travaux de Zephyr Teachout et Lina Khan (2014) puis l'article de Lina Khan *The Amazon Antitrust Paradox*, publié en 2017, ont fait resurgir aux Etats-Unis un débat sur la nécessité pour le droit Antitrust de traiter la question de la concentration du pouvoir économique. Ce travail conduit notamment à une remise en cause du critère du bien-être du consommateur comme unique objectif légitime du droit antitrust. A l'inverse des positions adoptées par Robert Bork dans sa *Legislative Intent* (1966), Lina Khan relie le Sherman Act à un objectif de prévention de la constitution de positions monopolistiques sur le marché. Elle rejoint en ce sens les travaux de Lande (1982) qui mettaient en exergue l'importance dans la promulgation du Sherman Act de la question des transferts de bien-être induits entre les agents. Pour Lande, le fait de pouvoir fixer unilatéralement son prix au-delà du niveau concurrentiel permet le « monopoleur » d'accaparer tout ou partie du surplus du consommateur. Il y a donc un problème d'équité lié à l'exercice d'un pouvoir de marché. Le droit de la concurrence doit-il garantir la liberté des opérateurs sur le marché ou doit-il prévenir des déséquilibres économiques résultants de l'exercice de pouvoirs de marché ?

C'est la tension relevée par Waked (2018) dans l'Antitrust américain entre les notions de *fair competition* et de *free competition*. La première accepte un *contrôle social* de la raisonnable du résultat du processus de concurrence et admet une *régulation* de secteurs *affected with a public interest*<sup>11</sup> pour en garantir un fonctionnement, notamment en termes de tarifs, équilibré

---

<sup>10</sup> Sur les liens entre concentration et création de nouvelles firmes, notamment mis en perspective avec les politiques publiques, voir Hathaway et Litan (2014).

<sup>11</sup> La première application de ce principe en droit américain précède de plus d'une décennie le Sherman Act. Il s'agissait également de faire face aux effets de la concentration du pouvoir économique privé sans pour autant priver l'économie des gains d'efficacité qui en résultaient. La régulation des entreprises *affected with a public interest* fut donc légitimée dès 1877 par la Cour Suprême dans son arrêt *Munn v. Illinois* (94 U.S. 113). Tout au long de la première partie du vingtième siècle se pose la question de savoir quel était le périmètre des entreprises mettant effectivement en jeu ces dimensions. En filigrane, se pose une question comparable à celle de l'activation de la théorie des facilités essentielles. Celle-ci doit-elle se limiter aux monopoles naturels *stricto sensu* ? Doit-elle être généralisée à tous les marchés caractérisés par des goulets d'étranglement ou maîtrisés par des *opérateurs cruciaux* dont la position est difficilement contestable au vu des risques techniques et financiers qu'entraînerait

pour les différentes parties prenantes<sup>12</sup>. La seconde ne tolère que difficilement l'idée d'une mise en cause des droits de propriété et de la liberté contractuelle. Le droit de la concurrence n'a pas pour rôle de prévenir ou de brider des pouvoirs économiques privés qui ne seraient issus que des mérites et qui n'étendraient pas par d'autres moyens leur position dominante à d'autres secteurs. Il convient également de relier cette réticence à une méfiance vis-à-vis de l'activation des règles de concurrence elles-mêmes. Un *public enforcement* peut faire craindre un phénomène de capture de la réglementation dans une logique de type *public choice*. Un *private enforcement* peut également mettre en jeu une capture. Celle-ci tient alors à une instrumentalisation des règles par des concurrents cherchant à se protéger de concurrents plus efficaces.

Les recommandations de l'Ecole de Chicago en matière d'attribution de la charge de la preuve au plaignant et d'élévation de son standard s'inscrivent dans ce cadre. Les recommandations de Bork (1978) dans son *Anitrust Paradox* en termes de limitation de l'activation des règles antitrust aux accords horizontaux et aux fusions conduisant au monopole vont dans ce sens<sup>13</sup>. En matière de pratiques d'éviction, la mise en œuvre des règles de concurrence doit être des plus parcimonieuses ... et reposer non pas sur l'activation d'une règle de raison (coûteuse et pouvant conduire à des *faux positifs*) mais plutôt sur des règles *per se*. Sauf, qu'il ne s'agirait plus d'interdire *a priori* des pratiques mais de les considérer comme concurrentielles par défaut (*per se*), au vu d'une modélisation théorique, dans la mesure où elles ne peuvent être viables ou ne sauraient que profiter au consommateur.

Ces recommandations constituent le socle de l'Ecole de Chicago mais pour autant elles ne constituent pas réellement la pratique de l'Antitrust américain<sup>14</sup>. Il faut en effet convenir avec Hovenkamp (2018) et Langlois (2018) que la jurisprudence de la Cour Suprême américaine suit

---

une entrée sur le marché ? Il serait également possible de s'interroger s'il est possible de considérer qu'une facilité essentielle est en jeu dès lors que l'industrie se caractérise par des rendements croissants.

<sup>12</sup> Pour les économistes institutionnalistes tels Hamilton (1930), la notion doit s'appliquer dès lors qu'il existe un déséquilibre contractuel significatif entre les parties, susceptible de remettre en cause un fonctionnement *raisonnable* du marché. Hamilton (1930) s'appuie sur ce point sur l'opinion dissidente du juge Harlan F. Stone dans la décision de la Cour Suprême *Tyson & Brother v. Banton* (273 U.S. 418, 1927) : "In short, price-fixing should be held valid, whenever "there is any combination of circumstances materially restricting the regulative force of competition, so that buyers or sellers are placed at such a disadvantage in the bargaining struggle that serious economic consequences result to a very large number of members of the community".

<sup>13</sup> La recommandation de rejeter les poursuites engagées sur la base de prix d'éviction par les concurrents était déjà présente chez McGee (1958) : "what businessmen do to another is much less significant to monopoly than what they find it to do together to serve their common interest".

<sup>14</sup> Formellement, l'approche par les effets a été consacrée par l'arrêt GTE Sylvania de la Cour Suprême en 1977 (*Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36, 1977). Celui-ci a conduit à la substituer à une règle d'interdiction *per se* en matière de restriction verticale. La prise en compte du bien-être du consommateur comme objectif du Sherman Act peut être datée de 1979 avec l'arrêt *Reiter v. Sonotone Corp.* (442 U.S. 330, 1979).

de fait les prescriptions de l'Ecole de Harvard (du moins dans sa forme actuelle). En effet, la règle de raison est bien plus souvent utilisée que ce qui pourrait résulter d'une approche chicagóenne jugeant les pratiques de marché à la seule aune de la théorie des prix<sup>15</sup>. Cependant, si la contestation de la pratique de l'Antitrust américain peut être parfois excessive (celui-ci étant accusé d'accepter de faire courir au marché un risque de monopolisation irréversible sur la base de l'efficacité à court terme, sans garantie que le consommateur n'en profite effectivement) celle du *New Brandeis movement* peut l'être tout autant.

En effet, opposer un antitrust technique à un antitrust naïf (Hovenkamp, 2018) revient à rebattre toutes les dimensions de la protection de l'ordre concurrentiel à une seule : celle de la maximisation du bien-être dans une logique à la Kaldor-Hicks. Néanmoins, les enjeux qui sont posés par la concentration du pouvoir économique ne se limitent pas à cette seule dimension. Même si nous restions sur la seule dimension de l'efficacité, la question du long terme resterait posée : quelles sont les incitations d'une firme dotée d'un pouvoir économique à investir pour gagner en efficacité et à reverser ses gains aux consommateurs si sa position n'est plus contestable ? Au-delà de l'efficacité elle-même, la défense de l'ordre concurrentiel ne suppose-t-elle pas la préservation d'une liberté d'accès au marché des concurrents, de la liberté de choix des consommateurs, voire de l'équité dans les transactions qui s'y établissent ? Une concurrence libre, non faussée et fondée sur les mérites ne se réduit pas à l'efficacité allocative.

Pour autant, les critiques faites au *New Brandeis Movement* lui reprochant son *populisme* (Shapiro, 2017 ; Hovenkamp, 2018 ; Langlois, 2018 ; Crane, 2018) sont intéressantes à considérer au-delà de leur nature polémique. Tout d'abord, elles font écho aux travaux de Hofstadter (1964) sur le *Paranoid Style in American Politics* (Vaheesan, 2014). Ensuite, elles renvoient à l'histoire même de l'Antitrust américain. La promulgation du Sherman Act visait-elle exclusivement comme l'affirmait Robert Bork (1966) la maximisation du bien-être du consommateur ou a-t-elle procédé d'une réponse (plus ou moins contrainte) à un mouvement d'opinion contre les *robber barons* de la deuxième révolution industrielle ?

La critique adressée à Lina Khan (2017) peut également être mise en parallèle avec celles qui avaient été formulées par Director (1953, 1964) et par Director et Levi (1957) à l'application d'alors des règles antitrust au début du développement de la seconde école de Chicago. Dans le premier texte (prononcé en conférence en 1953 et publié dans le *Journal of Law and Economics* en 1964), Director posait le principe d'une stricte séparation entre les sphères politique et

---

<sup>15</sup> Suivant Posner (1979), "The proper lens for viewing antitrust problems is price theory".

économique. La seconde ne devait être régie qu'au travers du mécanisme des prix. Les décisions de marché n'avaient pas à être altérées ou contraintes par des choix collectifs même s'ils résultaient d'une délibération et d'une décision démocratique. Si le mécanisme des prix ne semblait pas devoir être faussé par la concentration du pouvoir économique, la décision publique, elle, peut faire l'objet d'une capture par des intérêts constitués ou donner lieu à des décisions « populistes ». L'article de 1957 quant à lui ne visait pas à protéger le marché contre les décisions politiques mais contre des décisions discrétionnaires des juges dans le cadre des contentieux concurrentiels. L'article reposait notamment sur une critique de la décision du juge Learned Hand dans l'affaire Alcoa (148 F.2d 416, 2<sup>nd</sup> Cir., 1945). Dans un cas de compression des marges mise en œuvre par une entreprise verticalement intégrée, en situation de monopole sur le bien essentiel amont, au détriment de ses concurrents sur le marché aval, le juge Hand avait considéré qu'il était nécessaire que l'entreprise fixe son prix amont à une valeur permettant à son concurrent aval de demeurer sur le marché en dégageant un *living profit*.

L'objectif d'efficacité cède devant un objectif de maintien sur le marché d'entreprises actives sur le segment aval. Même un concurrent moins efficace que la subdivision aval de l'opérateur verticalement intégré doit bénéficier de conditions de prix sur le bien amont lui permettant de demeurer sur le marché. L'opérateur dominant peut donc aller jusqu'à lui proposer des conditions plus favorables que le prix de cession interne pratiqué pour sa propre filiale.

Il est à relever que la pratique décisionnelle actuelle de la Commission européenne ne conduirait pas une décision équivalente. Dans le cadre d'une approche par les effets, une pratique de prix excessif d'un bien essentiel amont ne peut être sanctionnée que s'il est établi que si de mêmes conditions étaient faites à l'opérateur verticalement intégré, sa filiale aval serait déficitaire. C'est en d'autres termes le test du « concurrent aussi efficace » qui permet à cet égard de protéger la concurrence et non les concurrents. A ceci près que *la concurrence* dans ce cadre recouvre le seul bien-être du consommateur et non *l'existence d'une alternative sur le marché*.

#### **IV. Des risques concurrentiels liés à la concentration du pouvoir économique ?**

Le *technical antitrust* pour reprendre les termes d'Hovenkamp (2018) fondé sur le recours à une règle de raison (i.e. la balance des effets sur le bien-être du consommateur) permettrait une décision « neutre », « objective » et basée sur des faits<sup>16</sup>. Il ne repose pas sur un modèle

---

<sup>16</sup> Il serait intéressant de discuter l'articulation de l'*economic turn* de la mise en œuvre des règles de concurrence avec l'*empirical turn* qui semble devoir être de mise notamment pour les marchés de haute technologie. Dès lors que les conséquences d'une pratique sur le marché sont malaisés à apprécier, il peut être utile (sinon nécessaire) de compléter (sinon de substituer) un *evidence-based antitrust* à l'approche par les effets (Wright, 2013). Un tel

théorique déterminé, comme le ferait une application des prescriptions *chicagoéennes*, et ne conduit pas à laisser un décideur politique ou judiciaire, arbitrer entre différents objectifs, vagues, non commensurables et parfois contradictoire. En d'autres termes, la décision concurrentielle se base sur une logique d'analyse économique du droit à la Posner. L'analyse économique est la grammaire de la décision judiciaire et celle-ci ne se fonde que sur un critère d'efficacité.

Pour autant cette *règle de raison* pourrait-elle être difficile à mettre en œuvre et le critère de l'efficacité difficile à appréhender ? Nous nous proposons ici de fournir une illustration au travers du secteur numérique.

Premièrement, il n'est pas acquis que la concentration actuelle du pouvoir économique dans certains secteurs soit si aisément réversible. Dans des secteurs qui se caractérisent par de forts effets de réseaux et qui sont très intensifs en recherche-développement, il n'est pas acquis que la concurrence ne soit qu'à *un clic*<sup>17</sup>. De la même façon, le consommateur ne peut parfois que difficilement abandonner une plateforme pour une autre ou mettre en œuvre une stratégie aisée de multi-hébergement. Pour ne donner que deux illustrations, un changement de plateforme peut engendrer pour un client des *switching costs* et tant la mobilité inter-plateformes que l'utilisation simultanée de plusieurs d'entre elles sont rendues difficiles par les effets de silos générés par celles-ci. Cela peut procéder à la fois d'offres de services complémentaires non aisément *transportables* vers une autre plateforme et des effets de fidélisation des utilisateurs au travers des réflexes acquis en ligne (Candeub, 2014).

La puissance de marché peut être rendue quasi-irréversible au travers du contrôle des données (ou des *captées*). En effet, même si le nombre de données croît exponentiellement et que les stocks de données passées peuvent être frappés d'une rapide obsolescence, il n'en demeure pas moins que les nouveaux entrants partent avec un handicap. Ce dernier est de plus lié au lien

---

apport est d'autant plus nécessaire que les coûts des *faux positifs* sont particulièrement élevés sur ces marchés et que la théorie du dommage peut être difficile à établir. Baser la décision sur des preuves empiriques permet également de renforcer l'*objectivité* de la décision. Il n'y a en effet plus de question quant aux biais de sélection entre des modèles concurrents pouvant expliquer la licéité de la pratique ou bien établir son éventuel effet anticoncurrentiel. Enfin, le virage empirique est rendu possible par la quantité des données disponibles et par le perfectionnement des outils d'analyse.

<sup>17</sup> Le relatif échec de *Bing* à concurrencer *Google Search* tend à montrer que les effets de réseaux rendent de moins en moins aisément contestable les positions dominantes. L'effet de consolidation de la position dépend de la quantité des requêtes disponibles. La qualité des résultats dépend de la quantité de données disponibles (laquelle joue également sur les algorithmes via l'apprentissage machine)...mais également de la capacité des firmes à investir. A ce titre, la décision de la Commission européenne du 27 juin 2017 dans l'affaire *Google Shopping* illustre le poids de ces derniers. En 2006, Google investissait 1,90 milliard de dollars annuellement dans son moteur de recherche. Yahoo y consacrait 689 millions, soit approximativement un rapport de 1 à 3. En 2014, Google investissait 10,95 milliard et Yahoo 372 millions, soit un rapport de 1 à 28 (§291, Cas AT.39740).

entre quantité de données disponible et performance des algorithmes et quantité des données disponibles. Il convient en effet de relever qu'une partie des données peut également être déduite des données existantes ou de l'observation des comportements. Ce faisant, un nouvel entrant ne peut que difficilement s'engager dans une concurrence à armes égales même s'il acquiert des données auprès de tiers (Autorité de la concurrence et Bundeskartellamt, 2016). De plus les capacités de suivi du parcours en ligne des consommateurs (sur le site et en dehors de ce dernier<sup>18</sup>), ou encore de personnalisation des prix, permettent d'engager des stratégies de prédatons plus ciblées (et donc plus efficaces et moins coûteuses) à l'encontre des concurrents en les faisant porter seulement sur les consommateurs qui sont effectivement susceptibles d'acheter sur leur site<sup>19</sup>.

En outre, la position de marché de la plateforme dominante peut être d'autant plus aisée à défendre que le foisonnement des prix brouille les signaux qui pourraient conduire de nouveaux concurrents à entrer sur le marché ou permettre aux consommateurs d'identifier d'éventuelles hausses de prix et d'y réagir, par exemple en changeant de plateforme (Khan, 2017). De plus, les entreprises concernées n'ont pas pour stratégie de redistribuer une part significative de leurs profits sous forme de dividendes mais de les réinvestir. Cela tend à montrer que la concurrence entre les acteurs dominants de l'économie numérique est vive malgré les phénomènes de dominance sur des marchés précis (Petit, 2017). Cette configuration rend bien plus difficile la possibilité d'entrées. *De facto*, la situation revient à une logique de prix limite. En ne récupérant pas ses investissements au travers de hausses de prix, l'opérateur devenu dominant, fait que sa position ne peut pas être contestée (Khan, 2017).

Deuxièmement, cette dépendance ne s'exerce pas seulement vis-à-vis des consommateurs finaux mais également vis-à-vis des partenaires commerciaux. Il peut s'agir par exemple des offreurs tiers sur une place de marché<sup>20</sup>. La dépendance des offreurs de services vis-à-vis des plateformes peut se traduire par des arrangements commerciaux déséquilibrés<sup>21</sup>. La menace de

---

<sup>18</sup> Autorité de la concurrence, avis n° 18-A-03 du 6 mars 2018 portant sur l'exploitation des données dans le secteur de la publicité sur internet.

<sup>19</sup> Il convient également de noter qu'à l'inverse des acteurs du commerce traditionnel qui ne disposent de données que sur les achats passés, les plateformes disposent de données sur les intentions de consommation future au travers des articles consultés, des articles mis dans le panier ou encore du parcours même de l'internaute sur le site (Khan, 2017).

<sup>20</sup> Pour Lina Khan (2017), les prix d'éviction sur le versant *consommateurs* de l'activité de la plateforme pourraient être compensés par des prix excessifs sur le versant *marchands*.

<sup>21</sup> Cela vaut pour les *marchands* indépendants qui utilisent la plateforme mais également pour les transporteurs des colis. Pour Khan (2017), en négociant des conditions privilégiées avec ces derniers, les plateformes favorisent en effet ricochet des conditions moins favorables pour leurs concurrents représentant une moindre part du chiffre d'affaires.

déréférencement ou d'une dégradation de la présentation des résultats (*demoting*) est possible et ce d'autant plus que la plateforme propose elle-même ses propres services verticaux. L'*inception impact assessment* de la Commission européenne sur les relations P2B (*Fairness in Platform-to-Business Relations*), publié en octobre 2017(Ares(2017)5222469) ainsi que la décision *Google Shopping* de la Commission rendue en juin 2017 illustrent ces risques.

L'avantage lié aux données peut non seulement jouer dans la concurrence entre « plateformes » mais il peut également jouer dans l'aggravation de la dépendance des utilisateurs d'une plateforme vis-à-vis de celle-ci. Ce problème est particulièrement prégnant sur les places de marché où les données clients ne sont parfois pas transférées aux *marchands* mais conservées par la plateforme. Les stratégies de multi-hébergements sont plus difficiles à mettre en œuvre ; le coût d'un déréférencement est plus élevé et l'actif essentiel demeure contrôlé par l'intermédiaire (la plateforme) qui peut le valoriser en termes de ciblage publicitaire. Notons que la même problématique s'est posée pour la presse. Les différents entre les plateformes et les éditeurs de presse se sont notamment polarisés autour de la question de la gestion des abonnements et des paiements liés à la consultation à l'article. Les groupes de presse peuvent-ils avoir accès à l'ensemble des informations sur les lecteurs de leurs contenus de façon à pouvoir établir un lien direct avec des derniers ? A nouveau, surgit la dimension de la dépendance des tiers vis-à-vis de l'opérateur doté d'un pouvoir de marché et par là même de la pérennité de celui-ci.

Troisièmement, se pose une question non plus seulement de pérennisation de la position dominante sur un marché donné mais de son transfert d'un marché à l'autre. En effet, les exemples des décisions *Google Shopping* (Commission européenne, juin 2017) et *Google Search* (Commission de la concurrence indienne, *Matrimony.com Limited Vs. Google LLC & Others*, 31 janvier 2018) montrent qu'il est possible de craindre la mise en œuvre de stratégies de levier anticoncurrentiel ou du moins que les opérateurs dominants puissent aisément étendre leurs positions à des domaines verticalement reliés ou seulement connexes du fait même de leurs capacités d'investissement. Le risque d'une extension de la position dominante est d'autant plus plausible que les groupes dominants du numériques sont engagés dans un modèle de concurrence et de croissance conglomérale (Petit, 2017) et appuient souvent leurs stratégies de diversification sur des opérations de croissance externe<sup>22</sup>. Non seulement sanctionner les

---

<sup>22</sup> Les plateformes (ou plus généralement les entreprises dominantes du secteur numérique) peuvent être d'autant plus performantes dans leurs stratégies de diversifications qu'elles disposent d'un large portefeuille de données sur les clients, lequel a été acquis sur d'autres marchés (Khan, 2017).

possibles effets de levier anticoncurrentiel est difficile, dans la mesure où il s'agit souvent de marchés bifaces, dans le cadre desquels le préjudice pour le consommateur est difficile à apprécier. Non seulement les marchés pertinents sont peu aisés à définir, mais les effets futurs des pratiques sont extrêmement difficiles à évaluer. La situation vaut pour la sanction des pratiques anticoncurrentielles mais aussi et surtout pour le contrôle des concentrations. Les opérations mettent en jeu des services futurs et elles impliquent souvent des entreprises qui ont une faible part de marché, sinon aucune, et dont le modèle de valorisation pour leurs investisseurs initiaux réside moins dans l'accès au marché que dans le rachat par un opérateur tiers.

Quatrièmement, il convient de relever que nous n'avons abordé ici que le cas de la dominance individuelle mais pas encore de la dominance collective. Les marchés numériques (mais nous pourrions étendre notre propos) sont en effet caractérisés par une structure étroitement oligopolistique qui pourrait – si la turbulence technologique et concurrentielle venait à se ralentir – favoriser l'émergence de phénomènes de collusion tacite<sup>23</sup>. Ces phénomènes collusifs pourraient d'ailleurs être favorisés par l'usage d'algorithmes de tarification (Ezrachi et Stucke, 2016). Qui plus est au-delà même du secteur numérique, se pose la question des effets sur la concurrence de prises de participations croisées entre des groupes ou de la présence de mêmes actionnaires minoritaires au capital de firmes concurrentes horizontalement ou reliées verticalement (Elhauge, 2018).

#### **V. L'économie peut-elle opposer quelques arguments à une concentration « efficace » du pouvoir économique ?**

Les trusts de la fin du 19<sup>ème</sup> siècle étaient efficaces (Di Lorenzo, 1985). Les prix des secteurs concernés chutaient plus que les autres du fait de la réalisation de forts gains d'efficience (Crandall et Winston, 2003). Les économistes institutionnalistes étaient d'ailleurs opposés à l'antitrust sur ce fondement (Rutherford, 2011). La solution d'une régulation publique pour trouver un équilibre raisonnable entre les intérêts des différentes parties prenantes était préférée à une renonciation aux gains liés à la concentration du pouvoir économique. L'efficacité ne devait pas être sacrifiée à la préservation d'un quelconque *ordre concurrentiel*. La régulation publique était alors considérée comme porteuse d'un intérêt général et non pas d'intérêts privés (de fonctionnaires ou de politiciens) comme le fera plus tard le *public choice*. Elle se concevait

---

<sup>23</sup> Celle-ci étant potentiellement d'autant plus stable que les entreprises concernées ont des contacts multi-marchés (Pénard, 2003).

comme le résultat d'une délibération dans le cadre d'une commission rassemblant les différentes parties prenantes et donc les intérêts en présence (Commons, 1907). Ce faisant, la logique de fonctionnement n'était pas celle de la régulation telle qu'elle s'imposera depuis le Royaume-Uni à partir des années quatre-vingt, à savoir le modèle d'un régulateur indépendant, constitué comme une autorité administrative. Ce fonctionnement permettait – sur le principe bien évidemment – de limiter certains des écueils qui seront mis en exergue plus tard en termes d'information imparfaite – c'est-à-dire asymétrique et incomplète. Cependant ce type de régulation pose indubitablement un problème de capture.

Ce type de contrôle posait également un autre problème : celui de la légitimité. Il convenait en effet de s'assurer que les activités en questions soient effectivement en lien avec un intérêt public. A l'heure actuelle, les appels à la régulation de certaines plateformes s'appuient sur leur caractère de point d'entrée incontournable au marché, en d'autres termes de facilités essentielles (Khan, 2017). S'il est démontré qu'il est impossible de répliquer ces plateformes en termes techniques et financiers, une régulation *ex ante* s'imposerait à défaut de recourir à cet outil contesté (Colangelo et Maggiolino, 2017). La seule alternative à la régulation tiendrait au démantèlement de l'opérateur en question pour prévenir des biais concurrentiels au détriment des tiers qui auraient besoin d'utiliser son infrastructure pour accéder au marché. *In fine*, les plateformes numériques si elles sont vues comme des points d'accès essentiels au marché pourraient être traitées comme des industries de réseaux en cours de libéralisation... à ceci près que leur position n'est pas le fruit de droits exclusifs passés mais des mérites.

De telles interventions ne sont pas cohérentes avec l'approche plus économique qui découlerait d'une application des préceptes *chicagoéens*<sup>24</sup>. En effet, il ne s'agit pas de sanctionner *ex post* des pratiques de marché induisant un préjudice net pour le consommateur, au travers d'une amende que l'on souhaite dissuasive<sup>25</sup>. Il s'agit ici de contraindre le comportement d'opérateurs voire de jouer sur les structures de marché. Ces mesures qui viseraient directement la position de marché d'acteurs dominants ne sont pas pour autant si inédites. Les affaires qui, en droit de la concurrence de l'Union Européenne, trouvent un terme dans le cadre de procédures négociées se traduisent par de telles. La notion de responsabilité particulière de l'opérateur dominant traduit également ces contraintes posées *ex ante* sur leur comportement futur.

---

<sup>24</sup> Comme le relève Crane (2018), le démantèlement d'AT&T, obtenu en 1983 au travers d'un *Consent Decree*, sous l'administration Reagan, ne doit pas étonner. Il s'agissait d'un acteur devant sa position de marché à une régulation publique.

<sup>25</sup> La règle de droit étant un prix. Le coût lié à l'infraction de la règle doit modifier le comportement de l'agent économique rationnel.

La question du contrôle du pouvoir économique privé peut également être considérée dans une optique plus historique (Kirat et Marty, 2018). Aux Etats-Unis, tout d'abord, la contestation de la concentration du pouvoir économique durant tout le premier vingtième siècle ne reposait pas, comme nous l'avons vu, sur une mise en cause quelconque de ses effets en termes d'efficacité économique. L'évolution des positions de Theodore Roosevelt en la matière entre sa présidence (1901-1909) et sa candidature de 1912 pour le compte du parti progressiste est évocatrice : la foi en l'efficacité et même en la pertinence de l'antitrust s'est éteinte et a été remplacée par des arguments en faveur d'une forte régulation publique.

L'expérience de l'économie de guerre, aux Etats-Unis comme en Europe continentale, conduit dans l'entre-deux-guerres à une certaine tolérance quant à la concentration du pouvoir économique ou du moins à la coordination interentreprises (Bruce, 1995). Deux variantes de ce modèle étaient d'ailleurs en compétition (si on n'ose dire). Une première était portée par le courant *associationnaliste*. Ce dernier était incarné par le futur juge à la Cour Suprême Louis Brandeis<sup>26</sup>. Il s'agissait d'échapper à une *concurrence coupe-gorge* conçue comme inefficace économiquement au travers d'une coordination des investissements des firmes. Cette coordination devait se faire indépendamment de toute supervision de l'Etat. Il était en d'autres termes supposé que les entreprises pourraient prendre en charge des objectifs relevant de l'intérêt général. En d'autres termes, le pilotage de l'économie dans un sens collectivement avantageux pourrait être assumé par les seuls pouvoirs économiques privés.

Ces propositions, notamment relayées par G. Swope, le CEO de General Electric, étaient également formulées en Europe continentale. L'expérience de la Grande Guerre (et le modèle allemand de coordination de l'économie par les firmes durant celle-ci) avait également conduit une bonne partie des élites industrielles et administratives qu'une direction consciente de l'économie était plus efficace et adaptée à l'économie moderne que le *laissez-faire* jusqu'alors prédominant. En France, l'intervention d'Auguste Detoef (1936, 1981) dans le cadre des conférences du Groupe X-Crise en 1936 sur l'*organisation* fait écho à cette même logique de volonté de prise en charge de l'économie par des pouvoirs économiques privés. Il s'agissait de passer de la main invisible des marchés à la direction « consciente » et éclairée d'un management rationnel de l'économie... par des pouvoirs économiques privés au nom de l'intérêt

---

<sup>26</sup> La référence à Brandeis est porteuse d'une certaine ambiguïté. S'il a porté une critique contre la taille des firmes et la concentration du pouvoir économique (Brandeis, 1914), laquelle est reprise par le mouvement *néo-brandeisien* contemporain, il a été également le promoteur des *trade associations* qui promouvaient une concurrence régulée basée sur la concertation et les échanges d'informations entre concurrents (Berk, 2009).

général<sup>27</sup>. Le point commun entre A. Detoeuf et G. Swope était que cet appel à une direction consciente visait également à prévenir l’immixtion de l’Etat dans le pilotage de l’économie. Il s’agissait donc à la fois de rompre avec un *laissez-faire* jugé inefficace et d’échapper au dirigisme étatique<sup>28</sup>.

Aux Etats-Unis, ces propositions de coordination de l’économie par les pouvoirs économiques privés furent rejetées par le Président Hoover dès le début de la crise de 1929. De la même façon, la Cour Suprême sanctionna au travers de sa pratique décisionnelle de nombreuses initiatives de *régulation* des marchés par des pouvoirs économiques privés (Nachbar, 2013). L’épisode de la *National Industrial Recovery Administration* (NIRA) illustre le rejet de cette approche sur la base non pas d’une acceptation du cadre concurrentiel mais d’une coordination sous l’égide de l’Etat. Il s’agissait pour Franklin D. Roosevelt de conjuguer l’efficacité économique liée à la concentration (ou à la coordination) du pouvoir économique privé avec une supervision étatique visant à garantir la prise en compte de l’intérêt général. Cette solution visait à imposer un fonctionnement raisonnable de la concurrence basé sur la conciliation entre efficacité et distribution du bien-être (par exemple en prévenant la mise en œuvre de prix excessifs).

L’expérience du NIRA (le premier New Deal) tourna court pour deux raisons. La première raison fut juridique. La seconde raison fut économique. La raison juridique, le rejet par la Cour Suprême, joua certes le rôle d’un couperet<sup>29</sup>. Pour autant, elle ne fit que rendre immédiat un

---

<sup>27</sup> « Une partie du libéralisme est désuète, celle qui se rapporte à la production concentrée, fortement immobilisée, à la société anonyme telle qu’elle est aujourd’hui conçue : il faut renoncer dans ce domaine à la liberté totale, à la part de liberté qui consiste à mal faire, tout en croyant qu’on fait bien. Il ne faut pas attendre que l’Etat nous l’impose : car il saura mal ce qu’il faut faire, et il sera mené par une démagogie dangereuse. La recherche doit tendre à résoudre par l’esprit collectif, par l’entente dans tous les domaines, les problèmes avant que l’Etat ne s’en saisisse. Jusqu’ici l’entente s’est développée mais elle n’a été conçue que comme une défense contre tout l’extérieur, comme une association sans sacrifices sensibles, destinée à accroître les bénéfices ou à réduire les pertes. [...] Ce qui est nécessaire, c’est l’entente pour l’intérêt public » (Detoeuf, 1936).

<sup>28</sup> Il est à noter que cette tension sera des plus sensibles sous le régime vichyste. Certains Comités d’Organisation correspondants à des branches où le pouvoir économique était concentré et où le patronat était bien organisé avant-guerre offrirent moins de prise au contrôle exercé par l’administration (Rouso et Margairaz, 1992).

<sup>29</sup> Notons que Louis Brandeis, alors juge à la Cour Suprême, vota contre le NIRA (*A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495, 1935). Les positions qui pourraient apparaître comme contradictoires d’un acteur à l’autre peuvent cependant être lues sous le prisme de l’opposition structurante dans l’histoire des Etats-Unis entre approches *jeffersonienne* et *hamiltonienne* (Crane, 2018). La tradition *jeffersonienne* (de Thomas Jefferson, troisième Président des Etats-Unis entre 1801 et 1809) se caractérise par une préférence marquée pour la dispersion du pouvoir économique. La tradition *hamiltonienne* (d’Alexander Hamilton, premier Secrétaire du Trésor des Etats-Unis entre 1789 et 1795) est marquée par l’acceptation d’un modèle d’une société structurée autour d’institutions économiques et financières puissantes. Louis Brandeis se rattachait, malgré son soutien à la cause *associationaliste*, à la première tradition, opposée à la fois à la concentration du pouvoir économique (les *trade associations* peuvent y faire figure de substituts) et à celle du pouvoir politique (ce qui explique son opposition au NIRA). Theodore Roosevelt, notamment dans sa période progressiste (dans le cadre de la campagne présidentielle 1912), incarne la tradition *hamiltonienne*. Pour ce dernier, “large aggregations of capital [are viewed] as inevitable and necessary – so long as superintended by a strong federal government” (Crane, 2018).

changement inéluctable. L'échec du NIRA fut, en premier lieu, économique (Beaudreau, 2016). La concentration du pouvoir économique que ce dispositif permit déboucha sur une neutralisation de la concurrence au profit des acteurs les plus importants de chaque filière... et souvent les moins efficaces (Alexander, 1997). La neutralisation de la concurrence dans les secteurs concernés se traduisait par un maintien des prix à un niveau élevé qui entravait les capacités d'opérateurs plus efficaces à mettre en cause les positions de marché des opérateurs les plus puissants. De la même façon, la rigidification des prix dans certains secteurs qui bénéficiaient du NIRA avait pour effet de rejeter le coût de l'ajustement sur les secteurs non protégés (Bougette et al., 2015). L'impact global était donc la persistance d'une inflation forte, d'un taux de chômage élevé, d'un investissement faible conjuguée avec l'élévation des marges des grandes entreprises.

L'explication du revirement de Roosevelt en 1938, annonciateur du Second New Deal, sur le thème de l'Antitrust est à rechercher ici. Il s'agissait de sanctionner les entreprises qui n'avaient pas joué le jeu de la coopération pour une sortie organisée de la crise. Cependant, la revigoration du *public enforcement* de l'Antitrust, sous la houlette de T. Arnold, se caractérisa à la fois par des éléments de continuité et des éléments de rupture. Les uns et les autres allaient marquer durablement l'Antitrust américain en regard de la question de la concentration du pouvoir économique privé. L'élément de rupture se situe dans l'abandon de la notion de *fair competition* au profit de la notion de *free competition* (Waked, 2018). L'efficacité devient un élément essentiel au détriment des dimensions rattachées à l'équité, à la raisonnable ou encore à la limitation des déséquilibres résultant des différentiels de pouvoir économique. L'élément de continuité est à rechercher dans la persistance d'une reconnaissance d'un lien entre taille des firmes et efficacité économique. Pour T. Arnold, les règles antitrust n'avaient pas à être utilisées contre la dominance *per se*, sous peine à renoncer collectivement aux gains de productivité qui peuvent découler de la concentration<sup>30</sup>.

Sa position s'écartait de celle de Henry Calvert Simons. Ce dernier, figure de proue de l'opposition académique au premier New Deal, favorable à la réactivation de l'Antitrust, ne considérait pas moins nécessaire de se préoccuper de la question de la concentration du pouvoir économique en elle-même (Steele, 2018). Pour Simons (1934), les règles antitrust doivent permettre de préserver le *processus* de concurrence. Loin d'être autorégulée, la concurrence produit inéluctablement son épuisement au travers de la constitution de monopoles. Le

---

<sup>30</sup> Robert Bork reprendra cette logique dans son *Antitrust Paradox* (1978) : "Superior efficiency forecloses. Indeed, exclusion is the mechanism by which competition confers benefits on society" (p.137)

monopole est une menace pour la concurrence qu'elle qu'en soit l'origine (y compris s'il procède des mérites) et doit être au besoin démantelé (et ce quel qu'en soit le coût en termes économiques, notamment en termes de perte d'efficacité productive). La position de Henry Simons peut sembler étonnante : la mise en œuvre de la politique de concurrence peut supposer la renonciation à des gains d'efficience au travers de remèdes structurels voire de nationalisations (Kitch, 1983). Elle ne relève pas d'une approche non économique mais au contraire d'une autre conception de la concurrence dans le cadre de laquelle il ne s'agit pas de considérer les pratiques concurrentielles à l'aune d'un seul et unique critère, l'efficacité qui est le résultat du processus de concurrence, mais à celle de la préservation du processus de concurrence en lui-même et pour lui-même (Marty, 2015).

L'approche de Simons était en tout point similaire à celle des ordolibéraux allemands (Böhm, 1928)<sup>31</sup>. Pour celui-ci la politique de concurrence a pour objet de garantir l'effectivité d'une concurrence sur le marché qui est conçue comme une situation de *rivalité effective* entre firmes<sup>32</sup> et qui passe donc par la préservation de l'accès des tiers au marché, de la liberté de choix des consommateurs (leur laisser une alternative). Cela peut supposer de faire en sorte de maintenir sur le marché des opérateurs mêmes moins efficaces que l'opérateur dominant<sup>33</sup>.

En termes concurrentiels, nous retrouvons à la fois la notion de *living profit* de Learned Hand (Winerman et Kovacic, 2013) et la notion de *responsabilité particulière de l'opérateur dominant*. En droit de la concurrence de l'UE, cela ne se traduit guère par une prescription de démantèlement de l'opérateur concerné mais par l'injonction de se comporter « comme si » il n'était pas doté d'un pouvoir de marché. La prohibition des prix de monopole (via la sanction des abus d'exploitation) et la sanction en cas de non prise en compte des possibles effets d'éviction liés à la responsabilité particulière de l'opérateur dominant font écho à cette approche ordolibérale<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> Ils se retrouveront d'ailleurs au colloque Lippmann organisé à Paris en 1938. En 1947, Aaron Director défendra encore lors de la première conférence du Mont Pèlerin des vues convergentes avec celles des ordolibéraux (Bougette et al., 2015). La rupture s'esquissera dès 1953 comme nous l'avons noté *supra* (Van Horn, 2009).

<sup>32</sup> Les directives américaines relatives au contrôle des concentrations précisaient en 1968 que l'objectif était « to preserve and promote market structures conducive to competition ».

<sup>33</sup> Il est à noter que la présence effective de concurrents sur le marché apparaît aux yeux de la DG Concurrence comme une des protections essentielles des consommateurs contre les abus d'exploitation. Comme l'indiquait M. Verstager (2016) : "The best defence against exploitation remains the ability to walk away. So we can often protect consumers just by stopping powerful companies from driving their rivals out of the market".

<sup>34</sup> Le cas Deutsche Telekom (Cour de Justice, arrêt C-280/08 du 14 octobre 2010) illustre bien cette notion. L'opérateur historique avait effectivement placé son prix pour l'accès des tiers à la boucle locale en deçà du plafond défini par le régulateur sectoriel, mais il fut sanctionné au titre des règles de concurrence dans la mesure où il aurait dû s'assurer que le prix ne risquait pas de placer ses concurrents face à un phénomène de compression des

Une traduction de cette approche peut également se trouver en matière de prix d'éviction avec l'aménagement du critère du concurrent aussi efficace avec le critère du concurrent raisonnablement ou hypothétiquement aussi efficace. Ce critère permet d'adapter l'approche par les effets à des situations dans lesquelles un nouvel entrant ne peut bénéficier des mêmes économies d'échelle et d'envergure que l'opérateur en place (Marinova, 2016). L'activation de ce critère illustre une difficulté : celle d'introduire un arbitrage entre efficacité de court terme (plus ou moins mesurable) et efficacité de long terme (bien plus incertaine). Elle induit à ce titre une dimension de politique industrielle au travers d'une régulation asymétrique de la concurrence.

Au final, les prescriptions en matière de politique de concurrence ne vont pas dans le sens d'une quelconque renonciation à des gains d'efficacité à des fins distributionnelles ou encore à la préservation d'une structure concurrentielle donnée. La question de la taille des firmes ou celle du pouvoir économique privé en lui-même n'a pas à être prise en compte dans le cadre d'une approche économique telle qu'actuellement conçue. A l'inverse, les néolibéraux *chicagoéens* des années trente et quarante et les ordolibéraux allemands considéraient que l'utilisation des règles de droit pour contrecarrer la concentration du pouvoir économique avait un sens. Nous avons vu *supra* que la position de marché de certains opérateurs, notamment dans le secteur numérique, peut s'avérer potentiellement irréversible. De plus, leur raisonnement n'était pas qu'économique. Il s'appuyait sur une mise en évidence des risques politiques liés à la concentration du pouvoir économique.

En effet, démocratie et concurrence fonctionnent dans cette approche dans une logique similaire. L'une est un outil de dispersion du pouvoir politique ; l'autre comme un outil de dispersion du pouvoir économique. Il s'agit, non pas de séparer les deux, pour sanctuariser la sphère du marché de toute interférence politique, comme le proposait Director (1953, 1964), mais de s'assurer que chacun des deux processus puisse librement jouer son rôle. Cela passe par l'octroi d'une valeur constitutionnelle aux règles de concurrence pour éviter les interférences des pouvoirs économiques publics sur les décisions de marché mais aussi symétriquement par une protection du processus politique vis-à-vis d'interférences venant de la sphère du marché. Ce souci de préservation du pouvoir politique des interférences liées à la concentration croissante des pouvoirs économiques privés était présent tant dans la politique législative américaine de la dernière décennie du XIX<sup>ème</sup> siècle (Pitofsky, 1979) que dans la

---

marges. L'opérateur dominant est investi de la responsabilité de s'assurer *ex ante* que sa stratégie ne soit pas de nature à évincer du marché ses concurrents.

législation de mise en place en 1923 par la République de Weimar en Allemagne en 1923 (Gerber, 1994).

Pour les ordolibéraux, la concentration du pouvoir économique fait courir un risque quant à l'effectivité de la dispersion du pouvoir politique. Le raisonnement sous-jacent est qu'un pouvoir économique privé aura pour tendance naturelle à protéger sa situation acquise en influençant le processus politique. Sur le fond, l'intuition n'est pas si éloignée que cela du *public choice* : si les seules barrières à l'entrée sur un marché sont d'origine réglementaire, la capture de la réglementation par l'intermédiaire de celle du pouvoir politique fait sens. Cependant, l'Ecole de Virginie ne conçoit pas les risques de capture dans le sens d'une tentative de neutralisation de la concurrence au profit des opérateurs dominants. Les ordolibéraux développent une approche qui correspond à celle décrite par Luigi Zingales dans son *Medici Vicious Circle* (2017).

Une fois une position dominante acquise (même par les mérites), un investissement peu risqué pour la maintenir peut passer par l'influence sur le politique (Grier et al., 1994 ; Snyder, 1992). Il est possible de jouer sur le processus électoral ou sur des leviers d'influence pour obtenir des mesures de protection contre les concurrents résiduels ou potentiels<sup>35</sup>. Le problème de cet investissement tient à son coût économique collectif. L'investissement en lobbying est improductif et le blocage de la concurrence qui peut en résulter se paie collectivement par une disparition des incitations à investir tant de l'opérateur dominant que de ceux qui auraient pu le concurrencer.

L'investissement des firmes dominantes (i.e. des pouvoirs économiques privés) dans le contrôle du pouvoir politique (ou du moins l'influence sur ce dernier) a pu être analysé dans le cas américain au travers des fondations d'entreprises dans les années cinquante à quatre-vingt (Phillips-Fein, 2009). Il pourrait également être illustré au travers des questions relatives au financement des campagnes électorales (Zingales, 2017). Il pourrait enfin l'être encore plus directement au travers de l'exemple de la prise de participation dans les médias ou des phénomènes de contrôle de l'information par des plateformes de l'économie numérique.

## **VI. Application au secteur des médias**

Dans cet exemple, le maintien d'une structure de concurrence effective par rapport au risque de concentration du pouvoir économique privé n'est pas seulement une question d'efficacité mais

---

<sup>35</sup> Cf. les stratégies d'augmentation des coûts des rivaux au travers de la capture de la réglementation voir Deschamps (2009).

également de maintien du pluralisme. La pluralité a une valeur en elle-même. Le pluralisme de la presse est un objectif à valeur constitutionnelle assurant l'effectivité de la liberté affirmée<sup>36</sup>.

Maintenir une structure de concurrence effective dans le secteur des médias n'est pas seulement une affaire de préservation des incitations à l'efficacité ou en termes plus généraux de préservation de l'aiguillon concurrentiel. C'est non seulement une condition essentielle pour la redevabilité de l'action publique mais également pour éviter la capture par des pouvoirs économiques privés.

La redevabilité (dans le sens d'*accountability*) est à relier à l'efficacité même de la démocratie comme outil de contrôle du pouvoir politique. T. Besley et A. Prat (2006) montrent que la pluralité des médias et leur indépendance capitalistique limitent tout d'abord le risque de capture des médias eux-mêmes par l'Etat<sup>37</sup>. Ils montrent ensuite qu'une éventuelle capture des médias a des effets négatifs sur la qualité de la délégation du pouvoir politique. *Ex ante*, cela pose des problèmes d'anti-sélection (en matière de choix des mandants). *Ex post*, cela ouvre à un problème d'aléa moral au travers de la réduction de la transparence sur les efforts réalisés dans le cadre de l'exécution du mandat ou de celle du contrôle de la conformité de leurs actions aux engagements pris devant les électeurs.

La pluralité des médias est également un outil essentiel pour prévenir leur capture par les pouvoirs économiques privés. Une réduction de la concurrence en termes de nombre d'alternatives disponibles ou des contrôles capitalistiques au travers de groupe peut participer d'une stratégie de capture de la part de groupes privés. Pour autant, il est difficile de considérer que le nombre de titres est-il un bon critère du pluralisme s'il est considéré en valeur absolue. De plus en plus de titres sont intégrés à des groupes de presse. De même, les gains potentiels de la concurrence horizontale pourraient être réduits si on fait l'hypothèse que les titres s'engagent dans une concurrence par la différenciation. La différenciation peut avoir pour effet une spécialisation de certains titres au profit de *soft news* (informations divertissantes) peu coûteuses à produire et valorisées par les clients (Reinemann et al., 2012) ...

---

<sup>36</sup> Voir la décision du Conseil constitutionnel du 11 octobre 1984 : « Considérant que le pluralisme des quotidiens d'information politique et générale auquel sont consacrées les dispositions du titre II de la loi est en lui-même un objectif de valeur constitutionnelle ; qu'en effet la libre communication des pensées et des opinions, garantie par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ne serait pas effective si le public auquel s'adressent ces quotidiens n'était pas à même de disposer d'un nombre suffisant de publications de tendances et de caractères différents ».

<sup>37</sup> De façon convergente, Djankov et al. (2003) montrent que la propriété publique des médias est corrélée avec de faibles performances en matière de gestion publique.

Non seulement l'équilibre financier des groupes de presse est précaire mais l'adossement croissant à des groupes industriels pose problème. En effet, l'investissement dans des activités déficitaires peut résulter au mieux d'une logique de mécénat au pire d'un investissement en pouvoir d'influence. Il est également possible de mettre en évidence à partir des travaux de Zingales (2016) sur la presse italienne que cette influence peut s'exercer par des voies plus indirectes. Les difficultés financières des titres se traduisent par des prises de contrôle par des financeurs. Même dans une logique non intéressée en termes politiques, le contrôle par les banques peut conduire à sacrifier la « qualité » de l'information sur l'autel de la recherche de l'équilibre économique. Nous retrouvons ici la distinction entre deux types d'informations : les *hard news* et les *soft news*. Les premières apportent une valeur ajoutée pour le lecteur en termes mais sont coûteuses à produire et relativement peu valorisées par le lecteur lequel trouve plus d'utilité dans les secondes (informations « divertissantes »). Or, celles-ci sont moins coûteuses à produire pour les groupes de presse, ce qui les rend d'autant plus attractives pour les investisseurs.

Il en résulte que le biais en faveur des secondes est d'autant plus significatif que les déséquilibres sont forts. La montée du numérique aggrave ce phénomène au travers de deux mécanismes. Le premier est l'affaiblissement additionnel de la viabilité économique des titres de presse. Le second tient au poids croissant des plateformes (notamment les réseaux sociaux) comme point d'entrée à l'information (Napoli, 2015). Il s'ensuit une moindre réceptivité aux *hard news*, notamment au travers du mécanisme des *filter bubbles* (Pariser, 2011)<sup>38</sup> et une plus forte exposition aux *soft news* si ce n'est aux *fake news* (Allcott and Gentzkow, 2017). De façon additionnelle, la dépendance des médias vis-à-vis des plateformes, si celles-ci considérées comme des acteurs économiques dominants, renforcerait leurs positions au travers d'un contrôle (direct ou indirect) de ces derniers.

Le contrôle de la concentration dans le secteur et la préservation d'un degré donné d'indépendance vis-à-vis des pouvoirs économiques privés peut donc participer d'objectifs d'ordre publics autres que la seule efficacité concurrentielle (Stucke et Grunes, 2009). L'intérêt du secteur des médias est de montrer l'intrication des dimensions relatives à la dispersion des pouvoirs économiques publics et à celle des pouvoirs économiques privés. Ainsi, la défense de

---

<sup>38</sup> L'internaute est d'autant plus enclin à demeurer dans sa *bulle informationnelle* que la confrontation à des informations non conformes à ses croyances lui est désagréable ou induit un coût informationnel (Dewatripont et Tirole, 2005). L'effet de filtre maintient l'internaute dans sa zone de confort (Sustein, 2009). Pour une discussion de cet effet voir Flaxman et al. (2016).

l'ordre concurrentiel ne se limite pas à la seule dimension de la maximisation du bien-être du consommateur ni même à des dimensions spécifiquement économiques.

## VII. Conclusion

Qu'il s'agisse de la prise en considération des arguments liés au pluralisme, au maintien de l'accès des concurrents au marché, à la préservation d'une situation de rivalité effective sur le marché ou encore des arguments liés à la distribution du bien-être (équilibre contractuel, *fairness...*), on observe la réémergence de préoccupations qui ambitionnent de contrebalancer une mise en œuvre des règles de concurrence qui se fonde, dans le cadre de l'approche par les effets, sur le seul critère du bien-être du consommateur<sup>39</sup>. Cependant, la prise en compte effective de ces préoccupations se heurte à une difficulté connue de longue date : comment arbitrer entre des objectifs contradictoires et notamment comment mettre en balance l'intérêt des concurrents avec celui des consommateurs (Gerard, 2018) ? De la capacité à dégager de ces principes, des règles suffisamment opérationnelles, dépendra l'effectivité de leur prise en compte.

L'incertitude quant à la capacité d'appliquer en matière concurrentielle une règle de raison à partir des tels objectifs peut appeler la prise en considération de différentes options. Une première résiderait dans des remèdes structurels, tels ceux mise en œuvre en 1983 pour AT&T. L'impasse à laquelle conduirait une telle option, à la fois en termes de légitimité et de *praticabilité* (Crandall et Jackson, 2011), pourrait amener à considérer l'option d'une régulation spécifique (Khan, 2017). L'ingénierie régulatoire appliquée aux industries de réseaux anciennement titulaires de droits exclusifs ne va pas d'elle-même dans ce secteur. Le précédent des commissions de régulation telles que les préconisaient les institutionnalistes de la première moitié du vingtième siècle (Commons, 1910) est alors repris : il s'agit de renoncer à la concurrence au profit de la solution d'un monopole régulé. "Critically, a public utility regime aims at eliminating competition: it accepts the benefit of monopoly and choose instead to limit how a monopoly may use its power" (Khan, 2017).

Cela suppose que les incitations à réaliser des gains d'efficience puissent prévaloir malgré la disparition de l'aiguillon concurrentiel et que la régulation puisse faire imposer des objectifs d'intérêts général, ce qui implique qu'elle puisse les identifier et qu'elle ne fasse pas l'objet de phénomènes de capture. Les institutionnalistes, pour lesquels la confrontation des intérêts

---

<sup>39</sup> Pour Eleanor Fox (2013), citée par Lina Khan (2017), le Sherman Act "was *for* diversity and access to markets; it was *against* high concentration and abuses of power".

divergents des différentes parties prenantes dans le cadre des commissions pouvait permettre une telle prévalence, faisaient cette hypothèse<sup>40</sup>. Deux éléments peuvent néanmoins être mis en exergue pour défendre l’opportunité de l’outil concurrentiel malgré ses limitations. Le premier élément tient au périmètre pertinent de la régulation. Les débats américains de la première moitié du vingtième siècle, avec la contestation de l’application de la notion de *business affected with the public interest* à des domaines au-delà des industries de réseaux ou des activités financières, peuvent être revisités<sup>41</sup>. Le second élément tient au risque de capture de la régulation et à la nécessaire prise en compte d’éventuels effets non désirés dans des contextes caractérisés par une information imparfaite, en d’autres termes par une information incomplète et asymétrique. Une telle réglementation de secteurs caractérisés par de fortes turbulences technologiques pourrait aisément porter préjudice au processus de concurrence lui-même, processus dont les finalités et les effets, comme nous l’avons vu *supra*, ne se limitent pas à l’efficacité allocative.

## Références

Alexander B.J., (1997), “Failed Cooperation in Heterogeneous Industries under the National Recovery Administration”, *Journal of Economic History*, volume 57, issue 2, June, pp.322-346.

Allcott H. and Gentzkow M., (2017), « Social Media and Fake News in the 2016 Election », *Journal of Economic Perspectives*, 31 (2), Spring, pp.211-236

Autorité de la concurrence et Bundeskartellamt, (2016), *Droit de la concurrence et données*, 10 mai. <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/rapport-concurrence-donnees-vf-mai2016.pdf>

Bain J., (1949), “A note on pricing in monopoly and oligopoly”, *American Economic Review*, volume 39, pp. 448-464.

Beaudreau B.C., (2016), “Why did the National Industrial Recovery Act fail?”, *European Review of Economic History*, volume 20, issue 1, pp.79–101

---

<sup>40</sup> “The progressive movement of the early twentieth century embraced public utility as a way to use government to steer private enterprise toward public ends” (Khan, 2017).

<sup>41</sup> Pour fournir une illustration l’arrêt *Nebbia* de la Cour Suprême portait sur la possibilité d’appliquer ce standard au secteur du lait (*Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502, 1934). Quatre des neuf juges de la Cour Suprême s’opposèrent à cet arrêt.

- Berk G., (2009), *Louis Brandeis and the Making of Regulated Competition, 1900-1932*, Cambridge University Press
- Besley T. and Prat A. (2006), « Handcuffs for the Grabbing Hand? Media Capture and Government Accountability », *American Economic Review*, 96(3), pp.720-736
- Böhm F., (1928), “Das Problem der Privaten Macht”, *Die Juris*, vol. 3, pp.324-345
- Bork R.H., (1966), “Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act”, *Journal of Law and Economics*, 9, pp.7-48.
- Bork R., (1978), *The Antitrust Paradox*, Free Press, New York.
- Bougette P., Deschamps M. and Marty F., (2015), “When Economics met Antitrust: The Second Chicago School and the Economization of Antitrust Law”, *Enterprise and Society*, volume 16, issue 2, June 2015, pp.313-353.
- Brandeis L., (1914), “The Curse of Bigness”, *Harper’s Weekly*, Jan. 10.
- Bruce K., (1995), “Scientific Management and the American Planning Experience of WWI: The Case of the War Industries Board”, *History of Economics Review*, volume 23, issue 1, pp.37-60.
- Candeub A., (2014), “Behavioral Economics, Internet Search, and Antitrust”, *I/S Journal of Law and Policy for the Information Society*, volume 9, issue 3, pp. 407-434.
- Carlton D.W., (2007), “Does Antitrust Need to be Modernized?”, *Journal of Economic Perspectives*, volume 21, number 3, Summer, pp. 155-176.
- Coase R., (1937), “The Nature of the Firm”, *Economica*, volume 4, n°16, November, pp.386-405.
- Colangelo G. and Maggiolino M., (2017), “Big data as misleading facilities”, *European Competition Journal*, volume 13, issue 2-3
- Commons J.R., (1907), “The Wisconsin public-utilities Law”, *The American Economic Review*, volume 36, August, pp.221-224
- Commons J.R., (1910), “How Wisconsin Regulates her Public Utilities”, *American Monthly Review of Reviews*, volume 8, pp. 215-17.
- Commons J.R., (1931), “Institutional Economics”, *American Economic Review*, vol. XXI, n°4, pp. 648-657.

- Crandall R.W. and Winston C., (2003), “Does Antitrust Policy Improve Consumer Welfare? Assessing the Evidence”, *Journal of Economic Perspectives*, volume 17, issue 4, fall, pp.3-26.
- Crandall R.W. and Jackson C.L., (2011), “Antitrust in High-Tech Industries”, *Review of Industrial Organization*, volume 38, issue 4, June, pp.319-362.
- Crane D.A., (2018), “Antitrust’s Unconventional Politics”, *Michigan Law Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, n°593, March.
- Deschamps M., (2009), « Comment affecter ses concurrents grâce au Droit ? Les stratégies d’augmentation des coûts des rivaux », in A. Masson (éd.), *Les stratégies juridiques des entreprises*, Paris, Larcier, pp. 339-357.
- Detoeuf A., (1936), « La fin du libéralisme ? », in X-Crise, *De la récurrence des crises économiques*, Paris, Economica, rééd. 1981.
- De Loecker J. and Eeckhout J., (2017), “The Rise of Market Power and the Macroeconomic Implications”, *NBER Working Paper* n°23687, August, 45p.
- Dewatripont M. and Tirole J., (2005), “Modes of Communication”, *Journal of Political Economy*, volume 113, n°6, pp.1217-1238.
- Di Lorenzo T.J., (1985), “The origins of antitrust: An interest-group perspective”, *International Review of Law and Economics*, volume 5, issue 1, pp.73-90.
- Director A., (1964), “The Parity of Economic Market Place”, *Journal of Law and Economics*, volume 7, pp.1-10.
- Director A., and Levi E.H., (1956), “Law and the Future: Trade Regulation”, *Northwestern Law Review*, volume 51, pp.281-296.
- Djankov S., McLiesh C., Nenova T., and Schleifer A., (2003), “Who Owns the Media?”, *Journal of Law and Economics*, volume XLVI, October, pp.341-381.
- Drexler J. and di Porto F., eds., (2015), *Competition Law as Regulation*, Edward Elgar.
- Elhauge E., (2018), “New Evidence, Proofs, and Legal Theories on Horizontal Shareholding”, *Working Paper*, January.
- Ezrachi A. and Stucke M.E., (2016), *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, Harvard University Press, 368p.

Flaxman S., Goel S., and Rao J.M., (2016), “Filter Bubbles, Echo Chambers, and Online News Consumption”, *Public Opinion Quarterly*, volume 80, special issue, pp.298-320.

Fox E., (2013), “Against Goals”, *Fordham Law Review*, volume 81, issue 5, pp. 2157-2161.

Gerard D., (2018), “Fairness in EU Competition Policy: Significance and Implications”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 9, Issue 4, pp. 211-212.

Gerber D.A., (1994), “Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition Law and the "New" Europe”, *American Journal of Comparative Law*, volume 42, p.25 et s.

Grier K.B., Munger M.C., and Roberts B.E., (1994), “The Determinants of Industry Political Activity, 1978–1986”, *American Political Science Review*, volume 88, issue 4, December, pp. 911-926.

Hamilton W.H., (1930), “Affectation with Public Interest”, *Yale Law Journal*, volume 39, issue 8, June, pp.1089-112.

Harberger A. C., (1954), “Monopoly and Resource Allocation”, *The American Economic Review*, 44(2), pp.77–87.

Hathaway I. and Litan R.E., (2014), “What’s Driving the Decline in the Firm Formation Rate? A Partial Explanation”, *Brookings Economic Studies*, November.

Hofstadter R.J., (1964), “What Happened to the Antitrust Movement?” in *Paranoid Style in American Politics, and Other Essays*

Hovenkamp H.J., (2009), “United States Competition Policy in Crisis”, *Minnesota Law Review*, volume 94, pp.311-367.

Hovenkamp H.J., (2018), “Whatever *Did* Happen to Antitrust Movement?”, *University of Pennsylvania Law School Institute for Law and Economics Research Paper 18-7*, February.

Khan L.M., (2017), “Amazon’s Antitrust Paradox”, *Yale Law Journal*, volume 126, pp. 710-805

Khan L.M., (2018), “The New Brandeis Movement: America’s Antimonopoly Debate”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 9, Issue 3, pp. 131-132.

Khan L.M. and Vaheesan S., (2017), “Market Power and Inequality: The Antitrust Counterrevolution and its Discontents”, *Harvard Law and Policy Review*, volume 11, pp.234-294.

Kirat T. and Marty F., (2018), “The late emerging consensus among American economists on antitrust laws in the Second New Deal”, *mimeo*

Kitch E.W., (1983), “The Fire of Truth: A Remembrance of Law and Economics at Chicago, 1932-1970”, *Journal of Law and Economics*, volume 26, issue 1, pp.163-234.

Lande R.H., (1982), “Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged”, *Hastings Law Journal*, volume 34, pp.65-151.

Langlois R.N., (2018), “Hunting the Big Five: Twenty-first Century Antitrust in Historical Perspective”, *University of Connecticut Department of Economics Working Paper Series*, 2018-01, January.

Letwin W.L., (1954), “The English Common Law Concerning Monopolies”, *University of Chicago Law Review*, volume 21, pp. 355-385.

Marinova M., (2016), “Should the rejection of the “as efficient competitor” test in the Intel and Post Danmark II judgements lead to dismissal of the effect-based approach?”, *European Competition Journal*, volume 12, issue 2-3, pp.387-408.

Marty F., (2015), “Towards an Economics of Convention-Based Approach of the European Competition Policy”, *Historical Social Research*, volume 40, issue 1, pp.94-111.

McGee J.S., (1958), “Predatory Price Cutting: The Standard Oil (N.J.) Case”, *Journal of Law and Economics*, volume 1, October, pp.137-169.

Nachbar, T. B., (2013), “The Antitrust Constitution”, *Public Law and Legal Theory Research Paper Series* 2013-09, University of Virginia School of Law.

Napoli P.M., (2015), “Social media and the public interest: Governance of news platforms in the realm of individual and algorithmic gatekeepers”, *Telecommunications Policy*, volume 39, issue 9, pp.751-760.

Pariser E., (2011), *The Filter Bubble: What the Internet is Hiding From You*, Penguin UK.

Pénard T., (2003), « Structures de marché et pratiques facilitant la collusion une approche par la théorie des jeux répétés », *Economie rurale*, n°277-278, pp.80-98.

Petit N., (2017), “Technology Giants: The ‘Molygopoly’ Hypothesis and Holistic Competition”, *Working Paper*, Université de Liège, October.

Phillips-Fein K., (2009), “Business Conservatives and the Mont Pèlerin Society” in: Mirowski P. and Plehwe D. (eds), *The Road From Mont Pèlerin. The Making of Neoliberal Thought Collective*, Cambridge (MA.), Harvard University Press, pp.280-301.

Piketty T., (2014), *Capital in the Twenty-First Century*, Harvard University, Press Cambridge, MA.

Pitofsky R., (1979), “The Political Content of Antitrust”, *University of Pennsylvania Law Review*, volume 127, pp.1051-1076.

Posner R.A., (1979), “The Chicago School of Antitrust Analysis”, *University of Pennsylvania Law Review*, volume 127, pp.925-948.

Reinemann C., Stanyer J., Scherr S. and Legnante G., (2012), “Hard and soft news: A review of concepts, operationalizations and key findings”, *Journalism*, volume 13, issue 2, pp. 221-239.

Riem F., (2013), « Retour sur l’ordre concurrentiel », *Revue Internationale de Droit Economique*, 2013/4, tome XXVII, pp.435-450.

Rouso H. et Margairaz M., (1992), « Vichy, la guerre et les entreprises », *Histoire, économie et société*, volume 11, n°3, pp.337-367

Rutherford M., (2011), “The Judicial Control of Business: Walton Hamilton, Antitrust, and Chicago”, *Seattle University Law Review*, volume 34, pp. 1385–1407

Shapiro C., (2017), “Antitrust in a Time of Populism”, Working paper, October.

Simons H.C., (1934), *A Positive Program for Laissez-Faire: Some Proposals for a Liberal Economic Policy*, University of Chicago Press.

Snyder J.M., (1992), “Long-Term Investing in Politicians; Or, Give Early, Give Often”, *Journal of Law and Economics*, volume 35, issue 1, pp.15-43.

Steele G.R., (2018), *The Economic Thought of Henry Calvert Simons: Crown Prince of the Chicago School*, Routledge Studies in the History of Economics.

Stigler G.J., (1968), *The Organization of Industry*, University of Chicago Press.

Stucke M.E. and Grunes A.P., (2009), “Toward a Better Competition Policy for the Media: The Challenge of Developing Antitrust Policies that Support the Media Sector’s Unique Role in Our Democracy”, *Connecticut Law Review*, volume 42, number 1, November, pp.101 et s.

Sustein C.R., (2009), *Republic.com 2.0*, Princeton University Press.

Teachout Z. and Khan L., (2014), “Market Structure and Political Law: A Taxonomy of Power”, *Duke Journal of Constitutional Law and Public Policy*, volume 9, n°1, pp.37-74.

Trush A. and Ferris J.P., (2010), *The History of Parliament: the House of Commons 1604-1629*, Cambridge University Press.

Vaheesan S., (2014), “The Evolving Populisms of Antitrust”, *Nebraska Law Review*, volume 93, issue 2, pp. 371-428.

Van Horn R., (2009), “Reinventing Monopoly and the Role of Corporations”, in Mirowski P. and Plehwe D., (Eds), *The Road From Mont Pèlerin. The Making of Neoliberal Thought Collective*, Cambridge (MA.), Harvard University Press, pp. 204-237.

Van Horn R. and Emmett R. B., (2014), “Two trajectories of democratic capitalism in the post-war Chicago school: Frank Knight versus Aaron Director”, *Cambridge Journal of Economics*, Volume 39, Issue 5, 1 September, pp.1443–1455.

Verstager M., (2016), “Protecting consumers from exploitation”, *Chillin’ Competition Conference*, Brussels, 21 November, [https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/verstager/announcements/protecting-consumers-exploitation\\_en](https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/verstager/announcements/protecting-consumers-exploitation_en)

Waked D., (2018), *Paradigm Shifts in the History of Law and Economics: Tracing Its Unfolding Though the Genealogy of the Public Interest in Utility and Market Regulations (1870s-1970s)*, HdR Thesis, Sciences Po. Paris School of Law, January.

Winerman M. and Kovacic W.E., (2013), “Learned Hand, Alcoa, and the Reluctant Application of the Sherman Act”, *Antitrust Law Journal*, volume 79, n°1, pp.295-347.

Wright J.D., (2013), “Evidence-Based Antitrust Enforcement in the Technology Sector”, *Remarks at the Beijing Competition Law Center*, Federal Trade Commission, February 23.

Zingales L., (2016), “Are Newspapers Captured by Banks? Evidence From Italy”, *ProMarket (Blog of the Stigler Center at the University of Chicago)*, May.

Zingales L., (2017), « Towards a political theory of the firm », *Journal of Economic Perspectives*, 31(3), summer, pp.113-130.

## ABOUT OFCE

---

The Paris-based Observatoire français des conjonctures économiques (OFCE), or French Economic Observatory is an independent and publicly-funded centre whose activities focus on economic research, forecasting and the evaluation of public policy.

Its 1981 founding charter established it as part of the French Fondation nationale des sciences politiques (Sciences Po), and gave it the mission is to “ensure that the fruits of scientific rigour and academic independence serve the public debate about the economy”. The OFCE fulfils this mission by conducting theoretical and empirical studies, taking part in international scientific networks, and assuring a regular presence in the media through close cooperation with the French and European public authorities. The work of the OFCE covers most fields of economic analysis, from macroeconomics, growth, social welfare programmes, taxation and employment policy to sustainable development, competition, innovation and regulatory affairs.

## ABOUT SCIENCES PO

---

Sciences Po is an institution of higher education and research in the humanities and social sciences. Its work in law, economics, history, political science and sociology is pursued through [ten research units](#) and several crosscutting programmes.

Its research community includes over [two hundred twenty members](#) and [three hundred fifty PhD candidates](#). Recognized internationally, their work covers [a wide range of topics](#) including education, democracies, urban development, globalization and public health.

One of Sciences Po’s key objectives is to make a significant contribution to methodological, epistemological and theoretical advances in the humanities and social sciences. Sciences Po’s mission is also to share the results of its research with the international research community, students, and more broadly, society as a whole.

## PARTNERSHIP

---