

Analyse comportementale des prix prédateurs dans le droit américain et européen

Mémoire réalisé par
Erdem Yüksel

Promoteur(s)
Anne-Lise Sibony

Année académique 2017-2018
Master en droit

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une oeuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une oeuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette oeuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

INTRODUCTION

Depuis quelques années, le droit de la concurrence a pris une place prépondérante dans la vie des entreprises. On ne peut concevoir qu'une entreprise adopte un comportement sur le marché sans se soucier des règles du droit de la concurrence. Par ailleurs, le droit de la concurrence s'efforce de comprendre au mieux le comportement des acteurs économiques afin de pouvoir édicter des normes efficaces.

C'est dans ce contexte-là que la théorie du droit joue un rôle important qui va nous permettre de mieux appréhender le droit de la concurrence. Les droits européen et américain de la concurrence se sont nourris du courant de pensée dénommé « *Law and Economics* ». Ce courant, né aux États-Unis, a fortement influencé les instances politiques et judiciaires et a forgé l'analyse économique classique du droit. Selon Richard Posner, chef de file du mouvement « *Law and Economics* », l'homme est un « *rational maximizer* ». Il cherche à maximiser son profit personnel. Toutefois, cela ne veut dire pas dire que l'homme est un fin calculateur tout à fait conscient de ce qu'il fait. La présomption de rationalité, sur laquelle se fonde l'analyse économique classique du droit, se base sur l'idée que lorsque le comportement humain est conforme au modèle de rationalité alors ce comportement est rationnel¹. Ce modèle de rationalité balise le comportement qui pourrait être attendu de la part d'une entreprise.

Néanmoins, il faut constater que la présomption de rationalité acceptée par l'analyse économique a été remise en cause ces dernières années. Un courant de pensée appelé « *Behavioral analysis of law* »² (ou analyse comportementale du droit) a émergé aux États-Unis pour combler les lacunes de l'analyse économique classique du droit. L'analyse comportementale du droit diffère de l'analyse économique du droit sur la question de la présomption de rationalité³. En effet, admettre que les individus sont des « *homo economicus* » prenant des décisions conformes au modèle de rationalité économique peut mener à une mauvaise lecture du comportement des acteurs sur le marché. Il paraît évident qu'une mauvaise

¹ R. POSNER, *Economic analysis of law*, Aspen Law and Business, 1998, p. 3.

² A. TOR, « Understanding Behavioural Antitrust », *Texas Law Review*, Volume 92, 2014, p. 578.

³ C. JOLLS, C.R. SUNSTEIN, R. THALER, « A behavioral approach to law and economics », *Stanford Law Review*, Volume 50, 1998, p. 1481.

compréhension du comportement des acteurs économiques ne peut permettre l'adoption de mesures efficaces pour préserver la concurrence⁴.

En effet, dans la réalité, les individus ne correspondent pas à l'image de l'*homo economicus* prônée par l'analyse économique classique du droit. Ils tendent à avoir une rationalité limitée, une volonté limitée et un intérêt personnel limité. Les études empiriques ont démontré des déviations systématiques de la rationalité⁵.

Il apparaît donc que l'analyse économique et l'analyse comportementale ont une vision différenciée du comportement des acteurs économiques sur le marché. Cette vision différenciée a des implications importantes concernant le droit de la concurrence. En effet, la gamme de comportements incriminés sera directement liée à la vision que les législateurs et les tribunaux se font du comportement possible d'une entreprise.

Afin de mieux comprendre cette problématique, il convient de se focaliser sur une question plus ciblée. La pratique de prédation nous permet de mieux illustrer les aspects fondamentaux de la tension entre l'analyse économique classique du droit et l'analyse comportementale du droit. La prédation peut être définie ainsi : « *la pratique par laquelle une entreprise en position dominante fixe ses prix à un niveau tel qu'elle subit des pertes ou renonce à des profits à court terme dans le but d'évincer ou de discipliner un ou plusieurs concurrents, ou encore de rendre plus difficile l'entrée de futurs compétiteurs sur le marché pour récupérer ses pertes* »⁶.

L'objet de ce travail sera d'analyser la prédation afin de mieux appréhender ce phénomène grâce aux apports de l'analyse comportementale du droit. Nous verrons donc comment la prédation est définie dans le droit américain de la concurrence et dans le droit européen de la concurrence. Ensuite nous essayerons de mettre en évidence les lacunes des droits américain et européen de la concurrence dans ce domaine. L'analyse économique du droit a façonné le droit de la concurrence aux États-Unis et partiellement en Europe. Dès lors, il s'agira également de remettre en cause les postulats et prévisions de l'analyse économique du droit en ce qui concerne la prédation.

⁴ A. TOR, "Illustrating a behaviorally informed approach to law: The case of predatory pricing", *Scholarly Works*, Paper 37, 2003, p. 52.

⁵ C. JOLLS, C.R. SUNSTEIN, R. THALER, *op. cit.*, p. 1477.

⁶ Cons. conc., déc. n° 07-D-09, 14 mars 2007, *GlaxoSmithKline France*

Dès lors, nous commencerons par exposer le but, la méthode et les concepts utilisés par l'analyse comportementale du droit (Chapitre I). Ensuite, nous analyserons l'état du droit et de la jurisprudence concernant la prédation. Nous détaillerons les questions de la rationalité de la prédation et celle du critère du « *recoupment* » imposé par la jurisprudence américaine (Chapitre II). Par après, nous étudierons le cas de la prédation dans le droit de l'Union européenne. Ainsi, nous examinerons la définition d'un marché en cause et l'établissement de la position dominante d'une entreprise (Chapitre III).

Chapitre I : L'analyse comportementale du droit

Dans ce chapitre, nous exposerons les divergences de point de vue entre l'analyse économique du droit et l'analyse comportementale du droit. Pour ce faire, nous détaillerons le but, la méthode et les concepts utilisés par l'analyse comportementale du droit.

Section 1 : Le but de l'analyse comportementale

L'analyse comportementale du droit est un moyen de mieux comprendre le fonctionnement du marché. Les auteurs défendant l'analyse comportementale ne la voient pas comme un substitut de l'approche économique classique (*Law and Economics*) mais plutôt comme un complément⁷. En effet, le but de l'analyse comportementale du droit n'est pas de renier les acquis de *Law and Economics*. Au contraire, l'objectif est de se baser sur les fondations posées par l'approche conventionnelle pour faire de meilleures prévisions en ce qui concerne les comportements humains⁸.

Par ailleurs, l'analyse comportementale du droit de la concurrence peut être utile à divers égards. Ainsi les preneurs de décision pourraient mieux légiférer, promouvoir la concurrence et permettre de mieux prévoir le comportement des acteurs économiques sur le marché⁹.

⁷ A. TOR, « Understanding Behavioural Antitrust », *op. cit.*, p. 578.

⁸ C. JOLLS, C.R. SUNSTEIN, R. THALER, *op. cit.*, p. 1487.

⁹ A. TOR, *op. cit.*, p. 662.

Section 2 : Les concepts de l'analyse comportementale

Il convient dans cette section, d'exposer les principes de l'analyse économique du droit et les critiques apportées par l'analyse comportementale du droit. De plus, nous expliquerons brièvement les concepts développés par les sciences comportementales.

Quant aux principes de l'analyse économique du droit, nous avons en premier lieu la loi de la demande. On peut résumer celle-ci ainsi lorsque le prix d'un produit augmente, certains consommateurs vont se diriger vers des substituts de ce produit, ce qui va engendrer une baisse dans la demande totale pour ce produit¹⁰.

Ensuite, le second principe de l'analyse économique est le suivant : les coûts irrécupérables n'entrent pas dans le raisonnement des acteurs économiques. Cependant cette proposition est invalidée par plusieurs recherches¹¹.

Quant au troisième principe, il s'agit du suivant : les ressources ont tendance à graviter vers leur usage le plus « *valuable* ». Cependant, les études empiriques révèlent que les gens ne considèrent pas comme égaux les coûts d'opportunité¹² et les coûts « *out-of-pockets* »¹³. Ils se montrent réticents à échanger des biens même à un prix où ils ne l'auraient pas acheté eux-mêmes. C'est ce qu'on appelle l'aversion à la dépossession¹⁴.

Les trois principes de l'analyse économique du droit reposent sur un postulat de rationalité. En effet, selon cette théorie, les entreprises sont des acteurs économiques rationnels, maximisant leurs profits. Toute entreprise déviant du modèle de rationalité économique se verrait exclue du marché car elle deviendrait moins performante que ses concurrents¹⁵. Néanmoins, les études démontrent que les individus tendent à avoir une rationalité limitée, une volonté limitée et un intérêt personnel limité¹⁶.

En effet, le modèle de rationalité repose sur la théorie de l'utilité espérée. Selon les auteurs défendant l'analyse économique classique, les acteurs économiques qui sont confrontés à différentes possibilités prendraient leurs décisions en fonctions de l'utilité espérée de chaque

¹⁰ R. POSNER, *op. cit.*, p. 4.

¹¹ C. JOLLS, C.R. SUNSTEIN, R. THALER, *op. cit.*, p. 1483.

¹² Ce coût désigne la perte des biens auxquels on renonce lorsqu'on procède à un choix.

¹³ Il s'agit des dépenses faites.

¹⁴ C. JOLLS, C.R. SUNSTEIN, R. THALER, *Ibidem*, p. 1484.

¹⁵ A. HEINEMANN, "Behavioral antitrust : A more realistic approach to competition law", *European Perspectives on Behavioural Law and Economics*, Klaus Mathis (ed.), 2015, p. 214.

¹⁶ C. JOLLS, C.R. SUNSTEIN, R. THALER, *op. cit.*, p. 1477.

choix. Plusieurs théories pourraient expliquer la présomption de rationalité des acteurs économiques mais la théorie de l'utilité espérée est la plus influente dans le domaine de la microéconomie¹⁷. C'est pourquoi, nous allons envisager la rationalité des acteurs économiques du point de vue de cette théorie.

La prise de décision des acteurs économiques selon la théorie de l'utilité espérée dans un environnement incertain se ferait de la manière suivante : un acteur économique confronté à deux options d'investissement, une option d'investissement avec un bénéfice certain et une option d'investissement plus risquée avec un bénéfice plus important, calculeraient les utilités espérées des deux options. Après avoir fait une analyse des coûts et des bénéfices de chaque option, l'acteur économique choisirait l'option ayant la valeur la plus élevée¹⁸. Dès lors, la prise de décision des acteurs économiques serait conformes au modèle de rationalité économique.

Néanmoins, les auteurs Amos Tversky et Daniel Kahneman ont remis en cause le modèle de prise de décision dans un environnement incertain développé par la théorie de l'utilité espérée. La théorie développée par Tversky et Kahneman, la « *prospect theory* », divise la prise de décision en deux phases : l'édition et l'évaluation. Les auteurs ont établi que les individus vont coder les différents résultats. Les résultats des différentes options soumises au preneur de décision sont donc perçus comme des gains ou des pertes par rapport à un point de référence et non pas comme des états de richesse finaux. Le point de référence par rapport auxquels les individus évaluent leurs gains ou leurs pertes équivaut à l'état de richesse actuel du preneur de décision. Cependant, le point de référence accepté par le preneur de décision peut être influencé par la formulation des options ou par ses attentes¹⁹. En effet, si le preneur de décision estime que son état de richesse devrait être normalement plus élevé que son état actuel, tout résultat en-dessous de l'état de richesse espéré sera perçu comme une perte.

Dès lors, chaque choix est envisagé sous la forme d'un gain ou d'une perte. De plus, il a été démontré que les individus ont une aversion au risque quand il s'agit de gains. C'est pourquoi lorsqu'un individu doit faire un choix entre un gain certain ayant une valeur plus faible et un gain incertain ayant une valeur plus élevée, l'individu en question va avoir tendance à choisir l'option la plus certaine. Néanmoins, lorsque la question est envisagée sous la forme d'une

¹⁷ R. B. KOROBKIN, T. S. ULEN, "Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics", *Cal. L. Rev.*, Vol. 88, 2000, p. 1062.

¹⁸ R. B. KOROBKIN, T. S. ULEN, *Ibidem*, p. 1063.

¹⁹ D. KAHNEMAN, A. TVERSKY, "Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk", *Econometrica*, vol 47/2, 1979, p. 275.

perte, les individus ont tendance à être plus aventureux. Ils auront donc tendance à choisir l'option la plus risquée qui leur permettra de limiter au maximum leurs pertes²⁰.

On peut en conclure que la prise de décision des acteurs économiques ne peut être conciliée avec le modèle de prise de décision rationnel. En effet, les êtres humains ont une rationalité limitée, une volonté limitée, et une recherche de l'intérêt personnel limité. On ne peut donc pas les qualifier d'*homo economicus* rationnels et égoïstes, les acteurs économiques sont sujets à des heuristiques qui les empêchent de l'être²¹. C'est pourquoi, nous allons détailler dans la section suivante les différents biais qui affectent le raisonnement des êtres humains.

Section 3 : Les biais

Nous allons exposer dans cette section les différents biais cognitifs qui ont une influence sur la prise de décision des acteurs économiques. Les individus fondent leurs jugements de probabilité sur des heuristiques. L'utilisation de ces heuristiques qui sont des raccourcis mentaux mènent à des erreurs de jugement²² Nous expliquerons dans les chapitres suivants les conséquences de ces biais dans le cadre de la prédation.

a) L'aversion à la dépossession et le biais du statu quo

L'aversion à la dépossession signifie que les choses acquises ont plus de valeur après leur acquisition²³. Ainsi comme nous l'avons expliqué ci-dessus, les individus se montrent réticents à échanger des biens même à un prix où ils ne l'auraient pas acheté eux-mêmes²⁴.

Par ailleurs, il convient de combiner cette aversion à la dépossession au biais du statu quo selon lequel les individus ont tendance à se raccrocher au statu quo et à la position qu'il détenait précédemment²⁵. Le statu quo sera souvent le point de référence pour toute analyse de gains et de pertes pour les individus. Il est donc très important d'en tenir compte²⁶. Nous verrons l'importance de ces deux biais lorsque nous étudierons le cas des entreprises en position

²⁰ R. B. KOROBKIN, T. S. ULEN, *op. cit.*, p. 1104.

²¹ D. KAHNEMAN, *Thinking fast and slow*, Penguin Group, 2012, p. 107.

²² C. R. SUNSTEIN, "Behavioral analysis of law", *U. Chi. L. Rev.*, 1997, p. 1187.

²³ A. HEINEMANN, *op. cit.*, p. 216.

²⁴ C. JOLLS, C.R. SUNSTEIN, R. THALER, *op. cit.*, p. 1484.

²⁵ A. HEINEMANN, *op. cit.*, p. 216.

²⁶ C. R. SUNSTEIN, *op. cit.*, p. 1192.

dominante ne voulant pas perdre leurs parts de marché. Ces deux biais nous permettront d'expliquer le comportement des entreprises dans ces cas-là.

b) L'effet d'ancrage

Il est fréquent que les jugements de probabilité soient faits à base d'un point de référence, d'une ancre. S'il s'avère que ce point d'ancrage est irrationnel ou faux, cela peut entraîner des conséquences fâcheuses²⁷. On peut trouver une application de ce phénomène dans le comportement des managers, qui en se basant sur leurs parts de marché à une date X et en acceptant cela comme point de référence, vont se lancer dans des stratégies de prédation afin de conserver leurs parts de marché.

c) Le biais du court terme

Le biais du court terme fait que les individus accordent beaucoup plus d'importance au présent qu'au futur²⁸. Cela peut expliquer pourquoi les managers vont se lancer dans une stratégie hautement risquée comme la prédation sans penser aux conséquences futures.

d) La disponibilité et la représentativité

Le fait qu'un événement soit disponible pour une personne, c'est à dire qu'un événement se soit réalisé récemment, produira une surestimation de la probabilité de réalisation de cet événement²⁹. À cause de ce biais de disponibilité, les potentiels nouveaux entrants pourraient surestimer la probabilité d'une nouvelle prédation sur un marché où il y a déjà eu une prédation. Cela affectera bien évidemment leur volonté d'entrer sur le marché.

Quant à la représentativité, il s'agit d'exagérer la corrélation entre deux événements. Il se peut que les individus jugent le niveau de risque lié à une opération (ex : l'entrée sur un marché) en associant une cause A et une conséquence B³⁰.

²⁷ C. R. SUNSTEIN, *op. cit.*, p. 1188.

²⁸ A. HEINEMANN, *op. cit.*, p. 216.

²⁹ C. R. SUNSTEIN, *op. cit.*, p. 1188.

³⁰ C. R. SUNSTEIN, *Ibidem*, p. 1189.

e) La prise en compte des coûts irrécupérables

L'analyse économique classique néglige les coûts irrécupérables (« *sunk costs* ») subis par une entreprise. Or, les études démontrent que ceux-ci ont une grande importance dans la prise de décision³¹.

Afin d'expliquer l'effet de la prise en compte des coûts irrécupérables, il convient de donner un exemple. L'exemple suivant est celui d'un jeu d'ultimatum. Dans le cadre de ce jeu, un des deux joueurs doit partager la somme fournie par les organisateurs du jeu. Imaginons que la somme à partager est de 10 dollars. Le joueur A doit offrir un pourcentage de cette somme au joueur B. Le joueur B n'a que deux choix : accepter ou refuser. Il n'y a donc pas de marge de négociation.

La théorie classique prévoit que l'offrant va proposer l'unité la plus petite disponible, disons un euro et que le destinataire va accepter cette offre car un euro est supérieur à zéro. Or, ce n'est pas le cas. Les destinataires font preuve de « *bounded self-interest* » et ont tendance à ne pas accepter les offres en dessous de 20%. Ils préfèrent donc agir au détriment de leur intérêt personnel pour sanctionner l'offrant. Par ailleurs, les offrants proposent souvent entre 40 et 50% de la somme au destinataire car ils supposent qu'en-dessous de cela l'offre ne sera pas acceptée³².

Quid de l'introduction du facteur des coûts irrécupérables ? Ainsi qu'il a été décrit plus haut, ce facteur ne devrait avoir aucun effet sur l'expérience selon l'analyse économique classique. Néanmoins, l'analyse comportementale démontre que ce facteur va avoir un effet. On élabore donc un nouveau jeu de l'ultimatum où 10 dollars seront à partager et où chaque participant fournira 5 dollars. On va donc constater que, dans la version originale, les destinataires de l'offre qui acceptaient en moyenne \$1,94 vont cette fois-ci, accepter en moyenne \$3,21-\$3,35-\$3,73. On remarque que dans un cas de figure où il y a des « *sunk costs* », les destinataires demandent beaucoup plus d'argent et beaucoup demandent même 5 dollars. En effet, ils se voient comme les propriétaires de ces 5 dollars. Il apparaît donc que l'équité est une notion fondamentale pour les individus même lorsqu'il s'agira d'agir au détriment de leur intérêt personnel³³.

³¹ A. HEINEMANN, *op. cit.*, p. 217.

³² C. JOLLS, C.R. SUNSTEIN, R. THALER, *op. cit.*, p. 1490.

³³ C. JOLLS, C.R. SUNSTEIN, R. THALER, *Ibidem*, pp. 1491-1492.

Dès lors, nous pouvons conclure que les individus prennent bel et bien en compte les coûts irrécupérables. Il est donc normal de constater que les coûts irrécupérables affecteront la décision d'entrée sur un marché.

f) L'optimisme, l'excès de confiance en soi et la désirabilité

Nous pouvons résumer le biais de l'optimisme ainsi : les individus ont tendance à sous-estimer la réalisation d'évènements à risque en ce qui les concerne. Les études démontrent que les êtres humains ont systématiquement tendance à être plus optimiste que ce qu'ils ne devraient l'être³⁴. On constate que ce genre de phénomènes s'accroissent dans des contextes où les individus se comparent aux autres³⁵. La perception qu'on a de soi-même est affectée par le biais d'optimisme. Ainsi un nouvel entrant va avoir tendance à surestimer ses chances de succès.

Quant au biais de désirabilité, il s'agit d'un biais qui affecte le jugement des individus quant à la probabilité et la valeur des futurs événements. Les individus vont sous-estimer les investissements et le temps nécessaire pour que l'activité soit profitable. De plus, les individus vont avoir tendance à sous-estimer leurs futures pertes aussi. Les études ont démontré que les individus voient l'occurrence d'un événement comme étant plus probable lorsqu'ils désirent l'occurrence de cet événement. Le biais de désirabilité se manifeste encore plus lorsque les individus se sont investis pour la réalisation de l'événement souhaité³⁶. Nous retrouverons une application de ce biais lorsque nous étudierons le cas des entrées sur le marché.

Section 4 : La méthode de l'analyse comportementale

L'analyse comportementale a pour but de donner une image plus précise et plus correcte du marché. Il ne s'agit pas de remplacer l'analyse économique classique mais de la compléter.

Dans les années septante, l'école de Chicago a fait son apparition aux États-Unis et a permis la transition d'une approche formaliste vers une approche plus centrée sur les effets. Ainsi les

³⁴ C. R. SUNSTEIN, *op. cit.*, p. 1184.

³⁵ A. TOR, "The Fable of entry : bounded rationality, market discipline, and legal policy", *Michigan Law Review*, vol 101, 2002, p. 505.

³⁶ A. TOR, *Ibidem*, p. 509.

comportements des acteurs économiques étaient analysés du point de vue de leurs effets anticoncurrentiels et potentiellement pro-concurrentiels (efficience). Cette même transition a eu lieu également dans le droit de la concurrence européen, cette nouvelle approche a été appelée « l'approche plus économique »³⁷.

La faiblesse de cette nouvelle école ayant émergée aux États-Unis était les modèles théoriques sur lesquels elle se basait. En effet, le fait que l'analyse économique classique se concentrait trop sur des postulats théoriques créait des divergences importantes entre les prévisions de celle-ci et la réalité du marché. C'est pourquoi l'analyse comportementale propose de remplacer ces postulats théoriques par des études empiriques démontrant certaines tendances dans les comportements humains³⁸.

Dès lors, il est primordial, pour les tribunaux et les autorités administratives, de fonder leurs jugements sur les données empiriques. En effet, les tribunaux et autorités en charge d'assurer le respect du droit de la concurrence ne doivent pas considérer de manière abstraite que les acteurs économiques vont dévier du modèle de rationalité. Il faut pour cela se baser sur des preuves matérielles³⁹. Pour cela, les tribunaux et les autorités en charge de l'application du droit de la concurrence pourront se baser sur la littérature immense produite par les sciences comportementales. Nous tâcherons d'expliquer dans les chapitres suivants les applications concrètes des apports de l'analyse comportementale au cas de la prédation.

³⁷ A. HEINEMANN, *op. cit.*, p. 211.

³⁸ A. HEINEMANN, *Ibidem*, p. 212.

³⁹ A. TOR, « Understanding Behavioural Antitrust », *op. cit.*, p. 659.

Chapitre II : La prédation dans le droit américain

Tout d'abord, nous allons exposer, dans ce chapitre, l'état du droit américain concernant la prédation. Ensuite, nous étudierons la question de la rationalité d'une stratégie de prédation et le critère du « *recoupment* » des pertes qui est devenu indispensable pour prouver une prédation.

Section 1 : L'état du droit américain

a) La définition et le cadre légal de la prédation

La prédation est une stratégie en deux temps qui consiste, tout d'abord, pour l'entreprise prédatrice de vendre en-dessous de ses coûts afin d'exclure ou discipliner ses concurrents. Après avoir accompli la première étape, l'entreprise prédatrice entame la seconde étape qui consiste à fixer un prix de monopole afin de récupérer les pertes subies lors de la première étape. Il s'agit du « *recoupment* »⁴⁰.

Cette pratique peut être sanctionnée sur base de la section 2 du Sherman Act⁴¹. Cette législation condamne « toute monopolisation ou tentative de monopolisation d'un marché déterminé »⁴². La première condamnation des prix prédateurs comme pratique anti-concurrentielle remonte à l'affaire *Standard Oil Co. v. United States*⁴³. Il n'était pas question du « *recoupment* » à l'époque et les demandeurs pouvaient raisonnablement espérer la condamnation de la pratique de prédation devant les juridictions américaines. Ensuite, le débat de l'époque précédant l'arrêt *Brooke*⁴⁴ s'est cristallisé autour de la question du prix⁴⁵.

b) La règle Areeda-Turner

C'est dans ce contexte-là, que les professeurs Areeda et Turner ont écrit leur célèbre article⁴⁶. Cet article a eu une énorme influence sur la jurisprudence américaine. En effet, avant cet article, les demandeurs gagnaient régulièrement les affaires de prédation. Les juridictions américaines

⁴⁰ C. R. LESLIE, « Predatory pricing and recoupment », *Colum. L. Rev.*, vol 113, 2013, p. 1697.

⁴¹ 15 U.S.C. § 2.

⁴² *United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563, 570-71 (1966).

⁴³ *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911).

⁴⁴ *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993).

⁴⁵ C. R. LESLIE, *op. cit.*, p. 1701.

⁴⁶ P. AREEDA, D. TURNER, « Predatory pricing and related practices under section 2 of Sherman Act, *Harv. L. Rev.*, vol. 88, 1975, pp. 697-733.

condamnaient assez facilement les grandes entreprises faisant des discriminations dans leurs prix avec une intention prédatrice afin de porter atteinte aux intérêts de ses concurrents⁴⁷.

C'est pourquoi l'article des professeurs Areeda et Turner a fortement changé le paysage du droit de la concurrence américain. Ils ont introduit le test du prix dans l'établissement de la prédation avec comme mesure de référence le coût moyen variable (CVM)⁴⁸. Suite à l'engouement de la jurisprudence américaine pour cette innovation, les demandeurs ont vu leur pourcentage de succès chuter drastiquement dans les affaires de prédation⁴⁹.

Par ailleurs, cet article a également provoqué de nombreuses critiques de la part d'économistes car la méthode consistant à prendre comme référence le coût variable moyen sur le court terme néglige la nature de la prédation qui a tendance à s'étendre sur une longue période⁵⁰. Il convient de noter que puisqu'il est difficile de calculer le coût marginal à court terme d'une entreprise (la mesure de coût la plus appropriée), les professeurs Areeda et Turner ont proposé le coût variable moyen comme proxy du coût marginal à court terme⁵¹. Parmi les opposants, le professeur Posner a critiqué l'approche des professeurs Areeda et Turner, selon laquelle seuls les prix se situant en-dessous du coût marginal à court terme devrait être considéré comme illégaux (c'est à dire prédateurs).

En effet, Posner souligne que le coût marginal à court terme d'une entreprise est plus bas que son coût marginal à long terme et que, s'il n'y a pas un excès de capacité sur le marché, vendre en-dessous de son coût marginal à long terme n'est pas a priori justifiable économiquement. Dès lors, en vendant ses produits au prix de son coût marginal à court terme, une entreprise A peut exclure du marché une entreprise B si ce prix est inférieur au coût marginal à long terme de l'entreprise B. Dans l'exemple produit par le professeur Posner, l'entreprise B est plus efficace car son coût marginal à long terme est inférieur à celui de l'entreprise A⁵².

Par ailleurs, la méthode développée par Areeda et Turner s'est révélée difficile à appliquer par des juridictions. En effet, le jury n'est pas l'instance la plus apte pour se prononcer sur des questions complexes comme celles-ci. Dès lors, les juridictions américaines ont commencé à

⁴⁷ P. BOLTON, J. F. BRODLEY, M. H. RIORDAN, "Predatory pricing: strategic theory and legal policy", *Geo. L.J.*, vol. 88, 1999, p. 2250.

⁴⁸ Le coût variable moyen représente les coûts variables d'une entreprise (électricité, salaires, etc.) divisés par la quantité produite.

⁴⁹ P. BOLTON, J. F. BRODLEY, M. H. RIORDAN, *op. cit.*, p. 2251.

⁵⁰ P. BOLTON, J. F. BRODLEY, M. H. RIORDAN, *Ibidem*, p. 2251.

⁵¹ P. AREEDA, D. TURNER, *op. cit.*, p. 716.

⁵² R. A. POSNER, « Predatory pricing », *J. Reprints Antitrust L. & Econ.*, vol. 10., 1979, pp. 92-93.

appliquer une règle Areeda-Turner augmentée qui prenait en considération d'autres éléments comme l'intention et la structure du marché. Malgré quelques variations, les juridictions américaines ont le plus souvent opté pour la formule suivante : les prix inférieurs au coût variable moyen étaient présumés prédateurs donc illégaux, les prix supérieurs au coût variable total étaient considérés comme légaux. Pour ce qui est des prix entre les deux, ils étaient présumés légaux mais le demandeur pouvait renverser la présomption en se basant sur des facteurs comme l'intention et la structure du marché⁵³. Cette formule de la règle Areeda-Turner augmentée a eu pour effet d'augmenter quelque peu le pourcentage de succès des demandeurs⁵⁴.

c) L'affaire Matsushita

En outre, le débat a pris une toute autre tournure avec l'affaire *Matsushita*⁵⁵. La Cour suprême des États-Unis a émis, dans ce jugement, des doutes quant à la rationalité d'une stratégie de prédation dans l'affaire en question. En effet, selon la majorité, il n'était pas vraisemblable que Matsushita puisse éliminer la concurrence américaine sur le marché américain pour ensuite récupérer ses pertes. Il a été admis que lorsque Matsushita aurait fixé son prix de monopole, la concurrence serait à nouveau rentrer dans le marché, de manière à rendre impossible le « *recoupment* »⁵⁶. On constate donc que le critère du « *recoupment* », c'est à dire la possibilité de récupération pour le prédateur de ses pertes, fait son entrée dans le raisonnement de la jurisprudence.

De plus, il est intéressant de noter que la Cour qualifie dans ce jugement la pratique des prix prédateurs comme étant rare et très peu réussie. En effet, selon la Cour, il y aurait un consensus au sein de la jurisprudence et de la doctrine américaine à ce sujet⁵⁷. Dans l'affaire en cause, selon la Cour, il aurait été impossible pour une entreprise détenant un monopole de récupérer ses pertes. Quid d'un cartel ? La cour considère cette option comme étant encore moins probable. Il faut rappeler que l'affaire Matsushita avait été introduite comme étant une violation de la section 1 du Sherman Act (conspiration entre plusieurs entreprises afin de restreindre la

⁵³ P. BOLTON, J. F. BRODLEY, M. H. RIORDAN, *op. cit.*, p. 2253.

⁵⁴ P. BOLTON, J. F. BRODLEY, M. H. RIORDAN, *Ibidem*, p. 2254.

⁵⁵ *Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574 (1986).

⁵⁶ C. R. LESLIE, *op. cit.*, p. 1701.

⁵⁷ *Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574 (1986), p. 589.

concurrence). Néanmoins, cette exigence du « *recoupment* » a fait son chemin jusqu'aux affaires de violation de la section 2 du Sherman Act⁵⁸.

En effet, nous retrouvons le raisonnement de l'affaire Matsushita de manière déformée dans un jugement rendu par la Cour d'appel du 7ième circuit des États-Unis⁵⁹. Dans cette affaire *Rose Acre*, la Cour a repris le dispositif de Matsushita en affirmant que puisque le « *recoupment* » était improbable, il n'y avait pas de violation du droit de la concurrence. Selon la Cour, une prédation sans « *recoupment* » n'étant pas profitable, il n'y aurait pas lieu à intervention. Cependant, cette analyse se trompe gravement quant à ce qu'il faut retirer de la décision de la Cour suprême dans l'affaire Matsushita. En effet, dans Matsushita, il était question de la violation de la section 1 du Sherman Act et de l'intensité de la preuve devant être soumise à la Cour pour passer le « *summary judgment* », c'est à dire un type de procès où le juge va décider sans passer par la procédure complète⁶⁰. Il ne s'agissait pas d'un jugement déterminant les conditions de la responsabilité d'une prédation violant la section 2 du Sherman Act. Le 7ième circuit a donc inféré du jugement Matsushita un standard s'appliquant à toutes les pratiques de prédation et obligeant les demandeurs à prouver le « *recoupment* » afin de passer le stade du « *summary judgment* »⁶¹.

d) L'affaire Brooke

C'est dans ce contexte-là que la Cour suprême a rendu son fameux jugement concernant les prix prédateurs, l'arrêt *Brooke*⁶². Tout d'abord, la Cour suprême a établi que pour qu'il y ait prédation, il fallait une vente à un prix inférieur au coût. Celle-ci n'a pas précisé quelle était la référence en matière de coût et n'a donc pas opté pour le coût variable moyen proposé par Areeda et Turner.

Deuxièmement, l'exigence de « *recoupment* » a fait son apparition. Ainsi la Cour estime qu'il faut une « dangereuse probabilité » que le prédateur puisse récupérer les pertes subies lors de

⁵⁸ C. R. LESLIE, *op. cit.*, p. 1702.

⁵⁹ *A.A. Poultry Farms, Inc. v. Rose Acre Farms, Inc.*, 881 F.2d 1396, 1399 (7th Cir. 1989).

⁶⁰ G. P. MCALINN, D. ROSEN, J. P. STERN, *An Introduction to American Law*, 2ème éd., Durham, Carolina Academic Press, 2010, p. 162.

⁶¹ C. R. LESLIE, *op. cit.*, p. 1703.

⁶² *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993).

la vente à un prix inférieur au coût⁶³. À travers ce jugement, la Cour suprême a étendu le critère du « *recoupment* » à tous les cas de prix prédateurs violant la section 2 du Sherman Act⁶⁴.

Il semble utile à ce stade-ci d'expliquer les faits en cause. La société Ligett, suite à la baisse de ses parts dans le marché du tabac, a décidé de vendre des cigarettes génériques à des prix réduits. En réaction à cela, Brown & Williamson décide également de produire des cigarettes génériques et les vend à des prix inférieurs à ceux de Ligett. La société Ligett estime que le but de Brown & Williamson était de forcer Ligett à augmenter ses prix sur le marché des cigarettes génériques afin de réduire la différence de prix avec les cigarettes « *branded* ». Le but étant de prévenir la croissance du marché des cigarettes génériques afin de maintenir les profits faits par Brown & Williamson sur le marché des cigarettes « *branded* ». Ligett estimait que, suite à l'augmentation des prix sur le marché des cigarettes génériques et donc à la diminution de la pression sur le marché des cigarettes « *branded* », Brown & Williamson allait récupérer ses pertes via une fixation de prix oligopolistique sur le marché des cigarettes « *branded* »⁶⁵

Quant à l'analyse juridique, nous pouvons tout d'abord dire que Ligett avait introduit l'affaire comme étant une violation du Robinson-Patman Act et donc n'alléguait pas une monopolisation ou une tentative de monopolisation du marché des cigarettes génériques à travers une stratégie de prix prédateurs. Néanmoins, la Cour suprême a affirmé d'emblée que sa décision s'appliquerait à toute allégation de violation de la section 2 du Sherman Act en raison d'une pratique de prédation⁶⁶.

Ensuite, la Cour a détaillé en deux étapes l'unique et immense charge de la preuve d'un demandeur voulant prouver une prédation. Tout d'abord, le demandeur doit prouver que le défendeur applique des prix inférieurs à ses coûts (première phase de la prédation).

Par après, le demandeur doit prouver que le « *recoupment* » est possible (deuxième phase de la prédation). Cette exigence comporte deux éléments : le prédateur doit être capable de hisser ses prix à un niveau supra-compétitif et il doit pouvoir⁶⁷ récupérer les pertes subies lors de la première phase en faisant cela. Ainsi la jurisprudence sur les prix prédateurs contient une différence fondamentale par rapport à la jurisprudence concernant les autres violations de la

⁶³ P. BOLTON, J. F. BRODLEY, M. H. RIORDAN, *op. cit.*, p. 2255.

⁶⁴ C. R. LESLIE, *op. cit.*, p. 1704.

⁶⁵ C. R. LESLIE, *op. cit.*, p. 1704.

⁶⁶ C. R. LESLIE, *Ibidem*, p. 1704.

⁶⁷ Il s'agit d'une possibilité de récupération des pertes, il ne s'agit pas pour l'entreprise prédatrice de récupérer effectivement ses pertes.

section 2 du Sherman Act. En effet, la prédation doit bénéficier au prédateur, elle doit être profitable.

Dès lors, il est nécessaire que la prédation ait lieu dans un certain environnement pour que celle-ci soit profitable. C'est pourquoi la Cour a considéré qu'il ne pouvait y avoir de « *recoupment* » que si la structure du marché le permettait. Une structure de marché permettant la prédation est un marché où il y a une concentration, des barrières à l'entrée et une capacité d'absorption des parts de marché de la cible de la prédation⁶⁸.

Néanmoins, il faut souligner que les circonstances de l'affaire *Brooke* étaient particulières, le prédateur présumé n'était pas une entreprise en position dominante mais une entreprise ne possédant que 12% de parts de marché. Il s'avère dès lors que la prédation ne pouvait avoir lieu que via une coordination tacite entre les producteurs de cigarettes. La Cour suprême était sceptique face à la possibilité d'une prédation oligopolistique.

Que s'est-il passé en réalité ? *Brown and Williamson* a appliqué des prix inférieurs à son coût variable moyen pour une période de 18 mois. Suite à cela, le demandeur a dû augmenter ses prix. Une augmentation de 71% a été observée pour le prix des cigarettes génériques et de 39% pour les cigarettes « *branded* »⁶⁹.

Voici donc en résumé la décision emblématique de la Cour suprême américaine imposant une charge de la preuve presque insurmontable pour les demandeurs alléguant une violation de la section 2 du Sherman Act en raison d'une pratique de prix prédateurs⁷⁰.

e) La période post-Brooke

L'effet immédiat de la décision *Brooke* fut l'immunisation des défendeurs tout au long des années 90. Les demandeurs n'ont jamais triomphé devant les juridictions inférieures dans la trentaine d'affaires qui a été introduite après l'arrêt *Brooke*. Nous pouvons citer plusieurs raisons expliquant ce phénomène :

1° les exigences de preuve de la Cour Suprême ont été interprétées comme des incitations à rejeter les allégations de prédation au stade du « *summary judgment* ».

⁶⁸ P. BOLTON, J. F. BRODLEY, M. H. RIORDAN, *op. cit.*, p. 2256.

⁶⁹ P. BOLTON, J. F. BRODLEY, M. H. RIORDAN, *Ibidem*, p. 2257.

⁷⁰ C. R. LESLIE, *op. cit.*, p. 1706.

2° le scepticisme de la Cour Suprême envers la possibilité d’avoir une stratégie de prédation rationnelle.

3° le manque de connaissances des juridictions concernant la théorie économique moderne⁷¹.

Nous examinerons donc la question de la rationalité d’une stratégie de prédation dans la section suivante. Puisque le scepticisme de la Cour suprême joue un rôle important dans le refus des allégations de prédation, il est primordial d’élucider cette question grâce aux apports de l’approche comportementale.

Section 2 : La rationalité d’une prédation

Selon l’analyse économique classique du droit, la prédation serait rare dans un monde où les acteurs économiques seraient parfaitement rationnels parce que le « *recoupement* » serait très difficile⁷². C’est pourquoi selon l’analyse économique, on ne verra des prix prédateurs que très rarement puisqu’il s’agirait d’une stratégie irrationnelle.

a) L’irrationalité de la prédation

Tout d’abord, il convient d’exposer les arguments avancés par l’analyse économique pour prouver l’irrationalité d’une prédation. Le professeur McGee résume dans son article emblématique analysant l’affaire *Standard Oil*, les différentes critiques faites à la rationalité d’une prédation. Premièrement, la prédation ne serait pas rationnelle car il serait plus facile d’acquérir un concurrent. Deuxièmement, le prédateur perdrait plus d’argent que son concurrent car il vend plus de quantité. Troisièmement, l’éviction d’un concurrent n’augmenterait pas le pouvoir de marché du prédateur si les infrastructures du sortant sont acquises par un nouvel entrant⁷³.

Nous pouvons brièvement répondre à ces arguments. Quant à l’acquisition d’un concurrent, il faut rappeler que les règles régissant les fusions aux États-Unis peuvent s’y opposer. Concernant, le fait que le prédateur perdrait plus d’argent que son concurrent lors d’une prédation, c’est faux car le prédateur peut faire des réductions de prix ciblées. Finalement, quant

⁷¹ P. BOLTON, J. F. BRODLEY, M. H. RIORDAN, *op. cit.*, p. 2259.

⁷² A. TOR, “Illustrating a Behaviorally Informed Approach to Antitrust Law: The Case of Predatory Pricing”, *Antitrust*, Vol. 18, 2003, p. 53.

⁷³ J.S MCGEE, “Predatory Price Cutting : The Standard oil (N.J) Case”, *J. L. & Econ.*, vol. 1, 1958, p. 140.

à l'acquisition des infrastructures et donc des parts de marché du sortant, il ne faut pas oublier que les coûts à l'entrée du marché peuvent freiner ce phénomène⁷⁴.

De plus, l'École de Chicago, championne de l'analyse économique classique du droit, en décrivant les prix prédateurs comme une pratique irrationnelle du point de vue économique, se base sur deux postulats : l'entrée libre sur le marché et l'information parfaite des parties.

Quant à l'entrée libre sur le marché, il faut constater que la réalité économique diffère du postulat de l'analyse économique classique. En effet, le fait qu'il y ait des coûts irrécupérables importants qui doivent être subis lors de l'entrée sur le marché constituera une barrière importante à l'entrée de celui-ci. Et ce malgré le fait que l'analyse économique classique considère que les coûts irrécupérables ne devraient pas être pris en compte par un acteur économique rationnel. Par ailleurs, la réputation d'un prédateur constituera également une barrière à l'entrée du marché⁷⁵.

Un autre argument avancé par l'analyse économique classique qui prouverait l'irrationalité et l'impossibilité d'une prédation est l'idée selon laquelle les consommateurs iraient au secours d'une entreprise qui serait menacée par une prédation. En effet, selon cette idée, les consommateurs parfaitement au courant de la situation du marché, sauraient que l'éviction de l'entreprise menacée par la prédation serait à leur désavantage puisqu'après cette éviction l'entreprise prédatrice augmentera ses prix de manière considérable⁷⁶.

Le problème de cette analyse est que nous ne vivons pas dans un monde où l'information est parfaite. Les consommateurs ou les marchés de capitaux qui pourraient prêter de l'argent à l'entreprise-proie ne sont pas parfaitement au courant de ce qui se passe sur le marché. Dès lors, il est utopiste de penser qu'ils anticiperont les résultats futurs d'une réduction de prix opérée par l'entreprise prédatrice et qu'ils viendront au secours de l'entreprise-proie⁷⁷.

Par ailleurs, l'analyse économique du droit considère les prix prédateurs comme un phénomène irrationnel et donc improbable car une entreprise se lançant dans cette stratégie ne pourra pas élever ses prix à un niveau considérable sans faire face à de nouveaux entrants sur le marché.

⁷⁴ L. KAPLOW, C. SHAPIRO, « Chapter 15 : Antitrust », *Handbook of Law and Economics*, vol. 2 sous dir. A. M. POLINSKY, S. SHAVELL, Oxford, Elsevier, 2007, p. 1195.

⁷⁵ R. J. VAN DEN BERGH, P. D. CAMESCA, *European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective*, Groningen, Intersentia-Hart, 2001, p. 289.

⁷⁶ F. EASTERBROOK, « Predatory strategies and counterstrategies », *U. Chi. L. Rev.*, vol. 48, 1981, pp. 270-271.

⁷⁷ R. J. VAN DEN BERGH, P. D. CAMESCA, op. cit., p. 290.

D'un point de vue rationnel, la prédation serait trop risquée. Or, les recherches empiriques démontrent que cette stratégie peut être attractive pour les dirigeants des entreprises lorsque celles-ci perdent des parts de marché⁷⁸. La question qui se pose dans ce cas-ci est la suivante : comment agirait un manager à la tête d'une entreprise dont les parts de marchés sont en baisse et donc qui perd des bénéfices ? L'analyse économique classique du droit répond à cela de la manière suivante ; l'*homo economicus* qu'est le manager va peser le pour et le contre des options suivantes : ne rien faire ou lancer une stratégie de prédation. Il s'agira de mesurer quelle option à une espérance mathématique plus élevée pour l'entreprise. Le manager devrait se rendre compte qu'il est plus rationnel de ne rien faire plutôt que de s'engager dans une prédation risquée économiquement et qui pourrait avoir des conséquences légales fâcheuses⁷⁹.

L'analyse des comportements humains nous a appris que les individus ont une attitude ambiguë envers le risque. En effet, ceux-ci ont une aversion pour le risque quand il s'agit de gains mais ils sont plutôt friands de risque lorsqu'il s'agit de pertes⁸⁰.

Dès lors, pour déterminer quelle sera l'attitude adoptée par un manager, il faudra d'abord déterminer si celui-ci voit la situation dans laquelle il se trouve comme un gain potentiel ou une perte potentielle.

La prédation peut prendre deux formes : soit il s'agit d'une entreprise en position dominante qui veut éliminer un ou des concurrents, soit il s'agit d'une entreprise qui veut acquérir une position dominante sur le marché. Ces configurations découlent de la section 2 du Sherman Act qui condamne la monopolisation et la tentative de monopolisation illégale⁸¹.

b) Conserver sa dominance sur le marché

Dans l'hypothèse où une entreprise est en position dominante sur le marché et où ses parts de marché sont en baisse constante à cause d'un nouveau concurrent, le manager de l'entreprise devra choisir entre : perdre de parts de marchés (et donc des profits certains) ou appliquer des prix prédateurs. La seconde option est plus risquée et peut s'avérer totalement catastrophique. En effet, les pertes de l'entreprise vont augmenter à court terme et il se peut que la stratégie soit

⁷⁸ H. S. GERLA, « The psychology of predatory pricing: why does predatory pricing pays? », *Sw. L.J.*, vol. 39, 1985-1986, p. 757.

⁷⁹ H. S. GERLA, *Ibidem*, p. 758.

⁸⁰ Voir Chapitre 1, section 2.

⁸¹ H. S. GERLA, *op. cit.*, p. 760.

mise en échec par l'entrée de nouveaux concurrents, ce qui pourrait rendre impossible la récupération des pertes dans le seconde phase de la prédation.

Donc, pour résumer la situation, le choix réside entre l'acceptation d'une perte certaine et la possibilité de récupérer toutes ses pertes et de retrouver sa position initiale sur le marché tout en sachant que cette option pourrait mener à l'échec total.

Puisque les managers vont avoir tendance à voir cette situation comme impliquant des pertes potentielles, ils vont plutôt présenter une affinité envers les risques. On en déduit que, d'un point de vue psychologique, les managers vont plutôt opter pour la prédation qui est l'option la plus risquée. On constate donc que le manager ne va pas agir comme un parfait *homo economicus* puisqu'il ne va pas opter pour l'option maximisant les profits de l'entreprise en choisissant l'option de la prédation. De plus, il faut rajouter à cela une autre tendance observée par la psychologie qui est celle de surestimer les petites probabilités et sous-estimer les grandes probabilités. Donc les managers vont surestimer les chances de succès de la prédation puisqu'il s'agit d'une stratégie risquée avec peu de chances de succès⁸². Il s'agit d'une manifestation du biais d'ultra-optimisme.

A ce stade-ci, nous pourrions nous poser la question suivante : en sachant que les managers sont des professionnels, comment se fait-il que ces experts soient influencés par les différents biais que nous avons exposé ? Certes les managers sont des professionnels mais la littérature empirique démontre qu'ils sont façonnés de manière à avoir certains biais. En effet, les experts font des erreurs qui s'apparentent à celles des non-experts. Le jugement de l'expert sera influencé par la nature de la mission et l'environnement décisionnel⁸³. Ainsi, de nombreuses études ont démontré les biais des experts⁸⁴. De plus, en sachant que la rentabilité de l'entreprise n'est pas totalement liée à la rationalité, on peut dire que les managers promus au sein de l'entreprise peuvent avoir des comportements déviant du modèle de rationalité. De plus, des études prouvent que l'excès de confiance en soi est souvent récompensé alors que cela ne s'apparente pas à un comportement rationnel⁸⁵.

En outre, il existe de nombreux biais qui pourraient affecter la décision d'un manager dont l'entreprise perd des parts de marché. En effet, l'aversion à la dépossesion des individus nous

⁸² H. S. GERLA, *op. cit.*, p. 762.

⁸³ A. TOR, « Understanding Behavioural Antitrust », *op. cit.*, p. 632.

⁸⁴ D. KAHNEMAN, A. TVERSKY, "On the psychology of prediction", *Psychol. Rev.*, Vol. 80, pp. 237-238.

⁸⁵ A. TOR, « Understanding Behavioural Antitrust », *op. cit.*, p. 636.

indique d'une fois qu'une chose est acquise, cette chose a plus de valeur aux yeux de son acquéreur qu'avant son acquisition. Dès lors, les parts de marchés de l'entreprise prédatrice ont une importance plus grande pour celle-ci comparé à leur importance avant leur acquisition. C'est pourquoi l'entreprise prédatrice sera extrêmement réticente lorsqu'il s'agira de céder ses parts de marché à ses concurrents.

De plus, nous savons que le biais du *statu quo* poussera les entreprises à maintenir l'état de leurs parts de marchés à tout prix. Nous pouvons concevoir facilement qu'un manager d'entreprise verra la perte des parts de marché de l'entreprise comme un échec cuisant. Il convient d'ajouter également l'effet d'ancrage à cause duquel les managers se baseront sur un point de référence (les parts de marché) pour analyser la situation de l'entreprise et verront comme échec toute régression en matière de parts de marché.

Parmi les biais poussant les managers à prendre des décisions déviant du modèle de rationalité, il y a également le biais du court terme. Les managers vont avoir tendance à donner plus d'importance aux pertes présentes (les parts de marché) qu'aux pertes futures et hypothétiques (les conséquences légales et économiques d'une condamnation pour prédation). Par conséquent, il faut envisager le fait que les managers puissent se lancer dans une stratégie de prédation malgré le fait que cette décision ne correspondrait pas aux prescrits du modèle de la théorie de l'utilité espérée (modèle de rationalité).

Par ailleurs, nous pouvons envisager autre hypothèse, celle où l'érosion des parts de marché de l'entreprise dominante se serait stabilisée (contrairement à l'hypothèse précédente où l'érosion continuerait). On peut envisager cette hypothèse de deux manières différentes. Premièrement, on peut considérer que l'état actuel des parts de marché, c'est à dire l'état après l'entrée du nouveau concurrent, est le point de référence psychologique. Ainsi, le manager de l'entreprise dominante verra les prix prédateurs comme un moyen de gagner des parts de marché. Lorsqu'on envisage la chose de cette manière-là, on ne peut que constater que le manager aura une aversion pour le risque et qu'il évitera donc la prédation qui est une stratégie fort risquée.

Néanmoins, il se peut que le manager prenne comme point de référence les parts de marché de l'entreprise dominante avant l'entrée du nouveau concurrent sur le marché. Dans ce cas de figure, le manager n'envisage plus la question sous l'angle de gains potentiels mais plutôt

comme le fait d'accepter une perte certaine ou récupérer les parts de marché perdues par l'entreprise dominante⁸⁶.

Pour résoudre cette question, nous pouvons nous aider d'un concept de la psychologie. Il s'agit du phénomène d'adaptation. Les professeurs Kahneman et Tversky ont décrit cela de la manière suivante : il s'agit de ne pas pouvoir s'adapter à la situation due à un changement récent dans le niveau de richesse. Cela engendre une différence entre l'état de richesse actuel de la personne et l'état de richesse qu'il accepte comme point de référence (c'est à dire l'état de richesse avant le changement récent)⁸⁷.

Afin d'illustrer ce concept, nous pouvons nous appuyer sur les études empiriques faites au sujet de parieurs lors de courses de chevaux. Il a été démontré que les parieurs ont tendance à prendre plus de risque lors de la dernière course d'une journée où ils ont perdu de l'argent que lors de la dernière course d'une journée où ils ont gagné de l'argent. Or, nous avons expliqué ci-dessus que les gens avaient une aversion au risque lorsqu'il était question de gains. Donc, lorsqu'un joueur doit parier lors de la dernière course d'une journée où il a perdu de l'argent, il devrait envisager la question sous l'angle de gains potentiels et devrait éviter les risques. Cependant les études démontrent le contraire. Comment pouvons-nous expliquer cela ?

Tout simplement par le fait que le joueur va prendre comme point de référence l'argent qu'il avait au début de la journée et non celui qu'il a en fin de journée. Dès lors, pour lui il ne s'agit pas de gagner de l'argent mais de récupérer ses pertes. C'est pourquoi il prendra plus de risques lors de la dernière course⁸⁸.

Il est possible de transposer ses constatations au cas du manager d'une entreprise dominante qui a perdu des parts de marché et qui se retrouve dans une position stable. Il est fort probable que le manager ne se soit pas adapté à la nouvelle situation et considère toujours comme point de référence l'état des parts de marché avant l'entrée du nouveau concurrent. C'est pourquoi les managers auront tendance à prendre plus de risques et à opter pour la prédation.

⁸⁶ H. S. GERLA, *op. cit.*, p. 763.

⁸⁷ D. KAHNEMAN, A. TVERSKY, "Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk", *op. cit.*, pp. 286-288.

⁸⁸ H. S. GERLA, *op. cit.*, p. 764.

c) Acquérir une dominance sur le marché

Il s'agit d'un cas de figure où la prédation est moins probable. Atteindre la domination sur le marché pour une entreprise qui n'est pas en position dominante est un gain potentiel. En sachant que les individus ont une aversion pour les risques en matière de gain et que la prédation est une stratégie très risquée, on pourrait conclure que, d'un point de vue psychologique, les managers auront tendance à éviter la prédation dans ce cas de figure.

Néanmoins, cette conclusion n'implique pas que la prédation serait impossible dans le cas d'une entreprise voulant acquérir une position dominante sur le marché. Tout d'abord, parce que le manager de l'entreprise en question peut faire partie d'une minorité qui est plutôt aventurière en matière de risques. En effet, les études faites sur le comportement humain ne nous montrent que des tendances, il se peut qu'un individu s'écarte de celles-ci.

Ensuite, il se peut qu'il y ait, au cours du temps, un changement dans le point de référence pris par le manager, en ce sens que celui-ci pourrait considérer le pourcentage de parts de marché qu'il veut atteindre comme point de référence et non pas ses parts de marché actuels⁸⁹.

Si on accepte ce postulat, les parts de marchés manquantes à l'entreprise pour acquérir la domination sur le marché ne représentent plus un gain mais une perte subie par l'entreprise. Par conséquent, le manager sera plus enclin à prendre des risques s'il considère cela comme une perte⁹⁰.

Pour conclure, il faut retirer de cette analyse que les juridictions ne devraient pas rejeter les allégations de prédation en présumant que c'est une pratique irrationnelle ou que les nouveaux entrants sur le marché vont rendre la pratique futile⁹¹. En effet, nous avons démontré, dans cette section, que la prédation pouvait bel et bien avoir lieu. Les biais des preneurs de décision peuvent les pousser à prendre la décision d'entamer la prédation et ce même si celle-ci est irrationnelle du point de vue du modèle de rationalité.

⁸⁹ H. S. GERLA, *op. cit.*, p. 765; voir également note 81.

⁹⁰ H. S. GERLA, *Ibidem*, p. 766.

⁹¹ H. S. GERLA, *Ibidem*, p. 772.

Section 3 : Le critère du « *recoupment* »

Le critère du « *recoupment* » imposant au demandeur de démontrer que l'entreprise suspectée sera capable d'acquérir un monopole et de fixer un prix de monopole assez longtemps pour récupérer ses pertes a émergé dans les années 80 car la jurisprudence estimait que sans « *recoupment* », la prédation ne serait pas un comportement concurrentiel rationnel⁹². Puisque ce critère a été accepté par la jurisprudence, il convient d'examiner les justifications avancées par ses défenseurs.

a) Les justifications du « *recoupment* »

La première justification est la suivante : le critère du « *recoupment* » permet d'éviter les « *false positives* », c'est à dire les cas où une entreprise serait condamnée alors qu'elle n'aurait pas violé la loi. Il se peut que la réduction de prix faite par une entreprise soit le fruit d'une réduction de ses coûts de production, un concurrent moins efficace pourrait donc essayer de faire condamner l'entreprise efficace grâce à un standard de preuve trop vague⁹³.

Il faut donc pouvoir faire la distinction entre les réductions de prix qui sont pro-concurrence et les réductions de prix faisant partie d'une stratégie de prédation. Sans critère de « *recoupment* », les entreprises seraient réticentes à baisser leurs prix de peur de se faire condamner pour prédation. Il s'ensuivrait donc une atteinte à la concurrence sur le marché car les prix resteraient artificiellement élevés⁹⁴.

Nous pouvons en conclure que le raisonnement dans *Rose Acre* qui consistait à dire que si le « *recoupment* » est improbable, les prix n'étaient pas inférieurs aux coûts, a dominé une partie de la doctrine et de la jurisprudence américaine⁹⁵.

La seconde justification avancée consiste à dire qu'il n'y a pas d'atteinte à la concurrence s'il n'y a pas de « *recoupment* ». Pour la jurisprudence, tant que la prédation reste au stade de la tentative et qu'elle n'est pas réussie au sens où elle ne génère pas de profits pour l'entreprise prédatrice, il n'y aurait pas d'effet d'anti-concurrentiel et les consommateurs ne subiraient

⁹² C. R. LESLIE, *op. cit.*, p. 1698.

⁹³ C. R. LESLIE, *Ibidem*, p. 1706.

⁹⁴ C. R. LESLIE, *Ibidem*, p. 1707.

⁹⁵ *A.A. Poultry Farms, Inc. v. Rose Acre Farms, Inc.*, 881 F.2d 1396, (7th Cir. 1989), p. 1401.

aucune conséquence néfaste⁹⁶. En effet, selon l'approche conventionnelle, les consommateurs sortiraient gagnants de la première étape de la prédation puisqu'ils bénéficieraient de prix réduits. Dans l'opinion de la majorité de *Rose Acre*, le juge Easterbrook affirme que le but du droit de la concurrence américain n'est pas de protéger les concurrents mais de protéger les consommateurs. Dès lors, une tentative de prédation avortée ne peut qu'améliorer la condition des consommateurs ainsi que le relève la Cour suprême dans *Brooke*⁹⁷.

De plus, la jurisprudence considère que lorsqu'il n'y a pas de « *recoupment* » la concurrence ne serait pas atteinte. Malgré le fait que lors de la première étape de la prédation les concurrents subissent des pertes en termes de profit ou en termes de vente, la jurisprudence considère que la concurrence n'est pas endommagée et ce même lorsque les concurrents doivent quitter le marché⁹⁸.

Pour résumer, tant qu'il n'y a pas de « *recoupment* », la jurisprudence américaine considère que la prédation n'a pas d'effet néfaste pour la concurrence même si des concurrents aussi efficaces que le prédateur en pâtirait.

La troisième justification consiste à considérer le « *recoupment* » comme un filtre adéquat. Selon les tenants de cette thèse, si la prédation n'est pas profitable au prédateur, une entreprise rationnelle ne le ferait pas. Dès lors, la prédation n'aurait pas eu lieu⁹⁹.

C'est pourquoi le critère du « *recoupment* » n'est donc pas un élément parmi d'autres. Celui-ci fait office de barrière à surmonter. Ce filtre de « *recoupment* » permet, dans les faits, aux juridictions d'éviter de se soucier du test du prix, c'est à dire de déterminer quelle est la mesure de coûts adéquate à prendre en considération et si le prédateur a vendu en-dessous de ce prix. Par ailleurs, ce filtre permet également de ne pas se soucier de l'intention du prédateur, chose que la jurisprudence considère comme étant difficile à établir. Il s'agit donc d'un gain de temps et d'argent pour le contentieux de la concurrence. Si le test du « *recoupment* » est établi, il n'est pas nécessaire de se préoccuper des autres éléments¹⁰⁰.

⁹⁶ C. R. LESLIE, *op. cit.*, p. 1708.

⁹⁷ C. R. LESLIE, *Ibidem*, p. 1709.

⁹⁸ *Wallace v. IBM*, 467 F.3d 1104, 1106 (7th Cir. 2006).

⁹⁹ *Lomar Wholesale Grocery, Inc. v. Dieter's Gourmet Foods, Inc.*, 824 F.2d 582, 599 (8th Cir. 1987).

¹⁰⁰ C. R. LESLIE, *op. cit.*, p. 1712.

Puisque nous avons exposé les différents arguments des défenseurs du critère du « *recoupment* », il est nécessaire désormais d'expliquer comment la jurisprudence applique mal le critère du « *recoupment* » selon l'analyse comportementale.

b) La mauvaise application du « *recoupment* »

La première erreur faite par la jurisprudence lorsqu'elle analyse la probabilité d'un « *recoupment* », c'est de considérer les entrées sur le marché comme étant faciles. Dans *Brooke*, il avait été considéré que, si l'entrée sur le marché est facile, alors le « *recoupment* » est improbable. Depuis lors, les juridictions ont tendance à facilement écarter la possibilité du « *recoupment* » en faisant une mauvaise analyse de l'entrée sur le marché¹⁰¹.

Ainsi, dans l'affaire *Stearns Airport Equipment*, le 5^{ème} circuit a rejeté la plausibilité du « *recoupment* » car, selon la Cour, des producteurs étrangers pouvaient entrer sur le marché. Après avoir rejeté divers arguments pertinents avancés par le demandeur démontrant les difficultés qu'auraient les producteurs étrangers à entrer sur le marché, la Cour a estimé que les nouveaux entrants vont toujours devoir faire face à certains coûts¹⁰². Cette position consiste à dire que *in fine* les barrières à l'entrée du marché ne sont pas prises en compte puisqu'il y a aura toujours des barrières à l'entrée¹⁰³.

Pour étudier la question de l'entrée de nouveaux concurrents qui rendrait la prédation inefficace, il faudrait se mettre à la place du manager d'un potentiel nouvel entrant sur le marché pour déterminer le comportement qui sera adopté.

Tout d'abord, la décision de l'entrée sur un marché est une décision prise dans un environnement comportant de nombreuses incertitudes. Les décisions prises dans un tel environnement peuvent être influencées par l'excès de confiance qu'ont les preneurs de décision en leurs chances de succès. Le résultat de cette influence peut se traduire en un nombre excessif d'entrées¹⁰⁴.

Dès lors, il faut réévaluer le concept de l'entrée et ses influences sur la détermination de l'existence d'un pouvoir de marché. En effet, la jurisprudence considère qu'une entreprise

¹⁰¹ C. R. LESLIE, *op. cit.*, p. 1714.

¹⁰² *Stearns Airport Equipment Co. v. FMC Corp.*, 170 F.3d 518, 536 (5th Cir. 1999).

¹⁰³ C. R. LESLIE, *op. cit.*, p. 1714.

¹⁰⁴ A. TOR, "The Fable of entry: bounded rationality, market discipline, and legal policy", *op. cit.*, p. 487.

possède un pouvoir de marché lorsque les barrières à l'entrée du marché sont importantes. Néanmoins, les études démontrent que malgré des barrières faibles à l'entrée et donc un nombre d'entrées potentiellement élevé, le nombre nouveaux entrants survivants est beaucoup plus faible que le nombre d'entrées¹⁰⁵. C'est pourquoi une entreprise peut détenir un pouvoir de marché important et peut donc avoir la possibilité de récupérer ses pertes même lorsque les barrières à l'entrée du marché sont faibles.

Selon l'analyse économique classique, une entreprise ne va entrer sur un nouveau marché que si cette décision va maximiser ses profits. La maximisation des profits ne peut se faire que si on maximise la valeur présente net des investissements. Dès lors, un entrant potentiel ne devrait faire son entrée sur le marché que si les retours attendus dépassent les investissements nécessaires. Les études contredisent ce postulat avancé par l'analyse économique classique¹⁰⁶.

C'est pourquoi, l'analyse comportementale du droit n'essaye pas d'accorder le résultat des études et le modèle de rationalité. Les études démontrent que les individus sont trop confiants quant à leurs chances de réussite et qu'ils ne tiennent pas vraiment compte des statistiques¹⁰⁷. Dès lors, il faut se poser la question suivante : pourquoi les nouveaux entrants sont trop confiants ?

Tout d'abord, il faut reconnaître que les nouveaux entrants doivent prendre des décisions dans un environnement hautement incertain. Ils ne disposent pas toutes les informations pertinentes concernant la situation du marché. De plus, les nouveaux entrants ne savent pas avec certitude les qualifications nécessaires pour survivre sur le marché.

En outre, il apparaît que les preneurs de décision ont un autre biais qui est celui de l'excès de confiance en soi. Ce biais influence les jugements concernant la probabilité et la valeur des projets futurs. Camerer et Lovallo ont démontré dans leurs études la réalité de ces phénomènes¹⁰⁸.

Par ailleurs, les décisions des individus sont influencées par les biais d'optimisme et de désirabilité¹⁰⁹. Concernant le biais d'optimisme, nous avons expliqué que celui-ci engendre une surestimation des probabilités de succès. Ainsi, un potentiel nouvel entrant va surestimer

¹⁰⁵ A. TOR, op. cit., p. 488.

¹⁰⁶ A. TOR, Ibidem, p. 490.

¹⁰⁷ A. TOR, Ibidem, p. 503.

¹⁰⁸ C. CAMERER, D. LOVALLO, "Overconfidence and Excess Entry: An Experimental Approach", *Am. Econ. Rev.*, vol. 89, 1999, p. 306.

¹⁰⁹ Voir Chapitre 1, section 2.

ses chances de survie sur le marché. Cela veut dire que bon nombre d'entrées sur le marché seront ineffectives car les nouveaux entrants ne pourront pas rester sur le marché. Dès lors, il n'est pas rationnel de considérer que dès que les barrières à l'entrée d'un marché sont faibles, cela va provoquer l'entrée de nouveaux concurrents qui vont pouvoir menacer le pouvoir de marché des entreprises présentes sur le marché.

Quant au biais de désirabilité, il s'agit pour un individu de considérer la réalisation d'un événement comme plus probable lorsque celui-ci désire l'occurrence de cet événement. Tout nouvel entrant désire réussir sur le marché. C'est pourquoi tout entrant va inévitablement surestimer ses chances de réussite sur le marché.

L'entrée sur le marché après la première phase de la prédation peut apparaître comme étant très attractive pour les raisons suivantes : les prix élevés de l'entreprise dominante et l'opportunité de reprendre les infrastructures de l'entreprise sortante.

Cependant, l'entrée sur le marché lors de la seconde phase de la prédation peut ne pas être aussi profitable. Le nouvel entrant peut faire face à plusieurs difficultés telles que : la difficulté d'amasser un capital, le manque d'expérience sur le marché et la sous-exploitation de son avantage au niveau du coût marginal dû à ce manque d'expérience. Mais le plus gros risque auquel est confronté le nouvel entrant est celui d'une nouvelle prédation entamée par l'entreprise dominante. Il se peut que le nouvel entrant gagne cette guerre grâce à son coût marginal inférieur mais une guerre de prix engendrera forcément une baisse des profits à court terme, ce qui ne sera pas forcément au goût des actionnaires du nouvel entrant¹¹⁰.

De plus, le nouvel entrant pourrait faire d'autres investissements beaucoup moins risqués qu'entrer sur un marché où se trouve une entreprise dominante ayant eu recours à la prédation.

Il est logique de considérer les parts de marché que le nouvel entrant pourrait acquérir comme un gain. Comme nous l'avons expliqué ci-dessus, les managers ont une aversion au risque dans ces cas-là. Dès lors, ils vont opter pour une option avec moins de profits mais des profits certains qu'une option où il y aurait plus de profits mais plus de risques aussi.

¹¹⁰ H. S. GERLA, *op. cit.*, p. 768.

C'est pourquoi un manager va préférer augmenter les investissements de son entreprise sur le marché dans lequel elle est présente que d'entrer sur un nouveau marché qui présente beaucoup de risques, du moins c'est la perception qu'il en aura¹¹¹.

Par ailleurs, parmi les biais affectant la prise de décision des potentiels nouveaux entrants, lorsqu'il y a déjà eu une prédation sur le marché en question, nous pouvons citer celui de la disponibilité. En effet, lorsqu'un événement est « disponible », c'est à dire qu'il s'est réalisé récemment, les individus vont avoir tendance à surestimer les chances de réalisation de cet événement. Par conséquent, un potentiel nouvel entrant va surestimer les chances d'une seconde prédation (ou d'une seconde guerre de prix), lorsqu'il y aura déjà eu une guerre de prix sur le marché en question. De plus, les concurrents qui savent que le prédateur a une rationalité limitée peuvent craindre une nouvelle prédation irrationnelle et improfitable de la part de celui-ci¹¹². Cela va donc pousser le potentiel nouvel entrant à ne pas entrer sur le marché.

Enfin, il est nécessaire d'exposer un autre problème qui pourrait freiner les ardeurs des nouveaux entrants. Lorsque l'analyse économique, de même que la jurisprudence américaine, estime que l'entrée est facile, elle ne prend pas en compte les coûts irrécupérables (« *sunk costs* »). Néanmoins, ces coûts irrécupérables, que la théorie économique classique néglige, vont jouer un rôle de barrière à l'entrée puisque l'entreprise présente sur le marché ne devra pas en tenir compte tandis que le nouvel entrant devra le faire¹¹³. Par conséquent, là où l'analyse économique verra des barrières faibles à l'entrée du marché, l'analyse comportementale nuancera cette affirmation en démontrant que les coûts irrécupérables inhiberont les entrées sur le marché.

Pour conclure la question de l'entrée, l'analyse comportementale a démontré que le fait qu'il y ait beaucoup d'entrées sur le marché ne signifie pas que ces nouveaux entrants vont survivre sur le marché. Dès lors, les juridictions devraient plutôt mesurer la pénétration dans le marché de ces nouveaux entrants en identifiant leurs chances de survie sur celui-ci. Ces informations peuvent être collectées en analysant les performances passées sur le marché. Les juridictions doivent donc prendre en considération la pénétration dans le marché, l'ampleur des entrées potentielles, l'existence ou non d'entrée innovateurs. De plus, il faut différencier le cas des start-ups (celles-ci ont moins de chances de survie- de celui des autres entrants) du cas des autres

¹¹¹ H. S. GERLA, *op. cit.*, p. 769.

¹¹² A. HEINEMANN, *op. cit.*, p. 229.

¹¹³ P. BOLTON, J. F. BRODLEY, M. H. RIORDAN, *op. cit.*, p. 2265.

entreprises¹¹⁴. En outre, l'analyse comportementale a démontré que le constat de l'entrée facile faite par l'analyse économique était souvent erroné.

c) La mauvaise compréhension du phénomène du « *recoupment* »

La jurisprudence a tendance à ne pas considérer la possibilité d'un « *recoupment* » sur un marché différent de celui où la prédation . Cette présomption vient de la doctrine de l'École de Chicago, championne de l'analyse économique du droit, qui estime que si le « *recoupment* » n'est pas faisable dans un marché à produit unique, il ne peut se réaliser dans un marché à plusieurs produits¹¹⁵.

Cependant, si une entreprise vend deux produits complémentaires A et B, et qu'elle a un pouvoir de marché dans le marché de B, elle peut très bien vendre à des prix en-dessous de ses coûts sur le marché A et récupérer ses pertes sur le marché B en vendant un prix au-dessus du prix concurrentiel. Puisque la baisse du prix d'un produit va augmenter la demande pour le produit complémentaire, il apparaît que cette stratégie peut être économiquement efficace¹¹⁶. L'affaire opposant Microsoft à Netscape illustre bien ce cas-là¹¹⁷.

Afin de mieux expliquer en quoi la jurisprudence erre dans son appréciation du « *recoupment* », nous allons discuter quelques exemples de « *recoupment* ».

Tout d'abord, il convient d'étudier la possibilité du « *recoupment* » sur un marché de substitution. L'exemple illustrant le mieux cette situation est l'affaire *Brooke Group* dont nous avons expliqué les détails ci-dessus. En effet, suite une perte de profits sur le marché des cigarettes « *branded* », B&W s'est lancé dans une stratégie de prédation sur le marché de substitution qu'est celui des cigarettes génériques. En forçant Ligett à augmenter ses prix sur le marché des cigarettes génériques, B&W a pu continuer à faire des bénéfices généreux sur le marché des cigarettes « *branded* ». *In fine* le « *recoupment* » des pertes subies par B&W sur le marché des cigarettes génériques a eu lieu sur le marché des cigarettes « *branded* ». Néanmoins, la Cour suprême s'est concentrée sur la situation du marché des cigarettes génériques et n'a pas envisagé cette éventualité¹¹⁸. Par conséquent, il s'agissait d'un cas où la Cour a rejeté la

¹¹⁴ A. TOR, *op. cit.*, p. 554.

¹¹⁵ J. S. McGEE, "Predatory Pricing Revisited", *J.L. & Econ.*, vol. 23, 1980, pp. 292-94.

¹¹⁶ C. R. LESLIE, *op. cit.*, p. 1721.

¹¹⁷ *United States v. Microsoft Corporation*, 253 F.3d 34, (D.C. Cir. 2001).

¹¹⁸ P. BOLTON, J. F. BRODLEY, M. H. RIORDAN, *op. cit.*, p. 2258.

possibilité du « *recoupment* », tout simplement parce qu'elle ne comprenait pas qu'il pouvait y avoir un « *recoupment* » sur un marché de substitution. L'analyse comportementale, qui prône l'usage des études, aurait permis, dans cette situation-ci, d'envisager le « *recoupment* » sur un marché de substitution.

Par ailleurs, il faut évoquer le cas du « *recoupment* » sur un autre marché géographique. Comme l'explique le professeur Jonathan Baker, une entreprise peut faire de la prédation sélective. Cette pratique consiste à vendre à des prix en-dessous de ses coûts sur certains marchés seulement (par exemple que dans un nombre limité de villes où l'entreprise est présente) afin d'acquérir une réputation de prédateur. Cela aura pour effet d'intimider les concurrents de l'entreprise en question sur les autres marchés où la prédation n'a pas eu lieu. Donc on pourrait envisager un cas où il n'y aurait pas de « *recoupment* » dans le marché où la prédation se serait réalisée sans que l'opération soit improfitable. En effet, l'entreprise prédatrice sera assurée du fait qu'elle ne fera pas face à une compétition agressive en matière de prix sur les marchés où la prédation n'a pas eu lieu¹¹⁹.

Dans l'affaire *Advo*¹²⁰, la Cour avait reconnu la possibilité d'un certain effet réputationnel assurant l'effectivité de la prédation en empêchant l'entrée des concurrents sur le marché lors de la deuxième phase de la prédation. Néanmoins, le Troisième Circuit avait rejeté l'argument en présumant que l'entrée était possible car, à un certain point, les concurrents se seraient rendus compte que le prédateur ne pourrait pas continuer la vente à des prix en-dessous des coûts indéfiniment.

Cependant, il a été constaté dans l'affaire *Bell*, qu'une entreprise prédatrice peut très bien récupérer ses pertes sur un autre marché géographique en vendant à des prix supra compétitifs grâce à la réputation acquise sur un marché où elle a vendu en-dessous de ses coûts. Ainsi, la réputation de prédateur constitue une barrière à l'entrée pour les concurrents potentiels ou une barrière à la réentrée pour les concurrents exclus du marché¹²¹.

Dès lors, il faut admettre que les prédateurs ont tendance à financer la prédation réalisée sur un marché géographique avec les profits faits sur d'autres marchés géographiques. Puisque le « *recoupment* » peut avoir lieu sur plusieurs marchés, la marge de profits ne doit pas être

¹¹⁹ J. B. BAKER, "Predatory Pricing After Brooke Group: An Economic Perspective", *Antitrust L.J.*, vol. 62, 1994, p. 591.

¹²⁰ *Advo, Inc. v. Phila. Newspapers, Inc.*, 51 F.3d 1191, 1200 (3d Cir. 1995).

¹²¹ C. R. LESLIE, *op. cit.*, p. 1730.

immense. Il faut donc que les juridictions ne limitent pas l'analyse du « *recoupment* » au seul marché géographique où la vente à prix réduit a eu lieu¹²².

Par ailleurs, une des présomptions de l'approche conventionnelle en ce qui concerne les prix prédateurs est que le prédateur devrait réduire ses prix en-dessous de ses coûts pour toutes ses ventes et sur tous ses produits. C'est pourquoi, selon les professeurs Bork et McGee, la prédation ne serait pas rationnelle puisque l'entreprise prédatrice ayant plus de parts de marché que ses concurrents souffriraient proportionnellement plus d'une vente en-dessous des coûts. Dès lors, puisque cette pratique ne serait pas rationnelle, elle ne pourrait voir lieu¹²³.

Néanmoins, nous savons qu'une entreprise prédatrice ne doit pas forcément réduire ses prix pour toutes ses ventes. Ainsi qu'il a été observé dans plusieurs cas, l'entreprise prédatrice va spécialement cibler les clients du ou des concurrents qu'elle veut exclure en leur offrant des prix inférieurs à ses coûts¹²⁴.

Cette pratique permet d'éliminer un concurrent et crée la réputation dont nous avons expliqué les effets ci-dessus. La réputation de prédateur acquise grâce à la prédation ciblée sur les clients d'un concurrent enverra un message clair aux autres concurrents¹²⁵.

d) La prédation sans « *recoupment* » est inoffensive ?

Nous avons évoqué ci-dessus que les partisans du critère du « *recoupment* » considèrent qu'il ne peut y avoir d'atteinte à la concurrence sans « *recoupment* ». Or, une prédation peut porter atteinte à la concurrence, plus spécialement aux consommateurs et aux concurrents aussi efficaces que le prédateur, que le droit la concurrence entend protéger, même sans « *recoupment* »¹²⁶.

i) Atteinte aux consommateurs

La doctrine complaisante vis-à-vis des prix prédateurs a tendance à considérer cette pratique comme bénéfique pour les consommateurs puisque ceux-ci paieront un prix inférieur au prix

¹²² C. R. LESLIE, *op. cit.*, p. 1731.

¹²³ R. H. Bork, *The Antitrust Paradox: A policy at War with itself*, New York, Basic books, 1978, pp. 149-55; J.S MCGEE, "Predatory Price Cutting: The Standard oil (N.J) Case", *J. L. & Econ.*, vol. 1, 1958, p. 140.

¹²⁴ *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911); C-62/86, *Akzo c. Commission*, 3 juillet 1991, *Rec.*, 1991, p. I-3439.

¹²⁵ C. R. LESLIE, *op. cit.*, p. 1733.

¹²⁶ C. R. LESLIE, *Ibidem*, p. 1741.

du marché. Néanmoins, ce raisonnement omet la prise en compte de la catégorie de consommateurs qui vont acheter les produits du prédateur lors de la première phase de la prédation. En effet, ceux-ci devront payer un prix de monopole et leurs intérêts seront atteints même dans l'éventualité où le prédateur ne récupérerait pas ses pertes.

Certains ont avancé l'hypothèse selon laquelle les intérêts des consommateurs ne seraient atteints que si le prédateur peut maintenir ses prix assez longtemps que pour récupérer ses pertes. Les professeurs Areeda et Hoverkamp ont démontré le contraire. Les prix supracompétitifs peuvent être assez élevés pour porter atteinte aux intérêts des consommateurs même sans « *recoupement* »¹²⁷.

ii) Atteinte aux concurrents

La prédation est une cause d'inefficience et ce indépendamment de la réalisation d'un « *recoupement* ». En effet, le fait que les prix soient artificiellement bas va engendrer une surconsommation du produit en question. Cette surconsommation aura deux effets néfastes.

Premièrement, la demande artificielle pour ce produit va faire basculer la demande de produits ayant une utilité plus importante vers celui-ci.

Deuxièmement, cette surconsommation va engendrer une perte sèche. En effet, les biens seront vendus à des prix plus élevés comparés à la valeur que l'acheteur leur attribue.

Par ailleurs, il y a la dimension du coût social lorsqu'un concurrent aussi efficient que le prédateur quitte le marché. La réentrée d'un concurrent ou l'entrée d'un nouveau concurrent coûte cher¹²⁸.

Pour conclure, on peut constater qu'après les affaires *Matsushita* et *Brooke*, la pratique des prix prédateurs a été légalisée par les juridictions américaines. En effet, celles-ci ont imposé aux demandeurs de prouver que le « *recoupement* » est hautement probable tout en interprétant le « *recoupement* » d'une manière si restreinte qu'elles ont rendu sa preuve presque impossible. Le peu de succès que les demandeurs ont eu concernant les plaintes de prédation après *Brooke* prouve cette légalisation de facto.

¹²⁷ P. E. AREEDA, H. HOVENKAMP, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and their Application*, Wolters Kluwer Legal & Regulatory U.S., 3ème ed., 2008, p. 77.

¹²⁸ C. R. LESLIE, *op. cit.*, p. 1744.

Tout en plaissant que le critère du « *recoupment* » devrait être supprimé des exigences requises pour prouver la prédation, les auteurs défendant l'analyse comportementale suggère au moins une meilleure compréhension du phénomène du « *recoupment* » qui mènerait à une plus grande répression des pratiques de prédation¹²⁹.

Chapitre III : La prédation dans le droit européen

Le but de ce chapitre est d'exposer brièvement le cadre légal et la jurisprudence concernant les prix prédateurs dans le droit de l'Union européenne. Ensuite, nous étudierons les différents éléments du droit européen liés à la prédation et les apports que l'analyse comportementale pourrait fournir dans ces domaines-là.

Section 1 : L'État du droit européen

Il convient tout d'abord de donner la définition de la prédation au sein du droit européen et de fixer le cadre légal entourant celle-ci.

a) La définition et le cadre légal de la prédation

La Commission définit la prédation de la manière suivante : « *une entreprise dominante adopte un comportement prédateur en supportant des pertes ou en renonçant à des bénéfices à court terme et ce délibérément (ci-après «sacrifice»), de façon à évincer ou à pouvoir évincer un ou plusieurs de ses concurrents réels ou potentiels en vue de renforcer ou de maintenir son pouvoir de marché, portant de ce fait préjudice aux consommateurs* »¹³⁰.

La prédation fait partie de la catégorie abus de position dominante, et plus particulièrement des pratiques d'éviction, qui sont condamnées par l'article 102 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne. Avant de passer à la jurisprudence relative aux prix prédateurs, il est nécessaire d'éclaircir certaines notions qui nous seront utiles dans les développements futurs.

¹²⁹ C. R. LESLIE, *op. cit.*, p. 1741.

¹³⁰ Communication 2009/C 45/02 de la Commission : Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, J.O., C-45/7 du 24 février 2009, §63.

b) La définition du marché en cause

Tout d'abord, avant de déterminer si une entreprise est en position dominante (condition *sine qua non* pour qu'une entreprise soit condamnée pour violation de l'article 102 du TFUE), il faut définir le marché en cause et la position de l'entreprise sur ce marché.

Quant au marché en cause, voici la définition donnée par la Commission européenne : « *un marché de produits en cause comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés;* »¹³¹.

Afin de déterminer le marché en cause, il faut établir le marché de produits en cause et puis le marché géographique en cause.

Concernant le marché de produits en cause, le test légal mis en place par la Cour de justice pour déterminer si deux produits appartiennent au même marché est celui de l'interchangeabilité¹³². La question qui se pose est la suivante : comment allons-nous mesurer l'interchangeabilité ? Pour répondre à cela, il faut se tourner vers la Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence¹³³. Cette communication a reçu l'aval de la Cour de justice, elle n'est donc pas dépourvue de valeur¹³⁴.

La Commission rappelle dans cette communication que les entreprises sont soumises à trois contraintes concurrentielles : la substituabilité de la demande, la substituabilité de l'offre et la concurrence potentielle. Néanmoins, le facteur le plus important pour déterminer le marché en cause est celui de la substituabilité de la demande. On considère qu'une entreprise ne pourra pas fixer ses propres conditions si ces clients peuvent facilement changer de fournisseurs ou de produits¹³⁵.

Afin d'évaluer la substituabilité de la demande, on procède au test SSNIP¹³⁶. SSNIP signifie : « *Small but Significant Non-transitory Increase in Price* ». Il s'agit de déterminer si les consommateurs vont passer d'un produit A à un produit B (qui serait alors un substitut) dans le

¹³¹ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, J.O., C 372 du 09 décembre 1997, p. 5, § 7.

¹³² CJCE Aff. 6-72, *Continental Can c. Commission*, 21 février 1973, *Rec.*, 1973, p. 249, §32; CJCE Aff. 27/76 *United Brands c. Commission*, 14 février 1978, *Rec.*, p. 272, §22.

¹³³ Voir note 128.

¹³⁴ CJCE T-321/05, *AstraZeneca AB c. Commission*, 1^{er} juillet 2010, ECR II-2805, § 86.

¹³⁵ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *op. cit.*, §13.

¹³⁶ D. BAILEY, R. WHISH, *EU Competition law*, Oxford, Oxford University Press, 8th Edition, 2015, p. 31.

cas d'une augmentation du prix (de 5 à 10%) du produit A. Pour que les produits soient considérés comme substituables, il faut que la substitution soit d'une ampleur suffisante, c'est à dire assez importante pour rendre l'augmentation de prix (du produit A) non-profitable¹³⁷.

Ainsi, lors de l'analyse de la dimension produit du marché en cause, la Commission n'adopte pas d'approche formaliste. Il n'y a pas d'élément déterminant ou d'hierarchie entre ces éléments pour déterminer la substitution entre produits. La Commission va se baser sur des éléments empiriques pour déterminer la substituabilité¹³⁸.

Concernant le marché géographique en cause, la Cour de justice l'avait défini dans *United Brands* : « par référence à une zone géographique définie dans lequel il (le produit) est commercialisé et où les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes pour pouvoir apprécier le jeu de la puissance économique de l'entreprise intéressée »¹³⁹.

Lors de l'analyse du marché géographique en cause, la Commission va de nouveau essayer de mesurer la substituabilité. Mais dans ce cas-ci, il s'agira de déterminer si, lorsque le prix d'un produit augmente dans une zone géographique, les consommateurs vont aller s'approvisionner dans une autre zone géographique¹⁴⁰. Si la réponse est oui, c'est qu'il n'y a qu'un seul marché géographique pour le produit en cause en ce qui concerne ces deux zones.

C'est pourquoi les divers éléments pris en compte par la Commission pour déterminer le marché géographique sont les suivants : les preuves que, dans le passé, il y a eu déplacement de commandes vers d'autres zones, les caractéristiques fondamentales de la demande (les préférences nationales, la culture, etc), l'opinion des clients et des concurrents, localisation des achats au moment de l'enquête, les courants d'échanges et les caractéristiques des livraisons et les entraves et coûts liés à la réorientation des commandes vers des entreprises situées dans d'autres zones¹⁴¹.

Nous avons résumé dans cette partie la question de la définition du marché en cause dans le droit de l'Union européenne. Nous étudierons dans les prochaines sections ce que l'analyse

¹³⁷ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *op. cit.*, §17.

¹³⁸ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *op. cit.*, §25.

¹³⁹ CJCE Aff. 27/76 *United Brands c. Commission*, 14 février 1978, *Rec.*, p. 209, § 11.

¹⁴⁰ D. BAILEY, R. WHISH, *op. cit.*, p. 41.

¹⁴¹ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *op. cit.*, §45-50.

comportementale peut apporter à l'état actuel du droit et ce qui est déjà en accord avec les prescrits de l'analyse comportementale.

c) La position dominante

Après avoir défini le marché en cause, la deuxième étape de l'analyse consiste à déterminer si l'entreprise en question est en position dominante. Ces deux étapes sont cruciales car une entreprise qui n'est pas en position dominante ne sera pas sujette à l'application de l'article 102 du TFUE. Une prédation ne sera sanctionnée que si elle est exercée par une entreprise en position dominante¹⁴².

La notion de position dominante a été définie dans l'affaire *United Brands* de la manière suivante : « *une position de puissance économique détenue par une entreprise, qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs* »¹⁴³.

Le concept clé de cette définition est celui de l'indépendance. La Commission nous explique que pour pouvoir affirmer qu'une entreprise peut agir indépendamment de ses concurrents, clients et consommateurs, il faut analyser le degré de la pression concurrentielle qui s'exerce sur celle-ci. En cas d'absence de pression concurrentielle suffisante, on pourra considérer que l'entreprise détient un pouvoir de marché substantiel¹⁴⁴.

Par ailleurs, « *La Commission considère qu'une entreprise capable d'augmenter les prix rentablement au-delà du niveau concurrentiel pendant une longue période ne subit pas de pressions concurrentielles effectives suffisantes et peut donc, d'une manière générale, être considérée comme dominante* »¹⁴⁵. La commission précise dans le même document que, tout en restant attentif aux circonstances particulières des différents abus, en ce qui concerne les pratiques d'éviction (comme les prix prédateurs), une période de deux ans est suffisamment conséquente pour être considéré comme longue.

¹⁴² D. BAILEY, R. WHISH, *op. cit.*, p. 191.

¹⁴³ CJCE Aff. 27/76 *United Brands c. Commission*, 14 février 1978, *Rec.*, p. 207, § 65.

¹⁴⁴ Communication 2009/C 45/02 de la Commission : Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, *op. cit.*, §10.

¹⁴⁵ Communication 2009/C 45/02, *Ibidem*, §11.

Afin d'évaluer la pression concurrentielle exercée sur une entreprise, la Commission tient compte de plusieurs facteurs tels que : 1° les contraintes liés à la position actuelle de l'entreprise en position dominante et celle de ses concurrents, 2° les contraintes liées à l'expansion des concurrents ou l'arrivée de nouveaux concurrents et 3° la puissance des acheteurs (clients)¹⁴⁶.

Concernant les concurrents actuels, la Commission note que les parts de marché sont un premier élément à prendre en compte dans le raisonnement. Les parts de marché doivent être analysées au regard des dynamiques du marché et de la différenciation des produits. La Commission souligne également que lorsqu'une entreprise détient moins de 40% de parts de marché, il y a peu de probabilités pour que celle-ci soit en position dominante¹⁴⁷.

Ainsi, la Cour de Justice avait affirmé, dans *Hoffmann-La Roche*¹⁴⁸, que le fait de détenir de très larges parts de marché pendant une durée significative était en soi une preuve de dominance sur le marché. De plus, dans l'affaire *AKZO*, la Cour de Justice est allée encore plus loin. En effet, elle a déclaré qu'il y avait une présomption de position dominante lorsque les parts de marché d'une entreprise excédaient les 50%. Il revient dans ces cas-là, à l'entreprise de prouver qu'elle n'est pas en position dominante¹⁴⁹.

Quant à la pression concurrentielle qui pourrait être exercée par les concurrents potentiels, il s'agit de la question de l'expansion des concurrents actuels ou de l'entrée sur le marché de nouveaux concurrents. La Commission note qu'« *une entreprise peut être dissuadée de relever les prix si l'expansion ou l'entrée sont probables, interviennent en temps utile et sont suffisantes* ». De plus, il faut que cette entrée ou expansion soit probable pour qu'elle entre dans le raisonnement de la Commission. La probabilité d'une entrée dépendra de sa profitabilité. Plusieurs facteurs ont une influence sur la profitabilité d'une entrée tels que les obstacles légaux ou économiques, la réaction de l'entreprise dominante, les risques et les coûts.

Par ailleurs, pour qu'une entrée ou une expansion ait lieu en temps utile, il faut que celle-ci soit suffisamment rapide pour empêcher l'action de l'entreprise dominante. Quant à la suffisance d'une entrée ou d'une expansion, il faut qu'elle ait une certaine ampleur permettant de contrecarrer la stratégie de l'entreprise dominante¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Communication 2009/C 45/02, *op. cit.*, §12.

¹⁴⁷ Communication 2009/C 45/02, *op. cit.*, §14.

¹⁴⁸ CJCE Aff. 85/76, *Hoffmann- La Roche & Co./Commission, Rec.*, 1979, p. 461, §41.

¹⁴⁹ C-62/86, *Akzo c. Commission*, 3 juillet 1991, *Rec.*, 1991, p. I-3439.

¹⁵⁰ Communication 2009/C 45/02, *op. cit.*, §16.

En outre, la Commission explique également les différentes formes de barrières à l'entrée ou à l'expansion sur le marché. Ainsi, à part les barrières juridiques, on peut citer certains avantages que possède l'entreprise dominante tels que : les économies d'échelles, des ressources essentielles ou encore les coûts importants que devraient subir les clients en cas de changement de fournisseur. De plus, le comportement de l'entreprise dominante (par exemple de larges investissements) peut constituer une barrière à l'entrée du marché¹⁵¹.

Pour finir, le troisième élément pris en considération est le pouvoir d'achat des clients. L'importance économique des clients ou leur capacité à changer rapidement de fournisseur peut empêcher les abus de l'entreprise dominante¹⁵². Nous ferons une analyse comportementale des différents éléments exposés ci-dessus dans sections suivantes. Après avoir établi qu'une entreprise est en position dominante, il faut encore déterminer ce qu'est un abus de position dominante.

d) L'Abus de position dominante

La notion d'abus est définie de la manière suivante dans l'affaire *Hoffmann-La Roche* : « une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence »¹⁵³.

Le concept de l'abus est une notion objective ne requérant pas une quelconque intention de la part de l'entreprise en position dominante¹⁵⁴. De plus, la position dominante, l'abus et les effets de cet abus ne doivent pas se localiser forcément dans le même marché. Il se peut qu'une entreprise utilise sa position dominante sur le marché A pour exclure un concurrent sur le marché B¹⁵⁵.

¹⁵¹ Communication 2009/C 45/02, *op. cit.*, §17.

¹⁵² Communication 2009/C 45/02, *Ibidem*, §18.

¹⁵³ CJCE Aff. 85/76, *Hoffmann- La Roche & Co./Commission, Rec.*, 1979, p. 461, §91.

¹⁵⁴ D. BAILEY, R. WHISH, *op. cit.*, p. 215.

¹⁵⁵ CJCE C-333/94 P, *Tetra Pak International c. Commission, Rec.*, 1996, p. I-5951.

Concernant l'approche de la Commission par rapport aux pratiques d'éviction, celle-ci ne se contente pas d'une approche formaliste. En effet, la Commission insiste sur le fait que la pratique doit avoir des effets anti-concurrentiels. Ainsi, seules les évictions anticoncurrentielles seront poursuivies par la Commission¹⁵⁶. Pour déterminer si une éviction est anti-concurrentielle ou non, la Commission prend en considérations divers éléments tels que : la position de l'entreprise dominante (les comportements visant à protéger la position dominante risquent fortement d'être anti-concurrentiels), les conditions du marché en cause (les conditions d'entrée/d'expansion), la position des concurrents, la position des clients, la portée de la pratique présumée abusive (le pourcentage de ventes affectée par celle-ci), les preuves éventuelles d'une éviction directe et les preuves directes d'une éviction réelle (documentation interne)¹⁵⁷.

De plus, la Commission souligne le fait que l'appréciation de ces éléments se fera à travers un scénario contrefactuel (c'est à dire faire une projection du marché en enlevant le comportement présumé abusif)¹⁵⁸.

e) Les prix prédateurs dans le droit européen

Nous allons détailler dans cette partie quelques affaires emblématiques de la jurisprudence européenne au sujet des prix prédateurs.

i) AKZO

La première affaire de prédation que la Cour de justice de l'Union européenne a jugé est l'affaire *AKZO*. Il s'agissait d'une affaire opposant deux concurrents, AKZO et ECS, produisant du peroxyde de benzoyle. Ce produit pouvait servir aussi bien comme initiateur dans l'industrie du plastique que d'agent de blanchiment dans la production de farine. Jusque 1979, ECS s'était concentrée sur la vente à l'industrie de production de farine tandis qu'AKZO était le producteur le plus important de peroxyde de benzoyle pour l'industrie du plastique.

Néanmoins, en 1979, ECS a décidé de vendre sa production à l'industrie du plastique. Suite à cela, AKZO a menacé ECS de vendre à des prix inférieurs au coût aux producteurs de farine.

¹⁵⁶ Communication 2009/C 45/02, *op. cit.*, §19.

¹⁵⁷ Communication 2009/C 45/02, *Ibidem*, §20.

¹⁵⁸ Communication 2009/C 45/02, *Ibidem*, §21.

Voyant qu'ECS n'avait pas mis fin à ses ventes aux producteurs de plastique, AKZO mis ses menaces en exécution.

Faisant suite à une plainte d'ECS, la Commission a trouvé dans des mémorandums et divers documents d'AKZO l'intention de vendre à des prix inférieurs au coût variable moyen aux clients d'ECS opérant dans le secteur de la production de farine. La Commission a conclu qu'il s'agissait d'une violation de l'article 102 du TFUE (82 EC à l'époque) car AKZO aurait eu un comportement anti-concurrentiel visant à exclure ECS du marché européen du peroxyde de benzoyle¹⁵⁹.

Afin de déterminer l'existence d'une prédation et donc d'une violation de l'article 102 du TFUE condamnant les abus de position dominante, la Cour devait d'abord déterminer le marché en cause et l'existence ou non d'une position dominante d'AKZO sur ce marché en cause.

Quant au marché en cause, la Commission avait estimé que le marché en cause était celui des peroxydes organiques. En effet, AKZO voulait exclure ECS de ce marché en entier. De par le fait que le secteur du plastique a une plus grande importance dans le chiffre annuel d'AKZO, il était possible pour AKZO de financer les pertes subies dans le secteur de la production par les profits faits dans le secteur du plastique (il s'agit d'une subvention croisée d'une prédation). La Cour a donc confirmé l'analyse de la Commission.

Néanmoins, AKZO contestait cette définition du marché et considérait que le marché en cause devait être celui où s'était produit la violation présumée, c'est à dire le marché des additifs de farine. La Cour n'a pas suivi l'argumentation d'AKZO. Il se peut que le fait qu'AKZO considérait dans sa documentation interne le marché des peroxydes organiques comme un marché unique ait aidé la Cour à forger son opinion¹⁶⁰.

Concernant la position dominante d'AKZO, divers éléments ont permis à la Cour d'établir qu'AKZO détenait une position dominante. Parmi ces éléments, on peut citer le fait qu'AKZO offrait une plus grande variété de produits, les 50% de parts de marché détenues par AKZO et la supériorité organisationnelle et technique d'AKZO¹⁶¹.

Après avoir établi la position dominante d'AKZO, il fallait encore déterminer si ou non la pratique d'AKZO constituait un abus de position dominante au sens de l'article 102 du TFUE.

¹⁵⁹ S. HANNIGAN, "Predatory pricing after Akzo-Chemie", *Trinity C.L. Rev.*, vol 4, 2001, p. 45.

¹⁶⁰ S. HANNIGAN, *op. cit.*, p. 45.

¹⁶¹ S. HANNIGAN, *Ibidem*, p. 45.

Du point de vue de la jurisprudence européenne, il faut faire la distinction entre deux cas : la compétition par les mérites et celle qui ne l'est pas. La Cour de justice avait exprimé que la concurrence par les mérites pouvait mener à l'élimination des concurrents : « *Ainsi, tout effet d'éviction ne porte pas nécessairement atteinte au jeu de la concurrence (voir, par analogie, arrêt TeliaSonera Sverige, précité, point 43). Par définition, la concurrence par les mérites peut conduire à la disparition du marché ou à la marginalisation des concurrents moins efficaces et donc moins intéressants pour les consommateurs du point de vue notamment des prix, du choix, de la qualité ou de l'innovation* »¹⁶². Dès lors, il convient d'examiner quels sont les critères retenus par la Cour de justice pour distinguer la compétition par les mérites et celle qui ne l'est pas (car seule celle-ci sera sanctionnée).

Le critère retenu par la Commission dans l'affaire AKZO était celui de l'intention. Mais puisque le comportement présumé abusif était de nature à exclure le concurrent, il n'était pas nécessaire, selon la Commission, d'apporter la preuve de l'intention du prédateur. Les documents d'AKZO trouvés par la Commission ont forgé la conviction de celle-ci. Or, la Cour suprême américaine, dans *Inglis*¹⁶³, rappelait qu'il fallait être prudent en ce qui concerne les extrapolations faites à partir de la documentation interne. En effet, les employés ont tendance à exagérer les faits et à user un vocabulaire sous-entendant une coercition à l'égard d'un concurrent alors qu'en réalité il s'agirait d'une concurrence légitime. De plus, la Commission n'a pas analysé la possibilité ou non d'un « *recoupment* ». Sans surprise, la Cour a rejeté le raisonnement de la Commission¹⁶⁴.

En effet, la Cour a instauré un test du prix basé sur les coûts pour déterminer l'existence d'une prédation. Selon ce test, un prix inférieur au coût variable moyen serait a priori prédateur puisqu'une entreprise n'aurait aucun intérêt à vendre à ce prix-là puisque chaque vente génèrerait des pertes.

Par ailleurs, lorsqu'un prix est supérieur au coût variable moyen mais qu'il est inférieur au coût variable total, il s'agira d'un prix prédateur si l'entreprise a fixé ce prix avec l'intention d'exclure un concurrent du marché¹⁶⁵. La Cour de Justice n'a fait que reprendre le test développé par les professeurs Areeda et Turner.

¹⁶² CJCE C-209/10, *Post Danmark AS c. Konkurrenceradet*, 27 mars 2012.

¹⁶³ *William Inglis & Sons Baking Co. v. ITT Continental Baking Company Inc.*, 668 F 2d 1014 (9 th Cir, 1981).

¹⁶⁴ S. HANNIGAN, *op. cit.*, p. 46.

¹⁶⁵ S. HANNIGAN, *Ibidem*, p. 47.

La logique du test accepté par la Cour de justice dans l'arrêt *AKZO* est la suivante : le coût variable moyen (CVM) d'une entreprise comprend ses coûts variables et exclut ses coûts fixes. Les coûts fixes d'une entreprise sont les coûts auxquels une entreprise ne peut pas échapper si elle arrête sa production. Il s'agit par exemple du loyer qu'elle doit payer. Dès lors, l'entreprise a intérêt à continuer sa production tant que celle-ci contribue au paiement de ses coûts fixes. Si une entreprise vend à un prix inférieur à son CVM, le bénéfice qu'elle en retire ne contribue pas au paiement de ses coûts fixes. Dès lors, l'entreprise en question n'a aucun intérêt à continuer sa production. La seule explication logique d'un tel comportement est la prédation. Il appartiendra au défendeur de prouver le contraire. Tandis que lorsque le prix est supérieur au CVM mais inférieur au coût total moyen (CTM), on peut expliquer économiquement ce prix car la production contribue aux paiements des coûts fixes dans ce cas de figure. C'est pourquoi la Cour de justice exige la preuve d'une stratégie de prédation lorsque le prix se situe entre le CVM et le CTM¹⁶⁶. Nous pouvons constater que la présomption de rationalité des acteurs économiques se trouve au cœur de ce test.

Pour les cas où le prix fixé par l'entreprise dominante serait supérieur au coût variable moyen mais inférieur au coût variable total, la Commission devra établir l'intention prédatrice de l'entreprise en position dominante. La Commission précise qu'il est possible de recourir à la documentation interne d'une entreprise pour démontrer une stratégie de prédation¹⁶⁷. Il n'est pas difficile de comprendre qu'il sera extrêmement difficile de démontrer l'intention d'une entreprise prédatrice puisqu'il est très rare qu'une entreprise en position dominante conserve des documents de ce type.

Malgré ce jugement *AKZO*, de nombreuses questions sont restées sans réponse. En effet, la Cour n'a pas évoqué certaines éventualités où il pourrait y avoir un prix inférieur au coût total moyen sans qu'il n'y ait une prédation. Il s'agit des cas où l'entreprise va quitter le marché ou écouler des stocks. La Commission a également émis des doutes quant à l'applicabilité de ce test au secteur des télécommunications où les coûts variables de la fourniture de l'accès à un réseau existant sont néants.

De plus, la Cour n'a pas fourni de lignes directrices claires permettant d'établir l'existence d'un plan visant à exclure un concurrent. Il devient dès lors difficile d'établir une prédation lorsque

¹⁶⁶ D. GERADIN, A. LAYNE-FARRAR, N. PETIT, *EU Competition Law and Economics*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 240.

¹⁶⁷ Communication 2009/C 45/02, *op. cit.*, §66.

le prix est entre le coût variable moyen et le coût total moyen. Finalement, la Cour n'a pas inclus dans son raisonnement la question du « *recoupment* »¹⁶⁸.

ii) Tetra Pak

Dans la première affaire *Tetra Pak*¹⁶⁹, le Tribunal de l'Union Européenne a reconnu la possibilité d'avoir un abus de position dominante sur un marché autre que celui où l'entreprise est en position dominante. Dès lors, la jurisprudence européenne reconnaît la possibilité d'avoir une subvention croisée pour la mise en œuvre d'une prédation.

Les faits de l'affaire étaient les suivants : Tetra Pak détenait 90 à 95% de parts de marché sur le marché de l'emballage en carton aseptique des produits liquides et alimentaires. Quant au marché oligopolistique des emballages non-aseptiques, Tetra Pak détenait 50 à 55% des parts de marché. Tetra Pak a contesté le fait que son comportement concurrentiel entrerait dans le champ d'application de l'article 102 du TFUE en disant qu'elle n'était pas dominante sur le marché des emballages non-aseptiques. La cour a rejeté l'argument de Tetra Pak car grâce aux liens entre le marché des emballages aseptiques et le marché des emballages non-aseptiques, Tetra Pak finançait les pertes subies sur le marché des emballages non-aseptiques avec les profits faits sur le marché des emballages aseptiques¹⁷⁰.

Par ailleurs, dans *Tetra Pak II*, l'entreprise a voulu introduire un nouvel élément dans la jurisprudence européenne. En effet, en faisant référence au célèbre arrêt *Brooke Group*, Tetra Pak s'est défendu de toute prédation en raison du fait que le Tribunal n'avait pas établi que Tetra Pak avait de fortes chances de récupérer ses pertes. En somme, Tetra Pak a réfuté la thèse de la prédation en avançant le critère du « *recoupment* ». La Cour a rejeté l'insertion du critère du « *recoupment* » dans l'analyse des prix prédateurs. En effet, la Cour a exprimé que : « *Tetra Pak estime que la possibilité de récupérer les pertes dues aux ventes éliminatoires fait partie de la notion de pratique de prix d'éviction. Cela résulterait clairement de l'arrêt AKZO/Commission, précité, point 71. Or, comme la Commission et le Tribunal admettent que les ventes en deçà du prix de revient n'ont eu lieu que sur les marches non aseptiques, sur*

¹⁶⁸ S. HANNIGAN, *op. cit.*, pp. 47-48.

¹⁶⁹ CJCE T-83/91, *Tetra Pak International c. Commission, Rec.*, p. II-755.

¹⁷⁰ S. HANNIGAN, *op. cit.*, p. 49.

lesquels il n'a pas été constaté de position dominante de Tetra Pak, cette dernière n'avait donc aucune chance réelle de récupérer ses pertes par la suite »¹⁷¹.

Par conséquent, la Cour s'est contentée de réitérer son test du prix. Puisque *Tetra Pak* vendait des emballages en carton non-aseptiques à un prix inférieur au coût variable moyen dans sept États Membres, la Cour a conclu qu'il y avait une prédation violant l'article 102 du TFUE¹⁷².

Néanmoins, la Cour a affiné sa jurisprudence concernant le test du prix dans l'affaire *France Télécom*¹⁷³ (*Wanadoo*). En effet, la Cour a affirmé que les prix inférieurs au coût variable moyen étaient a priori abusifs. Par conséquent, la Cour a laissé une possibilité de justifier un prix inférieur au coût variable moyen. Les raisons suivantes peuvent justifier un prix inférieur au coût variable moyen : des promotions ou la liquidation d'un ancien stock¹⁷⁴.

Pour conclure, nous avons analysé dans cette section l'état de la pratique de la Commission et de la jurisprudence européenne concernant les prix prédateurs. Ainsi, nous avons constaté que le test du prix élaboré par les professeurs Areeda et Turner a été accepté par la jurisprudence européenne. De plus, le critère du « *recoupment* » qui a façonné le droit américain concernant la prédation n'a pas convaincu la jurisprudence européenne.

Par ailleurs, nous avons exposé les différentes étapes qui aboutissent à la condamnation d'une entreprise pour abus de position dominante. Nous ferons dans les sections suivantes une analyse comportementale des différents éléments de la pratique de la Commission et de la jurisprudence européenne concernant les prix prédateurs.

Ainsi, nous examinerons les questions de la définition du marché en cause, de la position dominante et les différents éléments retenus par la Commission européenne et la jurisprudence européenne pour établir une prédation.

Section 2 : La définition du marché

Il convient d'observer dans cette section si la pratique de la Commission et la jurisprudence européenne sont en contradiction ou en accord avec l'analyse comportementale du droit.

¹⁷¹ CJCE C-333/94 P, *Tetra Pak International c. Commission*, Rec., 1996, p. I-5951, §40.

¹⁷² S. HANNIGAN, *op. cit.*, p. 49.

¹⁷³ CJCE C-202/07 P, *France Télécom c. Commission*, Rec., 2009, p. I-2369.

¹⁷⁴ D. BAILEY, R. WHISH, *op. cit.*, p. 787.

Lors de la définition du marché de produits en cause, la Commission analyse la substituabilité du côté de la demande pour déterminer si deux produits sont interchangeables. Afin d'évaluer la substituabilité du côté de la demande, la Commission procède au test SSNIP. Il s'agit d'analyser si les consommateurs se tournent vers des produits alternatifs lorsque le prix d'un produit augmente de cinq à dix pourcent. Si c'est le cas, alors ces produits alternatifs sont inclus dans le marché de produits en cause. L'analyse comportementale peut nous permettre de nuancer les préférences des consommateurs. En effet, les consommateurs vont avoir tendance à ne pas considérer comme substitués des produits qui le sont. On peut constater cela pour les médicaments génériques qui ont les mêmes propriétés que les médicaments originaux mais que les consommateurs ne vont pas considérer comme une alternative aux médicaments originaux¹⁷⁵.

Néanmoins, le test SSNIP inclut déjà les trouvailles de l'analyse comportementale puisque si les consommateurs ne considèrent pas deux produits comme substituables, c'est qu'ils ne vont pas passer de l'un à l'autre en cas d'augmentation des prix. Dès lors, le test reflètera bel et bien les préférences des consommateurs¹⁷⁶.

Ainsi, on constate que, de prime abord, l'approche méthodologique choisie par la Commission européenne concernant la détermination du marché de produits en cause est en conformité avec le prescrit de l'analyse comportementale. En effet, celle-ci prône l'usage des études empiriques et réfute l'utilisation de modèles théoriques qui ne reflèteraient pas la réalité des comportements humains¹⁷⁷. C'est pourquoi, la Commission entend faire usage de toute donnée empirique pertinente lors de la définition du marché¹⁷⁸.

Les différents éléments que la Commission va prendre en compte sont les suivants : la preuve d'une substitution dans un passé récent, les tests quantitatifs (principalement l'élasticité-prix croisée de la demande, c'est à dire à quel point la demande pour un produit change en réponse au changement de prix d'un autre produit), les points de vue des clients et des concurrents, les préférences des consommateurs (ces données seront analysées « avec le plus grand soin), les

¹⁷⁵ N. PETIT, N. NEYRINCK, "Behavioral Economics and Abuse of Dominance: A Proposed Alternative Reading of the Article 102 TFEU Case-Law", *GCLC Working Paper 02/10*, 2010, p. 5.

¹⁷⁶ N. PETIT, N. NEYRINCK, *Ibidem*, p. 5.

¹⁷⁷ D. BAILEY, R. WHISH, *op. cit.*, p. 35.

¹⁷⁸ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *op. cit.*, §25.

barrières et les coûts associés à un transfert de la demande vers des produits de substitution potentiels, les différentes catégories de clients et de discriminations de prix¹⁷⁹.

De plus, il ne faut pas oublier que lors des enquêtes réalisées pour déterminer la substituabilité des produits, la manière par laquelle la question sera posée a une grande importance puisqu'elle influencera les réponses¹⁸⁰. En effet, l'analyse comportementale attire l'attention sur l'importance du « *framing* » lorsqu'on se base sur des enquêtes. Il a été démontré que la formulation d'une enquête influe sur le résultat de celle-ci.

Pour conclure, il apparaît des constats que nous venons de faire que la pratique de la Commission européenne et de la jurisprudence européenne est en grande partie en accord avec les prescrits de l'analyse comportementale. Ainsi, comme nous l'avons exposé ci-dessus, l'analyse comportementale prône et accorde beaucoup d'importance à l'utilisation des données empiriques. Nous constatons que la Commission européenne est consciente de l'importance de baser son raisonnement sur les études de marché.

Néanmoins, nous pourrions suggérer une amélioration de la pratique de la Commission sur un point. La Commission pourrait ne pas délimiter le marché dominé mais le marché sur lequel la pratique concurrentielle va produire ses effets et va endommager les consommateurs. Donc nous pourrions imaginer une évolution de la jurisprudence communautaire qui, sans passer par la délimitation de marché, pourrait établir un abus en se référant à un dommage causé aux consommateurs dans le cadre d'une pratique anticoncurrentielle¹⁸¹.

¹⁷⁹ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *op. cit.*, §38-43.

¹⁸⁰ R. AMANDA, M. STUCKE, "Behavioral Antitrust", *University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 106.*, p. 42.

¹⁸¹ A-L. SIBONY, "Retour sur la qualification des prix prédateurs", *Revue Lamy de la Concurrence*, vol. 12, p. 19.

Section 3 : La position dominante

Dans cette section, nous analyserons les différents aspects de la pratique de la Commission et de la jurisprudence liés à la position dominante, critiquables du point de vue de l'analyse comportementale.

a) L'exigence de position dominante

Tout d'abord, il convient de questionner l'obligation d'établir la position dominante d'une entreprise afin de pouvoir la sanctionner pour violation de l'article 102 du TFUE. Ceci est une exigence juridique, du point de vue économique, on ne fait pas ce genre de raisonnement et on analyse de manière autonome la pratique pour déterminer s'il s'agit d'une prédation ou non¹⁸². La décision Glaxo du Conseil démontre l'incidence de cette question puisque celui-ci étant incapable de délimiter un marché pour certaines pratiques a dû renoncer à les poursuivre¹⁸³.

De plus, on peut déceler une contradiction entre la définition de la position dominante et la prédation. Pour rappel, la position dominante est définie de la manière suivante : « *une position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement des consommateurs* »¹⁸⁴.

La notion clé est celle de l'indépendance. Une entreprise dominante est celle qui peut agir indépendamment de ce que font ses concurrents. Or, la prédation est une stratégie visant à exclure un concurrent du marché ou à le discipliner. Le besoin de recourir à cette stratégie peut venir d'une envie de garder ses parts de marchés ou d'acquérir plus de parts marchés. Quoiqu'il en soit, il est difficile de concilier le fait qu'une entreprise puisse agir indépendamment de ses concurrents et le fait qu'elle les voit comme une menace.

Par ailleurs, « *La Commission considère qu'une entreprise capable d'augmenter les prix rentablement au-delà du niveau concurrentiel pendant une longue période ne subit pas de pressions concurrentielles effectives suffisantes et peut donc, d'une manière générale, être considérée comme dominante* »¹⁸⁵.

¹⁸² A-L. SIBONY, op. cit., p. 18.

¹⁸³ Cons. conc., déc. n° 07-D-09, 14 mars 2007, *GlaxoSmithKline France*.

¹⁸⁴ CJCE Aff. 27/76 *United Brands c. Commission*, 14 février 1978, *Rec.*, p. 272, §65.

¹⁸⁵ Communication 2009/C 45/02, op. cit., §11.

Il est assez facile de déceler les contradictions entre la définition des prix prédateurs et cette définition d'une entreprise en position dominante donnée par la Commission. Une entreprise qui se lance dans une stratégie de prédation est étant donné les conditions du marché incapable de maintenir ses prix au-delà du niveau concurrentiel. Le plus souvent il s'agit d'une entreprise qui est menacée par un nouvel arrivant et qui a peur de ne pas pouvoir maintenir ses prix (Affaire *Brooke Group*). Dès lors, on ne conçoit pas comment on peut sanctionner une prédation avec l'approche avancée par la Commission au point onze de son document d'Orientation.

Par conséquent, il apparaît que le choix d'exiger une position dominante avant la prédation est questionnable puisque celle-ci apparaît plutôt comme l'objectif de la prédation. De plus, nous constatons que pour qu'il y ait prédation, il ne faut pas nécessairement que l'entreprise s'y attelant soit en position dominante. Il suffit qu'il y ait une asymétrie (qui peut se manifester de différentes manières) entre le prédateur et son concurrent. C'est une réflexion qui doit être menée à ce sujet¹⁸⁶.

b) Les barrières à l'entrée du marché

La pratique constante de la Commission pour établir si une entreprise est en position dominante sur le marché en cause est de constater si oui ou non cette entreprise détient un pouvoir de marché. Pour cela, la Commission se base de manière assez classique sur les parts de marchés de l'entreprise en question. Cependant, un nouveau facteur a fait son apparition dans l'analyse de la Commission. Il s'agit des barrières à l'entrée du marché¹⁸⁷.

L'analyse économique classique soutient que lorsque les barrières à l'entrée du marché sont faibles, il ne peut y avoir d'entreprise dominante sur celui-ci car les entreprises ne peuvent exercer leur pouvoir de marché¹⁸⁸. Ce raisonnement est similaire à celui avancé par l'analyse économique classique quant à la possibilité d'un « *recoupment* ». En effet, comme nous l'avons exprimé ci-dessus, la possibilité du « *recoupment* » en droit américain est réfutée lorsque les barrières à l'entrée du marché sont faibles.

¹⁸⁶ A-L. SIBONY, *op. cit.*, p. 18.

¹⁸⁷ Communication 2009/C 45/02, *op. cit.*, §9-12.

¹⁸⁸ N. PETIT, N. NEYRINCK, *op. cit.*, p. 6.

Cependant, il apparaît, grâce aux constatations de l'analyse comportementale, qu'il ne serait pas judicieux de réfuter la thèse de la domination d'une entreprise sur le marché parce que les barrières à l'entrée du marché seraient faibles. Les acteurs économiques, ayant une rationalité limitée, ont une aversion au risque en termes de gains. C'est pourquoi, lorsqu'une entreprise examine la possibilité d'entrer sur un nouveau marché, cette possibilité ne peut s'analyser que sous la forme d'un gain potentiel. Comme nous l'avons développé ci-dessus, les individus préfèrent les gains certains par rapport aux gains risqués. Par conséquent, une entreprise devant faire un choix entre croître dans un marché sur lequel elle est déjà présente (gain certain) et entrer dans un nouveau marché (gain potentiellement plus élevé mais plus risqué), l'entreprise va avoir tendance à choisir la première option¹⁸⁹.

C'est pourquoi malgré des barrières à l'entrée qui sont faibles, il se peut que, pour toute une série de raisons les entreprises préfèrent ne pas entrer sur ce marché. Il convient de détailler dans quelles conditions se réalisent l'entrée d'une entreprise sur un marché et quelles sont les raisons qui pourraient pousser les entreprises à faire des entrées ineffectives. L'analyse comportementale nous a fourni une vision différente de l'entrée par rapport à celle de l'analyse économique. Ainsi, il convient d'examiner si la Commission européenne et la Cour de justice ont intégré ou peuvent intégrer les apports de l'analyse comportementale.

Tout d'abord, comme nous l'avons déjà évoqué dans les chapitres précédents, la décision de l'entrée se prend dans un environnement comportant de nombreuses incertitudes. L'analyse comportementale a démontré que, dans un environnement pareil, les acteurs économiques avaient une rationalité limitée et qu'ils avaient des biais provoquant des déviations systématiques du modèle de rationalité. En effet, des études démontrent que les individus sont trop confiants quant à leurs chances de réussite et qu'ils ne tiennent pas vraiment compte des statistiques qui pourraient les inciter à ne pas entrer sur le marché¹⁹⁰.

Parmi les biais qui affectent les décisions des entreprises, il y a le biais d'optimisme et d'excès de confiance en soi. Ainsi, les entreprises vont avoir tendance à exagérer leurs propres chances de succès sur le marché. Allié à l'excès de confiance en soi des nouveaux entrants, ce biais va engendrer des entrées qui ne sont pas économiquement rationnelles. Dès lors, toute autorité ou tribunal, ayant la charge d'appliquer le droit de la concurrence, doit intégrer le fait que les

¹⁸⁹ N. PETIT, N. NEYRINCK, *op. cit.*, p. 7; Voir également M. STUCKE, "Behavioral Economists at the Gate: Antitrust in the 21st Century", *Loyola University Chicago Law Journal*, vol 38, 2007, pp. 563-568.

¹⁹⁰ A. TOR, "The Fable of entry : bounded rationality, market discipline, and legal policy", *op. cit.*, p. 503.

nouveaux entrants ne prendront pas, la plupart du temps, des décisions économiquement rationnelles.

De plus, le biais de désirabilité, qui consiste à voir un événement comme plus probable que ce qu'il n'est parce qu'on le désire, va amplifier la sous-estimation des risques liés à l'entrée. C'est pourquoi des éléments tels que les investissements nécessaires et le temps nécessaire pour rendre l'activité profitable ne vont pas refroidir les ardeurs des nouveaux entrants¹⁹¹.

En outre, les acteurs économiques ressentent une illusion de contrôle. Ils pensent pouvoir contrôler l'environnement qui les entoure. Même lorsqu'il s'agit d'opérations impliquant une certaine part de chance, les individus pensent qu'ils pourront atteindre leurs objectifs grâce à leur habilité. Cette illusion de contrôle renforce les biais d'optimisme et de désirabilité. Cela engendre une plus grande prise de risque de la part des individus. Ainsi, on constate que les managers pensent pouvoir contrôler les risques grâce à leur habilité et leur jugement éclairé. Dès lors, les managers qui doivent décider de l'entrée sur un nouveau marché de leur entreprise vont avoir tendance à minimiser les risques liés à cette entrée¹⁹².

Par ailleurs, en plus de ces raccourcis mentaux facilitant la prise de décisions des individus, les individus utilisent également des raccourcis émotionnels lorsqu'ils doivent prendre une décision. Cela contribue au fait que les individus font des prévisions en fonction de leurs désirs¹⁹³.

De plus, la réputation de prédateur constitue une barrière à l'entrée du marché. L'analyse économique a longtemps sous-estimé les barrières à l'entrée et l'effet de la réputation de prédateur qui peut empêcher les nouvelles entrées lorsqu'il y a une asymétrie d'informations entre le nouvel entrant et le prédateur¹⁹⁴. Néanmoins, il a été démontré que les nouveaux entrants potentiels ont peur de cette réputation de prédateur et hésitent à entrer sur un marché où ils feront face à une entreprise prédatrice. Cette peur est d'autant plus véridique lorsque le nouveau entrant potentiel opère sur plusieurs marchés car il risque de voir une guerre de prix s'étendre sur les autres marchés¹⁹⁵. C'est pourquoi la Commission européenne doit tenir compte de l'effet de la réputation du prédateur lorsqu'elle analyse la possibilité d'une entrée sur le

¹⁹¹ A. TOR, "The Fable of entry : bounded rationality, market discipline, and legal policy", *op. cit.*, p. 509; Voir également D. V. BUDESCU, M. BRUDERMAN, "The Relationship Between the Illusion of Control and the Desirability Bias", *J. Behav. Decision Making*, vol. 8, 1995, p. 109.

¹⁹² A. TOR, *op. cit.*, pp. 512-514.

¹⁹³ A. TOR, *Ibidem*, p. 510.

¹⁹⁴ H. S. GERLA, *op. cit.*, p. 767.

¹⁹⁵ R. J. VAN DEN BERGH, P. D. CAMESCA, *op. cit.*, p. 292.

marché. En effet, il se peut que l'entrée soit économiquement profitable pour les potentiels entrants mais ceux-ci peuvent hésiter à faire leur entrée sur le marché à cause de la réputation du prédateur.

La peur des nouveaux entrants est liée au biais de disponibilité. Les concurrents potentiels du prédateur peuvent surestimer sa capacité de prédation et la probabilité d'une nouvelle prédation dans le cas d'une entrée sur le marché¹⁹⁶. En effet, le fait qu'un événement soit disponible pour une personne, c'est à dire qu'un événement se soit réalisé récemment, produira une surestimation de la probabilité de réalisation de cet événement¹⁹⁷. Dès lors, la réputation du prédateur peut fausser une analyse reposant sur la rationalité des acteurs économiques qui ne décideraient de l'entrée qu'en se basant uniquement sur la théorie de l'utilité espérée.

Par conséquent, malgré le fait que l'entrée sur le marché soit facile, la survie sur le marché peut être extrêmement difficile. De plus, les nouveaux entrants (surtout les start-ups) ont du mal à menacer à court terme les entreprises présentes sur le marché. Par ailleurs, les barrières à l'entrée du marché n'empêchent pas vraiment l'entrée sur le marché mais va plutôt empêcher la survie sur le marché.

Dès lors, le droit de la concurrence ne devrait pas se baser sur les barrières faibles à l'entrée du marché pour conclure à l'existence d'une pression concurrentielle à court terme sur les entreprises présentes sur le marché. C'est pourquoi lorsqu'on analyse le pouvoir de marché d'une entreprise, il ne faut pas estimer que celle-ci n'aurait pas de pouvoir de marché si les barrières à l'entrée du marché sont faibles, surtout s'il y a un haut degré de concentration sur le marché¹⁹⁸.

Qu'en est-il de la pratique de la Commission ? La Commission exprime¹⁹⁹ qu'on ne peut se contenter d'une approche abstraite pour déterminer si les entrées sur le marché sont faciles ou non. Ainsi la Commission ne tiendra compte que des entrées probables, en temps utile et suffisantes.

Qu'est-ce qu'une entrée probable ? La Commission considère qu'une entrée probable est une entrée économiquement profitable. Nous pourrions dire, à ce stade-ci, qu'il faut se méfier de ce critère de profitabilité économique. Car même lorsque l'entrée est profitable économiquement,

¹⁹⁶ A. HEINEMANN, *op. cit.*, p. 228.

¹⁹⁷ C. R. SUNSTEIN, *op. cit.*, p. 1188.

¹⁹⁸ A. TOR, *op. cit.*, pp. 549-551.

¹⁹⁹ Communication 2009/C 45/02, *op. cit.*, §16.

il se peut que les nouveaux entrants ne fassent pas leur entrée sur le marché, et donc ne menacent pas l'entreprise en position dominante, à cause de toutes les raisons que nous avons exposé ci-dessus. Dès lors, la Commission pourrait décider, sur cette base-ci, que l'entreprise X n'est pas en position dominante car les entrées sur le marché en cause seraient économiquement profitables.

Néanmoins, la Commission affirme qu'elle tiendra compte de plusieurs facteurs qui ont une influence sur la profitabilité d'une entrée tels que les obstacles légaux ou économiques, la réaction de l'entreprise dominante, les risques et les coûts²⁰⁰.

Quant à l'entrée en temps utile, il apparaît que la Commission a judicieusement choisi de tenir compte du moment auquel l'entrée interviendra. En effet, celle-ci doit intervenir de manière suffisamment rapide pour contrecarrer la stratégie de prédation de l'entreprise en position dominante.

Par ailleurs, selon la Commission, l'entrée doit être suffisante, c'est à dire d'une ampleur suffisante à mettre en échec la stratégie de l'entreprise dominante. Néanmoins, l'analyse comportementale a démontré qu'il faut plutôt tenir compte de la qualité de l'entrée et non pas de la quantité. Il faut déterminer si les nouveaux entrants vont pouvoir survivre sur le marché. Dès lors, il apparaît que la pénétration dans le marché est plus importante que l'entrée sur le marché. Pour ce faire, la Commission pourra se baser sur les statistiques analysant les performances passées sur le marché²⁰¹.

Par conséquent, nous constatons que malgré le fait qu'il est possible de faire certaines améliorations concernant l'analyse de l'entrée, la Commission suit plutôt les prescrits de l'analyse comportementale du droit. En effet, celle-ci conduit des études de marché pour analyser la situation de celui-ci et ne se contente pas de postulats hypothétiques pour prédire le comportement des acteurs économiques. De plus, la Commission essaye autant qu'il se peut de tenir compte de tous les éléments pertinents pour juger de l'efficacité d'une entrée sur le marché.

²⁰⁰ Communication 2009/C 45/02, *op. cit.*, §16.

²⁰¹ A. TOR, *op. cit.*, p. 553.

Section 4 : Le rejet du critère du « *recoupment* »

Tout d'abord, contrairement à ce que soutient l'analyse économique classique quant à l'irrationalité de la prédation, quant à sa rareté et au fait qu'une entreprise ne s'engagerait pas dans une prédation sans une forte probabilité de « *recoupment* », l'analyse comportementale suggère que les managers ultra-optimistes vont avoir tendance à pratiquer la prédation tout en sachant que le « *recoupment* » ne sera pas possible. Plusieurs facteurs comme la fierté, la vengeance, etc. peuvent expliquer ce comportement irrationnel²⁰².

En effet, les acteurs économiques trop sûrs d'eux-mêmes peuvent s'engager dans une stratégie risquée comme la prédation s'ils s'estiment que leur position actuelle sur le marché est en-dessous de leur point de référence. Cette différence étant perçue comme une perte, les individus auront tendance à être enclin à opter pour des stratégies risquées. Il s'agit d'une illustration de l'affinité au risque concernant les pertes. De plus, certaines entreprises veulent maximiser leurs parts de marchés et non leurs profits²⁰³.

Fort heureusement, la Commission européenne accepte l'idée d'une prédation irrationnelle en qualifiant la première phase de celle-ci comme étant un sacrifice. Par ailleurs, la Commission et la Cour de justice ne requièrent pas l'existence d'une possibilité de « *recoupment* » pour établir une prédation.

En effet, dans l'affaire *France Télécom*, la Cour a mis fin aux doutes qui subsistaient pour certains malgré *Tetra Pak II* et a affirmé que : « *C'est dès lors à bon droit que la Commission a considéré que la démonstration d'une récupération des pertes n'était pas un préalable à la constatation d'une pratique de prix prédateurs* »²⁰⁴.

De plus, la Commission explique très bien dans son document d'Orientations²⁰⁵, qu'on ne peut pas associer la lésion des consommateurs au « *recoupment* ». Dès lors, pour évaluer le préjudice des consommateurs, la Commission tiendra en compte de plusieurs facteurs. Il ne s'agira pas de faire simplement un calcul des pertes et des bénéfices de l'entreprise dominante pour voir si la stratégie est *in fine* profitable²⁰⁶.

²⁰² M. ARMSTRONG, S. HUCK, "Behavioral Economics as Applied to Firms: A Primer", *Competition Policy International*, Spring 2010, vol 6, n°1, p. 16.

²⁰³ A. HEINEMANN, *op. cit.*, p. 229.

²⁰⁴ CJCE T-340/03, *France Télécom c. Commission*, 30 janvier 2007, *Rec.*, 2007, p. II-117.

²⁰⁵ Communication 2009/C 45/02, *op. cit.*, §71.

²⁰⁶ D. BAILEY, R. WHISH, *op. cit.*, p. 787.

Pour conclure, il apparaît que la Commission et la Cour de justice n'ont pas accepté le « *recoupment* » comme une précondition dans leur analyse de la prédation. Le critère du « *recoupment* » repose sur une présomption simple que nous avons contredit à de maintes reprises dans ce travail, la rationalité des acteurs économiques. En refusant de baser son analyse sur un postulat hypothétique erroné, la Commission et la Cour agissent de manière conforme au prescrit de l'analyse comportementale. Si le but est de protéger les consommateurs et les concurrents aussi efficaces que l'entreprise en position dominante, nous avons expliqué ci-dessus que la prédation pouvait porter atteinte aux intérêts des consommateurs et des concurrents même sans prédation. Dès lors, la Commission et la Cour ont fait un choix judicieux en rejetant le critère du « *recoupment* ».

CONCLUSION

Nous avons tenté, dans ce travail, d'apporter une réponse à la question suivante : qu'est-ce que peut apporter l'analyse comportementale du droit au droit américain et européen de la concurrence ?

Lors de notre analyse du droit américain de la concurrence, nous nous sommes focalisés sur les questions de rationalité et de « *recoupment* ». Les États-Unis étant le pays où est né l'analyse économique du droit, il est normal que les postulats, prescriptions et méthodes de celle-ci aient eu une plus grande influence là-bas.

Dès lors, nous avons essayé de démontrer grâce aux concepts de l'analyse comportementale du droit comment et pourquoi une prédation pouvait être une décision commerciale prise par les entreprises. Pour cela, nous avons remis en cause le modèle de prise de décision de la théorie de l'utilité espérée. En effet, l'analyse comportementale a démontré l'existence de différents biais cognitifs pouvant faire dévier les individus du modèle de prise de décision rationnel.

Quant au « *recoupment* », il a été expliqué que ce critère n'apportait rien au droit de la concurrence. En effet, ce critère n'a fait qu'engendrer une immunisation des prédatations aux États-Unis. Nous pensons qu'aucun système normatif voudrait un tel résultat. C'est pourquoi il est temps que l'analyse comportementale pénètre pleinement dans le raisonnement du droit de la concurrence américain afin de supprimer ce critère.

Par ailleurs, nous avons analysé les aspects du droit de la concurrence européen liés à la prédation et auxquels l'analyse comportementale pouvait contribuer. Ainsi, nous avons

minutieusement étudié des questions telles que la définition du marché en cause, la position dominante et les éléments de la jurisprudence européenne liés aux prix prédateurs.

Il apparaît que le droit européen de la concurrence est plus ouvert que le droit américain de la concurrence aux apports de l'analyse comportementale aussi bien concernant la méthodologie empiriste que sur le plan des concepts et postulats. En effet, nous avons vu que dans de nombreux cas, la Commission européenne et la Cour de justice avaient déjà intégré les apports de l'analyse comportementale. Néanmoins, il subsiste toujours des éléments à améliorer.

Pour conclure, puisque l'analyse comportementale a remis en cause avec brio le postulat de rationalité des acteurs économiques, les règles se basant exclusivement sur celui-ci doivent être rejetées. Nous ne pouvons pour autant conclure que les acteurs économiques sont systématiquement irrationnels. Néanmoins, l'analyse comportementale confirme certaines tendances et régularités dans le comportement humain. C'est pourquoi le droit de la concurrence doit être flexible tout en assurant la sécurité juridique.

Le meilleur moyen d'assurer cela est de permettre une ouverture aux données empiriques afin d'avoir une meilleure image du comportement des acteurs économiques. Le droit européen de la concurrence apparaît comme étant assez ouvert et a déjà intégré volontairement ou non des éléments de l'approche comportementale.

Table des matières

Introduction	1
Chapitre I : L'analyse comportementale du droit	3
Section 1 : Le but de l'analyse comportementale	3
Section 2 : Les concepts de l'analyse comportementale	4
Section 3 : Les biais	6
a) L'aversion à la dépossession et le biais du statu quo	6
b) L'effet d'ancrage	7
c) Le biais du court terme	7
d) La disponibilité et la représentativité	7
e) La prise en compte des coûts irrécupérables	8
f) L'optimisme, l'excès de confiance en soi et la désirabilité	9
Section 4 : La méthode de l'analyse comportementale	9
Chapitre II : La prédation dans le droit américain	11
Section 1 : L'état du droit américain	11
a) La définition et le cadre légal de la prédation	11
b) La règle Areeda-Turner	11
c) L'affaire Matsushita	13
d) L'affaire Brooke	14
e) La période post-Brooke	16

Section 2 : La rationalité d'une prédation	17
a) L'irrationalité d'une prédation	17
b) Conserver sa dominance sur le marché	19
c) Acquérir une dominance sur le marché	23
Section 3 : Le critère du « <i>recoupment</i> »	24
a) Les justifications du « <i>recoupment</i> »	24
b) La mauvaise application du « <i>recoupment</i> »	26
c) La mauvaise compréhension du phénomène du « <i>recoupment</i> »	30
d) La prédation sans « <i>recoupment</i> » est inoffensive ?	32
i) Atteinte aux consommateurs	32
ii) Atteinte aux concurrents	33
Chapitre III : La prédation dans le droit européen	34
Section 1 : L'état du droit européen	34
a) La définition et le cadre légal de la prédation	34
b) La définition du marché en cause	35
c) La position dominante	37
d) L'abus de position dominante	39
e) Les prix prédateurs dans le droit européen	40
i) AKZO	40
ii) Tetra Pak	44

Section 2 : La définition du marché	46
Section 3 : La position dominante	48
a) L'exigence de position dominante	48
b) Les barrières à l'entrée du marché	49
Section 4 : Le rejet du critère du « <i>recouplement</i> »	54
Conclusion	55

BIBLIOGRAPHIE

LÉGISLATION

Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne, article 101

US Code, Titre 15, Chapitre 1. §1 and §2

Règlement du Conseil n°1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité

JURISPRUDENCE

1. Jurisprudence américaine

Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1 (1911)

United States v. Grinnell Corp., 384 U.S. 563, 570-71 (1966)

William Inglis & Sons Baking Co. v. ITT Continental Baking Company Inc., 668 F.2d 1014 (9^{ème} Cir, 1981)

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

Lomar Wholesale Grocery, Inc. v. Dieter's Gourmet Foods, Inc., 824 F.2d 582, 599 (8^{ème} Cir. 1987)

A.A. Poultry Farms, Inc. v. Rose Acre Farms, Inc., 881 F.2d 1396, (7^{ème} Cir. 1989)

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

Advo, Inc. v. Phila. Newspapers, Inc., 51 F.3d 1191, 1200 (3^{ième} Cir. 1995)

Bathke v. Casey's Gen. Stores, Inc., 64 F.3d 340, 343 (8^{ème} Cir. 1995)

Stearns Airport Equipment Co. v. FMC Corp., 170 F.3d 518, 536 (5ième Cir. 1999)

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

Wallace v. IBM, 467 F.3d 1104, 1106 (7ième Cir. 2006)

2. Jurisprudence européenne

CJUE Aff. 6-72, *Continental Can c. Commission*, 21 février 1973, *Rec.*, 1973, p. 217

CJUE Aff. *United Brands c. Commission*, 14 février 1978, *Rec.*, p. 209

CJUE C-62/86, *Akzo c. Commission*, 3 juillet 1991, *Rec.*, 1991, p. I-3439

CJUE T-83/91, *Tetra Pak International c. Commission*, 6 octobre 1994, *Rec.*, 1994, p. II-755

CJUE C-333/94 P, *Tetra Pak International c. Commission*, 14 novembre 1996, *Rec.*, 1996, p. I-5951

CJUE T-340/03, *France Télécom c. Commission*, 30 janvier 2007, *Rec.*, 2007, p. II-117

CJUE C-202/07 P, *France Télécom c. Commission*, 2 avril 2009, *Rec.*, 2009, p. I-2369

CJUE T-321/05, *AstraZeneca AB c. Commission*, 1^{er} juillet 2010, *Rec.*, 2010, ECR II-2805

CJUE C-209/10, *Post Danmark AS c. Konkurrenceradet*, 27 mars 2012, EU:C:2012:172

Cons. conc., déc. n° 07-D-09, 14 mars 2007, *GlaxoSmithKline France*

DOCTRINE

AMANDA, (R.), STUCKE, (M.) “Behavioral Antitrust”, *University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 106*

AREEDA, (P.), TURNER, (D.), “Predatory pricing and related practices under section 2 of Sherman Act, *Harv. L. Rev.*, vol. 88, 1975, pp. 697-733

AREEDA, (P.), HOVENKAMP, (H.), *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and their Application*, Wolters Kluwer Legal & Regulatory U.S., 3d ed. 2008

ARLEN, (J.), “Comment: The future of Behavioral Economic Analysis of Law”, *Vand. L. Rev.*, vol. 51, 1998, pp. 1765-1788

ARMSTRONG, (M.), HUCK, (S.), “Behavioral Economics as Applied to Firms: A Primer”, *Competition Policy International*, Spring 2010, vol 6, n°1, pp. 3-45

BAILEY, (D.), WHISH, (R.), *EU Competition law*, 8ème ed., Oxford, Oxford University Press, 2015

BAKER, (J. B.), “Predatory Pricing After Brooke Group: An Economic Perspective”, *Antitrust L.J.*, vol. 62, 1994, pp. 585

BAUMOL, (W. J.), “Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test”, *J. Law & Econ*, 1996, pp. 49-72

BOLTON, (P.), BRODLEY, (J. F.), RIORDAN, (M. H.), “Predatory pricing: strategic theory and legal policy”, *Geo. L.J.*, vol. 88, 1999, p. 2239-2330

BORK, (R. H.), *The Antitrust Paradox: A policy at War with itself*, New York, Basic books, 1978, pp. 149-55

BUDESCU, (D. V.), BRUDERMAN, (M.) “The Relationship Between the Illusion of Control and the Desirability Bias”, *J. Behav. Decision Making*, vol. 8, 1995, pp. 109-125

CAMERER, (C.), LOVALLO, (D.), “Overconfidence and Excess Entry: An Experimental Approach”, *Am. Econ. Rev.*, vol. 89, 1999, pp. 306-318

CAMESCA, (P. D.), VAN DEN BERGH, (R. J.), *European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective*, Groningen, Intersentia-Hart, 2001

DEVLIN, (A.), JACOBS, (M.), « The empty promise of behavioral antitrust », *Harv. J. L. & Pub. Pol’y*, vol. 37, 2014, pp. 1009-1063

EASTERBROOK, (F.), « Predatory strategies and counterstrategies », *U. Chi. L. Rev.*, vol. 48, 1981, pp. 263-337

- EDLIN, (A.S.), “Stopping above-cost predatory pricing”, *111 Yale L.J.* 941, 2001-2002, pp. 941-991
- ELHAUGE, (E.), “Why above-cost price cuts to drive out entrants are not predatory- and the implications for defining costs and market powers”, *112 Yale L.J.* 681, 2002-2003, pp. 681-827
- EZRACHI, (A.), *EU Competition law : an analytical guide to the leading cases*, 5^{ième} éd., Oxford, Hart, 2016
- GERADIN, (D.), LAYNE-FARRAR, (A.), PETIT, (N.), *EU Competition Law and Economics*, Oxford, Oxford University Press, 2012
- GERADIN, (D.), *Handbook on European Competition Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013
- GERLA, (H. S.), « The psychology of predatory pricing: why does predatory pricing pays? », *Sw. L.J.*, vol. 39, 1985-1986, pp. 755-780
- HANNIGAN, (S.), “Predatory pricing after Akzo-Chemie”, *Trinity C.L. Rev.*, vol 4, 2001, pp. 36-52
- HEINEMANN, (A.), “Behavioral antitrust : A more realistic approach to competition law”, *European Perspectives on Behavioural Law and Economics*, Klaus Mathis (ed.), 2015, pp. 211-242
- HILDEBRAND, (D.), *The role of economic analysis in the EC competition rules*, Kluwer, 2009
- JOLLS, (C.), SUNSTEIN, (C.R.), THALER, (R.), “A behavioral approach to law and economics”, *Stanford Law Review*, Volume 50, 1998, pp. 1471-1550
- KAHNEMAN, (D.), *Thinking fast and slow*, Penguin Group, 2012
- KAHNEMAN, (D.), TVERSKY, (A.), “Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk”, *Econometrica*, vol 47/2, 1979, p. 263-291
- KAHNEMAN, (D.), TVERSKY, (A.), “On the psychology of prediction”, *Psychol. Rev.*, Vol. 80, pp. 237-251

- KAPLOW, (L.), SHAPIRO, (C.), « Chapter 15 : Antitrust », *Handbook of Law and Economics*, vol. 2 sous dir. A.M. POLINSKY, S. SHAVELL, Oxford, Elsevier, 2007
- KOROBKIN, (R. B.), ULEN, (T. S.), “Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics”, *Cal. L. Rev.*, Vol. 88, 2000, pp. 1051-1144
- LESLIE, (C. R.), “Predatory pricing and recoupment”, *Colum. L. Rev.*, vol 113, 2013, p. 1695-1772
- LESLIE, (C. R.), “Rationality Analysis in Antitrust”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 158, 2010, pp. 261-353
- MCALINN, (G. P.), ROSEN, (D.), STERN, (J. P.), *An Introduction to American Law*, 2ème éd., Durham, Carolina Academic Press, 2010
- McGEE, (J. S.), “Predatory Price Cutting: The Standard Oil (N.J.) Case”, *J.L. & ECON.*, 1958, pp. 137-169
- McGEE, (J. S.), “Predatory Pricing Revisited”, *J.L. & Econ.*, vol. 23, 1980, pp. 289-330
- NEYRINCK, (N.), PETIT, (N.) “Behavioral Economics and Abuse of Dominance: A Proposed Alternative Reading of the Article 102 TFEU Case-Law”, *GCLC Working Paper 02/10*, 2010, pp. 1-16
- POSNER, (R.), *Economic analysis of law*, Aspen Law and Business, 1998
- POSNER, (R.), « Predatory pricing », *J. Reprints Antitrust L. & Econ.*, vol. 10., 1979, pp. 85-97
- REEVES, (A.P.), STUCKE, (M.E.), « Behavioral Antitrust », *Ind. L. J.*, vol. 86, 2011, pp. 1527-1586
- SHAMPINE, (A.L.), « The role of Behavioral Economics in Antitrust analysis », *Antitrust 65*, vol. 27, 2012-2013, pp. 65-70
- SIBONY, (A-L.), “Retour sur la qualification des prix prédateurs”, *Revue Lamy de la Concurrence*, vol. 12, pp. 17-25
- STONE, (J.E.), WRIGHT, (J.D.), « Misbehavioral Economics : The case against behavioral antitrust », *Cardozo L. Rev.*, vol. 33, 2011-2012, pp. 1517-1553

STUCKE, (M.), “Behavioral Economists at the Gate: Antitrust in the 21st Century”, *Loyola University Chicago Law Journal*, vol 38, 2007, pp. 513-591

SUNSTEIN, (C. R.), “Behavioral analysis of law”, *U. Chi. L. Rev*, 1997, pp. 1175-1195

TATE, (M.), « Behavioral Economics: an insight into Antitrust », *Law & Psychol. Rev.*, vol. 37, 2013, pp. 249-270

TOR, (A.), “Understanding Behavioural Antitrust”, *Texas Law Review*, Volume 92, 2014, pp. 573-667

TOR, (A.), “Illustrating a behaviorally informed approach to law: The case of predatory pricing”, *Scholarly Works*, Paper 37, 2003, pp. 52-59

TOR, (A.), “The Fable of entry : bounded rationality, market discipline, and legal policy”, *Michigan Law Review*, vol 101, 2002, pp. 482-568

INSTRUMENTS ADMINISTRATIFS

Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, J.O., C 372 du 09 décembre 1997

Communication 2009/C 45/02 de la Commission : Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, J.O., C-45/7 du 24 février 2009

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique www.uclouvain.be/drt

