



The “Antitrust Letter” is a monthly series of articles written in french and english by founding member Thibault Schrepel. Each month’s release analyzes major changes within United States antitrust law and legal precedents, whilst contrasting and occasionally drawing parallels to European antitrust legal issues.

« Antitrust Letter » est la chronique mensuelle du Concurrentialiste rédigée par Thibault Schrepel, l’un des membres fondateurs de la revue. Chaque nouveau numéro a pour objet d’étudier les événements marquants liés au droit de la concurrence américain. Publiée en français et en anglais, cette lettre est également l’occasion d’établir une étude comparative avec le droit européen de la concurrence.

Table of contents / Sommaire

Commissioner Wright on the rule of reason for reverse payment settlements

Le commissaire Wright s'exprime sur la règle de raison en matière d'accord de report d'entrée

—

The US Court of Appeals for the Eleventh Circuit confirmed the McWane decision on exclusive agreements

La Cour d'appel du 11ème circuit confirme la décision McWane en matière d'accords d'exclusivité

—

Commissioner Wright's intervention on the subject of disruptive innovations

Le commissaire Wright fait une intervention sur le sujet des innovations de rupture

—

The FTC's obtain a Disgorgement Agreement for \$26.8 million

La FTC obtient un accord dit de « *disgorgement* » à hauteur de 26,8 millions de dollars

Follow us on Twitter ([@leconcurrentialiste](#))
Suivez-nous sur Twitter ([@leconcurrentialiste](#))



(English version) Commissioner Wright on the rule of reason for reverse payment settlements

On April 14, 2015 the FTC Commissioner Joshua Wright gave a speech about a major issue of antitrust law: the adoption of the rule of reason for reverse payment settlements.⁽¹⁾

The Commissioner Wright aimed at opposing the adoption of a truncated antitrust analysis (that includes quick looks, presumptions and *per se* rules), which often presumes strong anti or pro-competitive effects in order to avoid a pure rule of reason which is often presented as being costly.

The Commissioner noted that, in some situations, the application of *per se* rules may be optimal if a practice is generally anti-competitive. He argued that “while it is theoretically possible that naked price-fixing behavior increases consumer welfare in some instances, the *per se* prohibition is optimal because the cost savings from administering the bright-line rule is greater than any loss to consumers from false positives.”

However, the Commissioner reported that when certain types of practices may present pro-competitive justifications, only the rule of reason can help to address them. That is why the rule of reason has now been applied in the case of resale price maintenance (since *Leegin*), even though some scholars have defended the need to apply a modified rule of reason which assumed these resale prices maintenance to be anti-competitive.

Joshua D. Wright then developed a similar reasoning to the issue of reverse payment settlements, demonstrating that the application of a modified rule of reason (as advocated by Aaron Edlin, Scott Hemphill, Herbert Hovenkamp and Carl Shapiro in their article “Activating Activis”⁽²⁾), which aims at minimizing the sum of error costs and the administrative costs of adjudicating antitrust claims by shifting the burden to the defendant once it is established that a reverse payment exceeds avoided litigation costs, hardly address the issue of judicial errors.

In sum, even though Commissioner Wright argued for the adoption of an automatic *per se* legality in many situations (including those of predatory innovation), he did not argue for it in cases of reverse payment settlements. Instead, he praises for a pure rule of reason, stating that “the most appropriate analysis unless and until judicial and economic experience suggest a truncated analysis minimizes the error costs associated with its application.”

We note, from a personal point of view, that it does not seem appropriate to defend neither *per se* illegality nor *per se* legality. Indeed, if such standards may allow short term savings in the administration of justice, in particular by simplifying the decision making process, they do not allow improving economic and legal analyses. In other words, such standards do not, in the long term, allow to achieve a more effective justice, by developing and processing the standards of the rule of reason, and thus to achieve a justice with minimum Type I and II errors while increasing the speed of decision making. In sum, it seems that these rules of *per se* illegality / legality can find short-term justification only. Moreover, the application of the rule of reason does not imply that no development can be created such as to allow the creation of a test designed to avoid Type I errors and to accelerate the decision making process, until the economical and legal sciences are more developed.



(French version) Le commissaire Wright s'exprime sur la règle de raison en matière d'accord de report d'entrée

Le 14 avril 2015, le commissaire Wright s'est exprimé sur un thème majeur du droit de la concurrence : l'adoption de la règle de raison en matière d'accords de report d'entrée⁽¹⁾.

L'objet affiché de cette intervention était de s'opposer fermement à l'adoption d'une règle de raison modifiée (« *truncated antitrust analysis* », ce qui comprend le « *quick look* », les règles *per se* et diverses autres présomptions), qui présume fortement des effets anti ou pro-concurrentiels dans le but d'éviter l'application d'une règle de raison pure et simple qui est souvent présentée comme étant longue et couteuse.

Le commissaire relève que, dans certaines situations, l'application de condamnation *per se* peut être optimale parce que, si une pratique est très généralement anti-concurrentielle, la possibilité de *false positives* (condamnation de pratiques qui n'ont pas d'effets anti-concurrentiels réels) sera largement compensée par les économies réalisées dans l'administration de la justice étant donné que le juge n'aura pas à procéder à une analyse complexe.

Le commissaire relève, à l'inverse, que lorsque certains types de pratiques présentent régulièrement des effets pro-concurrentiels, seule la règle de raison peut permettre de les adresser. C'est pour cette raison que la règle de raison est appliquée dans le cas des prix de revente imposés (depuis l'arrêt *Leegin*) alors que certains auteurs avaient pourtant défendu la nécessité d'appliquer une règle de raison modifiée qui supposait ces prix de reventes imposés comme étant anti-concurrentiels.

Joshua D. Wright développe ensuite un raisonnement similaire pour les questions relatives aux accords de report d'entrée, faisant une démonstration de ce que l'application d'une règle de raison modifiée (telle que prônée par Aaron Edlin, Scott Hemphill, Herbert Hovenkamp et Carl Shapiro dans leur article « *Activating Activis* »⁽²⁾, ayant pour objectif de réduire les coûts d'administration de la justice en renversant la charge de la preuve sur la partie en défense une fois établi que le montant de l'accord dépasse les coûts du litige, peine à adresser efficacement la question des erreurs judiciaires.

Ainsi, le commissaire Wright, qui a de nombreuses fois argumenté pour l'adoption d'une règle de légalité automatique (« *per se legal* »), notamment pour les pratiques d'innovation prédatrice, défend cette fois-ci l'adoption d'une règle de raison pure et simple, sans qu'aucun aménagement ne soit adopté.

Nous relevons, à titre personnel, qu'il ne semble pas opportun de défendre une illégalité ou légalité *per se* (« *per se illegality / legality* »). S'il en vrai qu'elles peuvent permettre à court terme d'opérer des économies en matière d'administration de la justice, en simplifiant notamment la prise de décision par les juges, elles ne permettent pas de faire évoluer la science économique et juridique. De fait, de tels standards ne permettent pas, sur le long terme, d'obtenir une justice plus efficace, de développer les standards d'application de la règle de raison, et, ainsi, d'obtenir une justice qui minimise les erreurs (de type I et II) tout en augmentant la rapidité de prise de décision. En somme, il nous semble que ces règles de légalité / illégalité *per se* peuvent trouver justification à court terme, mais pas à long et moyen terme. De plus, l'application de la règle de raison n'implique pas qu'aucun aménagement ne puisse être créé afin de permettre la mise en place d'un test destiné à éviter les erreurs de Type I (« *false positive* ») et accélérer le processus décisionnel, en attendant que la science économique et juridique se développe.

**(English version) The US Court of Appeals for the Eleventh Circuit confirmed the McWane decision on exclusive agreements**

On April 15, 2015, the judges of the U.S. Court of Appeals for the Eleventh Circuit confirmed the FTC's decision in the McWane case.⁽³⁾ As we already described,⁽⁴⁾ McWane had been held liable for having implemented various anti-competitive practices in order to maintain its monopoly position, including exclusive relationships with distributors and other strategies to discourage new entrants.

The Commissioner Joshua Wright had, at the time, issued a dissenting opinion. In July 2014, 19 law professors had submitted an *amicus curiae* to the US Court of Appeals for the Eleventh Circuit, urging the FTC's decision to be overruled.⁽⁵⁾ This group argued that the imposition of exclusivity allowed McWane to prevent some distributors from only selling the most profitable products without having a full range of them, which would endanger the economic viability of McWane's economic model.

These arguments were rejected by the judges of the 11th Circuit. Applying the rule of reason, they found that the company had violated the Section 5 of the FTC Act, ruling that the pro-competitive effects of the practices were "merely pretextual." This decision draws attention to the fact that if exclusive purchasing agreements are generally found as being pro-competitive, the courts may, depending on the specific provisions of the agreement (such as the duration of the agreements, the degree of exclusivity...) find that they are anti-competitive. In sum, the decision points out that the application of the rule of reason by the FTC and the courts will not be equivalent to a *de facto* situation *per se* legal.

(French version) La Cour d'appel du 11ème circuit confirme la décision McWane en matière d'accords d'exclusivité

Le 15 avril 2015, les juges de la Cour d'appel du 11ème circuit ont confirmé la décision prise par la FTC dans l'affaire McWane⁽³⁾. Nous l'avions déjà décrit à l'occasion de l'Antitrust Letter #9⁽⁴⁾, la société McWane avait été condamnée pour avoir mis en oeuvre diverses pratiques anticoncurrentielles dans le but de maintenir son monopole. La FTC avait notamment souligné le caractère illégal des relations d'exclusivité avec les distributeurs ainsi que plusieurs manœuvres visant à décourager les nouveaux entrants.

Le commissaire Joshua Wright avait à l'époque publié un avis dissident. En juillet 2014, un total de 19 professeurs de droit avaient fait parvenir un *amicus curiae* à la U.S. Court of Appeals for the Eleventh Circuit, demandant à ce que la décision de la FTC soit revue et corrigée⁽⁵⁾. Ce groupe défendait que l'imposition des exclusivités d'achat avait permis d'empêcher que certains distributeurs puissent choisir de ne vendre que les produits les plus rentables sans avoir une gamme complète, ce qui aurait mis en danger la viabilité économique de la production d'une gamme complète par McWane.

Ces arguments n'ont pas été retenus par les juges du 11ème circuit. Ces derniers, en appliquant la règle de raison, ont en effet jugé que la société McWane avait bien violé la Section 5 du FTC Act, disant pour droit que les effets pro-concurrentiels des pratiques visées étaient accessoires. Cette décision attire l'attention sur le fait que, si les accords d'exclusivité d'achat sont généralement reconnus comme étant pro-concurrentiels, les juges peuvent, selon les circonstances de l'espèce (tenant à la durée des accords, au niveau d'exclusivité imposé...), retenir leur caractère anti-concurrentiel. En somme, cette décision rappelle que l'application de la règle de raison par la FTC et les cours de justice ne saurait être équivalente à une situation *de facto per se* legal.

**(English version) Commissioner Wright's intervention on the subject of disruptive innovations**

On April 2, 2015, the FTC commissioner Joshua D. Wright made a presentation⁽⁶⁾ on the topic of what dominant companies can do in order to fight the emergence of disruptive technologies. He started by stressing that it is difficult to determine which market structure is the most likely to generate such innovations (ie. a monopolistic structure as advocated by Schumpeter or a pure and perfect competition structure as defended by Arrow). Joshua Wright instead preferred developing his remarks on the three actions that the dominant companies could take:

1. They may opt for competition on the merits, by offering new products or services.
2. They may implement anti-competitive practices by abusing their dominant positions. Such practices generally aim at introducing various strategies in order to increase the costs of new entrants. Please note that these anti-competitive practices have been the subject of one of our latest articles.⁽⁷⁾
3. Finally, they can exercise t pressure on the regulator so that it protects the companies already in place at the expense of new entrants. Joshua Wright noted that this type of strategies has become a major problem. He illustrated his statements with the recent FCC's decisions on the subject of net neutrality, which, according to him, will have the effect of increasing the input costs on the market.

In the second part of his speech, commissioner Wright underlined that while a free market can lead to an under / over-production of certain type of products or services, the regulator must nonetheless remain skeptical regarding any requests to protect the players already in place, stating that “markets do not always deliver the social optimum; but neither do governments.”

Joshua Wright used the concept of “regulatory capture” to qualify the fact that market regulations are often the result of a request from dominant players. He illustrated his remarks with the market of mobile telephony and taxis, and finally urged the FTC and other regulators to remain particularly skeptical to such demands, especially in markets where disruptive technologies are likely to appear.



(French version) Le commissaire Wright fait une intervention sur le sujet des innovations de rupture

Le 2 avril 2015, le commissaire Joshua D. Wright a fait une intervention de première importance⁽⁶⁾ sur la réponse que peuvent apporter les entreprises dominantes à l'apparition de technologies de rupture. Relevant qu'il est difficile de juger quelle structure de marché est la plus à même de générer de telles innovations (à savoir une structure monopolistique telle que préconisée par Schumpeter ou une structure de concurrence pure et parfaite telle que défendue par Arrow), Joshua Wright a préféré développer son propos sur quelles peuvent être les trois réponses apportées par les entreprises déjà présentes sur le marché. Ainsi :

- 1.** ces dernières peuvent opter pour une concurrence par les mérites, en essayant d'affaiblir l'entreprise qui introduit une technologie de rupture en proposant de nouveaux produits ou services.
- 2.** ces dernières peuvent mettre en oeuvre des pratiques anticoncurrentielles en abusant de leurs positions dominantes. Ce type de pratiques tient notamment à la mise en oeuvre de diverses stratégies afin d'augmenter les coûts des nouveaux entrants. Notons que ces pratiques anti-concurrentielles ont fait l'objet d'un de nos articles à la Revue Lamy de la Concurrence, « *L'innovation de rupture : de nouveaux défis pour le droit de la concurrence* »⁽⁷⁾.
- 3.** enfin, ces dernières peuvent exercer une pression sur le régulateur afin qu'il protège les acteurs déjà en place au détriment des nouveaux entrants. Joshua Wright relève que ce type de pratique est devenu un problème majeur. Il illustre notamment ses propos par les récentes décisions de la FCC sur le sujet de la neutralité de l'Internet, qui, selon lui, vont avoir pour effet d'augmenter les coûts d'entrée sur le marché.

Dans la deuxième partie de son intervention, le commissaire Wright relève que, si un marché totalement libre peut conduire à une sous / sur-production de certains produits ou services, il convient malgré tout de rester sceptique quant aux demandes d'intervention du régulateur dans le but de protéger les acteurs déjà en place. Il relève ainsi que « si les marchés ne permettent pas toujours d'atteindre l'optimum social, les gouvernements n'y parviennent pas plus ».

Joshua Wright introduit alors le concept de « capture du processus de régulation » (dit « *regulatory capture* »), notant que la régulation du marché est bien souvent le résultat d'une demande des acteurs dominants. Prenant pour exemple le marché de la téléphonie mobile et celui des taxis, Joshua Wright tend à prouver que la FTC et les autres régulateurs doivent rester particulièrement sceptiques face à de telles demandes, et ce, plus particulièrement sur les marchés où les technologies de rupture sont susceptibles d'apparaître.

**(English version) The FTC's obtain a Disgorgement Agreement for \$26.8 million**

On April 20, 2015, the Federal Trade Commission announced that the company Cardinal Health (hereinafter "Cardinal") has agreed to pay \$ 26.8 million in order to eliminate the charges made on the basis of Section 2 of the Sherman Act.⁽⁸⁾ The FTC indeed alleged that the company had violated the Sherman Act by preventing the entry (through threats and de facto exclusivity agreements with producers) of many players in the market of low-energy radiopharmaceuticals in 25 metropolitan areas across the United States.

The FTC has obtained from Cardinal the reimbursement of all the profits illegally collected. Cardinal also committed not to enter into exclusive agreements with the producers, and to no longer seek to achieve a de facto exclusivity.

This has been the first case solved by the FTC on the basis of Section 13 (b) of the FTC Act for more than 10 years and the second highest amount obtained on that ground. This Section provides for the possibility, "whenever the Commission has 'reason to believe' that any party 'is violating, or is about to violate' a provision of law enforced by the Commission, the Commission may ask the district court to enjoin the allegedly unlawful conduct, pending completion of an FTC administrative proceeding to determine whether the conduct is unlawful. Further, under the second proviso of Section 13(b), 'in proper cases,' the Commission may seek, and the court may grant, a permanent injunction."

The commissioners Ohlhausen⁽⁹⁾ and Wright⁽¹⁰⁾ published dissenting opinions, stressing in particular that the FTC should refrain from using this procedure since the Commission has, in 2012, revoked its guidelines on the subject.⁽¹¹⁾ They also noted that exclusive agreements have pro-competitive effects as well, which requires the FTC not to use this special procedure that allows the Commission, *de facto*, to impose fines.

(French version) La FTC obtient un accord dit de « *disgorgement* » à hauteur de 26,8 millions de dollars

Le 20 avril 2015, la Federal Trade Commission a annoncé que la société Cardinal Health (ci-après « *Cardinal* ») a accepté de payer la somme de 26,8 millions de dollars afin d'éliminer les charges retenues contre elle sur le fondement de la Section 2 du Sherman Act (qui vise à interdire les « *monopolization* », peu ou prou l'équivalent des abus de position dominante).⁽⁸⁾ La FTC alléguait en effet que la société avait violé le texte susvisé en empêchant l'entrée (à travers des menaces et accords d'exclusivité de facto avec les producteurs) de nombreux acteurs sur le marché des produits radio-pharmaceutiques à faible énergie vendus à divers hôpitaux et cliniques à travers 25 zones métropolitaines des Etats-Unis.

La FTC a ainsi obtenu que la société Cardinal rembourse l'intégralité des profits illégalement perçus. Cardinal s'est également obligé à ne plus conclure d'accords d'exclusivité avec les producteurs des produits visés, ainsi qu'à ne plus s'entendre afin d'obtenir une exclusivité de facto.

Il s'agit de la première affaire résolue de la sorte par la FTC depuis plus de 10 ans, ainsi que le deuxième montant le plus important obtenu sur le fondement de la Section 13(b) du FTC Act qui prévoit la possibilité pour la FTC de demander à ce qu'une société rembourse les profits obtenus suite à des pratiques anti-concurrentielles (procédure dite de « *disgorgement* »).

Les commissaires Ohlhausen⁽⁹⁾ et Wright⁽¹⁰⁾ ont publié un avis dissident, soulignant notamment que la FTC aurait dû s'abstenir d'utiliser la procédure prévue par Section 13(b) du FTC Act étant donné que la FTC a, dès 2012, révoqué ses lignes directrices sur le sujet⁽¹¹⁾. Ils ont également relevé que les accords d'exclusivité avaient de nombreux effets pro-concurrentiels, ce qui imposait que la FTC n'utilise pas cette procédure exceptionnelle qui lui permet, *de facto*, d'imposer des sanctions pécuniaires.



Footnotes / Notes de bas de page

- (1) Joshua D. Wright, Intellectual Property Rights, Truncation, and Actavis: Who's Afraid of the Rule of Reason?, April 14, 2015: [link](#)
- (2) Aaron Edlin, Scott Hemphill, Herbert Hovenkamp, Carl Shapiro, Activating Activis, Antitrust Magazine, Fall 2013, at 16: [link](#)
- (3) United States Court of Appeals for the Eleventh Circuit, *McWane v. FTC*, April 15, 2015, No. 14-11363: [link](#)
- (4) Antitrust Letter #9, February 2014: [link](#)
- (5) Antitrust Letter #14, July 2014: [link](#)
- (6) Joshua D. Wright, Regulation in High-Tech Markets: Public Choice, Regulatory Capture, and the FTC, April 2, 2015: [link](#)
- (7) T. SchrepeL, L'innovation de rupture : de nouveaux défis pour le droit de la concurrence, *Revue Lamy de laConcurrence*, n°1/2015, janvier 2015: [link](#)
- (8) Statement of the Federal Trade Commission, In the Matter of Cardinal Health, Inc., File n°101-0006, April 17, 2015 2015: [link](#)
- (9) Dissenting Statement of Commissioner Maureen K. Ohlhausen, Cardinal Health Inc., File n°101-0006, April 17, 2015: [link](#)
- (10) Dissenting Statement of Commissioner Joshua D. Wright, Cardinal Health Inc., File n°101-0006, April 17, 2015: [link](#)
- (11) Statement of the Commission, Withdrawal of the Commission's Policy Statement on Monetary Equitable Remedies in Competition Cases July 31, 2012: [link](#)

Avec le partenariat de :



by Thibault SchrepeL

PhD candidate at Mayer Brown LLP. Creator of *Le Concurrentialiste*, he holds a Master of Laws (LL.M.) in International Law and Legal Studies of the Brooklyn Law School and a Master degree in antitrust law. He writes for many journals (*Global Antitrust Review* of Queen Mary University of London, *American Bar Association*, *LexisNexis*, *Lamy*) as well as some think tanks as The Centre for European Policy Studies, *GenerationLibre*, *Contrepoints.org*, etc... (email address).

Doctorant au sein du cabinet Mayer Brown LLP. Créateur du *Concurrentialiste*, il est titulaire d'un Master of Laws (LL.M.) en International Law and Legal Studies de la Brooklyn Law School et ainsi que d'un Master 2 en droit de la concurrence. Il écrit régulièrement pour de nombreuses revues spécialisées (*Global Antitrust Review* de la Queen Mary University of London, *American Bar Association*, *LexisNexis*, *Lamy*), ainsi que pour les Think Tanks The Centre for European Policy Studies, *GénérationLibre*, *Contrepoints.org* etc... (Adresse email)