



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

Maureen K. Ohlhausen calls for the regulator’s humility
Maureen K. Ohlhausen appelle à plus d’humilité en matière de régulation

—
The FTC modifies its Rules of Practice
La FTC modifie ses « *Rules of Practice* »

—
On the uncertainty of FTC’s integrity in its Google deal
Mise en doute de l’intégrité de la FTC dans son affaire Google

—
Debbie Feinstein supports the use made of the Section 5 of the FTC Act
Debbie Feinstein défend l’utilisation faite de la Section 5 du FTC Act

Follow us on Twitter (@leconcurrential)
Suivez-nous sur Twitter (@leconcurrential)

**(English version) Maureen K. Ohlhausen calls for the regulator's humility**

On April 1, 2015, the FTC commissioner Maureen K. Ohlhausen made an intervention at the American Enterprise Institute⁽¹⁾ on the need for the regulator to be humble.

Commissioner Ohlhausen introduced her speech by quoting the myth of Procrustes. In the latter, Procrustes, the son of the God of the sea Poseidon, offered a bed for the night to travelers on the condition that he can tear apart those who were too small to give them the exact size of the bed, and that he can cut members of those who were too tall. This myth illustrates the human desire to bring complex situations into small boxes, and *vice versa*. In other words, the myth of Procrustes warned against simplifying complex phenomena, a pitfall to which the regulator is often confronted.

The intervention of the Commissioner Ohlhausen then revolved around three points: 1/ the absolute need for the regulator to be humble, 2/ the need to give priority to practices that are actually harmful to the consumer, 3/ and the need to use the right tools.

On the first point, Commissioner Ohlhausen quoted the article published in 1945 by Friedrich Hayek, "*The Use of Knowledge in Society*."⁽²⁾ Hayek explains that any regulator faces the problem of understanding the area in which he legislates. Not only is it (nearly) impossible to gather all the knowledge needed to make fair and effective laws, but in addition, there are markets where it is necessary that it has previously been an active member in order to understand all the issues. Moreover, even when some information are finally collected, they quickly become obsolete, forcing the regulator to restart his work as soon as it was finished. Maureen K. Ohlhausen agreed with these views, which, to our knowledge, has almost never been done by an European regulator.

On the second point, Maureen K. Ohlhausen noted that the need for humility imply to only target areas in which the regulator is quite certain that consumers are genuinely injured by anti-competitive practices. This involves considering an essay published in 1850 by Frederic Bastiat, "*That Which is Seen, and That Which is Not Seen*,"⁽³⁾ in which he distinguishes between the bad and the good economists. The first judge economic policy on the sole visible effects, while the good economists also take into account the invisible effects of a regulation. Therefore, bad economists will advocate to regulate a market in order to reap immediate benefits, while good economists will evaluate the harmful effects created per se by any regulation. As such, and this was the third point of commissioner Maureen K. Ohlhausen's intervention, the challenge that presents itself to the FTC is to protect consumer without hindering the emergence of disruptive innovation. In order to do so, she praises for an incremental approach that seeks to regulate on a case-by-case basis rather than regulating the market as a whole.

Then, answering several questions centered around the issue of net neutrality, Maureen K. Ohlhausen also expressed her skepticism about the theory of Kenneth Arrow who argued that innovation is stimulated by markets in situation of pure and perfect competition. Without quoting it, Maureen K. Ohlhausen then supported Joseph Schumpeter's theory that places the economies of scale realized in oligopolistic markets at the center of the innovative process.

Finally, we gladly observe the number of common sources between this intervention and our article on the subject of Friedrich Hayek's contribution to antitrust law.⁽⁴⁾



(French version) Maureen K. Ohlhausen appelle à plus d'humilité en matière de régulation

Le 1er avril 2015, la commissaire Maureen K. Ohlhausen a fait une intervention en tout point remarquable au American Enterprise Institute⁽¹⁾ sur la nécessité pour le régulateur de toujours rester humble.

La commissaire Ohlhausen a introduit son allocution en citant le mythe de Procrustes. Dans ce dernier, Procrustes, le fils du dieu de la mer Poseidon, offrait un lit pour la nuit aux voyageurs à condition qu'il puisse écarteler ceux qui étaient trop petits afin de leur donner la taille exacte du lit, et qu'il puisse, dans la même optique, couper des membres à ceux qui étaient trop grands. Ce mythe illustre le désir humain de faire entrer des situations complexes dans de petites boîtes, et inversement. Autrement dit, le mythe de Procrustes met en garde contre la simplification des phénomènes complexes, un écueil auquel le régulateur est souvent confronté.

L'intervention de la commissaire Ohlhausen fut ensuite centrée sur trois points : 1/ la nécessité pour tout régulateur de faire preuve d'humilité, 2/ celle de donner priorité aux pratiques qui sont réellement néfastes pour le consommateur, 3/ et celle d'utiliser les outils adaptés.

Sur le premier point, la commissaire Ohlhausen a notamment cité l'article publié en 1945 par Friedrich Hayek, « *The Use of Knowledge in Society* »⁽²⁾. Hayek y explique que tout régulateur est confronté au problème de la connaissance du domaine sur lequel il légifère. Il lui est non seulement impossible (ou très difficile) de rassembler toutes les connaissances nécessaires afin de prendre des lois justes et efficaces, mais en plus, certains marchés exigent d'y avoir été préalablement un membre actif afin d'en comprendre tous les enjeux. De plus, même lorsque de nombreuses informations parviennent à être collectées, Hayek relève qu'elles deviennent très rapidement obsolètes, ce qui oblige à recommencer le travail aussitôt fini. Maureen K. Ohlhausen reprend ses propos à son compte, ce qui, à notre connaissance, n'a presque jamais été fait de la part d'un régulateur européen.

Sur le second point, Maureen K. Ohlhausen relève que faire preuve d'humilité implique de ne viser que les secteurs dans lesquels le régulateur est certain que le consommateur soit véritablement lésé par des pratiques anti-concurrentielles. Cela implique de considérer un essai publié en 1850 par Frédéric Bastiat, « Ce Qu'on Voit Et Ce Qu'on Ne Voit Pas »⁽³⁾, qui établit une distinction entre les mauvais et les bons économistes. Les premiers se contentent de juger une politique économique sur les simples effets visibles, alors que les seconds prennent également en compte les effets invisibles d'une régulation. Ainsi, les mauvais économistes préconiseront toujours de réguler un marché afin d'en tirer des avantages immédiats, alors que les bons économistes évalueront au préalable les effets néfastes créés de fait par une régulation. À ce titre, la commissaire Maureen K. Ohlhausen relève sur le troisième point de son intervention l'enjeu qui se présente aujourd'hui à la FTC : protéger le consommateur sans entraver l'apparition de technologies de ruptures. Elle fait ainsi l'apologie d'une approche incrémentale qui tend à ne réguler qu'une seule affaire à la fois plutôt qu'un marché dans son ensemble.

Dans un exercice de questions-réponses centré autour de la problématique de la neutralité de l'Internet, Maureen K. Ohlhausen fait également part de son scepticisme à l'égard de la théorie de Kenneth Arrow qui défendait le fait que l'innovation n'est jamais aussi florissante qu'en présence d'un marché proche d'une situation de concurrence pure et parfaite. Maureen K. Ohlhausen fait ainsi sienne la théorie de Schumpeter (sans le citer) qui relevait que l'innovation est avant tout stimulée par les économies d'échelles réalisées sur les marchés oligopolistiques.

C'est avec joie que nous observons enfin les nombreuses sources communes entre cette intervention et notre article sur l'apport de Friedrich Hayek au droit de la concurrence⁽⁴⁾.



(English version) The FTC modifies its Rules of Practice

On March 13, 2015, the FTC has modified some of its Rules of Practice related to merger control.⁽⁵⁾ The most important changes are those made in the third part of the text.⁽⁶⁾

The FTC has the power to challenge a merger by the way of an administrative proceeding on the basis of Section 7 of the Clayton Act. However, it has no power to prohibit a merger when the period prescribed by the HSR Act has expired. It is then possible that a merger, consumed after the deadlines of the HSR Act, can be banned at the end of the administrative proceedings initiated by the FTC. To avoid such a situation, the FTC regularly asked federal judges to order the parties not to carry out the merger. When judges refuse to issue such an injunction, the FTC has the right to continue its administrative procedure but then arises a problem of opportunity.

In a text published in 1995, in such a situation, the FTC committed to automatically suspend its administrative proceeding when the parties requested it. However, in 2009, the FTC had eliminated this commitment. The new changes dated from March 13 tend to reaffirm the principles laid in 1995.

Thus, the new rules do not remove the FTC's authority to continue its administrative proceeding if it decides to lift the stay. However, they reaffirm that the FTC will automatically suspend its proceedings if the parties ask so, and that the FTC will keep the proceeding going only when it considers that the protection of the public interest requires so. The question is now whether this will be translated in practice by more frequent withdrawing of these administrative proceedings or if the granting of an automatic stay will ultimately have no effect on the maintenance of these proceedings.

(French version) La FTC modifie ses « Rules of Practice »

Le 13 mars 2015, la FTC a modifié certaines de ses règles internes (« *Rules of Practice* ») en matière de contrôle des concentrations⁽⁵⁾. Les modifications les plus probantes sont celles portées sur la troisième partie de ce texte⁽⁶⁾.

La FTC a le pouvoir de contester la réalisation d'une opération de concentration à l'occasion d'une procédure administrative sur le fondement de la Section 7 du Clayton Act. Toutefois, elle n'a pas pouvoir d'interdire une opération de concentration dès lors que les délais prévus par le HSR Act sont expirés. Il se peut ainsi qu'une opération de concentration, réalisée après expiration des délais du HSR, soit finalement interdite à l'issue de la procédure administrative ouverte par la FTC. Afin d'éviter une telle situation, la FTC demande régulièrement aux juges fédéraux d'enjoindre les parties à ne pas réaliser l'opération de concentration. Lorsque les juges refusent de délivrer une telle injonction, la FTC est en droit de poursuivre sa procédure administrative, mais se pose alors un problème d'opportunité.

Dans un texte publié en 1995, la FTC s'engageait, dans une telle situation, à suspendre automatiquement son action administrative dès lors que les parties en faisaient la demande. Seulement, en 2009, la FTC avait éliminé cet engagement. Les modifications datées du 13 mars dernier tendent à réaffirmer le principe prévu en 1995.

Ainsi, ces nouvelles règles ne suppriment pas le pouvoir de la FTC de poursuivre son action administrative dans le cas où elle déciderait de lever le sursis accordé. Elles réaffirment toutefois le fait que la FTC mettra sa procédure en suspend de façon automatique dès lors que la demande sera faite, ainsi qu'elle ne décidera de maintenir l'action que lorsqu'elle jugera que la protection de l'intérêt public l'impose. Reste à savoir si cela se traduira dans les faits par un abandon plus fréquent des procédures administratives ou si le seul octroi d'un sursis n'aura finalement aucune conséquence sur le maintien de ces dernières.



(English version) On the uncertainty of FTC's integrity in its Google deal

On March 25, 2015, Edith Ramirez, Julie Brill and Maureen K. Ohlhausen issued a joint press release⁽⁷⁾ defending the decision they took in January 2013⁽⁸⁾ not to send any statement of objections to Google for a possible monopolization in the market of Internet search. This press release came as a response to a controversy which followed the sending by mistake of an internal memo in which the Bureau of Competition advocated to sue Google. The Wall Street Journal⁽⁹⁾ then published an article claiming that the FTC had decided to close its investigation after various meetings with Google and, above all, for reasons that were beyond antitrust law.

In their press release, the three commissioners of the FTC (the only three Commissioners currently in office who were also there at the time of the settlement) defend their integrity and reject the fact that they would have settled the case on other ground than antitrust ones. Yet, on March 30, 2015, some members of Congress have expressed their willingness to introduce an investigation into the nature of the relationships between Google and the members of the FTC.⁽¹⁰⁾

This case now is echoing the statement of objections recently sent to Google by the European Commission⁽¹⁰⁾ since this European procedure also concerns the online search market (particularly the one of price comparison). The European proceedings also question several aspects of Android, the open source mobile operating system created by Google. On a preliminary analysis, it is surprising to read that the Commission is moved by the fact that Google had fought against the commercialization of modified versions of Android. Indeed, the principle of open source is to agree to continue distributing the software for free, according to the license, in order to avoid that third parties could take an open source software, modify it and benefit from it without re-enabling it to be modified other companies. The reasoning so far exposed by the Commission is therefore difficult to understand.

(French version) Mise en doute de l'intégrité de la FTC dans son affaire Google

Le 25 mars 2015, Edith Ramirez, Julie Brill et Maureen K. Ohlhausen ont publié un communiqué commun⁽⁷⁾ défendant la décision prise par la FTC en janvier 2013⁽⁸⁾ de ne pas envoyer de notification des griefs à la société Google pour d'éventuels abus de position dominante sur le marché de la recherche Internet. Ce communiqué est une réponse à une polémique née suite à la diffusion par erreur d'un mémo interne qui préconisait la retenue de charges à l'encontre de Google. Un article du Wall Street Journal⁽⁹⁾ a repris ce mémo qu'il a étayé de divers éléments. Ce dernier prétendait que la FTC avait notamment décidé de fermer son enquête à la suite de diverses réunions plus ou moins obscures et, surtout, pour des raisons qui échappaient au droit de la concurrence.

Dans son communiqué, les trois commissaires de la FTC (les trois seuls commissaires actuellement en fonction et qui l'étaient également à l'époque des faits) défendent leur intégrité et récusent le fait qu'ils aient décidé de ne pas poursuivre Google pour des raisons étrangères au droit de la concurrence. Pourtant, le 30 mars 2015, certains membres du Congrès américain ont fait part de leur volonté d'introduire une enquête sur la nature des relations entretenues à l'époque entre Google et les membres de la FTC⁽¹⁰⁾.

Cette affaire fait désormais échos à la notification de griefs récemment envoyée à la société Google par la Commission européenne⁽¹¹⁾. En effet, cette procédure européenne concerne également le marché de la recherche en ligne (notamment celui des comparateurs de prix). Elle s'attaque en plus à Android, le système d'exploitation mobile *open source* créé par la société Google. Notons, à titre préliminaire et toute précaution gardée, qu'il est étonnant d'y lire que la Commission s'émeuve du fait que Google ait lutté contre la commercialisation de versions modifiées d'Android. En effet, le principe même de l'*open source* est d'accepter de continuer à distribuer gratuitement le logiciel, conformément à la licence, ce afin d'éviter que certains tiers se saisissent d'un logiciel en *open source*, le modifient, et puissent en tirer profit par la suite sans permettre à nouveau qu'il soit modifié par d'autres tiers. Le raisonnement pour l'heure tenu par la Commission sur ce point est donc difficile à comprendre.



(English version) Debbie Feinstein supports the use made of the Section 5 of the FTC Act

On March 13, 2015, Debbie Feinstein, Director of the Bureau of Competition of the Federal Trade Commission has published a short article⁽¹²⁾ on the subject of the Section 5 of the FTC Act. She especially defends the use of this text for “stand-alone” actions, or, in other words, those that can not be addressed by sections 1 and 2 of the Sherman Act.

Debbie Feinstein notes in particular that the Section 5 of the FTC Act is useful to fight invitation-to-collude where the Section 1 of the Sherman Act is inoperative because of the lack of formal agreement. She also explains that the Congress created the FTC and gave it the FTC Act so that a specialized agency could deal with complex situations, which is the purpose of this Section 5.

Debbie Feinstein stressed that literally all the cases opened on the basis of Section 5 of the FTC Act resulted in settlement agreements, the proof that the FTC is doing a “responsible” use of the Section 5. She then contested some commentators’ views who argue that the use of Section 5 of the FTC Act is curbing pro-competitive behaviors. Finally, she asked that experts in antitrust law take note of the use made by the FTC of this text. This seems likely to indicate that she rejects the creation of guidelines for the latter, because the policy pursued by the FTC in this matter is, according to her writing, straightforward enough. In our view, if the FTC has so far been wise while using the blur wording of the Section 5 of the FTC Act, there is no guarantee that it will always be the same, a sufficient reason to quickly adopt guidelines⁽¹³⁾.

(French version) Debbie Feinstein défend l'utilisation faite de la Section 5 du FTC Act

Le 13 mars 2015, Debbie Feinstein, Directeur du *Bureau of Competition* de la Federal Trade Commission, a publié un bref article⁽¹²⁾ très remarqué sur le sujet de la Section 5 du FTC Act. Elle y défend notamment l'utilisation de ce texte pour les affaires « *stand-alone* », ou, autrement dit, celles qui ne peuvent être adressées par les sections 1 et 2 du Sherman Act.

Elle y relève notamment que la Section 5 du FTC Act est utile en matière d'invitation à s'entendre (« *invitation-to-collude* ») où la Section 1 du Sherman Act est inopérante en raison de l'absence d'accord formel. Elle y explique également que le Congrès a créé la FTC et lui a donné le FTC Act dans le but qu'une agence spécialisée puisse se saisir de situations complexes, la raison d'être de cette Section 5.

Debbie Feinstein relève ensuite que l'intégralité des affaires ouvertes sur le fondement de la Section 5 du FTC Act ont donné lieu à des accords amiables, preuve que la FTC en fait un usage « responsable ». Elle s'étonne ainsi que certains commentateurs puissent avancer que l'utilisation de la Section 5 du FTC Act puisse freiner des comportements pro-concurrentiels. Elle demande enfin à ce que les experts en droit de la concurrence prennent acte de l'utilisation que fait la FTC de ce texte. Cela semble en toute vraisemblance indiquer qu'elle refuse la création de lignes directrices pour ce dernier, la politique menée par la FTC en la matière étant, selon elle, assez limpide. Pourtant, en admettant que la FTC ait pour l'heure fait une utilisation raisonnée de ce texte flou, rien ne garantit qu'il en soit toujours de même, une raison qui est selon nous suffisante pour que des lignes directrices soient rapidement adoptées⁽¹³⁾.



Footnotes / Notes de bas de page

- (1) M. OHLHAUSEN, Regulatory Humility in Practice, transcript of a speech given at the American Enterprise Institute, April 1, 2015: [link](#)
- (2) F. HAYEK, The Use of Knowledge in Society, 1945: [link](#)
- (3) F. BASTIAT, Ce Qu'on Voit Et Ce Qu'on Ne Voit Pas, 1850: [link](#)
- (4) T. SCHREPEL, Friedrich Hayek's Contribution to Antitrust Law and Its Modern Application, ICC Global Antitrust Review, pp. 199-216, 2014: [link](#)
- (5) FTC, Commission Approves Revisions to Its Rules of Practice, March 13, 2015: [link](#)
- (6) FTC, Revisions to Rules of Practice, 16 CFR Parts 2, 3, and 4: [link](#)
- (7) Statement of Chairwoman Edith Ramirez, and Commissioners Julie Brill and Maureen K. Ohlhausen regarding the Google Investigation, March 25, 2015: [link](#)
- (8) Google Agrees to Change Its Business Practices to Resolve FTC Competition Concerns In the Markets for Devices Like Smart Phones, Games and Tablets, and in Online Search, January 3, 2013: [link](#)
- (9) B. MULLINS, R. WINKLER, B. KENDALL, Inside the U.S. Antitrust Probe of Google, WSJ, March 2015: [link](#)
- (10) B. MULLINS, R. WINKLER, Key Senator to Take Closer Look at FTC-Google Meetings, WSJ, March 30, 2015: [link](#)
- (11) European Commission, Press releases in the Google case, April 15, 2015: [link](#)
- (12) D. FEINSTEIN, A few words about Section 5, FTC Blog, March 13, 2015: [link](#)
- (13) T. SCHREPEL, Section 5 of the FTC Act through European Guidelines, [2014] 35 E.C.L.R., Issue 3: [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)