



**HAL**  
open science

# Les stratégies de ciseau tarifaire : analyse économique et mise en perspective des pratiques décisionnelles européenne et américaine

Frédéric Marty

► **To cite this version:**

Frédéric Marty. Les stratégies de ciseau tarifaire : analyse économique et mise en perspective des pratiques décisionnelles européenne et américaine. *Revue Lamy de la Concurrence*, 2011, avril-juin 2011 (27), pp.107-117. hal-00614939

**HAL Id: hal-00614939**

**<https://hal.science/hal-00614939>**

Submitted on 10 Aug 2012

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

# Les stratégies de ciseau tarifaire : analyse économique et mise en perspective des pratiques décisionnelles européenne et américaine<sup>1</sup>

*Frédéric MARTY*

*Chargé de recherche CNRS*

*UMR 6227 Gredeg – Université de Nice Sophia-Antipolis*

Les stratégies de compression des marges recouvrent des pratiques abusives mises en œuvre par des opérateurs dominants verticalement intégrés, visant à évincer leurs concurrents du marché ou du moins à les discipliner en érodant artificiellement leurs marges bénéficiaires. Les autorités européennes de la concurrence ont eu à traiter de nombreuses affaires de ce type, notamment dans les secteurs nouvellement ouverts à la concurrence. Les récents arrêts Deutsche Telekom (octobre 2010) et TeliaSonera (février 2011) témoignent d'une approche différente de celle de la Cour Suprême américaine. En filigrane sont posées les questions des interactions entre politiques de concurrence et régulation sectorielle ainsi que celles de la responsabilité particulière de l'opérateur dominant vis-à-vis du jeu de la concurrence.

Les stratégies de compression de marge, parfois appelées stratégies de ciseau tarifaire ou stratégies d'étranglement des marges, figurent dans les orientations de la Commission sur l'application de l'article 102 TFUE aux pratiques d'éviction mises en œuvre par les opérateurs dominants, dans la même catégorie que les refus de vente (Communication Comm. CE, 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, JOUE 24 févr. 2009, n° C 45). Une compression des marges peut être mise en œuvre au détriment d'une entreprise en concurrence, sur un segment de marché aval, avec une entreprise intégrée verticalement. Si la seconde détient une position de monopole sur un intrant qui est essentiel à la première pour exercer son activité sur le marché aval, elle peut lui opposer un refus implicite, passant par exemple par des conditions techniques discriminatoires ou encore tenter de l'exclure du marché (ibid., pt. 80), notamment en augmentant ses coûts (Salop S. et Scheffman D., Raising rivals' costs, *American Economic Review*, vol. 73, 1983, pp. 267-271).

---

<sup>1</sup> Manuscrit auteur, publié dans la *Revue Lamy de la Concurrence*, n° 27, avril-juin 2011, pp. 107-117.

Pour la Commission européenne, de telles stratégies aboutissent à annihiler les marges bénéficiaires des concurrents ou du moins à les maintenir à des niveaux trop faibles pour leur permettre d'entrer en concurrence avec eux sur les marchés aval ou de s'y maintenir. Ainsi, « *une marge insuffisante entre les prix des prestations intermédiaires et les prix de détail d'un opérateur verticalement intégré, occupant une position dominante, constitue plus particulièrement un comportement anticoncurrentiel, dès lors que d'autres opérateurs s'en trouvent écartés de la concurrence sur le marché en aval, même s'ils sont au moins aussi efficaces que l'opérateur historique* » (Déc. Comm. CE, 21 mai 2003, aff. n° 2003/707/CE, Deutsche Telekom, pt. 106).

Les autorités européennes considèrent qu'une stratégie de compression des marges est mise en œuvre dès lors que l'entreprise dominante ne pourrait pas elle-même opérer rentablement aux niveaux de prix aval si elle avait à supporter le prix amont qu'elle impose à ses concurrents. En d'autres termes, un abus d'éviction est caractérisé dès lors qu'un concurrent aussi efficace qu'elle ne peut exercer son activité de façon pérenne et rentable sur le segment aval (pour une application récente en droit interne se reporter à la décision n° 10-D-31 de l'Autorité de la concurrence, relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des services de capacité). Ainsi, comme l'a affirmé la Cour de justice dans ses arrêts *Deutsche Telekom* du 14 octobre 2010 (CJUE, 14 oct. 2010, aff. C-280/08P, Deutsche Telekom AG c/ Commission) et *TeliaSonera* du 17 février 2011 (CJUE, 17 févr., aff. C-52/09, Konkurrensverket c/ TeliaSonera Sverige AB), une compression des marges conduisant des concurrents, aussi efficaces que l'entreprise dominante, à « *opérer sur le marché de détail à perte ou à des taux de rentabilité artificiellement réduits* » (*TeliaSonera*, pt. 33) constitue en soi un abus de position dominante.

Le premier arrêt, rendu le 14 octobre 2010, confirmait l'amende de 12,6 millions d'euros initialement infligée par la Commission à Deutsche Telekom. Celle-ci sanctionnait une pratique de ciseau tarifaire mise en œuvre depuis 1998 en matière d'accès à la boucle locale.

Déjà confirmée par un arrêt du Tribunal de première instance (TPICE, 10 avr. 2008, aff. T-271/03, Deutsche Telekom c/ Commission), la pratique de compression des marges en question est d'autant plus intéressante qu'elle a eu lieu dans un secteur faisant l'objet d'une régulation sectorielle. Dans la mesure où Deutsche Telekom n'a pas utilisé les marges de manœuvre tarifaires qui lui auraient permis d'éviter ce phénomène, les autorités en charge de l'application du droit de la concurrence considèrent que sa responsabilité est engagée. En outre, l'arrêt consacre la compression des marges comme un abus de position dominante en soi. Ce faisant, démontrer les caractères abusifs des prix en amont ou aval n'est pas nécessaire pour obtenir la sanction des pratiques en cause sur la base de l'article 102 du Traité.

Par le second arrêt du 17 février 2011, la Cour de justice réaffirme sa position en matière de traitement des stratégies de compression des marges, tout en apportant, comme nous le verrons, quelques précisions, notamment en matière de critères utilisés pour qualifier une telle pratique d'abus de position dominante. Il s'agit, en l'espèce, d'une demande de décision préjudicielle sur l'interprétation de l'article 102 émanant du Stockholms Tingsrätt. TeliaSonera, l'opérateur historique des télécommunications suédoises, qui fait l'objet d'une procédure contentieuse pour avoir appliqué, entre avril 2000 et janvier 2003, une politique tarifaire en matière de prestations intermédiaires pour l'accès de ses concurrents sur le marché aval à sa boucle locale qui ne leur permettait pas de dégager une marge bénéficiaire quand bien même auraient-ils été aussi efficaces que lui.

Ces deux arrêts contrastent avec la position prise en février 2009 par la Cour suprême américaine dans le cadre d'une affaire comparable de compression de marge dans le domaine des télécommunications. De telles divergences illustrent les difficultés à se doter de tests unifiés permettant de caractériser de telles pratiques comme anticoncurrentielles. Elles témoignent également de conceptions distinctes de part et d'autre de l'Atlantique en matière de politique de concurrence, en général, et de contrôle des stratégies des opérateurs dominants, en particulier.

En effet, la position de la Cour de justice s'inscrit en opposition radicale avec l'arrêt *Linkline* (Donnedieu de Vabres-Tranié L., États-Unis : Rejet de la théorie des effets de ciseau tarifaire par la Cour suprême, RLC 2009) de la Cour suprême américaine. Celle-ci a eu, en effet, à se prononcer, le 25 février 2009 sur un contentieux opposant Linkline, un fournisseur d'accès à Internet californien, à Pacific Bell, une filiale d'AT&T, propriétaire de la boucle locale de télécommunications. Pour Linkline, AT&T se rendait coupable d'un ciseau tarifaire en comprimant indûment sa marge au travers du jeu entre les tarifs d'accès à la boucle locale et les prix de détail qu'elle pratiquait elle-même pour ces propres clients. Pour Linkline, cette pratique induisait une entrave au développement de la concurrence et participait d'une stratégie de maintien de sa position de monopole sur l'accès à l'Internet haut débit.

La Cour suprême américaine rejeta l'application de la théorie du ciseau tarifaire. suivant l'arrêt *Trinko* de 2004 (Verizon Communications Inc vs Law Offices of Curtis Trinko, 540 US 398, 2004), elle a considéré que les règles de concurrence n'avaient pas à s'appliquer dans un domaine faisant l'objet d'une régulation sectorielle. Ensuite, un ciseau ne saurait constituer, selon elle, une pratique anticoncurrentielle en soi. Il ne peut exister, selon la Cour, qu'au travers de prix abusivement élevés sur le marché amont ou prédateurs sur le marché aval. Dans le cas d'espèce, la régulation des tarifs amont écartait la première possibilité. Les conditions posées par l'arrêt *Brooke* (Brooke Group Ltd vs Brown & Williamson Tobacco Corp, 509 US 209, 1993) en matière de prédation (à savoir une tarification en deçà des coûts et une *chance sérieuse* de récupérer ses profits en seconde phase) n'étaient, symétriquement, pas réunies.

En d'autres termes, l'arrêt *Linkline* conduit la Cour suprême à rejeter la théorie du ciseau tarifaire, comme elle le fit de la théorie des facilités essentielles dans le cadre de l'arrêt *Trinko*. Paradoxalement, il s'agit de deux notions forgées par la pratique décisionnelle concurrentielle américaine, faisant l'objet d'un exceptionnel degré d'appropriation par les autorités de concurrence européennes. En effet, si la théorie des facilités essentielles fut élaborée à partir d'une interprétation de l'arrêt *Terminal Railroad* de la Cour suprême en 1912, la théorie du ciseau tarifaire est inséparable de l'arrêt *Alcoa* de la Cour d'appel du second circuit en 1945 (United States vs Aluminium Co. Of America, 148 F.2d 416, 2nd Cir.) et de la figure tutélaire du juge Learned Hand.

Cet article traite des fondements théoriques de ces positions contradictoires. Nous présentons, en première partie, les principaux enseignements de l'analyse économique en matière de stratégies de ciseau tarifaire, en nous attachant aux tests proposés pour les caractériser. Dans une deuxième partie, les arrêts *Deutsche Telekom* et *Linkline* sont mis en perspective. Les divergences entre les appréciations et les tests utilisés par la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour suprême américaine sont analysées. Enfin nous nous interrogeons, dans une troisième partie, sur leurs fondements théoriques. Pour ce faire, nous considérons successivement les questions du contrôle des stratégies de marché des opérateurs dominants et des interactions entre politique de concurrence et régulation sectorielle.

## I. – ÉCONOMIE DU CISEAU TARIFAIRE

### A. – Analyse des stratégies de ciseau tarifaire

L'analyse faite des stratégies ciseau tarifaire diffère diamétralement de part et d'autre de l'Atlantique. Pour les autorités européennes, le ciseau tarifaire est une pratique anticoncurrentielle en elle-même. À l'inverse, si l'on suit le raisonnement développé par la Cour suprême américaine dans l'affaire *Linkline*, il convient de l'appréhender au travers d'autres pratiques anticoncurrentielles unilatérales. En effet, tout ou partie d'une stratégie de compression de marge peut être analysée comme résultant de comportements anticoncurrentiels sur la branche supérieure du ciseau (refus de contracter, pratiques discriminatoires ou prix abusivement élevés) ou sur la branche inférieure de ce dernier (prix prédateurs, pratiques de jumelage). Considérons successivement trois de ces possibilités. Une première tient à des prix excessifs sur le bien amont. Une deuxième peut procéder de prix de prédation en aval. Enfin, une troisième peut résider en des pratiques discriminatoires mises en œuvre par le groupe verticalement intégré pour favoriser sa filiale opérant en aval au détriment de ses concurrents sur ce second segment de marché.

La première possibilité est une pratique de prix abusif pour le bien amont pour lequel l'entreprise verticalement intégrée détient un monopole. Dans un tel cas, le prix amont pourrait aller jusqu'à dépasser la marge dégagée sur le segment aval. En termes économiques, une offre à un prix particulièrement élevé équivaut à un refus de vente. Ce faisant, elle peut être traitée dans le cadre de la jurisprudence concurrentielle relative à cette seconde pratique.

La deuxième possibilité réside en une analyse de la compression de marge en termes de tarifs prédateurs. Il serait alors possible de définir celle-ci à partir de prix aval très proches, sinon inférieurs à la somme du prix du bien amont, et des coûts de production du bien aval. Dès lors, les tests économiques élaborés pour les stratégies de prédatations pourraient être utilisés pour caractériser une pratique abusive.

La troisième possibilité tient en des stratégies de discrimination. La firme intégrée verticalement peut fausser la concurrence sur le marché aval *via* des conditions techniques ou tarifaires plus favorables faites à sa propre filiale. Il suffit par exemple que le prix de cession interne de l'intrant, essentiel à l'exercice d'une activité sur le marché aval, s'établisse en deçà du prix acquitté par ses concurrents. Dès lors, il ne saurait plus être question d'une concurrence non faussée (un exemple de ces possibilités peut être apporté par des pratiques relevées dans le secteur de la distribution de l'eau en Île-de-France. Un groupe verticalement intégré était en mesure de fausser la concurrence en proposant un rabais sur le prix de l'eau dès lors que sa propre filiale était choisie : Cons. conc., déc. n° 05-D-58, 3 nov. 2005, relative à des pratiques relevées dans le secteur de l'eau potable en Île-de-France). Se posent néanmoins, du point de vue pratique, quelques questions quant à la possibilité de considérer les prix de cession interne de l'entreprise intégrée comme révélateurs des coûts de production. En effet, ces derniers répondent plus souvent à des préoccupations d'optimisation fiscale qu'à des déterminants purement économiques.

La problématique de la sanction concurrentielle des comportements de ciseau tarifaire ne se pose pas dans les mêmes termes selon que ces derniers prennent place dans un environnement exempt de régulation des prix tant en amont qu'en aval ou dans un environnement régulé. Dans le second cas, il se peut que la stratégie de ciseau tarifaire soit une réponse des firmes à des imperfections de la régulation sectorielle. Si les prix de gros sont réglementés, l'entreprise dominante verticalement intégrée ne sera pas en mesure d'élever suffisamment ses prix pour s'approprier toute la rente créée dans l'industrie. Il peut être, à ce titre, intéressant pour elle d'acquérir une position équivalente sur le marché aval pour accroître sa marge bénéficiaire (Communication Comm. CE, préc., pt. 88). En d'autres termes, l'existence d'une réglementation portant sur le prix amont conduit à relâcher le théorème du profit de monopole unique, laquelle constitue, comme nous le verrons, la clé de voûte de la critique de Chicago (Bork R., *The Antitrust Paradox : a Policy at War with itself*, Free Press, New York, 1978. Pour une présentation, voir : Lévêque F., *La musique en ligne verrouillée par un effet de levier ?*, Concurrences, 1-2005, pp. 15-19).

Réciproquement, si les prix amont sont fixés à un niveau trop élevé par le régulateur, l'opérateur verticalement intégré aura un avantage de coût majeur sur ses concurrents n'opérant que sur le marché aval. Or, comme nous le verrons en deuxième section, une grande partie des différences d'appréciations entre les autorités de concurrence européenne et américaine tire ses origines de l'interaction entre politique de concurrence et régulation sectorielle. Il convient cependant de se pencher sur l'analyse économique du ciseau tarifaire pour montrer qu'au-delà de la question de la présence ou non d'une régulation verticale, de réelles divergences peuvent naître des cadres théoriques sous-jacents.

B. – Le ciseau tarifaire face à l'analyse économique : de l'École de Chicago à la synthèse post-Chicago

Si le ciseau tarifaire est issu de la jurisprudence concurrentielle américaine, il a cependant fait l'objet de très vives critiques de la part des économistes de l'École de Chicago. Celles-ci portent principalement sur le fait qu'un opérateur verticalement intégré et détenant une position de monopole sur le bien amont n'a aucune réelle incitation à étendre sa dominance à un marché aval (Spector D., *Some Economics of Margin Squeeze*, *Concurrences*, 1-2008, pp. 1-7). Cette critique découle de la loi du profit de monopole unique. Lorsque le marché aval est purement concurrentiel, les biens offerts par les différentes entreprises ne sont pas différenciés et la position de monopole sur le segment amont n'est pas contestable, il n'existe qu'une et une seule rente de monopole extractible dans la branche. Ce faisant, l'opérateur dominant sur le segment amont peut, de par cette seule position, capter l'intégralité des profits de monopole. Dès lors, une stratégie de levier anticoncurrentiel visant à acquérir un pouvoir de marché en aval n'a aucune rationalité économique.

De plus, il est de l'intérêt même de la firme dominante en amont de stimuler la concurrence en aval pour accroître ses débouchés et donc ses revenus. En outre, toute chose étant égale par ailleurs, une baisse des prix aval d'un opérateur dominant nuit directement aux concurrents et non aux consommateurs. À ce titre, elle n'a pas à être sanctionnée par les règles de concurrence (OCDE, *Margin Squeeze*, *Policy Roundtable*, DAF/COMP(2009)36, sept. 2010, Paris, 323 p.). En d'autres termes, il faut démontrer que ces pratiques tarifaires sont effectivement susceptibles de porter préjudice aux consommateurs.

Cependant, une telle approche repose sur des hypothèses difficilement admissibles dans les domaines des industries de réseaux en cours de libéralisation dans lesquelles les stratégies de ciseau tarifaire s'observent le plus fréquemment. La structure de marché aval n'a que peu à voir avec une concurrence parfaite. Il s'agit bien plus d'une situation d'un oligopole étroit avec de faibles possibilités d'entrées, sinon au sein de la frange concurrentielle. De plus, la synthèse post-Chicago, qui intègre aux analyses développées par l'École de Chicago les apports de l'économie industrielle, va conduire à relâcher maintes de ses hypothèses et à montrer qu'une stratégie de compression des marges ayant pour finalité l'extension par levier d'une position dominante peut avoir quelque rationalité (Spector D., préc.).

Premièrement, une stratégie de compression des marges peut avoir pour but d'augmenter les coûts des rivaux. En effet, si les biens sur le marché aval sont différenciés, le monopoleur sur le segment amont ne peut s'approprier l'intégralité du surplus dégagé par la branche. Il peut avoir intérêt dès lors d'exclure ses concurrents sur le segment aval pour acquérir un nouveau pouvoir de marché sur ce segment. Accroître le prix du bien amont peut permettre d'évincer des rivaux en augmentant leurs coûts (Ordover J., Saloner G. et Salop. S., *Equilibrium Vertical Foreclosure*, *American Economic Review*, vol. 80, n° 1, 1990, pp. 127-142). Selon les conditions de marché, cette stratégie peut être rationnelle. Il s'ensuit la nécessité de faire une balance entre les gains procédant de cette stratégie et les coûts liés à la perte des débouchés aval vers les concurrents. Cette perte est d'ailleurs d'autant plus forte que les biens vendus en aval sont différenciés. En effet, si les consommateurs les considèrent comme imparfaitement substituables, l'opérateur dominant ne pourra capter l'intégralité de la demande qui s'adressait initialement à ses concurrents évincés.

Deuxièmement, la stratégie de compression des marges peut revêtir une autre rationalité économique, dès lors qu'on la considère comme un signal de dissuasion pour de nouvelles entrées dans la branche. La dominance simultanée des deux segments de marché peut réduire le risque de nouvelles entrées sur chacun d'eux (Shepard W.G., Potential Competition versus Actual Competition, *Administrative Law Review*, vol. 42, 1990, pp. 5-34). Elle peut tout d'abord prévenir le risque qu'une entreprise concurrente sur le secteur aval ne vienne à s'intégrer vers l'amont et remettre en cause la position dominante détenue sur ce segment. En effet, il peut être de bonne politique pour une entreprise présente sur le segment aval d'y sécuriser ses investissements en se dotant de la capacité de ne plus dépendre de son concurrent direct pour ses approvisionnements. De la même façon, la détention d'un portefeuille de clients en aval assure des débouchés pour les investissements futurs en amont. De la même façon, l'opérateur dominant en amont peut avoir tout intérêt à éliminer la concurrence en aval pour prévenir le risque de nouvelles entrées en amont (Carlton D. et Waldman M., The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries, *Rand Journal of Economics*, vol. 33, n° 2, 2002, pp. 194-220). En effet, l'unique débouché de la production d'un éventuel nouvel entrant serait la filiale avale de son concurrent sur le marché aval.

Notons enfin qu'une stratégie de ciseau tarifaire peut avoir, malgré tout, des effets souhaitables en termes de bien-être du consommateur. Il convient de prendre en considération, face aux effets anticoncurrentiels, d'éventuels gains en termes d'efficacité. Il est possible de considérer que la réduction des prix sur le marché aval peut permettre de bénéficier plus rapidement d'effets de réseaux, de favoriser la diffusion de produits complémentaires ou encore de descendre plus vite sur la courbe d'apprentissage en anticipant l'impact de la baisse future des coûts sur les prix (Spector D., Les stratégies d'éviction : quelques éléments sur l'appréciation économique des affaires de ciseau tarifaire, *Concurrences*, 4-2010).

C. – Comment caractériser les stratégies de compression des marges ?

Conformément aux orientations publiées par la Commission en février 2009, les tests d'éviction utilisés au niveau européen reposent sur un critère d'efficacité équivalente du compétiteur vis-à-vis de l'opérateur dominant. À ce titre, elle recourt au coût marginal moyen à long terme (CMMLT) ou, le cas échéant, le coût évitable moyen (CEM). Si ce dernier coût n'est pas couvert, il existe une présomption que l'entreprise dominante sacrifie ses profits à court terme. Un concurrent qui serait aussi efficace qu'elle ne pourrait alors opérer rentablement sur le marché considéré (Communication Comm. CE, préc., pt. 26).

Cependant, le test du concurrent aussi efficace soit-il connaît quelques aménagements dans la pratique décisionnelle européenne. D'une part, la Commission reconnaît qu'un concurrent, même moins efficace que l'opérateur dominant, peut avoir un effet disciplinant sur la stratégie de ce dernier, en le privant, pour reprendre la phrase de John Hicks, de *la vie paisible du monopole*. D'autre part, la Commission considère qu'en l'absence de domination ou de pratique abusive, l'efficacité de ce concurrent pourrait s'accroître. Il bénéficierait dès lors des effets de réseaux ou des économies d'échelles dans la production (ibid., pt. 24). Point de divergence avec les autorités de concurrence américaines, la Commission considère que le dommage potentiel pour le consommateur lié à l'éviction peut non seulement passer par des hausses de prix mais aussi par une réduction de l'espace de ses choix du fait de la réduction de la variété des offreurs et de la différenciation des produits (ibid., pt. 6). Dès lors, l'éviction d'un concurrent, même moins efficace que l'opérateur dominant, peut s'avérer préjudiciable.

La question du test économique utilisé en matière d'appréciation de l'étranglement tarifaire est déterminante. En effet, à l'instar de l'activation de la théorie des facilités essentielles, l'adoption de critères par trop favorables aux demandeurs d'accès risquerait de faire dériver la décision des autorités de concurrence de la protection du processus de concurrence lui-même (ou de l'objectif de maximisation du bien-être du consommateur) vers une protection des concurrents en eux-mêmes (Marty F. et Pillot J., Divergences transatlantiques en matière d'application de la théorie des facilités essentielles aux actifs immatériels, *Revue d'économie industrielle*, n° 129-130, 1er et 2e trimestres 2010, pp. 277-300). Si l'on considère qu'une marge trop faible entre prix amont et prix aval peut effectivement évincer un concurrent efficace, une intervention des autorités de concurrence pour contraindre un opérateur dominant à garantir un écart suffisant entre les « *deux lames du ciseau* » peut contribuer à protéger indument des firmes inefficaces au détriment de l'efficacité productive globale (Vickers J., Abuse of Market Power, *The Economic Journal*, vol. 115, juin 2005, pp. F244-F261). Identiquement, une entreprise dominante ne peut invoquer les investissements qu'elle a consentis pour entrer sur un marché connexe pour justifier une politique tarifaire pouvant conduire à une éviction anticoncurrentielle, de tenir compte, dans l'évaluation de ses coûts, des coûts d'établissements et d'investissements induits (TeliaSonera, préc., pt. 110). Il s'agit donc d'éviter, à l'instar des cas d'activation de la théorie des facilités essentielles, que la défense de l'accès des concurrents au marché ne se fasse au détriment des intérêts des consommateurs en affectant de façon excessive les incitations à investir de l'opérateur dominant. Deux types de tests économiques, au-delà du test du concurrent aussi efficace, peuvent être utilisés en vue de jauger le réel effet des pratiques mises en œuvre par un opérateur dominant. Il s'agit respectivement du test du sacrifice et du test de l'impact sur le bien-être du consommateur. Il convient, dans le premier cas, d'évaluer si une pratique par laquelle un opérateur renonce à tout ou partie de ses profits (voire accepte des pertes) fait sens d'un point de vue économique en dehors de l'objectif d'évincer des rivaux actuels du marché ou d'en dissuader l'accès à des entrants potentiels. Cependant, il convient de s'interroger sur le fait qu'une pratique d'éviction peut ne pas supposer une perte initiale. Elle peut, comme cela est le cas pour les rabais de fidélité, consister en une renonciation à une partie du bénéfice potentiel. En d'autres termes, il est possible que le test du sacrifice, tel qu'il est requis dans la jurisprudence américaine dans le cadre de la première condition posée par l'arrêt *Brooke*, ne permette pas de saisir l'ensemble des stratégies d'exclusion (Baumol W., Ordover J., Warren-Boulton F. et Willig R., Brief on amici curiae economics professors to US Supreme Court in *Verizon vs Trinko*, 2003, cité par Vickers J., préc.).

La position des autorités européennes se distingue significativement en ce point de l'approche américaine. Non seulement, la pratique décisionnelle de la Cour de justice ne fait pas de la capacité du prédateur à recouvrer à terme ses pertes initiales un critère de qualification d'une telle pratique de prix comme abusive, mais il apparaît également qu'une stratégie de compression des marges (et même de prix prédateurs) peut être mise en œuvre sans que l'opérateur concerné n'ait à supporter de pertes (TeliaSonera, préc., pt. 99). Plus spécifiquement, dans le cadre d'un ciseau tarifaire, l'éviction des concurrents n'est pas liée à d'éventuelles pertes de la part de l'opérateur dominant ni à la possibilité offerte à ce dernier de recouvrer ces dernières le cas échéant (ibid., pt. 101). Une telle pratique tarifaire n'induit pas obligatoirement un sacrifice financier de la part de l'opérateur dominant ; l'abus tient au fait que l'écart entre les prix de gros et de détail ne permet pas à un concurrent aussi efficace que lui d'opérer sans faire de perte ou dans des conditions de rentabilité non indûment dégradées.

Un deuxième test qu'il serait possible de mettre en œuvre, tient, dans une optique plus directement inspirée de l'École de Chicago, à l'évaluation de l'impact de la pratique sur le bien-être du consommateur (notons, que les résultats peuvent être des plus différents selon que l'on adopte comme *criterium* le bien-être du consommateur *stricto sensu* ou que l'on considère le surplus économique global intégrant les profits des firmes. Dans ce second cas, une pratique donnée qui impliquerait une captation d'une partie additionnelle du surplus du consommateur par le producteur pourrait être considérée comme souhaitable du moment où le surplus global est accru). Une pratique contrevient à la section 2 du *Sherman Act* si elle conduit l'opérateur qui la met en œuvre à accepter une perte en première phase en vue d'obtenir, en seconde phase, une *sérieuse chance* de bénéficier d'un pouvoir de marché lui permettant de *recupérer* ses investissements initiaux. En d'autres termes, il ne saurait exister, dans cette optique, d'exclusion sans possibilité d'extraire *ex post* le surplus du consommateur par des prix s'élevant au-delà du niveau concurrentiel (Fox E., What is Harm to Competition? Exclusionary Practices and Anti-competitive Effects, Antitrust Law Journal, vol. 70, n° 2, 2002, pp. 371-412).

À l'instar de toute sanction des pratiques d'éviction, l'autorité en charge de l'application du droit de la concurrence se heurte au risque de sanctionner à tort une entreprise qui n'a pas évincé ses concurrents au travers d'une manœuvre anticoncurrentielle (*faux positif*). Elle s'expose en effet à condamner indûment une entreprise dominante qui, au final, n'a fait que baisser ses prix au bénéfice des consommateurs. L'éviction des concurrents sur la base des mérites constitue le propre du processus de concurrence. Ainsi, considérer qu'un étranglement de marge en lui-même (simplement défini comme une insuffisante différence entre les prix amont et aval pour permettre aux concurrents de l'entreprise verticalement intégrée de dégager une marge bénéficiaire) constitue une infraction aux règles de concurrence, risque de conduire à sanctionner des baisses de prix sur le marché aval.

L'entreprise dominante intégrée verticalement pourrait dès lors être incitée à minimiser son « *risque juridique* » en s'interdisant de réduire ses prix sur le marché aval (Comme le note Sidak : « *The price-squeeze theory of antitrust liability should be abolished in American antitrust law. The theory is incompatible with contemporary antitrust jurisprudence, and on economics ground the threat of such liability discourages investment, retail price competition, and the voluntary provision of inputs on negotiated terms by vertically integrated monopolists to current and potential rivals otherwise unable to obtain or self-provide them* ». Sidak J. G., Abolishing the Price Squeeze as a Theory of Antitrust Liability, *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 4, n° 2, 2008, pp. 279-309). L'absence de test économique satisfaisant – au sens de l'École de Chicago – pour caractériser les stratégies de ciseau tarifaire risque donc de faire dévier les politiques de concurrence de leur objectif de maximisation du bien-être du consommateur vers celui de la protection du surplus des producteurs. Elle pourrait également être tentée de refuser de fournir une firme concurrente sur ses activités aval afin d'éviter d'être poursuivie *ex post* par cette dernière pour éviction anticoncurrentielle sur la base d'un ciseau tarifaire. En d'autres termes, si une entreprise verticalement intégrée n'est pas soumise à une obligation de fourniture issue de la régulation sectorielle ou – cas exceptionnel – de l'*antitrust*, elle pourrait refuser de fournir un opérateur sur le marché aval, renonçant ainsi à maximiser à son profit et adoptant de ce fait un comportement n'allant pas dans le sens de la maximisation du bien-être du consommateur, afin de limiter son exposition aux risques de poursuites (Carlton D., Should “Price Squeeze” be a Recognised Form of Anticompetitive Conduct ?, *Journal of Competition Law and Economics*, juin 2008, vol. 4, n° 2, pp. 271-278).

À ce titre, adopter les tests utilisés pour les cas de refus de vente ou pour les cas de prédation et non un test propre aux stratégies de compression de marge, fait sens, pour les autorités américaines, en vue de limiter le risque de *faux positifs*. À l'instar d'autres types de pratiques unilatérales, la prise en compte d'un tel risque induit aux États-Unis la mise en œuvre de critères des plus restrictifs. Ces derniers constituent l'un des principaux facteurs explicatifs des pratiques décisionnelles parfois contradictoires de part et d'autre de l'Atlantique.

## II. – LA COMPRESSION DES MARGES DANS LES PRATIQUES DÉCISIONNELLES EUROPÉENNES ET AMÉRICAINES : DES ANALYSES DIVERGENTES

Les divergences en matière de traitement des stratégies de compression des marges peuvent être illustrées au travers de deux arrêts relatifs au secteur des télécommunications, *Deutsche Telekom* en Europe et *Linkline* aux États-Unis.

### A. – Le ciseau tarifaire comme un abus de position dominante en lui-même : l'analyse de la Cour de justice dans l'affaire *Deutsche Telekom*

Pour la Commission européenne, une situation de ciseau tarifaire est caractérisée par le fait que l'écart entre le prix du bien amont fourni par l'entreprise dominante et le prix du marché aval sur lequel la firme concurrente exerce son activité ne permettrait pas à cette dernière d'opérer en couvrant les coûts que supporte l'opérateur dominant verticalement intégré dans ses activités aval (TPICE, 30 nov. 2000, aff. T-5/97, Industrie des poudres sphériques). Le caractère abusif de la pratique ne procède pas des niveaux de prix amont ou aval en eux-mêmes mais de l'écart entre ces deux derniers. En d'autres termes, l'étranglement de marge constitue une pratique abusive en elle-même et ne nécessite pas la démonstration d'un abus lié à des prix excessifs sur le marché amont ou d'un abus tenant à des prix prédateurs en aval.

L'arrêt *Deutsche Telekom* du 14 octobre 2010 consacre la pratique décisionnelle européenne en la matière. Deutsche Telekom avait imposé à ses concurrents, de 1998 à 2001, des tarifs de services d'accès à la boucle locale (segment amont) qui s'avéraient supérieurs aux prix de détail qu'elle appliquait à ses propres abonnés (segment aval). À partir de 2002, le prix amont s'établit en deçà du prix aval mais l'écart avec ce dernier avait été jugé trop faible, par la Commission et par le Tribunal, pour qu'un concurrent qui aurait les mêmes coûts que Deutsche Telekom pour fournir la clientèle de détail puisse dégager une marge bénéficiaire.

Deutsche Telekom considérait qu'elle ne pouvait être tenue pour responsable du phénomène de ciseau tarifaire existant au détriment de ses concurrents, dans la mesure où elle respectait en l'espèce les plafonds tarifaires fixés par le régulateur allemand des télécommunications RegTP (notons que la Commission n'a pas pour autant introduit un recours en manquement contre l'Allemagne comme elle aurait pu le faire). Cependant, pour les autorités européennes, malgré l'approbation préalable des tarifs par le régulateur, Deutsche Telekom demeurait responsable dans la mesure où elle disposait d'une marge de manœuvre suffisante vis-à-vis du plafond fixé pour éviter de créer un ciseau tarifaire (à l'inverse, Deutsche Telekom a baissé – sans que le régulateur ne l'y oblige – ses prix de détail, ce qui eut pour effet de renforcer l'effet de compression des marges de ses concurrents). En d'autres termes, l'existence d'une régulation sectorielle et l'approbation préalable des tarifs par le régulateur n'exonéraient pas Deutsche Telekom d'une sanction sur la base de l'article 102 du fait de la capacité qu'avait cette dernière d'ajuster ses tarifs pour prévenir un étranglement des marges de ses concurrents.

En fait, la position de la Cour de justice dans l'affaire *Deutsche Telekom* confirme celle prise par les autorités européennes dans l'affaire *Telefonica* (Déc. Comm. CE, 2 févr. 2008, aff. n° COMP/38.784, Wanadoo Espana vs Telefonica). Dans le cas d'espèce, l'écart qui avait prévalu de 2001 à 2006 entre les prix amont et les prix aval ne permettait pas à un concurrent aussi efficace que Telefonica (c'est-à-dire supportant les mêmes coûts qu'elle) de servir des clients sur le marché de détail sans subir de pertes (la Commission avait relevé dans sa décision que les prix de l'accès à Internet haut débit étaient 20 % plus élevés que la moyenne de l'UE 15 et que le taux de pénétration était également de 20 % moindre). Le seul fait pour Telefonica de ne pas choisir un niveau de prix très proche du plafond, fixé par le régulateur sectoriel, aurait pu suffire à prévenir l'effet de ciseau. De nouveau, l'absence d'utilisation des marges de manœuvre, qui auraient pu permettre de ne pas engendrer l'effet de ciseaux, justifie la sanction sur la base de l'article 102, malgré l'existence d'une régulation sectorielle (« *In Deutsche Telekom, the CFI held that competition rules apply where sector-specific legislation leaves open the possibility of competition which may be prevented, restricted or distorted by the autonomous conduct of undertakings* », OCDE, préc. – contribution de la Commission européenne, p. 258).

Confirmant l'arrêt du Tribunal, la Cour de justice établit que le ciseau procède d'une disproportion entre les deux prix conduisant à une distorsion de concurrence liée à des tarifs inéquitables (pt. 167). Dès lors, il n'est plus nécessaire de se prononcer sur l'adéquation des prix de gros aux coûts, ni sur le caractère abusif des prix de détail. Cet arrêt fait sens face à la pratique décisionnelle habituelle des autorités européennes. En effet, la Cour de justice a souvent réaffirmé, dans le cadre de ses arrêts, qu'une concurrence non faussée était conditionnée à une égalité effective entre les concurrents (pt. 230). Le phénomène d'étranglement des marges inflige d'emblée à ses compétiteurs sur le segment aval un désavantage concurrentiel vis-à-vis de l'opérateur verticalement intégré (notons que la part de marché du concurrent de Deutsche Telekom à l'origine de la plainte était passée de 21 % en 1999 à 10 % en 2002), désavantage « *de nature à empêcher ou à restreindre leur accès à ce marché ou le développement de leurs activités sur ce dernier* » (pt. 234).

Pour la Cour de justice, la compression des marges est caractérisée dès lors qu'un concurrent aussi efficace que Deutsche Telekom ne pourrait opérer sans supporter de perte sur le marché aval en acquittant le prix imposé en amont (pt. 169). L'abus de position dominante est constitué dès lors que la stratégie de l'opérateur dominant est de nature à verrouiller ou à compromettre l'accès au marché d'un concurrent aussi efficace que lui. Ce faisant, le test utilisé par les autorités de concurrence européennes se fonde exclusivement sur les tarifs et les coûts de l'opérateur dominant et en aucun cas sur ceux de ses concurrents effectifs (pt. 198). Il s'agit, en quelque sorte, de vérifier si Deutsche Telekom elle-même aurait été en mesure de proposer ses services de détail aux abonnés autrement qu'à perte, dans l'hypothèse où elle aurait dû supporter ses propres prix de gros pour les services intermédiaires d'accès à la boucle locale (pt. 201). Si l'opérateur dominant faisait lui-même des pertes lorsque les conditions d'accès qu'il impose à ses concurrents lui étaient appliquées, l'éviction potentielle de ses derniers ne saurait procéder de ses mérites. Notons au passage que la comparaison à partir des coûts de l'opérateur dominant peut être lue comme relevant d'un souci de sécurité juridique. En effet, dans le cadre de l'auto-évaluation de la conformité de ses pratiques au droit européen de la concurrence, l'entreprise dominante peut plus facilement anticiper les risques de contentieux (pt. 202).

L'arrêt *TeliaSonera* du 17 février 2011 réaffirme l'approche retenue dans l'affaire *Deutsche Telekom* mais induit également quelques inflexions, lesquelles portent notamment sur la possibilité de se saisir des coûts des concurrents comme élément d'appréciation du ciseau tarifaire. Un premier trait saillant de l'arrêt tient au fait que, dans le cas d'espèce, le ciseau tarifaire ne procède pas d'un accès régulé à la boucle locale pour des fournisseurs d'accès à Internet utilisant des technologies de type ADSL mais des prix pratiqués par TeliaSonera pour des prestations intermédiaires permettant à ces derniers de fournir à leurs clients des prestations de connexions haut débit. Un deuxième trait saillant tient au fait que la Cour réaffirme que le comportement de l'opérateur dominant peut être sanctionné, quand bien même l'effet d'éviction n'est que potentiel et ne porte pas un préjudice immédiat au consommateur. Enfin, troisième point, la Cour indique quels sont les critères nécessaires pour qualifier une telle pratique de prix comme abusive, notamment eu égard au caractère indispensable du produit intermédiaire fourni par l'opérateur verticalement intégré.

La Cour insiste notamment sur le fait qu'un abus de position dominante peut être constitué dès que des conditions inégales pour des prestations équivalentes sont imposées à différents partenaires commerciaux. Dans le cas d'une stratégie de compression des marges, l'opérateur dominant adopte une politique tarifaire inéquitable en ce sens qu'elle affecte les marges des concurrents non intégrés verticalement (TeliaSonera, préc., pt. 30). Ainsi, une telle politique tarifaire peut constituer en elle-même une pratique abusive, si en l'absence de toute justification objective, elle est susceptible de conduire à l'éviction de ces derniers. Si l'écart entre les prix de gros des prestations intermédiaires fournies (volontairement) par TeliaSonera et les prix de détail sur le marché aval est négatif ou insuffisant pour que ceux-ci puissent y exercer leur activité de façon profitable, un abus peut être retenu. Confirmant la position prise dans l'affaire *Deutsche Telekom*, la Cour indique que le caractère non équitable de la pratique tarifaire ne procède par du niveau de l'écart entre les prix mais de son existence même. Il n'est donc pas nécessaire de montrer que les prix amont sont excessivement élevés ou les prix aval sont prédateurs pour caractériser un abus de compression des marges.

Une inflexion induite par l'arrêt par rapport à *Deutsche Telekom* tient au fait que la Cour admet que les coûts des concurrents puissent être pris en compte pour caractériser un tel abus (*ibid.*, pt. 45) si les tests habituels, basés sur les coûts de l'opérateur dominant, ne peuvent être utilisés. Un premier cas peut correspondre aux situations dans lesquelles il est difficile d'identifier objectivement la structure de coûts de l'opérateur dominant. Un deuxième cas peut tenir à une prestation fournie à partir d'une infrastructure déjà amortie par ce dernier. Dès lors, le coût d'accès pour son propriétaire n'a plus de commune mesure avec celui des tiers. Enfin, le troisième cas pris en considération est celui dans lequel le niveau des coûts de l'opérateur intégré est déterminé par la « *situation d'avantage compétitif dans laquelle la position dominante place cette entreprise* ». Il serait alors possible de considérer qu'il s'agit de prévenir l'éviction non seulement de concurrents aussi efficaces que l'opérateur dominant mais aussi d'opérateurs « *qui, en raison de leur capacité moindre, sont incapables de résister à la concurrence qui leur est faite* » (*ibid.*, pt. 40).

La Cour confirme également que la compression tarifaire constitue un abus autonome du refus de fourniture et qu'à ce titre, les conditions posées pour ce dernier (notamment en termes d'essentialité du produit intermédiaire concerné) ne sauraient être exigées (*ibid.*, pt. 58). De la même façon, l'effet d'éviction n'a pas à être établi ; un effet potentiel suffit. La pratique tarifaire de l'opérateur dominant constitue un abus de position dominante dès lors qu'elle « *rend plus difficile, voire impossible, l'accès au marché concerné par ces concurrents* » (*ibid.*, pt. 63). Il s'ensuit, pour pouvoir évaluer dans quelle mesure l'activité des concurrents est susceptible d'être entravée, la proposition de différents tests fondés sur le caractère indispensable ou non de la prestation intermédiaire concernée et les niveaux des prix de gros et de détail (*ibid.*, pt. 69).

Si le produit intermédiaire est indispensable à l'exercice d'une activité en aval, imposer des conditions commerciales conduisant à opérer en supportant des pertes ou une rentabilité anormalement réduite induit pour les concurrents de l'opérateur verticalement intégré un désavantage concurrentiel. Ainsi, l'effet anticoncurrentiel, même potentiel, d'une compression des marges est probable. Si le produit intermédiaire n'est pas indispensable, deux situations peuvent être distinguées en fonction de la marge existante entre le prix de détail et le prix de gros. Si celle-ci est négative, c'est-à-dire si le prix du bien intermédiaire au prix de détail appliqué au client final, l'effet d'éviction est également probable dans la mesure où un concurrent aussi efficace que l'opérateur verticalement intégré ne pourrait qu'opérer à perte. Si la marge est positive, il est nécessaire pour caractériser un abus de démontrer que la pratique tarifaire en question, en érodant la rentabilité des concurrents, est susceptible de rendre plus difficile leur activité. L'opérateur verticalement intégré peut cependant, dans ce cadre, justifier sa politique tarifaire sur la base d'éventuels gains d'efficacité venant contrebalancer les effets négatifs sur la concurrence (*ibid.*, pt. 77).

La pratique décisionnelle de la Cour suprême américaine en matière de traitement des stratégies de compression des marges présente, comme nous allons le voir dans notre sous-section suivante, de réelles divergences vis-à-vis de la jurisprudence de la Cour de justice.

B. – Le ciseau tarifaire rejeté par la Cour suprême dans l'affaire *Linkline* à la lumière des arrêts *Brooke* et *Trinko* : une affaire de prédation ?

L'affaire *Linkline* constitue le pendant américain des décisions européennes *Deutsche Telekom* et *TeliaSonera*. Les différences d'appréciations entre les deux politiques de concurrence sont d'autant plus manifestes qu'à l'instar de l'arrêt *Trinko* de 2004, la Cour suprême signifie à nouveau, au travers de *Linkline*, que le droit de la concurrence doit s'effacer au profit de la régulation sectorielle dès lors que le secteur concerné y est soumis.

Second point commun avec *Trinko*, *Linkline* conduit à rejeter une théorie pourtant dérivée de la pratique décisionnelle américaine, en l'occurrence celle du ciseau tarifaire. En effet, si la théorie des facilités essentielles découle d'un arrêt de 1912, l'apparition de la théorie du ciseau tarifaire peut être datée de 1945 avec l'arrêt de la Cour d'appel du second circuit, *Alcoa* (United States vs Aluminium Co of America, 148 F.2d, 416, 437-438, 1945). Le juge Learned Hand considéra qu'un fournisseur d'une matière première essentielle en situation de monopole ne devait pas fixer un prix empêchant les firmes du segment aval d'exercer leur activité sans pouvoir dégager un niveau de profit suffisamment raisonnable pour garantir son maintien sur le marché (*living profit*).

Cette conception du ciseau tarifaire, somme toute très proche de celle des autorités européennes, est rejetée dans l'affaire *Linkline*. Dans le cas d'espèce, des fournisseurs d'accès à Internet devaient accéder à la boucle locale détenue par Pacific Bell (filiale d'AT&T) pour exercer leurs activités sur le marché aval. Pacific Bell, qui demeure intégré verticalement, doit donc laisser un accès à ses concurrents, conformément à la régulation du secteur des télécommunications. Les plaignants ont entamé des poursuites sur la base de la section 2 du *Sherman Act*. Conformément à l'affaire *Alcoa*, ils considéraient que la stratégie de prix de Linkline (prix amont excessif et prix aval faible) les empêchait d'opérer sur le marché avec un taux raisonnable de profit.

La Cour d'appel du neuvième circuit avait précédemment suivi la jurisprudence *Alcoa* dans l'arrêt *Anaheim* (City of Anaheim vs Southern California Edison Co, 955 F.2d 1373, 9th Circuit, 1992). En cela, elle s'était écartée de la position prise par la Cour d'appel du premier circuit dans l'affaire *Concord*. (Town of Concord vs Boston Edison Co, 915 F.2d 17, 1st Cir., 1990) laquelle avait rejeté le ciseau tarifaire dans un environnement régulé. De nouveau, la Cour du neuvième circuit ne rejeta pas la plainte de Linkline pour violation du *Sherman Act* au travers d'un ciseau tarifaire alors que le marché faisait l'objet d'une régulation tant au niveau des prix amont que des prix aval (*Linkline Commc'ns Inc. vs Pacific Bell*, 503 F.3d 876, 880, 9th Cir., 2007). Pour la Cour d'appel, la présence d'une régulation sectorielle n'invalide pas *per se* le recours au *Sherman Act*, malgré les conclusions de l'arrêt *Trinko*.

La Cour d'appel du neuvième circuit a cependant saisi (*via* une *petition for writ of certiorari*; Donnedieu de Vabres-Tranié L., préc.) la Cour suprême pour obtenir sa position quant à la possibilité d'activer la section 2 du *Sherman Act* dans un tel cas de figure. La question était d'autant plus importante que, comme en témoignent les arrêts *Anaheim* et *Concord*, des cours d'appel fédérales avaient rendu des arrêts contradictoires en la matière. Lorsque certaines considéraient la compression des marges comme une violation de la section 2 du *Sherman Act* en elle-même, dans la continuité de la décision *Alcoa*, d'autres rejetaient cette approche. Dans le cadre de l'arrêt *Covad* de 2005, la Cour d'appel du circuit de Washington (*Covad Communication Company vs Bell Atlantic Corp*, 398 F.3d 666, DC Circ., 2005) rejeta une plainte dans la mesure où une entreprise même en situation de monopole demeure libre de contracter ou de ne pas contracter avec ses concurrents. Cette position avait aussi été celle de la Cour d'appel du quatrième Circuit en 2003 dans une affaire similaire (*Cavalier Telephone LLC vs Verizon Virginia*, 330 F.3d 176, 4th Cir., 2003). À l'inverse, la Cour d'appel du onzième Circuit (*Covad Communications Co. vs Bell South Corp.*, 374 F.3d 1044, 11th Cir, 2004) avait en revanche adopté une position comparable à celle d'*Alcoa* et ce, postérieurement à *Trinko*.

La division *antitrust* du Département à la justice et la *Federal Trade Commission* (ci-après « *FTC* ») adressèrent chacun un *amicus curiae* à la Cour suprême. Les conclusions de ces deux *amici curiae* étaient contradictoires. Pour le Département à la justice, il était indispensable de contredire l'arrêt de la Cour d'appel du neuvième Circuit, dans la mesure où ce dernier n'était pas conforme aux arrêts de la Cour suprême dans les affaires *Brooke* et *Trinko* (Brief for the US as Amicus Curiae at 7.11 *Pacific Bell Tel Co vs Linkline Commc'ns Inc*, n° 07-512, 22 mai 2008). À l'inverse, la *FTC* considérait que les règles *antitrust* pouvaient s'appliquer dans le cas d'espèce dans la mesure où la régulation sectorielle n'était que partielle (Statement of the Federal Trade Commission – *Petition for a writ of certiorari in Pacific Bell Tel Co v Linkline Commc'ns Inc*, n° 07-512). De la même façon, le ciseau tarifaire pouvait, selon elle, constituer une violation en elle-même du *Sherman Act*, conformément à l'arrêt *Alcoa*. Pour la *FTC*, la stratégie de compression des marges devait être retenue dans la mesure où, dans le cas d'espèce, la régulation ne portait que sur les prix amont. Ainsi, il pouvait être pleinement rationnel pour Pacific Bell d'étendre sa dominance vers l'aval afin de pouvoir y dégager la partie de la rente qu'il ne pouvait s'appropriier en amont, du fait de la régulation tarifaire.

La Cour suprême invalide cette approche, reprenant les raisonnements d'*Alcoa* et d'*Anaheim*, pour se fonder sur ses propres précédents *Brooke* et *Trinko*. Elle préfère en effet développer un raisonnement reposant sur la décomposition du ciseau en deux branches distinctes, l'une afférente aux conditions de vente du prix amont, l'autre relative aux niveaux des prix aval. Le traitement de la première dans le cadre de la jurisprudence *Trinko* de 2004 et de la seconde dans celui de *Brooke* de 1993, va la conduire à considérer que « deux moyens infondés n'en font pas un bon ». Pour reprendre la position de Sidak, si la Cour suprême avait reconnu dans le cas d'espèce une violation du *Sherman Act*, cela aurait pu conduire à sanctionner une firme du fait du niveau de marge existant entre un prix amont conforme aux exigences du régulateur et un prix aval ne pouvant être caractérisé comme prédateur (Sidak G. J, préc.).

Ensuite, la Cour exprima ses vives réticences vis-à-vis de la théorie de la compression de marge. Considérer le ciseau tarifaire comme une pratique anticoncurrentielle en elle-même reviendrait à demander à un tribunal de vérifier non seulement le niveau et l'adéquation des prix des segments amont et aval, mais aussi leur interaction. En outre, reprendre la logique du précédent *Alcoa* reviendrait à lui confier la tâche de définir ce que peut être une « marge raisonnable » (relevons dans le même temps que la FTC souligne dans son *amicus curiae* que les notions de marge raisonnable, de *living profit* peuvent au final apparaître aussi peut objectivement définies que les coûts, même pris en considération pour qualifier une pratique de prédatrice). Au final, les juridictions ne peuvent raisonnablement que considérer isolément les pratiques mises en œuvre sur les segments amont et aval du marché. Il s'agit donc, selon la Cour suprême, de déterminer, d'une part, si le prix de l'intrant est « abusif » et de s'interroger, d'autre part, sur le caractère prédateur des prix de détail.

Sur la branche supérieure du ciseau tout d'abord, il est nécessaire d'établir une distinction entre la situation des marchés soumis à une régulation sectorielle et les autres. Pour ce qui est des marchés régulés, dès lors que l'obligation de fourniture procède d'une décision du régulateur sectoriel, les règles de l'*antitrust* n'ont pas à s'appliquer. En ce sens, *Linkline* confirme la position adoptée par la Cour suprême dans ses arrêts *Trinko* de 2004 et *Crédit Suisse* de 2007 (*Crédit Suisse Securities LLC vs Billing*, 551 US 264).

Tout d'abord, reprenant *Trinko*, la Cour considéra que lorsqu'une obligation de fourniture procède d'une obligation posée par la régulation sectorielle, les règles de concurrence n'ont guère à s'appliquer. En filigrane, la Cour rejette la possibilité de mettre en œuvre de telles obligations dans un cadre purement concurrentiel. Les raisons en tiennent notamment aux effets négatifs qui pourraient en résulter sur les incitations à l'investissement des entreprises – au premier chef, l'opérateur verticalement intégré sur qui pèserait l'obligation – mais aussi sur les incitations des entreprises concurrentes à investir sur le segment amont (les investissements en amont ne sont plus nécessaires dès lors qu'il est possible d'espérer un accès à ceux de l'opérateur dominant. De la même façon, les gains potentiels de la dominance sont d'autant plus réduits que l'on peut craindre faire soi-même l'objet de telles requêtes). Pour ce qui est des marchés non régulés ensuite, la Cour réaffirme que la section 2 n'impose à aucune firme, fut-elle dominante, de contracter avec ses concurrents [la seule exception étant l'arrêt *Aspen* de 1985, mais il s'agissait d'un cas de rupture d'une relation commerciale depuis longtemps établie et mutuellement profitable (*Aspen Skiing Co vs Aspen Highlands Skiing Corp*, 472 US 585, 608-611)] et de ne pas exploiter un pouvoir de marché qu'elle a acquis sur la base de ses mérites (« *An upstream monopolist with no duty to deal is free to charge whatever wholesale price it would like : antitrust law does not forbid lawfully obtained monopolies from charging monopoly prices* », *Linkline*, pt. 14).

Sur la branche inférieure, la jurisprudence *Brooke* fut reprise. Il est, dans ce cadre, nécessaire d'établir que les prix de l'opérateur dominant ne couvrent pas ses coûts et qu'il a une forte probabilité de pouvoir récupérer ses investissements initiaux en seconde phase – une fois son concurrent évincé. Ainsi, en l'absence d'une obligation de fourniture, une procédure basée sur une stratégie de compression des marges ne peut être retenue par les juridictions américaines tant que les prix aval demeurent supérieurs aux coûts. Les positions de la Cour suprême et de la Cour de justice s'avèrent donc difficilement conciliables. Alors qu'il est nécessaire de démontrer soit que le prix amont est excessivement élevé soit que le prix aval est prédateur dans le premier cas, il est possible de sanctionner un ciseau tarifaire dans le second, même si aucun des deux prix n'est abusif en lui-même.

Au final, la Cour suprême rejette la logique de l'arrêt Alcoa en justifiant sa position à la fois sur les « progrès de la science économique » (« *given developments in economic theory and antitrust jurisprudence since Alcoa, we find our recent decisions in Trinko and Brooke Group more pertinent to the question before us* ») et sur les difficultés pratiques auxquelles devraient faire face les tribunaux pour définir dans chaque cas ce qui serait un écart équitable entre les prix amont et les prix aval et analyser l'interaction des deux.

### III. – QUELS ENSEIGNEMENTS TIRER DE CES DIVERGENCES ?

Deux divergences majeures se dégagent des pratiques décisionnelles européenne et américaine. La première concerne la pertinence de l'application des règles de concurrence dans les secteurs régulés. La seconde tient aux modalités de contrôle des stratégies des opérateurs dominants susceptibles de conduire à des évictions de firmes concurrentes.

A. – Une question sous-jacente relative aux liens entre politiques de concurrence et régulation sectorielle

A de rares exceptions près, les cas de compression des marges se sont posés, tant au niveau américain qu'européen, dans le cas des industries nouvellement libéralisées. Celles-ci sont sujettes à une régulation sectorielle portant sur les tarifs amont et aval ou simplement l'un des deux. Les orientations publiées par la Commission en février 2009 indiquent que dans les secteurs non anciennement régis par des monopoles légaux, l'activation de l'article 102 du Traité doit se faire de façon prioritaire dans les cas où le bien sur le marché amont est essentiel à l'exercice d'une concurrence efficace sur le marché aval, où le refus de fournir celui-ci est susceptible de compromettre la pérennité d'une situation de concurrence effective sur le marché aval et où un tel refus est préjudiciable au consommateur final (Communication Comm. CE, préc., pt. 81). De telles conditions – qui visent essentiellement à prévenir les effets désincitatifs sur les investissements de l'opérateur dominant (mais aussi de ses concurrents) – ne sont pas indispensables dès lors « *que l'entreprise dominante a acquis sa position sur le marché en amont grâce à des droits spéciaux ou exclusifs ou à un financement au moyen de ressources d'État* » (*ibid.*, pt. 82). Ce faisant, la théorie du ciseau tarifaire a de plus fortes chances d'être activée dans les domaines encore couverts par une régulation sectorielle (notons que bien que l'affaire *TeliaSonera* relève d'une problématique d'accès à la boucle locale de télécommunications ; le ciseau tarifaire n'a pas été mis en œuvre sur un segment régulé. En effet, la compression des marges s'est faite *via* le niveau de prix pratiqué par l'opérateur historique pour une prestation intermédiaire offerte sur une base volontaire aux concurrents pour leur permettre d'offrir des services de connexion haut débit aux clients finals, pt. 6).

À ce titre, il n'est pas étonnant que les contentieux relatifs aux stratégies de compression des marges soient particulièrement nombreux dans les industries de réseaux telles les télécommunications ou l'énergie. Dans l'enquête sectorielle sur la concurrence dans le domaine de l'énergie, l'une des principales origines des pratiques anticoncurrentielles relevées résidait, selon la Commission, dans l'absence de remise en cause de l'intégration verticale des opérateurs historiques (Lowe P., Pucinskaite I., Webster W. et Lindberg P., *Effective Unbundling of Energy and Transmission Networks : Lessons from the Energy Sector Inquiry*, Competition Policy Newsletter, n° 1, spring 2007, pp. 23-34). Celle-ci favoriserait des abus de position dominante visant à entraver le développement des nouveaux entrants. De la même façon, le maintien d'une réglementation des tarifs peut – comme nous l'avons relevé – rendre rationnelles des stratégies de levier conduisant à acquérir une dominance sur le marché aval [il serait possible à ce titre de considérer la décision *Direct Energie* du Conseil de la concurrence, Cons. conc., déc. n° 07-D-43, 10 déc. 2007, relative à des pratiques mises en œuvre par Électricité de France. Le ciseau tarifaire dénoncé était en grande partie liée à l'existence de tarifs réglementés et à l'alignement sur ces derniers des offres EDF Pro. À l'instar de l'affaire *Deutsche Telekom*, la question de l'autonomie tarifaire de l'opérateur intégré verticalement était posée. Il est, en tout état de cause, à relever que les mesures adoptées dans le cadre d'une procédure d'engagements ont conduit le Conseil de la concurrence à s'engager dans la voie de l'amélioration de l'accès des nouveaux entrants aux capacités de production (bien amont) et à renforcer la concurrence effective sur le marché de détail (bien aval). La frontière entre activation des règles de concurrence et régulation sectorielle est dès lors bien mince].

La position prise par la Cour suprême américaine peut être lue comme le refus de substituer le juge de la concurrence au régulateur sectoriel dans les secteurs en cours d'ouverture à la concurrence (« *A price squeeze is a regulatory issue, which makes sense only as a rule of price regulation in an industry already subject to duties to deal and to control by institutionally competent regulators. Attempting to implement regulatory policy through section 2 of the Sherman Act is ill-advised because it makes no sense for courts to re-regulate deregulated or lightly regulated industries, and because courts lack the institutional competence to implement regulation* », Sidak J. G., préc.). Il s'agit alors de savoir qui du régulateur sectoriel ou du juge de la concurrence est le plus à même de traiter de ces stratégies dans les secteurs en cours de libéralisation. Vu des États-Unis, il s'agit indubitablement du régulateur. En effet, le juge auquel sont soumises les poursuites sur la base du *Sherman Act* ne serait pas en mesure de s'ériger en régulateur des prix et des comportements de marché. Nous retrouvons ici une distinction établie par D. Gérardin et R. O'Donoghue (Gérardin D. et O'Donoghue R., *The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: The Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector*, GCLC Working Paper, n° 04/05, Bruges, 2005, 65 p.). Si la régulation sectorielle s'impose sur l'application du droit de la concurrence aux États-Unis, cela peut procéder du mécanisme d'activation des règles *antitrust*. La décision est en effet confiée à des juges de l'ordre judiciaire. Ces derniers ne disposent pas des compétences et des ressources d'un régulateur sectoriel pour évaluer les coûts et les prix et suivre la dynamique d'un marché. À l'inverse, au sein de l'Union européenne, la Commission dispose de plus de ressources, quand bien même elle ne saurait bénéficier de l'expertise d'un régulateur sectoriel. Elle porte également un objectif de construction d'un marché intérieur unifié qui peut la conduire à aller à l'encontre de décisions de régulateurs sectoriels établis sur des bases strictement nationales et qui sont de création très récente.

- B. – La permanence de deux approches différentes en matière de contrôle des pratiques des opérateurs dominants

Au-delà même des questions liées à l'articulation entre régulation sectorielle et politiques de concurrence, les divergences transatlantiques relevées dans le domaine des stratégies de compression des marges constituent un témoignage de plus des profondes différences existantes dans les interprétations qui sont faites de la section 2 du *Sherman Act* (lequel prohibe les comportements de monopolisation) et l'article 102 du TFUE (lequel sanctionne les abus de position dominante). L'application de l'article 102 s'est principalement faite dans le domaine des pratiques d'éviction. Cette approche, qui a consacré la notion de responsabilité particulière de l'opérateur dominant vis-à-vis de la préservation d'une structure de concurrence effective, n'est pas sans lien avec l'approche défendue par l'École de Fribourg (Vickers J., préc.).

Pour cette dernière, le processus de concurrence avait une valeur en lui-même. La politique de concurrence n'avait pas à se donner un objectif en termes de résultat économique (telle la maximisation du surplus du consommateur) mais devait exclusivement veiller à la protection de ce processus. Il était supposé que l'efficacité productive procéderait naturellement de cette défense du libre accès au marché. Il s'agit donc de contrôler les stratégies de marché des opérateurs les plus puissants et de les sanctionner s'ils venaient à mettre en œuvre des stratégies qui auraient pour rationalité économique plus l'entrave faite aux concurrents que l'accroissement de leur efficacité propre.

D'une certaine façon, il est implicitement requis de l'opérateur dominant qu'il consente de lui-même au sacrifice d'une partie de sa marge potentielle en renonçant à la mise en œuvre de stratégies – pourtant conformes dans le cas général aux règles de concurrence – en vue de ne pas mettre en cause la situation de marché de ses concurrents, comme le montre, par exemple, le cas des remises de fidélité accordées par une entreprise dominante (Marty F. et Pillot J., Protéger la concurrence ou protéger les concurrents ? L'affaire Intel en perspective, *Revue économique et sociale*, n° 2009-4, vol. 67, déc. 2009, pp. 65-74). Cette logique se retrouve notamment dans les développements de la Cour de justice dans sa décision préjudicielle dans *TeliaSonera*. Celle-ci insiste notamment sur le fait que l'article 102 vise non seulement les pratiques susceptibles de causer un dommage immédiat au consommateur mais aussi celles lui portant préjudice « *en portant atteinte au jeu de la concurrence* » (pt. 24). Non seulement l'opérateur dominant doit s'interdire de mettre en œuvre certaines pratiques, qui seraient pourtant acceptées si elles émanaient d'opérateurs ne bénéficiant pas de sa position de marché, mais peut être sanctionné s'il omet de prendre des précautions permettant de prévenir de tels risques d'éviction (pt. 53).

La définition de l'abus de position dominante adoptée par la Cour de justice dans *TeliaSonera* se distingue significativement de l'approche issue de l'École de Chicago, faisant du bien-être du consommateur le *criterium* de base de la politique de la concurrence. Un abus de position dominante est en effet caractérisé au travers de notions pour lesquelles une influence ordo-libérale est sensible, à savoir les restrictions apportées à la diversité des choix des consommateurs ou à l'accès au marché des concurrents, ou encore l'imposition de conditions tarifaires inégales à des prestations équivalentes (pt. 27).

À l'inverse, la section 2 du *Sherman Act* ne sanctionne que les pratiques qui ont pour effet d'acquérir, de pérenniser ou d'étendre un pouvoir de marché sur d'autres bases que celle des mérites. Le but de la section 2, telle qu'elle est interprétée depuis l'émergence de l'approche de Chicago, tient à la maximisation du bien-être du consommateur et non à la préservation d'une structure de concurrence donnée. Ce faisant, la logique portée par le juge Hand dans l'arrêt *Alcoa*, incarnée par l'obligation faite à l'opérateur dominant verticalement intégré de garantir un niveau de profit raisonnable à ses concurrents opérant en aval, ne fait plus sens aujourd'hui.

En effet, la logique sous-jacente à l'arrêt *Alcoa* peut à la fois être interprétée selon une grille de lecture structuraliste, au travers d'une interprétation du *Sherman Act* comme visant à préserver une structure industrielle déconcentrée (*Alcoa*, 148 F.2d, pt. 429), voire une grille de lecture institutionnaliste au sens de J. Commons (Bazzoli L, *L'économie politique de John R. Commons – Essai sur l'institutionnalisme en sciences sociales*, L'Harmattan, Paris, 2000, 234 p.), prescrivant d'intervenir sur les règles juridiques pour promouvoir un fonctionnement raisonnable des marchés, en l'occurrence la notion de *living profit*. Cette position fit, bien entendu, l'objet de contestations de la part des tenants de l'approche de Chicago, pour lesquels le seul et unique but de la politique de concurrence tient à la maximisation du bien-être du consommateur (« *Today Alcoa's view of the normative purpose of antitrust law more closely resembles Europe's perspective than America's* ». Sidak J. G., préc.). Les auteurs des manuels américains de référence en matière d'*antitrust* sont unanimes sur ce point. Pour R. Bork, le juge Hand dans *Alcoa* « *semble s'accorder le droit d'arbitrer entre le bien-être du consommateur et des valeurs collectives inarticulées* » (« *seems to be asserting the right to trade off consumer welfare for unarticulated social values* ». Bork R., préc.). Pour R. Posner, la théorie du ciseau tarifaire sous-jacente à l'arrêt *Alcoa* n'est rien de moins que discréditée et obsolète (Posner R., *Antitrust Law*, 2<sup>e</sup> éd., 2001).

Dans cette perspective, la politique de concurrence n'a pas vocation à sanctionner une firme qui exploiterait – au travers de tarifs supérieurs aux prix de concurrence parfaite – une position de monopole légitimement acquise. Cela a bien entendu quelques conséquences en termes d'appréciation des stratégies de compression des marges. Tout d'abord, dès lors que l'obligation de fourniture du bien amont est imposée par une régulation sectorielle, les règles de concurrence n'ont pas à s'appliquer. Ensuite, en l'absence d'une obligation de fourniture imposée dans le cadre du *Sherman Act* – obligation dont le dernier exemple remonte à notre connaissance à 1985 avec *Aspen* – l'entreprise est libre de facturer le bien amont au prix auquel elle le désire, voire de refuser de contracter. En d'autres termes, la section 2 du *Sherman Act* n'a pas vocation à sanctionner une entreprise qui exploiterait un pouvoir de marché licitement acquis. Enfin, des prix abusivement bas ne peuvent donner lieu à sanction que si et seulement si ils peuvent être établis comme prédateurs dans le cadre des conditions restrictives, par rapport aux standards européens, imposées par l'arrêt *Brooke*.

Globalement, les divergences entre les pratiques décisionnelles des autorités de concurrence européenne et américaine observées dans le domaine des stratégies de ciseau tarifaire sont en tout point comparables à celles qu'il est possible d'observer pour d'autres types de stratégies mises en œuvre par des opérateurs dominants, qu'il s'agisse de pratiques de couplage, d'activation de la théorie des facilités essentielles ou encore de rabais de fidélité (Grimes W. S., US Supreme Court Rejects Price Squeeze Claim : A High Point for Divergence between US and European Law ?, working paper n° 1024, Southern Law School, august 2010, 27 p.).

À ce titre, il convient de relever que la Cour suprême a pris dans la dernière décennie des positions systématiquement favorables à l'opérateur dominant. Cette tendance est d'autant plus marquée qu'il s'agissait systématiquement d'actions en réparation des dommages et intérêts. La dernière affaire dans laquelle une agence gouvernementale était impliquée remonte en effet à 1999 (*Dental Assoc. vs FTC*, 526 US 756). Entre 2006 et 2009, la Cour suprême a rendu huit décisions sur la base de la section 2 du *Sherman Act*. Dans chacune d'entre elles, elle rejeta l'hypothèse d'une violation de la section 2. Les raisons de la prudence extrême de la Cour suprême qui la conduisent à restreindre drastiquement le périmètre d'application de la section 2 du *Sherman Act*, ne tiennent pas seulement à l'influence de l'École de Chicago ou du moins à la mise en œuvre de critères d'appréciation de nature économique. Elle procède aussi de la prise en compte d'un coût social particulièrement élevé de cas de *faux positifs*, lié aux coûts induits pour les entreprises par l'activation des lois *antitrust* par des concurrents au titre du *private enforcement* et par les actions de suite en dommages et intérêts (Kovacic W., *Convergence and divergence in the EU and US Competition Policy, in Changes in Competition Policy over the two last decades*, Polish Office of Competition and Consumer Protection, UKOIK, 2010, pp. 469-502).

Cette crainte des *faux positifs* et des poursuites stratégiques pénalise particulièrement, dans le cadre de la pratique décisionnelle américaine actuelle, l'ensemble des incriminations sur la base de stratégies dont les contours sont relativement flous ou dont les critères d'activation ne permettent pas d'écarter une certaine part de discrétion (en ce sens l'arrêt *Twombly* de la Cour suprême prononcé en 2007 (*Bell Atlantic Corp vs Twombly*, 550 US 544) a-t-il augmenté le niveau d'exigence pesant sur les plaignants dans le cadre de procédures engagées sur la base de la section 1 du *Sherman Act* afin de limiter les risques de poursuites stratégiques imposant des coûts de défense très élevés aux entreprises incriminées, les incitant à rechercher à conclure des transactions et pouvant entraver leurs comportements de marché au détriment des consommateurs). À ce titre, les arrêts de la Cour suprême *Trinko* et *Linkline*, qui conduisent à respectivement écarter la théorie des facilités et essentielles et le ciseau tarifaire, participent de la même logique.

Il s'agit à la fois de retenir des tests économiques que l'on espère objectifs – en l'occurrence la tarification en dessous des coûts de l'arrêt *Brooke* – mais aussi et peut-être surtout d'écartier le risque de recherche d'une qualification opportune de l'abus (OCDE, Refus de vente, Table ronde de l'OCDE, DAF/COMP(2007)46, 2008). Ce dernier inciterait les plaignants à rechercher les incriminations pour lesquelles les standards de preuve sont les moins exigeants ou les plus instables. Ce faisant, il peut apparaître, dans cette perspective, plus opportun de considérer que dès lors que les effets d'une stratégie de compression des marges peuvent être assimilés – en termes économiques – à une (ou à des) pratique(s) donnée(s), la minimisation du risque de *faux positifs* passe par le recours aux critères de décisions mis en œuvre pour cette (ou ces) dernière(s) (ne pas « *traiter de façon hétérogène des pratiques qui, du point de vue économique, sont équivalentes sur la base de différences de formes qui, en substance, sont dénuées de tout fondement* ». Spector D., 2008, préc.).

Il serait possible de considérer qu'un monopole verticalement intégré soumis au risque de poursuites pour étranglement de marges pourrait être contraint de renoncer à réduire ses prix de détail afin de réduire son niveau de risque juridique... et de garantir un niveau suffisant de rentabilité à ses concurrents pour garantir leur pérennité si ce n'est leur développement.

Cependant, une telle vision doit faire l'objet d'un certain nombre de corrections. D'une part, les travaux de la synthèse post-Chicago mettent en évidence le fait que des stratégies de ciseau tarifaire peuvent avoir quelques intérêts pour l'entreprise dominante, intérêts qui ne vont pas obligatoirement, loin s'en faut, dans le sens de ceux des consommateurs finals. D'autre part, ne pas considérer la stratégie de ciseau tarifaire comme une pratique anticoncurrentielle en elle-même mais seulement comme un refus de vente en amont et/ou une prédation en aval, conduit à accorder une immunité à l'ensemble des stratégies d'éviction reposant sur un jeu sur l'écart entre les deux lames du ciseau. Or, le coût de ces *faux négatifs* sera d'autant plus élevé que les marchés ne seront pas suffisamment autorégulateurs... Ainsi, si la politique de concurrence doit effectivement se garder du risque de contrarier le processus de concurrence pour préserver une structure de marché donnée considérée comme souhaitable mais intrinsèquement artificielle (*les villages Potemkine de la concurrence régulée* ; Crandall R. W. et Singer H. J., Life Support for unaffiliated ISPs ?, Regulation, fall 2005, p. 46), il ne faut pas omettre de reconnaître que dans une optique ordo-libérale le processus de concurrence lui-même est autodestructeur (Giocoli N., Competition vs Property Rights : American Antitrust Laws, the Freiburg School and the Early Years of European Competition Policy, Journal of Competition Law and Economics, vol. 5, no 4, 2009, pp. 747-786). La concentration du pouvoir économique qui en résulte peut être d'autant plus dommageable qu'elle peut s'avérer irréversible. Dans une certaine mesure, l'intervention peut donc s'avérer nécessaire pour prévenir l'éviction des concurrents d'une entreprise (dans le même temps, les stratégies de compression des marges ne se traduisent pas toujours par des évictions. D'une part, celles-ci sont difficiles à envisager dans des marchés oligopolistiques à produits différenciés. D'autre part, il peut être de l'intérêt bien compris d'un opérateur dominant de ne pas remettre en cause l'existence même d'une frange concurrentielle. La compression des marges peut alors jouer dans le sens d'un signal « *disciplinant* » adressé aux firmes composant celle-ci), ne serait-ce que dans la mesure où, pour reprendre les termes de N. Kroes, ancienne Commissaire à la concurrence, il est impossible pour les autorités de la concurrence de *ressusciter un cadavre* (Kroes N., Exclusionary Abuses of Dominance – The European Commission's Enforcement Priorities, Fordham University Law Symposium, SPEECH/08/457, New York, 25 sept. 2008).