

DOSSIER COORDONNÉ PAR FLORA BELOT

PREMIÈRE PARTIE:

L'ARTICULATION CONSEIL DE LA CONCURRENCE à AUTORITÉS DE RÉGULATIONS SPÉCIFIQUES

ENTRETIEN AVEC MARIE-ANNE FRISON ROCHE, PROFESSEUR À PARIS-DAUPHINE

Revue Pratique du Droit de l'Entreprise : Comment articuler au mieux les compétences entre le Conseil de la concurrence et les autorités sectorielles de régulation ?

Il faut tout d'abord définir le terme de "régulation". On peut s'accorder pour dire qu'il s'agit de l'instauration ou du maintien d'un optimum dans l'organisation économique d'un secteur, lequel ne peut engendrer par ses seules forces un tel optimum.

La multiplication des autorités de régulation implique que le Conseil devienne l'interrégulateur des autorités sectorielles. Cela peut être au titre du droit substantiel, puisque, selon la règle classique, à défaut de droit spécial, le retour au droit général est la règle.

Il faut également tenir compte de la puissance de la Cour d'appel de Paris, qui connaît de la plupart des recours formés contre les décisions des autorités de régulation, comme de celles du Conseil de la concurrence. Automatiquement, la concentration des recours engendre de l'interrégulation.

C'est pourquoi il est regrettable que le droit français continue d'écarteler le droit économique entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif. Lorsque la loi de 1996 confie au Conseil d'Etat le soin de connaître des recours formés contre les sanctions prises par l'Autorité de régulation des télécommunications, alors que celles adoptées par le Conseil de la concurrence – éventuellement concernant les

mêmes faits – sont soumises à la Cour d'appel de Paris, on n'incite guère à la cohérence et on crée plutôt un risque de contradiction, d'incertitude et d'insécurité juridique. Or, les opérateurs demandent avant tout de la sécurité juridique.

Il est vrai que le droit économique produit des contentieux que l'on pourrait dire "en étoile". Ainsi, il est remarquable que ce soit le Tribunal de commerce de Paris qui a connu dernièrement d'un contentieux entre S.F.R. et France Télécom, et non le Conseil de la concurrence. Cela tenait au fait que le fondement évoqué alors était celui de la concurrence déloyale. Cela n'a pas empêché la Cour de Paris, saisie par l'effet d'un appel, de faire application de la théorie des facilités essentielles, spécificité du droit de la concurrence.

R.P.D.E.: Mais alors, est-il nécessaire de créer des autorités sectorielles de régulation ?

Les autorités sectorielles de régulation sont nées d'une approche non traditionnelle du droit. Confrontées à la technicité et à l'évolution des secteurs considérés, les branches du droit traditionnelles ont pu apparaître comme trop formelles, trop abstraites. Certes, la puissance de ce droit classique, le droit civil en premier, tient précisément au fait qu'il n'est pas d'application et de conception casuelle.

En revanche, le droit économique s'appuie sur la chose concrète, le téléphone par



Marie-Anne FRISON ROCHE

Copyright Pierre Chiquetm Photographie ©

exemple, dont il va tirer directement sa substance. Une nouvelle autorité de régulation est alors créée, parce que la considération première de l'objet économique récuse la perspective d'un droit trop général qui le dénature, du seul fait qu'il le méconnaît.

Une des conséquences de ce mouvement tient dans le fait que, par ses aspects très techniques, ce droit est encore peu approché par les juristes qui laissent les économistes et les ingénieurs s'y investir. Un enjeu de conquête des professions est né de la notion de régulation juridique sectorielle.

Mais une fois posée la nécessité – ou ce que l'on ressent comme tel – d'une création de plusieurs autorités sectorielles, s'impose l'idée ce que l'on peut désigner comme un "maillage de régulations" qui correspond aux stratégies d'opérateurs qui déploient leur activité de manière multi-sectorielle. Ils ne sont d'ailleurs guère demandeurs d'un tel maillage, parce que la globalité de leur stratégie devient alors contrôlable. Ainsi, lorsque de grands groupes privés visent à s'installer sur le marché de l'électricité, ils en réclament à forts cris la régulation, mais restent ô combien plus réticents lorsqu'on évoque, – comme le fit le Haut Conseil du secteur public dans un récent rapport – la nécessité d'une régulation du marché de l'eau.

La régulation reste distincte, même si elle devient elle-même intersectorielle, du droit de la concurrence. En effet, le droit de la régulation intervient directement dans la constitution du marché, alors que le droit de la concurrence ne fait que sanctionner a posteriori les atteintes qu'il subit. La distinction, donc la séparation – notamment institutionnelle – paraît difficilement dépassable.

DEUXIÈME PARTIE :

JUDICIARISATION DU
CONSEIL DE LA CONCURRENCE ?

PAR CHRISTOPHE PECNARD ET RICHARD RENAUDIER, ASSOCIÉS DU CABINET NOMOS

R.P.D.E. : La multiplication des autorités de régulation est-elle une exception française ?

Non, elle existe quasiment dans tous les autres pays, en tout cas les pays européens et les Etats-Unis.

Or, ce qui est vrai pour l'impératif d'une coopération entre autorités de régulation de différents secteurs, est a fortiori exact pour la coopération qui doit s'opérer entre régulateurs européens. Et, puisque nous avons affaire à des phénomènes technologiques mondiaux — spécialement en télécommunication et en télématique, ce qui engendre le casse-tête de la régulation d'internet —, on ne peut éviter d'évoquer la perspective d'une coopération mondiale des régulateurs. La coopération institutionnelle par les accords de l'Organisation Mondiale du Commerce a ici un rôle fondamental à jouer.

Enfin, la régulation n'est pas un mal nécessaire, elle est bénéfique à la vie des entreprises. La régulation doit alors s'appuyer sur le droit, phénomène très nouveau, parce que celui-ci a vocation à sécuriser les opérations économiques.

Dans cette perspective, même le procès, souvent considéré comme pathologique, doit être apprécié comme un mode normal et intégré de la construction du droit des affaires, notamment en ce qu'il est un mode de création et de circulation d'informations. Ainsi, bien que cela puisse paraître étrange par rapport à ses offices classiques, le juge finit par apparaître lui-même comme un régulateur. On comprend que les deux cultures se mélangent, ce qui explique que les autorités de régulation, quelle que soit la nature juridique qu'on veut ou ne veut pas leur prêter, doivent judiciariser leur fonction, notamment dans le respect du principe d'impartialité, comme vient de le rappeler dans l'arrêt Oury du 5 février 1999 l'Assemblée plénière de la Cour de cassation.

Institué par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, le Conseil de la concurrence a acquis, en douze ans d'existence, une place qui en fait aujourd'hui, et peut-être au-delà de l'espérance de ses promoteurs, un acteur incontournable pour assurer le respect des règles de concurrence sur le marché, et dans la vie des affaires en général.

Le débat de juristes qui avait accompagné sa création sur sa nature juridique exacte (juridiction, autorité administrative, quasi-juridiction ?) ne passionne certainement plus les opérateurs économiques, qui pour la plupart, sont familiarisés avec son existence. Le caractère non-exclusif de sa compétence qu'il partage en droit avec les juridictions de droit commun n'a pas empêché les entreprises de lui reconnaître rapidement un rôle de "juge" naturel en matière de concurrence.

Dans la pratique, cette évolution se traduit moins par les chiffres — le nombre des saisines étant tout de même passé de 105 à 120 de 1989 à 1997 — que par un élargissement progressif de sa sphère de compétence et de ses interventions dans tous les secteurs économiques : secteur des assurances, banque, télécommunications, électricité, transport aérien, etc... Cette évolu-

tion est bien évidemment parallèle à l'élargissement de l'application du droit de la concurrence, notamment aux intervenants personnes publiques, ce qui paraissait encore quasiment impensable il y a seulement dix ans (cf. avis "Mutuelle d'assurances relevant du Code de la mutualité" de 1992 ou décision "EDF" de 1996), et également à tous les secteurs économiques qui, sous l'influence du droit communautaire, s'ouvrent à la concurrence.

"Cette évolution se traduit moins par les chiffres que par un élargissement de sa sphère de compétence"

Sur un plan juridique, ce rôle privilégié tient certainement au fait que le Conseil bénéficie, sous réserve de la compétence des juridictions de droit commun, d'une exclusivité pour faire appliquer le droit de la concurrence aux secteurs économiques où ont été instituées des autorités ou commissions spécifiques (CSA, COB, ART, etc...).

Mais sur un plan pratique, c'est très certainement sa compétence technique qui lui a permis de jouer un tel rôle non contesté dans une matière — le droit de la concurrence — souvent jugée déroutante par les opérateurs économiques. A cet égard, le rôle pédagogique du Conseil ne doit pas être

négligé. Certains dirigeants d'entreprises ont même "découvert" cette matière, parfois à leur dépend, à l'occasion de saisines dans lesquelles leur entreprise se trouvait impliquée.

Le développement de son rôle peut encore s'apprécier par les sanctions de plus en plus lourdes qu'il prononce (20 MF contre BUT, 30 MF contre EDF, 148 MF contre Bouygues), qui contribuent nécessairement à renforcer son autorité.

Mais cette évolution doit surtout se mesurer par la propension de plus en plus grande des entreprises à intégrer le Conseil dans leurs stratégies judiciaires.

Malgré son rôle de régulateur du marché qui n'en fait pas un juge des litiges entre parties, il est de plus en plus appelé à intervenir pour rétablir des situations normales de concurrence à l'initiative d'entreprises. Les entreprises savent de plus en plus exploiter à leur profit la facilité de sa saisine par simple lettre, ainsi que les pouvoirs d'enquête dont il dispose grâce à l'appui des services de la DGCCRF.

Faisant ce choix, souvent payant compte tenu de la timidité naturelle des juridictions de droit commun pour appliquer le droit de la concurrence, les opérateurs économiques doivent

(suite de la deuxième partie)

pendant en mesurer les conséquences : une fois lancée, la procédure ne leur appartient plus et pourra suivre son cours contre la volonté d'une entreprise à l'origine d'une saisine (cf affaire Coca-Cola / Orangina) ; ce chemin, s'il est choisi, sera parfois long avant d'aboutir dès lors qu'une action devant les tribunaux ordinaires sera nécessaire ensuite, si l'obtention de dommages-intérêts est recherchée ; le caractère non totalement contradictoire, notamment dans la phase d'instruction, de la procédure peut également dérouter les entreprises habituées aux tribunaux ordinaires.

Il est cependant permis de s'interroger sur le caractère exorbitant d'un tel pouvoir ainsi donné aux entreprises de mettre en oeuvre, par une simple lettre, un processus qui, à certains égards, s'apparente à la mise en route de l'action publique (instruction), et peut déboucher sur des sanctions pécuniaires lourdes. C'est au Conseil lui-même qu'il appartient de faire le tri dans les saisines pour éviter les dérapages choquants.

TROISIÈME PARTIE:

L'AUTORITÉ DE RÉGULATION DES TÉLÉCOMS, UN AGITATEUR JURIDIQUE QUI S-AFFIRME...

PAR FLORA BELOT

ET YANN BREBAN, ALAIN BENSOUSSAN, CABINET D'AVOCATS

L'Autorité de Régulation des Télécommunications (ci-après ART), a été instituée par la loi du 26/07/96 réformant la réglementation des télécoms. Effectivement créée au début 1997, elle vient concrétiser le principe de séparation complète des fonctions de régulation et des fonctions d'exploitation du secteur des télécommunications, défini au niveau communautaire.

Autorité administrative indépendante en charge d'un secteur en plein développement et, guerre concurrentielle, l'ART vise à répondre à des objectifs de neutralité, de continuité et d'efficacité. Ses champs de compétence s'élargissent, de par les progrès techniques rapides des télécoms, mais aussi de par l'accroissement du poids stratégique du secteur.

Les thèmes de réflexion pour l'ART sont aujourd'hui multiples : les mobiles, avec les conditions d'attribution de nouvelles fréquences aux opérateurs, dans des bandes auxquelles ils n'avaient pas jusqu'à présent

accès afin qu'ils fournissent un service "bi-bandes" et la nouvelle génération de services mobiles UMTS ; les communications personnelles par satellites qui permettent de surmonter l'incompatibilité entre les différentes normes de téléphonie mobile terrestre (un Mémoire d'accord a été élaboré sous l'égide de l'Union Internationale des Télécommunications et signé par la Commission Européenne) ; les

"Boucle locale, technologies interne,— Autant de thèmes de réflexion et lobbying pour l'ART"

réseaux professionnels ; le dégroupage de la boucle locale, c'est-à-dire la possibilité technique pour d'autres opérateurs que France Télécom d'offrir directement des services à haut débit aux abonnés ; le marché d'Internet avec la technologie IP.

Le document du comité interministériel sur la société de l'information et le discours du Premier ministre conduisent, en outre, à envisager le développement des

activités de l'ART. On s'interroge notamment sur la participation des collectivités locales à l'essor des infrastructures télécoms, dans le respect de la concurrence. Au-delà du strict plan technique, le développement des télécoms reste ouvert sur le plan juridique, compte tenu des axes de réflexion de l'ART.

Ainsi, la décision d'assemblée plénière de la Cour de cassation du 5 février 1999 qui impose la séparation des fonctions d'instruction et de jugement pose le problème des conditions de délibération d'autres autorités comme l'ART

Une réforme pourrait donc être envisagée concernant les décisions de l'ART des 26 mars 1997 et 30 juillet 1997 portant adoption du règlement intérieur et de ses modifications.

Dès lors, tant sur le plan économique que sur le plan technique ou juridique, le secteur des télécommunications est, notamment du fait de l'ouverture à la concurrence, en plein essor.

L'électricité, déjà judiciarise'e...

Par un arrêt du 28/01/1998, la 1ère Chambre de la Cour d'appel de Paris (section concurrence) a confirmé la décision du Conseil de la concurrence du 10 décembre 1996 rendue à l'encontre d'EDF.

La Cour a reconnu que les motifs invoqués par EDF pour refuser aux producteurs indépendants d'électricité de leur acheter de l'énergie constituaient des procédés dilatoires, se soustrayant ainsi à son obligation d'achat résultant du décret du 20 mai 1955. La Cour, reconnaissant qu'il existait sur le marché de l'électricité une concurrence entre EDF et les producteurs indépendants, a considéré que de tels procédés étaient constitutifs de pratiques anticoncurrentielles, et qu'EDF avait abusé de

la dépendance économique dans laquelle se trouvaient à son égard les producteurs indépendants.

Ainsi, EDF s'est vue condamner à une amende de 30 millions de F. pour "exploitation abusive" de position dominante prohibée par l'article 8 de l'ordonnance de 86, et à verser 100 000 F au SNPIET au titre de l'article 700 du NCPC.

L'évolution du rôle du Conseil est parallèle à l'élargissement de l'application du droit de la concurrence, notamment aux intervenants personnes physiques, chose encore impensable il y a dix ans, et à tous les secteurs qui s'ouvrent à la concurrence.