



Régulateurs sectoriels et Autorité de la concurrence

Thomas Pez

DANS **REVUE DU DROIT PUBLIC** 2014/2 Mars , PAGES 358 À 378

ÉDITIONS **LEXTENSO**

ISSN 0035-2578

Date de mise en ligne : 26/09/2024

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-revue-du-droit-public-2014-2-page-358?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Lextenso.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

Régulateurs sectoriels et Autorité de la concurrence

Par **Thomas PEZ**

Agrégé des Facultés de Droit

Professeur de Droit public à l'Université de Versailles

1. L'étude des rapports des régulateurs sectoriels et de l'Autorité de la concurrence n'est pas aisée. Au-delà des *règles* qui régissent leurs relations, c'est la pratique, les *comportements* des autorités en question qu'il faut scruter pour déceler leur articulation, leur entente ou leurs désaccords. Or, il est rare que les conflits de compétence entre les autorités de régulation s'expriment publiquement (1). Il en existe cependant des illustrations qui peuvent nourrir la réflexion.

Étudier les rapports entre les régulateurs sectoriels et l'Autorité de la concurrence impose d'abord de distinguer ces autorités. Les régulateurs sectoriels constituent une catégorie hétérogène qui, en première analyse, ne trouve son unité que par opposition à cette autorité unique qu'est l'Autorité de la concurrence. L'ensemble a en commun la notion d'autorité. Seule la mission prise en charge distingue éventuellement.

2. **Régulateurs sectoriels.** Par « régulateurs sectoriels » (2) il faut entendre les *autorités de régulation sectorielle* (3) : des autorités dont la mission est la régulation sectorielle. Des autorités, tout comme l'Autorité de la concurrence, c'est dire qu'elles sont dotées « d'un *pouvoir autonome de décision ou d'influence* dans un secteur » (4). Pour la plupart, il s'agit d'autorités *administratives* indépendantes (AAI) au point que les autorités de régulation sont souvent confondues avec elles (5). Mais elles peuvent aussi prendre la forme, lorsque la personnalité

(1) B. Genevois, « Les conflits de compétence concernant les autorités administratives indépendantes », *Mélanges Sabourin*, Bruylant, 2001, p. 140.

(2) P. ex. : Décision n° 04-D-18 du 13 mai 2004 relative à une demande de mesures conservatoires, pt. 130.

(3) P. ex. : Décision n° 05-D-59 du 7 novembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'Internet haut débit, pt. 96 et 108.

(4) F. Gazier, Y. Cannac, « Les autorités administratives indépendantes », EDCE n° 35, 1983-1984, p. 13.

(5) B. Genevois, *op. cit.*, p. 125, p. 132, p. 144, p. 146 ; Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif, tome 1*, 16^e éd., LGDJ, 2001, n° 159.

morale leur est attribuée, d'autorités *publiques* indépendantes (API) (6) comme l'Autorité des marchés financiers (AMF) (7), le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) depuis la loi du 15 novembre 2013 relative à l'indépendance de l'audiovisuel public (8) ou l'Autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAF) (9). D'autres enfin ne semblent appartenir à aucune de ces catégories et sont placés auprès des ministres qui les président comme le Conseil de régulation financière et du risque systémique (Coréfris) créé par la loi du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière (10) et transformé en Haut Conseil de stabilité financière (11) qui veille, conjointement avec la Banque de France, à la stabilité du système financier (12). Que dire aussi du ministre chargé des communications électroniques, qui exerce au nom de l'État et avec l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) « la fonction de régulation du secteur des communications électroniques » (13) ?

Ces autorités constituent les éléments d'un ensemble disparate — les régulateurs (14) — qui ont en commun de poursuivre une mission de régulation sectorielle (ou horizontale) dont les mérites ont pu être vantés (15). Certaines portent d'ailleurs la régulation dans leur nom, telles l'Autorité de *régulation* des communications électroniques et des postes (ARCEP) ou la Commission de *régulation* de l'énergie (CRE) ou l'Autorité de *régulation* des jeux en ligne (ARJEL), d'autres dans leurs missions (16). Mais il ne s'agit que d'une régulation sectorielle, c'est-à-dire de la *régulation d'un domaine d'activité* (17) ou de cer-

(6) D. Truchet, *Droit administratif*, PUF, 4^e éd., 2011, p. 107-108 ; M. Degoffe, « Les autorités publiques indépendantes », AJDA, 2008, p. 622.

(7) Art. L. 621-1 du Code monétaire et financier (C. mon. et fin.).

(8) Art. 1^{er} de la loi n° 2013-1028 du 15 nov. 2013 relative à l'indépendance de l'audiovisuel public, JO du 16, texte 3., nouvel art. 3-1, al. 1 de la loi n° 86-1067 du 30 sept. 1986 relative à la liberté de communication.

(9) Art. 11 de la loi n° 2009-1503 du 8 déc. 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports, JO du 9, p. 21226, texte n° 1.

(10) Loi n° 2010-1249 du 22 oct. 2010 de régulation bancaire et financière, JO du 23, texte 1 ; art. L. 631-2 et s., C. mon. et fin.

(11) Art. 30 de la loi n° 2013-672 du 26 juill. 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires, JO du 27, texte 1.

(12) Art. L. 141-5-1, C. mon. et fin.

(13) Art. L. 32-1 I, 3^o du Code des postes et des communications électroniques (CPCE).

(14) B. du Marais, *Droit public de la régulation économique*, Amphi, Sciences-Po Dalloz, 2004, p. 509-510 ; M.-A. Frison-Roche, « Régulateur », in *Les 100 mots de la régulation*, Que sais-je?, PUF, 2011, p. 113-114.

(15) B. du Marais, *op. cit.*, p. 496.

(16) P. ex., pour l'AMF, l'art. L. 621-1, C. mon. et fin.

(17) Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes*, Rapport public 2001, EDCE n° 52, p. 275.

tains « secteurs » (18) spécialement circonscrits : le CSA n'est ainsi le régulateur que du secteur de l'audiovisuel, l'AMF que de celui des marchés financiers. Aux différents secteurs correspondent ainsi un ou plusieurs régulateurs : la régulation des communications partagée entre l'ARCEP pour les communications électroniques et le CSA pour la communication audiovisuelle, la régulation financière qui relève de l'AMF et qui mérite certainement d'être distinguée de la régulation bancaire et des assurances dont a la charge l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR).

3. Autorité de la concurrence et régulation. Selon une opinion répandue mais rarement argumentée, il n'y aurait de régulateur que sectoriel. Il conviendrait d'opposer les « régulateurs » (par construction, sectoriels) à l'Autorité de la concurrence, cette dernière apparaissant comme la seule autorité « générale » de la concurrence. L'Autorité de la concurrence (19) n'est pas un régulateur sectoriel. S'il s'agit d'une autorité, elle n'est pas une autorité de régulation sectorielle. En effet, d'une part, son intervention n'est pas limitée à un secteur particulier et, d'autre part, selon certains, l'Autorité de la concurrence ne serait pas en charge d'une régulation.

Il est vrai que le domaine d'intervention de l'Autorité de la concurrence est transversal et non sectoriel. Elle veille au *libre jeu de la concurrence* et apporte son concours au *fonctionnement concurrentiel des marchés* aux échelons européen et international (20). Elle donne notamment des avis sur toute question concernant la concurrence (21). Elle sanctionne les pratiques anti-concurrentielles (22) et contrôle les opérations de concentration (23). Elle intervient quelle que soit l'*activité économique* en cause : c'est la nature économique de l'activité qui détermine l'applicabilité des règles de concurrence. Toutes les activités de production, de distribution et de services sont concernées, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques (24), ce qui invite à qualifier l'ensemble des règles au respect desquelles elle doit veiller de « *droit commun* de la concurrence ». L'Autorité de la concurrence n'est donc assurément pas une autorité de régulation *sectorielle*.

Mais faut-il en déduire pour autant qu'elle n'est pas une autorité de *régulation* ? Nombreux sont ceux qui le pensent, qui confondent régulation et régulation sectorielle, opposent régulation et concurrence et estiment que contrairement au « *droit commun* de la concurrence » qui « est généraliste »,

(18) P. ex. : art. L. 32-1, CPCE, art. L. 131-1 du Code de l'énergie.

(19) S. Nicinski, « L'Autorité de la concurrence », RFDA 2009, p. 1237.

(20) Art. L. 461-1 du Code de commerce issu de l'art. 95 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

(21) Art. L. 462-1 et s. du Code de commerce.

(22) Art. L. 462-5 et s. du Code de commerce.

(23) Art. L. 430-3 et s. du Code de commerce.

(24) Art. L. 410-1 du Code de commerce (art. 53 de l'ord. n° 86-1243 du 1^{er} déc. 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence).

« le droit de la régulation est par hypothèse sectoriel, limité à un seul domaine d'activités » (25). Il est ainsi affirmé que l'Autorité de la concurrence, qui n'interviendrait qu'*ex post*, n'est pas un régulateur, qui aurait des pouvoirs *ex ante*, car elle « ne surveille pas en tant que tels les marchés, pas plus qu'elle ne les construit ou n'en maintient les équilibres », « ces dernières fonctions [étant] précisément dévolues au régulateur » (26). Pourraient être ainsi opposés « l'autorité générale de la concurrence » et les « régulateurs » (27) ou « régulateurs sectoriels » (28). L'Autorité de la concurrence ne participerait pas à la régulation économique ; elle ne serait pas un régulateur.

4. De nombreux argument invitent à ne pas retenir une telle présentation et à admettre pour l'Autorité de la concurrence la qualification d'« autorité de régulation » ou de « régulateur ». Le droit de la concurrence se rapproche d'une régulation de la concurrence et, symétriquement, la régulation sectorielle a vocation à laisser la place au droit commun de la concurrence (29). Alors que l'approche « sectorielle » implique la *segmentation* de la régulation, l'existence d'une autorité générale de la concurrence est susceptible de lui redonner une unité. Le système français peine à assurer la pleine cohérence de la régulation. À la multiplicité des régulateurs de la concurrence (I) répond la nécessité de leur coordination (II).

I. — LES RÉGULATEURS DE LA CONCURRENCE

5. L'opposition entre l'Autorité de la concurrence et les régulateurs sectoriels doit être remise en cause pour deux raisons : l'Autorité de la concurrence est un régulateur (A) et les régulateurs sectorielles sont des autorités de la concurrence (B).

A. — *L'Autorité de la concurrence, un régulateur de la concurrence*

6. 1° Régulateur de la concurrence. La concurrence fait elle-même l'objet d'une régulation. Même s'il faut reconnaître que le terme régulation n'est pas

(25) S. Naugès, « L'articulation entre droit commun de la concurrence et droit de la régulation sectorielle », *AJDA* 2007, p. 672.

(26) M.-A. Frison-Roche, « Autorité de la concurrence », in *Les 100 mots de la régulation*, préc., p. 26.

(27) M.-A. Frison-Roche, « L'hypothèse de l'interrégulation », in *Les risques de régulation*, Sciences-Po et Dalloz, 2005, p. 77.

(28) B. du Marais, *op. cit.*, p. 496-497.

(29) L. Boy, « Le droit de la concurrence : régulation et/ou contrôle des restrictions à la concurrence », *JCP*, I, 166, *Contrats, conc. consom.*, 2004, ét. 16 ; A. Bavasso, « Electronic Communications : A New Paradigm for European Regulation », *Common Market Law Review*, vol. 41, 2004, p. 87 ; A. Gosset-Grainville, « Le droit de la concurrence peut-il jouer un rôle d'interrégulateur? », in *Les risques de régulation*, préc., p. 157 et s.

employé dans le code de commerce à propos de l'Autorité de la concurrence, il est significatif que l'ordonnance du 13 novembre 2008 qui précise ses missions, porte dans son titre la « modernisation de la *régulation de la concurrence* » (30). La manière dont l'Autorité se conçoit elle-même et se présente est également remarquable : sur son site internet elle se décrit comme « une autorité administrative indépendante, spécialisée dans l'analyse et la *régulation du fonctionnement de la concurrence sur les marchés*, pour la sauvegarde de l'ordre public économique » (31). Le Conseil de la concurrence se voyait déjà lui-même de plus en plus comme un régulateur (32). Il n'est dès lors guère étonnant que l'expression de « *régulation concurrentielle* » puisse être employée à son propos par le vice-président du Conseil d'État (33) et que l'Autorité de la concurrence ou le Conseil de la concurrence qui l'a précédé soient classés, par certains auteurs (34) ou certains de leurs membres (35), parmi les régulateurs. L'Autorité de la concurrence est une *autorité de régulation de la concurrence* (36), un *régulateur de la concurrence*.

7. Ex ante autant qu'ex post. Cela s'explique d'abord par les missions et les pouvoirs de l'Autorité de la concurrence qui la rapprochent des régulateurs sectoriels au point de remettre en cause le paradigme qui a présidé à leur création. La conception des autorités de régulation sectorielles intervenant, *ex ante*, dans la durée pour façonner un secteur alors que l'Autorité de la concurrence n'interviendrait, *ex post*, que de façon ponctuelle (répression des comportements anticoncurrentiels) a vécu. L'Autorité de la concurrence abandonne souvent son attitude *ex post* et adopte une position *ex ante* caractéristique d'un pouvoir de régulation (37) comme en témoignent le contrôle des concentrations qu'elle opère, les engagements qu'elle négocie avec les opérateurs (38) ainsi que les

(30) Ord. n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence.

(31) http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=12. Voir aussi : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=168&id_article=431.

(32) Conseil de la concurrence, *Sanctions, injonctions, engagements, transaction et clémence : les instruments de la mise en œuvre du droit de la concurrence*, Étude thématique du Rapport public 2005, p. 102.

(33) J.-M. Sauvé, « Introduction », *Corriger, équilibrer, orienter : Une vision renouvelée de la régulation économique*, 2013, p. 7.

(34) B. du Marais, *op. cit.*, p. 515 ; D. Truchet, *Droit administratif*, Thémis, PUF, 4^e éd., 2011, p. 371.

(35) Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes*, préc., p. 6 et p. 10 ; F. Jenny, « L'environnement international d'une autorité de régulation de la concurrence », in *op. cit.*, p. 441 et s.

(36) *Ibid.*

(37) M.-A. Frison-Roche, « Autorité de la concurrence », *op. cit.*, p. 27 ; « L'hypothèse de l'interrégulation », préc., p. 75 ; S. Naugès, *op. cit.*, p. 675 et 676.

(38) F. Blanc, *Les engagements dans le droit français des concentrations*, Th. Paris II, dact., 560 p.

avis qu'elle rend (sur saisine ou autosaisine) qui sont l'occasion pour elle d'acquiescer une expertise sectorielle ou encore les mesures conservatoires ou les injonctions (39) qu'elle prononce. L'Autorité de la concurrence ne se contente pas de sanctionner les atteintes à la concurrence ; elle façonne les marchés en veillant à leur fonctionnement régulier. La concurrence rejoint la régulation.

8. 2° Régulation et police de la concurrence. Surtout, c'est à propos de l'Autorité de la concurrence que la définition la plus pertinente de la notion de régulation (40) a pu être donnée par les juges suprêmes ; il serait dès lors regrettable d'exclure que cette autorité soit en charge d'une véritable régulation.

Le Conseil constitutionnel dans sa décision du 12 octobre 2012, *Société Groupe Canal Plus et autre*, considère, en effet, que « les dispositions [...] relatives au contrôle des opérations de concentration ont pour objet d'assurer un fonctionnement concurrentiel du marché dans un secteur déterminé ; qu'en les adoptant, le législateur n'a pas porté au principe de la liberté d'entreprendre une atteinte qui ne serait pas justifiée par les objectifs de préservation de l'ordre public économique qu'il s'est assignés et proportionnée à cette fin » (41). Le Conseil d'État dans sa seconde décision d'Assemblée du 21 décembre 2012, *Société Groupe Canal Plus*, considère quant à lui « que lorsqu'elle se prononce sur une opération de concentration qui lui a été notifiée, l'Autorité de la concurrence, qui ne prononce pas une sanction, statue sur une demande qui lui est présentée et, alors même qu'elle se prononce sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, ne tranche pas une contestation sur des droits et obligations de caractère civil, mais exerce un pouvoir de police » (42). Le juge administratif suprême avait déjà, dans sa première décision d'Assemblée du 21 décembre 2012, *Société Groupe Canal Plus*, considéré que « le législateur a entendu assurer la continuité de l'exercice des pouvoirs de police en matière de concentrations antérieurement détenus par le ministre chargé de l'économie et transférés à l'Autorité de la concurrence » (43).

De la combinaison de ces trois décisions rendues à propos du contrôle des concentrations ressort une remarquable et pertinente définition de la notion

(39) G. Sofianatos, *Injonctions et engagements en droit de la concurrence : étude de droit communautaire français grec*, LGDJ, 2009, 687 p.

(40) Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes*, préc., p. 278 et s. ; B. du Marais, *op. cit.*, p. 482 et s. ; M.-A. Frison-Roche, « Régulation », in *Les 100 mots de la régulation*, préc., p. 114 et s.

(41) Cons. const. n° 2012-280 QPC du 12 oct. 2012, *Société Groupe Canal Plus et autre*, consid. 11.

(42) CE Ass., 21 déc. 2012, *Société Groupe Canal Plus*, n° 362347, consid. 20 (2nde décision).

(43) CE Ass., 21 déc. 2012, *Société Groupe Canal Plus*, n° 353856, consid. 5 (1^{re} décision).

de régulation. Si la régulation consiste, au premier sens du terme, à rendre régulier, à assurer le fonctionnement régulier, le bon fonctionnement, la régulation économique vise alors à assurer le bon fonctionnement du marché, c'est-à-dire, dans une économie libérale, le « *fonctionnement concurrentiel du marché* », pour parler comme le Conseil constitutionnel qui s'approprie les termes de la loi (44). Ce fonctionnement concurrentiel du marché, cette régulation de la concurrence, est raccordé aux « *objectifs de préservation de l'ordre public économique* » que mentionne le juge constitutionnel et auxquels font écho les « *pouvoirs de police* » que le Conseil d'État reconnaît dans le contrôle des concentrations qu'exerce l'Autorité de la concurrence.

Le lien est ainsi clairement établi par les juges suprêmes entre la *régulation* et la *police*, entre la *régulation de la concurrence* et la *police de la concurrence*. Une opinion doctrinale (45), parfois contestée (46), est aussi confirmée (47). Transposée à l'économie la notion de police recouvre l'ensemble des dimensions de la régulation : à la police administrative qui a un caractère *préventif* (empêcher les désordres) et *curatif* (rétablir l'ordre), et à la police judiciaire qui a un caractère *répressif* (poursuivre les délinquants) (48) correspondent les deux attitudes *ex ante* et *ex post* de l'Autorité de la concurrence. La régulation économique est une police économique. La police de la concurrence dont le but est la « préservation de l'ordre public économique » correspond à la régulation de la concurrence. C'est la triple confirmation que la régulation est une forme de police, que la régulation de la concurrence existe et qu'elle est notamment à la charge de l'Autorité de la concurrence.

9. Il y a donc bien une régulation de la concurrence à laquelle doit veiller l'Autorité de la concurrence dans tous les secteurs : en ce sens, elle est bien une *autorité de régulation (non sectorielle) de la concurrence* (49), le *régulateur général de la concurrence*. La régulation est une méthode, la concurrence (libre et égale) une finalité, un objectif à atteindre. La concurrence est un objet de la régulation mais elle n'est que l'un de ses objets parmi d'autres. Peuvent ainsi être opposés les régulateurs généraux aux régulateurs spécifiques (50).

(44) Art. L. 461-1 du Code de commerce.

(45) P. Delvolvé, *Droit public de l'économie*, Précis Dalloz, 1998, n° 359 et n° 422 et s. V. aussi : B. du Marais, *op. cit.*, p. 484 ; F. Blanc, *op. cit.*, préc., p. 202 et s.

(46) P. ex. : D. Truchet, *op. cit.*, p. 369 et s.

(47) V. aussi, à propos de l'ACPR, l'intitulé de la Section 2 (« Mesures de *police administrative* ») du Chapitre 2 du Titre 1^{er} du Livre VI du Code monétaire et financier.

(48) P. Delvolvé, *Le droit administratif*, 5^e éd., Dalloz, 2010, p. 38.

(49) V. aussi : D. Truchet, *op. cit.*, p. 371 qui distingue régulation horizontale (règles de la concurrence ou de la consommation) et régulation verticale (ou sectorielle).

(50) M.-A. Frison-Roche, « L'hypothèse de l'interrégulation », préc., p. 71. Dans le même sens : B. du Marais, *op. cit.*, p. 496-497 et p. 515.

B. — *Les régulateurs sectoriels, des autorités de la concurrence*

10. L'Autorité de la concurrence est une autorité de régulation mais uniquement de la concurrence : elle veille au fonctionnement concurrentiel du marché. C'est ce qu'il faut entendre du bon fonctionnement du marché lorsqu'elle en a la charge. Le droit de la régulation va toutefois au-delà du droit de la concurrence. Les régulateurs sectoriels sont aussi des autorités de la concurrence mais ils ne sont assurément pas que cela.

11. 1° **La concurrence comme objectif.** Les régulateurs sectoriels sont aussi des régulateurs de la concurrence. La libre et égale concurrence est l'un des objectifs qu'ils poursuivent parmi tant d'autres. Les analyses concurrentielles du marché auxquelles ils se livrent sont les mêmes que celles dont est coutumière l'Autorité de la concurrence : ils utilisent les mêmes raisonnements et les mêmes outils. La distinction entre concurrence et régulation s'estompe au sein d'institutions qui les regroupent à l'instar de l'*Ofcom (Office of Communications)* qui est « *régulateur indépendant et autorité de la concurrence* » en matière de communications au Royaume-Uni (« *Independent regulator and competition authority for the UK communications industries* ») (51) ou sous l'impulsion du juge qui comme la Cour suprême des États-Unis (52) reconnaît que dans certaines conditions l'autorité de régulation sectorielle est aussi à même de remplir correctement une fonction d'autorité de contrôle de la concurrence (53).

Les dispositions législatives françaises sont nombreuses qui assignent aux régulateurs sectoriels cette mission qu'ils partagent ainsi avec l'Autorité de la concurrence. Cela est une évidence pour ceux qui veillent à la régulation économique des marchés financiers, bancaires et de l'assurance (AMF et ACPR). Cela est encore vrai pour ceux qui participent à la régulation technique d'autres secteurs. Les régulateurs sectoriels peuvent dès lors être considérés comme des autorités sectorielles de la concurrence, des autorités en charge des « polices spéciales de la concurrence » (54).

La CRE « veille, en particulier, à ce que les conditions d'accès aux réseaux de transport et de distribution d'électricité et de gaz naturel n'entravent pas le *développement de la concurrence* » (55). Le CSA accorde les autorisations d'usage des fréquences en appréciant l'intérêt de chaque projet pour le public, au regard des impératifs prioritaires que sont notamment « *la diversification des opérateurs, et la nécessité d'éviter les abus de position dominante ainsi que les pratiques entravant le libre exercice de*

(51) <http://www.ofcom.org.uk>

(52) 25 juin 2004, *BellSouth Corporation v. Covad Communications Company*, 540 U.S. 1147 (2004).

(53) S. Naugès, *op. cit.*, p. 674-675.

(54) P. Delvolvé, *Droit public de l'économie*, préc., n° 459.

(55) Art. L. 131-1, al. 2 du Code de l'énergie.

la concurrence » (56). Il « adresse des recommandations au Gouvernement pour le développement de la concurrence dans les activités de radio et de télévision » (57). Il a même été pendant un temps en charge du contrôle des concentrations économiques dans le secteur de la communication audiovisuelle mais cette compétence ne lui soit retirée au profit de l'Autorité de la concurrence (58).

L'ARCEP veille « à assurer la pérennité du service universel [postal] tout en veillant à l'exercice d'une *concurrence loyale* » (59) et « à l'exercice au bénéfice des utilisateurs d'une *concurrence effective et loyale* entre les exploitants de réseau et les fournisseurs de services de communications électroniques » et, à ce titre, « à l'exercice de la *concurrence relative à la transmission des contenus* et, lorsque cela est approprié, à la promotion d'une *concurrence fondée sur les infrastructures* » (60). Elle doit également s'assurer du « respect de la *concurrence* sur le marché et du principe de non-discrimination » (61) ainsi que de « l'égalité des conditions de la *concurrence* » (62). Le Code des postes et des communications électroniques comporte d'ailleurs un ensemble de dispositions relatives aux opérateurs exerçant une influence significative sur un marché du secteur des communications électroniques (63).

L'ARAF « concourt au bon fonctionnement du service public et des *activités concurrentielles* de transport ferroviaire, au bénéfice des usagers et clients des services de transport ferroviaire », « veille en particulier à ce que les conditions d'accès au réseau ferroviaire par les entreprises ferroviaires *n'entravent pas le développement de la concurrence* » et « veille à ce que l'accès aux capacités d'infrastructure sur le réseau et aux différentes prestations associées soit *accordé de manière équitable et non discriminatoire* » (64). Elle veille également à ce que « les règles de la séparation comptable [...] les règles d'imputation, les périmètres comptables et les principes régissant les relations financières entre les activités comptablement séparées, qui sont proposés par les opérateurs [...] ne permettent aucune discrimination, subvention croisée ou *distorsion de concurrence* » (65). D'ailleurs les membres de l'ARAF sont

(56) Art. 29 de la loi n° 86-1067 du 30 sept. 1986 relative à la liberté de communication (dite « Loi Léotard ») modifiée.

(57) Art. 17 de la loi du 30 sept. 1986 précitée.

(58) B. Genevois, *op. cit.*, p. 137 et s.

(59) Art. L. 5-2, CPCE.

(60) Art. L. 32-1 II, 2°, CPCE.

(61) Art. L. 32-1 II, 3° *bis*, CPCE.

(62) Art. L. 32-1 II, 4°, CPCE.

(63) Art. L. 37-1 et s., CPCE.

(64) Art. 11 de la loi n° 2009-1503 du 8 déc. 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports, JO du 9, texte 1.

(65) Art. 15 IV de la loi n° 2009-1503 du 8 déc. 2009, préc.

« nommés en raison de leur compétence en matière ferroviaire, économique ou juridique, *ou pour leur expertise en matière de concurrence* » (66).

12. Au-delà des dispositions législatives, la jurisprudence du Conseil d'État impose à toute autorité administrative le respect du droit de la concurrence (67). Ce dernier fait partie du bloc de légalité que les décisions des régulateurs doivent respecter. Les régulateurs sectoriels sont ainsi un peu plus encore des autorités de la concurrence. Le respect de la concurrence est une de leur mission autant que l'un de leur devoir ; ils veillent au respect du droit de la concurrence autant qu'ils y sont soumis.

13. 2° **Au-delà de la concurrence.** Les régulateurs sectoriels n'ont pas pour première fonction de veiller au respect de la concurrence. Les textes leur assignent un cadre d'action plus large et des missions spéciales qui dépendent du secteur qu'ils ont la charge de réguler et qui vont au-delà des seules préoccupations économiques et du respect de la concurrence (68).

Ainsi l'ARCEP qui exerce « la fonction de régulation du secteur des communications électroniques » (69) précise les règles concernant les conditions d'utilisation des fréquences, délivre les autorisations d'utilisation des fréquences qui lui sont attribuées (70) en veillant à la réalisation d'objectifs d'intérêt général parmi lesquels figurent la fourniture et le financement du *service public* des communications électroniques, le développement de l'emploi, la protection de l'environnement et de la santé, la défense et la sécurité publique (71) ainsi que l'aménagement du territoire (72). Le CSA qui est en charge de la régulation de la communication audiovisuelle autorise et contrôle l'usage des fréquences attribuées à des usages de radiodiffusion (73) en veillant à des « impératifs prioritaires » parmi lesquels « la sauvegarde du pluralisme des courants d'expression socio-culturels » (74). La CRE a qui incombe la fonction de régulation du secteur a pour mission de concourir au bon fonctionnement des marchés de l'électricité et du gaz naturel (75) en

(66) Art. 12 de la loi n° 2009-1503 du 8 déc. 2009, préc.

(67) CE Sect., 3 nov. 1997, Société Million et Marais, Rec. 406, ccl. Stahl ; GAJA 19^e éd., n° 98.

(68) B. Lasserre, « Régulation, mode d'emploi », Sociétal, n° 30, 2000, p. 77-78 ; J.-M. Sauvé, « Introduction », *Corriger, équilibrer, orienter : Une vision renouvelée de la régulation économique*, 2013, p. 5 et 8 ; M.-A. Frison-Roche, « Régulation », in *Les 100 mots de la régulation*, préc., p. 114 et s. ; A. Gosset-Grainville, *op. cit.*, p. 154.

(69) Art. L. 32-1 I, 3^e, CPCE.

(70) Th. Pez, *Le domaine public hertzien. Attribution et exploitation des fréquences radioélectriques*, Systèmes, LGDJ, 2011, p. 49 et s.

(71) Art. L. 32-1, CPCE.

(72) Art. L. 42-1, CPCE.

(73) *Op. cit.*, p. 86 et s.

(74) Art. 29 de la loi n° 86-1067 du 30 sept. 1986 relative à la liberté de communication (dite « Loi Léotard ») modifiée.

(75) Art. L. 131-1 du Code de l'énergie.

cohérence avec certains objectifs dont l'indépendance stratégique de la nation, la sécurité d'approvisionnement, la préservation de la santé humaine et de l'environnement en particulier en luttant contre l'aggravation de l'effet de serre, la cohésion sociale et territoriale en assurant l'accès de tous à l'énergie (76). L'ACPR est l'organe de supervision français de la banque et de l'assurance qui « veille à la préservation de la stabilité du système financier et à la protection des clients, assurés, adhérents et bénéficiaires des personnes soumises à son contrôle » (77).

14. Que les régulateurs sectoriels aient des objectifs autres que le fonctionnement concurrentiel du marché explique leur complémentarité avec l'Autorité de la concurrence : ils interviennent à des moments différents de l'évolution des marchés (78). Que la concurrence soit leur objectif commun explique aussi certaines tensions et certains de leurs désaccords.

II. — LA CONCURRENCE DES RÉGULATEURS

15. La concurrence des régulateurs s'explique dans la mesure où « l'applicabilité des règles de concurrence n'est pas exclue, dès lors que les dispositions sectorielles concernées laissent aux entreprises qui y sont soumises la possibilité d'un comportement autonome susceptible d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence » (79). La multiplication des régulateurs de la concurrence les obligent, afin d'éviter les conflits et « le risque de l'incohérence » (80), à collaborer (81). La concurrence a un double sens. Elle est une *rencontre* (agir ensemble, de concert, à égalité) autant qu'une *rivalité* (l'opposition, la lutte). La rencontre prend la forme du dialogue des régulateurs (A), la rivalité celle des conflits entre régulateurs (B).

A. — *Le dialogue des régulateurs*

16. À l'image des juges, les régulateurs dialoguent. L'Autorité de la concurrence et les régulateurs sectoriels sont incités, parfois contraints à engager un dialogue sur la concurrence. Les règles se sont multipliées en ce sens qui s'efforcent de procéder à un règlement, en amont, des risques de divergences. Il s'agit d'un dialogue et non d'un monologue, les autorités pouvant

(76) Art. L. 100-1 du Code de l'énergie.

(77) Art. L. 612-1, C. mon. et fin.

(78) B. Lasserre, *op. cit.*, p. 78 ; Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes*, préc., p. 380 ; B. du Marais, *op. cit.*, p. 496-497.

(79) Commission européenne, décision n° 2003/707/CE du 21 mai 2003, aff. COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579, *Deutsche Telekom AG* ; Cons. conc., décision n° 04-D-22 du 21 juin 2004 dite « Primaliste longue distance ».

(80) M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les risques de régulation*, préc., p. 67 et s.

(81) D. Truchet, *op. cit.*, p. 372.

se saisir mutuellement. Le dialogue est parfois imposé, parfois facultatif. Il est parfois à l'initiative du régulateur sectoriel, parfois à l'initiative de l'Autorité de la concurrence. Les régulateurs de la concurrence doivent ou peuvent se *consulter* dans certains cas et se *communiquer* certaines informations. La multiplication des procédures de consultation et de communication croisées est une source de complexité, d'autant plus qu'il existe également des dialogues entre les régulateurs sectoriels eux-mêmes (82) ou avec les autorités de la concurrence étrangères ou européennes (83), informels (84) ou institutionnalisés (85), afin d'« assurer la cohérence de la régulation du secteur » (86). L'ensemble est parfois réuni sous le vocable de l'« interrégulation » (87).

17. 1° À l'initiative du régulateur sectoriel. Obligation de saisine par les régulateurs sectoriels de l'Autorité de la concurrence (pratiques anticoncurrentielles). Les régulateurs sectoriels ont l'obligation de saisir l'Autorité de la concurrence des pratiques entravant le libre exercice de la concurrence, spécialement des abus de position dominante et des ententes illicites dont ils ont connaissance dans leur secteur d'activité respectif. Les dispositions législatives qui le prévoient emploient l'indicatif et revêtent un caractère impératif (88). Elles sont nombreuses et leur rédaction est le plus souvent similaire : les textes disposent généralement que le (président du) régulateur sectoriel « *saisit* l'Autorité de la concurrence des *pratiques anticoncurrentielles* dont il a connaissance dans les secteurs » qui le concerne. C'est dire que la police générale des pratiques anticoncurrentielles relève, en principe, de l'Autorité de la concurrence.

Une telle obligation de saisir l'Autorité de la concurrence s'impose ainsi à la CRE (89) dans les secteurs de l'électricité ou du gaz naturel, à l'ARAF (90)

(82) P. ex. : art. L. 621-33, C. mon. et fin. (AMF et CSA) et art. L. 621-21 CMF (AMF et CRE).

(83) Art. 3.5 de la directive 2002/21/CE du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques ; art. L. 36-5, al. 3, CPCE ; art. L. 462-9 du Code de commerce ; art. L. 631-1 et s. et R. 632-1 et s., C. mon. et fin.

(84) *Processus Lamfalussy* en matière financière ou *processus de Madrid* en matière énergétique.

(85) Agence de coopération des régulateurs de l'énergie (ACER) et Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE).

(86) Art. 3 II 1 de loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne (Comité consultatif des jeux).

(87) M.-A. Frison-Roche, « L'hypothèse de l'interrégulation », préc., p. 69 et s. ; « Interrégulation », préc. ; J.-M. Sauvé, *op. cit.*, p. 7.

(88) Cons. const., décision n° 2007-561 DC du 17 janv. 2008, JO du 22, p. 1131, cons. 17.

(89) Art. L. 134-16 Code de l'énergie.

(90) Art. 27 de la loi n° 2009-1503 du 8 déc. 2009, préc.

dans le secteur du transport ferroviaire et à l'ARJEL (91) dans le secteur des jeux en ligne. Elle s'impose encore au CSA dans les secteurs de la radio, de la télévision et des services de médias audiovisuels à la demande (92) avec une particularité notable : le CSA *peut assortir sa saisine d'une demande de mesures conservatoires* dans les conditions prévues à l'article L. 464-1 du code de commerce. Le CSA peut demander ces mesures conservatoires mais il n'est pas certain de pouvoir les obtenir : l'Autorité de la concurrence qui est seule compétente pour les prononcer a le dernier mot. L'obligation de saisir l'Autorité de la concurrence des pratiques anticoncurrentielles s'impose toujours à l'ARCEP dans le domaine des activités postales (93) comme dans le secteur des communications électroniques (94). Elle est alors doublée d'une seconde obligation de saisine dans le cadre des analyses de marché : pour établir la liste des opérateurs réputés exercer une influence significative sur un marché du secteur des communications électroniques l'ARCEP doit d'abord déterminer, au regard notamment des obstacles au développement d'une concurrence effective, les marchés pertinents, ce qu'elle ne peut faire qu'après avis de l'Autorité de la concurrence (95).

Il faut relever que cette procédure de saisine imposée de l'Autorité de la concurrence par les régulateurs sectoriels ne s'applique qu'aux pratiques anticoncurrentielles (96) et non au contrôle de la concentration économique (97). Dans ce dernier cas, c'est à l'Autorité de la concurrence qu'il revient de recueillir l'avis de certains régulateurs sectoriels.

18. Faculté de saisine sur toutes autres questions relevant de la compétence de l'Autorité de la concurrence. Il est généralement prévu que le président du régulateur sectoriel « *peut également saisir* pour avis l'Autorité de la concurrence de toute autre question relevant de sa compétence ». Cette faculté est expressément prévue pour la CRE (98), le CSA (99), l'ARCEP en sa qualité de régulateur tant des activités postales (100) que des communications électroniques (101), l'ARAF (102) et l'ARJEL (103). L'Autorité de la concurrence se présente ainsi comme une sorte de « guichet unique » vers

(91) Article 39 de la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010, préc.

(92) Art. 41-4 de la loi du 30 sept. 1986, préc. V. aussi art. 17 al. 2 de la même loi.

(93) Art. L. 5-8, CPCE.

(94) Art. L. 36-10, CPCE.

(95) Art. L. 37-1, CPCE.

(96) Art. L. 420-1 et s. du Code de commerce.

(97) Art. L. 430-1 et s. du Code de commerce.

(98) Art. L. 134-16 du Code de l'énergie.

(99) Art. 41-4 de la loi du 30 sept. 1986, préc.

(100) Art. L. 5-8, CPCE.

(101) Art. L. 36-10, CPCE.

(102) Art. 27 de la loi n° 2009-1503 du 8 déc. 2009, préc.

(103) Article 39 de la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010, préc.

lequel les régulateurs sectoriels peuvent se retourner pour toute question relative à la concurrence, ce qui consacre son expertise dans ce domaine. Cette faculté de saisine concerne toute question relative à la concurrence, ou pour le dire autrement et parler comme les textes, qui relève de la compétence de l'Autorité de la concurrence. Les pratiques anticoncurrentielles ne sont donc pas les seules concernées, le contrôle des concertations économiques l'est également comme le prévoit d'ailleurs expressément la disposition relative au CSA (104).

19. 2° À l'initiative de l'Autorité de la concurrence. Concentrations économiques : l'autorité de la concurrence recueille l'avis du régulateur sectoriel. Parfois la logique est inversée : c'est à l'Autorité de la concurrence qu'incombe l'obligation de saisir le régulateur sectoriel. C'est spécialement le cas en matière de concentrations économiques. L'Autorité de la concurrence doit recueillir l'avis du régulateur sectoriel avant de se prononcer sur l'opération de concentration. Cette obligation ne s'impose pas aussi généralement que celle qui incombe aux régulateurs sectoriels en matière de pratiques anticoncurrentielles. D'abord, parce qu'elle ne s'applique que lorsque l'opération de concentration fait l'objet d'un examen approfondi en application du dernier alinéa du III de l'article L. 430-5 du Code de commerce. Ensuite, parce que l'Autorité de la concurrence n'y est soumise qu'à l'égard d'un nombre restreint de régulateurs sectoriels. Y échappent spécialement les secteurs dans lesquels la position dominante de l'opérateur historique est encore marquée. L'Autorité de la concurrence n'a ainsi pas l'obligation de recueillir l'avis de la CRE ou de l'ARAF en matière de concentration économique dans les secteurs de l'électricité et du gaz ou du transport ferroviaire.

En revanche dans les domaines d'activité où la concurrence est davantage développée, les régulateurs sectoriels doivent être consultés par l'Autorité de la concurrence à propos des opérations de concentration. Tel est spécialement le cas du CSA qui a perdu sa compétence pour contrôler les opérations de concentration dans le secteur de l'audiovisuel (105) mais a conservé un droit de regard sur la procédure suivie devant l'Autorité de la concurrence. Le même dispositif a été repris pour l'ACPR. Lorsqu'une opération de concentration concernant, directement ou indirectement, une personne soumise au contrôle soit du CSA (106) soit de l'ACPR (107) fait l'objet d'un examen approfondi, l'Autorité de la concurrence recueille, avant de se prononcer, l'avis de ces régulateurs sectoriels. Elle leur communique à cet effet toute saisine relative à de telles opérations. Le CSA et l'ACPR transmettent leurs avis ou observations à l'Autorité de la concurrence dans un délai d'un mois suivant la réception de cette communication.

(104) Art. 41-4 de la loi du 30 sept. 1986 précitée.

(105) B. Genevois, *op. cit.*, p. 137 et s.

(106) Art. 41-4 de la loi du 30 sept. 1986, préc.

(107) Article L. 612-22 du Code des marchés financiers

20. Obligation de saisine sur les pratiques anticoncurrentielles dans le secteur des communications. Une autre obligation de saisine s'impose à l'Autorité de la concurrence en matière de pratiques anticoncurrentielles. Elle est limitée au seul secteur des communications (électroniques et audiovisuelle) et bénéficie à l'ARCEP et au CSA. Il est en effet prévu que « l'Autorité de la concurrence recueille également l'avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel sur les *pratiques anticoncurrentielles* dont elle est saisie dans les secteurs de la radio, de la télévision et des services de médias audiovisuels à la demande » (108) et qu'elle recueille l'avis de l'ARCEP « sur les *pratiques* dont elle est saisie dans le secteur des communications électroniques » (109).

21. Faculté de consultation. Une simple faculté de consultation des autres régulateurs sectoriels est parfois prévue par la loi. Ainsi, l'Autorité de la concurrence « peut également saisir la commission [de régulation de l'énergie], pour avis, de toute question relative aux secteurs de l'électricité ou du gaz naturel » (110). Lorsqu'elle est consultée par l'Autorité de la concurrence sur des pratiques dont cette dernière est saisie dans le secteur de l'électricité ou du gaz, la CRE joint à son avis tous les éléments utiles à l'instruction de l'affaire qui sont en sa possession. La même possibilité est offerte à l'Autorité de la concurrence de saisir pour avis l'ARAF de toute question relative au secteur du transport ferroviaire (111) et l'ARJEL de toute question relative au secteur des jeux en ligne (112). Cette faculté de consultation est particulièrement mise en œuvre dans le cadre des instructions devant l'Autorité de la concurrence.

22. Obligation de communiquer toute saisine en cours d'instruction. Dans le même cadre, l'Autorité de la concurrence a l'obligation de communiquer toute saisine entrant dans le champ de compétence des différents régulateurs sectoriels. Cette obligation est prévue pour l'ARCEP (113), le CSA (114), la CRE (115), l'ARJEL (116), l'ARAF (117).

23. Dans le même ordre d'idée, l'Autorité de la concurrence doit communiquer à l'ACPR la « notification de griefs » adressée aux établissements (de crédit, de monnaie et de paiement) entrant dans le champ de compétence de ce régulateur sectoriel lorsqu'ils sont soupçonnés d'une violation du droit de la concurrence.

(108) Art. 41-4, al. 2 de la loi du 30 sept. 1986, préc.

(109) Art. L. 36-10, CPCE.

(110) Article L. 134-16 du Code de l'énergie.

(111) Art. 27 de la loi n° 2009-1503 du 8 déc. 2009, préc.

(112) Art. 39 II de la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010, préc.

(113) Art. L. 5-8 (activités postales) et L. 36-10 (communications électroniques) du CPCE.

(114) art. 41-4 de la loi du 30 sept. 1986, préc.

(115) Art. L. 134-16 du Code de l'énergie.

(116) Art. 39 de la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010, préc.

(117) Art. 27 de la loi n° 2009-1503 du 8 déc. 2009, préc.

L'ACPR rend alors un avis dans un délai de deux mois. L'article L. 511-4 du Code monétaire et financier qui prévoit cette procédure mêlant échange d'information et consultation précise que « *dans l'hypothèse où l'Autorité de la concurrence prononce une sanction à l'issue de la procédure prévue [par le] code de commerce, elle indique, le cas échéant, les raisons pour lesquelles elle s'écarte de l'avis de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution* » (118). C'est dire que l'Autorité de la concurrence a, là encore, le dernier mot mais qu'elle doit motiver d'autant plus sa décision en cas de désaccord.

B. — *Les conflits entre régulateurs*

24. Le dialogue est certainement le meilleur moyen de prévenir les conflits. Mais il tourne parfois au dialogue de sourds. Des conflits (119) peuvent apparaître entre régulateurs sectoriels et entre ceux-ci et l'Autorité de la concurrence. La résolution de ces conflits n'est pas toujours aisée mais elle est nécessaire notamment pour prévenir tout risque d'incohérence de la régulation et éviter que les opérateurs n'en jouent en choisissant le régulateur qui leur convient mieux.

25. 1° Existence de conflits. L'existence de conflits entre les régulateurs de la concurrence s'expliquent par la multiplication des autorités chargées de faire respecter la concurrence éventuellement sur le même marché. Ces conflits existent à l'étranger (120) autant qu'en France. Les conflits entre l'Autorité de la concurrence et les régulateurs sectoriels ne sont pas négligeables comme l'illustre les exemples suivants.

Des divergences remarquables sont apparues entre le CSA et le Conseil de la concurrence lorsque le Gouvernement a souhaité, en 1999, mettre fin à l'exclusion du secteur de la communication audiovisuelle du champ de compétence des autorités de la concurrence en matière de contrôle des concentrations (121).

Une opposition marquée s'est également manifestée entre l'ARCEP et l'Autorité de la concurrence à propos des conditions de mutualisation et d'itinérance sur les réseaux mobiles. Les avis croisés des deux régulateurs (122)

(118) Art. L. 511-4, C. mon. et fin.

(119) B. Genevois, *op. cit.*, p. 137 et s. ; B. du Marais, *op. cit.*, p. 496 et s. ; M. Medjnah, *Les rapports entre autorités de régulation en matière de concurrence*, L'Harmattan, 2013, p. 169 et s.

(120) B. Carsberg, « Regulation : Special versus general », in M. Beesley (ed.), *Utility Regulation : Challenge and Response*, IEA, Londres, 1995.

(121) B. Genevois, *op. cit.*, p. 137 et s.

(122) ARCEP, Avis n° 2012-1627 du 20 déc. 2012 sur la demande d'avis de l'Autorité de la concurrence relatif aux conditions de mutualisation et d'itinérance sur les réseaux mobiles ; Autorité de la concurrence, Avis n° 13-A-08 du 11 mars 2013 relatif aux conditions de mutualisation et d'itinérance sur les réseaux mobiles.

font apparaître des appréciations différentes sur les formes souhaitables de partage des infrastructures pour les réseaux mobiles. Les autorités ont marqué leur position dans des communiqués de presse (123) dont le langage feutré peine à masquer les divergences. Alors que l'ARCEP a fait prévaloir le *partage des infrastructures* afin de permettre l'entrée d'un quatrième opérateur sur le marché de la téléphonie mobile (Free Mobile), l'Autorité de la concurrence rappelle que la *concurrence par les infrastructures* est un modèle qu'il convient de préserver et souligne que le partage des infrastructures fait courir des « risques concurrentiels » qui « peuvent perturber le marché ». L'affaire a fait grand bruit au point que le Gouvernement n'a pas hésité à souligner les défaillances du régulateur sectoriel et a pu songer à réduire ses pouvoirs.

D'autres conflits pourraient être relevés qui traduisent des dysfonctionnements de la régulation tel celui qui s'est exprimé publiquement dans l'affaire Schneider-Legrand dans laquelle le refus de l'Autorité de la concurrence a fait suite au blanc-seing de l'AMF (124) ou celui relatif au secteur de l'internet haut débit qui a opposé l'ART et le Conseil de la concurrence (125).

26. 2° Résolution des conflits. Différentes modalités de résolution des conflits entre les régulateurs sectoriels et l'Autorité de la concurrence sont envisageables.

27. Absence de répartiteur des compétences. La première qui vient à l'esprit consisterait à instituer un répartiteur des compétences qui, à l'image du Tribunal des conflits, du Conseil d'État ou du Conseil constitutionnel, déterminerait, dans chaque cas, la seule autorité compétente pour exercer le pouvoir qu'elle partage avec d'autres. Les régulateurs de la concurrence ayant en commun le *pouvoir* de veiller au respect de la concurrence, une question de *compétence* (126) se pose et mériterait d'être tranchée. On aurait pu songer à conférer ce rôle à l'Autorité de la concurrence qui est sans doute le régulateur général de la concurrence. Mais aucun texte ni aucun principe ne le prévoit. Seules des obligations de saisine sont prévues mais elles ne concernent le plus souvent que les pratiques anticoncurrentielles et ne s'imposent pas à tous les régulateurs sectoriels (cf. *supra*).

28. La loi spéciale déroge à la loi générale. D'autres solutions sont dès lors envisageables (127). La première consiste à faire prévaloir la loi spéciale sur la loi générale. C'est la solution qu'a pu semblé faire prévaloir le Conseil

(123) « L'ARCEP prend connaissance de l'avis équilibré de l'Autorité de la concurrence sur les conditions de mutualisation et d'itinérance sur les réseaux mobiles », Communiqué de presse de l'ARCEP du 11 mars 2013.

(124) M.-A. Frison-Roche, « L'hypothèse de l'interrégulation », préc., p. 76.

(125) S. Naugès, *op. cit.*, p. 676.

(126) Ph. Théry, v. *Compétence*, in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 247.

(127) B. Genevois, *op. cit.*, p. 145-146.

d'État dans une affaire concernant l'articulation entre la régulation bancaire et la régulation concurrentielle. Dans sa décision du 16 mai 2003, *Fédération des employés et cadres (CGT-FO)* (128), relative à l'opération de concentration du Crédit Agricole et du Crédit Lyonnais, il considère que l'habilitation donnée par le législateur au Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI qui a fusionné au sein de l'ACPR) pour préserver le bon fonctionnement du système bancaire « ne lui donne pas compétence pour procéder à un contrôle d'une opération de concentration en assortissant sa décision d'agrément de conditions particulières tenant au respect de la concurrence ». Le juge administratif relève toutefois qu'il appartient au régulateur sectoriel « — comme à toute autorité administrative détenant des pouvoirs dont l'exercice est susceptible d'affecter des activités de production, de distribution et de services — de rechercher, dans l'exercice des pouvoirs d'agrément que lui confère le code monétaire et financier, si une opération soumise à son autorisation conduit nécessairement à l'exploitation abusive d'une position dominante [...] et, dans l'affirmative, d'interdire cette opération ». Mais il conclut « qu'une telle obligation *ne l'investit pas d'une compétence générale pour contrôler à titre préventif les opérations de concentration*, lesquelles ne sont pas prohibées, et les soumettre à des conditions fondées sur une appréciation des risques pour la concurrence qui n'est prévue par aucun texte ».

29. Application simultanée de la régulation sectorielle et de la régulation de la concurrence. La deuxième solution consisterait à appliquer simultanément la régulation sectorielle et la régulation de la concurrence. Cette solution envisagée pour le droit français rejoint celle retenue aux États-Unis (129). Dans son arrêt *Trinko* (130) la Cour suprême n'accorde pas à la réglementation sectorielle de primauté sur le droit de la concurrence. C'est dire qu'un opérateur qui se conformerait aux exigences du régulateur sectoriel n'est pas pour autant dispensé de respecter aussi celles qui sont issues du droit général de la concurrence. Néanmoins, sous certaines conditions (131), l'autorité en charge de la régulation sectorielle est considérée par la Cour suprême comme remplissant correctement une fonction d'autorité de contrôle de la concurrence (132). Dans un tel cas, le recours à l'autorité générale de la concurrence est exclu dans la mesure où le régulateur sectoriel a déjà rempli son office : un opérateur ne peut invoquer le droit commun de la concurrence, non parce que la régulation sectorielle écarterait toute action fondée sur la violation du droit commun de la concurrence, mais parce que la régu-

(128) CE, 16 mai 2003, *Fédération des employés et cadres (CGT-FO)*, n° 255482.

(129) S. Naugès, *op. cit.*, p. 672 et s.

(130) 13 janv. 2004, *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of V. Trinko LLP*, 540 U.S. 398 (2004).

(131) 25 juin 2004, *BellSouth Corporation v. Covad Communications Company*, 540 U.S. 1147 (2004).

(132) S. Naugès, *op. cit.*, p. 675.

lation sectorielle impose déjà à l'opérateur un comportement suffisamment concurrentiel (133). La transposition en droit français de cette solution qui permettrait certainement de limiter les conflits entre les différents régulateurs impliquerait que l'Autorité de la concurrence prenne davantage en compte le respect de la concurrence qu'impose déjà souvent l'existence d'une régulation sectorielle.

30. Faire prévaloir le droit commun de la concurrence. Une autre solution envisageable consisterait à faire prévaloir le droit commun de la concurrence sur le droit spécial de la régulation sectorielle (134). C'est ce qui est déjà largement pratiqué pour une raison simple : l'Autorité de la concurrence intervenant encore le plus souvent *ex post*, elle a le dernier mot. Or, en droit aussi, l'autorité qui se prononce en dernier est souvent celle qui emporte la décision. Ce mode de résolution des conflits entre les régulateurs n'est toutefois pas pleinement satisfaisant car les préoccupations des régulateurs sectoriels et de l'Autorité de la concurrence ne se superposent pas parfaitement, les premiers ayant d'autres missions que le respect de la concurrence (135). Il se rapproche pourtant du système britannique dans lequel la *Competition Commission* « sert en quelque sorte de tribunal d'appel et d'instrument de mise en œuvre des décisions des régulateurs sectoriels » (136). La Cour d'appel (judiciaire) de Paris joue également un rôle d'harmonisation en sa qualité de juge des décisions de l'Autorité de la concurrence et de certaines de celles de régulateurs sectoriels (137).

31. Solutions institutionnelles : fusion des autorités et retour à l'État. Les conflits et les risques d'incohérence de régulation peuvent être résolus, à la source, en fusionnant les régulateurs. Il a été procédé à une telle fusion des autorités en matière de régulation des secteurs de la banque et de l'assurance (138), l'ACPR se substituant à pas moins de quatre institutions (Comité des entreprises d'assurance, CECEI, Commission bancaire et Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles). Dans le domaine des marchés financiers, l'AMF est elle-même née du rapprochement institutionnel du Conseil des marchés financiers (CMF) et de la Commission des opérations de bourse (COB) (139). Il a pu être proposé d'aller encore plus loin et d'engager un

(133) United States Court of Appeals, Fifth Circuit, 17 juin 2005, *Texas Commerical Energy v. TXU Energy Inc.*, 413 F.3d 503.

(134) A. Gosset-Grainville, *op. cit.*, p. 151.

(135) M.-A. Frison-Roche, « L'hypothèse de l'interrégulation », *préc.*, p. 76-77.

(136) B. du Marais, *op. cit.*, p. 499.

(137) *Ibid.*

(138) Ord. n° 2010-76 du 21 janv. 2010 portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance, *JO* du 22, texte 13.

(139) Loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière, *JO* du 2, p. 13220, texte n° 3.

processus d'intégration de régulateurs sectoriels au sein du régulateur de droit commun de la concurrence (140).

La fusion institutionnelle est parfois critiquée : elle présenterait le « risque de constituer des sortes de Titans, voire de reconstituer l'État » (141), ce qui explique qu'elle soit passée de mode. Au Royaume-Uni, alors que dans un premier temps la *Financial Services Authority (FSA)* a fusionné en 2000 la régulation financière et bancaire, le *Financial Services Act* de 2012 a procédé à sa scission en deux autorités distinctes, la *Financial Conduct Authority (FCA)* pour les services financiers et la *Prudential Regulation Authority (PRA)* pour le secteur de la banque et de l'assurance. La fusion qui a pu également être envisagée à plusieurs reprises (142) pour l'ARCEP et le CSA, sur le modèle de l'*Ofcom (Office of Communications)* britannique ou de la *FCC (Federal Communications Commission)* américaine, a été systématiquement abandonnée (143) et la réflexion porte désormais sur l'opportunité de « maintenir séparées les deux autorités actuelles, tout en créant une instance paritaire de régulation » (144). Ou comment ajouter un régulateur de plus aux régulateurs sectoriels pour assurer une meilleure cohérence de l'ensemble et prévenir les conflits...

Une autre évolution possible est celle engagée aux États-Unis où les nécessités de la cohérence et de la coordination entre régulateurs appellent une « centralisation de la surveillance » et de « l'action gouvernementale » dans un « effort de constitution d'une unité d'action autour du Président initiée depuis un demi-siècle en réaction contre la théorie jurisprudentielle de l'agence indépendante » (145).

Les autorités de régulation françaises, quelque soit leur statut, ne sont-elle pas toutes des autorités de l'État (146) ? Et la régulation ne mériterait-elle pas elle aussi, comme la justice, d'être « rendue de façon indivisible au nom

(140) M. Medjnah, *Les rapports entre autorités de régulation en matière de concurrence*, L'Harmattan, 2013, 889 p.

(141) M.-A. Frison-Roche, « Interrégulation », préc., PUF, 2011, p. 87.

(142) B. Retailleau, *Dix ans après, la régulation à l'ère numérique, Rapport d'information sur le bilan et les perspectives d'évolution de l'ARCEP*, Sénat, n° 350, 2007, p. 115 et s. ; *Communiqué de presse du Premier ministre du 21 août 2012*, <http://www.gouvernement.fr/presse/rapprochement-entre-le-csa-et-l-arcep>.

(143) « Régulation, neutralité du Net : le rapprochement CSA-Arcep en questions », *Le Monde*, 1^{er} nov. 2012 ; « Vers une structure commune entre le CSA et l'Arcep », *Les Échos*, n° 21315, 19 nov. 2012, p. 25 ; <http://www.arcep.fr/index.php?id=11735>.

(144) CSA, *Contribution à la réflexion sur l'évolution de la régulation de l'audiovisuel et des communications électroniques*, oct. 2012, p. 14.

(145) É. Zoller, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Dalloz, 2010, n° 12, *Humphrey's Executor v. United States* 295 U.S. 602 (27 mai 1935), n° 12 (18), p. 206-207.

(146) D. Truchet, *op. cit.*, p. 372 et s.

de l'État » (147) ? Ce retour de l'unité justifierait qu'en cas de persistance des conflits entre les régulateurs, la responsabilité de l'État puisse être mise cause, éventuellement en invoquant les atteintes au principe de sécurité juridique (148). Tel n'est toutefois pas l'état du droit positif qui considère qu'en conséquence de leur personnalité morale, certains régulateurs sont responsables des fautes commises dans l'exercice de leur mission (149).

Thomas PEZ

(147) CE Sect., 27 févr. 2004, Mme Popin, Rec. 86, ccl. Schwartz, GAJA 19^e éd. n° 109.

(148) S. Naugès, *op. cit.*, p. 676 et s.

(149) CE Avis AG du 8 sept. 2005, n° 371.558, Rapport public 2006, EDCE n° 57, p. 211 (à propos de l'ancienne Commission de contrôle des assurance qui a depuis perdu sa personnalité morale en fusionnant au sein de l'ACPR).