



AIX-MARSEILLE UNIVERSITÉ
FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE

INSTITUT DE DROIT DES AFFAIRES

**L'application des règles de concurrence dans le secteur des
communications électroniques**

Mémoire présenté par Claire Cizeron

Pour l'obtention du Master 2 – Distribution Concurrence

Sous la direction du Professeur David Bosco

Année universitaire 2022-2023

Remerciements

Je tiens d'abord à remercier Monsieur le Professeur David Bosco de m'avoir permis de travailler sur un sujet aussi intéressant, de ses conseils et de son aide lors de la rédaction de ce mémoire. Je tiens également à remercier Monsieur Claude-Albéric Maetz, co-directeur du Master 2 Distribution Concurrence, pour son accompagnement tout au long de l'année.

Mes remerciements vont ensuite à Madame Isabelle Quilichini pour sa disponibilité, ainsi qu'à tous mes camarades de promotion.

Je souhaite aussi remercier Maya-Salomé Garnier pour sa grande bienveillance et ses conseils extrêmement précieux, ainsi que Lylian Denis, pour son aide et le partage de son expérience tout au long de l'année.

Enfin, je tiens à exprimer toute ma reconnaissance à mes parents et à mon frère, pour leur soutien et leurs encouragements constants.

Liste des abréviations

AAI	Autorité administrative indépendante
ADLC	Autorité de la concurrence
Aff.	Affaire
AMF	Autorité des marchés financiers
API	Autorité public indépendante
ARCEP	Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse
ART	Autorité de régulation des télécommunications
Art.	Article
BEREC / ORECE	Organe des régulateurs européens des communications électroniques
CC	Conseil de la concurrence
CDT	Code des transports
CE	Commission européenne
CCEE	Code des communications électroniques européen
Coll.	Collection
Cont. Conc. Cons.	Revue Contrats Concurrence Consommation
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CPCE	Code des postes et des communications électroniques
CRE	Commission de régulation de l'énergie
D.	Recueil Dalloz
Dir.	Direction
DMA	Digital Markets Act
DSA	Digital Services Act
Fasc.	Fascicule
Not.	Notamment
ORTF	Office de radiodiffusion-télévision française
OTT	Over-the-top
RTF	Radiodiffusion-télévision française
SNCF	Société nationale des chemins de fer français
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
Préc.	Précité

Sommaire

PARTIE 1. LA COMPLÉMENTARITÉ DU DROIT DE LA CONCURRENCE ET DE LA RÉGULATION SECTORIELLE DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES

Titre 1. La distinction entre le droit de la concurrence et la régulation sectorielle : une tendance à la perméabilité des frontières

Chapitre 1. Les critères classiques de distinction entre le droit de la concurrence et la régulation sectorielle

Chapitre 2. L'altération de la distinction entre le droit de la concurrence et la régulation sectorielle

Titre 2. La coexistence nécessaire du droit de la concurrence et de la régulation sectorielle des communications électroniques

Chapitre 1. La régulation sectorielle au soutien des lacunes du droit de la concurrence

Chapitre 2. Le droit de la concurrence au soutien des lacunes de la régulation sectorielle

PARTIE 2. LA CONFRONTATION DU DROIT DE LA CONCURRENCE ET DE LA RÉGULATION SECTORIELLE DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES

Titre 1. Les immixtions récurrentes du droit de la concurrence dans le champ d'action de la régulation

Chapitre 1. Les immixtions du droit de la concurrence au regard de l'accès aux infrastructures de communications électroniques

Chapitre 2. Les immixtions du droit de la concurrence au regard de l'appréciation des offres au consommateur final

Titre 2. L'étude de mécanismes variés d'articulation entre le droit de la concurrence et la régulation sectorielle

Chapitre 1. L'étude comparée des mécanismes d'articulation entre le droit de la concurrence et la régulation sectorielle

Chapitre 2. Les solutions spécifiques de l'articulation entre la régulation du numérique et la régulation des communications électroniques

Introduction générale

1. Une brève histoire de la communication humaine – Lors de la bataille de marathon, durant la première guerre médique, le coureur Philippiès parcourt une distance de 42 kilomètres afin d'annoncer aux Athéniens la victoire contre les Perses. Le messenger aurait succombé à l'épuisement à la fin de son périple¹. Cet épisode historique donne naissance au terme contemporain « marathon », et reflète l'importance ancestrale de la transmission rapide de l'information. Dans la cité de Rome, un système de communication par signaux de fumée, reproduisant l'alphabet romain et surveillés par un réseau de tours militaires est mis en place². Les recherches entreprises par l'Homme dans l'objectif de communiquer à distance se succèdent, aboutissant à l'avènement des communications électroniques. Ces dernières permettent une transmission de plus en plus rapide, voire instantanée de l'information.

La notion de communication révèle une grande variété de vecteurs de transmission, mais aussi de contenus transmis. La communication implique avant tout l'invention et l'utilisation de systèmes de signes, permettant une représentation commune de l'information³. La nature de ces signes est plurielle. Elle comprend notamment l'écriture, le langage, l'image et le son.

Le défi suivant fut celui de la transmission de ces signes sur de longues distances. Une telle transmission est en effet nécessaire à l'évolution des sociétés. Les premières tentatives de communication à distance ont conduit à l'invention du télégraphe optique, puis du télégraphe électrique. À ce stade de la recherche, les informations sont transmises en code morse. L'invention suivante permettra de transmettre la voix sur des câbles, grâce aux vibrations de ses ondes sonores. C'est ainsi que le téléphone fixe naît en 1876, grâce au scientifique Alexander Graham Bell. Vient ensuite la découverte des ondes électromagnétiques, permettant la transmission de la voix sans fil. Ce procédé est utilisé pour la téléphonie mobile, ou encore pour la radio. Ces mêmes ondes permettent ensuite de transmettre des images en mouvement, donnant naissance à la télévision. Ainsi, la voix comme les images animées sont transmises à distance sous forme d'ondes, dites hertziennes, ou sous forme de signaux électriques par l'intermédiaire de câbles. Dans le cadre du développement de la fibre, ces signaux électriques sont remplacés par des signaux optiques, développant considérablement la qualité des

¹ A. Damet, *Le monde grec – De minos à Alexandre (1700-323 av. J.-C.)*, Armand Colin, Coll. Portail, 2020, p.100 à 117.

² J. Attali, *Histoire des médias – Des signaux de fumée aux réseaux sociaux*, et bien après, Fayard, Coll. Documents, 2021.

³ O. Aïm et S. Billiet, *Communication*, Dunod, Coll. Openbook, 2020, p.14

communications. Les nombreuses améliorations de ces techniques, l'interconnexion des réseaux de communication et la création de protocoles de communication ont ensuite permis l'avènement d'un nouveau moyen de communication extrêmement puissant : le réseau informatique mondial connu sous le nom d'Internet.

L'ensemble de ces développements a révolutionné la société contemporaine, permettant l'apparition d'une grande diversité de moyens de communication. Ceux-ci comprennent les communications électroniques, expression dont les contours doivent être précisés.

2. Définitions des termes essentiels du secteur des communications électroniques – Le secteur des communications électroniques est fréquemment désigné sous le terme de « télécommunication ». Celui-ci, davantage présent dans le langage usuel, a cependant été appréhendé par le droit : initialement, les textes européens l'employaient d'ailleurs exclusivement. Il fut ensuite remplacé par l'expression de communication électronique en 2002 lors de l'adoption du deuxième « Paquet Telecom ». Ce changement terminologique marque la volonté européenne d'adapter son cadre normatif à la convergence technologique, se définissant par l'intégration de plusieurs technologies au sein de mêmes infrastructures ou appareils. Ce phénomène permet à une seule entreprise de proposer des offres dites « multi-services »⁴. Le législateur européen souligne ainsi la prise en compte d'une diversité de moyens d'acheminement de l'information, mais également de contenus. Cette extension concerne particulièrement l'accès à internet ainsi que les contenus audiovisuels⁵. Si les deux termes restent utilisés par les instances européennes, le droit positif ne consacre que la notion de communication électronique. C'est donc cette dernière qu'il est nécessaire de définir précisément.

La définition usuelle de la communication implique « la transmission d'un message, d'un émetteur à un récepteur, par l'intermédiaire d'un moyen »⁶. Le terme « électronique » reçoit quant à lui une définition purement technique⁷, que le droit a dû appréhender.

Le droit de l'Union européenne encadre d'abord l'appréhension juridique de cette notion⁸. En application des textes européens, le Code des postes et des communications électroniques

⁴ P. Achilleas, « Droit européen des communications électroniques », Fasc. 402, *JurisClasseur Communication*, 1^{er} juillet 2020, §41.

⁵ *Ibid.*, §43.

⁶ L. René, *Sociologie. Théorie et analyse*, Ellipses, Coll. Optimum, 2^{ème} édition, 2018, p.492.

⁷ *Dictionnaire Le Robert*, Le Robert, 2018. « Electronique » est défini comme « Propre ou relatif aux électrons » ou « Partie de la physique étudiant les phénomènes où sont mis en jeu des électrons à l'état libre ».

⁸ Code des communications électroniques européen (CCEE).

(CPCE), texte fondamental du droit français des communications électroniques, en fournit une définition juridique⁹. La qualification de communication électronique implique en premier lieu l'identification d'une communication, c'est-à-dire d'« émissions, transmissions ou réceptions de signes ». La seconde partie de cette définition intéresse le moyen intermédiaire de cette communication. Celle-ci se réalise par la voie câblée, hertzienne, optique ou par d'autres moyens électromagnétiques. Cette définition comprend donc l'ensemble des moyens techniques répertoriés lors de l'analyse historique de la communication à distance¹⁰.

Le CPCE s'attache ensuite à identifier les concepts émanant de cette première définition. Les réseaux représentent d'abord les installations et autres moyens permettant le transport ou la diffusion des communications électroniques¹¹. Les services fournis par l'intermédiaire de ces réseaux sont ensuite appelés services de communications électroniques¹². Ils comprennent notamment les services d'accès à internet ou de communications interpersonnelles.

Ces définitions préliminaires permettent de distinguer le champ d'application des règles propres aux communications électroniques et celui des textes encadrant les services numériques, tels que le DMA¹³ ou le DSA¹⁴. Le premier s'applique en effet aux services de plateformes essentiels, quand le second s'intéresse aux services intermédiaires en ligne. Le champ d'application de ces règlements ne se limite donc pas à la simple transmission de l'information. Pour autant, ceci n'empêche pas les interférences : certains opérateurs se verront soumis au CPCE ainsi qu'aux textes encadrant les services numériques. Ces derniers pourront donc être étudiés au regard de leurs relations avec les règles spécifiques dédiées aux communications électroniques.

3. L'encadrement singulier du secteur des communications électroniques – Plusieurs facteurs justifient l'encadrement particulier dont fait l'objet le secteur des communications électroniques, le plus évident étant son importance pour la société contemporaine. La transmission rapide et à distance de l'information fut un élément déterminant de sa construction, de sorte qu'il ne paraît plus possible aujourd'hui de se passer de ces évolutions. Le rôle majeur

⁹ Art. L32 1° CPCE.

¹⁰ V. supra §1.

¹¹ Art. 32 2° CPCE.

¹² Art. 32 6° CPCE.

¹³ Règlement (UE) 2022/1925 du parlement européen et du conseil du 14 septembre 2022 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique et modifiant les directives (UE) 2019/1937 et (UE) 2020/1828 (règlement sur les marchés numériques).

¹⁴ Règlement (UE) 2022/2065 du parlement européen et du conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE (règlement sur les services numériques).

des communications électroniques implique de fournir aux utilisateurs un service respectueux des principes d'égalité d'accès, de continuité, ou encore d'adaptabilité¹⁵. Pour autant, ces services d'une nature si particulière font également l'objet d'échanges commerciaux, et jouissent ainsi d'une valeur marchande. À cet égard, le secteur des communications électroniques présente également des singularités. Il s'agit d'une industrie de réseau, impliquant la présence d'enjeux concurrentiels forts et singuliers. Cette expression désigne les « activités économiques [...] associées au transport de personnes, de produits ou d'information, par l'intermédiaire d'une infrastructure physique– le réseau »¹⁶. Ces infrastructures sont nombreuses et variées. Le réseau téléphonique câblé peut être cité à titre d'illustration. Le coût de telles infrastructures représente autant de barrières à l'entrée facilitant l'apparition de monopoles. Celles-ci ne sont en effet pas duplicables, au moins à court terme, par nouvel agent économique. Ce secteur est également sujet à d'importants effets de réseau, faisant dépendre l'utilité d'un produit de sa quantité d'utilisateur. Ces enjeux variés ont pu conduire à un encadrement étatique particulier du secteur des communications électroniques.

Cet encadrement peut prendre diverses formes, la plus interventionniste étant la monopolisation publique. Aussi, de nombreux États font le choix de confier la gestion exclusive de ces industries à un opérateur public. Dès les premières inventions - le télégraphe optique puis le télégraphe électrique - des monopoles publics sont établis¹⁷. La gestion des services de téléphonie fixe est quant à elle confiée dans un premier temps à des entreprises privées, avant de subir une nationalisation en 1889¹⁸. Enfin, les retransmissions audiovisuelles – faisant référence à la télévision et à la radio – sont confiées en 1959 à la RTF, devenue ORTF en 1964¹⁹.

Toutefois, à partir des années 1990, les interventions d'États-entrepreneurs apparaissent obsolètes en raison notamment des évolutions technologiques. Elles sont donc remises en cause, entraînant une vague de libéralisations²⁰. L'ouverture à la concurrence du secteur des télécommunications est alors le fruit d'un long processus, s'inscrivant dans la politique européenne générale de libéralisation des industries de réseau²¹. Cette libéralisation débute en

¹⁵ L35 CPCE.

¹⁶ D. Sevy, « Le contrôle des concentrations dans les industries de réseau : particularités et enjeux », *Revue Lamy de la concurrence*, 5, 1 nov. 2005.

¹⁷ P. Musso, *Les télécommunications*, Paris, La Découverte, Coll. Repères, 2008, p. 25.

¹⁸ *Ibid.*, p.31-32.

¹⁹ Ordonnance n° 59-273 du 4 février 1959 relative à la radiodiffusion-télévision française.

²⁰ E. Combe, *La Concurrence*, Puf, 2^{ème} édition, 2021, p.192.

²¹ S. Douget, « L'ouverture à la concurrence dans les industries de réseaux », *Revue Lamy de la concurrence*, 1^{er} nov. 2018, n°77, p.20.

1987 lorsque la Commission européenne publie un livre vert sur « le développement du marché commun des services et des équipements de télécommunications »²², et se poursuit de manière progressive. Les différents marchés de ce secteur s'ouvrent par étapes à la concurrence, du marché des équipements terminaux à celui des infrastructures, en passant par le marché des services de télécommunication.

La substitution d'une structure concurrentielle ouverte aux schémas traditionnels se met donc en place, de différentes façons selon les États. À cet égard, la Nouvelle-Zélande fournit un exemple particulièrement intéressant. Cet État fut l'un des premiers à expérimenter la libéralisation d'une industrie de réseau, à travers le secteur des télécommunications. Le choix a été fait dans un premier temps de le laisser libre de toute intervention étatique spécifique, la préservation de sa structure concurrentielle reposant ainsi exclusivement sur le droit de la concurrence²³. Cette solution s'est avérée défaillante, en raison notamment du manque d'expertise des autorités de concurrence. Cela a conduit le gouvernement néozélandais à adopter une réglementation sectorielle spécifique²⁴. Cette expérience singulière souligne l'intérêt de la présente étude sur l'application des règles de concurrence dans le secteur des communications électroniques. Ce secteur revêt une importance particulière pour la société contemporaine et présente également de nombreux aspects techniques. Par conséquent, son encadrement juridique a dû s'adapter à ces défis singuliers, par le biais d'interventions variées.

En opposition à cette première expérience, le secteur des communications électroniques français n'est pas libéré de toute intervention étatique à la suite de son ouverture à la concurrence. Celle-ci persiste, sous une forme allégée, à travers la régulation. Selon le Professeur Gérard Farjat, l'intervention de l'État par la régulation représente la dernière des trois phases identifiées de l'intervention publique sur le marché : l'interventionnisme d'un État-entrepreneur dans certains secteurs organisés en monopoles publics, la libéralisation de ces mêmes secteurs, puis l'intervention plus modérée d'un État-régulateur²⁵. C'est donc dans ce contexte de libéralisation que naît la régulation. Son objectif est de construire la structure

²² CE., « Livre vert sur le développement du marché commun des services et des équipements de télécommunications », COM (87) 290 final, 30 juin 1987.

²³ OCDE, « Concurrence sur les marchés de produits et performance économique », in *Etudes économiques de l'OCDE*, n°15, 2005.

²⁴ *Ibid.* ; D. Geradin et M. Kerf, *Controlling Market Power in Telecommunications : Antitrust vs Sector-Specific Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p.119 et s., cité par N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, LGDJ, Coll. Précis Domat, 3^{ème} édition, 2020, §266.

²⁵ G. Farjat, La notion de droit économique, in *Droit et économie*, Archives phil. droit, Sirey, 1992, n° 37, cité par L. Boy, « Réflexions sur "le droit de la régulation" », *D.* 2001, p. 3031.

concurrentielle du marché, mais également d'assurer un équilibre entre la concurrence et la protection des valeurs non économiques propres au secteur en question.

Pour autant, la notion de régulation n'est pas nettement circonscrite par la doctrine.

4. Les discussions sur la notion de régulation – Le terme « régulation » est consacré par le législateur en 2001 à travers la loi NRE²⁶. Cependant, aucune définition n'a accompagné cette consécration. Ce terme fait donc l'objet de nombreux débats.

Il est d'abord possible de s'interroger sur sa qualification en tant que branche du droit, ce qui nécessiterait d'identifier des caractéristiques suffisamment distinctives et uniformes²⁷. Une telle entreprise nécessiterait une étude d'ampleur, généralisée à l'ensemble des secteurs régulés. Ainsi, le terme de « régulation » sera préféré dans la présente étude à l'expression « droit de la régulation ».

Au-delà de sa qualification ou disqualification en tant que branche du droit, la définition même de la régulation est controversée. Son utilisation, devenue extrêmement usuelle, rend en effet ses contours flous. L'adoption de nouveaux textes dits de « régulation numérique » participe également à l'altération de la définition classiquement dégagée de la régulation.

Sa définition sera ainsi étudiée dans l'objectif de la distinguer du droit de la concurrence²⁸. Cette distinction est rendue nécessaire par l'application concomitante dans les secteurs régulés de la régulation et du cadre normatif commun, incluant le droit de la concurrence.

5. L'application du droit de la concurrence au secteur des communications électroniques

– Cette étude se concentrera uniquement sur les règles de concurrence relatives à la protection du marché et à son bon fonctionnement, plus connues sous le nom de « grand droit de la concurrence », et non sur les pratiques restrictives de concurrence. En outre, les règles de concurrence applicables aux États, également appelées « aides d'État », en seront également exclues.

Le droit de la concurrence, tel qu'il est compris dans cette étude, vise à assurer la libre concurrence et le bon fonctionnement du marché, par le biais de règles abstraites et générales, applicables à un sujet de droit particulier : l'entreprise. Ainsi, il interdit les comportements

²⁶ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

²⁷ G. Vedel, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait », *JCP*, 1950, I, 851, cité par L. Rapp et *alii.*, *Le Lamy Droit Public des Affaires*, Lamy, 2022, §516 ; M. Crespyr-De Coninck, *Recherches sur les singularités du contentieux de la régulation économique*, Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2017, §21.

²⁸ V. *Infra* Partie 1 – Titre 1.

susceptibles d'empêcher la libre concurrence, concept ne connaissant pas de variations en fonction des différents secteurs auxquels il s'applique. À cet égard, le professeur Nicolas Petit souligne que le droit de la concurrence fournit des instructions « abstraites, générales et vagues »²⁹. Cela ressort également de la brièveté de ses fondements juridiques³⁰. Toutefois, le droit de la concurrence comprend également un certain nombre d'outils destinés à clarifier ces principes élémentaires. Il s'agit notamment des communications de la Commission, des lignes directrices et des règlements d'exemption par catégorie. Le droit de la concurrence s'adapte également aux différents secteurs au stade du contentieux, à travers l'appréciation concrète des pratiques et des marchés en cause par les autorités de concurrence. Néanmoins, le droit de la concurrence et ses fondements restent par nature imprécis. Ces caractéristiques lui permettent d'ailleurs de s'adapter à l'ensemble des comportements des entreprises, qui ne peuvent être anticipés dans leur intégralité au stade de l'élaboration des normes.

Cette description contraste avec la régulation sectorielle, dont l'objet même est de s'adapter au secteur régulé. L'idée d'une articulation problématique entre le droit de la concurrence et la régulation sectorielle peut alors surgir.

6. La coexistence du droit de la concurrence et de la régulation sectorielle des communications électroniques – Les deux corps de règles décrits ci-dessus s'appliquent ainsi au secteur des communications électroniques. Les frontières entre les deux sont parfois floues, en raison de l'évolution et de l'expansion de chacun de ces concepts. De ce fait, le droit de la concurrence et la régulation sectorielle sont parfois appliqués de manière concomitante à un même litige.

Dans ce cas, il existe un risque de contradiction entre ces deux corps de règles. Si une telle situation de conflit frontal ne rencontre que peu d'exemples pratiques, un certain manque de cohérence peut tout de même apparaître à la suite de cette dualité de contrôle. En effet, ces deux encadrements ne présentent pas la même logique ni les mêmes objectifs. De ce manque de cohérence résulte une insécurité juridique pour les acteurs régulés.

À cet égard, nous pourrions illustrer nos propos par un exemple de droit comparé des États-Unis. Les juridictions américaines adoptent en effet une position particulière concernant les relations entre le droit de la concurrence et la régulation sectorielle.

²⁹ N. Petit, « Épistémologie du droit de la concurrence », in *Laurence Idot Libert Amicorum, Concurrence et Europe*, Volume I., Concurrences, 2022, p.560, free translation « « abstraites, générales et vagues » ».

³⁰ Art. 101 et 102 TFUE ; Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (« le règlement CE sur les concentrations »).

7. Présentation de l'étude – L'objectif de cette étude est ainsi de comprendre les relations qu'entretiennent le droit de la concurrence et la régulation sectorielle, à la suite de la libéralisation du secteur des communications électroniques.

Il s'avère que leurs rapports peuvent soit consister en une cohabitation, lorsque les deux méthodes d'intervention sont complémentaires (Partie 1), soit en une confrontation, lorsque le droit de la concurrence s'imisce dans le champ d'action de la régulation sectorielle (Partie 2).

Partie 1. La complémentarité du droit de la concurrence et de la régulation sectorielle des communications électroniques

8. Une relation d'interdépendance – Le droit de la concurrence et la régulation sectorielle présentent des rapports extrêmement étroits. Dans le contexte de la libéralisation d'une activité, leur relation peut même être décrite d'interdépendante, tant l'un ne peut se substituer à l'autre. L'étude de leur complémentarité nécessite d'abord de distinguer ces deux concepts (Titre 1). Leur coexistence nécessaire dans le secteur des communications électroniques sera ensuite analysée (Titre 2).

Titre 1. La distinction entre le droit de la concurrence et la régulation sectorielle : une tendance à la perméabilité des frontières

9. Une distinction incertaine – De nombreux débats entourent la question de la distinction entre droit de la concurrence et régulation sectorielle. Il sera pourtant nécessaire, dans le cadre de la présente étude, d'en dégager les contours. À cette fin, les critères classiques de distinction sont d'une grande utilité (Chapitre 1). Ils doivent cependant être nuancés par les évolutions du droit de la concurrence et de la régulation sectorielle (Chapitre 2). Ce premier titre représente une étude générale de ces deux notions. Pour autant, le secteur des communications électroniques y sera étudié à des fins d'illustration.

Chapitre 1. Les critères classiques de distinction entre le droit de la concurrence et la régulation sectorielle

10. Une analyse plurielle – Si les contours de la régulation sont incertains, une notion rapproche ses différentes définitions : celle de la construction d'un équilibre (Section 1). Il s'agit donc dans un premier temps d'une définition fonctionnelle de la régulation, faisant apparaître des objectifs précis. Ceux-ci impliquent alors la mise en œuvre d'instruments spécifiques (Section 2).

Section 1. La régulation, gouvernée par un objectif de construction d'un équilibre sectoriel

11. Un équilibre dual – La notion d'équilibre, fil conducteur de la définition de la régulation, se comprend dans une logique duale. La régulation œuvre pour la construction d'un équilibre concurrentiel d'une part (I), et entre la concurrence et des principes concurrentiels d'autre part (II).

I. La construction d'un équilibre concurrentiel

12. Une distinction fine avec le droit de la concurrence – La mention d'un équilibre concurrentiel fait inévitablement appel au droit de la concurrence. Pourtant, dans le cadre de la régulation, cet équilibre concerne des secteurs particuliers (A), nécessitant de faire œuvre de construction et non seulement de protection (B).

A. Une nécessité de construction propre aux secteurs anciennement monopolistiques

13. Régulation et interventionnisme étatique - Une conception extensive de la régulation conduit à rattacher cette notion à l'expression d'un « nouveau rapport entre droit et économie »³¹. Ainsi, le Professeur Jacques Chevallier évoque l'État-régulateur succédant à l'État-providence, ce dernier étant caractérisé par son « interventionnisme » et son « dirigisme »³². La formule d'État-régulateur réunit, selon le même auteur, des acceptions diverses. Ce modèle étatique se voit attribuer des fonctions de « cohésion sociale », de « développement social », mais également d'« arbitre du jeu économique ». Cette dernière mission s'illustre particulièrement au stade de la libéralisation de secteurs anciennement monopolistiques.

14. La prise en charge étatique du marché à travers les monopoles publics - L'établissement d'un monopole public revient à soustraire un secteur aux mécanismes classiques du marché, en confiant son fonctionnement à l'État. Ce dernier sert alors un objectif de service public. Parmi l'ensemble des interventions publiques possibles, la monopolisation publique représente une ingérence très forte de l'État. Le choix est fait de confier un droit exclusif de production ou de commercialisation à une autorité publique.

Le secteur des communications électroniques, ou plus précisément des télécommunications puisqu'il est ici abordé d'un point de vue historique, a toujours été sujet à une forte intervention étatique, par le biais de monopoles publics³³. Une telle intervention étatique répond alors à une logique « politico-militaire », les innovations susvisées présentant un grand intérêt pour l'armée, la police et le gouvernement³⁴. Le développement de la téléphonie suit en revanche une logique différente, puisque l'État s'en est d'abord désintéressé en confiant le financement de son réseau à des sociétés privées. L'échec de cette solution le conduit à nationaliser les

³¹ M.A. Frison Roche, « Le droit de la régulation », *D.* 2001, p.610.

³² J. Chevallier, « L'État régulateur », *Revue française d'administration publique*, 2004, n°111, p.473.

³³ P. Musso, *op.cit.*, p. 25.

³⁴ *Ibid.*, p.26.

réseaux et services de téléphonies en 1889³⁵. Les retransmissions audiovisuelles font elles aussi l'objet d'une prise en charge exclusive par un opérateur public³⁶.

15. La libéralisation des industries de réseaux – L'ouverture à la concurrence du secteur des télécommunications a eu lieu dans le cadre de l'élan plus général de libéralisation des industries de réseaux³⁷.

Au-delà des motifs purement politiques, les causes conduisant à une telle libéralisation sont diverses. Au même titre que le fonctionnement spontané du marché, l'action publique peut elle-même être défaillante, du fait « des asymétries d'information, de lourdeur bureaucratique, ou de capture par les groupes de pression »³⁸. Une explication propre au secteur des télécommunications peut également être avancée, du fait de la notion de convergence technologique. Grâce aux innovations technologiques, plusieurs fonctions sont désormais réunies au sein d'un même appareil. Il en va ainsi pour les smartphones, dont l'utilisation n'est plus réservée à sa fonction première de téléphonie. Il s'ensuit « un rapprochement des domaines, traditionnellement distincts, de l'informatique, des télécommunications et de l'audiovisuel ». De ce phénomène résulte une concurrence de fait entre notamment la téléphonie fixe et les nouvelles technologies de télécommunication, rendant la structure monopolistique obsolète³⁹.

La légitimité du contrôle étatique mise à mal, une période de libéralisation de certains secteurs a pu s'ouvrir. D'un point de vue national, cette évolution débute en 1986 sous l'impulsion du ministre de l'Economie Edouard Balladur, à travers la proclamation du principe de la liberté des prix⁴⁰. D'un point de vue européen, le processus de libéralisation s'engage en 1987 avec la publication du livre vert de la Commission européenne sur le développement du marché commun des services et des équipements de télécommunications⁴¹. Le secteur objet de la

³⁵ *Ibid.*, p.31-32.

³⁶ Ordonnance n° 59-273 du 4 février 1959 relative à la radiodiffusion-télévision française.

³⁷ S. Douget, « L'ouverture à la concurrence dans les industries de réseaux », *Revue Lamy de la concurrence*, 1^{er} nov. 2018, n°77, p.20.

³⁸ M. Bacache-Beauvallet et A. Perrot, « Régulation économique : quels secteurs réguler et comment ? », *Les notes du conseil d'analyse économique*, nov. 2017, n°44, p.2.

³⁹ J-L. Autin et P. Idoux, « Droit national des communications électroniques », 11 janv. 2011, *JCI. Communication*, Fasc. 4600, pt.3.

⁴⁰ Ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence ; C. Prieto et D. Bosco, *Droit européen de la concurrence, ententes et abus de position dominante*, Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, 1^{ère} édition, 2013, p.239.

⁴¹ Livre vert sur le développement du marché commun des services et équipements de télécommunications, COM (1987) 290 final, 30 juin 1987.

présente étude sert d'ailleurs de « banc d'essai à la libéralisation d'autres services publics européens »⁴².

16. La mutation d'un État-entrepreneur à un État-régulateur – La régulation sectorielle naît dans ce contexte de libéralisation. Elle prend appui sur le passage d'une économie administrée à une économie de marché. Dans cette optique, l'État-entrepreneur se mue en État-régulateur⁴³. La régulation va agir dans des secteurs ouverts, mais non abandonnés à la concurrence, qui « ne peuvent engendrer leur équilibre par eux-mêmes. »⁴⁴. Elle constitue ainsi une « mutation récente du droit économique »⁴⁵.

L'étude du contexte de naissance du droit de la régulation permet de distinguer cette notion de celle de réglementation. En effet, même si la réglementation demeure un « instrument disponible de la régulation »⁴⁶, les deux notions ne doivent pas se confondre. Plusieurs auteurs soulignent cette distinction ainsi que le risque de confusion des deux termes⁴⁷. Pourtant, lors de la libéralisation d'un secteur, la régulation se substitue à la réglementation, afin de ne pas laisser une liberté totale et sans contrôle aux opérateurs économiques⁴⁸.

La régulation se distingue donc d'abord en ce qu'elle se voit assigner un objectif particulier de construction de la concurrence au sein des secteurs précédemment décrits, nouvellement en proie à une logique de libre concurrence.

B. Le rôle de la régulation dans la construction d'une concurrence sectorielle

17. La construction de la concurrence par la régulation sectorielle - Ce premier objectif est propre à la régulation sectorielle⁴⁹. Il est inévitable en raison de la structure anciennement monopolistique des secteurs pris en charge. La concurrence n'étant pas présente, il est impossible de la prendre en l'état et de se contenter d'établir des règles permettant de sanctionner ponctuellement les comportements déviants.

⁴² P. Sirinelli et alii, *Le Lamy droit des médias et de la communication*, Lamy, 2022, Etude n°400 « Le régime des réseaux et des services de communications électroniques ».

⁴³ G. Farjat, *art. cit.*, cité par L. Boy.

⁴⁴ M.A. Frison Roche, *art. cit.*

⁴⁵ M. Crespry-De Coninck, *Recherches sur les singularités du contentieux de la régulation économique*, Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2017, p.2.

⁴⁶ M.A. Frison Roche, 2001, *art. cit.*

⁴⁷ J. Chevallier, *art. cit.* ; L. Boy, *art. cit.* ; M.A. Frison Roche, 2001, *art. cit.*

⁴⁸ L. Boy, *art. cit.*

⁴⁹ L. Boy, *art. cit.* ; M.A. Frison Roche, 2001, *art. cit.*

La structure même du marché va être modifiée⁵⁰, de manière volontaire et proactive par la régulation. Le régulateur va notamment déterminer quels acteurs auront accès aux marchés, et à quelles conditions.

L'intervention des pouvoirs publics révèle la nécessité de protéger le marché de certaines défaillances. En effet, ce dernier ne peut atteindre par lui-même une situation optimale⁵¹. Cette insuffisance du marché est parfois due aux particularités intrinsèques du secteur en question. Celui-ci peut être soumis à un monopole naturel, impliquant « un bien que la rationalité des agents empêchera de dupliquer »⁵². En effet, la présence dans certains secteurs d'effets d'échelle importants et de coûts fixes élevés rend la production d'un bien plus coûteuse pour plusieurs entreprises que pour une seule. La régulation de l'opérateur en situation dominante intervient alors pour l'empêcher d'abuser de cette position. De tels monopoles naturels peuvent être observés dans les industries de réseaux, telles que le secteur des communications électroniques caractérisé notamment par son réseau filaire. La régulation intervient alors en vue de structurer le marché notamment par l'édiction de règles d'accès à ces monopoles.

Pour autant, il n'est pas rare de voir la régulation perdurer à la suite de la phase de construction de la concurrence et ainsi intervenir au stade du contrôle et du maintien de la structure qu'il a construite. Les justifications de cette intervention prolongée seront évoquées par la suite⁵³. Pour autant, son objectif initial reste celui de la construction du marché, qui permet de le différencier du droit de la concurrence.

18. La préservation du marché par le droit de la concurrence – Le droit de la concurrence diffère de la régulation en ce qu'il vise la préservation du marché. Ce dernier a été construit par le dynamisme de la concurrence entre opérateurs, et est pris en main en l'état par les autorités de concurrence. Le droit de la concurrence intervient ainsi lorsque la concurrence est déjà « en état de marche »⁵⁴. Il ne contribue donc pas directement à la « maturation du marché », mais « sanctionne d'une façon neutre des comportements dommageables au marché »⁵⁵.

⁵⁰ A. Perrot, « Régulation et politique de concurrence dans les réseaux électriques », *Economie publique*, 14 | 2004/1, p.4.

⁵¹ M. Bacache-Beauvallet et A. Perrot, *art. cit.*

⁵² M.A Frison Roche, 2001 *art. cit.*

⁵³ V. *infra* §91 et s.

⁵⁴ J.C Roda et M.A Frison Roche, *Droit de la concurrence*, Dalloz, Coll. Précis, 2^{ème} édition, 2022, §42.

⁵⁵ M.A Frison Roche, 2001, *art. cit.*

Un des objectifs fréquemment avancés du droit européen de la concurrence est également l'ouverture des marchés en vue de la construction d'un marché européen unique⁵⁶. Toutefois, du point de vue de la structure même d'un marché déterminé, l'objectif est bien celui de veiller à son bon fonctionnement⁵⁷. L'une des visées sous-jacentes de cette surveillance du marché s'entend de la pluralité de l'offre sur le marché⁵⁸. À cet égard, un rapprochement pourrait être observé entre le droit de la concurrence et la régulation. En effet, cette dernière détermine notamment les acteurs ayant accès au marché et influe ainsi sur la pluralité des offres. Toutefois, le droit de la concurrence réalise cet objectif à travers une logique d'interdiction, notamment en empêchant les opérateurs présents d'ériger des barrières à l'entrée. Le droit de la concurrence ne va pas, en principe, agir en amont en accordant l'accès à un marché à un opérateur tiers. Ainsi, le Professeur Nicolas Petit évoque une fonction davantage de droit « directeur », se distinguant ainsi d'un droit « protecteur »⁵⁹. Le même auteur émet l'idée selon laquelle le droit de la concurrence est « un instrument de création de richesses, pas de répartition ». La régulation va quant à elle répartir entre les opérateurs agréés pour l'exploitation des réseaux mais également les ressources rares.

Toutefois, ce raisonnement binaire peut être remis en cause par l'évolution des instruments mis en œuvre par les autorités de concurrence. Ceux-ci tendent à rendre le droit de la concurrence davantage directeur, impactant directement la structure du marché. Ces évolutions seront étudiées lors des développements suivants⁶⁰.

Dans le cadre de la vision classique de la distinction entre droit de la concurrence et régulation, la mission du second corps de règles est de garantir l'équilibre concurrentiel à travers une véritable construction de la structure concurrentielle des secteurs anciennement monopolistiques. Toutefois, la notion d'équilibre implique également la prise en compte d'autres valeurs et intérêts, étrangers à la sphère économique.

⁵⁶ C. Prieto et D. Bosco, *op. cit.*, §169 ; M. Malaurie-Vignal, *Droit de la concurrence interne et européen*, Sirey, Coll. Université, 8^{ème} édition, 2019, §111.

⁵⁷ J.C Roda et M.A Frison Roche, *op. cit.* §37, M. Malaurie-Vignal, *op. cit.*, §111.

⁵⁸ N. Petit, *op. cit.*, §125.

⁵⁹ N. Petit, *art. cit.*, p.10.

⁶⁰ V. *infra* Partie 1 – Titre 1 – Chapitre 2 – Section 2.

II. La construction d'un équilibre impliquant la protection d'intérêts non-économiques hétérogènes

19. Des intérêts sectoriels variés - La présence d'intérêts particuliers au sein de secteurs identifiés (A) rend nécessaire l'intervention de la régulation (B).

A. Des intérêts propres à certaines particularités sectorielles

20. L'extension de l'objet du droit de la régulation - Le Professeur Frison-Roche, lorsqu'elle définit l'objet du droit de la régulation, ne se limite pas aux secteurs anciennement monopolistiques, mais évoque également les secteurs « dont il faut maintenir de force les équilibres entre la concurrence et autre chose que la concurrence »⁶¹. Ainsi, Marie Crespy-De Coninck affirme « la finalité prédominante du bon fonctionnement concurrentiel du marché régulé »⁶², avant de préciser que ce dernier objectif n'est pas exhaustif. En effet, la régulation ambitionne également de concilier un tel fonctionnement concurrentiel avec « des « finalités a-concurrentielles »⁶³. Un secteur régulé n'est donc pas gouverné par la seule concurrence, mais également par d'autres principes hétérogènes. L'idée selon laquelle le droit de la régulation concerne, au-delà des secteurs ayant fait l'objet d'une libéralisation, ceux qui engendrent des intérêts publics, semble désormais être acquise⁶⁴.

Cependant, les secteurs fréquemment cités comme faisant l'objet d'une régulation présentent souvent, au-delà des intérêts particuliers à protéger, la caractéristique d'avoir été gouvernés par une structure monopolistique. Il en va ainsi des secteurs des communications électroniques, de l'énergie, ou encore des transports ou du secteur postal. Ainsi, s'agissant des critères classiques de définition du droit de la régulation, l'idée de limiter ce droit aux secteurs anciennement monopolistiques reste crédible. Elle sera cependant nuancée lorsqu'il s'agira d'explorer les potentielles extensions du droit de la régulation⁶⁵.

21. Les intérêts spécifiques présents dans le secteur des communications électroniques - Au regard du raisonnement du Professeur Frison-Roche, un secteur régulé est donc un secteur anciennement monopolistique, gouverné par « autre chose que la concurrence »⁶⁶. À cet égard,

⁶¹ M.A Frison Roche, 2001, *art. cit.*

⁶² M. Crespy-De Coninck, *op. cit.*, §27.

⁶³ *Ibid.* §31.

⁶⁴ G. Farjat, *Pour un droit économique*, Presses universitaires de France, Coll. Les voies du droit, 1^{ère} édition, 2004, p.110 ; L. Boy, *art. cit.*

⁶⁵ V. *infra* Partie 1 – Titre 1 – Chapitre 2 – Section 1.

⁶⁶ M.A Frison Roche, 2001, *art. cit.*

les communications électroniques constituent un secteur régulé par excellence. Il est en effet un secteur que la concurrence a pénétré par sa libéralisation à partir des années 1990, mais que cette dernière ne « gouverne pas seule »⁶⁷.

La coexistence de principes hétérogènes est due aux infrastructures et services fournis, qui revêtent une grande importance aussi bien pour le « fonctionnement des sociétés contemporaines » que pour les « effets redistributifs » engendrés d'un point de vue économique⁶⁸.

Le service des communications électroniques est ainsi défini par le CPCE comme un service public, donc chacun doit pouvoir bénéficier⁶⁹. Les autorités de régulation en charge de ce secteur se voient alors assigner des objectifs spécifiques. Il en va ainsi du développement de l'innovation et de la compétitivité dans ce secteur, de la protection du consommateur, de la neutralité d'internet, du respect des données à caractère personnel, ou encore de l'aménagement du territoire⁷⁰. Ce même service public doit être assuré dans le respect des principes d'égalité, de continuité et d'adaptabilité⁷¹.

La responsabilité du service public incombe à l'État. Afin d'assurer le respect des principes précédemment cités, le ministre chargé des communications électroniques désigne les opérateurs chargés du service universel, composante du service public⁷². Ces derniers doivent alors garantir à tout utilisateur un accès, à un tarif abordable, à un service internet haut débit ainsi qu'à un service de communications vocales⁷³. Le cahier des charges des opérateurs désignés leur impose également des obligations de qualité de service, notamment au regard des différentes zones géographiques desservies⁷⁴.

Au regard de l'importance de ces enjeux divers, le Professeur Laget-Annamayeur souligne que les objectifs de la régulation ne sont plus déterminés seulement par les législateurs, mais apparaissent également comme des « contraintes naturelles, induites par des mouvements

⁶⁷ M.A Frison Roche, « Définition du droit de la régulation économique », *D.* 2004, p.126.

⁶⁸ S. Douget, *art. cit.*

⁶⁹ Art. L32-1 I 2° CPCE.

⁷⁰ Art. L32-1 II CPCE.

⁷¹ Art.L35 CPCE.

⁷² Art. L35-2.

⁷³ Art. L35-2

⁷⁴ *Ibid.*

sociologiques [...] qui traduisent des courants d'opinions et qui forment un consensus qui se cristallise sur ces objectifs »⁷⁵.

Qu'ils émanent naturellement des mouvements sociologiques ou qu'ils soient déterminés unilatéralement par le législateur, ces enjeux hétérogènes sont protégés par l'État, dont l'intervention peut prendre différentes formes.

B. Le rôle de la régulation dans la construction d'un équilibre entre des intérêts hétérogènes

22. La nécessité d'une intervention étatique - Les différents intérêts précédemment décrits, présents dans le secteur des communications électroniques, peuvent être décrits comme des « règles économiquement non spontanées »⁷⁶. Certains objectifs notamment de qualité et de continuité du réseau, peuvent être spontanément poursuivis par les opérateurs voulant améliorer leurs offres et maintenir ainsi leur position sur le marché. Toutefois, il est moins aisé de tenir le même raisonnement s'agissant d'autres objectifs. À titre d'exemple, le principe selon lequel l'ensemble du territoire français habité doit être couvert par les réseaux peut paraître contraire avec le but des opérateurs de réaliser du profit. En effet, l'installation et l'exploitation d'un réseau dans certaines zones n'est pas rentable pour les opérateurs. Également, l'objectif de proposer aux utilisateurs une variété d'offres implique la multiplicité des opérateurs présents sur le marché. Cette dernière apparaît en total contradiction avec l'objectif des opérateurs de renforcer leur position concurrentielle et leurs parts de marché.

Ainsi, le secteur des communications électroniques ne pourrait pas engendrer son équilibre par lui-même, ce qui implique une prise en charge de ce même équilibre par l'État.

23. L'éventualité de la monopolisation étatique - La monopolisation étatique constitue une première réaction face aux risques engendrés par l'importance de ces enjeux. Un contrôle total par l'État permet en effet d'assurer la préservation du service public. Toutefois, la régulation permet également, par divers arguments⁷⁷, de concilier « la libéralisation avec les caractéristiques de service public »⁷⁸.

⁷⁵ A. Laget-Annamayer, « La détermination des objectifs de la régulation dans l'Union européenne : au-delà de l'évidence, la complexité », in *Les objectifs de la régulation économique et financière*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2017, p.51, cité par L. Rapp et alii, *Le Lamy Droit public des affaires*, §511.

⁷⁶ M.A. Frison Roche, 2001, *art. cit.*

⁷⁷ V. infra §35 et s. et §86 et s.

⁷⁸ S. Douget, *art. cit.*

24. Un équilibre engendré par la régulation - Une intervention étatique alternative est celle de l'État-régulateur. En effet, une des missions assignées à la régulation sectorielle est celle de rechercher un équilibre entre une concurrence libre, loyale, effective, et différentes valeurs imprégnant le secteur en question. Cette recherche d'équilibre est notamment constatée par Laurence Boy dans sa réponse à l'article fondateur de Marie-Anne Frison-Roche, dans lequel elle énonce que « La plupart des autorités de régulation ont effectivement pour objectif la recherche d'un équilibre soit entre valeurs marchandes (on pense au droit de la concurrence), soit entre valeurs marchandes et non marchandes (ART, CSA, CNIL) »⁷⁹.

Un tel objectif est assuré par la régulation à travers la mise en œuvre d'instruments particuliers, qui seront étudiés dans les prochains développements⁸⁰.

25. Un objectif permettant de distinguer la régulation du droit de la concurrence - La distinction entre droit de la concurrence et droit de la régulation implique, comme il a déjà pu être vu⁸¹, une étude des objectifs du droit de la concurrence, afin de les différencier de ceux de la régulation. Une telle étude nécessite de prendre en compte les débats actuels pouvant altérer cette distinction. Ceux-ci seront donc étudiés postérieurement⁸². Toutefois, une première analyse au regard des critères classiques de la distinction permet d'établir une division claire.

Nicolas Petit assigne ainsi au droit de la concurrence une qualification de droit de nature économique, qui « connaît uniquement les faits de concurrence concernant l'allocation de ressources rares dans un système d'échange marchand. »⁸³. Ainsi, le droit de la concurrence serait « amoral, cynique »⁸⁴, ne trouvant pas à s'appliquer en dehors de la sphère purement économique. Le droit de la concurrence se distingue donc catégoriquement du droit de la régulation, qui prend en compte une variété d'objectifs non-économiques. Le Professeur Jean-Christophe Roda évoque quant à lui la montée en puissance de l'analyse économique, qui peut se traduire par une vision restreinte des objectifs du droit de la concurrence, ayant pour finalité principale « l'efficacité économique »⁸⁵.

Ainsi, la régulation peut être vue comme applicable aux seuls secteurs anciennement monopolistiques, ou de manière plus large aux secteurs impliquant la prise en compte d'intérêts particuliers. Dans les deux cas, le secteur des communications électroniques remplit ces deux

⁷⁹ L. Boy, *art. cit.*

⁸⁰ V. *infra* §35 et s.

⁸¹ V. *supra* §11 et s.

⁸² V. *infra* §65 et s.

⁸³ N. Petit, *art. cit.*, p.563.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ J.C Roda, « Réflexions sur les objectifs du droit français de la concurrence, *D.* 2008, p.1504, §10.

critères et apparaît donc être l'archétype du secteur régulé, au-delà de tout débat doctrinal. Si l'aspect sectoriel de la régulation revêt une importance cruciale pour sa définition, il n'est pas le seul critère. Au-delà de son objet, les objectifs du droit de la régulation ont aussi été abordés dans cette première partie. Toutefois, la régulation peut être définie de manière plus concrète par ses modalités de mise en œuvre.

Section 2. Un objectif de construction d'un équilibre impliquant l'utilisation d'instruments spécifiques

26. L'identification d'une cohérence des régulations – La régulation se fragmente par son aspect sectoriel. Pour autant, une certaine cohérence peut être identifiée dans la prise en charge des différents secteurs régulés. Celle-ci implique la présence d'institutions spécifiques (I), mettant en œuvre des instruments propres à la régulation (II).

I. La mise en œuvre des instruments de la régulation par des institutions spécifiques

27. L'importance de la structure institutionnelle - L'aspect institutionnel revêt une importance cruciale, puisqu'il permet d'assurer une « cohérence interne » et un « équilibre global »⁸⁶ au sein du corps de règles appelé régulation. L'étude de cet aspect se manifeste par une tentative de qualification juridique uniforme des autorités de régulation (A), avant de s'intéresser aux pouvoirs qui leurs sont confiés (B).

A. La qualification juridique des autorités de régulation

28. Une notion non définie par les textes - La notion d'autorité de régulation est d'abord appréhendée par le Conseil d'État dans deux arrêts de 2016 « Sté Fairvesta » et « Sté Numéricable »⁸⁷, ouvrant la possibilité de former un recours pour excès de pouvoir contre des actes de droit souple adoptés par « les autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies. ». Cette notion est ensuite consacrée au niveau législatif par la loi du 10 août 2018 pour un État au service d'une société de confiance⁸⁸.

⁸⁶ M.A Frison Roche, 2001, *art. cit.*

⁸⁷ CE, Ass., 21 mars 2016, n° 368082, Société Fairvesta International GMBH et autres : CE, Ass., 21 mars 2016, n° 390023, Société NC Numericable.

⁸⁸ Loi n°2018-727 du 10 août 2018 pour un État au service d'une société de confiance.

Toutefois, ces consécutions jurisprudentielles et législatives ne s'accompagnent pas d'une définition. Le juge sera donc chargé de la qualification au cas par cas des autorités de régulation⁸⁹. À cette fin, il convient d'abord de chercher à définir cette notion.

29. Une notion fonctionnelle - La notion d'autorité de régulation pourrait alors s'apparenter à une notion fonctionnelle⁹⁰, au regard de la distinction opérée par le Professeur Georges Vedel. Selon ce dernier, une notion conceptuelle peut « recevoir une définition complète selon les critères logiques habituels », ainsi que voir son contenu « abstraitement déterminé une fois pour toutes. »⁹¹. Au contraire, les notions fonctionnelles « procèdent directement d'une fonction, qui leur confèrent seule une véritable unité ». Ainsi, une autorité de régulation se définirait par sa seule fonction de régulation économique.

Toutefois, l'existence d'une véritable cohérence au sein du droit de la régulation nécessite de dégager une certaine uniformité entre les différents organismes le mettant en œuvre. Dans cette optique, il convient d'abord de rechercher les similarités sur le plan de la qualification institutionnelle de ces différents organismes.

30. La qualification institutionnelle - À cet égard, il faut relever que les formes d'autorité administrative indépendante (AAI) ou d'autorité publique indépendante (API) sont utilisées en très grande majorité⁹². L'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse (ARCEP), objet de la présente étude, peut être prise en exemple. Cette dernière est bien constituée sous la forme d'une AAI. C'est également le cas de l'ARCOM dans le secteur des communications audiovisuelles et numériques, mais aussi de la CRE s'agissant du secteur de l'énergie.

Le recours à l'AAI s'explique aisément par l'importance de l'indépendance des autorités de régulation. En effet, elles sont créées en vue d'accompagner la libéralisation d'un secteur, faisant pénétrer au sein d'un marché contrôlé exclusivement par un opérateur public plusieurs opérateurs privés. Certaines obligations vont donc être mises à la charge de l'opérateur public, afin de rééquilibrer le marché au profit de ses concurrents. Le non-cumul des fonctions d'opérateur et de régulateur est ainsi essentiel⁹³. Cette exigence est imposée par l'Union Européenne dès les premiers textes européens organisant la libéralisation des industries de

⁸⁹ L. Rapp et alii, *Le Lamy Droit public des affaires*, §525.

⁹⁰ *Ibid.*, §523.

⁹¹ G. Vedel, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait », *JCP*, 1950, I, 851, cité par L. Rapp et alii, *op. cit.*, §523.

⁹² L. Rapp et alii, *op. cit.*, §521.

⁹³ M.A. Frison Roche, 2001, *art. cit.*

réseau⁹⁴. De plus, l'effectivité du droit souple créé par les autorités de régulation est soumise à son acceptation par les opérateurs, et ainsi à la légitimité de cette même autorité⁹⁵. Cette légitimité ne peut être acquise sans que l'indépendance du régulateur ne soit certaine.

À cet égard, les AAI présentent des garanties d'indépendance et d'impartialité propres à répondre à ces exigences. Il s'agit d'abord d'une indépendance organique, grâce à une composition collégiale afin d'assurer une délibération collective⁹⁶. Celle-ci s'illustre également à travers les garanties statutaires de leurs membres, tenus au secret professionnel ainsi qu'à un devoir de réserve⁹⁷. Enfin, l'indépendance des AAI se manifeste par les moyens juridiques et matériels qui leurs sont confiés pour accomplir leurs missions. Elles sont en effet placées « hors hiérarchie », et disposent ainsi d'un « pouvoir propre » de décision⁹⁸.

Une telle qualification permet d'identifier une certaine uniformité parmi les autorités de régulation. Cette dernière se retrouve également au regard des pouvoirs qui leurs sont confiés.

B. Les pouvoirs des autorités de régulation

31. Autorités sectorielles - Le principal point commun des autorités de régulation réside dans leur spécialisation. Les autorités visées par la présente étude sont en effet en charge de la régulation d'un secteur en particulier. Il s'agit des communications électroniques pour l'ARCEP, de la communication audiovisuelle et numérique pour l'ARCOM, ou encore le marché des transports, notamment ferroviaires, pour l'Autorité de régulation des transports. Cette tendance à la spécialisation s'explique par la nécessité de répondre aux problématiques particulières touchant ces secteurs.

Le caractère sectoriel du champ d'action des autorités de régulation permet également de les différencier des autorités de concurrence et plus précisément de l'ADLC, qui bénéficie du même statut juridique d'AAI.

32. Le pouvoir réglementaire des autorités de régulation - Il est ensuite nécessaire de relever que plusieurs autorités de régulation disposent d'un pouvoir réglementaire, leur permettant d'adopter des décisions de caractère général et impersonnel. C'est le cas de notamment de

⁹⁴ Livre vert sur le développement du marché commun des services et équipements de télécommunications, COM (1987) 290 final, 30 juin 1987, p.4.

⁹⁵ V. infra §40.

⁹⁶ J.L. Autin et E. Breen, « Autorités administratives indépendantes », *JCI. Administratif*, Fasc. 45, §33.

⁹⁷ *Ibid.* §50 et s.

⁹⁸ *Ibid.* §70.

l'ARCEP⁹⁹, mais également de la Commission de régulation de l'énergie¹⁰⁰, de l'Autorité de régulation des transports¹⁰¹, ou encore de l'Autorité des marchés financiers¹⁰².

L'octroi de ce pouvoir de réglementation a d'abord fait l'objet de questionnements au regard de sa constitutionnalité. Le Conseil constitutionnel a dans un premier temps assuré que l'article 21 de la Constitution, qui confie l'exercice du pouvoir réglementaire au premier ministre, ne fait pas obstacle « à ce que le législateur confie à une autorité de l'État autre que le Premier ministre, le soin de fixer, dans un domaine déterminé et dans le cadre défini par les lois et règlements, des normes permettant de mettre en œuvre une loi. »¹⁰³. Il précise ensuite l'octroi d'un tel pouvoir est subordonné aux seules « mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu ». Ainsi, le pouvoir réglementaire de l'ARCEP est restreint par l'article 36-6 du CPCE, qui délimite précisément son champ d'action.

33. Des attributions diversifiées - Les autorités de régulation, notamment l'ARCEP, disposent également d'un pouvoir d'application individuelle de la norme, qui se cumule ainsi leurs pouvoirs réglementaires et de sanction¹⁰⁴. De plus, l'ARCEP dispose d'une compétence en matière de règlement de différends. Elle peut ainsi être saisie d'un différend « en cas de refus d'accès ou d'interconnexion, d'échec des négociations commerciales ou de désaccord sur la conclusion ou l'exécution d'une convention d'interconnexion ou d'accès à un réseau de communications électroniques. »¹⁰⁵. L'ARCEP dispose également d'un pouvoir de contrôle et d'enquête¹⁰⁶. Enfin, l'ARCEP se voit attribuer de nombreuses fonctions consultatives¹⁰⁷.

De tels pouvoirs sont également reconnus aux autorités prenant en charge d'autres secteurs régulés. Il en va ainsi pour la Commission de régulation de l'énergie¹⁰⁸ ou encore pour l'Autorité de régulation des transports¹⁰⁹.

34. La méthode empirique des autorités de régulation – La mise en œuvre de ces pouvoirs s'exerce à travers une méthode empirique, commune à l'ensemble des autorités de régulation

⁹⁹ Art. L36-6 CPCE.

¹⁰⁰ Art. L. 134-1 et 134-2 Code de l'énergie.

¹⁰¹ Art. L. 2132-5 Code des transports.

¹⁰² Art. L621-6 Code monétaire et financier.

¹⁰³ Cons. const., 18 sept. 1986, no 86-217 DC.

¹⁰⁴ Art. L36-5 à L36-15 CPCE.

¹⁰⁵ Art. L36-8 CPCE.

¹⁰⁶ Art. L36-7 et L36-13 CPCE.

¹⁰⁷ Not. Art. L36-5 et L36-7, 4° CPCE.

¹⁰⁸ Art. L131-1 à L135-16 Code de l'énergie.

¹⁰⁹ Art. L1261-1 à L1264-20 Code des transports.

sectorielle. Cette dernière peut être définie comme le fait de « découvrir les éléments d’une solution juridique » à travers une « analyse des faits »¹¹⁰.

En effet, un processus d’ « inversion de la norme » est fréquemment observé concernant les autorités de régulation¹¹¹. Celui-ci se traduit par l’édiction d’une règle « émanant du concret, des pratiques individuelles »¹¹².

Cette méthode, ainsi que plus généralement les institutions précédemment décrites, constituent l’un des critères d’identification de la régulation sectorielle. Ces dernières disposent de pouvoirs propres, qu’elles mettent en œuvre grâce à l’utilisation d’instruments particuliers. Ceux-ci permettent également l’identification d’une régulation sectorielle et sa distinction avec la réglementation classique.

II. L’identification d’instruments propres à la régulation

35. L’uniformité des règles - Si les règles de régulation sectorielles revêtent une grande variété au regard de leurs sources, étant issues de textes spécifiques, une certaine unité peut tout de même être observée. Cette uniformité s’illustre particulièrement dans la temporalité de l’intervention de la régulation (A). Une telle intervention présente par ailleurs des modalités particulières (B).

A. L’intervention de la régulation caractérisée par sa temporalité

36. L’intervention *ex ante* de la régulation - La question de la temporalité des interventions est fréquemment utilisée dans le but d’explicitier la différence entre droit de la concurrence et droit de la régulation¹¹³. La régulation sectorielle intervient par nature *ex ante*, de manière à structurer un marché et de construire un équilibre, toujours selon les finalités qui lui sont assignées. Le Professeur Frison-Roche définit le terme *ex ante* comme « l’intervention sur un phénomène avant son avènement »¹¹⁴. Concernant plus précisément la régulation des marchés,

¹¹⁰ G. Farjat, *op. cit.*, p.111.

¹¹¹ Ibid., p.111 ; L. Boy, *art. cit.*

¹¹² L. Boy, *art. cit.*

¹¹³ P. Choné, « Droit de la concurrence et régulation sectorielle. Entre *ex ante* et *ex post* », in *Droit et économie de la régulation. Les engagements dans les systèmes de régulation*, Presses de Sciences Po, 2006 p.49 à 72 ; P. Ibáñez Colomo, “On the Application of Competition Law as Regulation: Element for a Theory”, *Yearbook of European Law*, Volume 29, Issue 29, 2010, p.263 ; N. Dunne, “Between competition law and regulation: hybridized approaches to market control”, *Journal of Antitrust Enforcement*, Volume 2, 2014, p.229.

¹¹⁴ M.A. Frison Roche « Le couple *ex ante-ex post*, justification d’un droit propre et spécifique de la régulation », in *Droit et économie de la régulation. Les engagements dans les systèmes de régulation*, *op.cit.*

le Professeur Anne Perrot lie l'intervention *ex ante* des autorités de régulation à une action antérieure au « déroulement du jeu concurrentiel »¹¹⁵.

Ainsi, plusieurs mécanismes extrêmement structurants se trouvent à la disposition des autorités de régulation, qui vont notamment poser « les conditions de recevabilité d'entrer dans les secteurs »¹¹⁶. Les autorités de régulation, notamment l'ARCEP en matière de communications électroniques, ont donc la possibilité de sélectionner les participants à un marché, instrument mis en œuvre particulièrement au stade initial de l'ouverture à la concurrence. Ce dernier secteur étant déjà entièrement libéralisé¹¹⁷, la place de ce type d'instrument est réduite¹¹⁸. Toutefois, il est toujours utilisé, notamment concernant la distribution de ressources rares. Dans le secteur des communications électroniques, les ressources rares sont les fréquences électromagnétiques. Ces dernières permettent d'identifier les ondes du même nom, utilisées pour le transport non-filaire de l'information, dans le domaine de la téléphonie mobile notamment. Les fréquences d'ondes n'étant pas infinies, un contrôle de leur attribution est nécessaire. Pour certaines catégories d'entre elles, l'ARCEP a donc pour mission d'attribuer des autorisations d'utilisation de ces fréquences¹¹⁹. L'autorité contrôle de ce fait le nombre et l'identité des opérateurs pouvant accéder au marché des communications électroniques fonctionnant grâce aux fréquences électromagnétiques. L'équilibre concurrentiel est ici particulièrement visé, mais d'autres préoccupations se retrouvent également telles que la bonne utilisation des fréquences. L'ARCEP impose également aux opérateurs de communications électroniques certaines obligations relatives à la fourniture de prestations d'accès ou d'interconnexion dans des conditions non discriminatoires¹²⁰. Il s'agit ici une nouvelle fois d'un instrument *ex ante*, qui a vocation à structurer le marché par le biais d'un contrôle de l'accès à une infrastructure essentielle.

Cette sélection préalable peut également être identifiée dans d'autres secteurs régulés. Ainsi, l'autorité de régulation des transports peut, sous certaines conditions, limiter ou interdire le droit d'accès au réseau ferroviaire des nouveaux opérateurs entrant sur le marché¹²¹.

Dans ce même objectif de construction d'un équilibre, les autorités de régulation vont agir directement sur le marché en contrôlant *a priori* les prix fixés par les différents opérateurs.

¹¹⁵ A. Perrot, art. cit., p4-5.

¹¹⁶ M.A. Frison Roche, 2001, art. cit.

¹¹⁷ S. Douget, art. cit.

¹¹⁸ J-L. Autin et P. Idoux, art. cit. §30.

¹¹⁹ Art. 42-1 CPCE.

¹²⁰ Art. L38-4 CPCE.

¹²¹ L2133-1 Code des transports.

Ainsi, en matière de communications électroniques les opérateurs désignés comme ayant une influence significative sont contraints de respecter certaines conditions techniques et tarifaires lors de la fourniture de prestation d'interconnexion et d'accès¹²². Ils sont notamment tenus de ne pas pratiquer de tarifs excessifs ou d'éviction, mais également proposer des tarifs reflétant les coûts. Ces mêmes tarifs sont communiqués à l'autorité de régulation, qui peut émettre un avis dessus ou même s'opposer à leur mise en œuvre. L'ARCEP dispose d'une autre possibilité d'intervenir *ex ante* en définissant « des mesures d'encadrement pluriannuel des tarifs »¹²³.

Ce contrôle tarifaire *ex ante* peut également être observé dans d'autres secteurs régulés. À titre d'exemple, l'autorité de régulation des transports émet un avis sur la fixation des redevances d'infrastructure du réseau ferré. En cas d'avis défavorable, l'opérateur en question est tenu de lui soumettre un nouveau projet¹²⁴.

37. L'intervention *ex post* du droit de la concurrence - À la différence de la régulation sectorielle, le droit de la concurrence intervient par nature *ex post*, lorsque le marché est déjà construit et le jeu concurrentiel effectif¹²⁵. Il sanctionne les comportements déviants des différents opérateurs après leur commission, et n'a ainsi pas vocation à structurer le marché mais à le préserver de ces mêmes comportements. Il s'agit ainsi de sanctions les « déviation par rapport à des règles abstraites et générales »¹²⁶. À la différence de la régulation sectorielle dont le rôle est « d'organiser le marché *a priori* », le droit de la concurrence va « sanctionner *a posteriori* les comportements anti-concurrentiels des opérateurs »¹²⁷. Ainsi, l'abus de position dominante¹²⁸ a pour but de sanctionner le comportement de l'opérateur qui, se retrouvant dans une telle position, se voit imposer une responsabilité particulière¹²⁹ afin de ne pas perturber l'équilibre du marché. En revanche, le simple fait d'être en position dominante, qui résulte de la structure du marché, n'est pas sanctionné par le droit de la concurrence. Il en va de même pour le droit des ententes¹³⁰, qui sanctionne les comportements des opérateurs ayant pour but de créer des obstacles à la structure concurrentielle déjà en place sur le marché. Au contraire, la régulation sectorielle n'a pas à qualifier un comportement anticoncurrentiel avant d'agir. À

¹²² Art. L38 CPCE.

¹²³ Art. L36-7 CPCE.

¹²⁴ Art. L2133-5 CPCE.

¹²⁵ J.C. Roda et M.A. Frison Roche, *op. cit.*, §42 ; A. Perrot, *art. cit.* p.5.

¹²⁶ O. Fréjet, « Régulations et droit de la concurrence », *Contrats Concurrence Consommation*, n°3, mars 2023, dossier 6, §11.

¹²⁷ M. Bacache-Beauvallet et A. Perrot, *art. cit.*, p.8.

¹²⁸ Art. 102 TFUE.

¹²⁹ CJCE, 9 nov. 1983, n°322/81, Michelin.

¹³⁰ Art. 101 TFUE.

cet égard, Sabine Naugès met en avant le caractère préventif de la régulation face au fonctionnement curatif du droit de la concurrence¹³¹.

Le commandement qu'il adresse aux acteurs n'est pas d'adopter un comportement précis - tel que la fixation d'un certain prix - mais de vérifier avant d'agir l'absence de violation des règles concurrentielles. Cela suppose que des standards clairs et opposables aient été préalablement dégagés par la jurisprudence.

Ces affirmations pourront cependant être nuancées par la multiplication des pouvoirs et instruments *ex ante* mis en œuvre par les autorités de concurrence, rendant la frontière entre droit de la concurrence et la régulation de plus en plus floue¹³². Avant cela, il est encore possible d'identifier d'autres critères de distinction, à travers les modalités concrètes de l'intervention de la régulation.

B. Les modalités concrètes de l'intervention de la régulation

38. Une régulation concrète et asymétrique - Au-delà de la temporalité de son intervention, la régulation se distingue par son aspect concret et asymétrique.

La spécialisation sectorielle de la régulation lui permet de s'adapter aux contraintes techniques et enjeux spécifiques au secteur qu'elle régule. Ainsi, le CPCE va distinguer les règles applicables aux différents types de réseaux et infrastructures, quand les règles édictées par le droit de la concurrence s'appliquent de manière générale à tous les opérateurs répondant à la qualification d'entreprise.

De plus, le droit de la régulation intervient *ex ante* directement sur le marché, en imposant des obligations particulières à certains opérateurs individuellement désignés comme exerçant une influence significative sur le marché¹³³. Il s'agit donc d'un droit asymétrique, qui dispose d'un « éventail d'outils beaucoup plus complet »¹³⁴ que le droit de la concurrence. Ce dernier ne revêt un caractère individualisé qu'au stade du contentieux, et non au stade de l'élaboration de la règle. En effet, même si une responsabilité particulière est confiée aux entreprises en position dominante, celles-ci ne sont pas individuellement désignées en amont.

¹³¹ S. Naugès, « L'articulation entre droit commun de la concurrence et droit de la régulation sectorielle », *AJDA* 2007, p.672 et s.

¹³² V. infra §41 et s.

¹³³ Art L37-1 à L38-4 CPCE

¹³⁴ A. Perrot, *art. cit.*, p.4.

A cet égard, un parallèle peut être effectué avec d'autres secteurs régulés. À titre d'exemple, le code des transports présente des règles spécifiques applicables à la SNCF¹³⁵. Le code de l'énergie prévoit également des dispositions propres à l'ancien opérateur public de ce secteur¹³⁶.

39. La régulation, gouvernée par une méthode téléologique - La régulation se caractérise ensuite par la méthode qu'il emploie, dite téléologique¹³⁷. Cette dernière vise « l'interprétation qui prend pour principe qu'une règle de droit doit être appliquée de manière à remplir ses fins et interprétée à la lumière de ses finalités »¹³⁸. Elle est donc guidée par l'efficacité, « corollaire de l'instrumentalisation du droit »¹³⁹. Les objectifs de la régulation ont déjà pu être définis¹⁴⁰. Ils présentent une importance particulière lorsqu'il s'agit de définir cette notion.

Ceux-ci sont également décisifs s'agissant de sa mise en œuvre. L'objectif de recherche d'équilibre est ainsi « le fondement à la fois nécessaire et suffisant de la méthode. »¹⁴¹. Le Professeur Laurence Boy présente à cet égard un exemple de mise en œuvre de cette méthode par les autorités de régulation et plus particulièrement par l'ART, ancienne autorité de régulation du secteur des télécommunications. Elle constate en effet la pratique de cette dernière autorité consistant à adopter une lecture « à géométrie variable de la notion de marché » en matière de conflits d'interconnexion, variant selon l'appréciation de sa saisine ou l'appréciation des pratiques en cause¹⁴².

Ce recours à la méthode téléologique est également propre au droit de la concurrence¹⁴³, et ne permet donc pas de le distinguer efficacement du droit de la régulation. Toutefois, cela permet simplement de dégager une caractéristique de ce dernier, renforçant l'idée d'une uniformité des règles de régulation.

40. La régulation, caractérisée par sa souplesse - Si certaines autorités de régulation, telles que l'ARCEP, disposent d'un pouvoir réglementaire, les instruments de droit souple restent particulièrement utilisés par ces autorités dans le cadre de leur mission de régulation¹⁴⁴.

¹³⁵ Art. L2102-1 à L2102-22 Code des transports.

¹³⁶ Art. L111-40 à L111-46 Code de l'énergie.

¹³⁷ G. Farjat, *op. cit.*, p.112.

¹³⁸ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, Coll. Quadrige, 14^e édition, 2022.

¹³⁹ M.A. Frison Roche, 2001, *art. cit.*

¹⁴⁰ V. supra §11 et s.

¹⁴¹ L. Boy, *art. cit.*

¹⁴² L. Boy, *art. cit.*

¹⁴³ J.C. Roda et M.A. Frison Roche, *op. cit.*, §37.

¹⁴⁴ G. Farjat, *op. cit.*, p.112 ; L. Boy, *art. cit.*

La notion de droit souple est retenue par le Conseil d'État pour son étude annuelle en 2013¹⁴⁵, à travers laquelle il en donne une définition. Ainsi, pour être défini comme tel, un instrument doit répondre à trois conditions cumulatives. Ils doivent ainsi avoir pour objet de « modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion », sans créer par eux-mêmes de droits ou d'obligations. Toutefois, ces instruments « présentent, par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit. »¹⁴⁶.

L'utilisation du droit souple par les autorités de régulation s'explique aisément par les objectifs qui leurs sont assignés. En effet, à travers un objectif de construction du marché, la régulation doit constamment s'adapter à ses évolutions¹⁴⁷. La construction, l'accompagnement de l'ouverture du marché, implique un dynamisme que doit suivre la régulation, qu'il s'agisse des nouvelles structures de marché, des évolutions techniques ou sociétales le pénétrant. À cet égard, le droit souple présente l'intérêt de pouvoir être modifié et rectifié aisément, et permet ainsi « d'appréhender les phénomènes émergents »¹⁴⁸. La mise en œuvre de droit souple suit également la logique même du passage de la réglementation et de l'économie administrée à la libéralisation accompagnée par l'État devenu régulateur, ayant davantage pour objectif d'orienter le comportement des acteurs du marché¹⁴⁹.

Le droit souple ne créant pas par lui-même de droits ou d'obligations, son effectivité est conditionnée par son acceptation par les opérateurs du secteur, qui elle-même est conditionnée par sa légitimité. Cette légitimité peut être acquise par un « dialogue social avec les acteurs représentatifs »¹⁵⁰ au stade de l'élaboration de la norme. Ainsi, les instruments de régulation participative sont particulièrement prisés par les autorités de régulation. Sont ainsi mis en place des mécanismes de consultation de ces acteurs voire de négociations avec ceux-ci¹⁵¹. De plus, un « travail de publicité, de persuasion, [...] de mise en place d'outils pédagogiques », contribue également à cette légitimité¹⁵². Les autorités de régulation peuvent ainsi s'appuyer sur leur pouvoir d'influence qui assure l'effectivité des normes qu'elles édictent¹⁵³.

¹⁴⁵ Conseil d'État, « Le droit souple », *Les rapports du Conseil d'État*, Etude annuelle, 2013.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p.9.

¹⁴⁷ M.A. Frison Roche, 2001, *art. cit.*

¹⁴⁸ Conseil d'État, rapport précité, p.91.

¹⁴⁹ L. Rapp et alii, *op. cit.*, §575.

¹⁵⁰ Conseil d'État, rapport précité, p.121.

¹⁵¹ B. Barraud, « La spécialisation du droit des communications », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n°141, 1^{er} oct. 2017, p.49.

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ L. Rapp et alii, *op. cit.*, §570.

Les instruments de droit souple mis en œuvre par les autorités de régulation sont donc nombreux. En matière de communications électroniques plus précisément, l'ARCEP dispose d'abord de pouvoirs consultatifs concernant des projets de loi, décret ou règlement relatifs au secteur dont elle a en charge la régulation¹⁵⁴. Les avis rendus dans ce cadre sont nombreux et participent à son pouvoir d'influence. L'ARCEP édicte également des lignes directrices ou recommandations. Enfin, des rencontres régulières avec les acteurs du secteur ainsi que des consultations publiques sont fréquemment organisées.

Cette utilisation privilégiée du droit souple se retrouve parmi les autres autorités de régulation, qui publient fréquemment des avis et procèdent à des consultations publiques.

Il est donc possible de délimiter la notion de régulation grâce à l'ensemble de ces considérations. Ce terme reçoit une définition propre eu égard à ses objectifs. Son identification se poursuit par l'intermédiaire des instruments mis en œuvre afin de mener à bien les missions confiées à la régulation. Ces caractéristiques permettent d'établir une distinction claire avec le droit de la concurrence. Pour autant, de nombreux débats persistent, remettant en cause la pertinence d'une telle distinction.

¹⁵⁴ Art. L36-5 CPCE.

Chapitre 2. L'altération de la distinction entre le droit de la concurrence et la régulation sectorielle

41. Une altération aux origines plurielles - Les développements précédents font apparaître une distinction établie entre la régulation sectorielle et droit de la concurrence, à travers plusieurs critères classiquement avancés. Cependant, la pertinence de ces critères est fréquemment remise en cause, au vu de l'évolution de chacune de ces deux notions. Le terme régulation est d'ailleurs fréquemment utilisé pour désigner le rôle novateur du droit de la concurrence¹⁵⁵. La notion de régulation rencontre d'abord certaines définitions se détachant de la conception stricte précédemment retenue¹⁵⁶ (Section 1), quand le droit de la concurrence adopte certains instruments dits « hybrides »¹⁵⁷, présentant une nature régulatoire (Section 2).

Section 1. Les tendances à une conception élargie de la régulation sectorielle

42. Une notion aux contours variables - Les critères précédemment développés relèvent d'une conception stricte de la régulation. Cependant, il n'existe pas qu'une seule acception de cette notion, ce qui rend sa distinction avec le droit de la concurrence encore plus ténue. L'évolution de l'objet de la régulation sectorielle (I) ainsi que la variété de ses instruments (II) participe à cette altération.

I. L'objet de la régulation sectorielle en mouvement

43. Une application étendue - Si l'objectif de construction de la concurrence assigné à la régulation implique son caractère transitoire, celui-ci ne se vérifie pas en pratique. Elle va donc s'appliquer à des secteurs présentant un degré de maturité élevé (A). Au-delà de sa durée, l'intervention de la régulation tend à s'étendre à des secteurs variés (B).

¹⁵⁵ C. Prieto et D. Bosco, *op. cit.*, §245 et s. ; D. Briand-Meledo, « Autorités sectorielles et autorités de concurrence : acteurs de la régulation », *Revue internationale de droit économique*, 2007, p.345 à 371.

¹⁵⁶ V. supra Partie 1 – Titre 1 – Chapitre 1.

¹⁵⁷ N. Dunne, *art. cit.*

A. L'application durable de la régulation

44. La nature transitoire de la régulation - Le rôle traditionnel de la régulation sectorielle est d'accompagner la libéralisation d'un secteur en construisant un marché concurrentiel jusqu'à lors inexistant. S'en tenir à cette définition fonctionnelle revient à définir la régulation comme un corps de règle transitoire, dont l'utilité s'épuise lorsque le secteur en question est entièrement libéralisé. À ce dernier stade, la régulation devrait alors s'effacer au profit d'une réglementation *ex post*¹⁵⁸.

Certains secteurs régulés ne permettent pas d'observer un tel effacement puisque leur processus de libéralisation n'a pas encore pris fin. C'est le cas notamment du secteur du transport ferroviaire, qui se trouve encore au cœur du processus de libéralisation et donc de régulation.

45. La durabilité de la régulation - Le secteur des communications électroniques permet en revanche d'observer le comportement de la régulation dans le temps, puisqu'il s'agit d'un secteur entièrement libéralisé. Par une directive de 1996¹⁵⁹, le parlement européen et le conseil prévoient en effet l'ouverture complète du secteur à la concurrence à la date du 1^{er} janvier 1998. Pourtant, des règles de régulation sectorielle y sont toujours applicables, et appliquées par l'ARCEP, 25 ans après son ouverture à la concurrence.

Un autre exemple de secteur entièrement libéralisé est celui du transport aérien, dont l'ouverture à la concurrence a été entièrement réalisée en 1997, avec l'adoption du « troisième paquet ». Pourtant, 26 ans après la réalisation de cette dernière étape, le secteur du transport aérien reste régulé.

L'objectif de construction de la concurrence suppose effectivement que la régulation perdure à la suite de la libéralisation, afin d'organiser et de structurer ce marché nouvellement ouvert à la concurrence. Toutefois, le fait que des règles dites transitoires s'installent pendant une durée supérieure à 20 ans laisse à supposer qu'il ne s'agit plus uniquement d'une construction momentanée, mais bien de règles durables.

Ainsi, « l'attelle juridique doit demeurer »¹⁶⁰. Les raisons et la légitimité d'une telle durabilité seront exposées plus tard¹⁶¹. Le but ici est seulement de réaliser ce constat, et d'en tirer les

¹⁵⁸ D. Briand-Meledo, *art. cit.*, p.365.

¹⁵⁹ Directive 96/19/CE de la Commission, du 13 mars 1996, modifiant la directive 90/388/CEE en ce qui concerne la réalisation de la pleine concurrence sur le marché des télécommunications.

¹⁶⁰ M.A. Frison Roche, 2001, *art. cit.*

¹⁶¹ V. *infra* §91 et s.

conséquences au regard de la distinction entre la régulation sectorielle et le droit de la concurrence.

46. Une durabilité facteur de confrontation - En effet, l'extension de l'intervention dans le temps de la régulation rend ses confrontations avec le droit de la concurrence plus probables et fréquentes. L'ensemble des opérateurs d'un secteur entièrement libéralisé seront automatiquement soumis aux règles classiques du droit de la concurrence, tout en restant tributaires des règles de la régulation.

47. Une durabilité facteur de confusion - La durabilité de l'intervention de la régulation est donc un facteur de confrontation, mais également de confusion avec le droit de la concurrence. En effet, la distinction réalisée concernant l'objectif de construction de concurrence en opposition avec le maintien de la concurrence en l'état pourrait être mise à mal par la durabilité de la régulation, dans l'hypothèse où l'objectif précité suppose une intervention éphémère. Néanmoins, la construction de la concurrence dans de tels secteurs, répondant à des exigences techniques particulières suppose une surveillance permanente et une adaptation constante aux évolutions technologiques¹⁶². De ce point de vue, l'objectif de construction de la concurrence peut être vu comme se prolongeant dans le temps.

Ainsi, la durabilité de la régulation peut être à première vue facteur de confusion avec le droit de la concurrence, même si cette nouvelle caractéristique ne lui fait pas réellement perdre son essence ni son objectif primaire. Toutefois, l'objet matériel de la régulation peut également être élargi.

B. L'application de la régulation dans des secteurs variés

48. L'application traditionnelle de la régulation aux secteurs en cours de libéralisation –

Il a été vu précédemment que les secteurs fréquemment cités comme faisant l'objet d'une régulation se révèlent être des secteurs anciennement soumis à un monopole étatique¹⁶³. Ceux-ci ont même pu être définis comme caractérisant l'objet de la régulation¹⁶⁴. Toutefois, il est possible d'observer que le terme « régulation » ou « régulé » est employé pour désigner nombre de secteurs s'éloignant de ces caractéristiques.

¹⁶² V. infra §99 et s.

¹⁶³ V. supra §13 et s.

¹⁶⁴ M.A. Frison Roche, 2001, *art. cit.*

49. L'application de la régulation à des secteurs non anciennement monopolistiques - Les secteurs cités sources d'incertitudes sont ceux se rapportant notamment aux marchés bancaires, financiers et numériques.

Le secteur bancaire est en effet fréquemment décrit comme un secteur régulé. Pourtant, il n'est pas soumis, lors de son développement, à une réglementation particulière¹⁶⁵. L'activité bancaire se développe librement, par l'intermédiaire d'opérateurs privés. Après la seconde guerre mondiale, l'État français adopte une politique plus interventionniste par la loi du 2 décembre 1945¹⁶⁶, par laquelle il nationalise la banque de France ainsi que les grandes banques de dépôt. Par la loi du 11 février 1982¹⁶⁷, ce mouvement se poursuit par la nationalisation de 36 banques et de 2 compagnies financières. Néanmoins, le système bancaire est morcelé et il ne s'agit pas d'une nationalisation de l'ensemble des opérateurs bancaires, ce qui permet de douter de la qualification de ce secteur d'anciennement monopolistique. Pour autant, le secteur bancaire est soumis à des règles proches de celles décrites précédemment, propres à la régulation. En effet, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) et la Banque centrale européenne (BCE) organisent la structuration *a priori* du marché, en délivrant l'agrément permettant aux établissements d'exercer une activité bancaire¹⁶⁸.

De même, la notion de régulation est fréquemment employée dans le secteur du numérique. Il en est ainsi s'agissant des nouveaux textes adoptés par l'Union Européenne tels que le DMA¹⁶⁹, ou le DSA¹⁷⁰. La nature même de ces textes est débattue. Ces derniers se rapprochent en effet de la régulation sectorielle en ce qu'ils mettent à la charge des plateformes et opérateurs qu'ils régissent des obligations spécifiques *ex ante*. Les plateformes concernées par le DSA sont notamment tenues de garantir les droits des utilisateurs via des mécanismes de signalement et de traitement interne des réclamations. Le DMA quant à lui impose par exemple aux entreprises concernées de notifier tout projet de concentration à la Commission. De plus, le DMA et le DSA s'appliquent de manière asymétrique, selon la taille de l'opérateur concerné. Les

¹⁶⁵ J. Lasserre et alii, *Droit bancaire*, Dalloz, 3^e édition, 2021, p.7 et s.

¹⁶⁶ Loi n° 45-15 du 2 décembre 1945 relative à la nationalisation de la Banque de France et des grandes banques et à l'organisation du crédit.

¹⁶⁷ Loi n° 82-155 du 11 février 1982 de nationalisation.

¹⁶⁸ Articles L511-9 à L511-20 Code monétaire et financier.

¹⁶⁹ Règlement (UE) 2022/1925 du parlement européen et du conseil du 14 septembre 2022 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique et modifiant les directives (UE) 2019/1937 et (UE) 2020/1828 (règlement sur les marchés numériques).

¹⁷⁰ Règlement (UE) 2022/2065 du parlement européen et du conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE (règlement sur les services numériques).

plateformes soumises au DSA ont d'ailleurs été désignée de manière individuelle le 25 avril dernier.

Pour autant, ces différents textes ne font pas suite à la libéralisation d'un secteur anciennement soumis à un monopole étatique. Ils participent ainsi à l'altération de la définition classiquement dégagée de régulation sectorielle.

50. Les conséquences sur la distinction entre le droit de la concurrence et la régulation -

La notion de régulation recouvre donc énormément d'acceptions, de la plus large à la plus stricte. Les critères classiques d'identification de la régulation font d'ailleurs déjà apparaître la prise en compte de secteurs présentant des intérêts particuliers, au-delà de leur simple structure anciennement monopolistique¹⁷¹. S'agissant de la présente étude, se limitant au secteur des communications électroniques, cette extension de l'objet de la régulation n'a pas d'incidence, le marché étudié ayant été préalablement soumis à un monopole étatique.

Au-delà de l'objet et de l'objectif de la régulation, celui-ci se distingue du droit de la concurrence par la nature de ses interventions. Là encore, certains instruments de la régulation amènent à élargir ses contours.

II. La nature variée des interventions de la régulation

51. Une intervention éclectique - Si la régulation se distingue du droit de la concurrence par son intervention *ex ante*, les instruments à sa disposition ne se limitent pas à cette spécificité. Le régulateur intervient également *ex post*, lors du règlement des différends (A) et du prononcé de sanctions (B).

A. La compétence des autorités de régulation en matière de règlement des différends

52. La compétence de l'ARCEP - L'article 36-8 du CPCE confie à l'ARCEP la compétence de régler les différends en matière d'accès et d'interconnexion. Il en va de même pour les litiges relatifs aux « conditions techniques et financières de la fourniture des listes d'abonnés »¹⁷², ou encore à ceux relatifs à l'utilisation des installations existantes sur le domaine public¹⁷³.

¹⁷¹ V. supra §19 et s.

¹⁷² Art. L38 CPCE.

¹⁷³ Art. L47 CPCE.

Ainsi, l'ARCEP est « investie du pouvoir d'émettre des prescriptions, voire de prononcer des injonctions de faire ou de ne pas faire »¹⁷⁴. Il s'agit ici d'un pouvoir *ex post*, survenant à la suite d'un comportement litigieux. Un tel pouvoir s'éloigne des instruments de la régulation précédemment décrits comme essentiellement *ex ante*¹⁷⁵.

53. Un pouvoir similaire octroyé aux autres autorités de régulation - Pourtant, l'ARCEP n'est pas la seule autorité de régulation à disposer d'un tel pouvoir. Ainsi, l'Autorité de régulation des transports est investie du pouvoir de traiter notamment de tous les litiges relatifs à l'accès à l'infrastructure ferroviaire¹⁷⁶. La Commission de régulation de l'énergie quant à elle peut être saisie notamment en cas de litige portant sur l'accès aux « réseaux publics de transport ou de distribution d'électricité ou de réseaux fermés de distribution d'électricité »¹⁷⁷. L'ARCOM enfin sera saisie « de tout différend relatif à la distribution d'un service de radio, de télévision ou de médias audiovisuels à la demande, y compris aux conditions techniques et financières dans lesquelles ce service est mis à la disposition du public »¹⁷⁸.

Cette compétence *ex post* en matière de règlement des différends s'accompagne ensuite d'un volet répressif.

B. La compétence des autorités de régulation en matière de sanction

54. La compétence de l'ARCEP - L'ARCEP est également chargée de l'application des normes préétablies, ainsi que de la sanction de leur inobservation. En effet, l'article L36-7 du CPCE dispose que l'autorité « contrôle le respect par les opérateurs des obligations résultant des dispositions législatives et réglementaires qui leur sont applicables en vertu du présent code et des autorisations dont ils bénéficient et sanctionne les manquements constatés dans les conditions prévues aux articles L. 36-10 et L. 36-11 ».

Il s'agit là encore d'un pouvoir *ex post*, qui s'éloigne de la nature *ex ante* du droit de la régulation précédemment décrite.

55. Un pouvoir similaire octroyé aux autres autorités de régulation - Encore une fois, l'ARCEP n'est pas la seule autorité à disposer de tels pouvoirs. Il en va de même pour l'Autorité

¹⁷⁴ CA Paris, 1^{re} ch. sect. H, 28 avr. 1998, France Télécom c/ Compagnie générale de Vidéocommunication.

¹⁷⁵ V. supra §36.

¹⁷⁶ Art. 1263-2 Code des transports.

¹⁷⁷ Art. L.134-19 Code de l'énergie.

¹⁷⁸ Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (Loi Léotard), Art 17-1.

de régulation des transports¹⁷⁹, la Commission de régulation de l'énergie¹⁸⁰ ou encore l'ARCOM¹⁸¹.

56. Un pouvoir n'enlevant pas à la régulation son essence– De tels pouvoirs de règlement des différends et de sanction relèvent d'une logique *ex post*. Toutefois, l'identification de la régulation n'implique pas l'utilisation exclusive mais majoritaire d'instruments *ex ante*. Ainsi, l'octroi de pouvoirs *ex post* aux autorités de régulation n'enlève rien à l'essence même de la régulation, qui est d'intervenir en amont du comportement litigieux, afin d'opérer une véritable construction *a priori* du marché. Ces derniers sont même nécessaires pour le respect des obligations *a priori* imposées aux opérateurs.

Si elle peut faire l'objet de nombreuses définitions, la régulation sera donc définie pour la présente étude comme le corps de règles ayant pour objectif une construction du marché concurrentiel et de l'équilibre entre la concurrence et d'autres intérêts spécifiques, dans des secteurs représentant pour la majorité d'anciens monopoles étatiques tel que celui des communications électroniques, par le biais d'instruments essentiellement *ex ante*.

Après avoir limité pour l'objet de la présente étude la définition de la régulation, il convient de s'intéresser à l'altération de sa distinction avec le droit de la concurrence d'un nouveau point de vue. En effet, ce dernier droit fait apparaître au fil de ses évolutions certaines tendances réglementaires.

Section 2. Les tendances réglementaires du droit de la concurrence

57. Les mutations du droit de la concurrence - L'altération de la distinction entre le droit de la concurrence et la régulation sectorielle n'est uniquement le fait de la dernière. Le droit de la concurrence subit également certaines mutations propres à affecter cette démarcation. À cet égard, le droit de la concurrence présente un attrait renforcé pour la construction de la structure concurrentielle, mission initialement réservée à la régulation sectorielle (I). De plus, l'extension des objectifs du droit de la concurrence à une sphère non économique traduit un rapprochement avec les objectifs de la régulation (II).

¹⁷⁹ Art. L1264-9 Code des transports.

¹⁸⁰ Art. L134-25 Code de l'énergie.

¹⁸¹ Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (Loi Léotard), Art 20-7.

I. L'attrait du droit de la concurrence pour la construction de la structure concurrentielle

58. La diversité des interventions du droit de la concurrence - Selon le Professeur Pablo Ibáñez Colomo, le fait de résumer le droit de la concurrence à un droit seulement *ex post* et prohibitif ne permet pas de capturer toute sa complexité¹⁸². Le droit de la concurrence peut à son tour devenir un instrument de construction du marché, et suivre une logique de régulation¹⁸³. Une telle hypothèse trouve sa source dans la réglementation même du droit de la concurrence (A), mais également dans le rôle offensif joué par les autorités de concurrence (B).

A. Une logique de régulation par l'adoption d'instruments originaux

59. Le contrôle des concentrations, instrument original du droit de la concurrence agissant *ex ante* sur la structure des marchés - Il est à noter que le contrôle des concentrations n'existe pas initialement dans le traité de Rome. Ce n'est qu'en 1989 qu'un tel contrôle apparaît avec le règlement n°4064/89¹⁸⁴, remplacé par la suite par le règlement n°139/2004¹⁸⁵. Ce dernier texte prévoit un contrôle *ex ante* des concentrations, mis en œuvre grâce à un système de notification préalable supposant que les entreprises déclarent leur projet de concentration devant la commission européenne ou l'autorité nationale de concurrence compétente. Celui-ci sera analysé pour être ensuite interdit, autorisé, ou soumis à certains engagements de la part des entreprises concernées.

Au-delà d'être un mécanisme *ex ante*, s'apparentant ainsi au droit de la régulation, le contrôle des concentrations peut également être vu comme permettant la construction du marché¹⁸⁶. En effet, un tel contrôle permet de maîtriser les acteurs présents sur un marché ainsi que leur taille. Le contrôle des concentrations peut également être vu comme « une forme de garde-fou anticipé du libre fonctionnement du marché concurrentiel »¹⁸⁷. Ainsi, les Professeurs Jean-Christophe Roda et Marie-Anne Frison Roche précisent que le contrôle des concentrations a pour but de prévenir une future atteinte à la concurrence¹⁸⁸. Selon cette idée, le contrôle des concentrations serait étroitement lié aux abus de position dominante et aurait pour but d'empêcher l'émergence d'une position dominante qui aurait pour effet de restreindre la concurrence sur le marché.

¹⁸² P. Ibáñez Colomo, *art. cit.*, p.264.

¹⁸³ T. Pez, « Régulateurs sectoriels et Autorité de la concurrence », *Revue du droit public*, n°2, p.358.

¹⁸⁴ Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises.

¹⁸⁵ Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises ("le règlement CE sur les concentrations").

¹⁸⁶ M.A Frison Roche, 2004, *art. cit.* ; P. Ibáñez Colomo, *art. cit.*, p.265.

¹⁸⁷ M.A. Frison Roche, 2004, *art. cit.*

¹⁸⁸ J.C. Roda et M.A. Frison Roche, *op. cit.*, p.223.

Ainsi, ce mécanisme se distinguerait toujours de la régulation, par un objectif de maintien de la structure concurrentielle et non de construction.

Toutefois, le contrôle des concentrations reste en pratique un mécanisme original du droit de la concurrence, se rapprochant fortement d'une logique de régulation. Il a pu être qualifié de « part de droit de la régulation dans le droit de la concurrence »¹⁸⁹, altérant ainsi les frontières classiquement dressées entre les deux corps de règles.

60. L'adoption d'instruments hybrides dans le domaine du numérique – Les textes dont il est question ici sont le DMA et DSA, dont la nature est débattue. En effet, il s'agit d'instruments venant compléter le droit de la concurrence tout en empruntant une logique propre à la régulation.

Ces derniers se rapprochent de la régulation sectorielle en ce qu'ils mettent à la charge des plateformes et opérateurs qu'ils régissent des obligations spécifiques *ex ante*. De plus, le DMA et le DSA s'appliquent de manière asymétrique, selon la taille de l'opérateur concerné.

Ces caractéristiques ont déjà pu être étudiées concernant l'extension de la régulation à des secteurs qui ne présentent pas dans leur histoire une structure de monopole public¹⁹⁰. Cependant, si le DMA et le DSA sont considérés comme faisant partie du droit de la concurrence, ils permettent à l'inverse de mettre en évidence l'évolution de ce dernier droit vers une nature davantage régulatrice. Quoi qu'il en soit, il s'agit d'instruments hybrides qui engendrent un doute quant à la pertinence de la distinction entre régulation et droit de la concurrence.

Une telle confusion est également entretenue en aval, par le rôle offensif joué par les autorités de concurrence.

B. Le rôle de régulateur des autorités de concurrence

61. La théorie des infrastructures essentielles, mécanisme se rapprochant du droit de la régulation - La théorie des infrastructures essentielles trouve son origine aux États-Unis, dans l'affaire *Terminal Rail Road*¹⁹¹, par lequel la Cour suprême américaine avait répondu favorablement à la question de savoir si le propriétaire d'une infrastructure de transport était tenu d'accepter de contracter avec ses concurrents pour l'acheminement des marchandises. La même Cour a par la suite pris ses distances avec cette théorie, en affirmant ne l'avoir jamais

¹⁸⁹ J.C. Roda et M.A. Frison Roche, *op. cit.*, p.221.

¹⁹⁰ V. supra §49.

¹⁹¹ U.S. Supreme Court, *United States v. Terminal Railroad Ass'n*, 224 U.S. 383 (1912).

admise¹⁹². Pour autant, cette théorie a connu un véritable essor en Europe. En 1995, la Cour de justice rend un arrêt célèbre MAGILL¹⁹³, concernant le marché des programmes télévisuels. La Cour considère que l'opérateur dominant a l'obligation de contracter avec un opérateur tiers à condition que le bien en question soit indispensable pour accéder à un marché secondaire, que le refus de contracter soit de nature à éliminer toute concurrence sur ce même marché, et qu'il soit susceptible d'empêcher l'apparition d'un produit nouveau qui répondrait à une demande des consommateurs. Cet arrêt sera confirmé par la cour par la suite dans un arrêt BRONNER en 1998¹⁹⁴ où la Cour applique cette théorie à une infrastructure physique. Dans cette hypothèse, la cour supprime la dernière condition de Magill concernant l'apparition d'un produit nouveau. Ainsi, la théorie des infrastructures essentielles s'applique si le refus de contracter n'a pas de justification objective et qu'il a pour effet d'éliminer la concurrence sur le marché dérivé. De plus, l'accès à l'infrastructure en question doit être indispensable pour qu'une entreprise exerce son activité sur le marché. En effet, il ne doit pas exister de substituts actuels ou potentiels au bien en cause.

Il s'agit donc bien d'une théorie ayant pour origine des autorités de concurrence, prouvant leur rôle offensif par le développement d'un mécanisme original. En effet, la théorie des infrastructures essentielles se rapproche du droit de la régulation, ce qui en fait selon certains auteurs un instrument hybride¹⁹⁵. En accordant ou non l'accès d'un opérateur à l'infrastructure d'un autre, le droit de la concurrence contribue, par cette théorie, à construire la structure le marché, ce qui est normalement propre à la régulation. Ainsi, le Professeur Marie-Anne Frison-Roche considère que la théorie des infrastructures essentielles est une « façon jurisprudentielle d'arriver à un système de régulation »¹⁹⁶.

Pour autant, il est possible de distinguer la théorie des infrastructures essentielles, développée par les autorités de concurrence, de la régulation. Tout d'abord, la première est appliquée *ex post*, conformément à la logique du droit de la concurrence. En effet, elle intervient à la suite du refus de contracter, et donc à la suite du comportement incriminé. De plus, la régulation émet une obligation concrète d'accès *ex ante*. Au contraire, le droit de la concurrence

¹⁹² U.S. Supreme Court, Verizon Communs., Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP - 540 U.S. 398, 124 S. Ct. 872 (2004).

¹⁹³ CJUE, 6 avr. 1995, C-241/91 P et C-242/91 P, Magill.

¹⁹⁴ CJUE, 26 nov. 1998, C-7/97, Bronner.

¹⁹⁵ N. Dunne, *art. cit.*, p.249.

¹⁹⁶ M.A. Frison Roche, 2004, *art. cit.*

n'incrimine que l'abus de position dominante, qui trouve une application concrète dans la théorie des infrastructures essentielles au stade du contentieux uniquement.

62. La responsabilité particulière des entreprises, concept se rapprochant d'une réglementation asymétrique – Le concept de « responsabilité particulière » est développé par la CJCE dans l'arrêt Michelin en 1983¹⁹⁷. La cour s'efforce tout d'abord de rappeler que la seule détention d'une position dominante n'est pas interdite. Néanmoins, l'entreprise détenant une telle position est tenue d'une « responsabilité particulière de ne pas porter atteinte par son comportement à une concurrence effective et non faussée dans le marché commun ». Ainsi, une même pratique pourrait être condamnée ou échapper à l'application du droit de la concurrence selon la position occupée par l'auteur sur le marché.

Un tel concept se réfère à une réglementation à caractère asymétrique, caractérisant en principe la régulation¹⁹⁸. Le Professeur Philippe Choné précise cependant qu'une différence réside dans l'identification des acteurs soumis à des obligations particulières. En effet, ces derniers sont désignés *a priori* et de manière individuelle par la régulation sectorielle, quand ils sont identifiés au stade du contentieux par les autorités de concurrence¹⁹⁹.

63. Les injonctions pour l'avenir, engagements, et mesures provisoires, formes d'interventions a priori - Depuis son adoption en 2003, le règlement n°1/2003 dispose que la Commission peut « imposer toute mesure corrective de nature structurelle ou comportementale, qui soit proportionnée à l'infraction commise et nécessaire pour faire cesser effectivement l'infraction »²⁰⁰. Au-delà de mettre fin à l'infraction, il est possible de voir dans ce pouvoir un « objet prospectif », plus précisément d'« éviter que l'infraction se prolonge dans l'avenir »²⁰¹. Ainsi, cette capacité peut être vue comme « une incursion, voire une intrusion, dans le champ de la régulation »²⁰².

Il en va de même pour le mécanisme des engagements, décrit dans le règlement n°1/2003 en son article 9. Ces engagements, comportementaux ou structurels, vont modifier les comportements des opérateurs ou la structure du marché pour l'avenir. En cela, ils se rapprochent de la régulation.

¹⁹⁷ CJCE, 9 nov. 1983, n°322/81, Michelin.

¹⁹⁸ P. Choné, *art. cit.*, p.72.

¹⁹⁹ Ibid.

²⁰⁰ Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité.

²⁰¹ C. Prieto et D. Bosco, *op. cit.*, §1624.

²⁰² M. Bacache-Beauvallet et A. Perrot, *art. cit.*, p.3.

L'article 8 du règlement 1/2003 octroi également aux autorités de concurrence la possibilité d'adopter des mesures provisoires, « dans les cas d'urgence justifiés par le fait qu'un préjudice grave et irréparable risque d'être causé à la concurrence ». Le prononcé de telles mesures est soumis au « constat *prima facie* d'infraction ». Cela ne suppose pas de démontrer la certitude de l'existence d'une telle infraction, mais seulement son « existence probable »²⁰³. Il s'agit donc d'une intervention des autorités de concurrence préalablement à la commission certaine d'une infraction, qui peut se rapprocher du mécanisme de la régulation *ex ante*.

64. Activité consultative et enquêtes sectorielles – Les autorités de concurrence exercent également une activité consultative *ex ante*. De plus, elles émettent régulièrement des actes de droit souples telles que des lignes directrices et communication. Ces mécanismes se rapprochent des attributions des autorités de régulation préalablement étudiées²⁰⁴.

Les pouvoirs d'enquêtes sectorielles des autorités de concurrence peuvent également être analysés comme des formes d'intervention *a priori*²⁰⁵.

Selon le Professeur Marie-Anne Frison Roche, « le droit de la concurrence n'intègre qu'exceptionnellement la régulation »²⁰⁶. Ainsi, les similitudes entre le droit de la concurrence et la régulation ne feraient pas perdre à chacun sa nature propre. Cette dernière permettrait toujours de tracer une ligne de démarcation entre les deux corps de règles. Pour autant, la multiplication des mécanismes de ce droit se rapprochant d'une logique de régulation est propre à altérer la distinction préalablement établie entre régulation et droit de la concurrence. Cette même distinction est encore atteinte par les débats entourant l'extension des objectifs du droit de la concurrence à une sphère non économique.

II. L'extension des objectifs du droit de la concurrence à une sphère non économique

65. Une nécessaire étude des objectifs du droit de la concurrence - La distinction précédemment envisagée entre droit de la concurrence et droit de la régulation implique une étude des objectifs des deux corps de règles²⁰⁷. Les débats entourant les objectifs propres au droit de la concurrence (A) ont alors une incidence sur la clarté de sa démarcation avec la régulation sectorielle (B).

²⁰³ C. Prieto et D. Bosco, *op. cit.*, §1619.

²⁰⁴ V. supra §31 et s.

²⁰⁵ N. Dunne, *art. cit.*, p.245.

²⁰⁶ M.A. Frison Roche, 2004, *art. cit.*

²⁰⁷ V. supra §11 et s.

A. Les objectifs débattus du droit de la concurrence

66. Des objectifs initialement restreints à la sphère économique – Il a été exposé précédemment que le droit de la concurrence ne prend en compte en principe que des objectifs de nature purement économiques²⁰⁸. Ainsi, les Professeurs Jean-Christophe Roda et Marie-Anne Frison Roche retiennent que, de manière tautologique, « le droit de la concurrence a pour but la concurrence »²⁰⁹. Ses finalités sont celles de préserver la concurrence, restaurer son fonctionnement par la réparation du dommage, ou contrôler une concentration en anticipation de son effet perturbateur sur la concurrence. Le Professeur Nicolas Petit assigne lui aussi des objectifs de nature économique au droit de la concurrence²¹⁰.

Cependant, ces mêmes auteurs rendent également compte des débats entourant l'identification des objectifs du droit de la concurrence et leur possible extension.

67. Une extension débattue des objectifs du droit de la concurrence – Les Professeurs Jean-Christophe Roda et Marie-Anne Frison Roche évoquent à cet égard « la forte tentation d'affecter au droit de la concurrence une multiplicité de buts, divers et variés »²¹¹. Il cite à cet effet l'inclusion sociale ou encore la lutte contre le changement climatique. Le Professeur Konstantinos Stylianou identifie quant à lui trois objectifs émergents du droit de la concurrence, que sont la protection de l'environnement, de la vie privée, et des droits des travailleurs²¹².

La question de la prise en compte de la politique industrielle par le droit de la concurrence a pu également se poser, notamment dans le cadre de la concentration des sociétés Alstom et Siemens²¹³.

Ces débats concernant les objectifs du droit de la concurrence sont ranimés par la volonté européenne de réguler les grandes plateformes numériques.

68. La régulation du numérique, révélatrice de nouveaux objectifs du droit de la concurrence – La définition des priorités de l'Autorité de la concurrence démontre d'abord la prise en compte d'enjeux variés, parmi lesquels le numérique est fortement présent. De plus,

²⁰⁸ V. supra §25.

²⁰⁹ J.C. Roda et M.A. Frison Roche, *op. cit.*, §37.

²¹⁰ N. Petit, *op. cit.*, §119.

²¹¹ J.C. Roda et M.A. Frison Roche, *op. cit.*, §38.

²¹² K. Stylianou et M. Iacovides, "The goals of EU competition law: a comprehensive empirical investigation", *Legal Studies*, 2022, p.647, "Three emerging goals are environmental protection and sustainability, privacy, and workers' protection and labour rights".

²¹³ Décision de la Commission du 6 février 2019 déclarant une concentration incompatible avec le marché intérieur et avec le fonctionnement de l'accord EEE (Affaire M.8677 — Siemens/Alstom).

l'Union Européenne a démontré ces dernières années un contrôle accru du secteur du numérique, avec l'adoption de nouveaux textes tels que le DMA ou le DSA. Ces derniers textes sont révélateurs d'une volonté de réguler précisément les plateformes numériques. Une telle régulation traduit selon le Professeur Jean-Christophe Roda « L'évolution d'un droit de la concurrence multi-tâches [...] qui poursuit de très multiples buts afin de demander des comptes aux plateformes »²¹⁴.

Cette évolution n'est pas sans conséquence sur la distinction entre le droit de la concurrence et la régulation sectorielle.

B. Les conséquences de l'étude des objectifs sur la distinction entre droit de la concurrence et régulation sectorielle

69. L'intérêt de l'étude des objectifs du droit de la concurrence - Il a été évoqué précédemment que les objectifs propres au droit de la concurrence et à la régulation permettent d'établir une distinction claire entre les deux corps de règles²¹⁵. Les objectifs de la régulation apparaissent plus larges, prenant en compte une diversité d'intérêts et de valeurs propres au secteur pris en charge. Ainsi, l'extension des objectifs du droit de la concurrence peut altérer la distinction préalablement établie. Cette conclusion doit cependant être nuancée au regard des réserves doctrinales entourant l'élargissement des finalités des règles concurrentielles. Ce phénomène peut en effet être analysé comme méconnaissant « notre culture européenne de concurrence »²¹⁶.

70. La distinction retenue entre droit de la concurrence et régulation – Dès ses premiers écrits sur la définition de la régulation, le Professeur Marie-Anne Frison Roche évoque une diversité de définitions recevables²¹⁷. Elle plaide alors en faveur d'une « vision pragmatique du langage », propre à « affecter aux mots un sens pour non seulement ne pas s'égarer mais encore pour renvoyer à un ensemble de règles cohérentes ».

Ainsi, si elle peut faire l'objet de nombreuses définitions, la régulation sera donc définie pour la présente étude comme le corps de règles ayant pour objectif une construction du marché concurrentiel et de l'équilibre entre la concurrence et d'autres intérêts spécifiques, dans des

²¹⁴ J.C. Roda et M.A. Frison Roche, *op. cit.*, §39.

²¹⁵ V. supra §11 et s.

²¹⁶ D. Bosco, « La régulation concurrentielle des GAFA, le droit et les droits », Actes de colloques, Gazette du Palais, 15 sept. 2021.

²¹⁷ M.A. Frison Roche, 2004, *art. cit.*

secteurs représentant pour la majorité d'anciens monopoles étatiques tel que celui des communications électroniques, par le biais d'instruments essentiellement *ex ante*.

La distinction avec le droit de la concurrence peut se faire plus aisément pour l'objet de la présente étude, qui ne concerne que le secteur des communications électroniques. Ainsi, la régulation de ce secteur comprend les règles contenues dans les directives et règlements européens sectoriels précédemment cités, mais également dans le CPCE. De plus, une telle régulation est mise en œuvre par l'autorité de régulation spécialisée (l'ARCEP) et non par une autorité de concurrence.

Pour autant, l'application du droit de la concurrence n'est pas écartée dans les litiges impliquant les secteurs régulés. Son rôle dans ce cadre est d'ailleurs d'une grande importance.

Titre 2. La coexistence nécessaire du droit de la concurrence et de la régulation sectorielle des communications électroniques

71. Une relation d'interdépendance – La nécessité d'une application duale du droit de la concurrence et de la régulation sectorielle traduit leur complémentarité. Celle-ci s'exprime par une relation d'interdépendance entre les deux corps de règles. La régulation sectorielle se présente d'abord comme un soutien aux lacunes du droit de la concurrence (Chapitre 1). Inversement, le droit de la concurrence complète l'intervention du régulateur (Chapitre 2).

Chapitre 1. La régulation sectorielle au soutien des lacunes du droit de la concurrence

72. Une nécessité durable - Dans un premier temps, la régulation sectorielle paraît indispensable à la mise en place du processus de libéralisation du secteur des communications électroniques (Section 1). Son application persistante à ce même secteur trouve ensuite de nouvelles justifications (Section 2).

Section 1. La régulation, indispensable au processus de libéralisation du secteur des communications électroniques

73. L'étude spécifique de la libéralisation du secteur des communications électroniques - Il s'agit ici d'étudier la régulation au sens strict, dans son objectif de construction de la concurrence dans un secteur anciennement monopolistique, tout en préservant les intérêts et exigences essentielles s'imposant sur ce secteur. Cette analyse convient donc précisément à la définition suivante de régulation : « un moyen dynamique de faire passer un secteur d'un état à un autre »²¹⁸.

Le choix et les motivations de la libéralisation de ces secteurs, et plus particulièrement de celui des communications électroniques ont déjà été explicités plus tôt²¹⁹. Désormais, il s'agit d'analyser la mise en œuvre concrète de cette libéralisation et les raisons de la nécessité de la régulation au-delà de la réglementation concurrentielle préexistante. La régulation intervient

²¹⁸ M.A. Frison-Roche, « Les différentes définitions de la régulation », *LPA*, 10 juillet 1998.

²¹⁹ V. supra §15.

d'abord par l'ouverture du marché à la concurrence, cette dernière devant être progressive (I). Puis, les instruments particuliers de la régulation préalablement décrits²²⁰ lui permettent de construire une structure équilibrée au sein de ce marché émergent (II).

I. La nécessité d'une réglementation évolutive

74. La réglementation, instrument de la régulation - La régulation est d'abord intervenue à travers l'un de ses instruments, la réglementation²²¹. Il s'agit ici d'étudier la nécessité d'une réglementation spécifique, au-delà du seul cadre fourni par le droit de la concurrence. Une telle réglementation a permis de procéder à l'ouverture d'un marché par étapes (A), mais également d'encadrer ses acteurs selon un degré d'intervention étatique variable (B).

A. Une réglementation spécifique permettant l'ouverture progressive du marché à la concurrence

75. L'intérêt d'une l'ouverture progressive - La démarche de libéralisation du secteur des télécommunications trouve ses origines dans une initiative européenne, qui débute en 1987 lorsque la commission publie un livre vert sur « le développement du marché commun des services et des équipements de télécommunications »²²². Celui-ci permet d'ouvrir les débats et de dégager les deux axes de la politique européenne future : la fin des monopoles et l'harmonisation des législations nationales²²³. Ce livre vert prévoit une « libéralisation progressive par segment »²²⁴.

La première raison de cette ouverture progressive est davantage une nécessité pratique qu'un intérêt. En effet, cette initiative étant communautaire, elle doit rencontrer l'adhésion des États membres, se trouvant dans des situations très différentes. Cela justifie une action progressive. De plus, il y a lieu de tenir compte des « contraintes techniques et administratives dans les États membres »²²⁵.

²²⁰ V. supra §26 et s.

²²¹ M.A. Frison-Roche, 2004, *art. cit.*, l'auteur décrit la réglementation comme « un instrument disponible de la régulation ».

²²² CE., « Livre vert sur le développement du marché commun des services et des équipements de télécommunications », COM (87) 290 final, 30 juin 1987.

²²³ P. Achilleas, « Droit européen des communications électroniques », 2020, préc., §10.

²²⁴ *Ibid.*

²²⁵ Directive 90/387/CEE du Conseil, du 28 juin 1990, relative à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunication par la mise en oeuvre de la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunication.

La seconde raison d'une libéralisation par étapes réside dans le maintien de la stabilité de ce secteur. En effet, une telle libéralisation implique un changement majeur dans un secteur qui n'a connu qu'une situation monopolistique, dans laquelle l'unique opérateur était détenu par l'État. La stabilité était auparavant induite par une telle structure. Son ouverture à la concurrence implique de réguler un nombre important de paramètres, autant sur le plan concurrentiel que technique. Ainsi, une libéralisation en une seule étape « aurait provoqué de profonds déséquilibres sur le marché des télécommunications néfastes pour les entreprises et les usagers »²²⁶. De tels déséquilibres auraient été encore plus dommageables étant donné que le service des télécommunications est défini par le CPCE comme un service public. Les infrastructures et services fournis revêtent en effet une grande importance aussi bien pour le « fonctionnement des sociétés contemporaines » que pour les « effets redistributifs » engendrés d'un point de vue économique²²⁷.

76. Les étapes de l'ouverture à la concurrence du secteur des communications électroniques - Une action progressive, par étapes, a effectivement été mise en place par la suite. Une telle progressivité a été instaurée en débutant par le marché le plus en aval, celui des équipements terminaux, avant de toucher le marché des services de télécommunications, puis le marché le plus en amont, celui des infrastructures. L'idée générale a été celle de libéraliser dans un premier temps les activités « pouvant s'exercer de manière concurrentielle », puis les activités constituant un monopole naturel, c'est-à-dire les infrastructures de réseaux, pour lesquelles les économies d'échelle excluent « au moins à court terme toute duplication de réseaux »²²⁸.

Les premières initiatives européennes visant à faire évoluer le marché des télécommunications se concentrent donc sur un marché extrêmement restreint : celui des équipements terminaux. Ces équipements sont les appareils connectés à un réseau public de télécommunication, capables de recevoir, de transmettre et de traiter des informations. Il s'agit notamment des téléphones, ordinateurs, fax. Les équipements terminaux représentent les interfaces de connexion entre le réseau et son utilisateur. Avant les années 1980, la mise à disposition de ces équipements aux utilisateurs finaux était fréquemment soumise à l'octroi par l'État de droit

²²⁶ P. Achilleas, « Droit européen des communications électroniques », Fasc. 402, JCI. Communication, 1er juillet 2020, §18.

²²⁷ S. Douget, *art. cit.*

²²⁸ *Ibid.*

spéciaux ou exclusifs à une ou plusieurs entreprises²²⁹. Ceux-ci sont abolis par une directive de 1988²³⁰.

S'agissant ensuite du marché des services de télécommunication, l'ouverture à la concurrence s'est encore faite de manière progressive, avec une segmentation s'opérant cette fois selon les différents services. Ainsi, sont exclus de la libéralisation dans un premier temps les services par satellite ou encore la téléphonie fixe²³¹. Ainsi, par une directive du 28 juin 1990 relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications, la commission abolit les droits exclusifs ou spéciaux pour la fourniture de services de télécommunications autre que le service de téléphonie vocale²³². Ce texte s'accompagne d'une seconde directive harmonisant les conditions d'accès et d'utilisation des réseaux ouverts en matière de réseaux publics de télécommunication²³³. En effet, une libéralisation des services induit nécessairement une action au niveau de l'accès aux réseaux pour les fournisseurs de services. De plus, le dernier texte cherche à « éviter que les entreprises qui bénéficient encore d'un monopole n'affectent les activités du secteur privé »²³⁴. La libéralisation des services de télécommunications s'est ensuite poursuivie concernant les services laissés dans un premier temps de côté, tels que les services par satellite ou de téléphonie vocale. En France, cette libéralisation a pour conséquence la suppression du monopole de France Telecom sur la téléphonie fixe à compter du 1^{er} janvier 1998²³⁵. Cette même loi crée l'ART, nouvel organe régulateur du marché.

Concernant le dernier marché ouvert à la concurrence, le marché amont des infrastructures, le texte initiant ce mouvement est le livre vert « sur la libéralisation des infrastructures de télécommunication et des réseaux de télévisions par câble » de 1994²³⁶. Ceux-ci posent les principes et le calendrier de la libéralisation. Là encore, le processus se met en place par étapes, les premières infrastructures à être libéralisées étant celles des réseaux câblés de télévision²³⁷.

²²⁹ Directive 88/301/CEE de la Commission du 16 mai 1988 relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunication, considérant 1.

²³⁰ *Ibid.*

²³¹ P. Achilleas, « Droit européen des communications électroniques », préc., §20.

²³² Directive 90/388/CEE de la Commission, du 28 juin 1990, relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunication, art. 2.

²³³ Directive 90/387/CEE du Conseil, du 28 juin 1990, relative à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunication par la mise en oeuvre de la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunication.

²³⁴ P. Achilleas, « Droit européen des communications électroniques », préc., §20.

²³⁵ Loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications.

²³⁶ C.E., « Livre vert sur la libéralisation des infrastructures de télécommunications et des réseaux de télévision par câble », Première partie, COM (94) 440, 15 octobre 1994.

²³⁷ Directive 95/5 1 /CE de la commission du 18 octobre 1995 modifiant la directive 90/388/CEE en ce qui concerne la suppression des restrictions à l'utilisation des réseaux câblés de télévision pour la fourniture de services de télécommunications déjà libéralisés.

L'année suivante marque l'adoption de la directive concrétisant définitivement l'ouverture à la concurrence des télécommunications²³⁸. En effet, ce texte abolit les droits exclusifs et spéciaux concernant la fourniture de tous les services de télécommunications mais également la mise en place et l'exploitation des réseaux.

77. L'intérêt de la régulation pour procéder à une ouverture progressive du marché - Le secteur des télécommunications a donc fait l'objet d'une libéralisation par étapes, grâce à des textes sectoriels et précisément adaptés aux spécificités techniques du marché en question. De plus, elle permet d'adopter des textes régissant ponctuellement les relations entre marchés libéralisés et marchés encore sous l'emprise d'un monopole²³⁹.

Un tel résultat n'aurait pas pu être atteint par l'utilisation du seul droit de la concurrence qui reste abstrait et dont les dispositions ne s'adaptent pas aux caractéristiques d'un secteur en particulier. Le droit de la concurrence n'est ainsi pas dessiné pour adopter des règles structurant un secteur de manière progressive, selon les différentes techniques et marchés composant ce secteur.

Au-delà de la libéralisation par étapes des différents marchés, l'encadrement des opérateurs régulés est également évolutif.

B. Une réglementation spécifique permettant l'encadrement évolutif des acteurs du marché

78. Un encadrement transitoire - À la suite de cette libéralisation, l'encadrement étatique du secteur des télécommunications connaît plusieurs périodes. En effet, l'objectif de la régulation étant la construction de la concurrence sur un secteur, elle est nécessairement transitoire. Une fois la concurrence installée et stable dans un secteur, l'intervention étatique n'a, en théorie, plus lieu d'être.

79. Un interventionnisme fort à travers le régime d'autorisation préalable - De 1996 à 2004, l'ouverture du secteur à la concurrence est encore extrêmement récente et nécessite donc un interventionnisme fort et une réglementation contraignante. Les textes communautaires entrés en vigueur jusqu'en 2004 sont désignés sous l'expression « premier paquet telecom »²⁴⁰.

²³⁸ Directive 96/19/CE de la Commission, du 13 mars 1996, modifiant la directive 90/388/CEE en ce qui concerne la réalisation de la pleine concurrence sur le marché des télécommunications.

²³⁹ V. supra §76.

²⁴⁰ J.L. Autin et P. Idoux, « Droit national des communications électroniques », préc. §6.

Cette réglementation repose tout d'abord sur un mécanisme d'autorisations préalables. Ainsi, la directive du 10 avril 1997 fixe un « cadre commun pour les autorisations générales et les licences individuelles dans le secteur des services de télécommunications »²⁴¹. De tels régimes, nécessaires au niveau national et à ce stade de l'ouverture à la concurrence, sont encadrés par le droit de l'Union afin d'éviter qu'ils ne viennent « freiner le développement du marché des services de télécommunications en instaurant des restrictions à l'entrée sur le marché »²⁴².

Ainsi, en France, jusqu'en 2004, la fourniture de services de télécommunications au public devait être autorisée par le ministre chargé des télécommunications²⁴³. Il en va de même pour l'établissement de réseaux de télécommunications ouverts au public²⁴⁴.

80. Un interventionnisme atténué à travers le régime de déclaration préalable - En 2004, l'entrée en vigueur du deuxième « paquet telecom » adopté en 2002 vient parfaire la libéralisation du secteur et alléger l'encadrement étatique. Ainsi, l'établissement d'un réseau ouvert au public n'est plus soumis à une autorisation préalable mais à une simple déclaration auprès de l'ARCEP²⁴⁵. L'autorisation préalable concernant la fourniture de services de télécommunications est également supprimée.

81. L'intérêt de la régulation pour un encadrement évolutif - La régulation permet donc d'adapter le cadre réglementation du secteur à son niveau de maturation. Les règles s'effacent ou deviennent ainsi de plus en plus incitatives et de moins en moins prescriptives, « au fur et à mesure que le marché se développe »²⁴⁶. Encore une fois, le droit de la concurrence, du fait de son caractère abstrait et général, ne peut pas atteindre un tel résultat.

Au-delà du caractère évolutif de la régulation, particulièrement adapté au dynamisme de la libéralisation du marché des télécommunications, elle permet également d'adopter des mesures particulièrement adaptées à ce même secteur et faisant directement à la suite de sa libéralisation.

²⁴¹ Directive 97/13/CE du Parlement Européen et du Conseil du 10 avril 1997 relative à un cadre commun pour les autorisations générales et les licences individuelles dans le secteur des services de télécommunications.

²⁴² P. Sirinelli et alii, *op. cit.*, §400-1.

²⁴³ Art. L.34-1 CPCE, version en vigueur jusqu'au 10 juillet 2004.

²⁴⁴ Art. L.33-1 CPCE, version en vigueur jusqu'au 10 juillet 2004.

²⁴⁵ *Ibid.*, version en vigueur du 10 juillet 2004 au 28 mai 2021.

²⁴⁶ N. Curien, « La libéralisation des télécommunications en Europe », *Flux*, 2001/2, p.28 à 35.

II. La nécessité d'instruments spécifiques propres à construire un équilibre sectoriel

82. L'étude spécifique de la construction de l'équilibre du secteur des communications électroniques - Outre l'ouverture du marché à la concurrence en tant que tel, la régulation intervient afin de construire une structure équilibrée au sein de ce marché émergent. Cette seconde intervention est adaptée aux deux objectifs précédemment décrits de la régulation : la construction de la concurrence (A) ainsi que le respect des exigences essentielles propres au secteur des communications électroniques (B).

A. La construction d'une structure concurrentielle équilibrée

83. La nécessité d'une intervention *ex ante* - Au-delà du caractère contraignant ou non de la régulation, il est nécessaire de souligner les règles *ex ante* qu'elle permet d'adopter. De tels instruments sont indispensables au regard de l'objectif de la régulation de construire la concurrence sur un marché, et ainsi de créer les conditions de son émergence²⁴⁷. L'idée étant d'anticiper la création de barrières à l'entrée, afin de ne pas restreindre la concurrence dans un marché où cette dernière reste extrêmement fragile. Un contrôle seulement *ex post* permettrait de corriger des comportements ponctuels, mais pas de créer une structure concurrentielle solide. Une telle construction nécessite une intervention étatique antérieure à la création d'une situation ou à la constatation d'un comportement anti concurrentiel, tel qu'il peut être le cas en droit de la concurrence.

Ainsi, la la régulation offre la possibilité d'attribuer au lendemain de la libéralisation des autorisations de fourniture de services ou encore d'établissement de réseaux. L'autorité de régulation peut également rendre des avis sur les nouvelles politiques tarifaires que les opérateurs de télécommunication disposant d'une influence significative souhaitent mettre en place²⁴⁸. De plus, le CPCE fixe en amont les obligations d'accès et d'interconnexion auxquelles sont soumis les opérateurs de télécommunications²⁴⁹. Les opérateurs exerçant une influence significative pourraient également profiter de la nécessité d'interconnexion dans le secteur des communications électroniques afin d'exclure un nouvel arrivant. Sans interconnexion avec le réseau d'un opérateur fournissant ses services à un nombre d'utilisateurs extrêmement élevé, un nouvel arrivant n'aurait en effet que peu de chance de séduire de nouveaux clients.

²⁴⁷ *Ibid.*

²⁴⁸ Art. L38-1 2° CPCE.

²⁴⁹ Art. L34-8 CPCE.

84. La nécessité d'une intervention asymétrique - La construction de la concurrence à la suite de l'ouverture du marché nécessite également l'adoption de règles asymétriques.

L'opérateur historique bénéficie d'une situation privilégiée du fait des économies de réseaux favorisant les plus opérateurs les plus puissants, surtout dans les industries en croissance comme celle des communications électroniques à la suite de sa libéralisation, et grâce à la propriété de certaines infrastructures ne pouvant pas être dupliquées. Un contrôle renforcé et asymétrique des autorités de régulation est alors nécessaire, afin de contrôler spécifiquement la position et le comportement de l'opérateur historique²⁵⁰.

Ainsi, la loi du 9 juillet 2004²⁵¹ crée les articles L37-1 et suivants du CPCE. Ces derniers permettent à l'ART de dresser la liste des opérateurs réputés exercer une influence significative sur le marché ainsi que les obligations particulières leurs incombant. Les obligations pouvant être imposées à ces opérateurs sont régies, en 2004, par les articles L38 et suivant du CPCE.

En matière d'interconnexion ou d'accès, les opérateurs influents peuvent se voir imposer des obligations de fourniture de prestations d'interconnexion et d'accès à des conditions non discriminatoires. Ils sont également tenus, sur le marché de détail du secteur des communications électroniques, de ne pas pratiquer de prix excessifs ou d'éviction, ne pas fournir des prestations de détail dans des conditions non discriminatoires, ou encore certaines obligations comptables spécifiques. De plus, ces opérateurs influents sont soumis à un encadrement tarifaire plus strict.

85. L'inadaptation du droit de la concurrence - En l'absence de telles obligations, la libéralisation du secteur ne serait pas pleine et effective. Le droit de la concurrence n'édicte en effet que des règles générales et abstraites, s'appliquant à l'ensemble des opérateurs économiques. De plus, il intervient principalement *ex post*. Toutefois, il est possible d'avancer la théorie des infrastructures essentielles, développée en droit de la concurrence, afin de pallier cette situation en substitution de la régulation. En effet, les conditions d'une telle théorie seraient remplies dans l'hypothèse de la boucle locale notamment. Seulement, la théorie des infrastructures essentielles reste un mécanisme *ex post*, puisqu'il intervient à la suite du refus du propriétaire de cette infrastructure. Ainsi, il oblige la victime de ce refus d'intenter une action et de se défendre lors d'un contentieux dès qu'un refus intervient, afin de prouver que les conditions de la théorie des infrastructures essentielles sont remplies. À l'inverse, le droit de la

²⁵⁰ S. Douget, *art. cit.*

²⁵¹ Loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle (1).

régulation impose *ex ante* cette obligation, et l'applique à un acteur et à une infrastructure en particulier. Les conditions ne sont donc plus à prouver. Cela permet de faire l'économie d'un contentieux. Ce dernier aurait pu durer plusieurs années, durant lesquelles l'opérateur aval n'aurait pas eu accès à l'infrastructure en amont. Cela pourrait avoir de grandes incidences sur un marché encore en construction, en évinçant totalement un opérateur, et renforçant par la même occasion la position de l'opérateur propriétaire de l'infrastructure. De plus, les autorités de concurrence peuvent faire face à des problématiques concernant l'appréciation du prix raisonnable auquel le propriétaire doit accorder l'accès à son infrastructure. Cela fait écho à la différence d'expertise technique qu'elles connaissent vis-à-vis des autorités de régulation.

Les secteurs régulés et plus particulièrement celui des communications électroniques, sont des secteurs aux particularités techniques fortes. La mise en œuvre d'un encadrement juridique effectif à ce secteur nécessite sa compréhension pleine et entière. Ainsi, l'expertise des autorités de concurrence pourrait s'avérer insuffisante concernant la détermination des marchés pertinents ou encore les modalités d'accès aux infrastructures²⁵². Les autorités de régulation sont quant à elles expertes de leur secteur et plus aptes à appréhender ces différents paramètres.

Au-delà de son rôle concernant la construction de la structure concurrentielle du secteur des télécommunications, la régulation se préoccupe également de la protection de certains intérêts propres à ce secteur.

B. La construction d'un équilibre impliquant la protection d'intérêts propres au secteur des communications électroniques

86. Des intérêts propres à la fourniture d'un service à fort enjeu sociétal - Il a déjà été exposé que les infrastructures et services fournis au titre des communications électroniques revêtent une grande importance aussi bien pour le « fonctionnement des sociétés contemporaines » que pour les « effets redistributifs » engendrés d'un point de vue économique²⁵³. Ainsi, des exigences doivent être respectées afin de préserver la sécurité des utilisateurs mais également leur accès libre et non discriminatoire aux communications électroniques. Il s'agit alors « de réduire le niveau général des prix et d'améliorer la qualité de services et le niveau de choix pour les utilisateurs »²⁵⁴.

²⁵² N. Petit, *op. cit.*, §266.

²⁵³ S. Douget, *art. cit.* ; V. supra §21.

²⁵⁴ S. Douget, *art. cit.*

Auparavant, un seul acteur devait être encadré afin de remplir ces différents objectifs. Désormais, de nouveaux acteurs pénètrent le marché et sont susceptibles de fournir des services de communications électroniques aux utilisateurs finaux. Il est donc nécessaire d'adapter le cadre réglementaire à cette nouvelle structure concurrentielle.

87. Des intérêts extérieurs au droit de la concurrence - Or, le respect de ces exigences concurrentielles ne fait pas partie des objectifs classiques du droit de la concurrence²⁵⁵. Ainsi, le secteur des communications électroniques ne peut pas être laissé au libre jeu de la concurrence en se contentant de l'application des seules règles concurrentielles. Cela ferait risquer le non-respect par les opérateurs des exigences essentielles de ce secteur.

88. Une intervention *ex ante* nécessaire afin de préserver ces intérêts - Ainsi, la libéralisation du secteur des communications électroniques s'est accompagnée du régime d'autorisation préalable précédemment décrit²⁵⁶. Son objectif n'est pas que celui de la construction de la concurrence, mais également la vérification du respect des exigences essentielles par les opérateurs. Il s'agit là encore d'un mécanisme d'intervention *ex ante*, visant à prévenir plus efficacement les atteintes aux droits des utilisateurs.

Ainsi, en matière d'équipements terminaux, premier marché libéralisé, l'article L34-9 ancien du CPCE dispose en 1990 que, « lorsqu'ils sont destinés à être connectés à un réseau ouvert au public, [les équipements terminaux] doivent faire l'objet d'un agrément préalable délivré par le ministre chargé des télécommunications ». Un tel agrément se justifie par les exigences de garanties de sécurité pour les utilisateurs, la protection des réseaux, des données, mais aussi l'interopérabilité des équipements terminaux.

S'agissant du marché des services, la directive relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunication précise qu'une procédure d'autorisation ou de déclaration peut être mise en place par les États, toujours dans le but de respecter les exigences essentielles²⁵⁷. Il en va de même pour les infrastructures de communications électroniques.

89. La mise en place d'obligations positives - Au-delà du caractère *ex ante* d'une telle régulation, il est nécessaire de souligner le fait qu'elle permet de mettre en place des obligations positives, plutôt que des interdictions comme le fait le droit de la concurrence. Or, le respect de

²⁵⁵ V. supra §25.

²⁵⁶ V. supra §79.

²⁵⁷ Directive 90/388/CEE, préc., art. 2.

certaines exigences nécessite forcément la mise en place d'obligations positives et non seulement d'interdictions.

90. L'utilité d'une réglementation asymétrique – La protection des intérêts particuliers du secteur des communications électroniques se traduit également par la désignation d'un opérateur ou plusieurs opérateurs chargés du service universel, composante du service public²⁵⁸. Ces derniers se voient imposer des obligations particulières. De plus, le CPCE pose les conditions de leur financement.

La régulation a donc permis d'encadrer le processus d'ouverture à la concurrence du secteur des communications électroniques. Cette libéralisation accompagnée a eu de nombreux effets bénéfiques. Elle a permis d'instaurer des incitations à l'innovation, dont résulte d'importants progrès techniques. Ceux-ci profitent aux utilisateurs finaux, qui bénéficient de moyens de communication nouveaux et plus performants²⁵⁹.

La période suivant directement la libéralisation du secteur a donc bien fait l'objet d'une régulation. Cependant, une telle régulation va perdurer, sous des formes variées, jusqu'à 20 ans après la libéralisation, date à laquelle il aurait été légitime de penser que le marché aurait atteint un niveau de maturité et de stabilité permettant un effacement de la régulation.

Section 2. L'utilité persistante du droit de la régulation à la suite de la libéralisation du secteur des communications électroniques

91. Le constat d'une régulation durable - En 2023, l'ART, devenue l'ARCEP, fait toujours office d'autorité de régulation du secteur des communications électroniques. De plus, de nouvelles dispositions ont été adoptées avec le troisième paquet telecom en 2009 et sa refonte en 2018. À cette occasion le cadre réglementaire a pu cependant être allégé. En effet, le code européen des communications électroniques supprime l'obligation de déclaration préalable à l'ARCEP des opérateurs²⁶⁰. Pour autant, la régulation reste présente dans ce secteur. Ainsi, il y a lieu de s'interroger de l'intérêt d'une telle persistance tout d'abord concernant les technologies classiques, qui semblent à première vue avoir une ancienneté suffisante pour permettre un

²⁵⁸ Art. L35-2 CPCE.

²⁵⁹ S. Douget, *art. cit.*

²⁶⁰ Directive (UE) 2018/1972 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 établissant le code des communications électroniques européen (refonte) ; J.L. Autin et P. Idoux, *préc.* §20.

effacement de la régulation (I). La démonstration de la nécessité d'une régulation durable apparaît ensuite plus évidente pour les nouvelles technologies (II).

I. La nécessité d'une régulation persistante des technologies classiques

92. Les singularités intrinsèques du secteur des communications électroniques - Les justifications d'une régulation persistante des technologies classiques sont liées aux deux objectifs précédemment décrits de ce mode d'intervention²⁶¹. Il s'agit du maintien d'une concurrence restant fragile (A), et de la nécessité constante de prendre en compte les intérêts non-économiques propres au secteur des communications électroniques (B).

A. Le rôle de la régulation dans le maintien d'une concurrence fragile

93. La nécessité d'un contrôle asymétrique du fait d'importants effets de réseaux – Le secteur des communications électroniques est sujet à d'importants effets de réseaux, faisant dépendre l'utilité d'un produit de sa quantité d'utilisateurs. De tels effets tendent à conférer un avantage disproportionné aux entreprises établies de longue date sur un marché, désavantageant par la même occasion les nouveaux entrants. Ces effets, aussi appelés externalités de réseaux, sont observés particulièrement s'agissant des réseaux sociaux et moteurs de recherche. Le secteur des communications électroniques est quant à lui l'archétype de l'industrie de réseau. En effet, le développement des réseaux de communications électroniques par les opérateurs permet d'y connecter un nombre d'utilisateurs plus élevé, et de bénéficier de rendements d'échelle dont profitent ces mêmes utilisateurs.

Cette logique s'avère très avantageuse pour France Telecom, devenu Orange, opérateur français historique. En effet, celui-ci est présent sur le marché depuis son apparition, et maintient sa position dominante en restant propriétaire de certaines infrastructures telles que la boucle locale de cuivre. En effet, il aurait été trop onéreux pour un nouvel opérateur de répliquer intégralement ce réseau. Ainsi, il n'est pas possible en amont d'instaurer une concurrence pleine et effective. Il est donc nécessaire de contrôler davantage les comportements et pratiques d'Orange. Mais ce contrôle asymétrique et accru ne se limite pas à l'opérateur historique. En effet, un marché caractérisé par de fortes externalités de réseaux peut se trouver face à l'apparition d'acteurs y occupant rapidement une position privilégiée. L'avantage de la régulation réside alors dans son adaptabilité. Elle va en effet prendre en compte les évolutions du marché afin de désigner régulièrement les opérateurs réputés y exercer une influence

²⁶¹ V. supra §11 et s.

significative²⁶². Ainsi, l'ARCEP effectue une analyse constante des marchés et de la position des opérateurs sur ces derniers.

Ces derniers opérateurs sont donc soumis à un contrôle accru, et se voient imposer des obligations particulières notamment de transparence et de séparation comptable, d'accès à leurs infrastructures, d'interconnexion ou encore de contrôle tarifaire *ex ante*.

94. La nécessité d'un contrôle *ex ante* du fait d'importantes barrières à l'entrée - Les enjeux d'interconnexion et d'accès précédemment décrits au stade de la libéralisation ne disparaissent pas avec le temps. Ils sont d'ailleurs davantage présents avec la multiplication des opérateurs présents sur le marché. L'importance de ces enjeux pour le maintien d'une concurrence effective rend leur prise en charge *ex ante* nécessaire. En effet, une intervention uniquement *ex post* par le droit de la concurrence pourrait laisser le temps aux opérateurs influents de mettre en place des barrières à l'entrée. Au vu de l'importance du réseau dans le secteur des communications électroniques, ces dernières pourraient être fatales aux nouveaux entrants.

95. La nécessité d'une attribution *ex ante* des fréquences hertziennes - Le cas des fréquences hertziennes dans le secteur des communications électroniques illustre bien l'une des particularités de ce marché, qui rend l'intervention de l'autorité de régulation nécessaire. Il s'agit en effet de ressources rares, qui doivent être attribuées aux différents opérateurs par l'autorité de régulation. Une intervention unique de la régulation supposerait d'attribuer ces fréquences en amont, et de ne plus intervenir par la suite. Dans cette hypothèse, la régulation serait à l'initiative de la construction d'un marché fermé, ne laissant plus aucun nouvel opérateur le pénétrer. De plus, l'autorité de régulation joue également un rôle dans l'attribution de fréquences nouvellement découvertes et utilisées.

96. La nécessité d'une expertise technique particulière – L'utilité de l'expertise des autorités de régulation ne s'atténue pas avec le temps, et a même tendance à s'accroître avec les diverses innovations technologiques.

Il arrive d'ailleurs qu'une telle expertise soit mise au service du droit de la concurrence. De plus, la régulation sectorielle des communications électroniques apparaît également comme un soutien du droit de la concurrence. En effet, il arrive que l'ADLC délègue son pouvoir de

²⁶² Art. L37-1 à L38-4 CPCE.

surveillance des injonctions à l'ARCEP. De plus, cette dernière autorité donne fréquemment des avis en cas de contrôle des concentrations ayant lieu dans son secteur.

Ainsi, la fragilité d'un secteur anciennement monopolistique, sujet à des effets de réseaux et nécessitant des compétences techniques spécifiques, révèle la nécessité d'une régulation particulière. Au-delà de la fragilité de la structure concurrentielle, une telle intervention se justifie également par la prise en compte des intérêts non-économiques, qui ne disparaissent pas à la suite de la libéralisation du secteur en cause.

B. Le rôle de la régulation dans la prise en compte d'intérêts non-économiques

97. Le caractère permanent des intérêts non-économiques – De tels intérêts, propres au secteur des communications électroniques, ont déjà pu être étudiés précédemment²⁶³. Un tel secteur doit en effet répondre aux besoins économiques et sociaux de tous les citoyens. Ces exigences, auparavant remplies par un seul opérateur sous un contrôle étatique complet, doivent désormais être respectées par une multitude d'acteurs. En effet, la nécessaire protection des intérêts propres au secteur des communications électroniques ne disparaît pas avec sa libéralisation. De plus, il s'agit toujours de règles économiquement non spontanées, dont le respect nécessite donc l'intervention du régulateur. En effet, ces intérêts se traduisent dans la mission de service universel, qui peut être défini comme « l'obligation légale faite à un opérateur d'avoir des activités qu'il n'entreprendrait pas dans des conditions commerciales normales »²⁶⁴. La protection de ces intérêts extrêmement divers et non-économiques s'éloigne en effet des objectifs du droit de la concurrence²⁶⁵, qui ne peut donc régir seul le secteur en cause.

98. Le rôle constant de la régulation dans la protection des intérêts non-économiques – Afin d'assurer un service fourni dans des conditions d'égalité, de continuité et d'adaptabilité, l'ARCEP désigne un ou plusieurs opérateurs chargés du service universel, par le biais d'un appel à candidature²⁶⁶. Cette mission ne peut excéder une durée de cinq ans²⁶⁷. L'intervention du régulateur est donc récurrente et ne s'épuise pas dès que le marché a atteint un certain stade de maturité. De plus, l'ARCEP supervise la détermination du coût net supporté par l'opérateur

²⁶³ V. supra §21.

²⁶⁴ G. Moine « Le service universel des télécommunications », *AJDA*, 1997, p.248, cité par A. Sheha, *La régulation du secteur des communications électroniques : étude comparée des droits français et égyptiens*, Tome 1, L'Harmattan, 2022, p.306.

²⁶⁵ V. supra §25.

²⁶⁶ Art. L35-2 CPCE.

²⁶⁷ Art. R20-30-12 CPCE.

afin d'assurer sa mission, et fixe ensuite les conditions de son financement²⁶⁸. Enfin, l'autorité de régulation veille continuellement à la bonne exécution de cette mission de service universel²⁶⁹, en émettant notamment un avis préalable concernant le cahier des charges des opérateurs concernés²⁷⁰.

Une telle intervention, persistante, du régulateur, permet à l'ensemble des citoyens de disposer d'un service de communications électroniques, de façon non discriminatoire. Une telle discrimination aurait pu apparaître notamment concernant certaines zones géographiques, dans lesquelles l'installation de réseaux et la fourniture de services de communications électroniques apparaissent plus coûteuses.

L'intervention durable de la régulation est donc justifiée, concernant les technologies classiques, par le nécessaire maintien d'un équilibre du marché, ce dernier restant fragile et soumis à des intérêts spécifiques. Toutefois, la régulation œuvre encore pour la construction d'un tel équilibre, à l'égard des innovations apparaissant dans le secteur des communications électroniques.

II. La nécessité d'une régulation persistante pour une prise en compte des nouvelles technologies

99. Communications électroniques et évolutions technologiques - La rapidité et la diversité des évolutions technologiques ayant eu lieu dans le secteur des communications électroniques ont engendrés sa « mutation rapide »²⁷¹. Cette mutation implique une adaptation, un renouvellement de la régulation, qui justifie lui-même son utilité persistante. Les innovations technologiques en question impliquent de nouveaux réseaux mis en œuvre par les opérateurs traditionnels du secteur (A), mais également l'apparition de nouveaux opérateurs, concurrençant les premiers d'une manière inédite (B).

A. L'utilisation de nouvelles technologies par les opérateurs traditionnels de communications électroniques

100. Le déploiement de la fibre optique – Le développement de la fibre optique s'inscrit dans le cadre des réseaux câblés utilisés par les opérateurs afin de relier les utilisateurs et de

²⁶⁸ Art. L35-3 CPCE.

²⁶⁹ Art. L35-2 CPCE.

²⁷⁰ *Ibid.*

²⁷¹ P. Sirinelli et *alii*, *op. cit.*, Etude n°400.

leur fournir un service de communications électroniques. Ces réseaux prennent initialement la forme de câbles en cuivre, transmettant les communications à travers des signaux électriques. Le développement de nouveaux câbles de fibre optique permet quant à elle de transmettre les mêmes communications par le biais de signaux lumineux. La résultante de cette évolution pour l'utilisateur est la mise à disposition d'un accès internet de meilleure qualité et plus rapide.

Concernant la régulation, cette innovation implique le déploiement de nouveaux réseaux par les opérateurs, permettant à l'ARCEP de retrouver son rôle « d'architecte de réseaux », et de « redessiner l'ancienne architecture des réseaux, héritée de l'ère monopolistique de France Telecom. »²⁷². Ainsi, le cadre de la régulation est adapté dès les années 2010²⁷³. L'objectif du régulateur est alors de « favoriser en amont les investissements », au contraire de la stratégie adoptée pour la boucle locale de cuivre, dont le dégroupage a eu lieu postérieurement à son développement par l'opérateur historique²⁷⁴. Ainsi, l'opérateur déployant un réseau de fibre optique est tenu, dans des conditions encadrées par l'ARCEP, d'offrir à ses concurrents un accès à ce dernier, afin « de maintenir la dynamique concurrentielle existante »²⁷⁵.

De plus, l'ARCEP a pour mission de favoriser un déploiement de la fibre optique en dehors des zones très denses, afin de ne pas accentuer la fracture numérique. À cette fin, elle met en place une mutualisation des réseaux dans ces mêmes zones dans le but d'alléger les investissements. Elle met également à la charge des opérateurs déployant des infrastructures de fibre optique des obligations de concertation et d'échanges d'information afin d'éviter un doublement inutile des réseaux ou au contraire une absence ponctuelle d'infrastructure²⁷⁶.

L'intervention de l'ARCEP dans le cadre de la fibre optique est toujours d'actualité, cette dernière n'ayant pas encore été déployée sur l'ensemble du territoire français.

101. Le développement de la cinquième génération de communications mobiles (5G) –

Le système des générations est apparu avec le développement des communications mobiles. Les différentes générations définissent le type de réseau mobile auquel l'utilisateur a accès, dont dépend notamment la qualité des communications et le débit de la connexion internet. La cinquième génération (5G) permet donc une plus grande vitesse d'acheminement des informations, grâce notamment à la colonisation d'une nouvelle partie du spectre

²⁷² A. Sheha, *op. cit.*, p.331.

²⁷³ Direction générale du trésor, « La concurrence dans le marché français des communications électroniques », Janvier 2023.

²⁷⁴ *Ibid.*

²⁷⁵ *Ibid.*

²⁷⁶ A. Sheha, *op. cit.*, p.333-334.

radioélectrique. Cela se traduit par l'utilisation de nouvelles fréquences. Le développement d'un réseau mobile est moins coûteux que le développement d'un réseau câblé²⁷⁷, mais nécessite tout de même l'intervention du régulateur. En effet, le Code des communications électroniques européen a notamment pour objectif de « préparer l'Europe à l'arrivée de la 5G »²⁷⁸.

L'ARCEP prolonge tout d'abord son rôle concernant l'attribution de ces nouvelles fréquences aux opérateurs mobiles. De plus, elle favorise les expérimentations concernant la mise en place de la 5G, par la délivrance d'« autorisations d'utilisation de fréquences expérimentales dans des délais restreints et à moindre coût. »²⁷⁹. Enfin, l'ARCEP a pour rôle de garantir la sécurité des réseaux 5G. Pour cela, un régime d'autorisation préalable a été mis en place pour l'exploitation des appareils 5G²⁸⁰.

La 5G, de même que la fibre optique, constitue donc des innovations devant être à nouveau encadrées par le régulateur. Toutefois, ces dernières restent mises en œuvre par les opérateurs traditionnels de communications électroniques, et ne nécessitent donc que des ajustements ponctuels. La problématique est différente s'agissant des services dits de contournement, nouveaux acteurs du secteur des communications électroniques.

B. L'apparition de nouveaux opérateurs de communications électroniques

102. Les services de contournement, concurrents des opérateurs traditionnels – Les services dits de contournement ou « *over the top* » (OTT) sont des services permettant aux utilisateurs de bénéficier de communications interpersonnelles non fondées sur la numérotation. Ils fournissent ainsi un service de communications électroniques, sans l'intervention préalable d'un opérateur. En effet, ces services ne s'appuient pas sur les réseaux traditionnels hertziens, câblés ou satellitaires, mais sur le seul accès à internet de l'utilisateur. Il s'agit notamment de Skype, WhatsApp ou Facebook Messenger. Les OTT vont concurrencer les opérateurs traditionnels en contournant leurs réseaux sans leur reverser de contrepartie financière, ce qui aboutit à la création « de la valeur "par-dessus" »²⁸¹.

103. L'extension de la régulation aux services de contournement – Les services de contournement ne sont rentrés dans le champ de la régulation des communications électroniques

²⁷⁷ Direction générale du trésor, préc.

²⁷⁸ P. Achilleas, « Droit européen des communications électroniques », 2020, préc., §32.

²⁷⁹ ARCEP, « La 5G », Grand dossier, avril 2023.

²⁸⁰ P. Achilleas, « Droit international des télécommunications », JCI Droit international, 1^{er} avril 2021, §129.

²⁸¹ P. Achilleas, « Droit européen des communications électroniques », 2020, préc., §17.

qu'avec le Code des communications électroniques européen. Celui-ci élargit en effet la notion de services de communications électroniques aux services de communications interpersonnelles, définis comme « un service normalement fourni contre rémunération qui permet l'échange interpersonnel et interactif direct d'informations via des réseaux de communications électroniques entre un nombre fini de personnes, par lequel les personnes qui amorcent la communication ou y participent en déterminent le ou les destinataires »²⁸².

Ceux-ci se voient ainsi imposer les mêmes obligations que les opérateurs classiques, ce qui permet de rétablir une concurrence loyale. L'extension de la définition permet notamment d'imposer aux services de contournement des « exigences de sécurité appropriées selon leur nature et importance économique », mais également une obligation de participation au financement du service universel²⁸³. De plus, l'ARCEP peut ainsi procéder à des collectes d'informations auprès de ces nouveaux opérateurs²⁸⁴ afin de leur appliquer, « de manière adaptée à la nature de leur activité, les obligations prévues par le code européen »²⁸⁵.

La persistante et l'adaptation de la régulation a donc permis un encadrement de l'ensemble du marché des communications électroniques, incluant les nouveaux services plébiscités par les utilisateurs. L'intervention initiale mais aussi durable de la régulation se justifie donc grâce aux particularités intrinsèques du secteur étudié. Pour autant, son champ d'action et ses outils sont limités. Ils ne permettent pas une appréhension complète des atteintes à la concurrence résultant des comportements des opérateurs régulés. Celle-ci est alors prise en charge par le droit de la concurrence, grâce à sa nature générale et abstraite.

²⁸² Directive (UE) 2018/1972, préc., art. 2.5.

²⁸³ P. Achilleas, « Droit des communications électroniques de l'Union européenne », JCI Fasc 1125, fev.2020, §38.

²⁸⁴ ARCEP, Décision n°2021-0375 de l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse en date du 16 mars 2021 relative à la mise en place d'enquêtes dans le secteur des communications électroniques.

²⁸⁵ ARCEP, « Le rapport d'activité de l'Arcep 2019 », Rapport annuel, juillet 2019, p.22.

Chapitre 2. Le droit de la concurrence au soutien des lacunes de la régulation sectorielle

104. Une intervention continue du droit de la concurrence - Le droit de la concurrence rencontre plusieurs opportunités d'intervention dans les secteurs régulés. Il soutient d'abord la régulation sectorielle au stade de sa construction (Section 1). Il s'applique également au stade du contentieux, lors de litiges mettant en cause les comportements des opérateurs régulés (Section 2).

Section 1. Le rôle du droit de la concurrence dans la construction de la régulation sectorielle des communications électroniques

105. Une intervention duale – L'intervention du droit de la concurrence dans la construction de la régulation sectorielle des communications électroniques se comprend grâce aux rôles successifs du droit européen de la concurrence (I) et de l'autorité de concurrence française (II).

I. Le rôle du droit européen de la concurrence dans la construction des régulations nationales

106. Un rôle d'encadrement - Le droit européen de la concurrence intervient en premier lieu lors de la délimitation des marchés soumis à une régulation *ex ante* (A). La Commission européenne joue ensuite un rôle lors de la détermination d'obligations asymétriques à l'égard des opérateurs bénéficiant d'une influence déterminante (B).

A. L'influence du droit européen de la concurrence dans la délimitation des marchés soumis à une régulation *ex ante*

107. Le cadre de la régulation asymétrique - Le CPCE, à travers ses articles L37-1 à L38-4, octroie à l'ARCEP la mission d'imposer des obligations particulières aux opérateurs exerçant une influence significative sur un marché du secteur des communications électroniques. Au préalable, l'autorité de régulation doit délimiter un marché nécessitant une régulation *ex ante*

d'identifier les opérateurs en question. L'ARCEP est en charge de ces différentes étapes, mais doit tout de même prendre en compte les principes du droit de la concurrence²⁸⁶.

108. La prise en compte par les autorités de régulation nationales du droit européen –

Afin d'apprécier la notion de marché devant être soumis à régulation, l'article 37-1 indique seulement que l'autorité de régulation analyse « notamment des obstacles au développement d'une concurrence effective ».

Pour autant, l'ARCEP se trouve soumise dans son appréciation à un cadre plus strict. En effet, la Commission européenne se prononce dans une recommandation de 2003²⁸⁷ sur la mise en œuvre d'une telle mission par les autorités nationales de régulation. Elle précise ainsi que ces dernières doivent prendre en compte les dispositions du droit de la concurrence européen.

109. Les critères d'identification du marché – Dans la même recommandation, la Commission fournit aux autorités nationales de régulation des critères plus précis afin d'identifier un marché nécessitant une régulation *ex ante* particulière. L'autorité doit d'abord observer « la présence de barrières élevées et non provisoires à l'entrée », mais également « les possibilités de lever ces barrières dans un délai adéquat » ainsi que « l'incapacité du droit de la concurrence à remédier à lui seul à la ou aux défaillances concernées du marché »²⁸⁸.

De plus, plusieurs marchés sont déjà énumérés dans la recommandation, qui fait l'objet d'une révision régulière. Dans le cas où les autorités nationales s'éloignent de cette liste, leur décision peut être analysée par la Commission. Au terme de cette analyse, cette dernière est en droit de demander à l'autorité de retirer son projet²⁸⁹.

110. Les critères d'identification des opérateurs réputés exercer une influence significative sur le marché – L'article L37-1 du CPCE est plus exhaustif s'agissant des critères d'identification de l'opérateur réputé exercer une influence significative. Il dispose en effet que celui-ci doit se trouver « dans une position équivalente à une position dominante lui permettant de se comporter de manière indépendante vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et des consommateurs ».

²⁸⁶ C. Fichet, « La régulation sectorielle et de la concurrence : l'exemple du secteur des télécommunications », *LPA*, 17 oct. 2003, p.3 et s.

²⁸⁷ Recommandation de la Commission du 11 février 2003 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante*.

²⁸⁸ *Ibid.*, considérant 9.

²⁸⁹ Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive "cadre"), art. 7§4.

Là encore, il s'agit d'une définition inspirée du droit européen de la concurrence. En effet, la CJCE définit d'une façon similaire la notion de position dominante dans l'arrêt Hoffmann-La Roche de 1979²⁹⁰. Elle y précise que la position dominante s'entend de la puissance économique de l'entreprise « qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs »²⁹¹.

Le droit de la concurrence et la régulation prennent donc chacun en compte la possibilité pour l'entreprise en question d'adopter un comportement indépendant. En revanche, la régulation désigne l'opérateur *a priori*, et doit donc se fonder sur une analyse prospective du marché²⁹².

L'influence du droit européen de la concurrence apparaît donc clairement s'agissant de l'identification des marchés et des opérateurs influents. Toutefois, la Commission joue également un rôle dans le cadre de la détermination des obligations particulières imposées à ces opérateurs.

B. L'intervention préalable de la Commission dans la détermination d'obligations asymétriques

111. Les fondements d'une intervention préalable de la Commission – Ce rôle apparaît en 2002 avec l'adoption de la directive « cadre »²⁹³, ayant pour objectif d'assurer un « cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques ». L'article 7§4 de cette directive vise le cas d'une mesure visant à « décider de désigner ou non une entreprise comme disposant, individuellement ou conjointement avec d'autres, d'une puissance significative sur le marché ». La Commission, si elle estime qu'une telle mesure « fera obstacle au marché unique », ou a des doutes concernant « sa compatibilité avec le droit communautaire », pourra s'opposer à ce projet²⁹⁴.

Le rôle joué par la Commission dans la construction des régulations nationales peut ainsi être prépondérant.

²⁹⁰ CJCE, Hoffmann-La Roche & Co. AG contre Commission des Communautés européennes, 13 février 1979, Aff. 85/76.

²⁹¹ *Ibid.*, §38.

²⁹² C. Fichet, *art. cit.*

²⁹³ Directive cadre, préc.

²⁹⁴ *Ibid.*, art 7§4.

112. Les justifications du rôle préalable de la Commission – Pour autant, le rôle assigné à la Commission se justifie à plusieurs égards. En effet, celui-ci permet « d'assurer la cohérence des analyses de marché des diverses autorités réglementaires nationales, et de remédier à leurs éventuelles faiblesses »²⁹⁵.

Ce rôle de cohérence et de conformité au droit européen n'est pourtant pas exercé par la seule Commission. En effet, celle-ci encourage également le dialogue entre les autorités de régulation et les autorités de concurrence nationales²⁹⁶.

II. Le rôle de l'Autorité de la concurrence dans la construction de la régulation sectorielle nationale

113. Les outils de l'intervention - Dans le cadre de la construction de la régulation sectorielle nationale, l'Autorité de la concurrence dispose de plusieurs moyens d'intervention. Son rôle consultatif lui permet d'abord d'apporter son expertise sur les enjeux concurrentiels (A). Ses enquêtes sectorielles sont ensuite l'occasion d'initier des mutations dans la régulation sectorielle (B).

A. Le rôle consultatif de l'Autorité de la concurrence à travers les avis préalables

114. L'obligation de consultation préalable – Dans le cadre de la régulation asymétrique, l'article L37-1 du CPCE dispose que l'ARCEP délimite les marchés pouvant être soumis à une régulation *ex ante* du secteur « au regard notamment des obstacles au développement d'une concurrence effective, et après avis de l'Autorité de la concurrence ». De plus, selon le même article, la liste des opérateurs réputés exercer influence significative sur le marché est également soumise à avis préalable de l'Autorité de la concurrence.

Une telle consultation permet de s'assurer de la comptabilité de la régulation sectorielle avec le droit de la concurrence, ainsi que de réduire le risque de décisions contradictoires au stade du contentieux.

115. Les avis de l'Autorité de la concurrence – Là encore, l'Autorité de la concurrence se trouve rarement au sein de ses avis en contradiction avec l'analyse préalablement établie par

²⁹⁵ ART, Les notifications à l'épreuve du veto de la Commission européenne, La Lettre de l'ART, nov.-déc. 2004, p. 13.

²⁹⁶ P.A. Jeanneney, « Communications électroniques », *Répertoire du contentieux administratif*, fév. 2007, §137.

l'ARCEP²⁹⁷. Pour autant, il est arrivé que le Conseil de la concurrence « invite l'ARCEP à modifier sa méthode de détermination du caractère régulable des marchés ». En effet, cette dernière « ne peut se fonder sur la seule inscription d'un marché sur la liste établie par la Commission »²⁹⁸, en occultant toute analyse concurrentielle du marché.

La consultation préalable de l'Autorité de la concurrence n'est donc pas qu'une formalité, mais permet d'assurer une certaine cohérence entre les deux corps de textes. Au-delà de cette vérification de compatibilité, l'ADLC peut également jouer un rôle plus actif à travers ses enquêtes sectorielles.

B. Le rôle initiateur de l'Autorité de la concurrence à travers les enquêtes sectorielles

116. Le cadre légal – Selon l'article L462-4 du Code de commerce, l'Autorité de la concurrence dispose d'un pouvoir d'initiative lui permettant de donner un avis sur « toute question concernant la concurrence ». L'Autorité est également en droit d'émettre des recommandations à destination du ministre chargé du secteur concerné, afin qu'il mette en œuvre « les mesures nécessaires à l'amélioration du fonctionnement concurrentiel des marchés. »²⁹⁹. À cette fin, l'Autorité peut conduire des enquêtes sectorielles³⁰⁰.

117. Le rôle des enquêtes dans la construction de la régulation sectorielle – Le Professeur Malaurie-Vignal met en avant le fait que l'ADLC participe, par ses enquêtes, à la régulation sectorielle³⁰¹. En effet, ses avis peuvent recommander « des réformes législatives en vue de mieux réguler le secteur. ». Elle peut donc participer à la régulation en amont, et améliorer par la même occasion la cohérence entre régulation sectorielle et droit de la concurrence.

La construction de la régulation sectorielle est donc marquée par une forte intervention du droit de la concurrence. Pour autant, toutes les problématiques concurrentielles ne peuvent être réglées en amont. Les autorités de concurrence conservent donc leur compétence pour intervenir sur les marchés régulés au stade du contentieux.

²⁹⁷ *Ibid.*, §139.

²⁹⁸ *Ibid.*

²⁹⁹ Art. L462-4 Code du commerce.

³⁰⁰ Art. L462-9 Code du commerce.

³⁰¹ M. Malaurie-Vignal, *op.cit.*, p.220.

Section 2. L'application complémentaire du droit de la concurrence dans les contentieux du secteur des communications électroniques

118. L'application du droit de la concurrence en dépit de la présence d'une régulation sectorielle - Une application complémentaire du droit de la concurrence implique d'abord que les secteurs régulés ne soient pas exemptés des règles concurrentielles (I). Cette absence d'exemption permet ensuite une condamnation des comportements anticoncurrentiels qui ne sont pas pris en charge par la régulation sectorielle (II).

I. Le principe de la soumission des secteurs régulés au droit de la concurrence

119. Un principe débattu - La question d'une exemption des secteurs régulés à l'égard des règles de concurrence peut se poser. En effet, ces secteurs sont déjà soumis à un encadrement censé prévenir les atteintes à la libre concurrence. Pour autant, le principe de soumission des secteurs régulés au droit de la concurrence est clairement affirmé par les instances européennes (A). Ce choix se justifie à plusieurs égards (B).

A. L'affirmation européenne du principe de soumission des secteurs régulés au droit de la concurrence

120. Une affirmation dès les prémises de la libéralisation du secteur des communications électroniques – En dépit des solutions parfois contraires d'autres systèmes juridiques³⁰², l'Union Européenne affirme dès les prémises de la libéralisation du secteur des télécommunications qu'elle entend préserver l'application des règles de concurrence. Ainsi, le livre vert de 1987, premier acte de cette libéralisation, fait état de la « grande importance » que revêt une telle application au secteur en cause³⁰³.

Les autorités de concurrence s'attachent ensuite à réaffirmer et à être mettre en œuvre ce principe. Ainsi, la Commission européenne dans sa décision Deutsche Telekom de 2003³⁰⁴ se fonde sur la jurisprudence constante de la CJUE pour affirmer que l'applicabilité des règles de concurrence n'est pas exclue du seul fait de l'existence d'une régulation sectorielle³⁰⁵.

³⁰² V. infra §121.

³⁰³ Livre vert COM (87) 290 final, préc., p.17.

³⁰⁴ C.E., 21 mai 2003, Deutsche Telekom, 2003/707/CE.

³⁰⁵ *Ibid.* §54.

La Cour prend une position dans des termes généraux, permettant une extension de cette solution aux autres secteurs régulés. Ainsi, les secteurs des communications audiovisuelles, de l'énergie ou encore des transports ferroviaires sont également soumis au droit de la concurrence.

121. Les nuances de la position américaine - La position des instances européennes n'est pas partagée par l'ensemble des systèmes juridiques étrangers. Il est possible de citer à ce titre la décision *Trinko* de la Cour suprême américaine³⁰⁶. Celle-ci sera étudiée plus longuement lors des développements consacrés à l'étude comparée des mécanismes d'articulation entre le droit de la concurrence et la régulation sectorielle³⁰⁷. Cependant, il est déjà possible d'observer que les juridictions américaines se prononcent en faveur d'un rôle subsidiaire du droit *antitrust* dans les secteurs régulés.

La position américaine conduit à s'interroger sur l'utilité de l'application du droit de la concurrence en présence d'une régulation sectorielle.

B. Les justifications de l'application du droit de la concurrence aux secteurs régulés

122. Une double intervention permettant de combler les lacunes de la régulation sectorielle – Nombreux sont les auteurs prônant que, de la coexistence du droit de la concurrence et de la régulation sectorielle résulte une réelle complémentarité³⁰⁸.

Une telle complémentarité peut effectivement s'expliquer à plusieurs égards. La coexistence des deux corps de règles et donc l'existence d'une double intervention vient combler les lacunes de chacun de ces droits³⁰⁹. Il a déjà été exposé que la régulation sectorielle était nécessaire afin de combler les lacunes du droit de la concurrence, notamment sur l'aspect technique des contentieux³¹⁰. Cette logique peut également être utilisée dans un sens inverse, en insistant sur les points forts du droit de la concurrence.

123. La maîtrise des enjeux concurrentiels par les autorités de concurrence - De manière générale, les autorités de concurrence, du fait de leur pratique jurisprudentielle, ont pu

³⁰⁶ U.S. Supreme Court, *Verizon Communs., Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP* - 540 U.S. 398, 124 S. Ct. 872 (2004).

³⁰⁷ V. infra §199.

³⁰⁸ P. Choné, art. cit. ; F. Fontaine, « Régulation et droit de la concurrence – Regards croisés sur la décision *Deutsche Telekom* », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n°41, 1^{er} août 2008.

³⁰⁹ F. Fontaine, art. cit.

³¹⁰ V. supra §96.

développer une réelle expertise sur les pratiques anticoncurrentielles et leurs effets néfastes sur le marché.

De plus, le champ d'intervention large des autorités de concurrence leur permet de prendre en compte les effets croisés des pratiques mises en cause sur les marchés connexes.

124. Les autorités de régulation, en proie à une asymétrie d'information – Le régulateur, par sa logique d'intervention *ex ante*, souffre d'une asymétrie d'information, propre à toute intervention *a priori*.

En effet, une telle temporalité ne met pas le régulateur en mesure d'apprécier les conditions du marché en temps réel. De nombreuses incertitudes demeurent sur son fonctionnement³¹¹.

Au contraire, au stade de leur intervention *a posteriori*, les autorités de concurrence sont aptes à apprécier le marché et les mutations qu'il a pu subir récemment.

Du fait de cette asymétrie d'information, le Professeur d'économie Anne Perrot a pu conclure que les autorités de concurrence maîtrisaient davantage l'appréciation des pratiques de ciseaux tarifaires ou de prédation³¹².

125. L'effet dissuasif du droit de la concurrence – En comparaison à la régulation sectorielle, empruntant souvent une logique incitative, le droit de la concurrence bénéficie également « d'un effet dissuasif inégalable »³¹³.

Aux fins de sanctionner une pratique anticoncurrentielle, les autorités de concurrence peuvent en effet infliger une sanction à leurs auteurs allant jusqu'à 10% de leur chiffre d'affaires mondial³¹⁴. L'aspect dissuasif d'un tel montant est donc non négligeable.

L'autorité de régulation joue aussi un rôle dans le contrôle *ex post* du comportement des opérateurs. Elle peut ainsi être saisie d'un différend concernant notamment un cas de refus d'accès ou d'interconnexion³¹⁵. Toutefois, la régulation relève d'avantage d'une logique d'accompagnement de l'opérateur, si bien que la sanction reste « exceptionnelle », voire « pathologique »³¹⁶.

³¹¹ M. Bacache-Beauvallet et A. Perrot, *art. cit.*

³¹² A. Perrot, *art. cit.*

³¹³ F. Fontaine, *art. cit.*

³¹⁴ Art. L462-4 Code de commerce ; Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, art. 23.

³¹⁵ Art. L36-8 CPCE.

³¹⁶ F. Fontaine, *art. cit.*

126. Le risque de capture du régulateur – Certains auteurs mettent ensuite en avant le risque de capture du régulateur, qui vise la potentielle perte d'indépendance de ce dernier du fait de l'influence exercée par les entreprises opérant au sein du secteur qu'il régit.

La proximité existante entre le régulateur et ces mêmes opérateurs pourrait rendre le premier « plus vulnérable au risque de capture »³¹⁷. Anne Perrot met en avant à cet égard « les liens étroits et permanents qu'entretiennent autorités de régulation et entreprises sur les marchés régulés »³¹⁸.

A l'inverse, l'intervention ponctuelle des autorités de concurrence pourraient éloigner ces dernières d'un tel risque³¹⁹. Il serait ainsi nécessaire de préserver leur intervention dans les secteurs régulés, afin de corriger a posteriori un acte de régulation potentiellement empreint de partialité.

127. L'instauration d'un dialogue entre autorités – Une telle complémentarité est exploitée par chacune des autorités par des mécanismes d'avis et de saisines. Des demandes d'avis réciproques sont fréquemment émises, créant une alliance naturelle³²⁰ entre autorités de concurrence et de régulation. Ces avis permettent en effet de renforcer la légitimité des autorités de régulation mais également des autorités de concurrence, concernant notamment l'aspect technique du litige³²¹. L'ARCEP dispose également de la possibilité de saisir l'autorité de la concurrence dans le cas où elle aurait connaissance d'une pratique entravant le libre exercice de la concurrence dans le secteur des communications électroniques³²².

Ainsi, il apparaît que la coexistence de deux autorités distinctes peut conduire à améliorer « l'efficacité de l'ouverture du marché »³²³. Une telle dynamique peut effectivement être observée en pratique au stade du contentieux. L'intérêt de l'application du droit de la concurrence transparaît en effet clairement lorsqu'il appréhende des comportements ne faisant pas l'objet d'une régulation *ex ante*.

³¹⁷ *Ibid.*

³¹⁸ A. Perrot, *art. cit.*

³¹⁹ F. Fontaine, *art. cit.*

³²⁰ N. Charbit, « Les objectifs du régulateur – Entre recherche d'efficacité et rappel de légalité », Presses de Sciences Po, 2004.

³²¹ *Ibid.*

³²² Art. L36-10 CPCE.

³²³ A. Perrot, *art. cit.*

II. L'appréhension par le droit de la concurrence de comportements non régulés

128. L'action limitée de la régulation sectorielle - La régulation sectorielle, du fait de sa nature concrète et technique, n'appréhende pas l'ensemble des comportements problématiques des opérateurs. En particulier, elle ne fournit pas de règles propres à éviter les ententes anticoncurrentielles (A) ou à contrôler les concentrations (B).

A. La condamnation d'ententes anticoncurrentielles

129. Une logique *ex post* nécessaire – Le droit de la concurrence, à travers sa logique d'intervention *a posteriori*, apparaît apte à sanctionner des pratiques d'ententes, intervenues et constatées après l'édiction des réglementations. Au contraire, la régulation va simplement prévenir ce genre de comportement à travers la construction d'un marché concurrentiel. Le rôle dissuasif des amendes prononcées par les autorités de concurrence va également permettre la prévention des pratiques d'ententes anticoncurrentielles.

130. L'intervention déterminante du droit de la concurrence - Ainsi, le Conseil de la concurrence a pu sanctionner en 2005 trois opérateurs de téléphonie mobile – Orange France, SFR et Bouygues Télécom – pour avoir mis en œuvre deux types d'ententes de 1997 à 2003³²⁴. Les pratiques mises en œuvre consistaient d'abord à des échanges d'informations stratégiques concernant les nouveaux abonnements et les résiliations. Le Conseil de la concurrence a également constaté l'existence d'un accord mis en œuvre entre 2000 et 2002 entre les opérateurs précités, visant à stabiliser leurs parts de marchés autour d'objectifs définis en commun. Le Conseil constate alors qu'il résulte de ces pratiques un dommage à l'économie particulièrement important.

Cette intervention du droit de la concurrence dans le secteur régulé de la téléphonie mobile a donc permis de mettre fin à une pratique extrêmement préjudiciable pour les consommateurs, qui n'aurait pour autant pas pu être prise en charge par la régulation sectorielle.

De plus, l'aspect dissuasif du droit de la concurrence peut être mis en avant dans ce litige, lors duquel les opérateurs précités ont été condamnés à des amendes de 256 millions d'euros pour Orange, 220 millions d'euros pour SFR, et 58 millions d'euros pour Bouygues.

³²⁴ C.C., Décision n° 05-D-65 du 30 novembre 2005 relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile.

Le droit de la concurrence permet donc d'appréhender ces comportements coordonnés pouvant porter atteinte au fonctionnement du marché. Toutefois, il s'intéresse également à la structure de ce même marché par l'intermédiaire du contrôle des concentrations.

B. Le contrôle des concentrations

131. Un mécanisme propre au droit de la concurrence – L'utilité du droit de la concurrence se trouve également dans la mise en œuvre du contrôle des concentrations, mécanisme original et propre à cette branche du droit.

Celui-ci permet de structurer le marché. Le contrôle des concentrations peut ainsi venir en aide à la régulation sectorielle dans cette finalité de construction et de structuration du marché. En effet, le corps de règles spécifiques au secteur des communications électroniques ne présente pas un tel mécanisme.

La Commission européenne a pu ainsi autoriser la création d'une entreprise commune à quatre opérateurs de communications électroniques européens³²⁵. *Deutsche Telekom*, *Telefónica*, *Vodafone* et *Orange* ont été autorisés à créer cette entreprise visant à « soutenir les activités de publicité et de marketing numériques des marques et des éditeurs »³²⁶ en France, en Allemagne, en Italie, en Espagne et au Royaume-Uni.

Encore plus récemment, la Commission européenne a ouvert une enquête afin de contrôler un nouveau projet de concentration. Celui-ci concerne *Orange* et *MasMovil*, « deuxième et quatrième opérateurs les plus importants sur les marchés de détail et de gros des services fixes à haut débit des services mobiles en Espagne »³²⁷. Dans ce cadre, la Commission fait déjà état de craintes concernant notamment la réduction du nombre d'opérateurs de réseaux en Espagne³²⁸.

132. Un mécanisme renforcé par la régulation du numérique - À cet égard, il est possible d'effectuer une comparaison avec les nouveaux textes européens intéressant le numérique. Ceux-ci sont en effet décrits comme des instruments hybrides entre le droit de la concurrence et la régulation sectorielle. À la différence de la régulation propre au secteur des communications électroniques, le DMA prévoit un mécanisme spécial de contrôle des

³²⁵ Comm. UE, Communiqué de presse, IP/23/721, 10 févr. 2023.

³²⁶ L. Binet, « Un an de régulation du marché des communications électroniques », *Communication Commerce électronique* n°5, Mai 2023.

³²⁷ C.E., « Concentrations : la Commission ouvre une enquête approfondie sur l'opération envisagée entre *Orange* et *MasMovil* », *Articles d'actualité*, 4 avril 2023.

³²⁸ *Ibid.*

concentrations. Il dispose en effet en son article 14 que les opérateurs désignés comme contrôleurs d'accès sont tenus d'informer la Commission de tout projet de concentration, notion entendue au sens du règlement n°139/2004³²⁹. Ainsi dans l'hypothèse où ce texte est considéré comme étant extérieur au droit de la concurrence, il présente néanmoins de forts liens avec ce dernier.

Les textes encadrant la régulation des communications électroniques ne prévoient pas de tels mécanismes. Seul droit commun de la concurrence va donc s'appliquer en vue de contrôler les concentrations opérées dans le secteur des communications électroniques.

133. Conclusion de la partie - Ces premiers développements ont été l'occasion de délimiter les contours de la notion de régulation sectorielle en la distinguant du droit de la concurrence. Malgré les nombreuses mutations des deux corps de règles, il est possible d'identifier une démarcation. Le droit de la concurrence et la régulation sectorielle présentent des objectifs et des méthodes distincts. Cette diversité d'interventions permet à leur coexistence d'engendrer une véritable complémentarité, bénéfique pour l'ouverture à la concurrence du secteur des communications électroniques mais également pour la préservation de cette dernière. Cette complémentarité ressort particulièrement de la prise en compte par le droit de la concurrence d'infractions absentes de la régulation sectorielle. Néanmoins, le droit de la concurrence va également trouver à s'appliquer en présence d'une intervention préalable du régulateur sectoriel. De cette hypothèse résulte donc une confrontation entre les deux corps de règles. Les conséquences d'une telle confrontation seront nuancées. Si une certaine complémentarité peut toujours être relevée, des problématiques d'insécurité juridiques devront surtout être soulignées.

³²⁹ Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises ("le règlement CE sur les concentrations").

Partie 2. La confrontation du droit de la concurrence et de la régulation sectorielle des communications électroniques

134. Une confrontation n'impliquant pas nécessairement une contradiction - La confrontation dont il est question ici n'a pas systématiquement pour conséquence une contradiction, une opposition de points de vue entre les autorités de concurrence et l'autorité de régulation. Une telle situation est d'ailleurs rarement observée en pratique. L'analyse d'une confrontation entre le droit de la concurrence et la régulation des communications électroniques implique en réalité l'étude approfondie de l'application du premier à des questions préalablement régies par la régulation sectorielle.

L'idée sous-tendue est d'analyser les causes, manifestations et conséquences potentiellement néfastes de l'intervention du droit de la concurrence, mais également les moyens d'actions qui auraient pu être mis en œuvre par la régulation en substitution d'une intervention des autorités de concurrence. À cet égard, seront donc analysées les immixtions récurrentes du droit de la concurrence dans le champ de la régulation (Titre 1). Plusieurs solutions peuvent ensuite être envisagées afin d'atténuer les conséquences néfastes de telles immixtions, celles-ci devant s'adapter à de nouvelles problématiques liées à la régulation du numérique (Titre 2).

Titre 1. Les immixtions récurrentes du droit de la concurrence dans le champ d'action de la régulation

135. L'analyse de contentieux particulièrement révélateurs - Il ne s'agit pas ici d'établir une liste exhaustive des pratiques régulées ayant fait l'objet d'un contrôle sur le fondement du droit de la concurrence, mais de mettre l'accent sur certains contentieux particulièrement révélateurs d'une confrontation entre le droit de la concurrence et la régulation. Une telle confrontation s'observe particulièrement en amont s'agissant du contrôle de l'accès aux infrastructures de communications électroniques (Chapitre 1), mais également en aval s'agissant de l'appréciation des offres effectuées par les opérateurs au consommateur final (Chapitre 2).

Chapitre 1. Les immixtions du droit de la concurrence au regard de l'accès aux infrastructures de communications électroniques

136. L'importance des infrastructures dans le secteur des communications électroniques – L'analyse du contentieux concernant l'accès aux infrastructures de communications électroniques paraît inévitable au regard des particularités de ce secteur. Il s'agit d'une industrie de réseaux, dans laquelle la fourniture de services traditionnels de communications passe nécessairement par une infrastructure, qu'il s'agisse de réseaux câblés ou de réseaux mobiles. La problématique de l'accès à ces infrastructures peut s'analyser sous l'angle du refus d'accès (Section 1), puis selon les conditions d'accès octroyées (Section 2).

Section 1. L'appréciation du refus d'accès aux infrastructures

137. Un contentieux impliquant la théorie des infrastructures essentielles – L'obligation d'octroyer l'accès à une infrastructure est courante dans la régulation sectorielle. Néanmoins, le droit de la concurrence trouve également un rôle à jouer dans ce contentieux à travers la théorie des infrastructures essentielles. Celle-ci peut être appliquée concernant des infrastructures régulées, mais n'ayant pas pour autant fait l'objet d'une obligation d'accès préalable (I). Il en sera autrement concernant les infrastructures pour lesquelles les opérateurs sont soumis à une obligation d'accès préalable (II).

I. L'hypothèse de l'application de la théorie des infrastructures essentielles au secteur des communications électroniques

138. Une étude en deux temps - L'analyse de la théorie des infrastructures essentielles révèle une notion irriguant aussi bien le droit de la concurrence que la régulation sectorielle (A). Celle-ci trouve donc plusieurs applications pratiques dans le secteur des communications électroniques (B).

A. Une notion irriguant le droit de la concurrence et la régulation sectorielle

139. La naissance de la notion aux États-Unis – L’origine américaine de la théorie des infrastructures essentielles a déjà pu être abordée précédemment³³⁰. Les prémisses de cette théorie se trouvent en effet dans l’arrêt de la Cour suprême des États-Unis *Terminal Railroad*³³¹. Il était alors question d’une infrastructure de transport, à laquelle le propriétaire avait été tenu d’accorder l’accès à ses concurrents pour l’acheminement des marchandises.

Si l’existence d’une telle obligation de contracter est ensuite à nouveau affirmée par plusieurs juridictions américaines, elle est cependant encadrée par un « test étroit »³³². Celui-ci consiste à prouver le caractère essentiel de l’infrastructure, l’impossibilité pour le concurrent de la reproduire, le refus d’accès mais aussi la possibilité de l’accorder. La Cour suprême des États-Unis a par la suite pris ses distances avec cette théorie³³³, ce qui n’a pas empêché l’Union Européenne d’y être très réceptive.

140. Un accueil très favorable en Europe - La Cour de justice de l’Union Européenne met en œuvre la théorie des infrastructures essentielles pour la première fois dans l’arrêt *Magill*, concernant le marché des programmes télévisuels. Cet arrêt sera confirmé par la cour par la suite dans un arrêt *Bronner* en 1998 où la Cour applique cette théorie à un bien immatériel³³⁴.

Cette théorie est également soumise en Europe à un test de qualification. L’opérateur dominant aura l’obligation de contracter à condition que le bien en question soit strictement nécessaire (ou indispensable) pour accéder à un marché secondaire, qu’il ne puisse être reproduit dans des conditions économiques raisonnables, et que le refus de contracter soit dépourvu de justification objective de nature à éliminer toute concurrence sur ce même marché.

141. Une notion faisant écho à la régulation sectorielle – La théorie des infrastructures essentielles représente un mécanisme original du droit de la concurrence, se rapprochant de la logique de la régulation³³⁵. En effet, l’obligation contribue à construire la structure même du marché.

³³⁰ V. supra §61.

³³¹ *United States v. Terminal Railroad Ass'n*, 224 U.S. 383 (1912).

³³² *D. Bosco et C. Prieto, op. cit.*, §1368.

³³³ U.S. Supreme Court, *Verizon Communs., Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP* - 540 U.S. 398, 124 S. Ct. 872 (2004).

³³⁴ CJCE, 26 nov. 1998, *Oscar Bronner GmbH & Co*, Aff. C-7/97.

³³⁵ V. supra §36.

Une logique similaire se retrouve ainsi régulièrement dans la régulation sectorielle, qui va imposer à l'opérateur historique d'accorder à ses concurrents l'accès aux réseaux construits par le biais de financements publics, donc la réplique intégrale serait impossible pour un nouvel entrant sur le marché.

Ainsi, la communication de la Commission du 22 août 1998 relative aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications et de l'audiovisuel définit la notion d'installation essentielle du point de vue de la régulation sectorielle des télécommunications. Il s'agit de « l'installation ou l'infrastructure indispensable pour assurer la liaison avec les clients, ou permettre aux concurrents d'assurer leur activité et qu'il serait impossible de reproduire par des moyens raisonnables »³³⁶.

Ainsi, cette même notion a pu, à plusieurs reprises, être mise en œuvre à la fois par les autorités de concurrence et les autorités de régulation concernant une même infrastructure. L'intervention du droit de la concurrence intervient *ex post*, à la suite du refus d'accès, quand la régulation agit *ex ante*. De ces interventions successives résulte en pratique une potentielle confrontation au stade du contentieux.

B. Les applications pratiques de la théorie des infrastructures essentielles au secteur des communications électroniques

142. La théorie des infrastructures essentielles a pu notamment alimenter le contentieux lié aux listes d'abonnés téléphoniques détenues par France Telecom (1), mais également celui du développement de l'ADSL dans le contexte d'une régulation encore en construction (2).

1) Les listes d'abonnés téléphoniques, une infrastructure qualifiée d'essentielle *ex post*

143. L'encadrement des listes d'abonnés par la régulation – Lors des prémisses de la libéralisation du secteur des télécommunications, le Conseil de la concurrence a pu obliger France Telecom à accorder à ses concurrents l'accès à une infrastructure n'ayant pourtant pas été qualifiée au préalable d'essentielle par le régulateur³³⁷.

³³⁶ Communication de la Commission relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications.

³³⁷ Décision 98-D-60 du 29 septembre 1998 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de la commercialisation des listes d'abonnés au téléphone.

Ce litige concerne les listes d'abonnés téléphoniques, détenues par France Telecom. Ces listes font pourtant déjà l'objet d'obligations préalables. En effet, le cahier des charges de France Telecom en vigueur durant la période en cause lui impose au titre de ses services obligatoires d'assurer annuellement la publication et la diffusion annuelle d'une ou plusieurs listes d'abonnés au service téléphonique, listes étant connues sous le nom de « pages blanches » et « pages jaunes »³³⁸. Parallèlement, France Telecom exerce une activité concurrentielle de commercialisation de ces fichiers, à travers des services lui permettant de trier les différentes listes en fonction de la demande d'espèce.

Le régulateur intervient ensuite en créant la « liste orange », qui comprend les abonnés ayant refusé que leurs données fassent l'objet d'un traitement³³⁹. Ainsi, cette liste ne peut être commercialisée par France Telecom ou ses concurrents. Pour autant les informations des abonnés inscrits sur la liste orange continuent d'apparaître sur les annuaires publiés gratuitement chaque année.

L'activité de commercialisation de ces données est également exercée par des concurrents de France Telecom, dont la société Filetech, requérante dans ce litige. Celle-ci exploite pour cela l'annuaire publié par France Telecom au titre de ses services obligatoires. Toutefois, cet annuaire n'étant pas expurgé des informations liées aux abonnés inscrits en liste orange, Filetech ne peut plus l'exploiter depuis l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions du CPCE. Filetech n'a donc d'autres choix que de recourir aux services payants de France Telecom, dont elle dénonce les conditions tarifaires.

144. L'intervention du droit de la concurrence - Le Conseil de la concurrence fait ici application de la théorie des infrastructures essentielles afin d'enjoindre France Telecom de fournir à ses concurrents une liste expurgée des abonnés inscrits en liste orange, à un prix reflétant les coûts liés aux opérations techniques de traitement de ces données. Une sanction pécuniaire de 10 000 000 francs lui est également imposée.

Il ne s'agit pas ici d'une contradiction frontale entre régulation et droit de la concurrence. La régulation sectorielle n'émet pas en amont d'injonctions contraires au comportement qui est demandé par France Telecom. L'ART, saisi d'un avis dans le cadre de ce litige, a même approuvé cette qualification d'infrastructure essentielle³⁴⁰.

³³⁸ Décret no 90-1213 du 29 décembre 1990 relatif au cahier des charges de France Télécom et au code des postes et télécommunications, art. 4.

³³⁹ Art. R10-1 ancien CPCE.

³⁴⁰ Avis de l'Autorité de régulation des télécommunications du 11 juin 1997.

Pour autant, l'infrastructure des listes d'abonnés était bien régulée en amont : le service obligatoire de France Telecom ne concernait alors que l'annuaire, auquel il n'était pas requis de soustraire les abonnés de la liste orange. Le droit de la concurrence s'immisce ainsi dans le champ de la régulation sectorielle. À défaut d'une contradiction, ce litige révèle donc le chevauchement encore les deux corps de règles.

Pourtant, la régulation sectorielle compte également parmi ses objectifs la préservation d'une concurrence libre et loyale. Celle-ci est d'ailleurs assurée par des obligations concrètes et individuelles, résultant d'analyses de marché effectuées par le régulateur. Ce dernier est d'ailleurs un spécialiste des caractéristiques techniques et de la structure concurrentielle du secteur qu'il régule. Un opérateur régulé aurait donc pu légitimement s'attendre à ce que son comportement, résultant du respect des obligations fixées en amont par le régulateur, ne lui soit pas reproché *a posteriori* par les autorités de concurrence. Ce litige fait donc apparaître les problématiques qui seront le fil conducteur de l'analyse de l'immixtion du droit de la concurrence dans le champ de la régulation. Il s'agit principalement du manque de cohérence entre les deux corps de règles, et du manque de sécurité juridique en résultant pour l'opérateur régulé.

2) La mise en œuvre de la théorie des infrastructures essentielles dans le cadre d'une régulation en cours de structuration

145. Analyse du contentieux de l'ADSL – Le contentieux relatif au dégroupage de la boucle locale et au développement de la technologie ADSL reflète également une immixtion du droit de la concurrence dans le champ de la régulation. Ce dernier peut être analysé de plusieurs façons. Il reflète en effet autant la complémentarité des deux corps de règles que les problématiques résultant de leur confrontation.

146. Le contexte du contentieux - L'analyse de ce contentieux nécessite d'abord d'étudier le contexte dans lequel il se place, d'un point de vue technique mais également au regard de l'encadrement par la régulation, qui apparaît en pleine construction. Ce litige concerne la boucle locale, définie comme « l'installation qui relie le point de terminaison du réseau dans les locaux de l'abonné au répartiteur principal ou à toute autre installation équivalente d'un réseau de communications électroniques fixe ouvert au public »³⁴¹. En pratique, il s'agit de câbles de cuivre reliant la prise téléphonique de l'abonné final au centre local qui rassemble l'ensemble

³⁴¹ Art. L32 4^oter CPCE.

des lignes des abonnés, puis renvoie les communications reçues à un réseau longue distance. La boucle locale représente donc une partie d'un réseau de télécommunications, dont l'utilisation est initialement réservée aux communications téléphoniques. La construction de la boucle locale ayant été financée par des fonds publics, France Telecom – dénommé Orange depuis le 1^{er} juillet 2013 – en est en France le seul propriétaire. L'accès dégroupé à ce réseau local, c'est-à-dire « la fourniture de paires de cuivres nues à un opérateur alternatif, qui installe alors lui-même ses propres équipements de transmission sur ces paires »³⁴², constituait donc un enjeu majeur de la libéralisation du secteur des télécommunications. Cependant, ce dégroupage a dû avoir lieu par étapes. Plusieurs consultations, groupes de travail et expérimentations ont eu lieu à ce sujet³⁴³. Le règlement européen relatif au dégroupage de l'accès à la boucle locale n'est adopté qu'à la suite de ces travaux, le 18 décembre 2000³⁴⁴.

Pourtant, avant cette date, France Telecom a pu développer la nouvelle technologie nommée ADSL. Celle-ci permet de fournir un accès internet à haut débit sur les lignes téléphoniques ordinaires de France Telecom, c'est-à-dire sur la boucle locale. Cette innovation est source d'inquiétudes quant à son impact sur la concurrence au sein du marché des communications électroniques, à une époque où le droit de la régulation est encore en construction. Dans ce contexte, l'intervention du Conseil de la concurrence est sollicitée à plusieurs reprises.

147. L'intervention déterminante du droit de la concurrence - Le Conseil a notamment pu enjoindre à France Telecom de proposer aux opérateurs tiers de fournir une prestation intermédiaire afin de permettre à ses concurrents de répliquer l'offre ADSL faite aux opérateurs finaux³⁴⁵. Le dégroupage de la boucle locale n'étant pas encore effectif, France Telecom aurait en effet pu prendre une avance considérable sur ses concurrents par l'utilisation de cette technologie innovante.

L'autorité de concurrence a ainsi pu élaborer une jurisprudence « déterminante »³⁴⁶ concernant le dégroupage de la boucle locale, et par la même occasion « soutenir le processus d'ouverture à la concurrence »³⁴⁷.

³⁴² ARCEP, « Le dégroupage de la boucle locale », Grand dossier, 28 mars 2023.

³⁴³ *Ibid.*

³⁴⁴ Règlement (CE) n° 2887/2000 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000 relatif au dégroupage de l'accès à la boucle locale.

³⁴⁵ Décision 05-D-59 du 07 novembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'Internet haut débit.

³⁴⁶ C. Fichet, *art. cit.*

³⁴⁷ P. Choné, *art. cit.*

148. Les conséquences néfastes de l'intervention du droit de la concurrence - Pour autant, une étude plus approfondie du litige et des règles sectorielles en vigueur à cette période pourrait conduire à observer certaines problématiques résultant de cette immixtion du droit de la concurrence dans le champ de la régulation.

En effet, l'autorité de régulation n'avait pas exigé auparavant une telle offre de la part de France Telecom. Celle-ci n'était qu'une option envisagée par l'ART dans le cadre des options alternatives, en attendant le dégroupage de la boucle cuivre. Encore une fois, l'opérateur historique avait respecté le cadre de la régulation, et se trouve pourtant condamné *a posteriori* par le droit de la concurrence.

Pour autant, l'autorité de régulation n'était pas dépourvue de moyens d'action. En effet, l'article L34-8 II du CPCE, dans sa rédaction en vigueur au moment du litige, met à la charge des exploitants de réseaux ouverts au public l'obligation d'assurer un accès à leurs réseaux aux utilisateurs et fournisseurs de services de télécommunications dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires. Le même article prévoit que les litiges relatifs à cette obligation peuvent être soumis à l'ART.

Il aurait donc été en effet possible de saisir l'ART d'un tel litige au lieu du Conseil. Une telle saisine aurait pu permettre au régulateur de mettre en œuvre des mesures adaptées au contexte du litige, celui d'une structuration progressive de la régulation concernant l'infrastructure en question. La régulation sectorielle, au contraire du droit de la concurrence, se fonde en effet davantage sur une logique de dialogue et moins de sanction, qui semble plus adaptée à un tel contexte. En effet, le droit de la concurrence diffère de la régulation sectorielle, en ce qu'il ne prend pas systématiquement en compte les intérêts spécifiques au secteur régulé.

Les applications de la théorie des infrastructures essentielles développées ici concernent donc des infrastructures faisant l'objet d'une régulation, dans le cadre de laquelle aucune obligation d'accès n'avait pourtant été émise. La principale conséquence de ces applications est donc celle d'une insécurité juridique pour les opérateurs régulés. L'intervention du droit de la concurrence diffère en revanche s'agissant des infrastructures pour lesquelles les opérateurs sont déjà soumis à une obligation claire d'accès.

II. L'hypothèse de la non-application de la théorie des infrastructures essentielles au secteur des communications électroniques

149. Dans le cas d'infrastructures pour lesquelles les opérateurs sont déjà soumis à une obligation claire d'accès, les instances européennes ont récemment pris position dans un litige relatif au secteur des communications électroniques (A). Cette solution a pu ensuite s'étendre à d'autres secteurs régulés (B).

A. Le refus d'application de la théorie des infrastructures essentielles dans le cadre du secteur des communications électroniques

150. L'absence de remise en cause générale de la théorie des infrastructures essentielles

- La jurisprudence américaine³⁴⁸ n'a pas conduit les juridictions européennes à remettre en cause la théorie des infrastructures essentielles, malgré les débats qui l'entourent. Ceux-ci tiennent principalement à l'atteinte à la liberté contractuelle des opérateurs dominants.

Du fait de cette absence de remise en cause générale de la théorie des infrastructures essentielles, les possibles certaines confrontations peuvent toujours apparaître. Toutefois, la Cour de justice de l'Union Européenne a récemment adopté une position se rapprochant de la jurisprudence *Trinko* en ce qui concerne l'application de cette théorie aux secteurs régulés.

151. La jurisprudence *Deutsche Telekom / Slovak Telekom* – Le litige dont il est question ici met en jeu *Deutsche Telekom*, opérateur historique de télécommunications en Allemagne. Ce dernier détient jusqu'en décembre 2010 une participation majoritaire dans le capital de *Slovak Telekom*, opérateur historique de télécommunications Slovaque. Celui-ci est propriétaire des réseaux en cuivre et mobiles couvrant la quasi-totalité du territoire Slovaque. Cet opérateur est alors soumis par une régulation sectorielle à l'obligation « d'accéder à toutes les demandes de dégroupage de sa boucle locale considérées comme raisonnables et justifiées »³⁴⁹. La Commission relève à cet égard plusieurs infractions commises par *Slovak Telekom*. L'une d'entre elles correspondait à un refus implicite de fournir un accès aux boucles locales, par la fixation de modalités et de conditions d'accès abusives. Ce refus implicite d'accès abusif est confirmé par le Tribunal. Devant la Cour de justice, cette qualification est remise en cause par la requérante qui estime qu'un tel accès, pour que son refus soit qualifié d'abusif, doit être

³⁴⁸ V. supra §139.

³⁴⁹ CJUE, 25 mars 2021, *Deutsche Telekom*, C-152/19 P, §12.

indispensable. La qualification d'un refus abusif nécessite donc d'appliquer au préalable les critères de l'arrêt *Bronner*³⁵⁰. L'existence d'une obligation d'accès *ex ante* au sens de la régulation sectorielle ne serait alors pas suffisante pour vérifier ces critères.

La Cour de justice, en réponse à ces allégations, distingue l'application de la théorie des infrastructures essentielles, ayant pour conséquence une obligation de contracter, particulièrement attentatoire à la liberté contractuelle, et la sanction d'un abus de position dominante constituée par un accès accordé mais soumis à des conditions inéquitable³⁵¹. Dans ce dernier cas, les conditions posées par l'arrêt *Bronner* n'ont pas à être examinées. En effet, l'accès ayant dans ce cas déjà été octroyé, il ne s'agit pas d'un « refus pure et simple »³⁵², et les autorités de concurrence n'auront pas à enjoindre l'opérateur en question d'accorder cet accès. En l'espèce, la régulation sectorielle imposait déjà à *Slovak Telekom* d'accorder l'accès à son infrastructure. La Cour tire de l'existence de cette obligation que l'opérateur historique « ne pouvait pas et n'a pas véritablement refusé de donner accès à son réseau de boucle locale »³⁵³. Ainsi, il ne s'agit pas d'un refus de contracter pouvant être analysé sous l'angle de la théorie des infrastructures essentielles.

Il en ressort que lorsqu'une entreprise opérant sur un secteur régulé est soumise *ex ante* à une obligation d'accès à ses infrastructures, la théorie des infrastructures essentielles n'aura pas à s'appliquer. À cet égard, la présente décision peut être rapprochée de la jurisprudence *Trinko* qui refuse l'application de la théorie des infrastructures essentielles aux secteurs régulés.

Pour autant, une telle solution n'est pas nécessairement favorable à l'opérateur dominant. En effet, comme l'a démontré *Slovak Telekom* lors de son premier moyen³⁵⁴, les conditions posées par l'arrêt *Bronner* pour l'application de la théorie des infrastructures essentielles sont particulièrement strictes. Dans le cas d'espèce, le fait de soumettre la qualification d'un abus à la caractérisation de ces critères aurait pu jouer en faveur de *Slovak Telekom*. En effet, en l'absence d'une telle application, la Cour va pouvoir apprécier le comportement de l'opérateur sous l'angle des conditions abusives d'accès à l'infrastructure de manière autonome.

Une solution similaire a déjà pu être établie par la Cour de justice dans l'affaire *Telefonica* en 2014³⁵⁵. Dans cet arrêt, l'application du test *Bronner* est écartée. Cela permet à la Cour

³⁵⁰ Arrêt *Bronner*, préc.

³⁵¹ CJUE, 25 mars 2021, *Deutsche Telekom*, C-152/19 P, §46 et 50.

³⁵² *Ibid.*, §51.

³⁵³ *Ibid.*, §57.

³⁵⁴ *Ibid.*, §29-33.

³⁵⁵ CJUE, 10 juillet 2014, *Telefonica*, Aff. C-295/12 P.

d'apprécier le comportement de l'opérateur téléphonique en tant qu'abus autonome, consistant en l'espèce en un ciseau tarifaire.

B. L'application généralisée de la solution européenne

152. La jurisprudence *Lietuvos geležinkeliai* (LG) – Lors de son arrêt LG³⁵⁶, la Cour de justice procède à une nouvelle restriction du champ d'application de la théorie des infrastructures essentielles. Cette jurisprudence se place dans la lignée de l'affaire *Deutsche Telekom / Slovak Telekom*, mais concerne un autre secteur régulé, celui du transport ferroviaire.

Dans les faits de l'espèce, LG, société nationale des chemins de fer en Lituanie, procède au démantèlement total d'une voie ferrée. Son concurrent et co-contractant, la société lettonne LDZ, dispose donc d'un accès restreint au marché des transports ferroviaires Lituanien. LG affirme que le caractère abusif de son comportement est conditionné à l'application de la théorie des infrastructures essentielles, impliquant les critères du test *Bronner*. Une nouvelle fois, la Cour de justice refuse l'application de ce texte, en ajoutant des arguments par rapport à sa jurisprudence précédente *Deutsche Telekom / Slovak Telekom*.

La Cour affirme tout d'abord que le comportement de LG mis en cause ne constitue pas un refus d'accès à l'infrastructure. Il s'agit en réalité de la destruction de cette même infrastructure. De plus, à l'image de sa jurisprudence antérieure, la Cour affirme que la théorie des infrastructures essentielles ne s'applique pas dans le cas où l'obligation d'accès est déjà prévue par une réglementation. Cette condition était remplie en l'espèce, le secteur en question étant soumis à une régulation *ex ante*. Enfin, la Cour ajoute un argument en affirmant que cette théorie ne s'applique pas lorsque l'infrastructure en question a été financée par des fonds publics. La Cour conclut alors en affirmant que le comportement de LG pourrait relever d'une forme autonome d'abus.

Encore une fois, le rejet de la théorie des infrastructures essentielles n'est pas favorable à l'opérateur historique, puisque les conditions d'accès pourront être qualifiées d'abusives. L'opérateur régulé se trouve ainsi dans une position moins favorable qu'une entreprise ordinaire, qui aurait pu se voir appliquer la théorie des infrastructures essentielles et ses conditions restrictives.

153. Les justifications de la solution européenne – Les solutions précédemment exposées trouvent leur justification, selon la Cour de justice, dans les raisons d'être de la théorie des

³⁵⁶ CJUE, 12 janvier 2023, *Lietuvos geležinkeliai*, Aff. C-42/21 P.

infrastructures essentielles. Celle-ci est particulièrement attentatoire à la liberté contractuelle et conduit donc à réduire les incitations à l'innovation. Sa mise en œuvre nécessite donc l'application d'un test strict, prouvant que l'entreprise dominante bénéficie « d'une véritable mainmise sur le marché concerné »³⁵⁷. Or, dans l'hypothèse où une obligation d'accès est déjà imposée par le régulateur sectoriel, il peut paraître « cohérent » de présumer que les conditions de ce test sont remplies³⁵⁸. De plus, la protection de la liberté contractuelle de l'entreprise par la mise en œuvre d'un test strict ne paraît pas utile s'agissant d'une infrastructure n'appartenant pas à l'opérateur dominant³⁵⁹.

L'application de la théorie des infrastructures essentielles ayant été rejetée s'agissant des infrastructures faisant déjà l'objet d'une obligation d'accès préalable, les autorités de concurrence vont pouvoir analyser les conditions d'accès octroyées par les opérateurs dominants.

Section 2. L'appréciation des conditions d'accès aux infrastructures

154. L'omniprésence de la pratique des ciseaux tarifaires - La pratique la plus observée s'agissant des conditions d'accès aux infrastructures de communications électroniques est celle des ciseaux tarifaires. De cette notion résulte un potentiel double contrôle des prix (I), que les autorités de concurrence doivent prendre en compte (B).

I. L'hypothèse d'un double contrôle des prix

155. Les ciseaux tarifaires dans le secteur des communications électroniques - La qualification de l'infraction de ciseaux tarifaires (A) se retrouve fréquemment appliquée dans le secteur des communications électroniques (B).

³⁵⁷ CJUE, 25 mars 2021, Deutsche Telekom, C-152/19 P, §47-48.

³⁵⁸ N. Petit, *op. cit.*, §1215.

³⁵⁹ D. Bosco, « Pratiques anticoncurrentielles – Nouvelles précisions sur le champ d'application du test Bronner », *Contrats Concurrence Consommation* n°3, Mars 2023, comm. 49, §2.

A. La qualification de ciseaux tarifaires

155. La définition de l'infraction – La mise en œuvre d'une pratique de ciseaux tarifaires est propre à une entreprise verticalement intégrée, présente à plusieurs stades d'une même chaîne, sur un marché amont mais également sur un marché aval. C'est par exemple le cas de l'entreprise Orange, opérateur historique de télécommunications français. Celle-ci est à la fois propriétaire d'infrastructures de communications électroniques dont elle accorde l'accès à des opérateurs tiers, et à la fois présente sur le marché aval de fourniture aux consommateurs finals de services de communications électroniques.

Une entreprise verticalement intégrée est en mesure de mettre en œuvre une pratique de ciseaux tarifaires en fixant, en amont, un prix d'accès à son infrastructure ou de fourniture de ses services ne permettant pas à ses cocontractants de lui faire concurrence sur le marché aval. En effet, dans le cadre d'une pratique de ciseaux tarifaires, ce tarif amont est couplé d'un prix aval pratiqué par l'opérateur verticalement intégré qu'il n'est pas possible de concurrencer. La mise en œuvre de ces deux tarifs « prive ses concurrents de leur marge, ou 'comprime' celle-ci de sorte qu'ils ne peuvent plus exercer de concurrence effective »³⁶⁰. À titre d'exemple, l'hypothèse suivante peut être envisagée : Orange fixe un certain prix d'accès à sa boucle locale, et offre un accès internet aux consommateurs pour un tarif extrêmement proche de celui fixé en amont. Le concurrent ayant acquis l'accès à la boucle pour le montant fixé en amont, devra nécessairement pratiquer auprès des opérateurs un tarif supérieur à celui pratiqué par Orange, sans quoi il ne réalisera pas de marge, voire subira des pertes.

Une telle pratique permet à l'entreprise verticalement intégrée d'évincer ses concurrents en aval, en exploitant sa position dominante sur un marché amont. Elle est fréquemment observée dans le secteur des communications électroniques ou autres secteurs anciennement soumis à un monopole étatique, du fait de la possession par l'opérateur historique d'infrastructures essentielles à l'exercice d'une activité sur un marché aval³⁶¹.

156. Une infraction autonome – Le ciseau tarifaire constitue ainsi un abus de position dominante à part entière³⁶². Il n'est donc pas nécessaire, pour sanctionner une telle pratique, de qualifier au préalable l'infrastructure d'essentielle au sens de l'arrêt *Bronner*³⁶³.

³⁶⁰ D. Bosco, *op. cit.*, §1283.

³⁶¹ *Ibid.*, §1284.

³⁶² F. Fontaine, *art. cit.*

³⁶³ CJUE, 10 juillet 2014, Telefonica, Aff. C-295/12 P, §75.

157. Les possibilités de conflits du fait du contrôle des prix permis par la qualification de ciseaux tarifaires – La qualification d'un ciseau tarifaire nécessite de la part des autorités de concurrence un contrôle des tarifs pratiqués par l'entreprise verticalement intégrée. Ces mêmes tarifs ont pu être au préalable fixés ou homologués par des autorités de régulation, décisions par lesquelles les autorités de concurrence ne sont pas liées. Ainsi, un double contrôle peut intervenir au stade du contentieux. En effet, lorsqu'elles sont mises en causes pour une pratique de ciseaux tarifaires sur un secteur régulé, les entreprises sont tentées de justifier leurs tarifs par l'intervention *ex ante* des autorités de régulation³⁶⁴.

B. Les applications pratiques de la notion de ciseaux tarifaires dans le secteur des communications électroniques

158. La jurisprudence *Deutsche Telekom* – Ce premier contentieux concernant *Deutsche Telekom*, opérateur historique de télécommunications allemand, se place dans le cadre du dégroupage de la boucle locale dont il est propriétaire³⁶⁵.

Deutsche Telekom est tenu, au titre de la régulation sectorielle applicable en Allemagne, de fournir un accès dégroupé à la boucle locale aux opérateurs alternatifs, étant également ses concurrents sur le marché aval de la prestation de services de télécommunications. En liant avec cette obligation, l'autorité de régulation allemande approuve *ex ante* les tarifs pour les services intermédiaires d'accès à la boucle locale. Les prix de détails proposés par *Deutsche Telekom* à ses abonnés sont eux soumis uniquement à un système de plafonnement.

Malgré ce contrôle préalable du régulateur, la Commission Européenne condamne *Deutsche Telekom* pour avoir imposé à ses concurrents des prix d'accès supérieurs aux prix de détail proposés à ses abonnés. Cette décision est ensuite confirmée par le Tribunal puis par la Cour de justice de l'Union Européenne.

159. Le contentieux France Telecom des communications fixes vers mobiles – Au niveau national, le Conseil de la concurrence a également pu se prononcer sur un tarif régulé en amont sous l'angle de la pratique des ciseaux tarifaires³⁶⁶. Il s'agissait en l'espèce d'une offre faite aux clients professionnels de France Telecom de communications téléphoniques fixes vers mobiles.

³⁶⁴ *Ibid.*

³⁶⁵ CJUE, 14 octobre 2010, *Deutsche Telekom*, Aff. C-280/08 P.

³⁶⁶ Décision n° 04-D-48 du 14 octobre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom, SFR Cegetel et Bouygues Télécom

Les tarifs amont d'interconnexion au réseau mobile de France Telecom sont fixés par ce dernier mais homologués par décision ministérielle, au même titre que ses tarifs de détail.

160. La jurisprudence *Telefonica* – Une autre illustration du contrôle par une autorité de concurrence d'un tarif régulé se situe dans le litige dénommé *Telefonica*, mettant en cause l'opérateur historique espagnol du même nom³⁶⁷. Un ciseau tarifaire pratiqué par cet opérateur a été sanctionné par la Commission Européenne, alors même que les prix fixés en amont étaient soumis à régulation.

161. La justification de ces interventions *ex post* - L'utilité de telles interventions peut se justifier au regard des informations circonstanciées sur le marché dont dispose l'autorité de concurrence, au contraire de l'autorité de régulation qui valide *ex ante* les tarifs pratiqués. La problématique de l'asymétrie d'information³⁶⁸ trouve ici une application pratique.

Toutefois, ces interventions sont également sources d'insécurité juridique pour les opérateurs régulés, qui voient leurs tarifs, préalablement approuvés, sanctionnés au titre du droit de la concurrence. Des règles ont donc dû être établies quant à l'imputabilité du comportement à l'opérateur mis en cause ou à l'autorité de régulation intervenue en amont.

II. La prise en compte du double contrôle des prix par les autorités de concurrence

162. Un double contrôle source d'insécurité juridique – Si l'intervention *ex post* du droit de la concurrence est justifiée par une asymétrie d'informations dont dispose le régulateur en amont, elle est également source d'insécurité juridiques pour les opérateurs régulés. Ceux-ci voient leurs tarifs, pourtant régulés en amont, sanctionnés au stade du contentieux. La réponse des autorités européennes de concurrence à cette problématique s'appuie sur le concept de l'imputabilité du comportement (A). Cette solution est empreinte d'une certaine sévérité à l'égard des opérateurs régulés (B).

³⁶⁷ CJUE, 10 juillet 2014, *Telefonica*, Aff. C-295/12 P.

³⁶⁸ V. supra §124.

A. La solution européenne fondée sur la notion d'imputabilité

163. La notion d'imputabilité – Le droit de la concurrence emprunte le terme d'imputabilité afin d'attribuer un fait générateur aux entités qui devront en assumer les conséquences. L'imputabilité en droit de la concurrence renvoie donc à « la politique de mise en cause de la responsabilité de l'entreprise pour des pratiques anticoncurrentielles dont les auteurs matériels sont l'une ou plusieurs des entités qui la constituent. »³⁶⁹.

Cette notion a pu être utilisée afin d'imputer à une société mère les comportements déviants de sa filiale. Ce concept est également utile s'agissant de déterminer l'incidence de mesures étatiques sur le comportement d'entreprises. En effet, la Cour de justice a pu consacrer « la possibilité d'exclure un comportement anticoncurrentiel déterminé du champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, en raison du fait qu'il a été imposé aux entreprises en question par la législation nationale existante ou que celle-ci a éliminé toute possibilité de comportement concurrentiel de leur part »³⁷⁰.

Un tel raisonnement a par la suite été appliqué de manière plus spécifique aux secteurs régulés.

164. L'autonomie du comportement dans la jurisprudence *Deutsche Telekom* – En 2010, la Cour tire de ce concept d'imputabilité que « les articles 85 et 86 du traité peuvent s'appliquer s'il s'avère que la législation nationale laisse subsister la possibilité d'une concurrence susceptible d'être empêchée, restreinte ou faussée par des comportements autonomes des entreprises »³⁷¹. Cela avait déjà été affirmé par la CJCE³⁷², dans un secteur autre que celui des communications électroniques.

La Cour analyse ensuite ce principe au regard des faits d'espèce. Concernant les tarifs amonts, soumis à l'approbation de l'autorité de régulation, la Commission avait considéré en 2003 que « Deutsche Telekom est tenue d'appliquer, pendant toute la durée de validité de l'autorisation de la RegTP, les montants autorisés par celle-ci »³⁷³. La Cour et la Commission ajoutent que contrairement aux tarifs amonts, les tarifs avals de détail n'étaient eux soumis qu'à un système de plafonnement. Ainsi, *Deutsche Telekom* était en mesure d'influer sur les prix de détail. Cela ne nécessitait que d'introduire une demande de modification tarifaire s'inscrivant dans le cadre du système de plafonnement des prix.

³⁶⁹ Michel Debroux, « Imputabilité », Dictionnaire de droit de la concurrence, Concurrences, Art. N° 105920

³⁷⁰ CJCE, 9 sept. 2003, Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF), Aff. C-198/01, §67.

³⁷¹ CJUE, 14 octobre 2010, Deutsche Telekom, Aff. C-280/08 P, §80.

³⁷² CJCE, 11 nov. 1997, Ladbroke Racing Ltd C-379/95 P, §34.

³⁷³ C.E., Deutsche Telekom, 21 mai 2003, 2003/707/CE.

Ainsi, *Deutsche Telekom* pouvait réduire voire annuler l'effet de ciseau tarifaire en modifiant ses prix de détails. Une telle pratique est donc imputée à cette entreprise et peut être sanctionnée malgré l'existence d'une régulation sectorielle.

165. Le contentieux France Telecom des communications fixes vers mobiles - Au niveau national, le Conseil de la concurrence a pu reprendre le raisonnement de la Commission, dans une décision de 2004 concernant une pratique de ciseaux tarifaires imputée à France Telecom, dont les faits ont été précédemment exposés³⁷⁴. Ce litige fait pourtant état de tarifs approuvés autant en amont qu'en aval. Les tarifs avals n'étaient pas soumis à un simple système de plafonnement. Il est vrai que tarifs n'étaient pas pour autant imposés, France Telecom étant en mesure de soumettre à l'approbation de l'autorité de régulation un prix plus ou moins élevé. Néanmoins, dans la décision de 2003 précitée³⁷⁵, la Commission avait déclaré à propos de tarifs approuvés que « Deutsche Telekom est tenue d'appliquer, pendant toute la durée de validité de l'autorisation de la RegTP, les montants autorisés par celle-ci ». Le raisonnement tenu ici par le Conseil de la concurrence diffère donc en l'espèce.

166. La jurisprudence Telefonica – Dans l'affaire Telefonica, la Cour considère également que si les prix amont étaient soumis à régulation, l'opérateur était libre de demander leur réduction. De plus, il était libre d'augmenter à tout moment ses prix de détails, non soumis à régulation.

B. Une solution empreinte de sévérité

167. Le choix de la qualification de ciseaux tarifaires – Le raisonnement des autorités de concurrence permet de caractériser l'autonomie comportementale des opérateurs régulés dans plusieurs cas, concernant toujours les tarifs de détail, soumis à une régulation moins interventionniste. Si le comportement imputable à l'opérateur n'apparaît qu'au stade des tarifs de détail, il est possible de s'interroger sur la pertinence d'utiliser la qualification de ciseaux tarifaires. En effet, cette dernière qualification implique l'analyse du tarif amont et du tarif aval. Au contraire, l'appréciation d'un comportement au regard d'un seul tarif pourrait avoir lieu au regard de la pratique des prix prédateurs. Cela revient à se demander si l'opérateur mis en cause peut se trouver responsable d'un ciseau tarifaire dont il ne maîtrise que l'un des deux éléments. Pour autant, l'intervention de l'autorité de concurrence reste nécessaire. En effet, l'homologation du prix amont n'empêche pas la mise en œuvre d'une stratégie visant à réduire

³⁷⁴ C.C., décision n° 04-D-48 préc.

³⁷⁵ C.E., *Deutsche Telekom*, 21 mai 2003, 2003/707/CE.

le prix aval et à créer un ciseau tarifaire. Dans le cas où le prix aval est inférieur au prix d'accès mais supérieur aux coûts supportés par l'opérateur, il ne pourra pas être appréhendé sous l'angle du prix prédateur.

Au-delà des discussions sur la qualification même de ciseau tarifaire, la mise en œuvre du concept d'imputabilité peut être discutée.

168. L'autonomie limitée des opérateurs régulés – En effet, l'autonomie de l'opérateur est caractérisée dans des cas variés. Celle-ci apparaît lorsque le tarif de détail n'est soumis à aucune régulation³⁷⁶, lorsqu'il est soumis à un système de plafonnement³⁷⁷, et lorsqu'il est approuvé et que l'opérateur régulé peut introduire une demande de modification de ce tarif³⁷⁸. Il est vrai que les opérateurs bénéficient dans ces cas d'une autonomie comportementale au sens strict du terme. Pour autant, la régulation n'est pas inexistante, et peut légitimement influencer leurs comportements. En effet, la régulation prend également en compte les exigences de la libre concurrence lorsqu'elle approuve ou plafonne un tarif. La condamnation *ex post* de ce même tarif peut donc s'analyser comme un manque de sécurité juridique pour les opérateurs régulés.

Ainsi, la position des juridictions européennes concernant l'imputabilité de la pratique de ciseaux tarifaires aux opérateurs régulés a pu être décrite comme « une solution particulièrement sévère pour l'opérateur dominant [résultant] d'une approche trop rigide du concept d'autonomie du comportement »³⁷⁹. À titre de comparaison, les juridictions américaines ont adopté une solution plus générale concernant la pratique de ciseaux tarifaires³⁸⁰.

Pour autant, d'autres infractions pourraient engendrer un conflit entre droit de la concurrence et régulation sectorielle. En effet, si la problématique de l'accès aux infrastructures est prépondérante dans les secteurs régulés, les pratiques des opérateurs pourront notamment être analysées au regard des offres effectuées au consommateur final.

³⁷⁶ CJUE, 10 juillet 2014, Telefonica, Aff. C-295/12 P, §75.

³⁷⁷ CJUE, 14 octobre 2010, Deutsche Telekom, Aff. C-280/08 P, §80.

³⁷⁸ C.C, décision n° 04-D-48 préc.

³⁷⁹ D. Bosco, *op. cit.*, §1228.

³⁸⁰ V. infra §206.

Chapitre 2. Les immixtions du droit de la concurrence au regard de

l'appréciation des offres au consommateur final

169. Une atténuation de la confrontation – La régulation paraît plus interventionniste au sujet de l'accès aux infrastructures qu'au regard des offres faites au consommateur final. Les hypothèses de confrontation engendrent donc dans la dernière hypothèse moins de conséquences néfastes pour les opérateurs. Pour autant, certaines situations problématiques peuvent être analysées. Les contentieux étudiés dans cet objectif traitent d'abus tarifaires (Section 1) mais également d'abus non tarifaires (Section 2).

Section 1. L'appréciation des abus tarifaires au sein des offres au consommateur final

170. Les contestations relatives aux prix prédateurs – Si les cas sont assez rares en pratique³⁸¹, ils peuvent être révélateurs d'une confrontation entre le droit de la concurrence et la régulation. Il s'agira ainsi d'étudier la qualification de prix prédateurs (A), puis les enjeux de son application au secteur des communications électroniques (B).

I. La qualification de prix prédateurs

171. Une identification complexe - Une pratique de prix prédateurs ne suppose pas uniquement une appréciation tarifaire puisqu'elle doit viser à l'exclusion des concurrents (A). Ce dernier critère rend son identification complexe et justifie la mise en place de tests spécifiques (B).

A. Une pratique visant à l'exclusion des concurrents

172. La définition de la pratique - La prédation tarifaire peut être définie comme la situation où l'entreprise dominante « fixe un prix excessivement bas, et plus précisément lorsque ce prix est situé à un niveau inférieur à ce que le bien vendu représente pour l'entreprise »³⁸². L'entreprise sera en mesure d'établir une stratégie de prédation si sa situation financière lui permet d'accuser des pertes pendant un temps, avant de les répercuter sur ses bénéfices futurs.

³⁸¹ J.C. Roda, *op. cit.*, §601.

³⁸² D. Bosco, *op. cit.*, §1258.

Si une telle pratique peut être bénéfique pour le consommateur, en ce qu'il bénéficie de tarifs avantageux, des effets anticoncurrentiels d'éviction peuvent également en résulter. En effet, lorsque l'entreprise dominante abaisse ses tarifs en dessous de sa ligne de coûts, ses concurrents présents sur le marché ne seront en mesure de s'aligner sur une telle stratégie tarifaire qu'en accusant des pertes fatales. Une fois que ces concurrents ont quitté le marché, l'entreprise dominante récupère les sacrifices consentis pendant la première phase. Cette pratique relève donc d'une stratégie de long terme, risquant ainsi d'affecter la structure du marché³⁸³.

173. La poursuite d'une stratégie d'éviction - Cette pratique est sanctionnée par la jurisprudence européenne ainsi qu'américaine. Pour autant, son identification est complexe. Le fait pour une entreprise de pratiquer des prix bas peut en effet d'une simple stratégie commerciale. Il est ainsi nécessaire de déceler « la poursuite d'une stratégie d'éviction »³⁸⁴. À cette fin, les autorités et juridictions européennes et américaines ont pu mettre en place des tests permettant d'identifier un prix prédateur.

B. Les tests d'identification d'une pratique de prix prédateurs

174. L'origine américaine du test d'identification – L'arrêt *Brooke Group* de la Cour suprême met au point un test permettant de qualifier une telle pratique³⁸⁵.

Ainsi, celui qui se plaint de prix prédateurs doit apporter la preuve de « prix inférieurs à une évaluation convenable des coûts du concurrent », ainsi que l'entreprise mise en cause a « une perspective raisonnable de récupérer son investissement dans des prix inférieurs aux coûts »³⁸⁶. La jurisprudence américaine insiste donc sur l'éventualité de récupérer les pertes subies.

175. La mise en place du test « Akzo » par la Cour de justice de l'Union européenne – La Cour de justice de l'Union Européenne consacre en 1991 le test « Akzo », du nom de l'arrêt dans lequel il est établi³⁸⁷.

Dans cet arrêt, la Cour affirme que « Des prix inférieurs à la moyenne des coûts variables (c'est-à-dire ceux qui varient en fonction des quantités produites) par lesquels une entreprise

³⁸³ N. Petit, *op. cit.*, §1096.

³⁸⁴ D. Bosco, *op. cit.*, §1259.

³⁸⁵ *Brooke Group Ltd v. Brown & Williamson Tobacco Corp* [92-466], 509 U.S., 209 [1993].

³⁸⁶ Free translation, "A plaintiff must prove (1) that the prices complained of are below an appropriate measure of its rival's costs and (2) that the competitor had a reasonable prospect of recouping its investment in below-cost prices".

³⁸⁷ CJCE, 3 juillet 1991, *Akzo*, Aff. C-62/86.

dominante cherche à éliminer un concurrent doivent être considérés comme abusifs »³⁸⁸. Cette situation est désignée comme la « zone rouge » par l'Autorité de la concurrence³⁸⁹.

En revanche, dans l'hypothèse de « prix inférieurs à la moyenne des coûts totaux qui comprennent coûts fixes et coûts variables, mais supérieurs à la moyenne des coûts variables », il sera nécessaire pour établir l'abus de prouver la stratégie prédatrice d'éviction tarifaire mise en place par l'entreprise dominante³⁹⁰. L'Autorité désigne cette deuxième situation par le terme « zone grise »³⁹¹.

Ce test subit de nombreuses critiques, notamment à l'égard de l'absence de prise en compte de la période de récupération des pertes³⁹². En effet, le test *Akzo* n'apprécie que les tarifs mis en œuvre par l'entreprise dominante à l'égard des coûts que cette dernière subit. En revanche, il n'est pas fait mention de sa possibilité ou non de récupérer les pertes subies durant la période où les prix prédateurs sont appliqués. Or, il n'est pas évident que l'entreprise dominante soit en mesure de récupérer ses pertes une fois l'infraction terminée. Dans le cas d'une absence de récupération des pertes, l'intérêt du consommateur final ne se verrait pas affecté par la pratique³⁹³. Une telle critique s'appuie notamment sur la jurisprudence américaine, qui accorde une importance accrue à l'appréciation de la possibilité pour l'entreprise dominante de récupérer ses pertes³⁹⁴.

Pour autant, le test *Akzo* est toujours mis en œuvre par les autorités de concurrence européennes. Celui-ci conduit à la constatation de pratiques de prix prédateurs notamment dans le secteur des communications électroniques.

³⁸⁸ *Ibid.*, §71.

³⁸⁹ ADLC, Décision n° 12-D-25 du 18 décembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de marchandises.

³⁹⁰ *Ibid.* §72.

³⁹¹ *Ibid.*, §510.

³⁹² D. Bosco, 1265 et s.

³⁹³ *Ibid.*

³⁹⁴ V. supra §174.

II. L'application de la qualification de prix prédateurs au secteur des communications électroniques

176. L'absence de régulation tarifaire – L'utilité de l'intervention du droit de la concurrence à l'égard des pratiques de prix prédateurs se justifie par l'absence de régulation tarifaire en amont sur les prix de détail. Cela permet d'évacuer la problématique du double contrôle des prix et de l'insécurité juridique en résultant, observés concernant les pratiques de ciseaux tarifaires³⁹⁵. Les opérateurs régulés sont donc libres de mettre en place une stratégie d'éviction à travers sur la mise en œuvre de prix prédateurs. L'intervention *ex post* du droit de la concurrence est alors nécessaire afin de corriger ces comportements déviants.

Pour autant, les interventions du droit de la concurrence ne sont pas hermétiques à toute prise en compte de la régulation. À cet égard, les débats portent principalement sur la prise en compte du contexte général de la régulation (A), mais également des obligations de service universel supportées par l'opérateur historique (B).

A. L'implication du contexte de régulation dans les pratiques de prix prédateurs

177. Le contentieux *Wanadoo Interactive* (France Telecom) – Une illustration remarquée dans la pratique des prix prédateurs dans le secteur des télécommunications réside dans le litige *Wanadoo Interactive*³⁹⁶. Fournisseur d'accès internet filiale de France Telecom, cette société est accusée de proposer des prix prédateurs sur le marché de l'internet à haut débit.

Wanadoo Interactive invoque dans un premier temps son droit à préserver ses propres intérêts commerciaux en s'alignant sur les tarifs de ses concurrents. La Tribunal de l'Union affirme cependant que le droit d'alignement n'est pas absolu, « spécialement lorsque ce droit aboutirait à justifier le recours à des prix prédateurs interdits par ailleurs par le traité »³⁹⁷.

Concernant le prix soumis à l'appréciation des autorités de concurrence, il s'agit d'un tarif de détail, non régulé *ex ante*. Pourtant, l'existence d'une régulation sectorielle est invoquée à deux reprises par *Wanadoo Interactive* dans le cadre de sa défense.

178. Le degré de maturité du marché - Dans un premier temps, le fournisseur d'accès internet conteste l'applicabilité de la notion de prédation à un secteur « en forte croissance ».

³⁹⁵ V. supra §155 et s.

³⁹⁶ CJCE, 12 avril 2009, France Telecom, Aff. C-202/07.

³⁹⁷ TUE, 30 janvier 2007, France Telecom, Aff. T-340/03, §182.

En effet, il soutient que ce marché ne présente pas un « degré de maturité suffisant », et qu'une « rentabilité immédiate serait "par définition impossible" »³⁹⁸. La Commission rejette cet argument en soulignant que la fragilité de ce marché nécessite justement une attention particulière de la part des autorités de concurrence³⁹⁹. L'argument de *Wanadoo Interactive* tenant à la maturité du marché peut être analysé au regard de la présence d'une régulation sectorielle, censée fournir un cadre spécifique et adapté aux secteurs nouvellement libéralisés afin d'assurer une concurrence effective et loyale.

179. La durée de l'infraction en lien avec l'intervention du régulateur - Devant le Tribunal de l'Union, *Wanadoo Interactive* conteste ensuite la durée de l'infraction retenue par la décision attaquée. En effet, la Commission place la fin de l'infraction à la date de la baisse des tarifs pratiquée par France Telecom, permettant à sa filiale de diminuer ses coûts et de présenter ainsi des tarifs de détails supérieurs à ces derniers. *Wanadoo Interactive* affirme que la décision de France Telecom de baisser ses tarifs avait été prise avant la date retenue de la fin de l'infraction, sa mise en œuvre ayant été retardée par l'homologation nécessaire de l'autorité de régulation. Le Tribunal rejette également cet argument, en soulignant que *Wanadoo Interactive* aurait pu mettre fin à l'infraction de son propre fait, « en relevant ses tarifs ou en réduisant d'autres postes de coûts »⁴⁰⁰.

Les arguments propres au contexte de la régulation sont donc ici rejetés. D'autres raisonnements impliquant la régulation sont néanmoins observés dans le cadre des prix excessivement bas ou prédateurs.

B. La prise en compte des obligations de service universel de l'opérateur historique

180. Le contentieux SNCF – Le litige dont il est question ici concerne un autre secteur régulé : celui des transports ferroviaires. La rareté des litiges relatifs aux prix prédateurs nécessite en effet un élargissement de l'étude. Pour autant, les raisonnements mis en œuvre dans ce litige pourront être rapprochés du secteur des communications électroniques.

Dans sa décision du 18 décembre 2012, l'Autorité de la concurrence commence par étudier la réglementation applicable au secteur du transport ferroviaire ainsi que les différentes étapes de

³⁹⁸ C.E., 16 juillet 2003, *Wanadoo Interactive France Telecom*, COMP/38.233, §300.

³⁹⁹ *Ibid.*, §301.

⁴⁰⁰ TUE, 30 janvier 2007, *France Telecom*, Aff. T-340/03, §273.

sa libéralisation progressive⁴⁰¹. Dans ce contexte, il est allégué que la SNCF a mis en œuvre une pratique pouvant être constitutive de prix prédateurs, conduisant à des pertes et à une situation déficitaire pour l’opérateur historique⁴⁰². Afin de justifier ces pertes, la SNCF souligne notamment des causes structurelles, « dues aux surcoûts propres à son ancien statut d’opérateur historique, que les autres entreprises ferroviaires ne supportent pas ». Du fait de ces surcoûts, la SNCF affirme avoir adopté « une stratégie de baisse des prix pour les trafics les plus rentables prioritairement visés par ses concurrents ». Ainsi, selon l’opérateur historique, cette pratique ne s’inscrit pas dans la poursuite d’une stratégie d’éviction.

En réponse à ces arguments, l’Autorité affirme qu’une pratique de prix bas peut être considérée comme un abus dans le cas où elle tend « à restreindre la concurrence par un effet d’éviction », même si elle ne relève pas de la qualification de prix prédateurs⁴⁰³. En vue d’identifier de telles pratiques, l’Autorité confirme d’ailleurs la pertinence du test *Akzo*, réservé initialement aux prix prédateurs⁴⁰⁴. Elle conclut ainsi à un comportement abusif de la part de la SNCF, résultant de sa pratique de prix bas. L’Autorité n’a donc pas accueilli les arguments de la SNCF justifiant ses prix bas par les contraintes de la régulation liées à son statut d’opérateur historique. En revanche, ces dernières sont prises en compte en appel pour le calcul de la sanction pécuniaire infligée à l’entreprise. La cour d’appel de Paris affirme en effet que la SNCF « est confrontée à une activité structurellement déficitaire [...] qu’elle doit maintenir pour des motifs de service public »⁴⁰⁵. Ainsi, une majoration de la sanction n’est pas justifiée.

Les deux litiges précédemment développés révèlent donc que certains arguments en lien avec la régulation sectorielle peuvent être avancés en réponse à une allégation de pratique de prix prédateurs. Pour autant, à l’égard des pratiques de prix prédateurs, la tendance reste celle d’une intervention bénéfique du droit de la concurrence.

181. L’arrêt *Post Danmark* – L’affaire *Post Danmark* concerne le secteur régulé des services postaux⁴⁰⁶. L’opérateur historique de la poste danoise est ainsi accusé d’une pratique de prix prédateurs mais également discriminatoires sur le marché du courriel non adressé, ce dernier étant totalement libéralisé.

⁴⁰¹ C.C., Décision 12-D-25 du 18 décembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de marchandises, §9-27.

⁴⁰² *Ibid.* §189-190.

⁴⁰³ *Ibid.*, §505.

⁴⁰⁴ *Ibid.*, §507.

⁴⁰⁵ CA Paris, 6 nov. 2014, n°14/03464.

⁴⁰⁶ CJUE, 27 mars 2012, C-209/10, *Post Danmark*.

Il revient ainsi à la Cour de se prononcer sur la question de savoir si une pratique de baisse de prix sélective peut être constitutive d'une pratique d'éviction abusive en l'absence d'intention prédatrice de l'entreprise mise en cause. Le débat porte ainsi autour de l'application du test *Akzo* dans le cadre d'une discrimination tarifaire⁴⁰⁷. La Cour affirme alors qu'une telle pratique ne peut être abusive par la simple constatation de prix inférieurs aux coûts totaux mais supérieurs aux coûts incrémentaux moyens. Il y a lieu d'appréciation également « si cette politique de prix, sans justification objective, a pour résultat l'éviction effective ou probable de ce concurrent, au détriment du jeu de la concurrence et, de ce fait, des intérêts des consommateurs ».

L'apport de cet arrêt concerne également la méthode de calcul des coûts supportés par l'opérateur, dans le contexte particulier d'un secteur régulé. En effet celui-ci supporte des frais élevés du fait de son obligation de service universelle⁴⁰⁸. Dans le cadre de leur analyse tarifaire, les autorités nationales n'avaient pourtant pris en compte que les coûts liés à l'activité concurrentielle de distribution du courrier non adressé, en excluant donc les coûts liés au service universel⁴⁰⁹. Cette méthode est approuvée par la Cour.

Les obligations de service universel supportées par l'opérateur historique n'auront donc ici pas d'incidence sur la qualification de prix discriminatoires. L'appréciation des abus tarifaires dans les offres faites au consommateur final ne pose donc que peu de problématiques d'articulation entre le droit de la concurrence et la régulation. Il y a lieu d'analyser maintenant si la même conclusion peut être tirée concernant les abus non tarifaires.

Section 2. L'appréciation des abus non tarifaires au sein des offres au consommateur final

182. Une diversité de pratiques – Plusieurs pratiques non tarifaires peuvent être relevés concernant les offres faites par les opérateurs de communications électroniques au consommateur final. Les comportements qui retiendront notre attention quant à leurs liens avec la régulation sectorielle seront ceux des ventes liées (I) mais aussi des expérimentations discriminatoires de nouvelles technologies (II).

⁴⁰⁷ D. Bosco, op. cit., §1278.

⁴⁰⁸ CJUE, 27 mars 2012, C-209/10, *Post Danmark*, §32.

⁴⁰⁹ D. Bosco, op. cit., §1278.

I. La problématique des ventes liées préalablement soumises à homologation

183. La prohibition des ventes liées abusives - Le droit de la concurrence prohibe expressément la pratique abusive de ventes liées au titre de l'abus de position dominante (A), et ne se prive pas de son application au secteur des communications électroniques (B).

A. La pratique des ventes liées

184. Définition - La pratique des ventes liées est expressément visée par l'article 102 du TFUE au titre des illustrations d'abus de position dominante. Une définition en est donc posée, selon laquelle une vente liée consiste à « subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats ». Une telle pratique est susceptible d'être qualifiée d'abus d'éviction, pouvant entraîner un effet de levier. En effet, l'entreprise va profiter de sa position dominante sur un marché initial pour évincer ses concurrents et accroître sa part de marché sur un marché connexe.

La consécration d'un tel abus et sa condamnation *per se* par la jurisprudence américaine ont pu être critiquées notamment par l'Ecole dite de Chicago⁴¹⁰. L'approche européenne a ainsi évolué vers une analyse prenant en compte les effets anticoncurrentiels d'une telle pratique⁴¹¹.

185. L'indentification d'une vente liée abusive – Les conditions devant être réunies pour caractériser une vente liée abusive sont au nombre de quatre. Elles sont d'abord dégagées par la Cour suprême américaine dans sa décision *Jefferson Parish*⁴¹². Les critères utilisés par la jurisprudence européenne ont ensuite pu être systématisés par l'affaire Microsoft⁴¹³. Afin de conclure à l'existence d'une vente liée abusive, il est d'abord nécessaire d'identifier deux produits distincts : le produit liant et le produit lié. De plus, l'entreprise mise en cause, détenant une position dominante sur le marché du produit liant, ne doit pas avoir donné aux consommateurs le choix d'acquérir le produit liant indépendamment du produit lié. Enfin, la pratique, pour être qualifiée d'abus, doit restreindre la concurrence.

Au-delà de la systématisation du test d'identification d'une vente liée abusive, l'affaire Microsoft représente une illustration emblématique de cette pratique. Dans les faits, il était

⁴¹⁰ D. Bosco, *op. cit.*, §1346.

⁴¹¹ *Ibid.* §1347.

⁴¹² *Jefferson Parish Hospital District n°2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 25 (1984), cite par C. Prieto et D. Bosco, *op. cit.* §1347.

⁴¹³ Décision du TUE T-201/04, citée N. Petit, *op. cit.*, §1254.

reproché à l'entreprise Microsoft de préinstaller le logiciel Windows Media Player sur son système d'exploitation Windows. Cette pratique a peu pour effet de réduire le choix du consommateur, mais est également susceptible de restreindre la concurrence eu égard aux fournisseurs de contenus et concepteurs de logiciels.

Cette affaire emblématique ne se place donc pas dans le contexte d'un secteur régulé. Pour autant, d'autres pratiques de ventes liées ont pu être observées, dans le secteur des communications électroniques cette fois.

B. Les applications de la qualification de ventes liées au secteur des communications électroniques

186. L'affaire des offres téléphoniques sur mesure – Une première affaire qualifiant une pratique de ventes liées dans le secteur des communications électroniques est celle des offres sur mesure proposées par France Telecom en 1999 aux grandes entreprises françaises⁴¹⁴. Ce litige démontre d'abord une certaine complémentarité entre le droit de la concurrence et la régulation sectorielle. En effet, une telle offre sur mesure étant soumise à une régulation beaucoup moins contraignante que les offres classiques de France Telecom, le Conseil a pu sanctionner des pratiques qui n'étaient pas régies par des obligations *ex ante*, notamment à travers le contrôle de tarifs non régulés en amont.

Outre ces tarifs, le Conseil a également sanctionné une pratique de ventes liées, dû à la présentation globale par France Telecom de plusieurs services sur des segments de marchés parfois concurrentiels et parfois non concurrentiels. Toutefois, à la différence des conditions tarifaires qui n'étaient pas validées *ex ante*, la pratique de ventes liées avait été envisagée en amont par le régulateur. En effet, le cahier des charges de France Telecom lui interdisait de coupler la fourniture d'un service universel avec la fourniture d'un service qui ne l'est pas⁴¹⁵. Ainsi, il ne s'agit pas ici d'une contradiction claire entre le droit de la concurrence et la régulation sectorielle. Néanmoins, le Conseil de la concurrence est venu restreindre les conditions dans lesquelles l'opérateur historique pouvait proposer des offres sur mesure à certaines entreprises particulières. La régulation sur une telle pratique avait pourtant été

⁴¹⁴ C.C, Décision n° 01-D-46 du 23 juillet 2001 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom à l'occasion d'une offre sur mesure conclue en 1999.

⁴¹⁵ Décret n°96-1225 du 27 décembre 1996 portant approbation du cahier des charges de France Télécom, art. 14.

volontairement allégée, avec tout de même pour limite la justification de l'offre sur mesure par l'existence de « spécificité technique ou commerciale de la demande »⁴¹⁶.

187. L'offre promotionnelle « Primaliste Longue Distance » – Une seconde décision du Conseil de la concurrence fait état de manière plus évidente d'une confrontation entre le droit de la concurrence et la régulation sectorielle. Le litige en question implique à nouveau France Telecom. En l'espèce, il lui est reproché la commercialisation d'un tarif promotionnel nommé « Primalist longue distance ». À travers cette promotion, il offre six mois d'abonnement gratuit sur ses services de téléphonie fixe à toute personne souscrivant à sa nouvelle offre mobile.

Le Conseil est alors saisi par deux associations représentant les opérateurs de services de télécommunications. Ces derniers allèguent que cette offre « aurait pour effet d'empêcher ou de freiner l'entrée de nouveaux concurrents sur le marché de la téléphonie longue distance et d'évincer ses concurrents sur le marché de la téléphonie mobile »⁴¹⁷.

En l'espèce, le caractère anticoncurrentiel de cette offre, préalablement soumise à homologation ministérielle, n'est pas avérée. Afin d'établir cela, le Conseil ne se fonde pas pour autant sur l'existence d'une telle homologation en amont. En effet, il réaffirme la jurisprudence *Deutsche Telekom* de la Cour de justice⁴¹⁸, et confirme la possibilité pour le droit de la concurrence de s'appliquer à une pratique soumise à des dispositions sectorielles dès lors que l'entreprise mise en cause a « la possibilité d'adopter comportement autonome susceptible d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence ».

Ainsi, le droit de la concurrence a la capacité de condamner l'offre préalablement homologuée d'un opérateur régulé au titre d'une pratique de vente liée abusive. Encore une fois, cela entraîne un manque de sécurité juridique pour l'entreprise en question, qui pouvait légitimement s'attendre à ce que l'homologation préalable de son offre la rende compatible aux dispositions concurrentielles. Pour autant, cette conséquence néfaste doit à nouveau être nuancée. En effet, le droit de la concurrence, au contraire de la régulation, intervient *ex post* et peut donc corriger les asymétries d'information subies en amont par le régulateur.

⁴¹⁶ *Ibid.*

⁴¹⁷ Décision 04-D-22 du 21 juin 2004 relative à la saisine de l'Association française des opérateurs privés en télécommunications (AFOPT) et de l'Association des opérateurs de services de télécommunications (AOST) portant sur la commercialisation par France Télécom du tarif promotionnel "Primaliste longue distance", § 2.

⁴¹⁸ CJUE, 14 octobre 2010, *Deutsche Telekom*, Aff. C-280/08 P.

Au-delà de la pratique des ventes liées abusives, un autre comportement de l'opérateur historique France Telecom a pu être sanctionné au titre du droit de la concurrence. Il s'agit d'une pratique spécifique s'inscrivant dans un contexte de développement technologique.

II. La problématique des expérimentations restrictives de concurrences de nouvelles technologies

188. Le contexte de structuration de la régulation – La question de l'expérimentation des nouvelles technologies relève certaines problématiques du fait du contexte particulier dans lequel ce comportement est mis en œuvre. Il concerne en effet de nouvelles technologies, à l'égard desquelles la régulation est encore en cours de construction. Pourtant, les autorités de concurrence ont pu se prononcer sur la suspension de cette expérimentation (A). Cette intervention semble traduire un manque de cohérence avec l'action du régulateur (B).

A. La suspension de l'expérimentation restrictive de concurrence

189. Le contexte du litige – Le litige dont il est question ici s'inscrit dans le contexte du développement de la technologie ADSL préalablement au dégroupage de la boucle locale. Le cadre technique et réglementaire de ce contentieux a pu être explicité précédemment⁴¹⁹. Le développement par France Telecom de la technologie ADSL à travers la boucle locale a pu donner lieu à un litige concernant l'accès à cette dernière infrastructure afin de permettre aux opérateurs de fournir au consommateur une offre similaire.

Un autre comportement a pu cependant être reproché à France Telecom en amont de l'offre définitive faite au consommateur.

190. Les pratiques en cause - En effet, France Telecom propose dès 1998 le lancement, à titre expérimental d'un service proposant un accès aux lignes ADSL. La mise en œuvre de ce service est assurée par les filiales de France Telecom.

La société Grolier Interactive, concurrente de ces filiales, saisit le Conseil de cette pratique. Elle considère en effet que celle-ci va conduire à un retard des concurrents de France Telecom lors du lancement définitif de la technologie ADSL, ceux-ci n'ayant pas bénéficié de la possibilité de l'expérimenter.

Le Conseil de la concurrence impose ainsi à France Telecom de préserver un délai de quinze semaines entre la fin de l'expérimentation et la commercialisation définitive du service. Le droit

⁴¹⁹ V. supra §146.

de la concurrence a donc pu contrôler le comportement de l'opérateur historique durant le temps de construction de la régulation⁴²⁰.

B. La question de la nécessité d'une intervention du droit de la concurrence au regard de la régulation en place

191. Une appréciation nuancée - L'intervention du droit de la concurrence à travers cette injonction peut être analysée de différentes façons, à l'image de l'ensemble des immixtions du droit de la concurrence dans le champ de la régulation.

192. Une intervention « déterminante » du droit de la concurrence – Selon certains auteurs, l'Autorité de concurrence a pu élaborer lors de ce litige une jurisprudence « déterminante »⁴²¹ concernant le dégroupage de la boucle locale. Par la même occasion, elle a pu « soutenir le processus d'ouverture à la concurrence »⁴²².

193. La nécessité de l'intervention du droit de la concurrence à nuancer – Pour autant, la régulation n'était pas dépourvue de moyens d'actions dans le cadre de ce litige. Celle-ci avait également des armes lui permettant de mettre fin aux pratiques mises en cause.

En effet, le lancement définitif de l'offre ADSL par France Telecom est nécessairement soumis à l'homologation préalable du régulateur. Ce dernier aurait alors pu instaurer un dialogue avec l'opérateur régulé en vue de retarder la date de lancement et de permettre aux autres opérateurs d'expérimenter le nouveau service proposé.

Le régulateur dispose en effet davantage de connaissance et d'informations techniques que les autorités de concurrence, lui permettant d'apprécier précisément le temps nécessaire à une telle expérimentation. De plus, il bénéficie d'une certaine légitimité auprès de l'opérateur régulé, du fait de l'utilisation du droit souple et de dialogues réguliers avec ce dernier⁴²³.

Ce dernier contentieux est à l'image des autres litiges étudiées lors des précédents développements. Ces derniers montrent en effet qu'il est rare d'observer des injonctions contraires du droit de la concurrence et de la régulation. Pour autant, l'immixtion du premier dans le champ d'action de la seconde engendre certaines conséquences néfastes pour les opérateurs régulés. Ceux-ci sont confrontés à un manque de cohérence lors de ce contrôle dual,

⁴²⁰ C.C., Décision n° 99-MC-06 du 23 juin 1999 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Grolier Interactive Europe/Online Groupe.

⁴²¹ F. Fichet, *art. cit.*

⁴²² P. Choné, *art. cit.*

⁴²³ V. supra §40.

se traduisant par une insécurité juridique. Il est donc nécessaire d'envisager de nouveaux mécanismes d'articulation entre le droit de la concurrence et la régulation sectorielle, permettant de palier à ces problématiques.

Titre 2. L'étude de mécanismes variés d'articulation entre le droit de la concurrence et la régulation sectorielle

194. La diversité des mécanismes d'articulation - La question de l'articulation entre le droit de la concurrence et la régulation sectorielle reçoit différentes solutions selon les États. Celles-ci pourront être comparées aux solutions européennes précédemment étudiées (Chapitre 1). De nouvelles solutions apparaissent également dans le cadre de l'Union européenne. Il a en effet été nécessaire d'adopter des règles spécifiques s'agissant de la future application de la régulation du numérique (Chapitre 2).

Chapitre 1. L'étude comparée des mécanismes d'articulation entre le droit de la concurrence et la régulation sectorielle

195. Des mécanismes qui diffèrent selon la temporalité de leur mise en œuvre - Les mécanismes d'articulation pouvant être étudiés d'un point de vue comparé sont d'abord mis en œuvre au stade de l'application des règles de droit (Section 1). Certains apportent également des solutions sur un plan procédural (Section 2).

Section 1. Les solutions sur le plan substantiel

196. Réflexions sur la dualité de contrôle dans les secteurs régulés - D'un point de vue substantiel, il est d'abord possible de remettre en cause la nécessité même d'un double contrôle (I). Il est également envisageable de l'admettre tout en limitant ses outils d'intervention (II).

I. La remise en cause de la nécessité d'un double contrôle

197. Une hiérarchie inévitable – La remise en cause d'un double contrôle implique nécessairement d'octroyer une priorité à la régulation sectorielle (A), ou de ne laisser subsister que le droit de la concurrence (B).

A. Une priorité octroyée à la régulation sectorielle

198. Réflexions sur le principe de soumission des secteurs régulés au droit de la concurrence - Il a déjà pu être exposé que les autorités françaises et plus largement les instances européennes consacrent de façon claire le principe de soumission des secteurs régulés au droit de la concurrence⁴²⁴. La remise en cause d'un tel principe n'implique pas pour autant d'exempter totalement les secteurs régulés des règles concurrentielles. L'application de ces dernières se justifie en effet, en raison notamment de leur effet dissuasif ou encore de la nécessité de corriger l'asymétrie d'information dont souffre le régulateur en amont⁴²⁵. Pour autant, l'exemption des secteurs régulés est l'hypothèse qui semble avancée par les juridictions américaines.

199. La tendance américaine d'une exemption au bénéfice des secteurs régulés – À cet égard, les États-Unis retiennent une solution différente de l'Union Européenne, à travers notamment la décision *Trinko*⁴²⁶. Celle-ci concerne le secteur de la téléphonie mobile, dans lequel les pratiques de la société Verizon, opérateur de téléphonie, sont mises en cause. Cette entreprise est pourtant soumise en amont à une régulation sectorielle et plus précisément au *Telecommunication Act*. Cette décision fondamentale permet à la Cour suprême d'élaborer des solutions innovantes sur plusieurs points, notamment concernant la théorie des facilités essentielles que nous aurons l'occasion d'étudier dans les développements suivants⁴²⁷. Toutefois, elle se prononce également sur l'articulation générale entre droit de la concurrence et régulation sectorielle. La cour suprême, dans cet arrêt, se montre réticente à l'application des premières règles dans les secteurs régulés. Elle commence par rappeler les objectifs distincts de ces deux corps de règles : la régulation adopte une logique « volontariste »⁴²⁸, visant à supprimer les monopoles, alors que le droit de la concurrence prohibe les tentatives illicites de monopolisation⁴²⁹. La Cour suprême tire les conséquences de ce constat en affirmant qu'il n'est que peu plausible que l'application du droit de la concurrence soit utile dans un secteur

⁴²⁴ V. Supra §120 et s.

⁴²⁵ V. Supra §124.

⁴²⁶ U.S. Supreme court, *Verizon Communs., Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP* - 540 U.S. 398, 124 S. Ct. 872 (2004).

⁴²⁷ V. infra §204.

⁴²⁸ P. Choné, *art. cit.*

⁴²⁹ “The 1996 Act [...] attempts ‘to eliminate the monopolies’ [...] Section 2 of the Sherman Act, by contrast seeks merely to prevent unlawful monopolization”.

régulé⁴³⁰. La juridiction américaine va même jusqu'à exposer les risques d'une telle application, les spécificités techniques du secteur en question pouvant avoir pour conséquence une mauvaise interprétation de la part des autorités de concurrence⁴³¹. La solution retenue paraît donc opposée à celle de l'Union Européenne, qui reconnaît également des objectifs distincts aux deux corps de règles mais n'en tire pas les mêmes conséquences.

Toutefois, la Cour suprême, dans la décision *Trinko*, ne proscriit pas clairement et de manière inconditionnelle l'application des règles de concurrence aux secteurs régulés. Ainsi, selon Sabine Naugès, cette jurisprudence a seulement « freiné les tentatives d'ingérence du droit comment de la concurrence dans la régulation sectorielle »⁴³². La Cour suprême ne fait alors que consacrer l'autonomie des deux corps de règles, en rejetant la possibilité de condamner un comportement anticoncurrentiel du seul fait d'un manquement à une obligation tirée de la régulation sectorielle⁴³³. En pratique, la jurisprudence *Trinko* ne résulterait donc pas sur une solution radicalement différente de celle retenue par l'Union Européenne, qui réserve l'application du droit de la concurrence à l'existence d'une infraction anticoncurrentielle.

La distinction entre les solutions américaines et européennes apparaît plus nettement grâce aux précisions jurisprudentielles suivant la décision *Trinko*. L'arrêt de la Cour suprême *Credit Suisse Securities*⁴³⁴ concernant le secteur bancaire, précise les conditions de l'application des règles de concurrence aux secteurs régulés à travers le critère de l'incompatibilité évidente⁴³⁵. En présence d'une telle incompatibilité, le droit de la concurrence s'efface au profit de la régulation sectorielle. Cette situation d'incompatibilité est constatée s'il existe une autorité régulatrice exerçant effectivement sa compétence⁴³⁶. De plus, il doit exister un risque de conflit du fait de l'application du droit de la concurrence, affectant les pratiques régulées par les règles sectorielles⁴³⁷.

⁴³⁰ "When there exists a regulatory structure designed to deter and remedy anticompetitive harm, the additional benefit to competition provided by antitrust enforcement will tend to be small, and it will be less plausible that the antitrust laws contemplate such additional scrutiny".

⁴³¹ "Applying §2's requirements to this regime can readily result in "false positive" mistaken inferences that chill the very conduct the antitrust laws are designed to protect."

⁴³² S. Naugès, *art. cit.*

⁴³³ "But just as the 1996 Act preserves claims that satisfy existing antitrust standards, it does not create new claims that go beyond existing antitrust standards".

⁴³⁴ U.S. Supreme court, *Credit Suisse Securities (USA) LLC, fka Credit Suisse First Boston LLC, et al.*

⁴³⁵ "Clear incompatibility".

⁴³⁶ I. Luc, « Un bilan de l'activité de la Cour suprême américaine en droit de la concurrence pour l'année 2007 », *Revue Lamy de la concurrence*, n°13, 1^{er} octobre 2007.

⁴³⁷ *Ibid.*

Ainsi, si la jurisprudence américaine n'octroie pas aux opérateurs soumis à une régulation sectorielle une immunité face au droit *antitrust*, mais soumet l'application du droit de la concurrence dans ces secteurs à des conditions clairement établies. Ces dernières pourront décourager les actions fondées sur les règles *antitrust* au profit de la régulation sectorielle⁴³⁸. Au contraire, le droit de l'Union Européenne réserve seulement l'application du droit de la concurrence sans édicter de règle générale concernant sa conciliation avec la régulation sectorielle.

200. La mise en œuvre d'une priorité accordée à la régulation – La mise en place d'une solution consistant à faire prévaloir la régulation sur les règles concurrentielles en cas d'incompatibilité pourrait être étudiée dans le cadre de l'Union européenne. Au-delà du risque de conflit frontal, les autorités de concurrence pourraient également prendre en compte la simple capacité des autorités de régulation à solutionner le litige en cause. En cas de réponse positive, une saisine préalable obligatoire de l'autorité de régulation peut être envisagée. La priorité accordée à la régulation se traduit ainsi par une règle procédurale, permettant une plus grande cohérence dans le règlement des litiges impliquant les secteurs régulés.

Dans le cadre d'une telle hiérarchie, l'hypothèse inverse d'une priorité accordée au droit de la concurrence peut également être envisagée.

B. L'hypothèse d'un effacement de la régulation sectorielle

201. L'absence de régulation sectorielle dès la libéralisation du secteur – L'effacement de la régulation sectorielle au profit du droit de la concurrence peut d'abord être envisagé au stade initial de la libéralisation du secteur en cause. Une telle hypothèse paraît dangereuse au vu des arguments précédemment développés quant à la nécessité de la régulation dans le cadre de l'ouverture à la concurrence⁴³⁹. Une illustration pratique de cette solution peut être étudiée grâce au cas de la Nouvelle-Zélande.

Cet État a fait preuve d'initiative en libéralisant le secteur des télécommunications de façon précoce. Il fut l'un des premiers État de l'OCDE à expérimenter une telle ouverture à la concurrence⁴⁴⁰. Cette politique novatrice s'accompagne d'un choix original quant à l'encadrement de ce secteur. Celui-ci a dans un premier temps été laissé libre de toute intervention étatique spécifique, la préservation de sa structure concurrentielle reposant ainsi

⁴³⁸ *Ibid.*

⁴³⁹ V. supra §91 et s.

⁴⁴⁰ OCDE, « Concurrence sur les marchés de produits et performance économique », in *Etudes économiques de l'OCDE*, n°15, 2005.

exclusivement sur le droit de la concurrence⁴⁴¹. Cette solution s'est avérée défailante, et a conduit le gouvernement néozélandais à adopter une réglementation sectorielle spécifique⁴⁴². Un tel échec s'explique notamment par le manque d'expertise des autorités de concurrence sur des questions techniques, entraînant des délais extrêmement rallongés de résolution des litiges⁴⁴³.

Cet exemple ne traduit pas pour autant une défaillance totale de la solution consistant à effacer la régulation au profit du droit de la concurrence. Simplement, celle-ci peut être mise en œuvre d'une autre façon et à une temporalité différente.

202. L'effacement de la régulation sectorielle à la suite du développement de la concurrence sur le marché – Il a déjà été exposé que la régulation relevait d'une logique de construction de la concurrence, impliquant son existence transitoire uniquement⁴⁴⁴. Si cette existence éphémère ne trouve pas d'application en pratique, elle peut être envisagée en tant que solution à l'articulation entre régulation sectorielle et règles concurrentielles.

En effet, la solution néozélandaise pourrait être mise en œuvre de façon plus tardive, lorsque le secteur régulé a atteint un certain niveau de maturité. De plus, la régulation pourrait subsister en dehors des enjeux concurrentiels régis par le droit de la concurrence. Il s'agit d'une hypothèse où la régulation ne régit que les intérêts non-économiques propres au secteur régulé. Dans le domaine concurrentiel, l'autorité de régulation pourrait conserver un rôle seulement consultatif, afin de combler les lacunes techniques des autorités de concurrence.

Les hypothèses envisagées dans ce premier paragraphe traduisent toutes une restriction du champ d'application de l'un ou l'autre des corps de règles applicables aux secteurs régulés. Au-delà d'une action sur le champ d'application, une modification des instruments mis en œuvre par le droit de la concurrence peut également être envisagée.

⁴⁴¹ *Ibid.*

⁴⁴² *Ibid.* ; D. Geradin et M. Kerf, *Controlling Market Power in Telecommunications : Antitrust vs Sector-Specific Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p.119 et s., cité par N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, LGDJ, Coll. Précis Domat, 3^{ème} édition, 2020, §266.

⁴⁴³ *Ibid.*

⁴⁴⁴ V. supra §202.

II. La limitation de l'action du droit de la concurrence

203. Une action restreinte à certains instruments - Il s'agit ici d'envisager un recul de l'application des instruments concurrentiels problématiques dans les litiges impliquant des opérateurs régulés. Ces instruments ont déjà pu être étudiés lors de l'analyse des confrontations entre le droit de la concurrence et la régulation sectorielle⁴⁴⁵. Il s'agit ainsi de limiter le rôle régulateur des autorités de concurrence (A) et de la condamnation de la pratique des ciseaux tarifaires (B).

A. La remise en cause du rôle régulateur des autorités de concurrence

204. La théorie des infrastructures essentielles – Il a déjà été exposé que les autorités européennes rejettent l'application de la théorie des infrastructures essentielles s'agissant d'une infrastructure soumise au préalable à une obligation d'accès réglementaire⁴⁴⁶. Cette solution n'est pourtant pas systématiquement favorable à l'opérateur régulé. En effet, son comportement pourra être analysé au regard des conditions de l'accès, sans être soumis préalablement aux critères de l'arrêt *Bronner*. Cette hypothèse le place dans une situation défavorable par rapport à un opérateur non régulé possédant une infrastructure dont l'accès est demandé.

La solution européenne peut être encore une fois comparée à la position des juridictions américaines. L'origine américaine de la théorie des infrastructures essentielles a déjà pu être exposée⁴⁴⁷. Paradoxalement, sa remise en cause vient également des États-Unis. La Cour suprême des États-Unis, lors de l'affaire *Trinko*⁴⁴⁸, se prononce d'abord sur l'application du droit de la concurrence aux secteurs régulés⁴⁴⁹. À la suite de ces remarques générales, elle vient remettre en cause la théorie des infrastructures essentielles. En effet, la Cour suprême affirme n'avoir jamais reconnue cette doctrine, construite par « certaines cours inférieures »⁴⁵⁰. Au-delà de la remise en cause de la théorie elle-même, la Cour suprême exprime qu'un tel outil ne s'applique pas aux opérateurs soumis à une obligation d'accès préalable du fait de la régulation sectorielle. En effet, l'application de cette doctrine, si elle était reconnue, nécessiterait que

⁴⁴⁵ V. supra Partie 2 – Titre 1.

⁴⁴⁶ V. supra §151.

⁴⁴⁷ V. supra §61.

⁴⁴⁸ U.S. Supreme court, *Verizon Communs., Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP* - 540 U.S. 398, 124 S. Ct. 872 (2004).

⁴⁴⁹ V. supra §199.

⁴⁵⁰ Free translation, “The Court's conclusion would not change even if it considered to be established law the “essential facilities” doctrine crafted by some lower courts.” ; “We have never recognized such a doctrine”.

l'infrastructure en question soit indisponible⁴⁵¹. Or, ce n'est pas le cas en l'espèce, du fait de la régulation sectorielle. En effet, cette dernière oblige, à travers le *Telecommunication Act*, la société mise en cause de fournir un service d'interconnexion aux opérateurs tiers. L'infrastructure en question n'était donc pas indisponible, ce qui rend inopérante l'application de la théorie des infrastructures essentielles⁴⁵².

Cette jurisprudence est désormais établie aux États-Unis⁴⁵³. Elle est d'ailleurs réaffirmée par la Cour suprême elle-même en 2009 dans l'arrêt *Pacific Bell Telephone*⁴⁵⁴. Ce litige se place également dans le secteur des communications électroniques. Les plaignants, quatre fournisseurs d'accès Internet indépendants, achetaient à AT&T, entreprise verticalement intégrée, un accès à ses infrastructures sur le marché de la fourniture en gros d'Internet haut débit. Les plaignants dénoncent alors une pratique de ciseaux tarifaires mise en œuvre par AT&T. La cour suprême profite de ce litige pour réaffirmer sa jurisprudence *Trinko*⁴⁵⁵. En effet, elle soutient que l'entreprise AT&T n'était tenue à aucune obligation, au regard du droit antitrust, de contracter avec ses concurrents⁴⁵⁶. La Cour en tire ensuite les conséquences au regard de la plainte initiale concernant une pratique de ciseaux tarifaires.

La solution américaine se rapproche donc des décisions européennes dans le sens où elle rejette l'application de la théorie des infrastructures essentielles aux secteurs régulés. Cependant, la Cour suprême adopte une solution plus large en rejetant de manière générale l'application de cette théorie au titre du droit de la concurrence. La question d'un traitement différencié des opérateurs régulés et non régulés est alors écartée.

205. Le prononcé de mesures conservatoires – La possibilité pour les autorités de concurrence de prononcer des mesures conservatoires ne suppose pas démontrer la certitude de l'existence d'une telle infraction, mais seulement son « existence probable »⁴⁵⁷. En ce sens, ce mécanisme se rapproche de la régulation *ex ante*. Il a d'ailleurs été utilisé par les autorités de concurrence afin de structurer le marché en s'immisçant dans le champ de la régulation, dans le cadre du contentieux du développement de l'ADSL⁴⁵⁸.

⁴⁵¹ “The indispensable requirement for invoking that doctrine is the unavailability of access to the “essential facilities”.

⁴⁵² “Where access exists, as it does here by virtue of the 1996 Act, the doctrine serves no purpose.”.

⁴⁵³ L. Donnedieu de Vabres-Tranié, « Etats-Unis – Rejet de la théorie des effets de ciseau tarifaire par la Cour suprême », *Revue Lamy de la concurrence*, n°19, 1^{er} avril. 2009.

⁴⁵⁴ Supreme Court, 25 févr. 2009, *Pacific Bell Telephone Co. v. LinkLine Communications Inc.*

⁴⁵⁵ U.S. Supreme court, *Trinko*, préc.

⁴⁵⁶ “The defendant has no obligation under the antitrust laws to deal with the plaintiff at wholesale”.

⁴⁵⁷ C. Prieto et D. Bosco, *op. cit.*, §1619.

⁴⁵⁸ V. Supra §145 et s.

Une telle intervention, en marge d'une régulation encore en structuration, ne permet pas de prendre en compte l'ensemble des enjeux techniques propres au secteur des communications électroniques. Dans le cadre d'une technologie et d'une réglementation en cours de développement, un dialogue avec l'opérateur régulé paraît être une option à favoriser. Celle-ci est mise en œuvre de façon constante par l'autorité de régulation.

La mise en œuvre de mesures conservatoires par les autorités de concurrence pourrait donc être limitée et adaptée aux spécificités sectorielles et techniques. Là encore, la capacité de la régulation à solutionner le litige pourrait être prise en compte par les autorités de concurrence.

Au-delà de ces interventions régulatrices, les autorités de la concurrence appliquent également aux secteurs régulés les qualifications classiques du droit de la concurrence. Celles-ci peuvent également s'avérer problématiques.

B. La remise en cause de la qualification de ciseaux tarifaires

206. La problématique du double contrôle tarifaire – Il a déjà pu être exposé que le contrôle des ciseaux tarifaires par les autorités de concurrence impliquait des problématiques d'insécurité juridique pour les opérateurs régulés⁴⁵⁹. Ceux-ci voient en effet fréquemment soumis leurs tarifs d'accès à l'homologation du régulateur. Les autorités européennes apprécient ainsi l'autonomie de comportement de l'opérateur dans la fixation de ses tarifs. Là encore, la jurisprudence américaine diffère de la solution européenne.

207. La jurisprudence américaine rejetant l'infraction de ciseaux tarifaires - Du côté des États-Unis, la problématique de l'appréciation d'un ciseau tarifaire sur un secteur régulé est réglée par une solution générale concernant la pratique même du ciseau tarifaire.

Après avoir nuancé l'application du droit de la concurrence aux secteurs régulés, puis remis en cause la théorie des infrastructures essentielles, dans sa décision emblématique *Trinko*, la Cour suprême s'attaque à la pratique des ciseaux tarifaires. Celle-ci avait été consacrée par une Cour d'appel du second circuit dans l'arrêt *Alcoa* en 1945⁴⁶⁰.

⁴⁵⁹ V. Supra §155 et s.

⁴⁶⁰ *United States v. Aluminium Co. of America*, 148 F.2d 4166 [2nd Cir. 1945].

La Cour suprême revient sur cette théorie en 2009 dans l'arrêt *Pacific Bell Telephone*⁴⁶¹. Elle affirme en effet que les ciseaux tarifaires ne constituent pas une pratique en soi anticoncurrentielle⁴⁶².

La Cour suprême se place ici dans la lignée dans l'arrêt *Trinko*, dans lequel elle exclut déjà « l'examen du prix de gros, dès lors qu'il n'existe, en droit de la concurrence, aucune obligation de contracter avec ses concurrents. »⁴⁶³. Ainsi, en l'absence d'obligation de contracter, une pratique de ciseaux tarifaires ne peut être invoquée.

De plus, la Cour suprême évoque l'argument de la sécurité juridique. En effet, elle affirme que les tribunaux n'ont pas les moyens nécessaires pour analyser à la fois les prix de détails et les prix de gros pratiqués par les opérateurs, mais également que les différentes méthodes d'appréciation des prix liés à cette pratique conduisent à trop d'insécurité pour les entreprises concernées⁴⁶⁴.

Ainsi, un opérateur verticalement intégré, qu'il exerce sur un secteur régulé ou non, ne pourra pas, aux États-Unis, se voir reprocher une pratique de ciseaux tarifaires. Les débats européens concernant l'influence des législations nationales sur les prix fixés par les opérateurs n'ont donc pas lieu d'être dans ce cadre.

208. Une solution radicale à la problématique du double contrôle des prix - Il paraît difficile de supprimer purement et simplement le contrôle des ciseaux tarifaires dans les secteurs régulés européens. En effet, le régulateur souffre en amont d'une asymétrie d'information qui peut être corrigée *ex post* par les autorités de concurrence. De plus, l'homologation du prix amont n'empêche pas la mise en œuvre d'une stratégie visant à réduire le prix aval et à créer un ciseau tarifaire. Un tel comportement ne pourra pas systématiquement être appréhendé par la qualification de prix prédateur. Il s'agit ici de l'hypothèse où le prix aval fixé par l'opérateur régulé est inférieur au prix d'accès à l'infrastructure homologué, mais supérieur aux coûts de ce même opérateur.

Ainsi, sans supprimer le contrôle par le biais des ciseaux tarifaires, la notion d'imputabilité pourrait être mise en œuvre de manière moins stricte pour l'opérateur régulé. Cette solution

⁴⁶¹ Supreme Court, 25 févr. 2009, *Pacific Bell Telephone Co. v. LinkLine Communications Inc.*

⁴⁶² "But if both the wholesale price and the retail price are independently lawful, there is no basis for imposing antitrust liability simply because a vertically integrated firm's wholesale price is greater than or equal to its retail price".

⁴⁶³ J.P. Tran Thiet et O. Berg, « Ciseaux tarifaires : la cour suprême des états-unis refuse d'examiner une pratique de ciseaux tarifaires (pacific bell) », *Concurrences* N° 2-2009, 25 février 2009.

⁴⁶⁴ L. Donnedieu de Vabres-Tranié, *art. cit.*

visé notamment l'hypothèse où le prix aval n'est pas imposé mais simplement validé ou plafonné. Les conséquences de ce prix sont actuellement imputées à l'opérateur régulés lorsque ce dernier avait la possibilité de le modifier. L'absence de prise en compte de la validation ou du plafonnement préalable peut être préjudiciable pour l'opérateur régulé. Une application moins stricte de l'imputabilité conduirait à se questionner sur l'imputabilité, dans ce cas, du ciseau au régulateur. Une prise en compte de son intervention au titre des circonstances atténuantes est également envisageable.

L'ensemble des réflexions développées dans cette section se fondent ainsi sur l'application même de la régulation sectorielle ou du droit de la concurrence. La problématique des relations entre ces deux corps de règles peut également trouver une réponse procédurale.

Section 2. Les solutions sur le plan procédural

209. Des mécanismes mis en œuvre à des temporalités différentes - Les mécanismes procéduraux d'intervention peuvent intervenir en amont du litige, en réglant les problématiques de compétence par la modification de la structure institutionnelle (I). En l'absence de solution préalable, le risque d'un chevauchement des compétences existe. Certains mécanismes existent alors en vue d'atténuer les conséquences de ce chevauchement (II).

I. L'existence de structures institutionnelles alternatives

210. Une diversité d'hypothèses de répartition des missions - Les États ont pu mettre en place diverses structures institutionnelles, qui diffèrent de l'organisation française. Il peut s'agir d'un rapprochement de l'autorité de concurrence et de l'autorité de régulation (A). L'hypothèse inverse est celle d'un renforcement des pouvoirs du régulateur (B).

A. Le rapprochement de l'autorité de concurrence et de l'autorité de régulation sectorielle

211. L'hypothèse radicale de la fusion des deux autorités – Certains États ont pris en main la problématique de l'articulation entre régulation et droit de la concurrence par une profonde réforme institutionnelle. L'hypothèse envisagée ici est ainsi celle d'une fusion des autorités en charge de l'application des deux corps de règles précités.

A cet égard, il est possible de citer le cas de l'Australie. L'autorité de concurrence et le régulateur des télécommunications australiens ont en effet fusionnés dès 1996⁴⁶⁵. Cela permet un contrôle à la fois *ex ante* et *ex post*, réalisé de manière cohérente par une seule et même institution⁴⁶⁶.

D'autres États ont ensuite suivi la même voie. Il en va ainsi du Danemark qui opère en 2010 une fusion de son autorité de concurrence avec son agence nationale de la consommation⁴⁶⁷. Cette fusion se justifie par le souci d'une meilleure organisation mais également du point de vue de l'économie des ressources⁴⁶⁸.

Les Pays-Bas ont également emprunté cette voie en 2013 par la fusion de l'autorité de concurrence nationale avec l'autorité indépendante de la poste et des télécommunications⁴⁶⁹. Cette réforme s'inscrit dans une volonté de privilégier la régulation *ex ante*, sans pour autant créer une « autorité indulgente », n'imposant plus de sanctions⁴⁷⁰.

Une telle solution peut en revanche être critiquée au regard du manque de transparence qu'elle fait naître. Le Professeur Patrick Rey souligne à cet égard que lorsqu'une autorité exerce un contrôle *ex post* et *ex ante*, elle « tentée d'atténuer, ne serait-ce que par omission, ce qui pourrait apparaître comme une critique de sa propre action »⁴⁷¹.

212. Le modèle français de dialogue entre les autorités – La France n'a pas adopté le modèle institutionnel précédemment décrit. Pour autant, elle ne laisse pas de côté la question de la cohérence entre les applications du droit de la concurrence et de la régulation. Simplement,

⁴⁶⁵ P. Rey, « Rôle et place des engagements dans les systèmes de régulation », in *Droit et économie de la régulation*. 4, 2006.

⁴⁶⁶ *Ibid.*

⁴⁶⁷ L. Donnedieu de Vabres-Tranié, « Fusion de l'autorité danoise de la concurrence avec l'agence nationale de la consommation », *Revue Lamy Droit de la concurrence*, 2010/25, no 1712, 1^{er} octobre 2010.

⁴⁶⁸ *Ibid.*

⁴⁶⁹ L. Donnedieu de Vabres-Tranié, « Création de l'autorité néerlandaise de protection des consommateurs et des marchés », *Revue Lamy de la concurrence*, N° 34, 1^{er} janvier 2013.

⁴⁷⁰ *Ibid.*

⁴⁷¹ P. Rey, *art. cit.*

la solution française apparaît beaucoup plus modérée. Elle consiste en la mise en place de mécanismes d'échanges et d'avis entre les différentes autorités.

Une autre solution peut être étudiée au regard des pratiques mises en œuvre à l'étranger. Au lieu de fusionner ou de tenter de rapprocher les deux autorités, certains États font le choix de renforcer les pouvoirs du régulateur.

B. Le renforcement des pouvoirs de l'autorité de régulation

213. Les cas de renforcement des pouvoirs du régulateur – Le renforcement des pouvoirs du régulateur se traduit par un régulateur cumulant plusieurs fonctions. Celui-ci est en charge de la régulation du marché et du service public mais également de la préservation de la concurrence⁴⁷². Les autorités de régulation sectorielles sont alors en mesure d'appliquer le droit de la concurrence⁴⁷³.

Une telle organisation est observée notamment au Royaume-Uni ou en Autriche⁴⁷⁴. Cette situation peut être décrite comme une « délégation approfondie » au profit du régulateur sectorielle⁴⁷⁵. Elle est également analysée par le Professeur Philippe Choné comme une hypothèse de « chevauchement des compétences » entre régulateurs sectoriels et autorités de concurrence⁴⁷⁶.

214. La gestion des relations avec les autorités de concurrence en cas de renforcement des pouvoirs des régulateurs – Une telle solution se trouve à l'opposé de l'hypothèse d'une fusion des deux autorités. Les États font le choix « d'accepter, voire d'encourager, les chevauchements de compétences », donc les risques ne sont « pas considérés comme des inconvénients majeurs »⁴⁷⁷. Ces risques sont tout de même appréhendés à travers des mécanismes de collaboration approfondis⁴⁷⁸.

Il est également possible d'envisager que le renforcement des pouvoirs du régulateur rende plus cohérente la répartition des litiges avec les autorités de concurrence. En effet, le fait qu'un régulateur bénéficie d'un rôle plus important, ainsi que d'outils davantage répressifs, peut

⁴⁷² C. Genoud, « Libéralisation et régulation des industries de réseau : diversité dans la convergence ? », *Revue internationale de politique comparée*, 2004/2 (Vol.11), p.193.

⁴⁷³ *Ibid.* ; P. Choné, *art. cit.*, p.50.

⁴⁷⁴ P. Choné, *art. cit.*, p.50.

⁴⁷⁵ C. Genoud, *art. cit.*

⁴⁷⁶ P. Choné, *art. cit.*

⁴⁷⁷ *Ibid.*

⁴⁷⁸ *Ibid.*

inciter les requérants à le saisir des litiges se plaçant dans son champ d'action, sans envisager une saisine des autorités de concurrence en vue de contourner les lacunes du régulateur.

Au-delà de ces solutions d'ordre institutionnelles, il est également nécessaire d'envisager la gestion des conséquences de la coexistence de deux décisions contradictoires, ou de procédures pendantes devant plusieurs autorités.

II. La gestion avale du chevauchement des compétences

215. La gestion de problématiques diverses - Au-delà de l'insécurité juridique, la coexistence du droit de la concurrence et de la régulation sectorielle fait naître un risque de double sanction. Celui-ci permet de se poser la question de l'application du principe *non bis in idem* (A). De plus, les conséquences civiles du comportement d'un opérateurs régulés révèlent certains enjeux d'articulation (B).

A. La mise en œuvre du principe *non bis in idem*

216. La mise en œuvre du principe *non bis in idem* en droit de la concurrence – L'évocation du principe *non bis in idem* en droit de la concurrence suppose d'abord de mentionner l'influence des droits fondamentaux dans le contentieux *antitrust*. Au titre de ces droits, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁴⁷⁹ consacre en son article 50 le principe *non bis in idem*. Elle dispose ainsi que « Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné dans l'Union par un jugement pénal définitif conformément à la loi. ». S'il est initialement un concept de droit pénal, le principe *non bis in idem* s'applique en droit de la concurrence. Il en fait ainsi du fait du caractère répressif de ce dernier. Les sanctions prononcées par les autorités de concurrence ont pu ainsi être vues comme relevant, au regard de leur sévérité, « de la matière pénale »⁴⁸⁰.

En revanche, la mise en œuvre de ce principe diffère en droit de la concurrence et dans la matière pénale classique. Dans ce dernier cas, la Cour européenne des droits de l'Homme subordonne la mise en œuvre du principe *non bis in idem* au critère de l'identité de faits et

⁴⁷⁹ Charte des droits fondamentaux de l'union européenne (2000/C 364/01).

⁴⁸⁰ Cour européenne des Droits de l'Homme (43509/08), 27 sept. 2011, Affaire a. menarini diagnostics s.r.l. c. Italie, §42.

d’auteurs⁴⁸¹. Dans le cadre du droit de la concurrence, la CJUE subordonnait jusqu’à peu cette même mise en œuvre à une triple identité : de faits, d’auteurs et d’intérêts protégés⁴⁸². L’application du principe *non bis in idem* étaient donc « nettement plus libérale » en droit de la concurrence⁴⁸³. Une telle position pouvait avoir un impact en cas de décisions successives d’un régulateur et d’une autorité de concurrence. En effet, les deux ne poursuivent pas les mêmes objectifs et ne protègent donc pas systématiquement les mêmes intérêts. Un opérateur régulé ne pourrait donc pas remplir les trois critères précités pour invoquer le principe *non bis in idem* et contester une double sanction du fait du même comportement.

Cette jurisprudence subi cependant un revirement, dans le cadre d’un litige concernant l’articulation du droit de la régulation et des régulations sectorielles.

217. L’arrêt Bpost – Par un arrêt récent rendu dans le secteur régulé de la poste, la CJUE fournit cependant une nouvelle interprétation de l’article 50 de la charte⁴⁸⁴. Ce litige met en jeu Bpost, opérateur historique de la poste en Belgique. Ce dernier est condamné pour ses pratiques tarifaires par le régulateur sectoriel au titre des règles spécial du secteur de la poste, mais également par l’autorité belge de la concurrence au titre de l’abus de position dominante.

Dans le cadre de ce litige, la CJUE se prononce d’abord sur le critère de l’intérêt protégé. Elle rejette son application en prônant une application uniforme à tous les domaines du droit de l’Union du principe *non bis in idem*⁴⁸⁵. Cette première affirmation se place donc dans l’intérêt des opérateurs juridiques.

La CJUE poursuit en analysant les potentielles limitations de l’article 50 du TFUE. À cette fin, la Cour met en œuvre l’article 52 de la Charte des droits fondamentaux de l’Union qui permet de déroger aux droits et libertés que le texte reconnaît sous plusieurs conditions. De telles restrictions doivent « être prévues par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés ». De plus, le respect du principe de proportionnalité est requis. Les restrictions doivent être nécessaires à « des objectifs d’intérêt général reconnus par l’Union ou au besoin de protection des droits et libertés d’autrui. ».

⁴⁸¹ Cour européenne des Droits de l’Homme (14939/03), 10 février 2009, Affaire *Sergueï Zolotoukhine c. Russie*, §82.

⁴⁸² CJUE, 14 février 2012, *Toshiba Corporation*, Aff. C-17/10, §97.

⁴⁸³ M. Chagny (Dir.), *Le Lamy droit économique*, Lamy, §680.

⁴⁸⁴ CJUE, 22 mars 2022, *bpost SA*, Aff. C-117/20.

⁴⁸⁵ *Ibid.* §32-34 ; L. Idot, « L’application du principe *non bis in idem* en droit de la régulation économique À propos des arrêts de la Cour de justice *bpost* et *Nordzucker* du 22 mars 2022 », *Europe n°6*, juin 2022, étude 5, §18.

Dans le cas d'espèce, la Cour décide de mettre en œuvre cet article afin de légitimer un cumul de sanction à l'égard de l'opérateur belge. Elle justifie cette décision par la nécessité de « poursuite du processus de libéralisation du marché intérieur des services postaux tout en veillant au bon fonctionnement de celui-ci »⁴⁸⁶. En vue de garantir ces objectifs, les sanctions du droit de la concurrence et de la régulation sectorielle sont, selon la Cour, l'une et l'autre nécessaires. Ainsi, le critère préalablement abandonné de l'intérêt protégé retrouve une application au stade de l'exception au principe *non bis in idem*.

La Cour se prononce également sur le respect par ce cumul de sanctions du principe de proportionnalité. Ainsi, il est nécessaire de vérifier que la régulation sectorielle « ne dépasse pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation des objectifs légitimes » qu'elle poursuit⁴⁸⁷. De plus, il convient de constater l'existence de « règles claires et précises permettant de prévoir quels actes et omissions sont susceptibles de faire l'objet d'un cumul », ainsi que d'une coordination suffisante des deux procédures⁴⁸⁸.

Si ce litige concerne le secteur de la poste, il en ressort une prise de position générale de la Cour, pouvant s'appliquer aux autres secteurs régulés tels que celui des communications électroniques si des faits similaires se présentent. En plus des risques de manque de cohérence et d'insécurité juridique, les opérateurs régulés font donc également face à une possible double sanction du fait de l'application cumulative du droit de la concurrence et de la régulation sectorielle.

Au-delà de la sanction répressive, les entreprises condamnées au titre du droit de la concurrence s'exposent également à un risque d'action privée. À cet égard, l'existence de la régulation doit également être prise en compte.

B. Les conséquences civiles du comportement de l'opérateur régulé

218. L'arrêt DB Station & Service – La CJUE a pu rendre récemment un arrêt intéressant les actions privées dans le cadre des secteurs régulés⁴⁸⁹.

Le litige dont il est question ici met en cause DB Station & Service, filiale de l'opérateur historique allemand et propriétaire de l'infrastructure de transport. Le requérant, ODEG, conteste le nouveau montant de la redevance qu'il doit acquitter à DB Station & Service pour

⁴⁸⁶ CJUE, 22 mars 2022, bpost SA, Aff. C-117/20, §47.

⁴⁸⁷ *Ibid.* §48.

⁴⁸⁸ *Ibid.* §51.

⁴⁸⁹ CJUE, 27 oct. 2022, DB Station & Service, Aff. C-721/20.

l'utilisation de ses stations. Cette augmentation des tarifs est d'abord invalidée par le régulateur allemand. Sa décision fait néanmoins l'objet d'un recours de la part de DB Station & Service. Sans attendre la décision faisant suite à ce recours, ODEG introduit une action devant les tribunaux judiciaires allemands pour obtenir le remboursement des redevances payées depuis l'introduction du nouveau tarif. À cette fin, le requérant allègue un abus de position dominante de la part de DB Station. Le tribunal s'interroge donc sur l'articulation de la compétence des organismes sectoriels de contrôle avec celle des juridictions civiles nationales lorsqu'elles sont appelées à appliquer l'article 102 du TFUE.

La Cour débute son raisonnement par rappeler l'effet direct de l'article 102 dans les relations entre particuliers ainsi que le droit à réparation du préjudice subi du fait de sa violation⁴⁹⁰. Elle précise que la nécessité de préserver la pleine efficacité du TFFUE implique que la régulation sectorielle ne peut empêcher les juridictions nationales compétentes de connaître des demandes de remboursement de redevances d'infrastructure fondées sur l'article 102 TFUE⁴⁹¹. Pour autant, la Cour affirme qu'il est également nécessaire de préserver les impératifs propres au secteur régulé tel que la gestion cohérente du réseau ferré.

La solution adoptée par la Cour fait état d'une volonté de préserver ces derniers intérêts. Ainsi, les juridictions de droit commun sont compétentes pour tirer les conséquences civiles de l'irrégularité déclarée par le régulateur, mais elles doivent attendre que ce dernier ait statué. Par la suite, elles ne sont pas liées par une telle décision mais doivent respecter le principe de coopération loyale.

219. Un recul du droit de la concurrence – Cet arrêt fait donc prévaloir la régulation et les intérêts sectoriels spécifiques au droit de la concurrence. Si les juridictions nationales peuvent toujours connaître des conséquences civiles, les « qualifications générales de l'article 102 du TFUE » se trouvent excluent « par l'existence d'une réglementation particulière et d'un organe dédié »⁴⁹².

220. La portée de l'arrêt DB Station – La question peut se poser d'une extension de l'apport de cet arrêt aux autres secteurs régulés tels que celui des communications électroniques. Le raisonnement de la Cour pourrait en effet s'appliquer aux impératifs propres à ce dernier

⁴⁹⁰ *Ibid.* §46-48.

⁴⁹¹ *Ibid.* §79.

⁴⁹² D. Bosco, « DB Station & Service : la Cour de justice rend un arrêt important quant à l'application de l'article 102 TFUE dans les secteurs régulés », *Contrats Concurrence Consommation* n°12, Décembre 2022, comm. 194.

secteur. Pour autant, une telle hypothèse doit être nuancée par la réponse extrêmement concrète de la Cour, ne formulant pas de généralités⁴⁹³.

Les solutions étudiées par les développements précédents concernent donc l'articulation de la régulation sectorielle avec le droit *antitrust*. Cependant, le droit de la concurrence a récemment été complété par des textes spéciaux et de nature hybrides, intéressant la « régulation du numérique ». Leur champ d'application présente certaines interférences avec celui des règles applicables au secteur des communications électroniques. Il est donc nécessaire d'étudier ces enjeux d'articulation spéciaux et les solutions envisagées en vue d'atténuer les conséquences de leurs confrontations.

⁴⁹³ *Ibid.*

Chapitre 2. Les solutions spécifiques de l’articulation entre la régulation du numérique et la régulation des communications électroniques

221. La nature singulière de la régulation du numérique - Les textes dits de « régulation du numérique » présentent une nature hybride. Ils peuvent être envisagés en tant que régulation autonome, ce qui amènerait à se poser la question de leur articulation avec le droit de la concurrence. Ils présentent également une forte empreinte concurrentielle, permettant de les désigner comme un droit spécial de la concurrence. Dans ce cas, les relations de ce dernier droit avec la régulation des communications électroniques entrent dans le cadre de la présente étude. Ainsi, la régulation du numérique sera étudiée en tant que manifestation particulière de l’application du droit de la concurrence au secteur des communications électroniques (Section 1). Celle-ci engendre des problématiques d’articulation singulières avec la régulation de ce même secteur (Chapitre 2).

Section 1. Une manifestation particulière de l’application du droit de la concurrence au secteur des communications électroniques

222. L’intérêt particulier porté au *Digital markets act* (DMA)⁴⁹⁴ - Le champ d’application du DMA, texte hybride de régulation concurrentielle (I), présente certaines interférences avec le secteur des communications électroniques.

I. Le *Digital markets act*, un texte hybride de régulation concurrentielle

223. L’étude des objectifs et des outils du Digital Markets Act - L’étude du DMA permet d’observer un objectif concurrentiel singulier (A), couplé à l’utilisation d’outils réglementaires (B).

⁴⁹⁴ Règlement Digital Markets Act, préc.

A. Un objectif concurrentiel singulier

224. Un objectif concurrentiel affirmé - L'objectif du DMA est exprimé dès ses dispositions introductives, qui indiquent que le règlement vise à « garantir la contestabilité et l'équité des marchés dans le secteur numérique »⁴⁹⁵. La contestabilité est ensuite définie comme « la capacité des entreprises à surmonter efficacement les barrières à l'entrée et à l'expansion, et à faire concurrence au contrôleur d'accès sur la base des mérites de leurs produits et services »⁴⁹⁶. L'équité se rapporte quant à elle au « déséquilibre entre les droits et obligations des entreprises utilisatrices lorsque le contrôleur d'accès obtient un avantage disproportionné »⁴⁹⁷.

La notion de contestabilité des marchés est inévitablement liée à des problématiques concurrentielles et au droit *antitrust*, veillant à la préservation d'une concurrence libre et non faussée, notamment par la présence d'importantes barrières à l'entrée d'un marché. La notion de concurrence par les mérites est également connue du droit de la concurrence. Elle apparaît dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, qui distingue la concurrence par les mérites de la concurrence par obstacles.

225. Un objectif sous-jacent de régulation des acteurs du numérique - Le DMA vise ainsi à garantir la contestabilité et l'équité des marchés relevant du secteur du numérique, en régulant les comportements des acteurs de ce même secteur, révélant de fortes problématiques concurrentielles. L'objectif sous-entendu de ce texte est celui de « mettre au pas les GAFAM »⁴⁹⁸, leur important pouvoir économique et leur inévitable impact sur la concurrence.

Un tel objectif sous-jacent est de nature à ranimer le débat des objectifs du droit de la concurrence. Initialement cantonné à « la seule recherche de l'efficacité »⁴⁹⁹, il s'ouvre par le DMA à la régulation de certains acteurs et intérêts en particulier⁵⁰⁰.

⁴⁹⁵ DMA, préc., considérant 7.

⁴⁹⁶ DMA, préc., considérant 32.

⁴⁹⁷ DMA, préc., considérant 33.

⁴⁹⁸ J.C. Roda, « DMA – Le Digital Markets Act (1^{re} partie) – Contrôler les contrôleurs d'accès », *Communication Commerce électronique* n°2, Février 2023, étude 4.

⁴⁹⁹ D. Bosco, « La régulation concurrentielle des GAFA, le droit et les droits », *Gazette du palais*, Acte de colloque, 15 sept. 2021.

⁵⁰⁰ *Ibid.*

Ainsi, s'il s'agit d'un texte relevant du droit de la concurrence, il présente un objectif singulier, se rapprochant de ceux de la régulation sectorielle. Cette dernière prend en effet en compte des intérêts divers, sans pour autant exclure la préservation du processus concurrentiel⁵⁰¹.

Au-delà de ses objectifs débattus, la nature hybride du DMA se révèle concernant les instruments que ce texte met en œuvre. Ce règlement ayant été adopté en vue de combler les lacunes des instruments classiques du droit de la concurrence⁵⁰², il fournit inévitablement des réponses originales aux problématiques concurrentielles identifiées.

B. L'utilisation d'outils réglementaires

226. Une régulation asymétrique – Le DMA se distingue du raisonnement classique du droit de la concurrence en adoptant une régulation asymétrique. Les règles classiques de concurrence s'appliquent, au contraire, à l'ensemble des entités pouvant être qualifiées d'entreprises. S'il est vrai que l'entreprise en position dominante est tenue d'une « responsabilité particulière » de ne pas porter atteinte à la concurrence⁵⁰³, celle-ci n'est pas désignée a priori et de manière individuelle. La position dominante de l'entreprise est seulement identifiée au stade du contentieux.

Le DMA, quant à lui, prévoit la désignation préalable des « contrôleurs d'accès », entreprise fournissant des services de plateformes essentiels, soumise au règlement. Les critères d'identification de telles plateformes sont relatifs à leur chiffre d'affaires, nombre d'utilisateurs et leur position solide et durable sur le marché⁵⁰⁴. Au-delà d'une régulation asymétrique, il s'agit donc d'une régulation par la taille. De plus, le processus de désignation des contrôleurs d'accès permet d'identifier l'intervention *a priori* du DMA.

227. Une régulation *ex ante* - Au contraire des outils classiques du droit de la concurrence, sanctionnant *a posteriori* les comportements déviants, le DMA se présente comme une régulation *ex ante*. Le règlement met à la charge des plateformes désignées un ensemble d'obligations et d'interdictions spécifiques. Celles-ci sont supposées anticiper les pratiques préjudiciables à la concurrence, et interviennent préalablement à la constatation d'une infraction.

⁵⁰¹ V. supra §.

⁵⁰² M. Dumarçay, « Le Digital Markets Act (DMA), entre évolution et révolution des politiques de concurrence », *Revue Lamy de la concurrence*, 121, 1 nov. 2022.

⁵⁰³ CJCE, 9 nov. 1983, n°322/81, Michelin.

⁵⁰⁴ DMA, préc., art.3.

Ces obligations tiennent tout d'abord aux relations entre les données et la concurrence. Ainsi, est prohibée l'utilisation croisée de données à caractère personnel provenant des différents services d'une même plateforme essentielle⁵⁰⁵. Le DMA fournit également certaines obligations concernant le contenu des contrats conclus par les plateformes essentielles. Ainsi, les clauses de parité sont interdites, dans la mesure où le contrôleur d'accès « n'empêche pas les entreprises utilisatrices de proposer les mêmes produits ou services aux utilisateurs finaux au moyen de services d'intermédiation en ligne tiers ou de leur propre canal de vente directe en ligne à des prix ou conditions différents de ceux qui sont proposés par les services d'intermédiation en ligne du contrôleur d'accès. »⁵⁰⁶.

Cette seconde caractéristique du DMA a pu également faire l'objet de critiques. L'édiction de règles *ex ante* relève en effet d'une politique particulièrement interventionniste, pouvant être légitimée dans certains secteurs, tel que celui des communications électroniques, par leurs particularités naturelles. Pour autant, les secteurs régulés classiques font l'objet d'une régulation *ex ante* extrêmement précise, limitant les risques liés à leur application a priori. Au contraire, les règles fournis par le DMA apparaissent « libellées de façon vague et générale »⁵⁰⁷.

Les particularités du DMA permettent pour certains auteurs de le qualifier de « franchissement d'une nouvelle étape » dans les relations entre le droit de la concurrence et la régulation. Si de telles relations peuvent être étudiées, le DMA impacte également la régulation sectorielle des communications électroniques.

II. Les interférences dans les champs d'application du *Digital markets act* et de la régulation des communications électroniques

228. Les origines des interférences - Les interférences dans les champs d'application du DMA et de la régulation des communications électroniques sont le fruit d'une extension de la régulation sectorielle aux services de communications interpersonnelles (A), eux-mêmes visés par le texte de régulation numérique (B).

⁵⁰⁵ DMA, préc., art. 5.2.

⁵⁰⁶ DMA, préc., art. 5.3.

⁵⁰⁷ L. Schultz, « Digital Market Act - Le DMA, une régulation qui offre des remèdes incertains à des problèmes mal identifiés », Contrats Concurrence Consommation n°5, Mai 2023, §2.

A. L'extension de la régulation sectorielle aux services de communications
interpersonnelles

229. L'adoption du Code des communications électroniques européen – L'adoption du CCEE en 2018 marque une évolution majeure dans le champ d'application de la régulation des communications électroniques, en incluant les « services de communications interpersonnelles »⁵⁰⁸.

Ce terme remplace la notion de « service téléphonique accessible au public » et est défini de la manière suivante : « un service normalement fourni contre rémunération qui permet l'échange interpersonnel et interactif direct d'informations via des réseaux de communications électroniques entre un nombre fini de personnes »⁵⁰⁹. Toutefois, cette communication interpersonnelle et interactive ne doit pas être fournie à titre d'accessoire mineur au service principal.

Ces services sont donc inclus dans le champ de la régulation, qu'ils soient ou non fondés sur la numérotation. Une telle modification permet donc de prendre en compte, au-delà des communications fixes et mobiles classiques, les services dits de contournement.

230. Les services de contournement, concurrents des opérateurs traditionnels – Les justifications d'une telle extension ont déjà pu être étudiées précédemment⁵¹⁰. Il s'agit de prendre en compte les évolutions technologiques permettant l'apparition des services dits de contournement ou « *over the top* » (OTT). Ceux-ci permettent aux utilisateurs de bénéficier d'un service de communications interpersonnelles sans l'intervention préalable d'un opérateur de communications électroniques. Les OTT vont concurrencer les opérateurs traditionnels en contournant leurs réseaux, et sans être assujettis aux lourdes obligations de la régulation sectorielle.

L'extension du champ d'application de cette régulation permet ainsi de rétablir une concurrence loyale entre les services traditionnels et les OTT.

L'identification des services de communications interpersonnelles non fondés sur la numérotation s'effectue ensuite de manière casuistique par les autorités nationales de

⁵⁰⁸ CCEE, préc., Art. 2.4 a).

⁵⁰⁹ CCEE, préc., Art 2.5. Code eur

⁵¹⁰ V. supra §.

régulation⁵¹¹. Il s'agit principalement des services de messagerie instantanée tels que WhatsApp, Messenger, Skype.

Toutefois, de telles plateformes pourraient également entrer dans le champ d'application du DMA.

B. Les services de communications interpersonnelles explicitement visés par le
Digital markets act

231. Le champ d'application du DMA - Dès ses propos introductifs, le DMA décrit les services de communications interpersonnelles non fondés sur la numérotation comme capable de toucher un grand nombre d'utilisateurs, risquant par la même occasion d'adopter des pratiques commerciales déloyales⁵¹². Selon le même règlement, ces services bénéficient d'effets de réseaux importants, affaiblissant la contestabilité des marchés sur lesquels ils sont présents⁵¹³.

Ainsi, ces services sont inévitablement inclus dans le champ d'application du DMA⁵¹⁴.

232. La qualification de contrôleur d'accès – Au-delà de ces dispositions générales, les services de communications interpersonnelles non fondés sur la numérotation ne seront soumis aux dispositions du DMA que dans le cas où ils remplissent les critères de désignation des contrôleurs d'accès.

Ces critères sont d'abord liés au chiffre d'affaires de la plateforme. Celui-ci doit être supérieur ou égal à 7,5 milliards d'euros annuels ou cours de chacun des trois derniers exercices. À défaut, la capitalisation boursière peut être prise en compte, si elle a atteint au moins 75 milliards d'euros au cours du dernier exercice. De plus, la plateforme doit compter au moins 45 millions d'utilisateurs finaux actifs par mois établis ou situés dans l'Union et au moins 10 000 entreprises utilisatrices actives par an établies dans l'Union⁵¹⁵. Enfin, la commission peut identifier un contrôleur d'accès ne remplissant pas ces seuils fournit un point d'accès majeur ou jouit d'une position solide et durable⁵¹⁶.

⁵¹¹ BEREC, "Report on the interplay between the EECC and the EC's proposal for a Digital Markets Act concerning number-independent interpersonal communication services", 11 juin 2021, p.7.

⁵¹² DMA, préc., considérant 14.

⁵¹³ *Ibid.* considérant 64.

⁵¹⁴ *Ibid.* art 1 3 b.

⁵¹⁵ *Ibid.* art 3.2

⁵¹⁶ *Ibid.*, art 3.8

Il s'agit donc de critères particulièrement élargis par cette dernière disposition, pouvant inclure les services tels que WhatsApp ou encore Messenger. L'interférence avec les services de communications électroniques est donc réelle, emportant certaines problématiques d'articulation.

Section 2. Les enjeux de l'articulation entre le DMA et la régulation des communications électroniques

233. Les hypothèses de confrontation - La proximité de contenu du DMA et de la régulation des communications électroniques permet d'envisager une confrontation des deux textes au stade de leur mise en œuvre (I). Celle-ci n'est pas laissée sans réponse au niveau européen (II).

I. La proximité de contenu du *Digital markets act* et de la régulation des communications électroniques

234. Les points de contact - Les contenus du *Digital markets act* et de la régulation des communications électroniques se rapprochent au regard des exigences d'interopérabilité (A), ainsi que des exigences relatives au contenu contractuel (B).

A. L'exigence d'interopérabilité des services de communications interpersonnelles

235. L'importance concurrentielle de l'interopérabilité des services de communications interpersonnelles – L'interopérabilité est avant tout une notion technique, visant la capacité d'un produit ou d'un système d'interagir, de fonctionner avec d'autres systèmes ou produits indépendants. Dans le domaine des communications électroniques, l'interopérabilité permet notamment aux bénéficiaires de forfaits mobiles d'un opérateur de communiquer avec les titulaires d'un forfait fourni par un autre opérateur. Concernant les nouveaux services dits de contournement, cela conduirait à rendre interopérables les différents services de messagerie tels que WhatsApp, Messenger, iMessages entre eux mais également à l'égard des messageries de taille inférieure.

Le droit s'est ensuite saisi de cette notion technique, dans l'intérêt d'une concurrence accrue, au-delà de l'avantage en termes de qualité de service dont bénéficie l'utilisateur final. Le CCEE fait ainsi de l'exigence d'interopérabilité un principe majeur de sa régulation⁵¹⁷. La directive affirme en effet que le manque d'interopérabilité entre les services de communications interpersonnelles pourrait avoir pour conséquence d'importants obstacles à l'entrée sur le marché⁵¹⁸. Une constatation similaire est effectuée par le DMA, qui rajoute que le manque d'interopérabilité conduit à « des effets de réseaux importants, ce qui contribue à affaiblir la contestabilité »⁵¹⁹.

Ainsi, ces deux textes fournissent un cadre aux exigences d'interopérabilité imposées aux services de communications interpersonnelles.

236. Les obligations d'interopérabilité à la charge des services de communications interpersonnelles – Le CCEE compte parmi ses objectifs généraux celui de garantir l'interopérabilité des services de communications électroniques⁵²⁰. La directive met ensuite à la charge des autorités de régulation nationales de réaliser cet objectif et d'assurer l'interopérabilité entre les services⁵²¹. Les autorités peuvent donc imposer à certaines entreprises l'obligation d'assurer l'interopérabilité de leurs services. Ainsi, le CPCE compte parmi les exigences essentielles de la régulation, nécessaires pour garantir l'intérêt général, l'interopérabilité des services⁵²². Ainsi, la liberté de fournir au public des services de communications électroniques est conditionnée au respect des règles relatives à l'interopérabilité⁵²³. Ces règles sont imposées par l'ARCEP « dans la mesure de ce qui est nécessaire »⁵²⁴.

Le DMA impose quant à lui aux contrôleurs d'accès l'interopérabilité des services de communications interpersonnelles non fondés sur la numérotation⁵²⁵. Les opérateurs désignés sont ainsi tenus de rendre les fonctionnalités de base de leurs services interopérables, selon un calendrier préétabli. Les contrôleurs d'accès sont alors tenus de publier une offre de référence concernant cette interopérabilité.

⁵¹⁷ CCEE, préc., considérant 148

⁵¹⁸ *Ibid.*, considérant 149.

⁵¹⁹ DMA, préc., considérant 64

⁵²⁰ CCEE, préc., art 3

⁵²¹ *Ibid.* art 61

⁵²² Art. L32 12° CPCE.

⁵²³ Art. L33-1 CPCE.

⁵²⁴ Art. Art L34-8 CPCE.

⁵²⁵ DMA, préc., art 7

237. Une nécessaire articulation – Les deux réglementations imposent donc chacune des exigences d’interopérabilité dont la mise en œuvre est assurée par des autorités distinctes, entre la Commission européenne et les autorités de régulation nationales. De plus, si l’essence de l’obligation est similaire, les règles spécifiées ne sont pas identiques. Le DMA fournit ainsi un cadre très précis en amont, en désignant notamment les fonctionnalités devant être rendues inopérables. Il revient ensuite aux opérateurs de publier des offres de référence. L’ARCEP quant à elle bénéficie d’un cadre législatif large, qui lui permet d’imposer aux opérateurs qu’elle désigne des obligations adaptées.

Les similitudes dans l’esprit et le champ d’application des deux réglementations, accompagnées de ces différences de mise en œuvre entraîne des risques de doublons juridiques mais également de contradiction. En effet, l’appréciation des exigences d’interopérabilité peut être différente du point de vue de la Commission et des autorités de régulation nationales. Les opérateurs soumis aux réglementations peuvent donc se trouver dans une situation d’incertitude et d’insécurité juridique. De telles problématiques s’ajoutent aux difficultés techniques auxquelles devront faire face les plateformes en vue de mettre en œuvre l’interopérabilité prévue par le DMA.

De plus, les exigences d’interopérabilité ne sont pas les seules à se trouver régulées dans le DMA et dans la régulation sectorielle des communications électroniques.

B. Les exigences relatives au contenu contractuel

238. Les obligations générales et abstraites du DMA - Le contrôle des plateformes essentielles par le DMA se traduit également par de nombreuses obligations relatives au contenu des contrats conclus par les contrôleurs d’accès. Il en va ainsi de l’interdiction des clauses de parité⁵²⁶, des pratiques de *self-preferencing*⁵²⁷, ou des clauses empêchant les entreprises utilisatrices de plateformes essentielles de promouvoir leurs offres via cette plateforme, et de conclure ainsi des contrats avec les utilisateurs finaux⁵²⁸.

De tels comportements sont donc réputés négatifs et interdits *a priori*, de manière générale et abstraite. À cet égard, la logique de la régulation des communications électroniques diffère.

⁵²⁶ DMA, préc., art. 5.3.

⁵²⁷ *Ibid.*, art 6.5

⁵²⁸ *Ibid.*, art 5.4

239. La mise en œuvre concrète des obligations de la régulation des communications électroniques – Le CPCE fournit à l'ARCEP un cadre lui permettant de contrôler de manière individuelle et concrète les pratiques des opérateurs exerçant une influence significative sur un marché du secteur des communications électroniques⁵²⁹. Ces opérateurs peuvent se voir imposer des obligations notamment tarifaires, ou encore de fourniture de prestation dans des conditions non discriminatoire. Ils peuvent également être soumis à certaines interdictions telles que de ne pas coupler abusivement leurs prestations.

Ces dispositions du CPCE ne sont qu'un cadre général, qui doit ensuite être appliqué de manière individuelle et adaptée par l'ARCEP. La logique de la régulation des communications électroniques diffère donc sur ce point du DMA.

240. Une nécessaire articulation – Ainsi, les opérateurs concernés se voient soumis à une double réglementation. De cette dernière peut résulter certains conflits, l'appréciation des comportements anti-concurrentiels n'étant pas similaire d'une autorité de régulation à l'autre.

Après avoir observé ces risques de conflits du fait d'une proximité de contenu entre les deux règles, il est nécessaire d'analyser le cadre prévu pour leur articulation.

II. La recherche d'une articulation entre le *Digital markets act* et la régulation des communications électroniques

241. Le processus d'adoption du DMA - Le texte définitif du DMA est issu d'un processus ponctué de projet de textes, qui ont pu être analysés par les autorités de régulation (A). À la suite de ces différentes études, le texte définitif est adopté et prévoit certaines règles d'articulation spécifiques à la régulation des communications électroniques (B).

⁵²⁹ Art. L37-1 à L38-4 CPCE.

A. Les mises en garde préalables des autorités de régulation

242. Au niveau national, l’avis nuancé de l’ARCEP – L’année 2020 marque la publication par la Commission du projet de texte du DMA⁵³⁰. L’ARCEP procède alors à une analyse de ce texte lors de son rapport d’activité de 2021⁵³¹.

L’autorité nationale de régulation salue d’abord cette initiative européenne, permettant de réguler les plateformes structurantes, ces dernières pouvant être sources de freins à la concurrence et à l’innovation⁵³². Ce projet répond d’ailleurs, selon l’ARCEP, aux recommandations que l’autorité formule depuis 2018.

Pour autant, l’ARCEP estime que certains aspects du projet de texte pourraient être améliorés. Ses préconisations vont dans le sens d’un renforcement du règlement. Le fil conducteur des propositions de l’ARCEP est celui d’une modification du DMA en prenant en compte l’expérience de régulation acquise dans le secteur des communications électroniques. L’ARCEP préconise notamment des solutions plus concrètes et individualisées, en plus des obligations fixées à l’avance et de manière générale⁵³³.

De plus, l’ARCEP fait mention dans son rapport d’activité de 2022 de la nécessaire articulation entre le DMA et le Code européen des communications électroniques⁵³⁴. Dans ce cadre, elle participe aux travaux de l’Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE) orientés vers cette problématique.

243. Au niveau européen, les propositions de l’ORECE – Les travaux dont il est fait mention par l’ARCEP se concrétisent par l’adoption d’un rapport portant précisément sur l’articulation entre le DMA et le Code européen des communications électroniques⁵³⁵.

Ce rapport est l’occasion pour l’ORECE de souligner à plusieurs reprises les risques de chevauchement juridique et de conflits entre les deux instruments⁵³⁶. Cette analyse souligne à

⁵³⁰ Proposition de règlement du parlement européen et du conseil relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique (législation sur les marchés numériques), COM/2020/842 final.

⁵³¹ ARCEP, « L’état d’internet en France », Rapport d’activité, édition 2021, tome 3.

⁵³² *Ibid.*, p.91.

⁵³³ *Ibid.*, p.91.

⁵³⁴ ARCEP, « L’ARCEP et les marchés régulés », édition 2022, tome 1, 19 juillet 2022, p. 166.

⁵³⁵ BEREC, “Report on the interplay between the EECC and the EC’s proposal for a Digital Markets Act concerning number-independent interpersonal communication services, 11 juin 2021.

⁵³⁶ *Ibid.*, not. p.3, “In order to avoid potential regulatory overlap and conflicting remedies, and ensure legal certainty”.

cet effet que la complémentarité des objectifs des deux textes peut être remise en cause par la mise en œuvre de solutions différentes⁵³⁷.

À la suite de ces constations, l'ORECE propose la mise en place de certains mécanismes d'articulation. Le rapport évoque dans un premier temps l'obligation pour la Commission européenne de consulter les autorités de régulation compétentes lorsque la mise en œuvre du DMA concerne des acteurs soumis à la régulation sectorielle des communications électroniques⁵³⁸. L'avis rendu par les autorités de régulation à ce titre devrait également être contraignant⁵³⁹. De plus, l'ORECE propose une version modifiée de l'article 1 du DMA, concernant son champ d'application. Cette nouvelle version permettrait une analyse plus claire des frontières entre les deux instruments⁵⁴⁰.

La question de l'articulation entre le DMA et la régulation des communications électroniques est donc précisément envisagée par les autorités de régulation. Le rapport précité concerne cependant le DMA en tant que projet de texte. Il est désormais nécessaire d'analyser les règles définitivement adoptées.

B. Les règles d'articulation prévues par le DMA

244. Les règles générales d'articulation – Les dispositions introductives du DMA prévoient d'abord que concernant les exigences d'interopérabilité, le règlement s'applique sans préjudice du Code des communications électroniques européen⁵⁴¹. Les deux instruments s'appliquent donc de manière simultanée : le DMA laisse subsister la régulation des communications électroniques sans envisager une potentielle priorité de l'un sur l'autre.

L'article premier, concernant le champ d'application du DMA, précise ensuite que le règlement ne s'applique pas aux marchés liés aux réseaux et services de communications électroniques « autres que ceux liés aux services de communications interpersonnelles non fondés sur la

⁵³⁷ *Ibid.*, p.20, "Even though the overarching objectives of the two frameworks may in part be complementary, the remedies however to a large extent differ".

⁵³⁸ *Ibid.*, "For instance, as a general principle, it should be clearly stated in the DMA that if the implementation of remedies under Articles 5 and 6 DMA involves NI-ICS as CPS, the EC must consult the competent authorities (NRAs, BEREC and/or the DMA Advisory Board proposed by BEREC⁴⁸) regarding the potential impact on markets of ECS".

⁵³⁹ *Ibid.*, "The consulted authorities shall issue a binding opinion".

⁵⁴⁰ *Ibid.*, p.22 et s.

⁵⁴¹ DMA, préc., considérant 64.

numérotation »⁵⁴². Cette précision laisse donc subsister les risques de chevauchement juridique concernant ces derniers services.

245. L’absence de prise en compte des propositions de l’ORECE – La proposition de l’ORECE visant à réformer l’article premier du DMA concernant son champ d’application n’a d’abord pas été prise en compte par la version finale du règlement. Cette dernière laisse en effet cet article inchangé par rapport au projet de texte étudié par l’ORECE.

De plus, le DMA n’inclut pas de mécanisme de consultation obligatoire des autorités de régulation des communications électroniques, qui ne rendent donc pas d’avis contraignants. La Commission dispose seulement de la possibilité de les consulter⁵⁴³. En revanche, un « groupe de haut niveau » est institué, composé notamment de l’organe des régulateurs européens des communications électroniques. Ce dernier se réunit « à la demande de la Commission au moins une fois par année civile »⁵⁴⁴.

De telles dispositions ambiguës ne permettent donc pas d’éviter avec certitudes les risques de chevauchement juridiques entre le DMA et la régulation des communications électroniques.

246. La potentialité d’un effacement de la régulation des communications électroniques au profit du DMA – De ce risque de chevauchement pourrait résulter un effacement progressif de la régulation des communications électroniques au profit du DMA. En effet, il a été exposé précédemment que les autorités nationales de régulation sont tenues d’apprécier la notion de marché devant être soumis à régulation au regard des barrières à leur entrée, mais également de l’incapacité du droit de la concurrence à remédier seul à ces défaillances de marché⁵⁴⁵.

L’adoption du DMA, règle de concurrence extrêmement singulière, pourrait représenter un remède à ces défaillances, engendrant un retrait de la régulation des communications électroniques à l’égard des services régulés en amont par le règlement européen. Pour autant, les outils fournis par le DMA reçoivent énormément de critiques, ce qui permet de douter de sa prise en compte en tant qu’instrument permettant à lui seul de remédier aux défaillances du marché.

⁵⁴² *Ibid.*, art. 1.3.b).

⁵⁴³ *Ibid.*, art. 37.

⁵⁴⁴ DMA, préc., art. 40.

⁵⁴⁵ V. supra §107.

Conclusion générale

247. La recherche complexe d'un équilibre entre le droit de la concurrence et la régulation sectorielle - L'application des règles de concurrence dans le secteur des communications électroniques peut être étudiée sous différents angles. Dans le cadre de cette étude, nous avons choisi de l'aborder en observant les relations entre le droit de la concurrence et la régulation applicable à ce secteur.

La première difficulté d'un tel sujet est la compréhension de la notion de « régulation ». Selon les auteurs, ce terme peut revêtir plusieurs significations. De plus, il est nécessaire de le distinguer du droit de la concurrence. Les critères classiques de distinction sont d'une grande utilité pour délimiter les contours de la notion de régulation. Celle-ci se caractérise par une intervention *ex ante*, destinée à créer un équilibre dans un secteur souvent anciennement monopolistique. Cette distinction est toutefois mise à mal par l'évolution du droit de la concurrence. Ce dernier adopte une approche de plus en plus régulatoire, notamment à travers le contrôle des concentrations et la théorie des infrastructures essentielles.

Cependant, il est toujours possible de tracer une ligne de démarcation entre ces deux corps de règles, s'appliquant de manière concomitante au secteur des communications électroniques. Il est donc nécessaire d'étudier les raisons de ce double contrôle. Celles-ci résident principalement dans l'incapacité de chacun des deux encadrements normatifs à régir à lui seul ce secteur très particulier.

Si cette coexistence est nécessaire, elle engendre également des problématiques d'articulation. En effet, les immixtions du droit de la concurrence dans le champ d'action de la régulation sont fréquentes. Elles concernent principalement les questions de l'accès et de ses conditions aux infrastructures possédées par l'opérateur historique de télécommunication. À première vue, il serait possible de soulever un risque de décisions ou d'injonctions contradictoires affectant un même opérateur. Une telle situation ne se présente que rarement en pratique, en raison du dialogue instauré entre les autorités de concurrence et le régulateur sectoriel. Pour autant, le droit de la concurrence et la régulation sectorielle sont empreints d'objectifs et de méthodes d'interventions distincts. Leur application concomitante au secteur des communications électroniques paraît donc manquer de cohérence, engendrant une situation d'insécurité juridique pour les opérateurs régulés.

Bien que complexe, la recherche d'une articulation équilibrée entre le droit de la concurrence et la régulation sectorielle des communications électroniques s'avère donc indispensable. Une telle étude nécessite, pour être exhaustive, une extension de son objet.

248. L'extension du champ matériel de l'étude – Au-delà du secteur des communications électroniques, la recherche d'un équilibre entre le droit de la concurrence et la régulation nécessite d'être étendue à l'ensemble des secteurs régulés.

Cette entreprise peut débiter par les secteurs classiquement régulés, cette expression faisant référence aux activités ayant fait l'objet de monopoles étatiques puis d'une libéralisation. Il s'agit non seulement du secteur des communications électroniques, de l'audiovisuel, mais aussi des services postaux et de l'énergie.

Ces observations résultant de ces analyses ensuite être utilisées pour étudier une nouvelle forme de régulation, plus moderne, concernant les services numériques. Ces nouveaux textes - le DMA, la DSA, le Data Act - se présentent comme des instruments hybrides entre la régulation et le droit de la concurrence. Ils ont pu être étudiés dans le cadre de la présente étude en tant que droit spécial de la concurrence. La question de leurs relations avec la régulation des communications électroniques a donc pu être posée. Toutefois, ces textes peuvent également être pris en considération en tant que régulation autonome. Survient alors la question de son articulation avec les règles classiques de concurrence, applicables aux plateformes numériques. Quoi qu'il en soit, l'application prochaine de ces nouveaux instruments risque de révéler des problématiques d'articulation singulières. En effet, le terme même de régulation « sectorielle » est discutable pour ces textes dont le champ d'application est extrêmement large.

Toutefois, une telle extension du champ matériel de l'étude n'épuise pas toutes les pistes de recherche.

249. L'extension du champ géographique de l'étude - La recherche d'une articulation cohérente entre le droit de la concurrence et la régulation sectorielle peut également nous conduire à une étude comparative. Celle-ci a déjà pu être abordée dans le cadre de la présente étude. Certains pays, comme les Etats-Unis, proclament l'indépendance des deux corps de règles, tandis que d'autres font le choix d'accepter leur application concomitante. Une autre solution consiste à regrouper les deux missions au sein d'une autorité unique. Celle-ci nécessiterait une profonde refonte institutionnelle. Ces perspectives nécessitent une étude approfondie, au regard des particularités des systèmes juridiques et de la structure concurrentielle des États concernés.

Bibliographie

I. Dictionnaires et ouvrages généraux

BOSCO (D.), PRIETO (C.),

- *Droit européen de la concurrence, ententes et abus de position dominante*, Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, 1^{ère} édition, 2013.

CORNU (G.),

- *Vocabulaire juridique*, PUF, Coll. Quadrige, 14^e édition, 2022.

COLLECTIF,

- *Dictionnaire Le Robert*, Le Robert, 2018.

CHAGNY (M.) (Dir.),

- *Le Lamy droit économique*, Lamy, 2022.

DECOCQ (A.), DECOCQ (G.),

- *Droit de la concurrence – Droit interne et droit de l'Union européenne*, LGDJ, 9^{ème} édition, 2021.

DELAUNAY (B.),

- *Droit public de la concurrence*, LGDJ, Coll. Manuel, 2^{ème} édition, 2018.

PETIT (N.),

- *Droit européen de la concurrence*, LGDJ, Coll. Précis Domat, 3^{ème} édition, 2020.

FRISON ROCHE (M.A), RODA (J.C),

- *Droit de la concurrence*, Dalloz, Coll. Précis, 2^{ème} édition, 2022.

MALAUZIE-VIGNAL (M.),

- *Droit de la concurrence interne et européen*, Sirey, Coll. Université, 8^{ème} édition, 2019.

RAPP (L.) (dir.),

- *Le Lamy Droit Public des Affaires*, Lamy, 2022.

REY (A.),

- *Dictionnaire culturel en langue française*, Le Robert, Coll. Dictionnaire culturel, 2006.

SIRINELLI (P.) (dir.),

- *Le Lamy droit des médias et de la communication*, Lamy, 2022.

VOGEL (L.),

- *Droit de la concurrence – Droit européen, Traité de droit économique*, Bruylant, Tome 1, 3^{ème} édition, 2020.

II. Ouvrages spéciaux et thèses

AÏM (O.), BILLIET (S.),

- *Communication*, Dunod, Coll. Openbook, 2020.

AMARO (R.), BEHAR-TOUCHAIS (M), CHARBIT (N),

- *A quoi sert la concurrence ?*, Concurrences, 2014.

ATTALI (J.),

- *Histoire des médias – Des signaux de fumée aux réseaux sociaux*, et bien après, Fayard, Coll. Documents, 2021.

BOY (L.), RACINE (J.B.),

- *Sécurité juridique et droit économique*, Larcier, Coll. Droit, économie, international, 2008.

CHAGNY (M.), COMBE (E.) (Dir.),

- *Dictionnaire de droit de la concurrence*, Concurrences, 2023.

COMBE (E.),

- *La Concurrence*, Puf, 2^{ème} édition, 2021.

CRESPRY-DE CONINCK (M.),

- *Recherches sur les singularités du contentieux de la régulation économique*, Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2017.

DAMET (A.),

- *Le monde grec – De minos à Alexandre (1700-323 av. J.-C.)*, Armand Colin, Coll. Portail, 2020.

FARJAT (G.),

- *Pour un droit économique*, Presses universitaires de France, Coll. Les voies du droit, 1^{ère} édition, 2004.

HOBERDON (N.),

- *Droit de la concurrence et régulation sectorielle : Recherche sur un ensemble juridique cohérent*, Thèse de doctorat, 2010, Université Paris-Dauphine.

IDRI (M.),

- *La réglementation de la téléphonie sur Internet : premier bilan de l'ouverture à la concurrence du réseau téléphonique français*, Thèse de doctorat, 2009, Aix-Marseille Université.

LASSERRE (J.) et alii,

- *Droit bancaire*, Dalloz, 3^e édition, 2021.

MAIGRET (E.),

- *Sociologie de la communication et des médias*, Armand Colin, Coll. U, 4^{ème} édition, 2022.

MUSSO (P.),

- *Les télécommunications*, Paris, La Découverte, Coll. Repères, 2008.

RENE (L.),

- *Sociologie. Théorie et analyse*, Ellipses, Coll. Optimum, 2^{ème} édition, 2018.

SHEHA (A.),

- *La régulation du secteur des communications électroniques : étude comparée des droits français et égyptiens*, Tome 1, L'Harmattan, 2022.

III. Répertoires et ouvrages pratiques

AUTIN (J.L.), BREEN (E.),

- « Autorités administratives indépendantes », *JCI. Administratif*, Fasc. 45.

AUTIN (J-L.), IDOUX (P.),

- « Droit national des communications électroniques », 11 janv. 2011, *JCI. Communication*, Fasc. 4600.

ACHILLEAS (P.),

- « Droit européen des communications électroniques », *JCI. Communication*, Fasc. 402, 1^{er} juillet 2020.
- « Droit international des télécommunications », *JCI Droit international*, Fasc 512, 1^{er} avril 2021.
- « Droit des communications électroniques de l'Union européenne », *JCI Europe Traité*, Fasc. 1125, fév.2020.

JEANNENEY (P.A.),

- « Communications électroniques », *Répertoire du contentieux administratif*, fév. 2007.

TERRIEN (G.),

- « Télécommunications », *JC Collectivités territoriales*, Fasc. 471, 31 mars 2022.

IV. Articles et chroniques

BACACHE-BEAUVALLET (M.), PERROT (A.),

- « Régulation économique : quels secteurs réguler et comment ? », *Les notes du conseil d'analyse économique*, nov. 2017, n°44.

BARRAUD (B.),

- « La spécialisation du droit des communications », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n°141, 1^{er} oct. 2017.

BERG (O.), TRAN THIET (J.P.),

- « Ciseaux tarifaires : la cour suprême des états-unis refuse d’examiner une pratique de ciseaux tarifaires (pacific bell) », *Concurrences* N° 2-2009, 25 février 2009.

BINET (L.),

- « Un an de régulation du marché des communications électroniques », *Communication Commerce électronique* n°5, Mai 2023.

BOSCO (D.),

- « La régulation concurrentielle des GAFA, le droit et les droits », Actes de colloques, Gazette du Palais, 15 sept. 2021.
- « DB Station & Service : la Cour de justice rend un arrêt important quant à l’application de l’article 102 TFUE dans les secteurs régulés », *Contrats Concurrence Consommation* n°12, Décembre 2022, comm. 194.
- « Regards sur la postmodernisation de l’abus de position dominante », *in Concurrence et Europe – Liber Amicoum – Volume 1*, Laurence Idot.
- « Concurrence et régulation : quelle articulation au regard du principe ne bis in idem », *Contrats Concurrence Consommation*, n°5, Mai 2022, comm. 86.

BOY (L.),

- « Réflexions sur "le droit de la régulation" », *D.* 2001, p. 3031.

BRIAND-MELEDON (D.),

- « Autorités sectorielles et autorités de concurrence : acteurs de la régulation », *Revue internationale de droit économique*, 2007.

CHARBIT (N.),

- « Les objectifs du régulateur – Entre recherche d’efficacité et rappel de légalité », *Presses de Sciences Po*, 2004.

CHAMPAUD (C.),

- « Régulation et droit économique », *Revue internationale de droit économique*, 2002/1.

CHEVALLIER (J.),

- « L'Etat régulateur », *Revue française d'administration publique*, 2004, n°111.

CHONE (P.),

- « Droit de la concurrence et régulation sectorielle. Entre ex ante et ex post », in *Droit et économie de la régulation. Les engagements dans les systèmes de régulation*, Presses de Sciences Po, 2006.

COHEN-TANUGI (L.),

- « L'articulation entre la régulation sectorielle et le droit de la concurrence », *LPA*, 10 juill. 1998,

CURIEN (N.),

- « La libéralisation des télécommunications en Europe », *Flux*, 2001/2.

DEBROUX (M.),

- « Imputabilité », *Dictionnaire de droit de la concurrence*, Concurrences, Art. N° 105920

DECOCQ (G.),

- « Abus de position dominante – La boucle locale est une facilité essentielle », *Contrats Concurrence Consommation* n° 12, Décembre 2007, comm. 308.

DONNEDIEU DE VABRES-TRANIE (L.),

- « Etats-Unis – Rejet de la théorie des effets de ciseau tarifaire par la Cour suprême », *Revue Lamy de la concurrence*, n°19, 1^{er} avril. 2009.
- « Fusion de l'autorité danoise de la concurrence avec l'agence nationale de la consommation », *Revue Lamy Droit de la concurrence*, 2010/25, no 1712, 1^{er} octobre 2010.
- « Création de l'autorité néerlandaise de protection des consommateurs et des marchés », *Revue Lamy de la concurrence*, N° 34, 1^{er} janvier 2013.

DONNEDIEU DE VABRES-TRANIE (L.), TERRIER (G.),

- « La théorie des facilités essentielles constitue-t-elle le meilleur moyen de faire face à la rareté des ressources ? », *Revue Lamy Concurrence*, 2006, n° 657.

DOUGET (S.),

- « L'ouverture à la concurrence dans les industries de réseaux », *Revue Lamy de la concurrence*, 1^{er} nov. 2018, n°77.

DUMARCAY (M.),

- « Le Digital Markets Act (DMA), entre évolution et révolution des politiques de concurrence », *Revue Lamy de la concurrence*, 121, 1 nov. 2022.

DUNNE (N.),

- “Between competition law and regulation: hybridized approaches to market control”, *Journal of Antitrust Enforcement*, Volume 2, 2014.

FICHET (C.),

- « La régulation sectorielle et de la concurrence : l'exemple du secteur des télécommunications », *LPA*, 17 oct. 2003.

FONTAINE (F.),

- « Régulation et droit de la concurrence – Regards croisés sur la décision Deutsche Telekom », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n°41, 1^{er} août 2008.

FREJET (O.),

- « Régulations et droit de la concurrence », *Contrats Concurrence Consommation*. n°3, mars 2023, dossier 6

FRISON ROCHE (M.A.),

- « Les différentes définitions de la régulation », *LPA*, 10 juillet 1998.
- « Le droit de la régulation », *D. 2001*, p. 610.
- « Définition du droit de la régulation économique », *D. 2004*, p.126.
- « Le droit de la compliance au-delà du droit de la régulation », *D. 2018*, p.1561.

GENEVOIS (B.),

- « Les conflits de compétence concernant les autorités administratives indépendantes », *Mélanges Sabourin*, Bruylant, 2001.

GENOUD (C.),

- « Libéralisation et régulation des industries de réseau : diversité dans la convergence ? », *Revue internationale de politique comparée*, 2004/2 (Vol.11).

IACOVIDES (M.), STYLIANOU (K.),

- “The goals of EU competition law: a comprehensive empirical investigation”, *Legal Studies*, 2022.

IBÁÑEZ COLOMO (P.),

- “On the Application of Competition Law as Regulation: Element for a Theory”, *Yearbook of European Law*, Volume 29, Issue 29, 2010.

IDOT (L.),

- « L’application du principe ne bis in idem en droit de la régulation économique À propos des arrêts de la Cour de justice bpost et Nordzucker du 22 mars 2022 », *Europe* n°6, juin 2022, étude 5.

LUC (I.),

- « Un bilan de l’activité de la Cour suprême américaine en droit de la concurrence pour l’année 2007 », *Revue Lamy de la concurrence*, n°13, 1^{er} octobre 2007.

MARTY (F.),

- « Les stratégies de ciseau tarifaire : analyse économique et mise en perspective des pratiques décisionnelles européennes et américaines », *Revue Lamy de la concurrence*, n°27, 1^{er} avril 2011.
- « Les partenariats publics-privés dans les infrastructures de télécommunications à haut et très haut débit : les enjeux concurrentiels », *Revue économie industrielle*, n° 141, 2013/1, p. 73.

NAUGES (S.),

- « L’articulation entre droit commun de la concurrence et droit de la régulation sectorielle », *AJDA* 2007.

PETIT (N.),

- « Epistémologie du droit de la concurrence », in *Laurence Idot Libert Amicorum, Concurrence et Europe*, Volume I., Concurrences, 2022, p.560.

PERROT (A.),

- « Régulation et politique de concurrence dans les réseaux électriques », *Economie publique*, 14 | 2004/1.

PEZ (T.),

- « Régulateurs sectoriels et Autorité de la concurrence », *Revue du droit public*, n°2, 2014.

REY (P.),

- « Rôle et place des engagements dans les systèmes de régulation », in *Droit et économie de la régulation*. 4, 2006.

RODA (J.C),

- « Réflexions sur les objectifs du droit français de la concurrence, *D.* 2008, p.1504.
- « DMA – Le Digital Markets Act (1^{re} partie) – Contrôler les contrôleurs d'accès », *Communication Commerce électronique* n°2, Février 2023, étude 4.

SEVY (D.),

- « Le contrôle des concentrations dans les industries de réseau : particularités et enjeux », *Revue Lamy de la concurrence*, 5, 1 nov. 2005.

VI. Rapports, études et communiqués de presse

ARCEP,

- « Le rapport d'activité de l'Arcep 2019 », Rapport annuel, juillet 2019.
- « L'état d'internet en France », Rapport d'activité, édition 2021, tome 3.
- « Le dégroupage de la boucle locale », Grand dossier, 28 mars 2023.
- « L'ARCEP et les marchés régulés », édition 2022, tome 1, 19 juillet 2022.

- « La notion d’infrastructure essentielle dans la régulation sectorielle », La lettre de l’autorité de régulation des communications électroniques, Janvier/Février 2008.

ORECE,

- “Report on the interplay between the EECC and the EC’s proposal for a Digital Markets Act concerning number-independent interpersonal communication services”, 11 juin 2021.

COMMISSION EUROPEENNE,

- « Livre vert sur le développement du marché commun des services et des équipements de télécommunications », COM (87) 290 final, 30 juin 1987.
- « Livre vert sur la libéralisation des infrastructures de télécommunications et des réseaux de télévision par câble », Première partie, COM (94) 440, 15 octobre 1994.
- « Concentrations : la Commission ouvre une enquête approfondie sur l’opération envisagée entre Orange et MasMovil », Articles d’actualité, 4 avril 2023.

CONSEIL D’ETAT,

- « Le droit souple », *Les rapports du Conseil d’Etat*, Etude annuelle, 2013.

DIRECTION GENERALE DU TRESOR,

- « La concurrence dans le marché français des communications électroniques », Janvier 2023.

OCDE,

- « Concurrence sur les marchés de produits et performance économique », in *Etudes économiques de l’OCDE*, n°15, 2005.
- « Les objectifs du droit et de la politique de la concurrence », *Revue sur le droit et la politique de la concurrence*, 2003/1, Vol. 5.

Table des matières

REMERCIEMENTS.....	II
LISTE DES ABREVIATIONS	III
SOMMAIRE	IV
INTRODUCTION GENERALE	1
PARTIE 1. LA COMPLEMENTARITE DU DROIT DE LA CONCURRENCE ET DE LA REGULATION SECTORIELLE DES COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES.....	9
Titre 1. La distinction entre le droit de la concurrence et la régulation sectorielle : une tendance à la perméabilité des frontières	10
<i>Chapitre 1. Les critères classiques de distinction entre le droit de la concurrence et la régulation sectorielle.....</i>	<i>10</i>
Section 1. La régulation, gouvernée par un objectif de construction d'un équilibre sectoriel.....	10
I. La construction d'un équilibre concurrentiel	11
A. Une nécessité de construction propre aux secteurs anciennement monopolistiques	11
B. Le rôle de la régulation dans la construction d'une concurrence sectorielle	13
II. La construction d'un équilibre impliquant la protection d'intérêts non-économiques hétérogènes	16
A. Des intérêts propres à certaines particularités sectorielles.....	16
B. Le rôle de la régulation dans la construction d'un équilibre entre des intérêts hétérogènes	18
Section 2. Un objectif de construction d'un équilibre impliquant l'utilisation d'instruments spécifiques	20
I. La mise en œuvre des instruments de la régulation par des institutions spécifiques	20
A. La qualification juridique des autorités de régulation	20
B. Les pouvoirs des autorités de régulation.....	22
II. L'identification d'instruments propres à la régulation	24
A. L'intervention de la régulation caractérisée par sa temporalité.....	24
B. Les modalités concrètes de l'intervention de la régulation	27
<i>Chapitre 2. L'altération de la distinction entre le droit de la concurrence et la régulation sectorielle.....</i>	<i>31</i>
Section 1. Les tendances à une conception élargie de la régulation sectorielle	31
I. L'objet de la régulation sectorielle en mouvement.....	31
A. L'application durable de la régulation	32
B. L'application de la régulation dans des secteurs variés.....	33
II. La nature variée des interventions de la régulation	35
A. La compétence des autorités de régulation en matière de règlement des différends.....	35
B. La compétence des autorités de régulation en matière de sanction.....	36
Section 2. Les tendances régulatrices du droit de la concurrence	37
I. L'attrait du droit de la concurrence pour la construction de la structure concurrentielle	38
A. Une logique de régulation par l'adoption d'instruments originaux.....	38
B. Le rôle de régulateur des autorités de concurrence.....	39
II. L'extension des objectifs du droit de la concurrence à une sphère non économique	42

A. Les objectifs débattus du droit de la concurrence.....	43
B. Les conséquences de l'étude des objectifs sur la distinction entre droit de la concurrence et régulation sectorielle.....	44

Titre 2. La coexistence nécessaire du droit de la concurrence et de la régulation sectorielle des communications électroniques 46

Chapitre 1. La régulation sectorielle au soutien des lacunes du droit de la concurrence. 46

Section 1. La régulation, indispensable au processus de libéralisation du secteur des communications électroniques	46
I. La nécessité d'une réglementation évolutive.....	47
A. Une réglementation spécifique permettant l'ouverture progressive du marché à la concurrence	47
B. Une réglementation spécifique permettant l'encadrement évolutif des acteurs du marché	50
II. La nécessité d'instruments spécifiques propres à construire un équilibre sectoriel	52
A. La construction d'une structure concurrentielle équilibrée	52
B. La construction d'un équilibre impliquant la protection d'intérêts propres au secteur des communications électroniques	54
Section 2. L'utilité persistante du droit de la régulation à la suite de la libéralisation du secteur des communications électroniques	56
I. La nécessité d'une régulation persistante des technologies classiques	57
A. Le rôle de la régulation dans le maintien d'une concurrence fragile.....	57
B. Le rôle de la régulation dans la prise en compte d'intérêts non-économiques.....	59
II. La nécessité d'une régulation persistante pour une prise en compte des nouvelles technologies.....	60
A. L'utilisation de nouvelles technologies par les opérateurs traditionnels de communications électroniques	60
B. L'apparition de nouveaux opérateurs de communications électroniques	62

Chapitre 2. Le droit de la concurrence au soutien des lacunes de la régulation sectorielle 64

Section 1. Le rôle du droit de la concurrence dans la construction de la régulation sectorielle des communications électroniques	64
I. Le rôle du droit européen de la concurrence dans la construction des régulations nationales.....	64
A. L'influence du droit européen de la concurrence dans la délimitation des marchés soumis à une régulation <i>ex ante</i>	64
B. L'intervention préalable de la Commission dans la détermination d'obligations asymétriques	66
II. Le rôle de l'Autorité de la concurrence dans la construction de la régulation sectorielle nationale	67
A. Le rôle consultatif de l'Autorité de la concurrence à travers les avis préalables	67
B. Le rôle initiateur de l'Autorité de la concurrence à travers les enquêtes sectorielles.....	68
Section 2. L'application complémentaire du droit de la concurrence dans les contentieux du secteur des communications électroniques	69
I. Le principe de la soumission des secteurs régulés au droit de la concurrence	69
A. L'affirmation européenne du principe de soumission des secteurs régulés au droit de la concurrence...	69
B. Les justifications de l'application du droit de la concurrence aux secteurs régulés	70
II. L'appréhension par le droit de la concurrence de comportements non régulés	73
A. La condamnation d'ententes anticoncurrentielles	73
B. Le contrôle des concentrations	74

PARTIE 2. LA CONFRONTATION DU DROIT DE LA CONCURRENCE ET DE LA REGULATION SECTORIELLE DES COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES..... 76

Titre 1. Les immixtions récurrentes du droit de la concurrence dans le champ d'action de la régulation 77

Chapitre 1. Les immixtions du droit de la concurrence au regard de l'accès aux infrastructures de communications électroniques..... 78

Section 1. L'appréciation du refus d'accès aux infrastructures	78
I. L'hypothèse de l'application de la théorie des infrastructures essentielles au secteur des communications électroniques	78
A. Une notion irriguant le droit de la concurrence et la régulation sectorielle	79
B. Les applications pratiques de la théorie des infrastructures essentielles au secteur des communications électroniques.....	80
1) Les listes d'abonnés téléphoniques, une infrastructure qualifiée d'essentielle <i>ex post</i>	80
2) La mise en œuvre de la théorie des infrastructures essentielles dans le cadre d'une régulation en cours de structuration.....	82
II. L'hypothèse de la non-application de la théorie des infrastructures essentielles au secteur des communications électroniques	85
A. Le refus d'application de la théorie des infrastructures essentielles dans le cadre du secteur des communications électroniques	85
B. L'application généralisée de la solution européenne	87
Section 2. L'appréciation des conditions d'accès aux infrastructures	88
I. L'hypothèse d'un double contrôle des prix	88
A. La qualification de ciseaux tarifaires.....	89
B. Les applications pratiques de la notion de ciseaux tarifaires dans le secteur des communications électroniques.....	90
II. La prise en compte du double contrôle des prix par les autorités de concurrence	91
A. La solution européenne fondée sur la notion d'imputabilité	92
B. Une solution empreinte de sévérité	93

Chapitre 2. Les immixtions du droit de la concurrence au regard de l'appréciation des offres au consommateur final 95

Section 1. L'appréciation des abus tarifaires au sein des offres au consommateur final	95
I. La qualification de prix prédateurs.....	95
A. Une pratique visant à l'exclusion des concurrents	95
B. Les tests d'identification d'une pratique de prix prédateurs.....	96
II. L'application de la qualification de prix prédateurs au secteur des communications électroniques.....	98
A. L'implication du contexte de régulation dans les pratiques de prix prédateurs.....	98
B. La prise en compte des obligations de service universel de l'opérateur historique	99
Section 2. L'appréciation des abus non tarifaires au sein des offres au consommateur final	101
I. La problématique des ventes liées préalablement soumises à homologation.....	102
A. La pratique des ventes liées	102
B. Les applications de la qualification de ventes liées au secteur des communications électroniques.....	103
II. La problématique des expérimentations restrictives de concurrences de nouvelles technologies	105
A. La suspension de l'expérimentation restrictive de concurrence	105
B. La question de la nécessité d'une intervention du droit de la concurrence au regard de la régulation en place.....	106

Titre 2. L'étude de mécanismes variés d'articulation entre le droit de la concurrence et la régulation sectorielle.....	108
<i>Chapitre 1. L'étude comparée des mécanismes d'articulation entre le droit de la concurrence et la régulation sectorielle.....</i>	<i>108</i>
Section 1. Les solutions sur le plan substantiel	108
I. La remise en cause de la nécessité d'un double contrôle	108
A. Une priorité octroyée à la régulation sectorielle	109
B. L'hypothèse d'un effacement de la régulation sectorielle	111
II. La limitation de l'action du droit de la concurrence	113
A. La remise en cause du rôle régulateur des autorités de concurrence	113
B. La remise en cause de la qualification de ciseaux tarifaires	115
Section 2. Les solutions sur le plan procédural.....	117
I. L'existence de structures institutionnelles alternatives	117
A. Le rapprochement de l'autorité de concurrence et de l'autorité de régulation sectorielle	118
B. Le renforcement des pouvoirs de l'autorité de régulation	119
II. La gestion aval du chevauchement des compétences.....	120
A. La mise en œuvre du principe <i>non bis in idem</i>	120
B. Les conséquences civiles du comportement de l'opérateur régulé	122
<i>Chapitre 2. Les solutions spécifiques de l'articulation entre la régulation du numérique et la régulation des communications électroniques</i>	<i>125</i>
Section 1. Une manifestation particulière de l'application du droit de la concurrence au secteur des communications électroniques	125
I. Le <i>Digital markets act</i> , un texte hybride de régulation concurrentielle	125
A. Un objectif concurrentiel singulier	126
B. L'utilisation d'outils réglementaires	127
II. Les interférences dans les champs d'application du <i>Digital markets act</i> et de la régulation des communications électroniques	128
A. L'extension de la régulation sectorielle aux services de communications interpersonnelles	129
B. Les services de communications interpersonnelles explicitement visés par le <i>Digital markets act</i>	130
Section 2. Les enjeux de l'articulation entre le DMA et la régulation des communications électroniques	131
I. La proximité de contenu du <i>Digital markets act</i> et de la régulation des communications électroniques	131
A. L'exigence d'interopérabilité des services de communications interpersonnelles	131
B. Les exigences relatives au contenu contractuel	133
II. La recherche d'une articulation entre le <i>Digital markets act</i> et la régulation des communications électroniques	134
A. Les mises en garde préalables des autorités de régulation	135
B. Les règles d'articulation prévues par le DMA	136
CONCLUSION GENERALE	138
BIBLIOGRAPHIE	140
TABLE DES MATIERES	150