

# Les actes des ateliers

## La coordination des autorités de régulation



Atelier de la concurrence du 26 janvier 2010



## La coordination des autorités de régulation

### Atelier de la concurrence du 26 janvier 2010

**Présidé par:** **Laurence Idot**, professeur à l'université de Paris II Panthéon-Assas, collège européen de Paris et **Christophe Lemaire**, maître de conférences à l'école de droit de la Sorbonne (université Paris I Panthéon Sorbonne)

#### Accueil ..... 3

**André Marie**, chef du bureau des pratiques anticoncurrentielles à la DGCCRF

#### Introduction ..... 5

**Laurence Idot**, professeur à l'université de Paris II Panthéon-Assas, collège européen de Paris

#### La coordination entre autorités de concurrence et régulateurs sectoriels ..... 6

**Christophe Lemaire**, maître de conférences à l'école de droit de la Sorbonne (université Paris I Panthéon-Sorbonne) et avocat au barreau de Paris (Ashurst)

#### La coordination entre régulateurs au sein de l'Union européenne ..... 13

**Stéphane Rodrigues**, maître de conférences à l'école de droit de la Sorbonne (université Paris I Panthéon-Sorbonne) et avocat à la cour et au barreau de Bruxelles

#### Table ronde - la coordination des autorités de régulation : Quelles attentes ? Quelles évolutions ? Quels contrôles ..... 16

**Rémy Coin**, directeur juridique de la commission de régulation de l'énergie

**Élisabeth Flüry-Hérard**, vice-présidente de l'autorité de la concurrence

**Thierry Fossier**, président de la chambre « régulation économique » de la cour d'appel de Paris

**Nadia Horstmann**, chef de section adjointe des affaires internationales de l'Office fédéral allemand de régulation des réseaux, coprésidente de la Task Force « Agency project team » du conseil des régulateurs européens de l'énergie

**Sandra Lagumina**, directrice juridique corporate de GDF-SUEZ

#### Débat ..... 24

## Accueil

### André Marie

chef du bureau des pratiques  
anticoncurrentielles à la DGCCRF

Nous ouvrons aujourd'hui le premier atelier de la concurrence de l'année 2010, consacré à la coordination des autorités de régulation, coprésidé par Laurence Idot et Christophe Lemaire, que je remercie.

Au nom de Nathalie Homobono, directrice générale de la DGCCRF, de Francis Amand, chef de service, et en mon nom, je vous adresse mes vœux les plus chaleureux pour cette nouvelle année qui sera encore extrêmement riche en la matière de prédilection qui nous réunit encore ce matin.

2010 est une année importante à plus d'un titre : la DGCCRF poursuit avec une grande application sa mission en matière de concurrence et notamment de pratiques anticoncurrentielles. Elle s'est pleinement approprié les dispositions de l'ordonnance du 13 novembre 2008, en continuant sans relâche sa mission de détection des pratiques anticoncurrentielles au plus près des acteurs économiques. En 2009, elle a ainsi transmis à l'Autorité de la concurrence 81 projets d'enquêtes et 46 rapports terminés. Elle est en mesure, en ce début d'année, de régler une dizaine d'affaires révélant des pratiques locales pour lesquelles la DGCCRF dispose maintenant d'un pouvoir de transaction et d'injonction, l'une d'entre elles a d'ores et déjà été acceptée. Nous y reviendrons plus en détail lors d'une conférence organisée au deuxième trimestre 2010 par l'AFEC.

2010 est aussi une année cruciale pour la DGCCRF car, dès le 1<sup>er</sup> janvier, l'un des volets de la réforme de l'État, la RGPP, et notamment la mise en place des directions interministérielles, a été concrétisé. L'échelon départemental associe désormais la DGCCRF et les services vétérinaires pour les départements dont la population excède les 400 000 habitants. À cela, s'ajoutent les services Sanitaires et Sociaux, et ceux de la Jeunesse et des Sports, pour les autres départements. Schématiquement, cet échelon sera chargé des relations entre les consommateurs et les entreprises, tandis que l'échelon régional, autrement dit les directions régionales des entreprises de la concurrence, de la consommation et du travail, les DIRECCTE, seront pleinement effectives au 1<sup>er</sup> juillet 2010 et traiteront les relations entre les entreprises. C'est donc bien au sein de ces DIRECCTE que s'exerceront les missions concurrence de la DGCCRF.

Bien évidemment, les travaux de ces directions interministérielles et des DIRECCTE seront articulés. La directive nationale d'orientation, mise en place chaque année par l'administration centrale de la DGCCRF, assurera la mutualisation des moyens. Cette directive nationale d'orientation manifeste toujours le positionnement ministériel des missions, leur pérennité et la continuité de notre action dans tous les secteurs d'économie. Vous le constatez, 2010 marque véritablement une nouvelle ère pour la DGCCRF et nous nous engageons dans cette voie avec conviction et détermination.

Quelques mots à présent de l'actualité de la concurrence. Deux décisions importantes marquent déjà ce début d'année : l'arrêt Acier, rendu par la cour d'appel de Paris le 20 janvier dernier, et le jugement du tribunal de commerce de Lille du 6 janvier, dans l'affaire Castorama.

La décision rendue sur l'affaire de l'acier a déjà suscité de nombreux commentaires, excessifs pour certains d'entre eux. Nous avons ainsi pu lire : « Remise en cause de la politique de la concurrence », « Risque de préemption des affaires par la Commission européenne », « Risque de traitement pénal des dossiers ». Gardons notre calme : il ne s'agit que d'une décision. Tout d'abord, nous soulignons que cet arrêt confirme la réalité de la totalité des pratiques sophistiquées et graves, révélées par l'enquête de la DGCCRF. Il règle également une question extrêmement délicate liée à l'éventuelle application du traité CECA, ce qui, en cas de réponse positive de la cour d'appel, aurait conduit à l'annulation d'une partie importante du dossier. Le traité CECA a effectivement été abrogé en juillet 2002.

Les pratiques en l'espèce avaient démarré en 1999 et se sont poursuivies jusqu'en 2004. La cour se prononce également sur la légalité des opérations de visites et saisies, question essentielle qui conditionnait évidemment la viabilité du dossier, puisque la totalité des preuves de ce dossier avaient été obtenues par des saisies dans les entreprises. Certes, il y avait une demande de clémence, mais celle-ci avait été introduite bien après la fin de l'enquête et à un moment où l'autorité avait déjà été saisie par le ministre. C'est bien évidemment la question des sanctions qui a retenu toute l'attention. Certes, la réfaction accordée est très importante. Sans doute trop. Mais la sanction retenue de 74 millions d'euros n'est pas dérisoire. La cour d'appel et son président ont montré qu'elle n'était pas une simple chambre d'enregistrement et qu'elle exerçait pleinement le contrôle que lui a confié la loi.

J'indique que, devant l'Autorité de la concurrence, le commissaire du gouvernement avait critiqué l'évaluation des dommages à l'économie qu'il jugeait surévalués par le rapporteur. Sur ces questions des sanctions, je vous rappelle la position du ministre qui a formulé deux observations et une demande.

Une première observation portait sur l'évaluation du dommage à l'économie. Ce dommage était certain. Mais les éléments produits, tant par les services de l'instruction que par les entreprises, montraient l'impossibilité d'en apprécier l'importance. Il était effectivement très délicat de faire le départ entre les hausses de prix dues à l'augmentation constante des prix de l'acier sur la période et celles imputables à l'entente. Dans sa décision, l'autorité soulignait elle-même la complexité de l'analyse du surprix, le caractère incomplet des données recueillies au cours de l'instruction et les incertitudes sur certaines variables.

Le ministre a ainsi indiqué à la cour qu'une évaluation prudente devait être effectuée, tenant compte des données chiffrées produites par les parties. N'oublions pas que les pratiques concernaient des marchés de produits intermédiaires et ne visaient donc pas directement le consommateur, comme

dans les affaires pour lesquelles des sanctions plus importantes ont été prononcées, des affaires de téléphonie mobile et de crédits immobiliers, cette affaire venant immédiatement après. Par sa deuxième observation, le ministre demandait à la cour d'examiner deux points : il lui demandait d'accorder une attention particulière à la situation des petites entreprises qui avaient participé aux accords, mais dont elles n'avaient sans doute pas pu se démarquer en raison de leur situation de clientes et de concurrentes des groupes à l'origine de la mise en place de l'organisation et du pilotage du cartel.

Le ministre demandait également à la cour de regarder le plafond des sanctions, en particulier pour les entreprises adossées à un groupe et cela en l'absence de mises en cause dans la procédure de la société-mère – ou grand-mère – de l'entreprise incriminée. Le ministre a ainsi indiqué que l'objectif du législateur en 2001, en élargissant l'assiette de la sanction au chiffre d'affaires consolidé du groupe, visait de toute évidence à parer aux manœuvres de certaines entreprises consistant à vider le chiffre d'affaires des filiales pour échapper à toute sanction, mais probablement pas à faire payer des sanctions aux mères à qui des griefs n'avaient pas été notifiés.

Enfin, le ministre a clairement demandé à la cour d'abaisser les sanctions pour tenir compte de la situation de crise économique dans laquelle la France était entrée à l'automne 2008. Évidemment, aucun montant de baisse ni aucune sanction n'ont été suggérés par le ministre. Mais, il a tout de même rappelé que, compte tenu de la crise, l'OCDE, en février 2009, avait indiqué que l'heure n'était pas à une réglementation excessive qui imposerait des coûts supplémentaires aux entreprises sous la forme d'amendes exagérées. L'Union européenne elle-même avait invité les autorités à faire preuve de réalisme quant à l'impact sur le marché des amendes et avait indiqué qu'il fallait prendre pleinement en compte la capacité d'une entreprise à payer une amende. La motivation de sa décision par la cour quant aux sanctions semble montrer qu'elle a en quelque sorte tracé des lignes directrices sur la manière dont elle souhaite que l'analyse soit conduite à l'avenir.

Une autre décision très importante de ce début d'année a été rendue par le tribunal de commerce de Lille le 6 janvier, concernant une action engagée par le ministre contre Castorama. Cette affaire résulte des contrôles approfondis de plusieurs contrats unissant de grandes enseignes de la distribution à leurs fournisseurs : certaines clauses figurant dans ces contrats semblaient révéler un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au sens de l'article L. 442-6 du Code de commerce. Ces clauses ont ainsi motivé les assignations de neuf enseignes : Castorama, Darty, Eurochamp, ITP, Provera, Système U, Carrefour, Galec, EMC distribution, en novembre 2009.

Le jugement du tribunal de commerce de Lille est la première décision rendue dans le cas de ces neuf actions. En l'espèce, il était reproché à Castorama d'imposer à ses fournisseurs le paiement de remises sous forme d'acomptes mensuels par virements bancaires et cela, sans prévoir de mécanisme permettant de modifier le montant des acomptes en cas de variation d'activité. L'objectif de Castorama était bien

évidemment d'amenuiser les effets de la loi de modernisation de l'économie sur la réduction des délais de paiement.

Il faut saluer la célérité du juge de commerce de Lille dans ce dossier, même si nous avons utilisé la procédure de l'assignation à bref délai. Cette décision a été rendue extrêmement rapidement, ce qui est toujours excellent. Plusieurs pratiques sont jugées abusives par le juge et créent un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Le juge applique donc, pour la première fois, cette notion de déséquilibre significatif. Il relève que Castorama a imposé un système de pénalités sans règlement en pratiquant un taux usuraire et en imputant ces pénalités aux sommes dues aux fournisseurs, par compensation et en les déduisant directement de ces sommes. Il considère cette pratique abusive et créant un déséquilibre significatif. Il qualifie également de pratique abusive, créant un tel déséquilibre significatif, le fait pour Castorama d'imposer à ses fournisseurs le paiement des acomptes exclusivement par virement bancaire, quand l'enseigne elle-même ne s'interdisait pas le recours à d'autres moyens de paiement pour ses propres règlements. Il indique que le code monétaire ne prévoit pas de telles exclusions et, qu'au surplus, le choix du moyen de paiement devrait relever uniquement de l'émetteur du paiement. Il estime enfin que l'absence de clauses prévoyant la modification des acomptes de ristournes à verser, au cas où le volume d'affaires avec le fournisseur viendrait à baisser significativement en cours d'année, contribue au déséquilibre significatif. Il indique que ce déséquilibre significatif peut se traduire par une surestimation anormale des montants des acomptes réclamés par Castorama, qui, pour sa part, ne prend évidemment aucun engagement sur les volumes d'achats.

Le tribunal apporte donc une première définition de cette notion de déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, en considérant que le paiement des acomptes mensuels ne respectait pas l'esprit de la loi de modernisation de l'économie, que cette pratique n'était ni réciproque, ni pourvue de contrepartie et était donc défavorable aux fournisseurs. Le tribunal a donc enjoint à Castorama de cesser ses pratiques et a condamné l'entreprise à une amende civile de 300 000 euros.

## Introduction

### Laurence Idot

professeur à l'université de Paris II Panthéon-Assas, Collège européen de Paris

En tant que coresponsable de cet atelier, je voudrais vous remercier très sincèrement d'avoir accepté de nous rejoindre ce matin pour traiter d'un sujet de prime abord austère : la coordination des autorités de régulation. Austère peut-être, mais certainement passionnant et, d'emblée, je voudrais sincèrement remercier tous les intervenants qui en ont été convaincus et vont se succéder à la tribune. J'aurai l'occasion de les présenter de manière plus précise dans un instant.

Voici un an, lorsque nous avons proposé ce sujet, Christophe Lemaire et moi-même étions partis du constat que la multiplication des régulateurs soulevait, sinon des difficultés, du moins des interrogations de différents ordres (institutionnelles, procédurales, substantielles) et cela tant au niveau national que communautaire et international. Nous ne pouvions deviner à l'époque que la date retenue pour le traiter serait aussi adaptée.

Le sujet est, en effet, à tout le moins d'actualité.

Il l'est au niveau national avec l'apparition dans notre paysage institutionnel de nouvelles autorités de régulation. L'exemple le plus récent est la création par une ordonnance du 21 janvier 2010 de l'Autorité de contrôle prudentiel, née de la fusion de la Commission bancaire, de l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles, du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et du Comité des entreprises d'assurance (ord. 2010-76, JORF, 22 janvier 2010). Mais, dans le domaine qui est le nôtre, on pense surtout à la nouvelle Autorité de régulation des activités ferroviaires, l'ARAF, créée par la loi du 9 décembre 2009<sup>1</sup>. L'apparition et la multiplication de nouvelles autorités soulèvent nécessairement le problème de leur articulation avec celles qui existaient auparavant.

Le sujet est ensuite d'actualité au niveau de l'Union européenne. Le 3<sup>e</sup> paquet télécommunications a, en effet, été adopté en novembre 2009 et, parmi les trois textes, figure le règlement n° 1211/2009 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 instituant l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE) ainsi que l'Office (JOUE, n° L. 337, 18 décembre 2009).

Le sujet est d'actualité, enfin, au niveau international. La crise financière et économique a eu au moins le mérite de mettre en avant la nécessité d'une coordination des régulateurs au niveau mondial. Des enceintes existent déjà, qu'elles soient informelles comme l'ICN (*International Competition Network*), réseau international de concurrence, ou formelles,

1. Loi n° 2009-1503 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports - *Journal officiel* de la République française n° 0285 du 9 décembre 2009 page 21226.

je pense en particulier à l'OICV, l'Organisation internationale de coordination des valeurs mobilières. Cela étant, dans ce contexte particulier, plus que la coordination des régulateurs de la concurrence, c'est surtout à la coordination des régulateurs financiers à laquelle on pense. Au risque de vous décevoir, nous ne traiterons pas ces questions. Ce choix a été justifié non seulement par des raisons pratiques évidentes – la gestion du temps – mais également tout simplement par le fait que le dernier atelier de la concurrence avait déjà été consacré au secteur bancaire.

Le thème de cet atelier « la coordination des autorités de régulation » devrait logiquement me conduire à essayer de définir ce qu'est la régulation et ce qu'est une autorité de régulation. Sans doute avons-nous été imprudents, et il aurait été judicieux d'ajouter, « régulation concurrentielle », même si cela est sous-entendu du fait de la qualité de notre hôte. Quoi qu'il en soit, le débat est immense et, en dehors des innombrables et incontournables travaux de Marie-Anne Frison-Roche, je me contenterai de vous renvoyer au pénétrant et substantiel article de Thierry Dahan, qui porte précisément sur la régulation concurrentielle (« De la régulation concurrentielle », *Concurrences*, n° 3-2009 et n° 4-2009, supplément électronique, v. [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)). Comme le champ de la réflexion est très vaste, des choix ont dû être opérés.

Le premier choix concerne les secteurs couverts. Je ne reviens pas sur l'exclusion du secteur bancaire et financier, malgré l'apparition de cette nouvelle autorité dont le titre « Autorité de contrôle prudentiel » est révélateur de la fonction principale, qui la situe, me semble-t-il, en dehors de la régulation concurrentielle. Indépendamment du secteur financier, il existe de nombreux autres secteurs qui peuvent être qualifiés de régulés, ne serait-ce que parce qu'ils sont encadrés par une réglementation qui a un impact sur un élément essentiel de la concurrence, en particulier le prix. Je pense, par exemple, au secteur de l'agriculture ou encore à celui de la santé. Ces secteurs soulèvent indéniablement des problèmes de régulation concurrentielle, mais non de coordination entre autorités de régulation. L'articulation doit alors se faire entre le législateur qui édicte la réglementation applicable au secteur et l'Autorité de la concurrence qui applique les règles de concurrence, que cette dernière intervienne dans un cadre contentieux ou dans un cadre consultatif. Je pense en particulier à l'important avis de l'Autorité sur le secteur laitier (avis n° 09-A-48, 2 octobre 2009).

Seuls les secteurs dans lesquels existe une autorité de régulation – il serait possible d'ajouter « autorité de régulation sectorielle » – retiendront notre attention. L'intervention de cette dernière doit alors être articulée avec celles des autorités de concurrence. Le pluriel est justifié, ne serait-ce que parce que nous avons toujours un double niveau, national et communautaire ou européen, selon la nouvelle terminologie...

En d'autres termes, nous ne reviendrons pas sur **la question de la coordination entre les autorités de concurrence elles-mêmes.**

Au niveau communautaire, nous avons fêté il y a peu les cinq premières années de fonctionnement du Réseau européen de concurrence. Globalement, le bilan est très largement positif. Il est possible de renvoyer au rapport de la Commission SEC (2009) 574 final, complété par le *Staff Working Paper*; *addé*, L. Idot, « À propos du rapport de la Commission sur le fonctionnement du règlement n° 1/2003 », Europe, juin 2009, focus 22) et plus encore aux travaux qui ont suivi (v. en particulier les travaux du GCLC, juin 2009, Tendances, *varii auctores*, « Regulation 1/2003. Time for a review ? », *Concurrences*, n° 3-2009, supplément électronique).

Au niveau français, nous fêtons bientôt la première année d'entrée en vigueur de la réforme du 4 août 2008. La question de la coordination entre l'Autorité de la concurrence et le ministre de l'Économie a changé de nature, mais elle se pose toujours dans les deux composantes du droit de la concurrence qui retiendront notre attention : pratiques anticoncurrentielles et contrôle des concentrations.

Cela étant, malgré le pouvoir d'évocation reconnu au ministre de l'Économie en matière de contrôle des concentrations par l'article L. 430-7-1 c. com., je ne suis pas sûre que nous soyons confrontés à une question de « coordination ». Le rôle du ministre est étroitement circonscrit ; il ne peut intervenir que pour des considérations d'intérêt général, autres que celles fondées sur l'analyse concurrentielle. Nous ne sommes plus dans de l'analyse concurrentielle.

Reste, et loin de moi l'idée d'éluder cette question, au surplus devant André Marie, le rôle du ministre et de la DGCCRF pour le traitement des pratiques anticoncurrentielles de dimension locale qui participe de la régulation concurrentielle. Je l'admets bien volontiers. Comme la loi a organisé des passerelles entre la direction générale et l'Autorité de la concurrence, on aurait pu inclure cette question dans notre table ronde. Nous ne l'avons pas fait, non seulement par manque de recul devant le fonctionnement de ces dernières, mais surtout parce que nous avons voulu mettre l'accent sur les rapports entre « la régulation concurrentielle générale » et « la régulation concurrentielle sectorielle ».

Dans quels domaines les questions de coordination se posent-elles avec le plus d'acuité ? Là encore, il a fallu choisir.

Je me permettrai à titre liminaire un clin d'œil historique. Les problèmes d'articulation avec le régulateur général de la concurrence ont été vus dès 1986. Le premier décret d'application du 29 décembre 1986 comportait, en effet, une annexe 3 qui énumérait une liste d'autorités auxquelles le Conseil devait communiquer toute saisine entrant dans le champ de leur compétence. Cette liste est rétrospectivement intéressante : COB (Commission des opérations de bourse), CNIL (Commission nationale de l'informatique et des libertés), Médiateur du cinéma, Commission des marchés à terme, Commission bancaire... N'y figuraient pas les autorités de régulation qui vont retenir notre attention. Quelles sont-elles ?

Le choix des télécommunications et de l'énergie s'imposait naturellement puisque c'est dans ces domaines qu'à la suite de l'ouverture à la concurrence décidée par la Communauté, des autorités de régulation ont été créées, en France, comme

dans la plupart des États membres. La question de leur articulation avec les autorités de la concurrence se pose non seulement dans le cadre national, mais également dans le cadre européen, comme l'illustre la création de l'ORECE (Organe des régulateurs européens des communications électroniques) précédemment mentionnée. La régulation de l'audiovisuel s'est développée dans un contexte différent, mais pour diverses raisons, ne serait-ce que techniques du fait de la convergence des médias, les données ont beaucoup évolué, notamment en France, et nous avons décidé de l'inclure dans le champ de la discussion, en particulier dans la table ronde.

Au demeurant, la liste précédemment évoquée a été modifiée et actualisée puisque ces trois autorités sont désormais visées dans l'annexe qui accompagne l'article R 463-9 du code de commerce.

Dans un premier temps, nous entendrons deux exposés généraux qui fixeront le cadre de coordination. Nos deux intervenants présentent de nombreux points communs, ils sont tous les deux à la fois universitaires, au surplus dans la même université, et avocats, mais surtout, ils réfléchissent depuis de nombreuses années à ces questions, qu'ils ont abordées dans leurs thèses sous des angles différents et complémentaires.

Christophe Lemaire présentera la question de la coordination entre autorités de la concurrence et régulateurs sectoriels. C'est en quelque sorte une variante d'une problématique plus générale, droit commun/droit spécial. La dimension communautaire ne sera pas absente de son propos, comme vous pourrez le constater, mais elle sera omniprésente dans la communication de Stéphane Rodrigues qui traitera de la coordination entre régulateurs au sein de l'Union européenne.

L'objectif de ces deux premiers exposés étant de nous dresser un tableau d'une situation souvent complexe, nous avons décidé de ne pas prendre de questions, pour ne pas anticiper sur la table ronde. Le débat sera reporté à la fin de cette dernière qui sera, je n'en doute pas, très riche, compte tenu de la qualité des intervenants.

S'ils me le permettent, je ne vais pas les présenter maintenant. Je le ferai en introduisant cette table ronde que nous aurons après la pause.

## La coordination entre régulateurs au sein de l'Union européenne

### Christophe Lemaire

maître de conférences à l'École de droit de la Sorbonne (université Paris I Panthéon-Sorbonne) et avocat au barreau de Paris (Ashurst)

À travers cette question de la « coordination entre régulateurs », c'est plus précisément celle de la coordination entre

autorités de concurrence et régulateurs sectoriels que nous allons essayer de traiter. Après avoir rappelé comment est organisée cette coordination, nous regarderons comment elle fonctionne, notamment en nous intéressant, d'un point de vue quantitatif, aux rapports qui se sont noués entre les autorités, et, d'un point de vue qualitatif, à la qualité de cette coordination et à l'influence réciproque qu'exercent l'une sur l'autre ces deux catégories d'autorités.

Il ressort clairement des textes et du fonctionnement des marchés que, dès lors qu'il existe des régulateurs distincts, **un besoin de coordination** apparaît. Cette **coordination prend des formes variées**.

Plusieurs raisons expliquent ce **besoin de coordination**. Nous en évoquerons quatre, qui nous paraissent les plus importantes.

Le besoin de coordination résulte d'abord du système choisi en Europe où **le droit de la concurrence et les règles sectorielles se cumulent** et ne s'excluent pas. L'apparition de règles sectorielles n'a pas supprimé l'applicabilité du droit de la concurrence. Nous avons maintenant un certain nombre de jurisprudences bien établies sur ce point. On citera par exemple la position de la Commission (confirmée par le Tribunal), dans l'affaire Deutsche Telekom, qui rappelle que la conformité aux règles de concurrence ne dispense nullement les opérateurs d'observer les obligations sectorielles et inversement.

Ce principe est tel qu'un État qui voudrait soustraire un secteur régulé aux règles de concurrence se verrait immédiatement poursuivi en manquement par la Commission, comme c'est le cas par exemple pour la Slovaquie. Cette position n'est pas unique dans le monde. Elle est la même aux États-Unis, en théorie au moins (ainsi par exemple, le Telecom Act de 1996 précise bien « *nothing in this Act... shall be construed to modify, impair or supersede the applicability of any of the antitrust laws* »), même si son application est un peu différente comme nous le verrons.

Deuxième raison pour laquelle il y a un besoin de coordination : **la multiplication des autorités**. Celles dont nous parlerons aujourd'hui – à l'exception peut-être du CSA (Conseil supérieur de l'audiovisuel) – sont apparues principalement sous impulsion communautaire. À l'heure actuelle, on peut considérer que trois modèles se dégagent en Europe : le modèle français, avec, d'une part, une Autorité de la concurrence et, d'autre part, une autorité sectorielle par grand secteur économique (énergie, poste et communications électroniques, transport ferroviaire, audiovisuel) ; le modèle allemand où coexistent une autorité de la concurrence – le Bundeskartellamt<sup>2</sup> –, seule compétente en matière de concurrence, et un seul régulateur multisectoriel (Bundesnetzagentur), incluant les télécoms, l'électricité, le gaz, les transports, le secteur postal ; enfin, le modèle britannique où existent des régulateurs sectoriels à côté de l'autorité de la concurrence (OFT<sup>3</sup>).

La différence fondamentale avec les deux précédents modèles tient au fait que les autorités de régulation sont

compétentes pour appliquer le droit de la concurrence dans leur secteur, en quelque sorte en concurrence avec l'OFT. Des passerelles existent entre ces deux catégories d'autorités (un peu comme entre la Commission et les autorités nationales de concurrence au sein du Réseau européen), pour s'allouer les cas sur la base du critère de l'autorité la mieux placée. Il y a bien entendu des exceptions à ces trois modèles dominants. On citera par exemple les Pays-Bas, où l'autorité de la concurrence conserve des compétences partielles en matière de régulation sectorielle. La question se posera de savoir si un modèle est finalement plus à même d'assurer la coordination recherchée qu'un autre.

Troisième raison justifiant la coordination : **les règles de la concurrence et les règles sectorielles sont complémentaires**. Elles le sont compte tenu des missions confiées aux régulateurs et des outils dont ils disposent.

Pour simplifier, on peut dire que le rôle des autorités de régulation sectorielle est *a priori* davantage d'assurer l'organisation du marché, en intervenant en amont pour sa construction. La régulation est le plus souvent asymétrique, les obligations les plus importantes pesant sur les opérateurs historiques ou sur les plus puissants. Enfin, la régulation sectorielle a une vocation temporaire, l'ouverture du marché devant conduire progressivement à leur disparition ou, à tout le moins, à se recentrer sur une partie de leurs missions (par exemple la gestion des questions d'intérêt général ne pouvant être livrée au seul marché). À l'opposé, les autorités de concurrence et le droit de la concurrence ont plutôt vocation à contrôler des comportements en intervenant principalement ex post (même si des évolutions sont en cours sur ce point). Elles ont une vocation générale, plutôt symétrique, tous les secteurs et opérateurs étant soumis aux mêmes règles, et leur fonction est permanente.

Les deux catégories d'autorités se distinguent encore par leurs outils. L'autorité de la concurrence va davantage utiliser des outils du type sanctions, même si le rôle consultatif et les procédures négociées occupent une place grandissante dans leur activité. Les autorités de régulation ont un positionnement un petit peu différent, car elles disposent en principe de plus d'outils et d'outils souvent plus économiques. Elles exercent des fonctions normatives, par le biais de consultations ou de pouvoirs de propositions ou plus directement en adoptant des décisions individuelles, voire en bénéficiant d'un pouvoir réglementaire délégué. Elles ont également des fonctions de surveillance et de contrôle (pouvoirs d'enquête, de sanction, de règlement des différends et parfois un pouvoir de conciliation).

La quatrième raison expliquant ce besoin de coordination, tient au **niveau de maturité du marché**. Les secteurs dont nous parlons sont passés du monopole à la concurrence. Chaque stade de cette évolution nécessite probablement un niveau de coordination différent entre les autorités. Dans une première étape, c'est la logique d'ouverture du marché qui domine. Pendant cette phase initiale, la régulation est plus technique que juridique et le rôle principal revient au régulateur sectoriel.

2. Office fédéral des cartels.

3. Office of Fair Trading.

La deuxième phase, peut-être celle que nous vivons dans certains secteurs aujourd'hui, est la phase de la dominance, où le marché est ouvert, mais où une forte asymétrie subsiste entre les opérateurs. La régulation devient plus économique et comptable. Un examen des prix est souvent nécessaire. Le besoin de coopération entre les deux catégories d'autorités est certainement assez fort.

Dans un troisième temps, lorsque la concurrence est installée, la régulation redevient plus comportementale. La régulation sectorielle devrait progressivement se retirer et l'Autorité de la concurrence jouer un rôle prédominant.

Si **le besoin de coordination existe**, voyons à présent comment l'on y répond. À cet égard, droit communautaire et droit national se distinguent.

Premier constat: il n'existe **pas de règle spécifique en droit communautaire**. Aucune disposition dans les textes sectoriels ne prévoit de mécanismes d'articulation ou de coordination entre l'autorité sectorielle nationale et la Commission dans sa fonction d'autorité de la concurrence.

Une exception existe, dans le secteur des télécoms où, en application du « paquet » de 2002, la Commission dispose d'un droit de veto sur les questions liées à la définition du marché ou à la désignation des opérateurs puissants.

Dans les nouveaux « paquets » évoqués par Laurence Idot en introduction, aucune évolution ne se dessine sur ce point. Il y a bien dans le troisième « paquet énergie » une évocation des relations entre autorité de la concurrence et autorité sectorielle, mais cela ne vise que les autorités nationales et non la Commission. Nous verrons pourtant, qu'en pratique, des besoins peuvent exister.

Si l'on regarde la situation **au niveau national**, on observe que le législateur a prévu des « **passerelles** » entre les **autorités**, celles-ci fonctionnant dans les deux directions.

Il existe tout d'abord **deux passerelles communes à tous les secteurs**: d'une part, l'obligation pour les autorités sectorielles de saisir l'Autorité de la concurrence des pratiques anticoncurrentielles dont elles ont connaissance et, d'autre part, la possibilité de saisir cette Autorité pour avis pour toute question de concurrence.

Chaque régulateur dispose ensuite de **passerelles spécifiques**.

L'ARCEP, tout d'abord, a l'obligation de consulter l'Autorité de la concurrence dans quatre domaines: apprécier l'existence d'un monopole ou d'une position dominante, imposer des modalités d'accès à l'interconnexion, modifier des accords d'itinérance et analyser des marchés pertinents et la définition des opérateurs ayant une influence déterminante.

La CRE ensuite est tenue de consulter l'Autorité sur les questions de séparation comptable (avant l'approbation des règles d'imputation, des périmètres comptables et des principes de séparation comptable).

Le CSA, enfin, est tenu de saisir l'Autorité de la concurrence quand il est saisi d'un règlement de différend dont les faits sont susceptibles de constituer aussi des pratiques anticoncurrentielles. Le délai de la procédure devant le CSA est suspendu jusqu'à ce que l'Autorité de la concurrence « se soit prononcée sur sa compétence » (sans que cette intervention en soit encadrée par un délai). La portée de cette intervention n'est pas encore très claire: à ce jour, à notre connaissance, l'Autorité ne s'est jamais déclarée compétente. On peut se demander quelle conséquence devrait tirer le CSA d'une saisine par l'Autorité. Devrait-il renoncer partiellement ou totalement à régler le différend? Surseoir à statuer, ce qui ne paraît pas compatible avec le temps de sa procédure? Ces questions se poseront peut-être à l'avenir.

Inversement, comme l'a rappelé Laurence Idot précédemment, il existe depuis l'origine des **passerelles entre l'Autorité de la concurrence et les autorités de régulation**: l'Autorité doit obligatoirement consulter, ou à tout le moins communiquer les saisines entrant dans le champ de compétence des régulateurs sectoriels, CSA, CRE, ARCEP, pour celles qui nous concernent. Nous verrons que ceci est très utilisé.

Ce processus connaît des évolutions constantes.

D'abord parce qu'apparaissent régulièrement de **nouveaux régulateurs** (l'ARAF en dernier lieu) dotés des mêmes compétences.

Ensuite, parce que le **pouvoir de certains régulateurs s'étend**. Ce fut le cas en 2006 avec l'attribution d'un pouvoir de règlement des différends au CSA.

Enfin, **l'évolution des secteurs eux-mêmes** (au plan technique ou économique) peut conduire à un enrichissement de la régulation. On citera, par exemple, le tout récent rapport Hagelsteen sur les contenus et la télévision payante, où sont proposées un certain nombre de mesures visant à créer de nouvelles passerelles entre l'ARCEP et l'Autorité de la concurrence, ou entre le CSA et l'Autorité de la concurrence.

La mission propose de confier la surveillance du marché de gros de la télévision payante au spécialiste de la télévision, à savoir le CSA. Dans ce rapport, la question est posée de savoir s'il faut prévoir un mécanisme de passerelles avec une consultation obligatoire ou seulement facultative de l'Autorité de la concurrence. La mission a répondu la chose suivante: « La mission n'a pas estimé souhaitable d'introduire une telle obligation consultative », vous pouvez donc toujours le faire, mais sans y être obligés. « Outre qu'elle alourdirait la procédure, elle traduirait aux yeux de la mission une trop forte immixtion de l'autorité de la concurrence, dans l'intervention d'une régulation sectorielle ex ante et n'inciterait pas le CSA à développer sa propre réflexion ». Et de poursuivre: « Au demeurant, le modèle français de régulation a toujours admis une certaine forme d'émulation, entre autorités sectorielles et l'Autorité de la concurrence ». Nous voyons donc ici une certaine vision des rapports entre les régulateurs. Finalement, ce chevauchement possible devrait être source et ferment d'émulation entre les autorités. Nous verrons dans quelques instants ce qu'il en est.

Dernier point qui mérite d'être souligné s'agissant des formes de coordination, c'est l'existence en France d'un **« contrôleur » unique des régulateurs**, puisque l'ensemble du contentieux (ou presque) a été placé sous l'autorité de la cour d'appel de Paris. C'est un système également centralisé qui prévaut au Royaume-Uni où une juridiction unique et spécifique (le Competition Appeal Tribunal) a été instituée pour connaître des recours contre les décisions de l'OFT et des régulateurs sectoriels. En France, la cour d'appel s'est d'abord vue confier le contentieux de la concurrence, avant d'obtenir progressivement de traiter de l'ensemble des recours contre les décisions de règlements de différends des régulateurs sectoriels, à l'exception du CSA dont les décisions font l'objet d'un recours devant le Conseil d'État. Nous verrons également quel rôle la cour d'appel peut jouer pour assurer une certaine harmonie entre les régulateurs. Après avoir identifié les besoins et les formes de coordination, examinons à présent son fonctionnement.

Nous analyserons le **fonctionnement de la coordination** non seulement du **point de vue quantitatif**, pour essayer d'en mesurer l'intensité, mais aussi du **point de vue qualitatif**, pour en mesurer la portée.

**Ce premier bilan, quantitatif**, s'il ne renseigne pas précisément sur la qualité de la coordination, permet au moins de voir si les passerelles présentées précédemment fonctionnent. Pour ce faire, nous avons recensé l'ensemble des décisions, tant au **niveau français que communautaire**, et tant en **droit antitrust** qu'en **droit des concentrations** depuis dix ans. Ainsi, entre 600 et 700 décisions ont été analysées. Voici les principaux résultats chiffrés de cette étude, en distinguant le droit antitrust et le droit des concentrations.

S'agissant du niveau national, le premier *slide* présente le nombre d'interventions de l'Autorité de la concurrence par an dans les **secteurs régulés (antitrust)**. En moyenne, nous observons que, sur dix ans, l'Autorité a adopté environ une vingtaine de décisions par an. Si ce chiffre est relativement constant en valeur absolue, en valeur relative, la part représentée par les secteurs régulés dans l'ensemble des décisions est en revanche en croissance.

### Illustration par l'exemple

En ventilant ce même graphique par secteurs économiques, nous observons que le secteur des télécommunications a toujours occupé davantage l'Autorité de la concurrence que les autres secteurs. S'agissant des secteurs de l'audiovisuel et de l'énergie, le nombre d'intervention est globalement proche sur la période.

### Illustration par l'exemple

Si l'on examine à présent les modalités d'intervention, il faut reconnaître une spécificité dans les secteurs soumis à régulation : ils donnent lieu à un nombre d'avis beaucoup plus important que les autres secteurs économiques. En outre, dans ces secteurs, l'Autorité intervient en moyenne autant sous forme d'avis que de décisions (environ une quarantaine d'avis et une quarantaine de décisions sur cinq ans).

### Illustration par l'exemple

Si l'on examine quantitativement le fonctionnement des « passerelles », les résultats sont les suivants.

Le premier transparent recense le nombre de fois où les autorités de la concurrence françaises se sont prononcées à la demande des régulateurs sectoriels. Il en ressort notamment que c'est l'ARCEP qui sollicite le plus l'Autorité de la concurrence. Quelques demandes d'avis émanent de la CRE au cours des dix dernières années, mais aucune du CSA, à tout le moins officiellement.

### Illustration par l'exemple

Le second transparent montre combien de fois les régulateurs sont intervenus devant l'Autorité de la concurrence en réponse à une demande d'avis de cette dernière. Il en ressort une fois encore que l'ARCEP est intervenue de façon très importante. Vient ensuite, plus modestement, le CSA de façon plutôt constante au cours des dix dernières années. Enfin, plus rarement, le régulateur de l'énergie.

### Illustration par l'exemple

À côté des saisines réciproques pour avis, les régulateurs peuvent encore saisir l'Autorité de la concurrence de pratiques potentiellement anticoncurrentielles. En pratique, ces saisines contentieuses sont très limitées, puisque sur dix ans, seules trois saisines sont connues et ont donné lieu à décision de l'Autorité de la concurrence (deux pour l'ARCEP, affaire offre Ligne France de France Télécom en 2000 et offre sur mesure Renault en 2001 ; une pour la CRE, affaire GEG 2009).

**Quelques conclusions** peuvent être tirées des développements qui précèdent sur le fonctionnement des passerelles en matière d'antitrust. D'une part, il faut souligner l'importance des interventions de l'Autorité de la concurrence dans les secteurs régulés. Cette intervention croît en proportion de l'activité globale. D'autre part, l'intervention consultative est très importante, quasi équivalente à l'intervention contentieuse. Enfin, on observe que ces relations se sont surtout nouées avec l'ARCEP et assez peu avec les deux autres régulateurs (CRE et CSA). Si l'on recherche les raisons en examinant les affaires concernées, il en ressort que ces relations nourries avec l'ARCEP résultent en particulier de l'augmentation du nombre de domaines dans lesquels la consultation est obligatoire. Ainsi, le fait que l'ARCEP sollicite davantage l'Autorité résulte avant tout des exigences de la réglementation sectorielle.

Ensuite, sur le terrain contentieux, les saisines sont très rares. Il faudrait interroger les régulateurs sur les causes de ce résultat. Est-ce le signe d'une absence de problème de concurrence ? D'une bonne coopération en amont entre autorité de la concurrence et régulateurs sectoriels (ou entre opérateurs régulés et régulateurs) désamorçant les difficultés ? Ou d'un défaut de coopération ?

Enfin, un dernier point mérite d'être souligné. Il n'y a eu en France aucune intervention des juridictions de contrôle pour régler des conflits de compétence entre autorité de la concurrence et régulateur sectoriel. Il s'agit d'un signe de bonne articulation.

Le recensement au niveau communautaire est un exercice plus compliqué, parce que la Commission dispose de l'opportunité des poursuites. Ainsi, beaucoup de choses sont réglées autrement que par une décision officielle.

Les résultats sont un petit peu plus irréguliers et disparates. Globalement, on peut dire que la Commission intervient également beaucoup en proportion dans les secteurs régulés (plus grand nombre de décisions après les cartels). Au plan sectoriel, le secteur des télécoms est celui qui a le plus occupé la Commission, jusque dans les années 2005-2006. Depuis cette date, le secteur de l'énergie a connu un regain d'intérêt et c'est dans ce secteur que les affaires en cours sont les plus nombreuses. Ceci n'a rien d'illogique compte tenu des dates de libéralisation respectives des deux secteurs.

Le transparent qui suit montre les résultats de notre étude sur dix ans pour les cinq principaux secteurs régulés.

### Illustration par l'exemple

S'agissant des relations avec les autorités de régulation et la Commission en droit antitrust, comme cela a été indiqué précédemment, il n'existe pas formellement de passerelles entre ces autorités. La coopération est en pratique assez limitée, à tout le moins sur la base des données qui ressortent des décisions publiées.

Nos recherches nous ont permis d'identifier deux cas seulement : une décision d'engagement de la Commission portant sur les droits du foot en Angleterre (Football League 2006), où le régulateur anglais (Ofcom) est intervenu dans la procédure ; une décision télécom (deuxième décision Deutsch Telekom) où la Commission a subordonné la clôture de la procédure à la validation par le régulateur allemand (BNetzA) des prix ou des tarifs proposés par Deutsch Telekom. La coordination est donc pour le moins limitée.

Essayons à présent d'examiner comment s'est organisée la coopération, toujours du point de vue quantitatif, en matière de **contrôle des concentrations**.

Le premier transparent propose les résultats au niveau national. La partie bleu foncé correspond à l'ensemble des décisions de concentrations françaises rendues dans les secteurs régulés, tous secteurs confondus, soit une cinquantaine sur dix ans. La partie bleu ciel représente les décisions où sont intervenus des régulateurs sectoriels. Elles ont débuté en 2004 et augmentent progressivement en proportion, au point d'atteindre une décision sur deux après 2008. Les interventions des régulateurs se sont concentrées dans les secteurs des télécoms et des médias (15 décisions sur 31).

Au plan communautaire, les décisions sont plus nombreuses et les résultats différents. Dans le tableau qui suit, la courbe bleu foncé représente l'ensemble des décisions de concentrations adoptées par la Commission dans les secteurs régulés ces dix dernières années (soit un total d'environ 390 décisions). Sur l'ensemble de ces décisions, les régulateurs sectoriels sont intervenus de façon limitée mais constante depuis 2000. En prenant comme base non pas l'ensemble des décisions, mais celles sur lesquelles un problème de concurrence s'est posé,

nous observons que les régulateurs interviennent en proportion beaucoup plus aujourd'hui qu'avant.

S'agissant du taux d'implication, on notera que les régulateurs sectoriels nationaux sont intervenus devant la Commission dans environ 10 % des affaires dans le secteur des télécoms (télécoms/médias, 15 % sans les décisions sommaires) et 14 % dans celui de l'énergie (27 % sans les décisions sommaires). Toutes ces interventions ont lieu sans texte spécifique puisqu'aucune passerelle n'est organisée.

### Illustration par l'exemple

### Illustration par l'exemple

Les données qui précèdent renseignent sur le taux d'implication des régulateurs sectoriels. Si cette donnée est en elle-même intéressante, elle ne doit pas être lue seule. Il convient en effet d'essayer de mesurer **la nature et la portée de cette intervention**.

Dans ce cadre, nous nous interrogerons sur deux points : quels enseignements peut-on en tirer sur le cadre institutionnel et procédural, d'une part, et sur la régulation des secteurs, d'autre part ?

Nous pouvons tirer un bilan des décisions et du fonctionnement des passerelles, tant sur le plan procédural que sur le fond de la régulation. Sur le plan procédural, il n'apparaît pas de conflit majeur, tant au niveau national que communautaire, et la coexistence des deux catégories d'autorités semble bien fonctionner. Toutefois, les passerelles présentent certaines limites et certaines divergences procédurales existent sur lesquelles nous souhaiterions nous arrêter un instant.

Nous distinguerons **les limites communautaires et nationales**.

Au niveau communautaire tout d'abord, l'intensification des rapports avec la Commission est manifeste, que ce soit en concentration ou en antitrust. Il n'existe toutefois pas de mécanisme formel de coopération, ce qui pose la question du statut du régulateur devant la Commission. Celui-ci apparaît finalement comme un tiers, du point de vue procédural, alors que probablement sa qualité et la nature des échanges qu'il a avec la Commission ne sont pas du tout de même nature et de même portée que les autres tiers. Ceci invite à s'interroger sur la nécessité de formaliser cette coordination.

Au niveau national, même si les passerelles en France fonctionnent plutôt bien, deux questions se posent.

La première est celle du statut de l'autorité de régulation devant l'Autorité de la concurrence. La question se pose en particulier dans les affaires intervenant dans les secteurs régulés dans lesquelles le régulateur pourra être auditionné par l'Autorité de la concurrence en qualité de témoin. On peut se demander si son rôle ne se rapproche pas dans une certaine mesure de celui du commissaire du gouvernement quand la question posée entre dans le champ de sa compétence. On sait qu'en France la création des régulateurs sectoriels n'a pas supprimé tout pouvoir au ministre pour intervenir dans les secteurs concernés.

Pourtant leur statut devant l'Autorité de la concurrence diffère substantiellement. N'y a-t-il pas là matière à réflexion ?

La seconde remarque sur le droit français concerne la place des autorités de régulation dans le cadre du contrôle des concentrations. En effet, les textes ne prévoient la consultation des régulateurs que dans l'hypothèse d'une phase II. Le problème tient au fait que la très grande majorité des décisions sont adoptées à l'issue de la phase I. Or, on peut imaginer qu'un besoin de coordination puisse exister y compris en phase I, surtout quand sont négociés des engagements. Les statistiques montrent qu'en droit communautaire, les autorités de régulation interviennent de plus en plus dans les engagements de concentration au niveau communautaire ; or, c'est précisément un point sur lequel les régulateurs nationaux ne sont pas consultés au niveau national.

Plusieurs **divergences procédurales** pourraient être mises en avant. Nous nous concentrerons sur deux d'entre elles.

Tout d'abord, le traitement du **secret des affaires**. Celui-ci varie selon que l'on est devant l'Autorité de la concurrence – dont le dispositif de protection du secret des affaires est assez complet – ou devant les régulateurs sectoriels – où la typologie des procédures protégeant le secret des affaires est assez large. Certaines autorités (comme le CSA) sont même amenées à se priver de la possibilité d'utiliser une pièce, alors même qu'elle pourrait être nécessaire au règlement d'un différend, au motif qu'elle est couverte par le secret des affaires. Cela pose à l'évidence un certain nombre de difficultés pour l'instruction.

Ensuite, on observe des divergences quant à la **place** que peuvent tenir **ces autorités devant les juridictions**. Une première divergence existe entre les deux ordres juridictionnels – ordre judiciaire et ordre administratif (la place du CSA devant le Conseil d'État n'est pas la même que celle des régulateurs sectoriels devant les juridictions judiciaires). Par ailleurs, dans l'ordre judiciaire, une divergence d'approches demeure entre la cour d'appel, qui admet l'intervention des régulateurs, et la chambre commerciale qui leur refuse le droit de présenter des observations dans les pourvois formés contre leurs décisions.

*Quels enseignements sur la régulation des secteurs peut-on tirer de ce qui vient d'être dit ?*

Nous essayerons de répondre brièvement à cette question en distinguant, d'une part, l'influence que les régulateurs sectoriels peuvent exercer sur la régulation concurrentielle et, d'autre part, l'influence de l'autorité de la concurrence sur la régulation sectorielle.

En matière de pratique anticoncurrentielle, l'analyse des décisions de l'autorité montre qu'il existe une prise en compte des avis des régulateurs ou de leurs décisions aux différentes étapes de l'analyse : pour la définition des marchés pertinents, des barrières à l'entrée, de la dominance et éventuellement des effets des comportements poursuivis.

Cette prise en compte n'exclut pas parfois une divergence d'approches entre les deux autorités. Quelques cas peuvent être mentionnés : tout d'abord, le fait que l'adoption d'un tarif par le régulateur – que ce soit l'autorité sectorielle, voire le minis-

tre – ne garantit pas à l'entreprise une immunité en droit de la concurrence dès lors que celle-ci garde une certaine marge de manœuvre sur le marché. Parfois, des divergences d'approche peuvent exister sur le fond ou sur les tests à appliquer. Ainsi, par exemple sur le test du ciseau tarifaire dans l'affaire Direct Énergie, la méthode de calcul du ciseau tarifaire proposée par le régulateur n'a pas été suivie par l'Autorité de la concurrence : le prix de référence pour la branche amont du ciseau n'a pas fait l'objet d'un consensus entre les deux autorités. S'agissant d'une décision de l'Autorité de la concurrence, c'est sa vision qui l'a emporté.

En matière de concentration, nous avons recherché comment se manifestait l'intervention des régulateurs dont nous avons vu qu'elles augmentaient dans les décisions de concentrations.

En substance, les modalités d'intervention des régulateurs peuvent être réparties en quatre catégories. Nous les présenterons par ordre croissant d'influence :

– soit l'Autorité de la concurrence exploite simplement les données de l'autorité de régulation, c'est ce qui se passe dans la majorité des cas ;

– soit elle entame un dialogue avec le régulateur sectoriel afin d'obtenir ses observations ou une consultation. Cette intervention représente 22 % des interventions en droit communautaire (sur 387 décisions de concentrations dans les secteurs régulés, les régulateurs sont intervenus 51 fois, dont 11 fois pour fournir des observations) ;

– soit l'Autorité de la concurrence prend en considération la position du régulateur dans l'élaboration des engagements (en articulant les engagements avec la régulation sectorielle, le plus souvent il s'agira d'une clause précisant que le repreneur sera apte à obtenir les autorisations requises) ;

– soit, enfin, l'Autorité de la concurrence donne finalement au régulateur sectoriel une certaine mission, afin d'assurer le contrôle de l'exécution des engagements.

Le tableau qui suit présente les résultats issus de l'analyse de l'ensemble des décisions communautaires et françaises intervenues dans les secteurs régulés ces dix dernières années.

### Illustration par l'exemple

Nous avons ensuite décliné cette analyse par secteur.

Dans le secteur des télécommunications tout d'abord, il ressort de l'analyse, d'une part, que l'intervention du régulateur sectoriel tend à s'accroître dans le temps (évolution entre les périodes 2000-2004 et entre 2005-2009) et, d'autre part, que ses modalités d'intervention changent pour être de plus en plus importantes (un certain nombre de missions ont été confiées au régulateur dans les engagements).

### Illustration par l'exemple

L'évolution est plus significative encore dans le secteur de l'énergie. Non seulement les rapports avec les régulateurs sectoriels s'intensifient, mais ils sont aussi de plus en plus profonds. En effet, là où les rapports se limitaient majoritairement

à la prise en compte des données du régulateur national, sur la période 2005-2009, le régulateur intervient dans un tiers des cas, soit pour produire des observations, soit pour entamer un dialogue avec la Commission et, dans plus de 10 % des cas, un rôle lui est confié pour le suivi ou la mise en œuvre des engagements.

### Illustration par l'exemple

Nous concluons cette approche de l'influence des régulateurs en matière de contrôle de concentrations, en évoquant une possibilité d'intervention des régulateurs sectoriels – qui est aussi une autre facette de leurs pouvoirs – celle tenant aux préoccupations d'intérêt général. La mission du régulateur est le plus souvent d'ouvrir le marché, mais aussi d'assurer un équilibre entre ce dernier et d'autres préoccupations, notamment d'intérêt général. Dans les décisions de concentration, cette préoccupation et cette prise en compte apparaissent assez peu.

En droit français, on pense immédiatement aux pouvoirs spéciaux du CSA. L'analyse de ses décisions montre qu'elles interviennent souvent postérieurement à celles de l'Autorité de la concurrence et qu'elles ne modifient pas l'analyse concurrentielle. On rappellera ensuite que le ministre dispose depuis la réforme LME de nouveaux pouvoirs pour passer outre une décision de l'Autorité de la concurrence, après une phase II, pour des motifs d'intérêt général. S'il n'a encore jamais été utilisé, l'expérience tirée de la pratique dans d'autres États membres montre que ce pouvoir pourrait trouver à s'appliquer dans les secteurs régulés (on pense à la décision allemande dans le secteur de l'énergie par exemple).

En droit communautaire, il existe bien un article spécifique dans le règlement des concentrations (article 21) qui vise les intérêts légitimes des États membres. Certains intérêts sont reconnus légitimes par le règlement : la sécurité publique, les règles prudentielles et la pluralité des médias. Au moins deux de ces exceptions pourraient jouer dans les secteurs régulés, même si nous ne disposons pas d'exemples positifs (voir, sur la sécurité publique, la tentative espagnole en 2007 dans l'affaire Endesa où le régulateur national a voulu imposer des conditions supplémentaires au rachat d'Endesa après une décision de la Commission, ce qui fut déclaré contraire à l'article 21 du règlement).

Nous terminerons notre présentation en évoquant l'influence de l'Autorité de la concurrence sur la régulation sectorielle.

Depuis la libéralisation des secteurs économiques concernés, les autorités de la concurrence ont toujours eu, tant du point de vue quantitatif que sur le fond, une influence très forte sur les secteurs régulés.

Cela s'est traduit au niveau national par un usage important des injonctions, des mesures conservatoires et des avis. L'Autorité est intervenue de manière importante en avis, en particulier pendant la phase de construction du marché. Cette intervention se situe principalement ex ante. Il en va de même pour les mesures conservatoires dont les conditions de recevabilité sont plus souples qu'en droit communautaire. Ces

interventions ont surtout eu pour effet de soutenir l'ouverture des marchés (ex : le dégroupage de la boucle locale de France Télécom), de prévenir les risques de concentration (ex : affaire des droits du foot en 2003), d'agir sur les prix par des injonctions d'orientation des prix vers les coûts (ex : injonctions contre France Télécom ou TDF pour certains services) ou de suspendre des offres sur les marchés émergents.

Il est intéressant de noter que les interventions de l'Autorité de la concurrence brouillent dans une certaine mesure les caractéristiques respectives que nous avons identifiées pour les deux catégories d'autorités. En effet, force est de constater qu'en intervenant de façon importante par le biais d'avis et de mesures conservatoires, l'Autorité de la concurrence intervient beaucoup plus en amont qu'ex post comme c'est le cas traditionnellement. Ses interventions sont allées bien souvent au-delà de la simple répréhension de comportements illégaux. Elles l'ont conduite à façonner parfois le marché en favorisant l'ouverture de marchés (ou segments de marché) à la concurrence ou à prévenir des risques de concentration. De même, quand elle intervient pour imposer une tarification orientée vers les coûts, l'Autorité de la concurrence se rapproche des missions qui relèvent en principe de la régulation sectorielle.

En droit communautaire, si l'influence de la Commission se traduit aussi en droit antitrust, elle est surtout perceptible en droit des concentrations. Les engagements souscrits par les entreprises et acceptés par la Commission influencent nettement la régulation du secteur. Il en va ainsi des engagements portant sur la modification du prix d'accès aux réseaux, sur la mise à disposition de capacités ou la cession de capacités de production, pouvoir qui pourrait maintenant relever du troisième « paquet » et du régulateur sectoriel. Cette intervention forte a souvent été présentée comme l'expression de la complémentarité, l'Autorité de la concurrence intervenant en soutien du régulateur sectoriel.

Cette influence s'est renforcée ces dernières années, tant sur le fond qu'au niveau procédural.

Sur le fond, cette influence s'est d'abord manifestée par un renforcement des interventions sur les prix. Outre certaines tentatives de poursuites pour prix excessifs dans le secteur des télécoms, c'est surtout par l'utilisation d'une forme d'abus (finalement assez spécifique au secteur régulé, même si théoriquement elle peut trouver à s'appliquer à d'autres secteurs) : le *squeeze* ou ciseau tarifaire. Cette pratique consiste pour un opérateur à vendre un bien sûr un marché intermédiaire, sur lequel il est dominant, à un prix ne permettant pas à ses concurrents de le concurrencer efficacement sur le marché aval.

L'articulation entre le droit de la concurrence et la régulation sectorielle a suscité des interrogations quand l'une des deux, voire les deux branches du ciseau, était régulée et faisait l'objet d'un tarif. Dans une telle hypothèse (quand un tarif a été validé par un régulateur sectoriel), le droit de la concurrence doit-il s'effacer ? La réponse de la Commission et des juridictions communautaires est très claire : l'existence d'une régulation sur l'une ou l'autre, voire sur les deux branches du

ciseau, n'exclut pas l'intervention de l'Autorité de la concurrence, ni l'application de l'article 102 du TFUE, dès lors que l'opérateur dominant dispose toujours d'une marge de manœuvre sur le marché pour faire cesser le ciseau observé (voir notamment l'affaire *Deutsche Telekom*).

On relèvera qu'aux États-Unis, l'approche est différente. Nous avons vu précédemment que, dans les textes, le droit américain prévoit bien la coexistence des deux droits. Toutefois, pour leur mise en œuvre, la Cour suprême a opéré une sorte de hiérarchie en considérant que là où le régulateur (ou la régulation) intervient, le droit de la concurrence devrait être en retrait (voir les affaires *US Verizon v. Trinko 2004*; *Pacific Bell v. Linkline 2009*).

L'influence des autorités de concurrence s'est encore accrue compte tenu des évolutions intervenues sur le terrain de la procédure. En effet, il est intéressant de noter l'apparition de trois nouveaux outils ces dernières années : la possibilité pour certaines autorités (et en particulier la Commission) de mener des enquêtes sectorielles ; la possibilité d'adopter des engagements ; et, en France, celle de se saisir d'office pour avis. Ces trois outils ont un certain nombre de conséquences sur la régulation sectorielle : d'abord, ils permettent aux autorités de concurrence d'intervenir, comme les régulateurs, pour surveiller un secteur et pas seulement pour appréhender des comportements prohibés.

Ensuite, ces outils conduisent les autorités de concurrence à intervenir en amont du comportement infractionnel et non plus seulement ex post pour sanctionner. En outre, les mesures adoptées, notamment avec les engagements, affectent directement la structure du marché et plus seulement les comportements (ex. : remise de capacités, cession de réseaux de transport). Enfin, en pouvant se saisir d'office pour avis, l'Autorité de la concurrence est en mesure de définir des lignes d'action pour les opérateurs, parfois même avant que le régulateur sectoriel n'ait été installé, comme ce fut le cas pour le secteur ferroviaire en France.

Face à ces évolutions, plusieurs questions se posent. Je les soumets au débat.

La première est celle de savoir si l'Autorité de la concurrence continue d'intervenir en soutien du régulateur, ou au contraire si ce renforcement de leur intervention et la transformation de leurs outils ne créent pas une forme de concurrence entre les régulateurs.

Si une forme de concurrence existe bien, une seconde question se pose alors concernant le vide laissé par le régulateur sectoriel. Dans ce cadre on peut aussi se demander quelle est l'incidence en France de la place relativement importante que le ministre occupe toujours dans certains secteurs, qui conduit parfois, plutôt qu'à une articulation entre deux autorités à un jeu tripartite ? Ou bien, est-ce le signe de l'émulation mentionnée par la présidente Hagelsteen dans son rapport précité ? Les débats qui suivent permettront aux intéressés de nous livrer leur point de vue.

## La coordination entre régulateurs au sein de l'Union européenne

### Stéphane Rodrigues

maître de conférences à l'École de droit de la Sorbonne (université Paris I Panthéon-Sorbonne), avocat à la cour et au barreau de Bruxelles

En complément de l'exposé de Christophe Lemaire, se pose la question de la coordination entre régulateurs au sein de l'Union européenne. Elle sera présentée sous forme de deux interrogations :

Se coordonner : est-ce une obligation ? Se coordonner : pour quoi faire ?

Se coordonner, est-ce une obligation, ou une faculté ? L'approche sera celle d'un publiciste et non d'un privatiste. Elle sera donc plutôt institutionnaliste. On ne reviendra pas sur les raisons qui ont fait émerger des autorités de régulation sectorielle au niveau communautaire. Le rapport de Christian Philippe de 2006, intitulé « Le fruit du hasard et de la nécessité », rédigé au nom de la délégation pour l'UE de l'Assemblée nationale, a clairement exposé ces conditions d'émergence, en faisant notamment référence à la jurisprudence de la Cour de justice sur la nécessaire dissociation entre les fonctions d'opérateur et de régulateur, au nom d'une concurrence non faussée et de « l'égalité des chances » entre opérateurs. Une fois établis, ces régulateurs sectoriels nationaux et européens doivent-ils pour autant coopérer ensemble ? Il ne ressort pas des textes de droit dérivé instituant ces régulateurs une obligation générale de coordination.

On relèvera toutefois quelques cas de figure prévus par le texte communautaire lui-même qui oblige à une forme indirecte de coordination, par exemple dans le domaine des télécommunications, par le truchement d'une obligation de notification à la Commission, voire aux autres régulateurs nationaux, dans un certain nombre de domaines de la part des autorités de régulation nationale. Et la Commission veille scrupuleusement au respect d'une telle obligation. C'est ainsi qu'elle a ouvert une procédure en manquement contre l'Allemagne en juin 2009 au motif que l'autorité de régulation allemande avait omis de lui notifier, ainsi qu'aux autres régulateurs nationaux, un certain nombre de projets de réglementations dans le domaine des télécommunications.

Cela étant, la question de la coordination doit aussi être posée au regard du système institutionnel de l'UE dans son ensemble. En tant qu'autorités publiques, les autorités de régulation nationale ne doivent-elles pas satisfaire au devoir de coopération loyale posé par le traité et qui s'impose aux États membres ? L'ancien article 10 du TCE, qui se retrouve en partie dans l'article 4, paragraphe 3 du traité sur l'Union européenne, énonce le devoir de loyauté. Or, on peut trouver

dans la jurisprudence, bien qu'elle demeure encore parcellaire, quelques références, notamment en matière d'obligation de coopération horizontale entre certaines commissions administratives intervenant dans d'autres domaines que ceux des industries de réseaux. Il en est ainsi dans le domaine de la sécurité sociale où une obligation de coopération horizontale est imposée entre les commissions administratives de chaque État membre.

La Cour de justice a eu l'occasion de confirmer cette obligation de coopération dans un arrêt du 11 juin 1991 (affaire C-251/89). Cette jurisprudence pourrait par analogie être appliquée aux autorités de régulation sectorielle qui nous intéressent aujourd'hui, en application d'une conception extensive du devoir de coopération loyale qui s'imposerait non seulement aux États membres avec la Commission européenne, mais également au sein des États membres, entre autorités de régulation.

Deuxième question introductive : dans l'hypothèse où l'on est convaincu d'une obligation de se coordonner, pourquoi le faire ? Deux types d'enjeux peuvent justifier ce besoin de coordination. Des enjeux que l'on pourrait qualifier de visibles : un besoin de cohérence, puisqu'il s'agit d'appliquer une règle qui se veut commune et également un besoin d'efficacité dans l'expertise. Des enjeux cachés se posent également en termes de gouvernance au sein de l'Union européenne. La coordination implique-t-elle un nouveau mode de gouvernance ? La question est donc de savoir s'il s'agit en fait de décentraliser des pouvoirs ou de co-réguler un secteur. Dit autrement, la Commission européenne peut-elle s'appuyer sur ces agences, dont elle encourage la création au niveau européen, pour conforter sa propre autorité ou risque-t-elle de perdre au contraire la main ?

Ce qui caractérise aujourd'hui la coordination au sein de l'Union européenne entre régulateurs nationaux pourrait être résumé à travers la devise de l'Union européenne : l'unité dans la diversité. En effet, les modalités de coopération sont assez diverses, mais la finalité commune aujourd'hui de rendre plus cohérent le cadre régulateur est de plus en plus visible de la part de la Commission. On identifiera à cet égard deux formes de modalités : la coordination encouragée et la coordination subie.

L'hypothèse de la **coordination encouragée** correspond à l'apparition des formules qui se veulent souples : simples forums, ou de manière un peu plus structurée, institution d'un réseau. L'institution de forums des régulateurs nationaux a été souvent suscitée par la Commission européenne comme pour maîtriser un phénomène spontané de la part des acteurs du terrain. À l'exception notable de la plateforme dite de Malte, l'European Platform of Regulatory Authorities dans le domaine de l'audiovisuel, établie en 1995, qui concerne un champ géographique particulier, celui du Conseil de l'Europe, deux autres forums ont vu le jour dans le secteur de l'énergie. Ainsi à Florence en 1998 pour l'électricité et à Madrid en 1999 pour le gaz. Ces initiatives ont donc été suscitées par la Commission, pour correspondre à des enceintes aussi ouvertes que possible. S'y retrouvent ainsi les administrations, les auto-

rités de régulation, les GRT, les fournisseurs, les négociants, les consommateurs, etc.

Compte tenu de cette composition ouverte, le premier problème est celui de l'efficacité relative de ce type de forums. L'échange d'expériences est toujours salutaire, mais il faut reconnaître que, du fait d'un spectre très ouvert de participants et de la technique du consensus qui prévaut pour éventuellement dégager des lignes directrices, très souvent, l'efficacité en pâtit. C'est ainsi, à titre d'exemple, qu'en 2001 un blocage de l'Allemagne a paralysé la réflexion sur un système commun de tarification des échanges transfrontaliers.

Aussi, la Commission a-t-elle souhaité aller de l'avant et structurer un peu plus cette coordination, en instituant des groupes et réseaux européens de régulateurs. C'est ainsi que le conseil européen des régulateurs de l'énergie (EREG) a été créé en 2000, structuré quelques années plus tard sous forme d'association de droit belge. Cela a permis à la Commission d'instituer, en 2003, un groupe des régulateurs européens dans le domaine de l'électricité et du gaz, qui s'est ajouté au conseil européen des régulateurs de l'énergie, ce dernier devenant en quelque sorte l'organe préparatoire du groupe des régulateurs.

Le groupe des régulateurs est présenté, à travers ses statuts, comme le conseiller ou l'assistant de la Commission dans son action visant à consolider le marché intérieur de l'énergie et à faciliter la consultation des autorités de régulation nationale, la coordination et la coopération entre ces autorités, en contribuant à l'application uniforme du droit dérivé dans le secteur de l'énergie. Cette initiative permet ainsi à la Commission, non seulement de consacrer l'obligation de coordination et de coopération, mais aussi, pourrait-on ajouter, de l'encadrer. C'est dans le même esprit que la Commission a institué en 2002 le groupe des régulateurs dans le domaine des réseaux et services de communication.

Peut-on alors comparer ce type de démarche avec celle ayant inspiré la création du Réseau européen de concurrence (REC) ? Dit autrement, le REC peut-il servir de modèle dans le fonctionnement de ces groupes de régulateurs ? La comparaison doit être faite avec beaucoup de prudence. La coordination vise avant tout, en général, l'échange d'informations, le plus souvent aux fins d'enquêtes. Nous n'en sommes pas là avec la coordination des régulateurs sectoriels. Cela étant, la comparaison peut quand même présenter une certaine utilité, puisque l'idée ici est qu'au sein de ces groupes, les autorités de régulation bénéficient d'un échange d'expériences leur permettant d'asseoir leur légitimité dans leur propre État membre. En ce sens, il n'est pas inintéressant de voir que ce que l'EREG produit peut être utile aussi, en termes de réflexes et de modes de faire, pour les groupes de régulateurs. Mais, aujourd'hui, nous sommes passés au-delà de la coordination encouragée. Nous avons franchi un pas important en 2009, avec, comme l'a relevé Laurence Idot en introduction, l'apparition d'agences européennes de coopération. La question se pose alors de savoir si nous n'avons pas alors basculé dans une forme de **coordination subie**.

Les travaux et les réflexions sur cette nécessité de coopérer entre régulateurs nationaux ne datent pas de 2009. Nous pouvons notamment renvoyer à des travaux remontant à 1997, à l'initiative du commissaire Bangemann dans le domaine des télécommunications, ou, plus récemment, en référence au rapport Stoffaës, de 2003, sur demande du ministre délégué des Affaires européennes de l'époque. Aujourd'hui, le pas est franchi, avec deux nouvelles agences européennes de coopération : l'autorité de coopération dans le domaine de l'énergie (ACER), d'une part, et l'agence de coopération dans le domaine des communications électroniques (ORECE), d'autre part.

Première question qui se pose en se penchant sur les textes fondateurs de ces deux agences européennes : sommes-nous en présence d'un nouveau type d'agence et, si oui, de quel type exactement ? Cela renvoie au débat, de nature institutionnelle, lié au mode de gouvernance au sein de l'Union européenne. Dans son livre vert sur la gouvernance de 2001, la Commission avait ainsi clairement donné sa définition d'une agence de régulation pour la distinguer d'un autre type d'agence communautaire, l'agence d'exécution. Est donc une agence de régulation, l'agence chargée de participer de manière active à l'exercice de la fonction exécutive, en posant des actes qui contribuent à la régulation d'un secteur déterminé. Nous avons donc une double approche, en termes de tâches confiées aux agences et en termes d'actes posés par ces agences.

À ce stade, nous pouvons donc rattacher l'ACER et l'ORECE à la catégorie des agences de régulation telles que définies depuis 2001 par la Commission. Si l'on analyse en effet le règlement 713/2009 instituant l'ACER, il est intéressant de voir que tout d'abord, les tâches qui lui sont confiées ne sont pas uniquement consacrées à la coordination entre les autorités de régulation nationale. L'ACER doit aussi veiller à la coopération entre les gestionnaires de réseaux de transport et à assurer des conditions optimales d'accès et de sécurité d'exploitation applicables aux infrastructures transfrontalières. De plus, d'une manière générale, l'article 11 confie à l'ACER une tâche de surveillance des marchés intérieurs de l'électricité et du gaz naturel, y compris le respect des droits des consommateurs.

Ce n'est qu'à l'article 7, noyé au milieu de multiples autres tâches, que l'ACER se voit confier des fonctions particulières visant à rendre effective une coordination des autorités de régulation nationales. L'ACER doit notamment formuler des recommandations afin d'aider les ARN à échanger informations et expériences entre elles et, si elle devait l'estimer nécessaire, à proposer à la Commission le recours à des règles contraignantes pour organiser cette coopération. Il y a donc une gradation dans la possibilité, si la coordination ne se fait pas aussi spontanément qu'elle pourrait le faire grâce aux efforts de l'ACER, d'aller éventuellement plus loin dans le caractère contraignant des méthodes de coordination.

Le deuxième aspect intéressant consiste à faire une analyse comparative avec l'autre agence de coopération, instituée cette fois-ci dans le domaine des télécommunications. Le détail des tâches dans le règlement 1211/2009 instituant

l'ORECE est beaucoup plus modeste. Peut-être que, échaudé par les débats du troisième « paquet » énergie, le législateur européen a estimé qu'il ne fallait pas aller aussi loin dans les tâches de coordination. Que trouve-t-on dans le texte ? La volonté de faire de l'ORECE un forum exclusif pour la coopération entre autorités de régulation nationale (ARN). Les mots « organe » et « forum » montrent bien le recul d'intensité dans le choix des termes pour qualifier ces nouvelles entités. Le reste ne s'institue pas tout seul. L'ORECE se voit « flanqué » d'un office, instauré sous la forme d'un organisme communautaire qui fournira « des services professionnels et administratifs » à l'ORECE, rassemblera les informations auprès des ARN et diffusera auprès des autorités de régulation nationales les meilleures pratiques. Il s'agit peut-être là pour la Commission d'une façon de récupérer un pouvoir d'influence qu'elle a perdu par ailleurs par rapport à la formule précédente d'un « self restraint » de la part du législateur européen, par rapport au degré de coopération atteint avec l'ACER dans le domaine de l'énergie.

Deuxième niveau de comparaison : les actes posés pour la régulation du secteur. De nouveau, comparons les deux règlements 2009 du groupe européen des régulateurs. Le contraste est saisissant entre le spectre des actes susceptibles d'être édictés par l'ACER et par l'ORECE. L'ACER est incontestablement mieux équipée. Nous pouvons identifier quatre grandes catégories d'actes dont l'ACER peut être l'auteur : des avis et recommandations, des décisions individuelles, des orientations-cadres et des rapports, notamment un rapport annuel, très attendu puisqu'il fera état de la réussite ou non de la coordination des autorités de régulation nationale. Quant au règlement instituant l'ORECE, il est plus dépouillé en la matière. Si l'on retrouve les avis et recommandations ainsi que les rapports d'activités, en revanche rien en matière de décision individuelle ni en matière d'orientation-cadre. Ce bref aperçu comparatif montre qu'en dépit de la volonté certaine de coordination à l'échelon de l'UE, les modalités restent extrêmement disparates d'un secteur à l'autre.

On en vient enfin à se demander si la coordination ainsi imposée et éventuellement subie par les autorités de régulation nationale peut conduire parallèlement à l'émergence d'une nouvelle forme de normes produites par les nouvelles agences européennes de coopération ? Le terrain est mouvant et encore inconnu. Ainsi, à titre d'exemple, l'ERGEG a su développer son propre discours assis sur la crédibilité et l'expertise technique. Lorsque l'ERGEG arrivait à s'entendre sur une position commune, il était fréquent que la Commission en avalise le contenu sous la forme d'un communiqué de presse, ce qui accréditait l'idée que la position exprimée par l'ERGEG devait naturellement s'imposer aux acteurs du secteur. Se développe donc une forme de *soft law*, comme a eu l'occasion de l'analyser Monsieur Lombard (voir son éditorial publié dans la revue d'Économie publique en 2009) qui doit aussi s'analyser, d'une certaine façon, comme un fruit de la coopération. Il n'est dès lors pas incongru de penser que les recommandations qu'adopteront l'ACER et l'ORECE acquièrent bientôt cette même puissance ambiguë de la *soft law*.

Il est clair en tout état de cause que l'on constate un renforcement du discours de l'expertise acquise grâce à une meilleure coordination des régulations nationales et au profit d'une plus grande cohérence pour le secteur régulé, quel qu'il soit. Certains diront que cela peut aussi se révéler être une faiblesse du système et qu'il serait utile, peut-être dans un avenir proche, de disposer d'une réglementation-cadre, qui permettrait en quelque sorte de consolider les modes de faire de cette coordination. Il est vrai qu'une telle réglementation-cadre existe déjà pour les agences exécutives. On pourrait dès lors l'imaginer pour les agences de régulation, type ACER et ORECE, *a fortiori* dans la mesure où elles sont probablement appelées à se développer dans d'autres secteurs.

# Table ronde : la coordination des autorités de régulation : Quelles attentes ? Quelles évolutions ? Quels contrôles ?

## Laurence Idot

Il est toujours difficile d'organiser une table ronde, ne serait-ce que parce que l'on ne peut faire intervenir autant de personnes qu'on le souhaiterait, surtout sur un tel sujet. Bien qu'il ait l'avantage d'être neutre, je ne vais pas respecter l'ordre alphabétique.

Compte tenu du modèle institutionnel choisi en France, un choix s'imposait : celui du président Fossier, qui assure la présidence de la nouvelle chambre « régulation économique » de la cour d'appel de Paris. Nous lui sommes particulièrement reconnaissants d'avoir accepté de venir ce matin, car le mardi est un jour très chargé à la cour d'appel de Paris et nous l'avons obligé à modifier son emploi du temps.

Naturellement, l'Autorité de la concurrence devait elle aussi être représentée. Un grand merci à la présidente Flüry-Hérard d'avoir accepté cette mission. Cette dernière est particulièrement bien placée pour participer à cette table ronde, puisqu'avant de rejoindre en mars dernier l'Autorité de la concurrence, en tant que vice-présidente, elle a été membre du Conseil supérieur de l'audiovisuel pendant sept ans, mais également membre du collège du Conseil de la concurrence. Cela lui donne le grand avantage d'avoir les deux expériences : régulateur sectoriel, autorité de la concurrence.

Pour les autorités sectorielles, le choix était d'autant plus difficile que nous ne pouvions les faire intervenir toutes. Nous

avons éliminé les télécommunications, secteur déjà maintes fois étudié, et notre choix s'est porté sur le secteur de l'énergie, ne serait-ce que parce que nous sommes encore dans ce secteur dans une phase intermédiaire. L'ouverture à la concurrence est encore dans une phase où l'intervention conjointe du régulateur sectoriel et de l'Autorité de la concurrence est essentielle. Un grand merci à M. Coin, directeur juridique de la CRE, d'avoir accepté de participer à cette table ronde.

L'objectif de ces ateliers a toujours été, et il faut saluer la DGCCRF, d'associer les opérateurs. Puisque nous avons choisi de privilégier dans cette table ronde, le secteur de l'énergie qui nous semblait particulièrement représentatif, le choix d'un opérateur du secteur s'imposait. M<sup>me</sup> Lagumina, directrice juridique de GDF-Suez a accepté de jouer ce rôle et nous la remercions. Cet opérateur est particulièrement intéressant pour nous. Certes, nous le connaissons sous son étiquette « opérateur historique », mais il est également un nouvel entrant.

Enfin, il nous a semblé indispensable d'aller au-delà du cadre hexagonal. Sur ce sujet, les expériences sont multiples en Europe. L'expérience allemande nous a paru devoir retenir l'attention. Merci à M<sup>me</sup> Horstmann, qui a également, comme beaucoup de nos intervenants de ce matin, une double casquette. Non seulement, elle est chef de section adjointe des affaires internationales de l'Office fédéral allemand de régulation des réseaux, qui est en quelque sorte, si vous me pardonnez l'expression, un régulateur plurisectoriel, mais elle exerce également des fonctions au sein du Conseil des régulateurs européens de l'énergie.

## Christophe Lemaire

Puisque le focus est mis sur l'énergie, je commencerai par une question concernant l'audiovisuel. L'exposé a montré que le CSA avait une place à part. D'abord, contrairement aux autres régulateurs évoqués, sa création ne résulte pas d'un phénomène de libéralisation. Ensuite, ses rapports avec l'Autorité de la concurrence sont relativement limités. Enfin, compte tenu des évolutions technologiques, ses pouvoirs doivent s'articuler de plus en plus avec ceux de l'ARCEP. Pouvez-vous nous donner votre vision de ces sujets et nous dire comment vous voyez les évolutions possibles.

## Élisabeth Flüry-Hérard

vice-présidente de l'Autorité de la concurrence

Je m'exprime évidemment en mon nom propre. Mais quand même en tant que vice-présidente de l'Autorité de la concurrence, mes propos ne sauraient engager le CSA, puisque mon mandat s'est terminé il y a un an. Ainsi, prenez simplement mon propos à titre de témoin de ce qui s'est passé dans l'évolution du CSA. La question posée est intéressante, justement dans l'histoire comparée des relations entre autorités de concurrence et autorités de régulation.

Au départ, quand le CSA et ses prédécesseurs ont été conçus, ils l'ont été comme gardiens du pluralisme et non comme autorités de la concurrence. Cela impliquait qu'ils se substituent à l'État dans sa mission vis-à-vis de la télévision publique, mais en même temps vis-à-vis de toutes les télévisions privées, pour faire respecter la loi en tant qu'autorité administrative indépendante, en tant que personne impartiale. Également, presque à titre subsidiaire, il lui a été demandé de gérer les fréquences. C'est ainsi qu'est née une culture de « gardien des libertés » axée sur le pluralisme interne. Il s'agissait de vérifier qu'à l'intérieur du fonctionnement de chaque chaîne de télévision, les règles du pluralisme – et notamment en matière politique – étaient véritablement observées. Pour cette raison, au départ, le CSA n'avait même pas le droit de faire des demandes d'avis au Conseil de la concurrence. Il était consulté dans le cadre des concentrations et il avait le droit de le saisir dans le cadre des pratiques anticoncurrentielles. Tout ce système élaboré de passerelles que nous avons vu ce matin n'existait pas au départ.

Une évolution extrêmement importante s'est produite entre 2002 et 2006. D'abord, on a découvert les fréquences numériques terrestres disponibles pour la télévision numérique. C'est très important. Jusque-là, le CSA s'occupait des fréquences uniquement pour la radio. Apparaissent des fréquences nationales pour un secteur caractérisé par une situation d'oligopole (télévision publique, TF1, M6, Canal+). Et soudain, ce gardien des libertés se trouve confronté à une nouvelle problématique : « *Puisque j'ai trente fréquences à attribuer, je vais me poser des questions de régulateur économique, telle celle des nouveaux entrants, celle de l'ouverture d'un oligopole* ». Peu à peu, du fait d'une multiplication des chaînes payantes sur les nouveaux supports que sont le câble, le satellite, etc., nous sommes passés d'une conception de pluralisme interne à une conception de pluralisme externe.

Certes, il s'agit toujours de garantir une loyauté et une déontologie de l'information et des programmes à l'intérieur de chaque chaîne, mais, de plus en plus, il s'agit d'offrir aux citoyens le plus grand nombre de chaînes possibles et de donner aux chaînes la possibilité d'accéder au plus grand nombre de citoyens. Et, peu à peu, l'on se rapproche des problématiques de concurrence. Ajoutons à cela deux autres phénomènes : la transposition du « paquet » Télécom – le CSA voit la logique de ses missions conçues en articulation avec l'ARCEP en tant qu'acteur dans le champ des communications électroniques : à l'ARCEP le transport, au CSA le contenu. Nécessairement, à compter de ce moment, le CSA doit intégrer la manière dont le régulateur sectoriel voit le secteur. Ici commence la longue histoire de ses relations avec TDF notamment.

Troisième événement, extrêmement important, qui va pousser le CSA vers un rôle de régulateur sectoriel : la fusion TPS/Canal. À ce moment, la création d'un quasi-monopole de télévision payant rend particulièrement aiguë la question de l'accès des distributeurs de télévision aux chaînes et de l'accès des chaînes aux distributeurs de télévision. En effet, les pouvoirs de Canal peuvent avoir de vraies conséquences

en matière de pluralisme externe ; ce sont également des problèmes de concurrence. Durant toute cette période, les relations entre l'Autorité de la concurrence<sup>4</sup> et le CSA se multiplient, parce que l'Autorité, dont l'audiovisuel devient un sujet majeur, multiplie les demandes d'avis. Conséquence : à deux reprises, à l'initiative de l'Autorité de la concurrence, les instruments d'un régulateur sectoriel sont mis en place au profit du CSA.

La première fois, ce fut en 2004, avec le règlement des différends, au moment de la transposition du « paquet » Télécom. Un avis du Conseil de la concurrence indique qu'il serait opportun de doter le CSA d'un pouvoir de règlement des différends. Évidemment, cela est repris par le CSA qui considère l'idée excellente, puis introduit par la loi en 2004. Mais, comme cette idée ne suscitait pas un enthousiasme majeur dans le monde audiovisuel, il ne se passe plus rien jusqu'en 2006. En d'autres termes, le décret d'application n'est pas adopté. Puis, avec la fusion TPS/Canal, le besoin d'un régulateur sectoriel se fait pressant, le décret paraît enfin, et le règlement des différends commence. Force est de constater que cette innovation se fait quand même à l'initiative du Conseil de la concurrence qui, loin d'occuper le terrain, a essayé de pousser à la création d'une autorité qui puisse remplir sa mission dans le secteur.

Deuxième étape : la loi de mars 2009 a donné au CSA un pouvoir d'avis réel. Tout ce mécanisme de passerelle réciproque existe maintenant entre les deux autorités, s'agissant notamment des interventions obligatoires et de la possibilité, sur une base volontaire du CSA, de consulter l'Autorité de la concurrence. Enfin, troisième étape à venir : le rapport Hagelsteen propose très clairement de doter le CSA des pouvoirs de l'ARCEP. Là encore, c'est quand même l'Autorité de la concurrence qui, dans son avis sur les exclusivités, dit qu'il y a besoin d'une régulation dans ce secteur, d'un régulateur et qu'un régulateur est tout désigné. Le rapport Hagelsteen est une demande gouvernementale suite à une préconisation de cet avis sur les « exclusivités ».

Ces quelques mots simplement pour dire que l'on voit comment un régulateur, gardien des libertés, se transforme peu à peu en régulateur sectoriel, avec une aide et dans une interaction vraiment forte avec l'Autorité de la concurrence, ainsi qu'avec l'ARCEP.

### Christophe Lemaire

Dans le prolongement de cette vision nationale, au-delà du CSA, nous nous interrogeons sur le bilan des passerelles. Nous recherchons notamment dans quelle mesure l'apparition de nouveaux outils au profit des autorités de concurrence favorisait la complémentarité entre autorités ou si au contraire elle entraînait une forme de concurrence entre elles. Cela crée-t-il une émulation stimulante ou au contraire, un chevauchement problématique ?

4. Anciennement Conseil de la concurrence.

### **Sandra Lagumina,**

directrice juridique corporate de GDF-SUEZ

La vitesse à laquelle le débat a évolué sur ce sujet est assez frappante. Il y a cinq ans, vous auriez eu des exposés pour dire que l'Autorité de la concurrence ne devait traiter que de concurrence, le régulateur préparer la concurrence, etc. Aujourd'hui, le constat de Christophe Lemaire est tout à fait partagé, et nous sommes dans un mécanisme de coordination, ce qui signifie bien qu'il existe de la concurrence entre autorités et qu'il convient de gérer les relations entre les unes et les autres. Pour un opérateur, le constat principal est qu'il ne faut pas se battre sur les questions de concurrence. Par ailleurs, je ne paierais pas des avocats pour trancher des questions de concurrence, parce que le débat me semble derrière nous, en tout cas du côté des opérateurs.

Ensuite, dans le secteur de l'énergie, la réglementation a considérablement évolué et a, d'un côté, accru les pouvoirs de l'autorité de régulation dans les domaines de surveillance du marché, de concurrence, etc. ; parallèlement, l'Autorité de la concurrence a fait preuve d'une autorité parfois adoubee par le législateur, parfois spontanée, et est intervenue dans le domaine de l'énergie.

Et, quand vous prenez des dossiers aussi structurants que l'avis de Powéo en matière de tarif du gaz, la question de Direct Energie sur les tarifs d'électricité et du ciseau tarifaire, ou encore l'affaire Solaire Direct sur le rôle que peut avoir une filiale d'un opérateur dominant et sa relation avec son actionnaire, il s'agit véritablement d'interventions structurantes par rapport au comportement des acteurs. Normalement, en termes de doctrine, ce type de choses relevait du régulateur plus que de l'Autorité de la concurrence. Pour autant, c'est un état de fait. Aussi, il convient d'abord de constater que les concepts sont désormais partagés entre l'Autorité de la concurrence et les autorités de régulation, puisque l'on voit apparaître des termes comme « ciseau tarifaire » dans des décisions des autorités de régulation et/ou en matière d'engagement. Clairement, l'autorité de concurrence prend des positions de structuration de marché. Nous avons un substrat commun, ce qui signifie qu'un opérateur doit s'organiser pour gérer cette double relation naturelle qui fait partie intégrante de la vie des opérateurs.

Une fois les concepts harmonisés et la querelle de compétence dépassée, la question principale qui se pose est celle de l'anticipation. Quand plusieurs acteurs interviennent dans vos secteurs, comment faire en sorte d'assurer la sécurité juridique de mon comportement et donc, comment anticiper ou non la réaction des différents intervenants dans ce secteur d'activité ? Cette question est parfois difficile, parce que nous sommes encore dans un secteur en construction. D'ailleurs, dans son exposé, Christophe Lemaire montrait que parfois, les choix devaient être fonction de la maturité des différents secteurs. Mais alors, quand nous nous interrogeons sur la question, un autre acteur arrive assez rapidement dans le débat : l'État dans toutes ses composantes, à savoir, celui qui va établir la réglementation. Ainsi de la question de l'évolution

du stockage de gaz : c'est un secteur dans lequel nous allons naturellement avoir une question de régulation (l'accès au stockage), pas mal de débats, puis une réglementation va réorganiser complètement le système du stockage et, à la limite, le débat repart pour un tour.

Troisième acteur : l'État réglementateur. Sur ces sujets quelque peu sensibles comme les tarifs d'électricité, tout le monde attend la loi NOME, et tout le débat autour du droit de la concurrence, du droit de la régulation et de l'organisation des marchés va être bouleversé, à un instant T, par la mise en place de cette réglementation.

Autre acteur également, la Commission européenne, vers laquelle nous sommes tournés de manière permanente. Alors, il peut s'avérer plus difficile de gérer des prises de position divergentes, dans un laps de temps différent, entre les décisions prises au niveau communautaire et celles qui l'ont été au niveau national.

Puis, un cinquième acteur intervient dans le domaine de l'énergie, avec la troisième directive. Il s'agit de l'autorité de coordination dont on a parlé tout à l'heure, et dont on va aussi regarder le positionnement. Alors, savoir si cela pose ou non un problème n'est pas une question en soi. C'est une donnée de fait à laquelle il faut s'adapter. La gestion de l'interlocuteur, qui est évidemment la question principale que l'on se pose quand on fait des opérations ou quand on fait évoluer nos sociétés, devient plus complexe à gérer. Et aujourd'hui, cette complexité est l'élément central. C'est aussi une opportunité, parce que parfois, alors que l'on se positionne sur un marché, on peut choisir l'autorité vers laquelle se tourner pour faire avancer les choses dans tel ou tel secteur. Ainsi, au-delà de l'aspect complexité, les opérateurs peuvent faire des choix en termes de stratégie juridique, parce que les régulateurs et les autorités de concurrence n'ont pas nécessairement les mêmes instruments juridiques.

### **Rémy Coin**

directeur juridique de la Commission de régulation de l'énergie

À travers ces réactions d'opérateurs, on voit que les régulateurs au sens général doivent avoir une cohérence et une complémentarité. Sinon, les opérateurs en profitent ou veulent en profiter et après tout, cela n'est pas complètement anormal. Cela fait partie des règles du jeu. Mais, cela veut dire qu'il faut aussi donner de la clarté et, pour ce faire, donner en même temps de la sécurité juridique ; là est aussi la responsabilité du régulateur, il faut une cohérence, une complémentarité.

Tout à l'heure, dans l'exposé de Christophe Lemaire, nous avons vu que quand on parle des passerelles existant aujourd'hui dans les textes, dans le domaine de l'énergie, entre la Commission de régulation de l'énergie et l'Autorité de la concurrence, finalement, il s'est passé relativement peu de choses en quantité. En qualité, ce n'est peut-être pas aussi vrai, parce que, comme le disait à l'instant Sandra Lagumina, l'Autorité de la concurrence a rendu des avis très structurants,

dont le régulateur de l'énergie a forcément tenu compte lorsqu'il en a pris connaissance, mais aussi dans son action au quotidien, qui consiste à gérer un marché.

Parallèlement à cela, l'Autorité de la concurrence a beaucoup apporté au régulateur de l'énergie. La relation ou l'importance que peut prendre, dans le régime de concurrence, le régulateur sectoriel, est aussi en train d'évoluer. Ainsi, la loi de 2006 a créé des mécanismes de surveillance des marchés de gros, qui forcément, au fur et à mesure qu'ils vont être mis en œuvre d'une manière de plus en plus efficace, vont permettre de mettre en évidence, éventuellement, des problèmes liés à l'application du droit de la concurrence. Le troisième paquet énergie, qui va être transposé fin 2010 ou courant 2011, pose déjà les prémices d'une surveillance des marchés de détail.

Cela signifie que si on applique effectivement de manière plus structurante et plus efficace les textes qui existent déjà, je pense en particulier à l'article 39 de la loi de 2000, effectivement, peut-être le régulateur sectoriel sera à même de donner davantage d'informations et d'occasions d'intervenir à l'Autorité de la concurrence. Nous sommes vraiment dans un domaine où s'opère une sorte de croisement, où finalement la cohérence et la cohésion sont en train d'exister, et où en tout cas, il faut qu'elles existent, sinon le régulateur ne remplirait pas sa mission. Celle qui est dans la loi, mais aussi au-delà, les trois missions essentielles de créer de la norme, de la fluidité et de la transparence.

Or, la création de la transparence fait aussi partie de la relation que l'on peut avoir avec l'Autorité de la concurrence. Ceci, lorsque les passerelles existent.

Mais, en complément à la question posée, il convient de parler des passerelles qui n'existent pas, mais qui sont nécessaires. Un régulateur sectoriel a aussi besoin de travailler avec d'autres interlocuteurs du domaine de la régulation, avec les autres régulateurs qui travaillent sur les industries de réseau. On a évoqué l'ARCEP tout à l'heure. Il est important que la cohérence se fasse aussi dans l'action avec les régulateurs qui travaillent dans les industries de réseau. Cela est vrai pour l'ARCEP, cela le sera sans doute avec l'ARAF. Par ailleurs, le régulateur sectoriel doit travailler avec l'ensemble des autres régulateurs, sur des problèmes qui seront communs à l'ensemble. Des questions peuvent se poser. L'une d'entre elles a été évoquée ce matin : la *soft law*. Ce problème est général à l'ensemble du secteur de la régulation et il est bon que l'ensemble des régulateurs, sectoriels ou généralistes, s'interrogent dessus. D'autres questions sont plus ponctuelles, mais peuvent effectivement poser débat entre les régulateurs, des questions aussi basiques, mais aussi importantes que la personnalité morale. Un régulateur doit-il être une autorité administrative indépendante ou une autorité publique indépendante. Ces questions peuvent se poser à l'ensemble des régulateurs, parce qu'il y a effectivement un certain nombre de données tactiques et stratégiques qui s'associent effectivement à la possibilité d'avoir ou pas la personnalité morale.

Un troisième point me paraît important et nécessite un dialogue avec l'ensemble des régulateurs, c'est le problème de l'autonomie financière, budgétaire. Un régulateur doit-il émarger au budget de l'État ou doit-il tirer ses ressources de l'activité du secteur qu'il est chargé de réguler ? Ce sont aussi des questions importantes et tous les régulateurs doivent se les poser. Aujourd'hui, dans les textes, je serais assez tenté de dire qu'il existe des passerelles, intéressantes, avec l'autorité de la concurrence. Je pense qu'elles vont se renforcer, parce qu'effectivement, l'action est de plus en plus complémentaire et je pense que nous ne la vivons pas comme une action de concurrence et que nous devons aboutir à une cohérence, parce que c'est l'intérêt de la régulation du secteur. Mais également, certaines passerelles n'existent pas encore, qui ne sont pas interdites, bien sûr, mais qu'il faut peut-être aussi développer avec l'ensemble du secteur de la régulation.

### Christophe Lemaire

Merci Rémy. Cela rejoint des problématiques évoquées par Laurence Idot et l'idée qu'un droit commun des régulateurs émergerait qui nécessite des passerelles entre secteurs. Quel est le point de vue de l'Autorité de la concurrence située au cœur des relations entre tous les régulateurs ?

### Élisabeth Flüry-Herard

Bien entendu, il faut une cohérence. J'emploierai éventuellement le terme « émulation », mais certainement pas « concurrence entre autorités ». D'abord, il n'a pas été suffisamment souligné que le système français est d'une clarté et d'une lisibilité rares. À l'étranger, dans les cas où vous avez par exemple une autorité qui est à la fois le CSA, l'ARCEP, mais aussi l'Autorité de la concurrence pour ce qui concerne son secteur, on se poserait beaucoup plus de questions sur la coordination. Il me semble que l'autorité tient énormément et continue à promouvoir un système de passerelles fortes entre les deux régulations et, en même temps, distingue bien les champs d'intervention. J'évoquerai par exemple l'avis que l'autorité vient de donner sur le Code du cinéma, avec l'institution de médiateurs. Dans le projet du CNC, en réalité, les passerelles entre le médiateur – qui est une autorité de régulation sectorielle – et l'Autorité étaient diminuées et lacunaires. Alors, l'Autorité a fortement dit : « *Il faut établir un modèle de passerelles entre les deux, qui soit à peu près la copie conforme de ce que l'on a avec la CRE.* » Dans le même temps, le médiateur se voyait doté de vrais pouvoirs d'Autorité de la concurrence. Il pouvait se saisir de pratiques anticoncurrentielles et interrompre une saisine à titre de mesures conservatoires de l'Autorité de la concurrence. L'Autorité a refusé : il existe une autorité en droit de la concurrence. Ce système fonctionne bien. Là encore, avec un vrai souci de la part de l'Autorité de respecter la règle selon laquelle elle ne fait pas de régulation. La première affaire dont j'ai été saisie en tant que vice-présidente concernait Éco-emballages qui s'occupe de donner des aides aux collectivités locales et de faire l'audit de tri qu'elles réalisent, en échange de ces aides.

Un petit opérateur avait conçu un logiciel dans le domaine d'éco-emballages et avait un litige avec Eco-emballages qui relevait plutôt du tribunal de commerce. Le plaignant disait: « *Eco-emballages, avec ses droits spéciaux, s'il intervient dans un secteur concurrentiel, cela va être dramatique. Donc, il faut que vous interveniez au titre des engagements, pour réguler l'intervention d'Eco-emballages dans le secteur concurrentiel.* » Là, l'Autorité a dit: « *Non, nous ne pouvons pas intervenir si nous ne distinguons pas clairement un comportement anti-concurrentiel qui va donner lieu, effectivement, à des préoccupations de concurrence et ensuite, à des engagements. L'Autorité n'a pas, a priori, à s'ingérer dans un secteur, même si elle en discerne bien les dangers potentiels.* »

Il faut bien voir que le mécanisme des engagements est quand même très lié à un comportement anticoncurrentiel. Ils peuvent avoir une influence structurante, ce qui ne veut pas dire qu'ils sont faits pour structurer le marché. Une remarque identique peut être faite en ce qui concerne le pouvoir d'auto-saisine pour avis de l'Autorité: depuis que la loi est entrée en vigueur, il n'y a eu que deux auto-saisines. La deuxième porte sur un sujet général, puisque les croisements de fichiers relèvent d'un problème général avec une application particulière dans les centres de Télécom.

En ce qui concerne l'avis sur les gares, il est vrai que l'Autorité parle de sujets qui constituent de vraies préoccupations pour le Parlement, mais c'est aussi sa fonction. Comme j'ai essayé de vous le montrer avec l'exemple du CSA, l'Autorité, loin d'occuper le terrain, a un intérêt et développe une action réelle pour favoriser la naissance et le développement d'autorités sectorielles qui, encore une fois, en coordination étroite, permettront de faire un bon travail.

### Nadia Horstmann

chef de section adjointe des affaires internationales de l'Office fédéral allemand de régulation des réseaux, coprésidente de la Task Force « Agency project team » du Conseil des régulateurs européens de l'énergie

En regardant le sujet quand vous me l'avez envoyé, j'ai dû faire un retour en arrière et repenser au moment où, il y a cinq ans, cette agence a été créée et aux projets gouvernementaux qui, à l'époque, envisageaient de donner la régulation de l'énergie au Bundeskartellamt, l'autorité de la concurrence. À l'époque, personne ne trouvait cela bizarre. Le consensus était assez général. Il n'y avait pas d'idée très précise sur la question d'avoir ou non un régulateur spécifique pour l'énergie, sur le point de savoir s'il fallait, ou non, donner cette compétence à l'autorité de la concurrence. Cette question n'animait pas beaucoup les esprits. Aujourd'hui, c'est différent. Cela signifie que des passerelles sont nécessaires et qu'il existe un véritable problème de coordination.

Pour tracer le portrait de l'activité de la Bundesnetzagentur et du Bundeskartellamt, il faut partir du constat que ces deux autorités sont un peu l'équivalent des autorités administratives

indépendantes en France, mais à la différence qu'elles sont de véritables administrations, avec un personnel fonctionnarisé, etc. Cela signifie concrètement qu'il existe déjà des passerelles entre les deux autorités. C'est important, parce que cela signifie que quand vous avez commencé votre carrière au sein du Bundeskartellamt en Allemagne, vous pouvez la continuer au sein de la Bundesnetzagentur.

Et il existe un énorme va-et-vient entre ces deux organisations. Les passerelles ne sont peut-être pas inscrites dans la loi, elles ne sont pas formalisées, mais elles existent de cette manière indirecte, et permettent le développement d'une idée commune de la régulation du marché. Avoir la même organisation, la même structure, cela facilite le travail. Les compétences sont différentes, mais également proches et enfin, comme en France, il faut noter la compétence exclusive de la cour d'appel de Düsseldorf, pour connaître des recours contre les décisions du Bundeskartellamt et de la Bundesnetzagentur, donc du régulateur sectoriel.

La loi prévoit-elle des passerelles formelles? Une obligation de coopération entre l'autorité de la concurrence allemande et l'autorité de régulation sectorielle existe-t-elle? Dans cette table ronde, on se concentre sur l'énergie, mais le Bundesnetzagentur régule également les télécommunications, les postes et les chemins de fer. Des obligations de coopération avec l'autorité de la concurrence sont inscrites dans les lois sectorielles.

Ainsi, il est indiqué que la Bundesnetzagentur doit informer le Bundeskartellamt de tout cas qui pourrait entrer dans son domaine de compétences, et vice versa. Ce sont des obligations de saisine commune, des obligations de demandes d'avis qui peuvent être formulées par l'autorité de la concurrence sur des questions qui touchent l'organisation du marché de l'énergie ou du marché des télécommunications, et inversement. Il existe une différence, en Allemagne, entre le domaine des télécommunications et de l'énergie: les avis rendus par le Bundeskartellamt à la demande de la Bundesnetzagentur dans le domaine des télécommunications sont des avis liants, obligatoires, ce qui n'est pas le cas dans le domaine de l'énergie.

Quant à l'utilisation de ces procédures, je ferais le même constat que Christophe Lemaire pour l'Allemagne: nous avons très peu saisi le Bundeskartellamt et de la même manière, lui-même nous a très peu saisis sur des affaires qui concernaient l'organisation du marché de l'énergie. Quand vous évoquiez le cas français, je me demandais pourquoi. En Allemagne, je pense que cela vient beaucoup du fait que l'on fonctionne véritablement comme une administration intégrée. Un véritable travail commun se fait au niveau des employés, de la Bundesnetzagentur et du Bundeskartellamt. Il existe des groupes communs de travaux, avec par exemple une nouvelle initiative qui intéresse d'ailleurs beaucoup les Français. Cette dernière permettra, dans le futur, au Bundeskartellamt, de contrôler le prix final de l'électricité. Cette mesure, qui est une compétence de l'autorité de la concurrence, est développée. Le Bundeskartellamt a demandé à la Bundesnetzagentur de créer une cellule commune – non officielle – pour mettre en

place un système de contrôle de ce prix final de l'électricité. Donc, les passerelles existent véritablement. Si je compare le système allemand au système français, j'ai moins le sentiment d'un fossé entre les deux autorités, que d'un travail commun véritable, sans doute du fait même de l'organisation de l'administration allemande.

Cela ne signifie pas pour autant que tout fonctionne bien, même si une véritable coopération existe en amont et en aval, sur les dossiers qui concernent l'énergie, avec le Bundeskartellamt. Il y a aussi des problèmes qui sont apparus, par exemple dans le cadre de l'enquête sectorielle menée par la Commission européenne et soutenue par l'autorité de la concurrence allemande. La Chancelière allemande se trouvait au sein de nos locaux, parce que la BNetzA fêtait ses dix ans de régulation dans les télécommunications et l'énergie et tout d'un coup, nous apprenons que des *dawn raid*<sup>5</sup> étaient organisés par la Commission européenne, que le Bundeskartellamt soutenait l'ensemble de ces mesures.

Nous connaissions également plus ou moins les engagements qui allaient être présentés par les opérateurs allemands comme RWE, en particulier le *unbundling*, la séparation patrimoniale, à savoir la vente de leur réseau. La Chancelière a été informée de ces *dawn raid* le jour où elle était chez nous et elle nous a dit : « *Que se passe-t-il ? Avez-vous fait quelque chose ?* » Nous avons dû lui dire que nous n'étions au courant de rien. Nous ne connaissions pas la date, nous ne savions pas ce qui allait se passer, quelles entreprises étaient concernées, quels étaient les buts de la Commission européenne, les débuts de preuve qu'elle pouvait avoir. Cela peut paraître logique, parce que l'existence d'un *dawn raid* est toujours un secret savamment gardé par la Commission.

Plus on en parle et plus des problèmes de fuite peuvent survenir. Mais, cela a démontré qu'il y avait parfois des problèmes de coordination, que si elle avait été meilleure, cela aurait peut-être facilité les choses. À ce moment-là, il était important ou très dommageable de ne pas avoir été averti. Dans le cas des enquêtes sectorielles qui ont visé les entreprises allemandes, la Commission avait pour idée de forcer les entreprises allemandes à vendre leur réseau, une position que le régulateur national ne soutenait pas.

La difficulté est qu'en parallèle, la Bundesnetzagentur était en train de travailler avec les opérateurs du réseau, les quatre grands de l'électricité et les sept du gaz, pour mettre en place un *unbundling* qui puisse être accepté par la Commission. Nous étions en train d'envisager avec les opérateurs diverses mesures de séparation managériale, de séparation de l'information, etc., donc des choses importantes qui coûtent de l'argent aux opérateurs et, en parallèle, la Commission européenne menait ses *dawn raids*. Des opérateurs nous disaient qu'ils ne mettraient pas ce programme relatif au *unbundling* en place, de crainte que la Commission n'arrive deux ou trois mois plus tard, avec une décision qui impose la vente des réseaux, alors que le programme leur coûterait près de dix millions d'euros. Cela a montré que l'absence de passerelle

entre les travaux menés par le Bundeskartellamt et l'autorité de régulation constituait un problème.

### Laurence Idot

Votre dernière remarque rejoint, sous une autre forme, celle de Sandra Lagumina. Nous montons au niveau communautaire, puisqu'il ne faut pas oublier que la Commission est un acteur important et l'exemple que vous venez de donner montre bien que les passerelles manquent, sans doute, entre les opérateurs sectoriels et la Commission.

Je voudrais de nouveau donner la parole à Sandra Lagumina, puisqu'elle a mentionné ce point également dans sa première intervention.

### Sandra Lagumina

Voyons-nous un intérêt à ce que la Commission parle plus avec le régulateur ? Clairement, oui ! Quand on est en discussion avec la Commission, l'intérêt consiste à avoir face à soi des gens correctement informés du fonctionnement du marché. On a de fait des gens intelligents mais, parfois, il faut qu'ils se nourrissent d'informations pertinentes et globalement gérées par l'opérateur.

À titre d'exemple, en début d'année 2009, au moment de la négociation que nous avons eue avec la Commission sur les engagements de GDF/SUEZ sur l'ouverture du marché de l'entrée des capacités de gaz en France, qui était une décision prise des engagements discutés avec la Commission, et au cours de laquelle, la Commission nous a demandé, en pleine négociation : « *Verriez-vous quelque inconvénient à ce que nous parlions avec la CRE ?* » Nous nous sommes fortement interrogés et nous avons répondu que nous ne voyions pas d'inconvénient à ce qu'ils parlent avec la CRE.

D'abord, parce que nous avons le sentiment d'un intérêt à ce que la Commission comprenne au mieux le fonctionnement du marché compliqué du gaz en France. Parallèlement, nous avons des discussions permanentes avec la CRE sur des interconnexions, sur le fonctionnement d'un certain nombre de réseaux et ces discussions, si elles n'étaient pas coordonnées, auraient clairement conduit à l'échec des engagements. Ainsi, quand vous mettez en place un système de libération de capacité entre la zone Nord et la zone Sud de la France, il y a juste un tuyau, au milieu, qui s'appelle l'artère du Rhône. Si on nous demande, parallèlement, de relâcher du gaz sur l'artère du Rhône, on ne sait plus assurer l'équilibrage du réseau français. Ce sont des aspects techniques sur lesquels il faut être en capacité de discuter avec la Commission qui, dans ce cas, joue son rôle. Elle nous croit ou non et si elle ne nous croit pas, on lui propose d'aller voir le régulateur français, qui lui donnera son opinion. En termes d'efficacité de la discussion avec la Commission, ce fut quelque chose d'important, parce que cela a introduit de la confiance.

5. Perquisitions.

### Rémy Coin

La Commission est une instance très courtoise, dans la mesure où elle a eu la politesse de demander à GDF/SUEZ si elle pouvait interroger la CRE. Même si la réponse avait été négative, la Commission l'aurait fait...

### Sandra Lagumina

Cela pose une vraie question procédurale. Nous sommes en phase d'engagements, c'est-à-dire de discussion dans le cadre d'une enquête contentieuse avec la Commission. La procédure d'engagement est confidentielle. Le fait, à un certain moment, de faire intervenir un tiers – fut-ce la CRE – pose des questions procédurales lourdes. Alors, ce n'est pas simplement de la politesse, mais une question de responsabilité et de gestion ultérieure par la Commission, d'un risque procédural, qui est la divulgation d'informations à un tiers. Par ailleurs, nous sommes très satisfaits qu'elle l'ait fait et les conditions procédurales sont extrêmement importantes.

### Rémy Coin

Je suis d'accord sur l'aspect procédure, mais les liens qui existent entre la Commission et le régulateur font que de toute façon, sur quelque sujet que ce soit, et notamment sur des demandes de renseignements qui portent sur les aspects techniques et économiques du marché français, il n'y a pas forcément besoin d'une procédure particulière pour demander au régulateur des informations de nature économique et technique sur ce marché. Et je pense qu'en l'occurrence, ce que cherchait la Commission, notamment sur cette partie des engagements, c'était bien sûr de sécuriser sa procédure, cela va de soi, mais aussi d'avoir les éléments techniques et économiques qui lui permettaient de fonder sa décision.

Et donc, je pense que même si de manière formelle, la Commission ne s'était pas rattachée à l'aspect de la procédure en cours, elle aurait, de toute façon, interrogé le régulateur sur les aspects techniques et économiques du marché français. C'est quelque chose d'un peu complexe, parce que, effectivement, il y a tout un ensemble de données techniques et économiques, extrêmement compliquées à manipuler et je pense que la Commission aurait eu, à un moment, besoin d'un apport en expertise sur ce domaine. De toute façon, la Commission aurait saisi la CRE sur ce sujet, sans pour autant faire une liaison directe avec la procédure en cours.

Indépendamment de cela, il faut revenir à quelques évidences sur la relation entre le régulateur national et les instances européennes. D'abord, il ne faut pas oublier que si le marché de l'énergie s'ouvre timidement, c'est en raison d'une impulsion européenne. Ce ne sont pas les États membres qui ont été à l'origine de la demande d'ouverture du marché de l'énergie. Aussi, il est normal que la Commission ait un rôle d'impulsion et de dynamique dans l'ouverture du marché. Ensuite, il est vrai que la Commission a identifié assez rapidement les régulateurs nationaux comme des interlocuteurs valables. J'en veux pour

preuve, si l'on regarde l'ouverture du marché, la première ouverture en 1999 et la mise en place de la CRE en 2000.

Le CEER, association privée de droit belge, est également créé dès 2000. C'est très rapide comme voie de création. Et non seulement il se crée, mais il est immédiatement reconnu comme un interlocuteur de la Commission, à tel point que se crée ensuite l'ERGEG, trois ans après. Cela veut bien dire que dès le départ, la Commission a considéré les régulateurs nationaux comme des interlocuteurs susceptibles de lui apporter des éléments. C'est quelque chose d'extrêmement intéressant, parce que, après tout, la Commission aurait pu rester avec ses services et essayer, depuis Bruxelles, de mettre en œuvre l'ouverture du marché, avec toutes les difficultés que nous connaissons. S'adjoindre les régulateurs nationaux est quelque chose d'important. D'ailleurs, dans l'évolution des « paquets » de directives, la préoccupation du régulateur est majeure.

Quant au troisième « paquet », je ne le considère pas comme révolutionnaire sur l'aspect des pouvoirs du régulateur. Il a l'avantage d'essayer d'uniformiser, au niveau de l'Union européenne, les pouvoirs des régulateurs. Parce qu'aujourd'hui, du fait de l'histoire, nous avons des disparités importantes, dans les différents pouvoirs des régulateurs. Le troisième « paquet » essaie justement de mettre ces pouvoirs en cohérence, pour essayer, je crois, d'avoir effectivement des interlocuteurs et des supports qui puissent l'aider. En fait, la relation entre régulateurs au niveau communautaire avec la Commission est quand même relativement structurée. Entre régulateurs, elle n'est quand même pas complètement inexistante.

On a parlé tout à l'heure des initiatives régionales. C'est quelque chose d'intéressant, parce que ce sont des régulateurs directement intéressés à des mécanismes d'interconnexion qui vont se rencontrer avec des opérateurs pour essayer de mettre en place des règles – de portée juridique variable – et d'élaborer des lignes directrices qui permettront aux interconnexions de se faire plus facilement. Il est quand même intéressant de souligner que les initiatives régionales fonctionnent. Il y a sept initiatives régionales en électricité, cinq en gaz qui fonctionnent plutôt bien. Elles sont des éléments qui permettent d'évoluer dans le sens de la réglementation européenne.

### Laurence Idot

Merci pour ces précisions. Nous voyons bien, et c'est toujours le cas dans la construction européenne, qu'il existe une relation d'abord verticale et que, peu à peu, la relation passe du vertical à l'horizontal. Nadia Horstmann, après le point de vue du régulateur français, pouvez-vous nous donner le vôtre ?

### Nadia Horstmann

Au sein de la future Agence européenne, qui sera active à compter de mars 2011, une collaboration existe depuis longtemps au sein du CEER entre régulateurs au niveau communautaire, ainsi que la reconnaissance par la Commission du travail positif, qui a fait de l'ERGEG son conseiller privé, sur

toutes les questions énergétiques. Ainsi, la collaboration avec la DG TREN existe et fonctionne très bien ; la collaboration avec la DG CONC pose un autre problème. C'est peut-être là qu'il existe une lacune. Cette distinction est donc importante.

L'ERGEG a relativement bien fonctionné. Pourtant l'on trouve dans les directives des passages sur le rôle d'ERGEG qui permettaient en fait de justifier la création de l'Agence européenne. L'ERGEG n'est pas suffisante et une Agence européenne est indispensable aujourd'hui, dans laquelle le rôle de la Commission sera d'autant plus important. Car, depuis quelques années, la Commission accentue sa pression pour être davantage impliquée dans l'ensemble des productions de l'ERGEG en termes d'orientation pour favoriser des pratiques communes au niveau européen.

À partir de 2011, l'Agence européenne sera sous la responsabilité de la Commission, avec des pouvoirs et des compétences très étendus. Ceci existe déjà en Allemagne en termes de télécommunications. Notons une des compétences majeures qui sera dévolue à cette agence : le développement d'orientations et des *guidelines*<sup>6</sup>. Sur cette base, les opérateurs devront développer des codes de réseaux qui auront un caractère juridiquement liant à travers le processus de la comitologie.

Par ailleurs, cette Agence n'est là que pour la coopération des opérateurs. L'ERGEG n'avait pas la possibilité de prendre des décisions juridiquement liantes par rapport aux opérateurs. L'Agence le pourra. De même, il existera une possibilité, au-delà de l'Agence, de créer encore des *guidelines* juridiquement liantes, d'organiser la coopération entre les opérateurs. En effet, quand l'Agence va fonctionner, si la coopération semble insuffisante, il sera possible de dire à la Commission : « *Au-delà des compétences qui nous sont reconnues dans le règlement ACER, nous souhaiterions d'autres dispositions légales juridiquement contraignantes, qui nous permettent de collaborer ou de coordonner nos actions de manière un peu plus spécifique et efficace, dans le cadre de ces guidelines.* »

### Rémy Coin

L'ACER est un complément qui s'inscrit dans une dynamique. Aujourd'hui, le CEER, l'ERGEG et l'ACER devraient normalement aller dans une dynamique et vont contribuer à créer des *guidelines* qui vont avoir une vraie valeur juridique.

S'agissant des instruments que le régulateur peut mettre en œuvre, cela pose le problème essentiel de la *soft law*. La Commission de régulation de l'énergie est partie d'un constat : chaque année, elle rend 150 délibérations, dont la moitié environ correspond à des choses normées par des textes. Mais une partie importante aujourd'hui ne rentre pas dans l'un des cadres ou schémas prévus par la loi. Face à ce constat, les acteurs dans le domaine sectoriel s'interrogent et rencontrent de réelles difficultés de compréhension juridique. Ensuite, dans le domaine sectoriel de l'énergie en tout cas, la *soft law* n'est ni un sujet nouveau, ni un sujet à la mode.

6. Conseils, instructions, lignes directrices.

Simplement, jusqu'à l'ouverture du marché, le régime était très largement monopolistique, et ainsi la plupart du temps, les règles de *soft law* découlaient de l'action de l'opérateur en monopole ; avec l'ouverture du marché et la séparation entre les activités régulées et non régulées, les opérateurs historiques n'ont aucune légitimité à faire cela et, si des règles doivent être mises en œuvre, il vaut mieux qu'elles le soient par une autorité administrative indépendante plutôt que par des opérateurs.

Ceci concerne l'ensemble du domaine de la régulation et fait figure aujourd'hui de vecteur juridique de la régulation. Aussi, la CRE a créé un groupe de travail qui est parti de trois idées. D'abord, il s'est agi d'essayer de faire un recensement des délibérations qui ne rentrent pas dans un cadre juridique préétabli. En réalité, la diversité des normes de *soft law* est apparue considérable. Comparées à la *hard law*, il a été procédé à une hiérarchisation de ces normes de *soft law*. Ensuite, il est apparu que la *soft law* devait être partagée et appliquée. Enfin, les sources sont apparues très vastes. L'une d'elles résulte de la consultation qui se fait sous l'égide du régulateur.

### Sandra Lagumina

La question de la *soft law* n'est pas facile et peut faire l'objet de plusieurs approches.

D'abord, ainsi que l'a dit Rémy, la *soft law* n'est pas un concept nouveau. Mais, ce qui fait débat entre Rémy et moi notamment, c'est quand nous nous retrouvons non pas face à des processus de ce type, à savoir normatifs et d'explication, mais dans des prises de position du régulateur, qui vont au-delà de l'explication et qui créent de la norme. L'intérêt que nous pouvons y voir, c'est qu'en général, les opérateurs participent aux débats qui président à cela, ce qui permet des débats documentés et riches, et donc une norme au plus près de la réalité économique du métier.

Mais se pose la question de l'opposabilité de la norme. Car, il ne peut y avoir de création de droit, d'opposabilité, de force contraignante, sans capacité à contester devant quelqu'un cette norme. La question de la *soft law* est donc d'un très grand intérêt en raison de la manière et notamment de l'extraordinaire travail réalisé au sein des GTE, GTG, riche d'échanges, et qu'il faut conserver. Mais, à un moment, il convient de trouver une solution et ainsi, je proposerais au législateur de se dire : « *Est-ce que, quand on est à un stade de maturité de norme importante pour les opérateurs, il ne pourrait pas y avoir une sorte d'appel au collège de la CRE, qui, à un certain moment, durcisse la soft law à un instant T ?* »

### Thierry Fossier

président de la chambre « régulation économique » de la cour d'appel de Paris

Votre proposition rappelle l'histoire du règlement général de l'AMF. En tant que représentant de la cour d'appel, il est difficile de prendre une position définitive sur la force de la *soft law*. Jamais, je crois, notre juridiction n'a été hostile en

elle-même à la *soft law*, à quelques conditions près : d'abord, le fait que l'autorité indépendante se l'applique à elle-même ; ensuite, elle doit être rigoureusement conforme à la légalité nationale et communautaire, et globalement conforme à la jurisprudence antérieure. Enfin, il convient d'exiger de la cohérence économique et juridique, il faut que la *soft law* soit compréhensible et acceptée.

### Laurence Idot

Monsieur le Président, vous avez abordé les questions procédurales qui vous tiennent naturellement à cœur. Or, lorsque l'on mène une étude comparative des autorités de régulation en France, des différences peuvent être constatées en termes de gestion du contradictoire, de protection du secret d'affaires. Ces différences sont-elles justifiées, raisonnées ou simplement le fruit de l'histoire ? Posent-elles ou non des problèmes pour les opérateurs ? Comment y remédier ?

### Sandra Lagumina

Sur ce sujet, nous venons de passer deux heures à dire qu'une discussion, une collaboration, des passerelles, des échanges entre les différentes autorités de concurrence et l'autorité de régulation étaient indispensables, et il est donc clair que nous ne saurions supporter une situation dans laquelle des informations sont données à l'un et cheminent à travers d'autres procédures, sans que les mêmes garanties procédurales ne soient assurées tout au long de la procédure.

### Thierry Fossier

Je ne reparlerai pas de la coordination des AAI, puisque la cour d'appel n'en est pas chargée. En revanche, nous devons veiller à l'harmonisation des procédures, voire de certaines règles de fond. C'est toute l'histoire de la chambre de la régulation de la cour d'appel, fondée à cet effet et également pour assurer une harmonisation avec le droit commun, processuel, répressif et commercial.

Sur un terrain procédural, il est évident que nous ne pouvons pas aller au-delà de ce que la loi nous demande et que nous butons sur des différences insurmontables. Ainsi, la réglementation n'est pas identique d'une autorité à l'autre, et nous ne pouvons naturellement pas harmoniser au-delà des contenus de réglementation. Enfin, il n'est pas impossible que nous butions sur la *soft law* que se donne chaque AAI sans consulter nécessairement les autres. Mais notre but n'est pas hors d'atteinte en toutes circonstances. À titre d'exemple, nous essayons d'harmoniser les règles de l'enquête, les règles des audiences ou des séances de travail des autorités indépendantes, les règles d'accès à la preuve, etc.

Sur le fond, nous essayons de faire en sorte que le droit de la concurrence, général comme sectoriel, ne se développe pas sans lien aucun avec le droit général des obligations et avec le droit répressif et le droit pénal. Mais aussi, de faire en

sorte que la motivation des décisions soit tout aussi soignée d'une autorité à l'autre. Car, les entreprises ont le droit de comprendre pourquoi et à l'issue de quel raisonnement elles sont sanctionnées.

## Débat

Un auditeur revient sur une ouverture de Monsieur Lemaire, s'agissant du statut des autorités de régulation sectorielle devant le juge. Il pense devoir distinguer deux hypothèses fondamentalement différentes : l'une où l'autorité de régulation sectorielle se voit remise en cause dans une de ses décisions devant un de ses juges ; l'autre où elle est appelée à intervenir. Il se pose également la question d'un rôle de commissaire du gouvernement, compte tenu de la jurisprudence française et de la Cour européenne des Droits de l'homme, par rapport à un rôle qui pourrait donner une apparence d'insuffisante impartialité de la juridiction.

**Christophe Lemaire** approuve la nécessaire distinction entre les trois hypothèses. Lui-même n'évoquait pas l'hypothèse du régulateur comme expert ou sachant devant la juridiction. S'agissant de la question du commissaire du gouvernement et de la CEDH, la question de l'impartialité ne se pose pas en ces termes, selon lui, dès lors que le commissaire du gouvernement assiste à la séance mais n'est pas présent au délibéré. Son interrogation portait sur l'intérêt qu'il pourrait y avoir à substituer au commissaire du gouvernement le régulateur sectoriel dans les affaires où la question à trancher par l'Autorité de la concurrence relève davantage de sa compétence que de celle du ministre. Par ailleurs, s'agissant de la représentation du régulateur en défense de leur propre décision, la cour d'appel admet la présence du régulateur pour défendre ses décisions de sanction ou en règlement de différends, ce que la Cour de cassation n'admet pas. Il interroge notamment le Président Fossier sur les raisons d'une telle différence d'approche et l'intérêt que trouve la cour d'appel à cette participation des régulateurs.

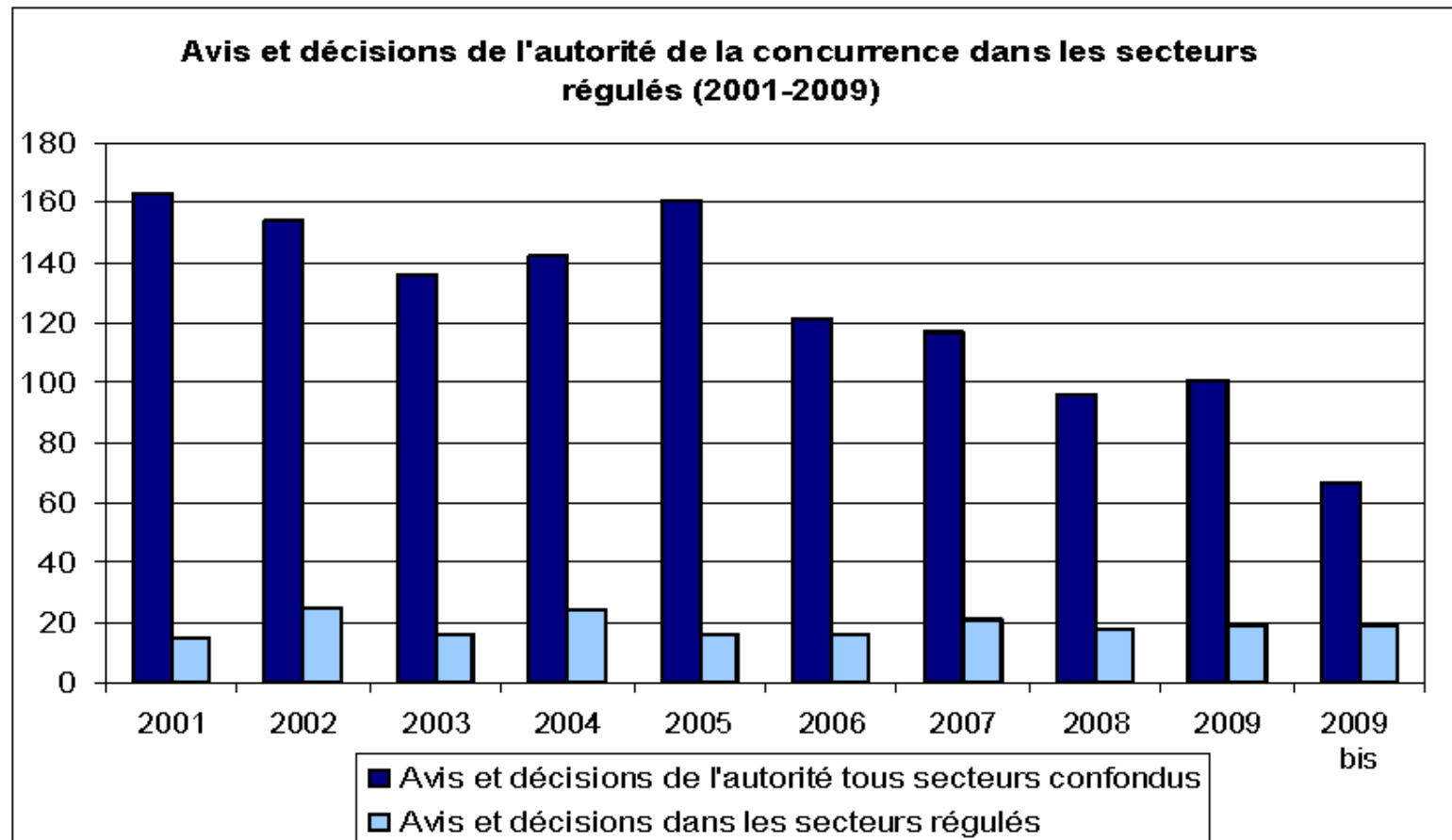
**Thierry Fossier** explique la différence des missions respectives de la Cour de cassation et de la cour d'appel, qui réside en ce que la Cour de cassation judiciaire ne se reconnaît pas le pouvoir d'évocation et que, par conséquent, elle juge exclusivement l'arrêt rendu. Elle n'a donc que faire, en principe, de l'opinion de l'autorité de régulation. Cela n'empêche pas que le législateur ait récemment reconnu un droit de pourvoi à tel ou tel président d'une autorité de régulation. Un tel arbitrage est intervenu en marge des grands principes, pour des raisons non juridiques.

Il ajoute que la présence de l'autorité de régulation aux débats présente un intérêt considérable pour lui, en tant que juge du fond. En matière de concurrence, comme pour les marchés financiers, l'intérêt principal n'est pas tellement de défendre les mérites de la décision, qui n'est pas un acte partisan qu'il faudrait justifier en complément à ses énonciations propres, mais de comprendre pourquoi les consommateurs ou

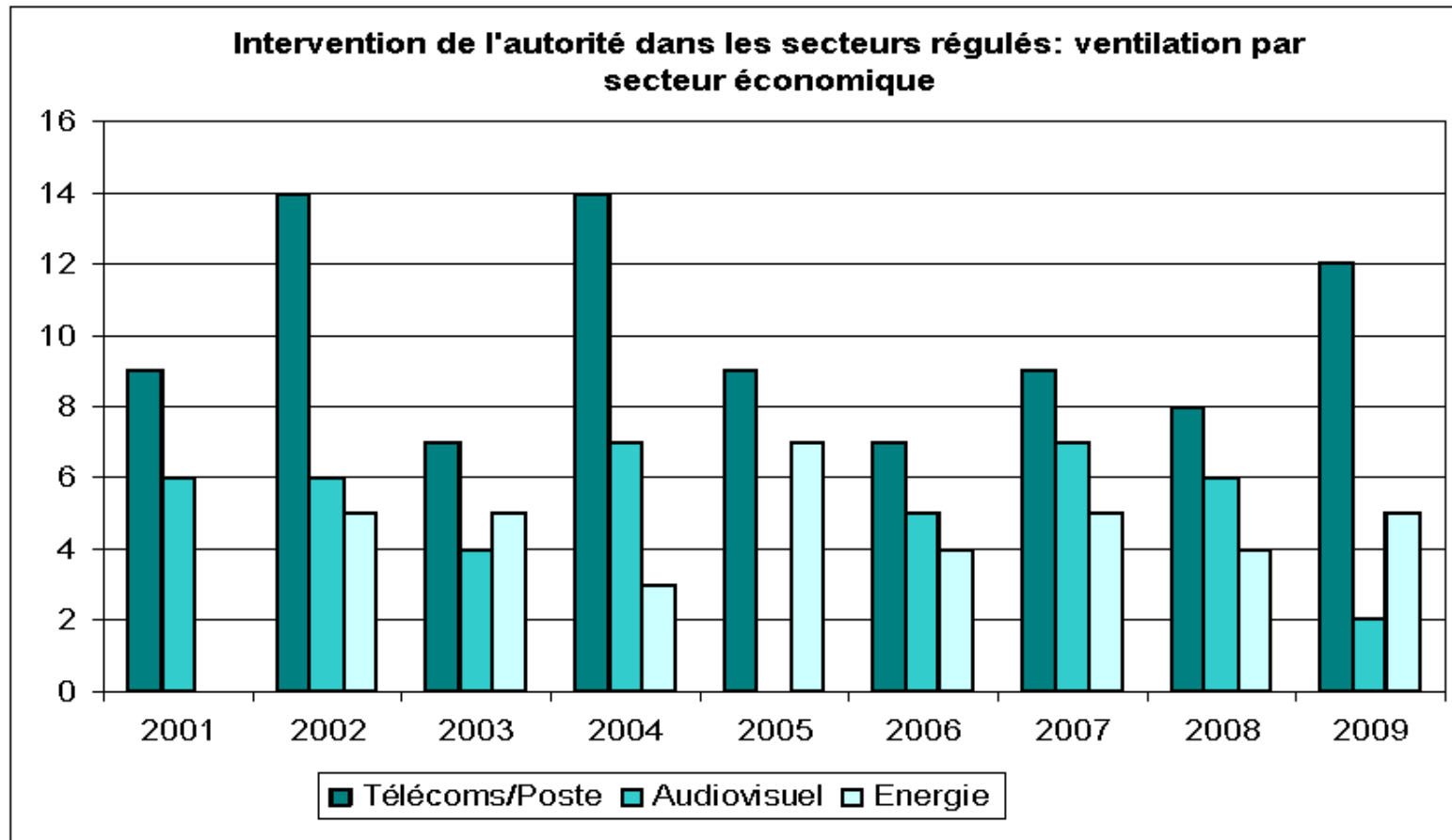
les autres entreprises ont souffert, et comment fonctionne un marché, un secteur économique ; il aimerait que l'essentiel de l'apport de l'AAI à l'audience porte sur les dégâts occasionnés par le comportement en question, tandis que la DGCCRF y apporterait un éclairage neutre sur les équilibres de l'économie nationale, les consommateurs, les intermédiaires, les entreprises du secteur, et que le Parquet donnerait son avis sur le sens de la loi.

**Élisabeth Flüry-Herard** rappelle la réforme importante à l'occasion de la loi LME, qui offre à l'Autorité de la concurrence la possibilité de saisir et de pourvoir en Cassation. Cette réforme a consisté à faire de l'Autorité de la concurrence, l'autorité de régulation autonome complète du droit de la concurrence.

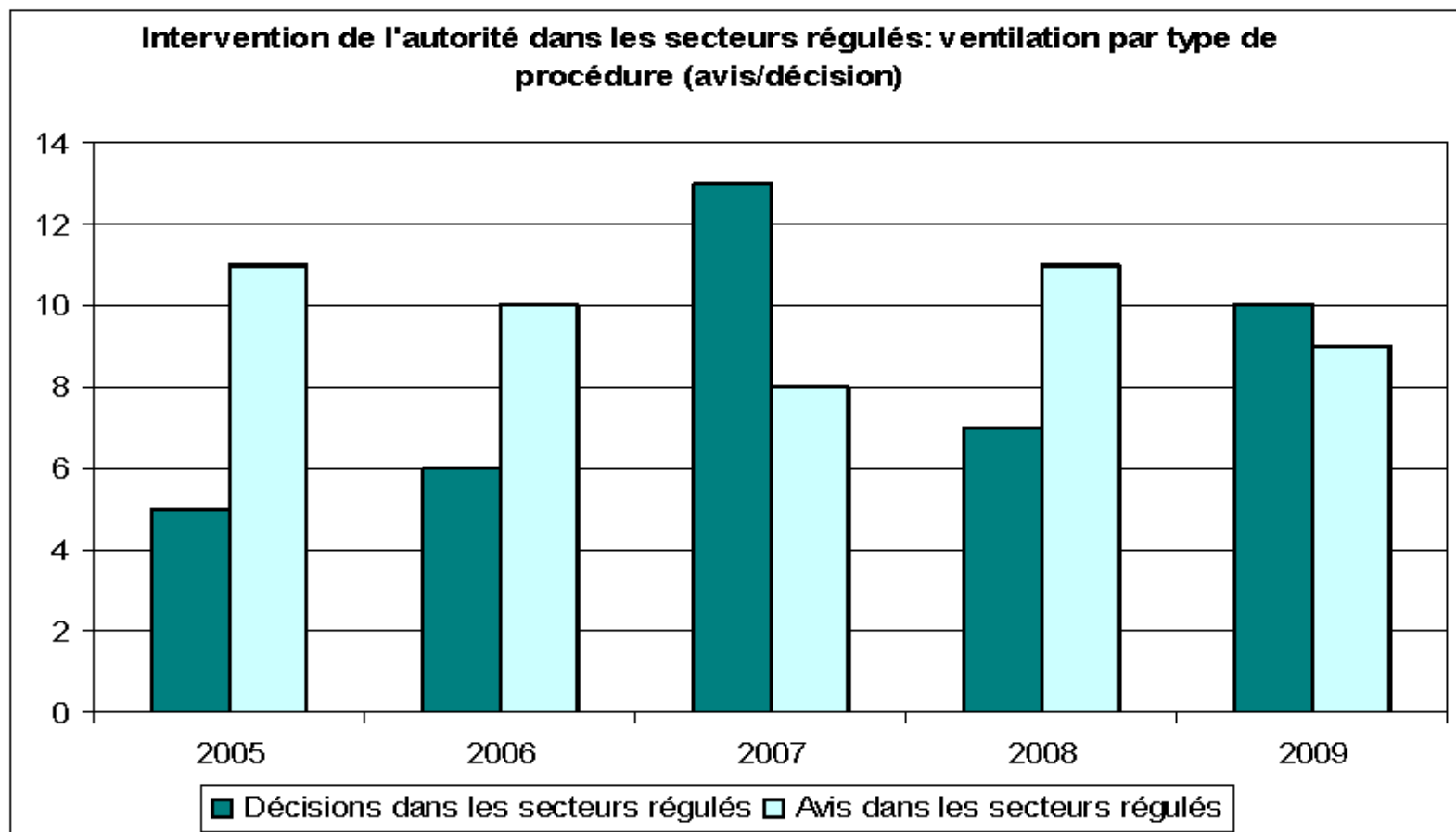
## Intervention de l'ADLC dans les secteurs régulés (antitrust)



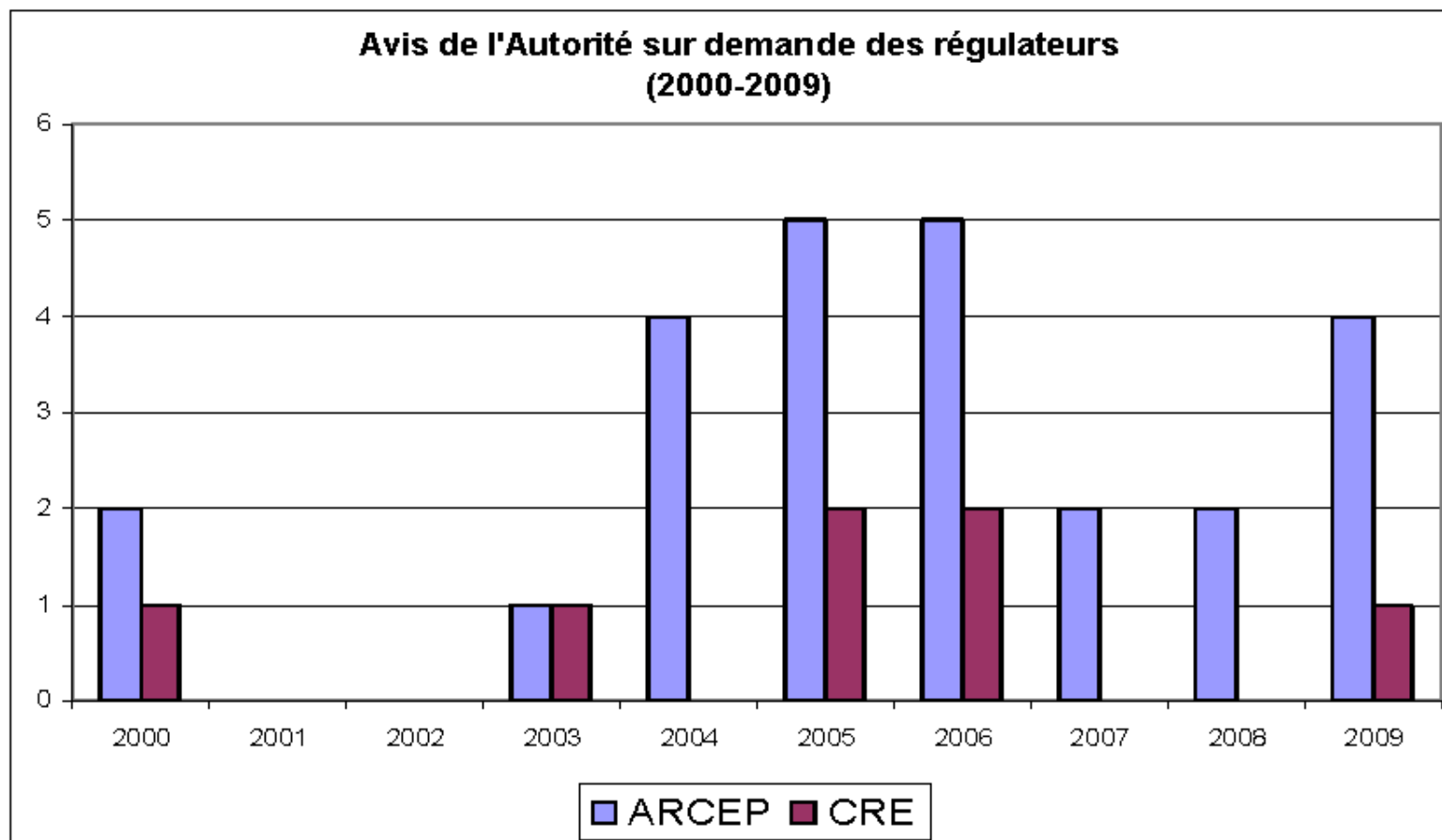
## Intervention de l'ADLC dans les secteurs régulés (antitrust)



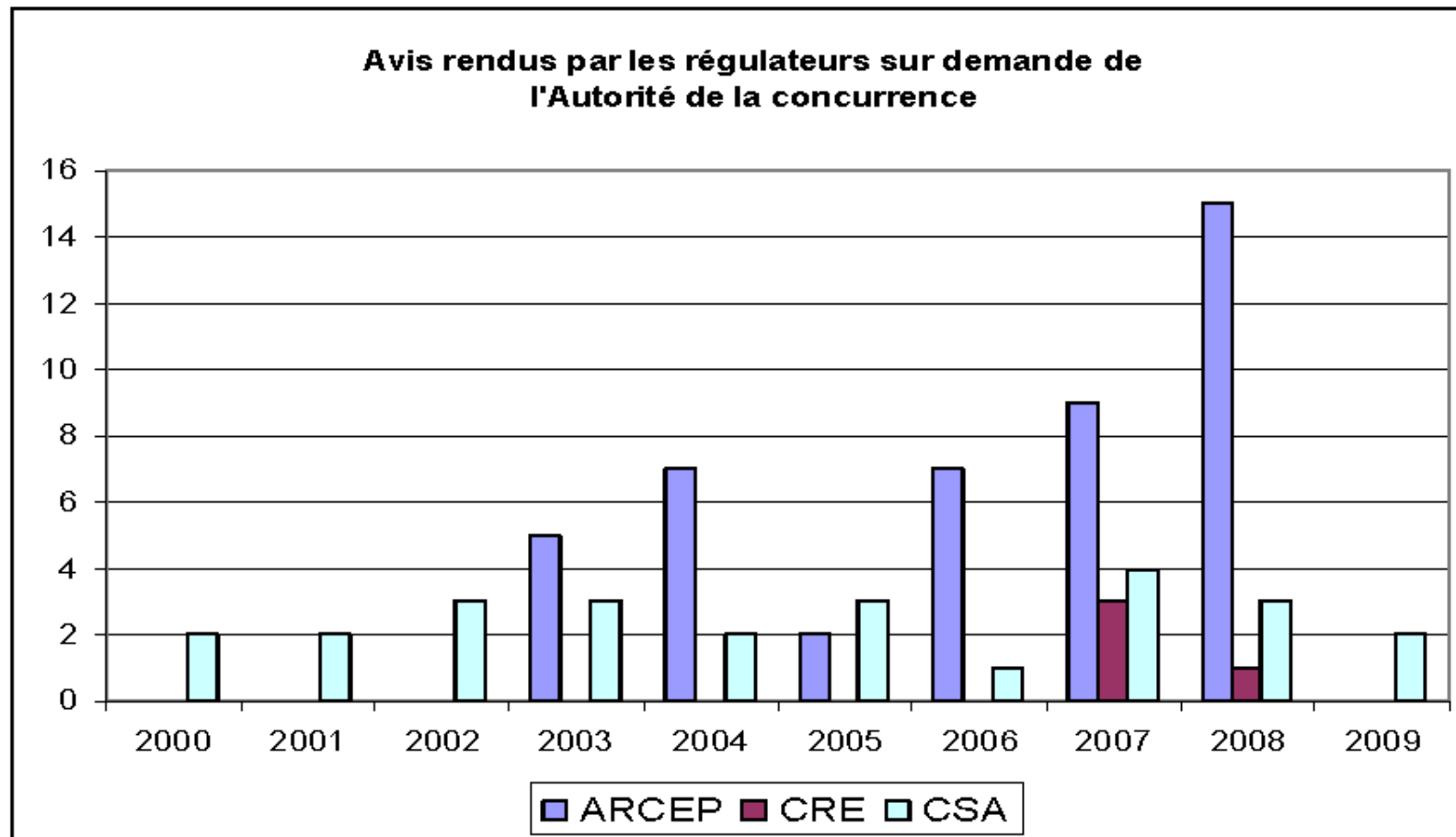
## Intervention de l'ADLC dans les secteurs régulés (antitrust)



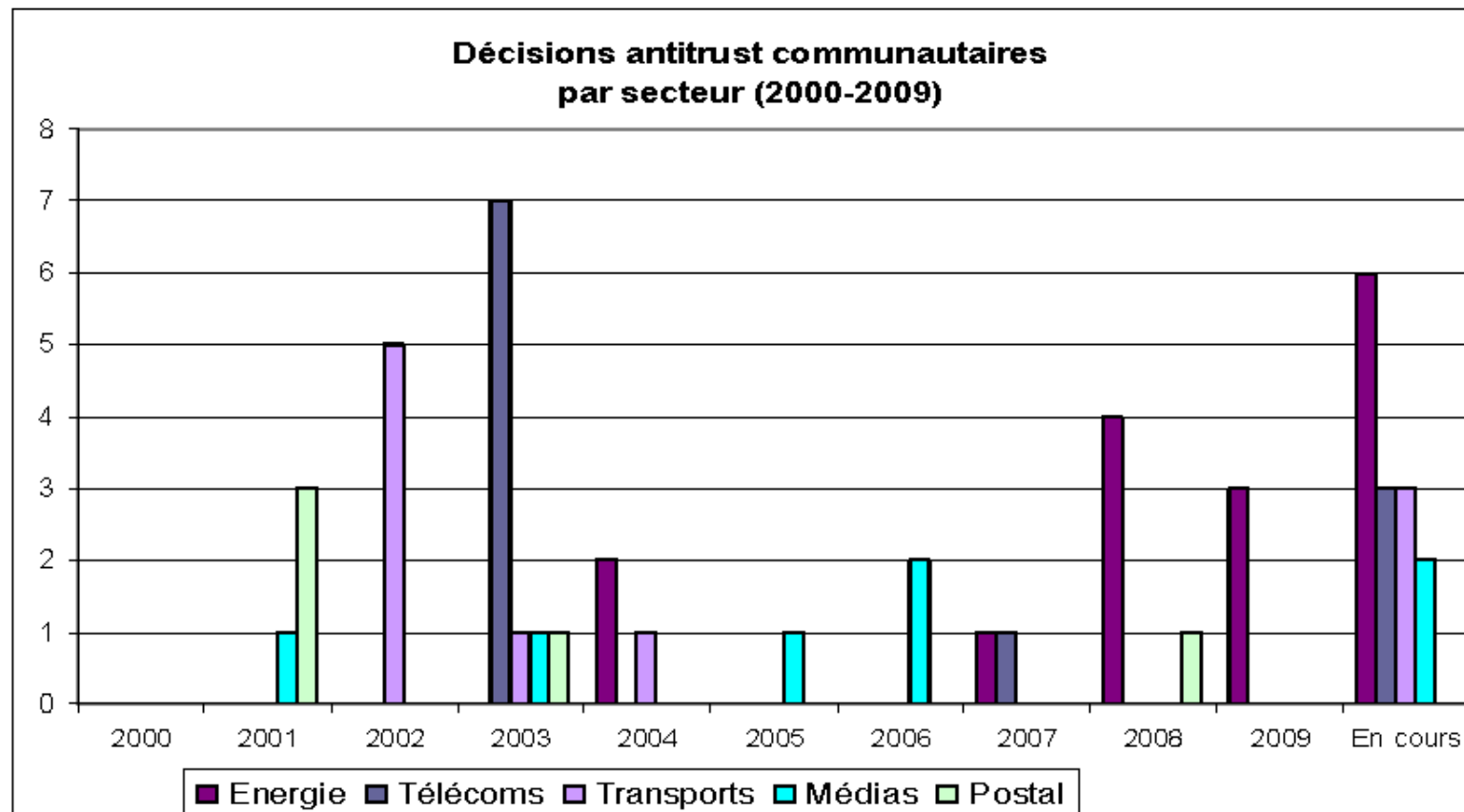
## Avis de l'Adlc sur demande des régulateurs



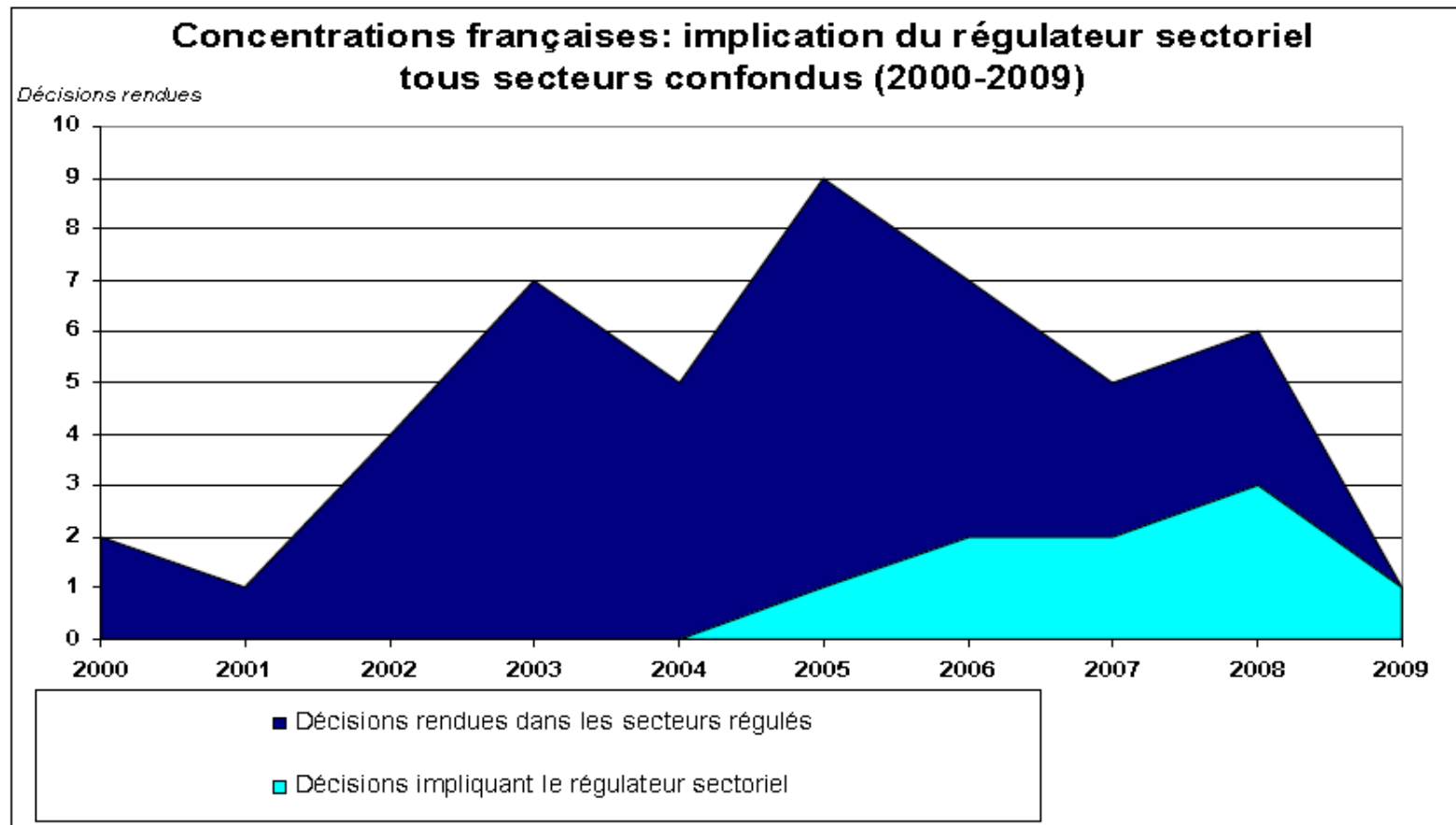
## Intervention des régulateurs devant l'Adlc (les avis)



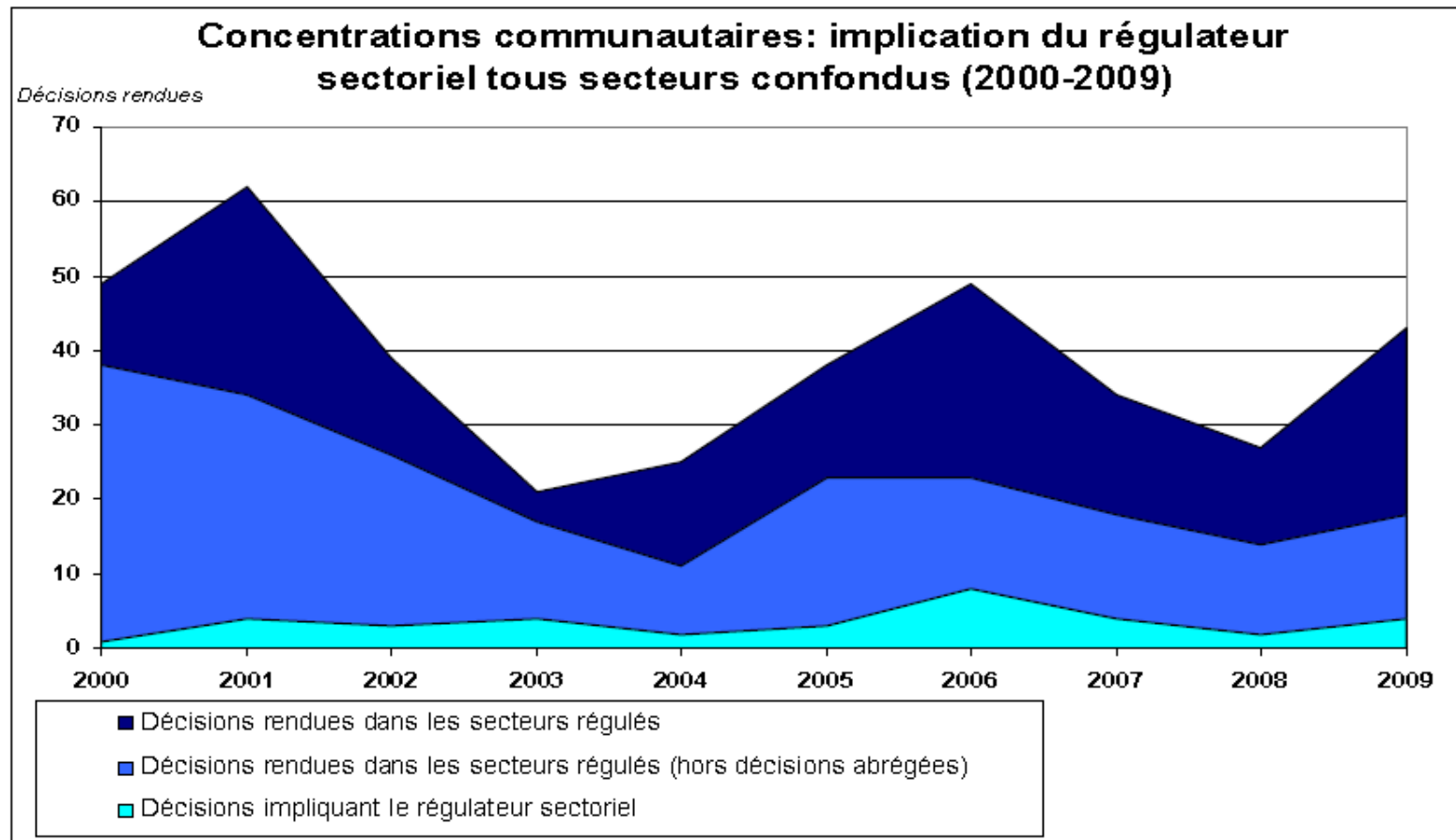
## Intervention de la Commission dans les secteurs régulés (antitrust)



# Concentrations en France



# Concentrations communautaires

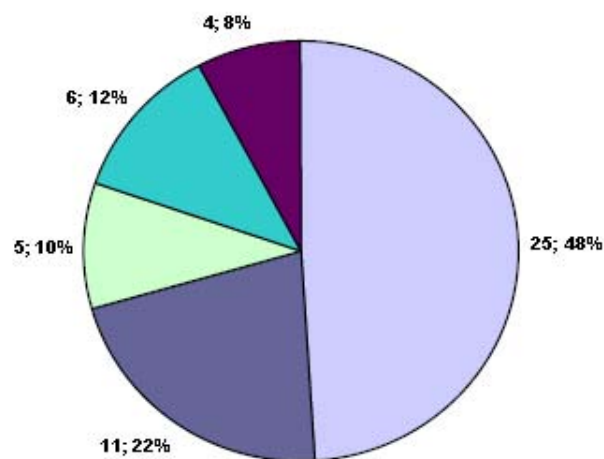


# Influence de l'AR sur la régulation concurrentielle (concentrations)

## Quel type d'intervention des régulateurs ?

### UE

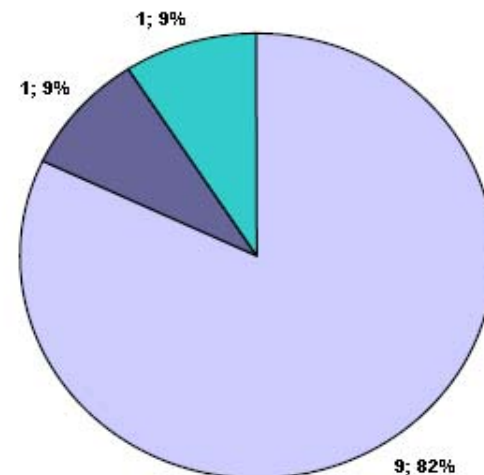
Concentrations communautaires tous secteurs confondus:  
Types d'implication du régulateur pour toute la période 2000-2009  
(total: 51/387)



- Simple exploitation de données du régulateur sectoriel
- Consultation/observations
- Prise en compte du régulateur sectoriel dans le cadre des engagements
- Mission confiée au régulateur sectoriel dans le cadre des engagements
- Autres

### France

Concentrations françaises dans le secteur des médias/télécom:  
Types d'implication du régulateur pour toute la période 2000-2009  
(total: 11)

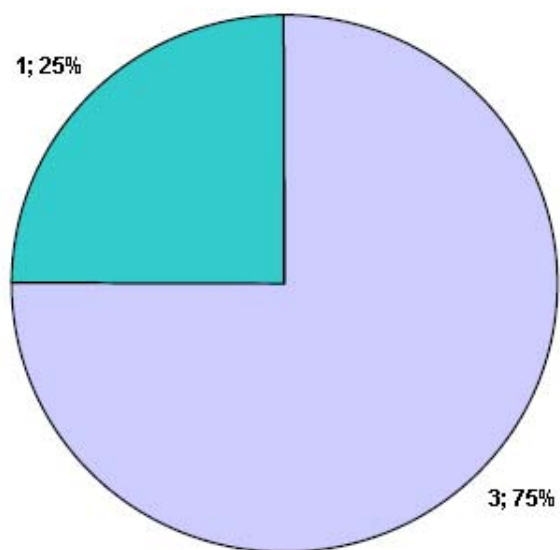


- Simple exploitation de données du régulateur sectoriel
- Consultation/observations
- Mission confiée au régulateur sectoriel dans le cadre des engagements

# Influence de l'AR sur la régulation concurrentielle (concentrations)

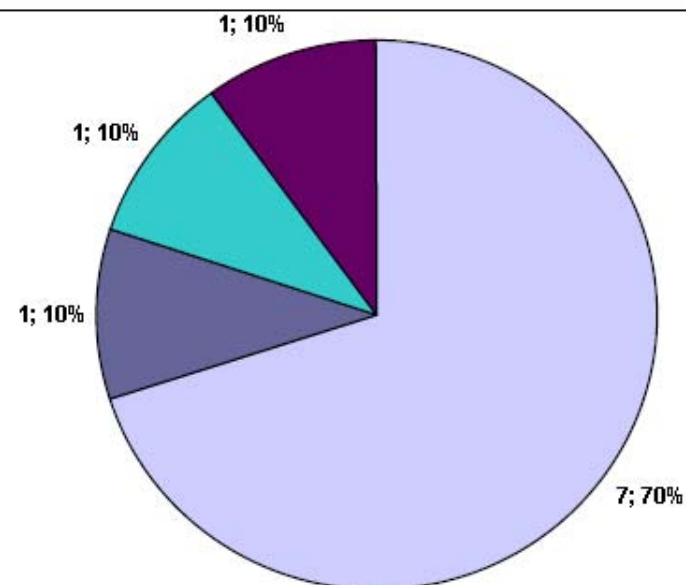
**Concentrations communautaires dans le secteur des médias-télécom: types d'intervention du régulateur**

**2000-2004**



- Simple exploitation de données du régulateur sectoriel
- Mission confiée au régulateur sectoriel dans le cadre des engagements

**2005-2009**

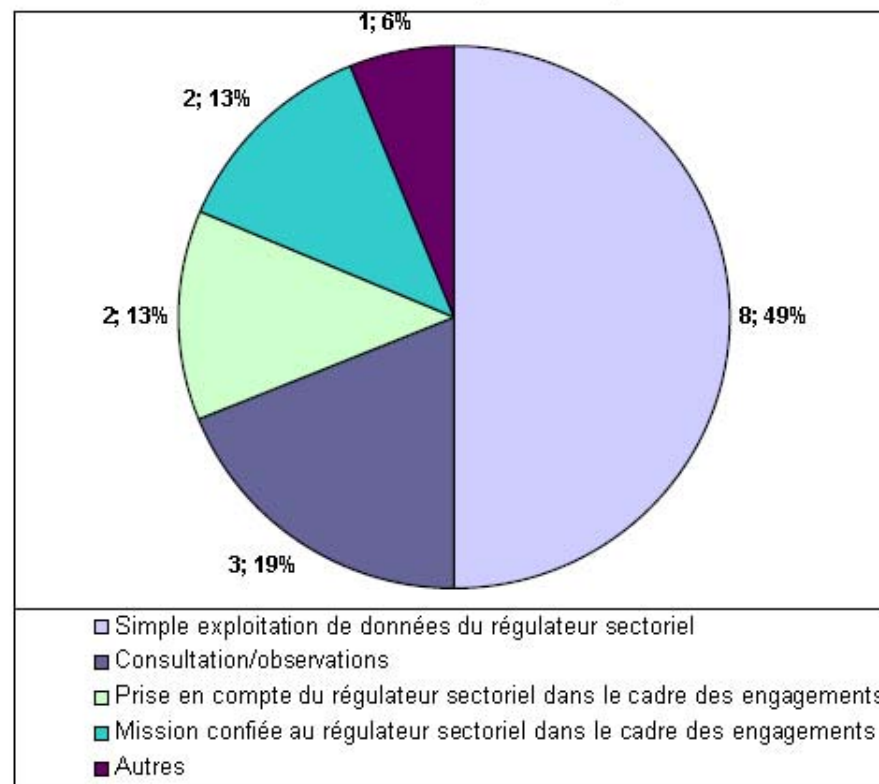


- Simple exploitation de données du régulateur sectoriel
- Consultation/observations
- Mission confiée au régulateur sectoriel dans le cadre des engagements
- Autres

# Influence de l'AR sur la régulation concurrentielle (concentrations)

## Concentrations communautaires dans le secteur de l'énergie: types d'intervention du régulateur

2000-2004 (16/90)



2005-2009 (21/100)

