

Les communications électroniques : un laboratoire du droit de la concurrence

Théodore Galanis

Docteur en droit, Administrateur à la Commission européenne

SOMMAIRE

Introduction

I. Le renouvellement du droit de la concurrence par son contact avec les marchés des communications électroniques

A. En droit antitrust américain

1. L'apport de l'arrêt « Trink »

2. Les conséquences de l'arrêt « Linkline » sur la théorie des effets de ciseau

B. En droit européen de la concurrence

1. Au titre du droit des pratiques anticoncurrentielles

2. Sur le terrain du droit des concentrations

II. Le renouvellement des rapports du droit de la concurrence et la régulation sectorielle

A. L'approche européenne – L'imbrication croissante du droit de la concurrence et de la régulation sectorielle

1. Le rapprochement des règles sectorielles au droit de la concurrence

2. La coopération renforcée sur le terrain institutionnel

B. La délimitation claire des champs d'application – La solution transatlantique

1. Les apports de la jurisprudence de la Cour Suprême

2. Les explications possibles pour la différence d'approche outre-Atlantique

Conclusion

Introduction

Selon la déclaration de l'ancien Commissaire à la concurrence, Neelie Kroes, les services des communications électroniques demeurent un des domaines clés pour tous les volets de la politique de concurrence : « *Veiller au bon fonctionnement de ces marchés et d'autres industries en réseau est important non seulement en ce qui concerne le pouvoir d'achat des consommateurs, mais aussi pour la compétitivité globale de l'Union européenne* »¹.

Il semble de bon ton de considérer que les marchés des communications électroniques, le premier secteur en réseau qui a été pleinement ouvert à la concurrence en Europe, ont servi de laboratoire pour le droit de la concurrence. Cela pour plusieurs raisons, qu'on va développer *in extenso* par la suite. Il suffit de noter ici que la raison principale tient aux spécificités et au caractère singulier des marchés ci-dessus, qui mettent à rude épreuve le droit de la concurrence. Les autorités de contrôle, sectorielles et généralistes, doivent se pencher sur une multitude des problèmes concurrentiels qui se manifestent dans ces marchés innovants, en perpétuelle évolution, où le repérage des comportements anticoncurrentiels peut s'avérer particulièrement épineux à cause de la grande technicité de la matière, qui favorise les dissimulations². La modification rapide des données économiques et technologiques, comme les enjeux stratégiques importants qui donnent lieu à des mécanismes de redistribution (p.e service universel), ainsi que les politiques industrielles qui coexistent avec les politiques de concurrence, ne font qu'ajouter à la complexité du secteur. Le phénomène de la convergence entre les secteurs des télécommunications, de l'informatique et des multimédias, qui rapproche des marchés et des services autrefois distincts et modifie de cette manière radicalement tant la donne concurrentielle que l'analyse au titre du droit de la concurrence (délimitation des marchés, appréciation du pouvoir de marché), ne constitue qu'une facette des bouleversements ayant lieu dans les marchés en question. À cela, il faut ajouter certaines caractéristiques communes des industries en réseau, qui influent considérablement sur l'organisation des firmes et sur les conditions de concurrence : on songe ici à la réalisation des économies d'échelle importantes, au fort degré de risque pour les investisseurs, qui doivent compter un délai long entre le déploiement des infrastructures et les retours financiers, à l'existence des externalités de réseau.

La deuxième raison tient à l'état concurrentiel de ces marchés. Le secteur se trouve à la charnière de deux époques : les marchés sont d'une part libéralisés, mais sont, de l'autre, toujours dominés par des grands opérateurs historiques. Une réalité qui a conduit finalement, dans le contexte de la libéralisation de ces marchés, à leur ré-réglementation avec la mise en place

1. Rapport annuel 2007 de la Commission sur la politique de concurrence, p. 3.

2. attention : mettre les noms propres en minuscules Voir les conclusions du professeur J. HUET, J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, *La concurrence dans la société de l'information*, Paris, éd. Université Paris II, 2002, pp. 111 et s.

d'un cadre sectoriel unique dans son genre, qui comporte un puissant dispositif préventif. Il s'agit d'un ensemble des règles spécifiques appliquées *ex ante*, qui vise à évacuer les risques des pratiques anticoncurrentielles, réprimées *ex post* par le droit de la concurrence. De ce fait, le processus concurrentiel du secteur est régi d'un contrôle bicéphale du pouvoir de marché, qui est composé d'un volet transversal et un volet sectoriel, spécifique aux marchés en examen.

Il est très intéressant de noter qu'une évolution plus ou moins parallèle a eu lieu aux États-Unis, où les télécommunications ont été aussi un secteur pionnier de la libéralisation des industries en réseau. L'interaction entre la régulation sectorielle et le droit de la concurrence est aussi au cœur de débats transatlantiques. Par ailleurs, la Cour suprême des États-Unis, saisie des affaires relatives aux marchés de télécommunications, a rendu des arrêts de principe pour le droit *antitrust* américain.

À la lumière de ces considérations, il convient d'approcher, dans un premier temps, le renouvellement du droit de la concurrence par son contact avec les marchés des communications électroniques et leurs spécificités (I), avant d'aborder dans un deuxième temps, le nouvel élan qu'apporte l'interaction du droit de la concurrence et de la régulation sectorielle dans lesdits marchés aux relations entre ses deux pôles du droit économique (II).

1. Le renouvellement du droit de la concurrence par son contact avec les marchés des communications électroniques

Des affaires relatives aux marchés des communications électroniques ont été l'occasion, tant pour la Cour Suprême des États-Unis (A) que pour les juridictions de l'Union européenne (B), de préciser leurs vues sur des questions importantes du droit européen de la concurrence et du droit *antitrust* respectivement.

A. En droit *antitrust* américain

Deux arrêts rendus par la Cour suprême, *Trinko*, qualifié comme l'arrêt le plus important en droit *antitrust* les derniers 20 ans³ (1) et dans le sillage de la jurisprudence consacrée par celui-ci, *Linkline* (2), ont profondément marqué le droit *antitrust* américain, en procédant à des clarifications, voire revirements, de sa jurisprudence antérieure.

3. Voir Table ronde dans *Trinko*, *Global Competition Review*, 2004, p. 16.

1. L'apport de l'arrêt « Trinko »

Sur la base des moyens avancés par la requérante pour soutenir sa plainte dans cette affaire, la Cour a effectué une démonstration de sa position à l'égard de deux questions fondamentales du droit *antitrust*, la théorie des infrastructures essentielles (*essential facilities doctrine*) (a) et la théorie des effets de levier (*leveraging theory*) (b).

a. À l'égard de la théorie des infrastructures essentielles

Il convient, tout d'abord, de consacrer quelques mots sur les faits du litige. Dans l'affaire *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko LLP* (désormais *Trinko*)⁴, l'opérateur Verizon, titulaire du réseau local, s'était vu sanctionné – au premier chef – en vertu de la législation sectorielle, suite à une plainte déposée par ses concurrents au régulateur sectoriel. L'entreprise était l'ancien opérateur local exclusif (Local Exchange Carrier, "LEC") pour la région de New York, sous le système antérieur au *Telecommunications Act* de 1996⁵ – la loi qui a voulu introduire la concurrence dans les communications locales. En vertu de la loi de 1996, Verizon était contrainte à mettre à la disposition de ses concurrents (les *Competitive Local Exchange Carriers* "CLEC") certains éléments de son réseau, y compris la boucle locale⁶. N'ayant pas respecté ses obligations, l'opérateur a été sanctionné. Des mesures correctrices lui ont été imposées par le régulateur fédéral (le *Federal Communications Commission, FCC*), qui ont pris la forme d'un *consent decree* (accord d'engagements)⁷. L'affaire a été amenée devant la Cour Suprême des Etats-Unis, après la plainte d'une société d'avocats (*Trinko*) qui avait introduit une action collective contre l'opérateur dominant, pour violation de l'article 2 du *Sherman Act*⁸. Selon l'article 2 de la loi *antitrust* américaine, toute personne qui monopoliserait ou tenterait de monopoliser une partie des échanges ou du commerce entre les différents Etats américains, encourt des sanctions administratives et pénales. Le grief de *Trinko* sur la base du *Sherman Act*, se fondait sur le fait que Verizon avait octroyé au fournisseur de services du

4. *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko LLP*, 540, US, 682, 2004, *Concurrences*, 2004, n° 1, p. 97, F. DAUDRET-JOHN, F. SOUTY. Cet arrêt a été caractérisé comme l'arrêt le plus important rendu par la Cour Suprême en matière *antitrust* les derniers vingt ans, une observation qui doit être appréciée conjointement avec le filtrage extrêmement rigoureux que subissent les affaires qui arrivent à la Cour Suprême.

5. Verizon était une héritière de Baby Bells, les entreprises issues du démantèlement de l'AT&T, l'entreprise publique des télécommunications, au début des années quatre-vingt (suite à la décision *United States v. American Tel. & Tel. Co.*, 552 F, Supp. 131, 141 (D.D.C 1982).

6. Le partage obligatoire des éléments du réseau est prévu à l'article 47 USC 251 (c)(3) et (c)(4) de la loi. Voir H. SHELANSKI, "Inter-modal competition and telecommunications policy in the United States", *Communications & Strategies*, n° 60, 2005, p. 24. À noter que dans le cas d'espèce, AT&T est considéré comme un nouvel entrant au marché.

7. Plus spécifiquement, le *consent decree* a été conclu avec le FCC. En parallèle, le régulateur au niveau de l'Etat de New York (*Public Utility Commission*) a adopté une série de mesures.

8. En premier degré (*District Court*) la plainte a été déclarée irrecevable. C'est en deuxième degré (*2nd Circuit Court of Appeals*) que la demande a été jugée partiellement fondée, sur la base de la section 2 du *Sherman Act*.

plaignant (AT&T) l'accès à son réseau local sur une base discriminatoire, pratique qui s'inscrivait dans une stratégie – plus générale – d'exclusion et de dissuasion, menée par le "LEC" contre ses rivaux.

Trinko a dénoncé le refus de Verizon d'octroyer l'accès à l'infrastructure que cette dernière possédait, son réseau de téléphonie vocale, à son concurrent à des conditions non-discriminatoires, sur la base de la théorie des facilités essentielles. Il convient de rappeler que selon la théorie des facilités/infrastructures essentielles, un opérateur détenteur d'une infrastructure ou facilité essentielle indispensable pour accéder au marché, et non facilement duplicable, pourrait être contraint à octroyer l'accès à cet actif à ses concurrents.

La position de Trinko n'a pas reçu l'aval de la Cour Suprême, qui a rejeté le premier moyen soulevé par la requérante sur l'application de la théorie des infrastructures essentielles dans les circonstances de l'espèce⁹. Selon la Cour Suprême, la doctrine des facilités essentielles relève du droit antitrust et ne peut être invoquée que si l'accès aux installations essentielles est indisponible. Dans le cas d'espèce, le *Telecommunications Act* imposait à Verizon de fournir des services d'interconnexion aux autres opérateurs sur une base non-discriminatoire. Selon la Cour : « [...] les éléments non regroupés offerts conformément au *Telecommunications Act* ne sont pas disponibles au public mais sont fournis aux concurrents sous contrainte réglementaire et à des coûts considérables... Le critère indispensable pour invoquer la doctrine des facilités essentielles est l'indisponibilité d'accès à l'infrastructure essentielle ; lorsque l'accès existe, comme c'est le cas en vertu de la loi de 1996, la doctrine des facilités essentielles est inutile ».

En dehors de la référence à la régulation sectorielle, avancée par la juridiction suprême pour justifier le non-recours à la théorie des infrastructures essentielles, celle-ci procède également à une appréciation de la théorie, en mettant en cause son existence même. À ce propos, la Cour déclare qu'elle n'a jamais validé la théorie, qui ressort plutôt « des arrêts des juridictions inférieures » et, plus loin, refuse d'évaluer sa pertinence pour le cas d'espèce. Elle ne perçoit en l'occurrence aucune nécessité de la valider ou de la répudier : « *We do not believe that traditional antitrust principles justify adding the present case to the few existing exceptions from the proposition that there is no duty to aid competitors* ».

De cette façon, l'arrêt a donné un coup en arrière à la théorie des facilités essentielles, laquelle a fait couler beaucoup d'encre parmi les membres de la communauté académique américaine et a inspiré plusieurs juridictions inférieures aux États-Unis. Il s'ensuit que la Cour a reconnu une discrétion plus étendue du monopoleur à la gestion de ses affaires commerciales, ce qui n'a pas cessé de soulever des vives controverses¹⁰.

9. Trinko avançait, d'une part, que l'accès de son fournisseur (AT&T) à l'infrastructure essentielle détenue par Verizon (le réseau local) était remis en cause par le comportement anticoncurrentiel de cette dernière et d'autre part, que Verizon a essayé d'étendre son pouvoir de marché du marché régional, au marché de la téléphonie longue distance.

10. Voir *infra*, IIème partie, sous B 2.

b. Sur la doctrine des effets de levier

La théorie du levier, qui consiste à l'usage par une entreprise de sa position dominante sur un marché pour dégager des bénéfices et accroître ses parts du marché sur un marché connexe, a fait son apparition dans la jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis, il y a plus d'un demi-siècle¹¹.

Il convient de préciser ici que les théories du levier et de la fermeture du marché, défendues par les tenants de l'Ecole de Harvard¹², ont été contestées par les auteurs de l'Ecole de Chicago, sur deux fondements¹³. Selon le théorème de monopole unique, un monopoleur ne peut extraire une rente de monopole, qu'une seule fois. Il s'ensuit que, si le monopoleur peut prélever la totalité de la rente de monopole sur le marché principal – ce qui a été démontré par des exemples concrets – il n'a aucun intérêt à dupliquer sa position dominante en s'intégrant sur un marché concurrentiel en amont ou en aval¹⁴. Deuxièmement, les opérations qui aboutissent à une intégration entre des firmes qui ne sont pas concurrentes, sont génératrices d'efficacités et de bienfaits économiques. Les économistes du courant « post-Chicago » ont, toutefois, assoupli ces dernières deux décennies les positions des adeptes de Chicago, en développant des modèles selon lesquels les concentrations de nature verticale ou conglomérale peuvent induire des effets anticoncurrentiels.

En l'espèce, la Cour a privilégié une approche très restrictive de la théorie, en faisant sienne la position de la Cour d'appel de *9th Circuit* dans l'arrêt *Alaska Airlines*¹⁵. Selon cette position, une entreprise ne saurait être condamnée pour monopolisation ou tentative de monopolisation

11. Plus spécifiquement, avec les arrêts *United States v. Griffith*, 334 U.S 100 (1948), *Berkley Photo Inc. v. Eastman Kodak Co.*, 603 F 2d 263 (2d Circuit 1979) et plus récemment *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services Inc.*, 504 US 451 (1992), relevant de la section 2 du *Sherman Act*, *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S 294, 332 (1962), concernant une concentration verticale et *Standard Oil Co v. United States*, 337 U.S. 293, 305-6, 314 (1949), relatif à un accord d'exclusivité.

12. L. KAPLOW, "Extension of monopoly power through leverage", 85 *Columbia Law Review*, 1985, p. 515; H. HOVENKAMP, "Antitrust policy after Chicago", 84 *Michigan Law Review* 1985, p. 213.

13. W. BOWMAN, "Tying arrangements and the leverage problem", 67 *Yale Law Journal*, 1957, p. 19, était le précurseur du mouvement critique, qui a pris son essor avec R. BORK, *The antitrust paradox: A policy at war with itself*, New York, The Free press, 1993, pp. 141, 258, 367 et 373-374 et A. POSNER, "The Chicago school of antitrust analysis", 127 *University of Pennsylvania Law Review*, 1979, p. 925 et du même auteur, *Antitrust law*, 2e éd., Chicago and London, The University of Chicago Press, 2001, pp. 223 et 227. Un nombre des décisions récentes des juridictions américaines s'inspirent de ces positions: *Alaska Airlines v. United States* (948 F 2d 563, 548, 9th Circuit, 1991) et plus récemment *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis, V. Trinko LLP*, 540 US 398 (2004).

14. B. NALEBUFF, « Bundling, Tying and Portfolio effects, Part 1 – Conceptual Issues », *DTI Economics Paper* n° 1, février 2003, p. 20; P. REY, P. SEABRIGHT, J. TIROLE, *The activities of a monopoly firm in adjacent competitive markets: Economic consequences and implications for competition policy*, disponible sur <http://idei.fr>, pp. 29 et 46, notent que l'Ecole de Chicago a raison de soutenir qu'il n'y a qu'une rente de monopole à extraire et que l'idée avancée sur la volonté du monopoleur d'étendre son pouvoir de monopole sur un marché connexe, n'est pas fondée. Selon les professeurs, il est correctement affirmé que le monopoleur peut s'engager à des efforts de forclure les marchés voisins, à la différence qu'il n'est pas motivé par sa volonté d'étendre son pouvoir de monopole, mais par le souci de préserver son monopole sur le premier marché.

15. *Alaska Airlines v. United States* (948 F 2d 563, 548, 9th Circuit, 1991).

sur un marché, que s'il est prouvé que le comportement incriminé lui permettrait d'acquérir de manière probable un monopole sur un autre marché. La Cour déclare que « *la simple position de pouvoir de monopole et la pratique concomitante de prix de monopole n'est pas en soi illégale ; au contraire, elle constitue l'élément essentiel d'un free market system. La possibilité de pratiquer des prix bas au moins pour une courte période, constitue un moyen de stimuler en premier lieu l'esprit d'entreprise : elle motive aussi la prise de risque qui permet l'innovation et la croissance économique* »¹⁶. Aux antipodes du droit européen de la concurrence, qui veille scrupuleusement à ce qu'une entreprise dominante sur un marché ne se comporte d'une manière qui pourrait provoquer des distorsions de concurrence sur un deuxième marché adjacent, en amont ou en aval du premier, la jurisprudence américaine ne reconnaît pas cette responsabilité particulière de l'entreprise dominante¹⁷. L'arrêt examiné scelle ce mouvement amorcé par l'arrêt *Spectrum Sports Inc. V. McQuillan*¹⁸.

2. Les conséquences de l'arrêt « Linkline » sur la théorie des effets de ciseau

Dans un contexte similaire à celui de l'affaire *Trinko*, quatre opérateurs ont introduit une action contre AT&T pour pratique de ciseau tarifaire. Il faut rappeler ici que une tentative de monopolisation (ou abus de position dominante, en droit de la concurrence de l'Union européenne) par ciseau tarifaire est constituée lorsque une firme verticalement intégrée, en contrôle d'un intrant (*input*) nécessaire pour entrer à un marché aval, et laquelle est présente

16. La traduction provient du commentaire sur l'arrêt *Trinko* de F. DAUDRET-JOHN, F. SOUTY, *Concurrences*, 2004, n° 1, p. 101.

17. En droit de la concurrence de l'Union européenne, deux arrêts rendus assez tôt par la CJUE concernant l'application de l'ex-article 82 CE (devenu article 102 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne - TFEU), *Continental Can* et *Commercial Solvents*, ont facilité la consolidation de la théorie du levier (CJCE, 21 févr. 1973, *Continental Can et Europemballage*, aff. 6/72, Rec., 215 et 16 mars 1974, *ICI et Commercial Solvents*, aff. 6 et 7/73, Rec., p. 223) analysée plus profondément avec l'arrêt *Tetra Pak II* (TPICE, 6 octobre 1994, aff. T-83/91, Rec. II p. 755 et CJCE, 14 novembre 1996, aff. C-333/94 P, Rec. I, p. 5951). Plus récemment, la Commission a fait une application de la théorie de l'effet de levier dans sa décision d'interdiction de l'opération *Tetra Laval/Sidel*. La décision d'incompatibilité a été annulée par le Tribunal (TPICE, 25 octobre 2002, aff. T-80/02, Rec. II, p. 4519, pts 156 à 162) qui a remis en cause les modes d'exercice des effets de levier, tels que présentés par la Commission, niant la possibilité de celle-ci de se fonder sur la probabilité d'éventuels comportements illégaux. La CJCE, statuant sur pourvoi formé par la Commission (CJCE, 15 février 2005, aff. C-12/03 et C-13/03, Rec. I, p. 1113) a accepté la faculté de la Commission de raisonner sur la base d'éventuels comportements illégaux pour conclure à un effet de levier (pt. 78) et de ne pas cantonner son analyse uniquement sur des comportements légaux, ainsi que l'avait demandé le Tribunal. Malgré cela, le pourvoi a été rejeté sur d'autres moyens. La décision de la Commission sur l'affaire *Microsoft* (déc. n° 2007/53/CE du 24 mars 2004, aff. COMP/37.792, JOCE L 32 du 24 mai 2004, p. 23, cons. 533, 538, 764 à 768, 1063, 1065 et 1069) et sa confirmation par le jugement du TPICE (17 sept. 2007, aff. T-201/04, Rec. II, p. 3601, pt. 559), se fonde aussi sur l'abus commis par l'entreprise américaine, en essayant d'étendre par un effet de levier sa position quasi-monopolistique sur le marché des logiciels d'exploitation pour PC clients, au marché des systèmes d'exploitation pour des serveurs de « groupe de travail ».

18. 506 US 447 (1993).

également sur ce marché aval, procède à un amenuisement de ses marges bénéficiaires par une compression des prix. En présence des entreprises tierces, qui sont à la fois clientes de la firme dominante en amont et concurrentes de celle-ci en aval, la firme exerce une pression sur leurs marges, en établissant un prix élevé pour l'accès à son *input* tout en pratiquant un prix bas de vente au détail. Cette pratique, qui vise à exclure toute concurrence sur le marché aval, porte préjudice aux concurrents de l'entreprise verticalement intégrée et par là aux consommateurs finaux.

En l'espèce, selon les quatre fournisseurs d'accès à internet haut débit, l'opérateur historique, AT&T, pratiquait des prix élevés sur le marché amont de gros d'accès à ses installations essentielles, et plus particulièrement à sa boucle locale, et des prix agressifs sur le marché aval de détail, ne leur permettant ainsi de réaliser des marges suffisantes pour être compétitifs.

Saisi suite au jugement du District Court, qui a donné droit aux quatre fournisseurs alternatifs sur le fondement de la section 2 du *Sherman Act*, et à l'arrêt confirmatif de la Cour d'appel du *9th Circuit*, la Cour Suprême a renversé l'arrêt de la juridiction inférieure et une jurisprudence de plus de 50 ans, datant depuis l'arrêt *Alcoa*¹⁹. Selon cette ligne jurisprudentielle, des allégations pour pratiques de ciseau tarifaire pouvaient être soulevées au titre de l'article 2 du *Sherman Act*. La Cour retient que le prix de gros ne sauraient être examinés au titre du droit de la concurrence, dès qu'il n'existe sur le même fondement une obligation de contracter, ce qui est exceptionnellement le cas, soit une hypothèse des prix prédateurs sur le marché de détail²⁰. Quant aux prix de détail, ceux-ci sont appréciés uniquement sur la base du test établi pour les prix prédateurs²¹. Le rationnel qui sous-tend l'arrêt *Linkline*, à l'instar de l'arrêt *Trinko*, consiste en la reconnaissance de l'impuissance du juge, contrairement à l'autorité sectorielle, de procéder à l'évaluation d'une marge raisonnable entre le prix de gros et le prix de détail²². Force est de préciser que cette interprétation restrictive du droit de la concurrence ne saurait empêcher, selon la Cour, l'application d'un droit sectoriel qui vise à régler ces questions.

19. *United States v. Aluminium Co of America*, 148 F.2d 4166.

20. "The question for us is whether [...] a price-squeeze claim may be brought under §2 of the Sherman Act, when the defendant is under no antitrust obligation to sell the inputs to the plaintiff in the first place. We hold that no such claim may be brought". "An upstream monopolist with no duty to deal is free to charge whatever wholesale price it would like; antitrust law does not forbid lawfully obtained monopolies from charging monopoly prices". "[No] harm above and beyond the harm that would result from a duty-to-deal violation at the wholesale level or predatory pricing at the retail level".

21. Les prix prédateurs ou prédateurs, consistent, pour une entreprise qui détient une position dominante sur un marché, à baisser temporairement ses prix : ceci, afin d'évincer un concurrent ou dissuader l'arrivée d'un nouvel entrant, pour ensuite augmenter ses prix à un niveau supra-concurrentiel, après l'exclusion de ses concurrents.

22. "Courts are ill-suited to act as central planners, identifying the proper price, quantity and other terms of dealing" (*Trinko*, 408).

B. En droit européen de la concurrence

L'application du droit de la concurrence aux marchés des communications électroniques a un effet fertilisant sur celui-ci. Des affaires relatives au secteur en question sont à l'origine des évolutions jurisprudentielles et décisionnelles importantes, concernant aussi bien son volet des pratiques anticoncurrentielles (1) que celui des concentrations (2).

1. Au titre du droit des pratiques anticoncurrentielles

a. Ententes

L'arrêt *T-Mobile*²³ a été l'occasion pour la Cour de revenir sur les contours de l'objet anticoncurrentiel en droit des ententes. Saisie d'une question préjudicielle posée par une juridiction néerlandaise, l'avocat général J. Kokott et la Cour se sont penchés sur ce sujet épineux, qui n'a pas fini de nourrir les débats doctrinaux depuis les années soixante.

Etait en cause une réunion des opérateurs mobiles néerlandais en 2001, au sujet d'une réduction de la subvention accordée à leurs revendeurs d'abonnements. Condamnés par l'autorité de la concurrence nationale pour violation du droit des ententes, les opérateurs ont saisi les juridictions néerlandaises, celle de la première instance acquiesçant à leur demande d'annuler la décision en cause. Saisie par la suite, la juridiction d'appel a jugé opportun de poser des questions préjudicielles.

Appelée à apporter des clarifications sur la notion de l'objet anticoncurrentiel et plus spécifiquement i) aux critères qu'il convient de retenir pour apprécier si une pratique concertée a pour objet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence ii) les règles de droit selon lesquelles doit être appréciée la preuve du lien de causalité entre la concertation et le comportement sur le marché, à savoir les règles du droit national ou l'article 81, paragraphe 1 CE (devenu 101, paragraphe 1 TFUE) tel que interprété par la Cour (il convient de rappeler que la concertation, le comportement sur le marché et le lien de causalité sont les éléments de qualification d'une entente) iii) à la notion de la pratique concertée et plus précisément à l'existence de la présomption du lien de causalité entre la concertation et le comportement sur le marché dans le cas d'une concertation isolée, la Cour a fourni des réponses intéressantes.

La CJCE confirme qu'un échange d'informations, au surplus limité à une seule réunion, poursuit un objet anticoncurrentiel dès lors qu'il élimine les incertitudes des entreprises quant à leur comportement futur. Selon la Cour « *il n'est pas nécessaire que la concurrence soit réellement empêchée, restreinte ou faussée, ni qu'il existe un lien direct entre cette pratique concertée et les prix à la consommation* »²⁴. À propos de la deuxième question, la Cour rappelle la présomption de causalité énoncée dans sa jurisprudence, selon laquelle des entreprises qui participent à

23. CJCE, 4 juin 2009, aff. C-08/08, Rec. I, p. 4529.

24. Point 43 de l'arrêt précité.

une concertation tiennent compte des informations échangées avec leurs concurrents, lorsque elles demeurent actives sur le marché. Autrement dit, en présence d'un objet anticoncurrentiel, ce qui est le cas avec les pratiques concertées, les comportements sur le marché qui constituent un des éléments constitutifs de l'entente, sont présumés. À la question alors du juge de renvoi, si ce dernier peut appliquer en vertu du principe d'autonomie procédurale son droit national dans le cadre de l'examen du lien de causalité entre la concertation et le comportement sur le marché des entreprises qui participent à celui-ci, la Cour répond que la présomption du lien ci-décrite constitue une règle de fond. Il s'ensuit que la question n'est pas de nature procédurale et ne relève pas du droit national, mais du droit communautaire.

La réponse la plus intéressante est rattachée à la question du caractère ponctuel de l'échange d'informations entre les opérateurs. La Cour n'a pas suivi sur ce terrain la position des opérateurs sur l'impossibilité de l'adaptation de leur comportement suite à une seule réunion et a fait valoir que, même dans ces circonstances, un échange d'informations peut avoir un objet anticoncurrentiel²⁵.

Aussi critiquable qu'elle puisse être sur le terrain de la sécurité juridique²⁶, la réponse de la Cour met en garde les acteurs économiques opérant dans les nombreux marchés oligopolistiques, comme celui de la téléphonie mobile, contre les échanges d'informations, même de nature ponctuelle. On le sait, même des signes à peine identifiables à l'extérieur de ces marchés, sans qu'aucun contact entre les opérateurs ne s'intercale, pourraient être suffisants pour que ceux-ci s'alignent sur une politique commerciale commune, au détriment de la concurrence et des consommateurs finaux.

b. Abus de position dominante

Des litiges afférents aux marchés de la fourniture de l'accès à l'Internet ont été à l'origine des décisions de la Commission et des arrêts de la Cour sur le ciseau tarifaire et sur les prix prédateurs. On va se contenter de rappeler ici brièvement l'arrêt *Deutsche Telekom*²⁷ et la décision de la Commission *Telefónica*²⁸ sur les pratiques de ciseau tarifaire et l'arrêt *France Télécom*²⁹ sur les prix de prédation. L'arrêt *Deutsche Telekom* et la décision *Telefónica* concernent les abus de position dominante des opérateurs historiques allemand et espagnol respectivement, en raison des compressions de marge entre les prix de gros facturés à leurs concurrents et les prix de détail appliqués à l'égard de leur propre clientèle. L'arrêt, comme la décision, sont intervenus

25. Point 54-62.

26. Voir les observations sur l'arrêt du professeur L. IDOT, « Editorial », *Concurrences*, 2009, n° 4, p. 1 et *Europe*, août-septembre, 2009, p. 34.

27. TPICE, 10 avril 2008, *Deutsche Telekom/Commission*, T-271/03, Rec. p. II-477.

28. Communication, 4 juillet 2007, *Wanadoo Espana / Telefonica*, aff. COMP/38.784. Un recours en annulation a été intenté contre cette décision (T-336/07).

29. CJCE, 2 avril 2009, *France Telecom/Commission*, aff. C-202/07, Rec., p. I-2369.

dans un contexte des discussions intenses entre juristes et économistes, à l'aune de la publication des nouvelles lignes directrices de la Commission sur l'article 102 TFUE, et abordent un sujet d'une importance primordiale pour l'ouverture des marchés des entreprises en réseau à la concurrence, ouvrant la voie à des nombreuses décisions sur des pratiques de ciseau tarifaire au niveau national. Il n'est pas sans intérêt d'indiquer les propos caractéristiques de l'avocat général M. J. Mazák dans ses conclusions rendues suite au pourvoi formé contre le jugement du Tribunal, dans l'affaire *Deutsche Telekom* : « C'est la première fois que la Cour est appelée à se prononcer sur un prétendu abus de position dominante sous forme d'un effet de ciseaux tarifaire »³⁰.

L'arrêt *France Télécom* relève d'une pratique de prix prédateurs mise en œuvre par *Wanadoo*, une filiale de l'opérateur historique français, sur le marché de l'accès à l'Internet à haut débit. Ce dernier arrêt, le premier à être rendu en matière de pratiques prédatrices depuis presque quinze ans, a apporté des importantes clarifications en la matière : d'abord, au sujet de la récupération des pertes nécessairement subis dans un premier temps par l'opérateur qui se livre à de telles pratiques, érigée par des nombreux économistes en condition nécessaire à la qualification de prix de prédation. On rappelle brièvement que selon la jurisprudence de la Cour, deux tests sont applicables pour détecter une pratique de prédation mise en œuvre par un opérateur pour évincer ses concurrents³¹ : d'une part, des prix inférieurs à la moyenne des coûts variables permettent de présumer le caractère éliminatoire d'une pratique de prix ; d'autre part, des prix inférieurs à la moyenne des coûts totaux, mais supérieurs à la moyenne des coûts variables, doivent être considérés comme abusifs lorsqu'ils sont fixés dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent. La Cour refuse de faire l'écho de la jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis et de l'analyse économique sur le sujet de la récupération, en rejetant le recours en annulation de la décision du Tribunal³². Elle a estimé que le Tribunal avait valablement jugé que la démonstration d'une possibilité de récupération des pertes par l'entreprise dominante n'est pas un préalable nécessaire à la constatation d'une pratique de prix prédateurs. Qui plus est, la Cour a confirmé qu'une pratique de prédation déployée par une entreprise dominante ne peut pas être sauvée du fait que celle-ci procède d'un alignement sur les prix de ses concurrents, en conformité avec les lignes directrices sur l'article 102 TFEU publiées par la Commission (mais par avec son document de réflexion de 2005)³³.

30. Conclusions de l'avocat général M. J. Mazák sur l'affaire C-280/08 P.

31. CJCE, 3 juillet 2001, aff. C-62/86, *Akzo / Commission*, Rec., p. I-3359.

32. TPICE, 30 janvier 2007, aff. T-340/03, Rec. p. II-00107.

33. Communication de la Commission — Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, JOCE C 45 du 24 février 2009, p. 7.

2. Sur le terrain du droit des concentrations

a. Au niveau de l'analyse

Le mouvement de restructuration qui a précédé et a suivi l'introduction de la pleine ouverture à la concurrence des télécommunications en Europe, combiné au phénomène de la convergence technologique, a suscité des nombreuses opérations de rapprochement entre firmes actives dans les marchés des télécommunications, des médias et de l'informatique. Les concentrations notifiées ont donné lieu à des analyses complexes de la part des autorités de l'Union, qui ont appliqué des concepts novateurs afin d'analyser les données concurrentielles y afférentes, et tempérer, le cas échéant, les effets délétères sur la concurrence. Le premier « *gap case* » après l'introduction du nouveau règlement sur les concentrations (i) et le contrôle des opérations réalisées dans des marchés bifaces et rapidement convergents s'inscrivent dans ce mouvement (ii).

i. Le premier « *gap case* »

Selon les lignes directrices de la Commission sur les concentrations horizontales « *certaines entreprises ont un rôle plus important dans le jeu de la concurrence que ne le laisserait supposer leurs parts de marché ou tout autre indicateur similaire* »³⁴. Il s'agit d'opérateurs qui exercent une pression concurrentielle considérable, en pratiquant par exemple des prix inférieurs à ceux proposés par les autres entreprises actives sur le marché et en lançant des offres très concurrentielles. La prise de contrôle du numéro trois du marché autrichien de la téléphonie mobile *Tele.ring* par le numéro deux, *T-Mobile Austria*, a été l'occasion pour la Commission d'appliquer cette théorie dite du « franc-tireur » (*maverick*) et de faire usage, pour la première fois, du nouveau test introduit par le règlement n° 139/2004³⁵. On rappelle que depuis l'entrée en vigueur du nouveau règlement sur les concentrations de dimension communautaire, sont visées non seulement les concentrations qui aboutiraient à la création ou le renforcement d'une position dominante, mais plus généralement, les opérations qui sont susceptibles d'entraîner une entrave significative à une concurrence effective dans une grande partie du marché commun. Il s'ensuit qu'une opération est susceptible d'entraver la concurrence d'une manière significative non seulement par le biais de la création ou le renforcement de la position dominante de la nouvelle entité, mais également par le jeu des effets anticoncurrentiels sur les marchés oligopolistiques où l'entreprise issue de la concentration ne serait pas dominante au sens strict du terme.

34. Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOCE C 31 du 5 février 2004, p. 5, pt. 37.

35. Décision de la Commission du 26 avril 2006, aff. COMP/M.3916, *Tele.ring/T-Mobile*, JOCE C 239 du 29 septembre 2005; *Revue Lamy du Droit de la Concurrence (RLDC)*, n° 8, juillet/septembre 2006, p. 16, Ph. GEFPIAUD; *Concurrences*, 2007, n° 1, p. 111, S. MARTIN. Adde J. LUEBKING, "T-Mobile Austria/tele.ring: remedying the loss of a maverick", *Competition Policy Newsletter (CPN)*, 2006, n° 2, p. 46.

En l'occurrence, l'entité fusionnée devait atteindre une taille équivalente à celle du premier opérateur. Elle ne serait pas devenue, alors, une entreprise dominante, le numéro un du marché en Autriche. La Commission a, toutefois, estimé que, malgré l'absence de position dominante de la nouvelle entité, une fois l'opération réalisée sous sa forme initiale, la concentration aurait affecté de manière significative la concurrence effective sur le marché autrichien de la téléphonie mobile aux consommateurs finaux. Pour parvenir à ce résultat, l'autorité a raisonné sur la base de la fonction de l'entreprise-cible Tele.ring, dans le jeu de la concurrence. Ce dernier opérateur avait connu une croissance très forte les années auparavant, doublant ses parts du marché en trois ans. Il assumait, en réalité, un rôle de « franc-tireur » : capable de discipliner les prix de l'ensemble des acteurs et d'exercer des pressions concurrentielles considérables sur les deux premiers opérateurs du marché, par le biais d'une politique commerciale agressive³⁶. Après avoir écarté la possibilité de remplacement de l'entreprise disparue dans son rôle concurrentiel postérieurement à la fusion, la Commission a conclu que l'opération créait un risque d'effets unilatéraux, en absence de position dominante. En vrai laboratoire du droit de la concurrence, le secteur des communications électroniques a permis à la Commission de préciser – avec cette affaire – le concept de l'effet unilatéral, en deçà de la position dominante³⁷.

ii. Le contrôle du pouvoir de marché dans des marchés bifaces et rapidement convergents

Les stratégies découlant de l'intégration verticale des opérateurs des télécommunications et des médias font l'objet d'un examen détaillé par la Commission. L'autorité se veut encore plus vigilante lorsque les opérations se réalisent entre des opérateurs ayant une position forte sur des marchés séparés, mais rapidement convergents. En effet, l'économie de la convergence, combinant les réseaux, les contenus et les abonnés, suscite des stratégies multiservices et favorise l'intégration verticale. Celle-ci obéit à une logique de contrôle du contenu d'appel et, plus globalement, des droits sur des œuvres en amont, ainsi que par la possession des plusieurs infrastructures et plates-formes de distribution en aval, destinées à donner accès aux abonnés à une large gamme des services. Les opérations qui ont lieu entre des entreprises actives sur des marchés, ou même sur des secteurs distincts, qui se rapprochent pourtant et deviennent étroitement liés grâce à la digitalisation et au développement technologique, pourraient être

36. *Ibid*, cons. 72.

37. C'est pourquoi on se réfère au premier *gap case*, dans le sens que l'opération en cause n'aboutirait pas à la création ou le renforcement d'une position dominante, mais produirait des effets unilatéraux. Voir M. COUSIN, « Regards sur le contrôle des concentrations dans les secteurs régulés en 2006 », *L'actualité 2006 en droit de la concurrence*, conférence organisée par l'AFEC le 8 février 2007 à Paris, disponible sur <http://www.afec.asso.fr/actes/>, p. 8.

qualifiées de « conglomerales » ou comme « ayant des aspects conglomeraux »³⁸. Ces opérations, qui s'apparentent du point de vue de leurs effets aux concentrations verticales, peuvent également soulever des risques de forclusion du marché, et renforcer les positions des parties par des phénomènes de rétroaction positive. La littérature économique récente se penche sur la tendance de certains marchés à l'évolution vers des structures de marchés bilatéraux, où existent des externalités indirectes entre différentes classes d'opérateurs d'une plate-forme³⁹. Dans le cadre de ces marchés bifaces (*two-sided markets*), les demandes des opérateurs sont interdépendantes et l'interaction qui se produit entre ces différents agents économiques est source d'externalités indirectes de réseau. Cela signifie que l'utilité de la plate-forme pour une catégorie d'utilisateurs dépend du nombre des autres catégories d'utilisateurs sur la plate-forme⁴⁰. Le projet de fusion entre AOL, le fournisseur principal des services Internet aux États-Unis, et Time Warner, est emblématique de l'incidence de l'intégration verticale générée par un marché biface. En l'espèce, AOL était présente sur un marché biface. Elle répondait, en effet, à la fois à la demande des fournisseurs de contenu, et à celle des utilisateurs d'Internet. L'opération planifiée aurait abouti à l'intégration verticale du contenu détenu par Time Warner avec les services Internet fournis par AOL et aurait produit, ainsi, des effets de levier: la position dominante acquise par la nouvelle entité sur le marché des droits musicaux, le premier versant du marché biface, s'étendrait vers le deuxième versant, le marché de l'accès à l'Internet par ligne commutée. Comme le note la Commission: « *La conjonction du contenu et des services connexes d'AOL et de son énorme fichier d'abonnés crée un effet de réseau qui dissuade l'abonné de renoncer à AOL* »⁴¹. Cet effet de réseau « [...] fonctionne dans les deux sens: plus il y a d'abonnés, plus il y a de contenu et inversement »⁴².

Le projet de prise de participation de BSkyB au capital social de Kirch Pay TV suscitait des préoccupations analogues: la position prééminente que Kirch détenait sur le marché de la télévision à péage, était susceptible de s'étendre sur le marché émergent de la télévision interactive,

38. J. TEMPLE LANG, « The information society and economic concentration », *Comparative competition law: Approaching an international system of antitrust law*, sous la direction de H. ULLRICH, Nomos, 1997, p. 192, qualifie ces opérations de « conglomerales ». D. WENT, « The acceptability of remedies under the EC merger regulation: Structural versus behavioural », *ECLR*, 2006 (8), p. 462, inclut dans la catégorie des opérations de nature conglomerale, les fusions qui soulèvent des questions d'interopérabilité. Il convient de citer la définition retenue par le TPICE, dans son jugement sur l'affaire *TetraLaval/Sidel* (25 octobre 2002, aff. T-80/02, pt. 142): « opération effectuée entre des entreprises qui n'ont pas, pour l'essentiel, de relation concurrentielle préexistante, soit en tant que concurrentes directes, soit en tant que fournisseurs et clients ».

39. D. SEVY, « Le contrôle des concentrations dans les industries de réseau: particularités et enjeux », *RLDC*, n° 5, 2005, p. 11.

40. Voir les développements du professeur T. PENARD, « Faut-il repenser la politique de la concurrence sur les marchés Internet? » *Revue Internationale de Droit Economique*, 2006, pp. 61-63 et la bibliographie citée.

41. Décision de la Commission du 11 octobre 2000, aff. *COMP/M.1845*, préc., cons. 69.

42. *Ibid* et cons. 70: « *Le service AOL a également été décrit comme une sorte d'univers clos ou de guichet unique où la plupart des internautes ont l'impression de pouvoir trouver tout ce qu'ils cherchent* ».

en raison du caractère fortement lié des offres en cause. Les consommateurs avaient tout intérêt à s'abonner au même fournisseur pour les deux services, puisque ils se seraient épargnés des coûts associés à l'utilisation d'un deuxième décodeur⁴³. Dans ce contexte de convergence, des opérateurs de médias et de télécommunications disposant d'un portefeuille important d'abonnés, peuvent se renforcer mutuellement, grâce aux opérations de croissance externe. Par le jeu des effets de club, l'accès d'un grand nombre d'utilisateurs à une infrastructure stimule la demande et l'offre de contenu et des services, à travers cette plate-forme. Inversement, l'offre d'une gamme étendue de services et du contenu stimule la demande de raccordement à ce réseau particulier⁴⁴. Le portail multi-accès Vizzavi, créé par Vivendi, CanalPlus et Vodafone-Airtouch, illustre parfaitement ce risque, qui s'est amplifié après la prise de contrôle de Universal (Vivendi/CanalPlus/Seagram). Le portail -un instrument privilégié d'accès au client- offrait de multiples services sur plusieurs plates-formes de distribution (téléphonie mobile, ordinateurs personnels, boîtiers numériques) et rapprochait, aux termes des effets verticaux, d'importants distributeurs avec des fournisseurs du contenu. Grâce à sa base actuelle et potentielle de souscripteurs, le portail pourrait -plus facilement- attirer d'autres fournisseurs de programmes musicaux prêts à offrir leurs productions à celui-ci et dominer ainsi le marché du contenu payant⁴⁵. L'intégration verticale entre radiodiffuseurs et propriétaires d'infrastructures, leur renforcement mutuel et les risques de forclusion pour les concurrents implantés ou potentiels, étaient également au cœur des prohibitions prononcées par la Commission, dans les affaires *MSG Media Service*, *Nordic Satellite* et *Bertelsmann/Kirch/Premiere*, de même que dans l'examen de l'entreprise commune *BiB/Open*⁴⁶. La potentialité d'une forclusion durable des marchés où se produit la convergence, à cause des liens de connexité entre plusieurs marchés, qui créent une communauté d'intérêts incitant les opérateurs des secteurs de télécommunications et de l'audiovisuel à élaborer des stratégies et à avoir des comportements de renforcement mutuel, pousse la Commission à effectuer un examen global des effets induits par les opérations. Dans l'affaire *Sogecable/Canalsatellite Digital/Via Digital*, renvoyée finalement aux autorités espagnoles, la Commission a constaté que la fusion entre les deux plates-formes espagnoles de télévision par satellite, soulevait des problèmes de concurrence par rapport à la position de Telefónica, une société ne disposant pas d'une participation de contrôle dans l'entreprise, sur

43. Décision de la Commission du 21 mars 2000, *BSkyB/Kirch/Pay TV*, aff. IV/JV. 37, cons. 78.

44. Décision de la Commission n° 2001/98/CE, du 13 octobre 1999, *Telia/Telenor*, aff. IV/M.1439, JOCE L 040 du 9 février 2001, p. 1, cons. 263.

45. Décision de la Commission du 20 juillet 2000, *Vodafone/Vivendi/Canal+*, aff. COMP/JV. 48, cons. 75 et 79.

46. Décisions de la Commission du 9 novembre 1994, n° 94/922, *MSG Media Service*, JOCE L 364 du 31 décembre 1994, p. 1; du 27 mai 1998, aff. COMP/M.993, *Bertelsmann/Kirch/Premiere*, JOCE L 53 du 27 février 1999, p. 1; du 27 mai 1998, aff. COMP/M.1027, *Deutsche Telekom/Betaresearch*, JOCE L 53 du 27 février 1999, p. 31; du 19 juillet 1995, n° 96/177, aff. IV/M.490, *Nordic Satellite Distribution*, JOCE L 53 du 2 mars 1996, p. 20; du 15 septembre 1999, aff. IV/36.539, *BiB/Open*, JOCE L 312 du 6 décembre 1999, p. 1.

les marchés de la téléphonie fixe⁴⁷. Par ailleurs, l'autorité a écarté après un examen minutieux les risques émanant d'un choix potentiel de *Telecom Italia* comme partenaire privilégié pour les marchés de télécommunications, par la plate-forme de télévision payante créée avec l'opération « Newscorp/Telepiù »⁴⁸.

Par ailleurs, l'autorité européenne s'inquiète particulièrement des effets de portefeuille qui peuvent être engendrés par le biais de diverses combinaisons intersectorielles. La théorie de l'effet de portefeuille désigne la capacité, d'une entité présente sur plusieurs marchés, entretenant entre eux des relations de complémentarités commerciales ou fonctionnelles, de proposer des services diversifiés au consommateur⁴⁹. Le risque, inhérent aux opérations de nature conglomérale réside dans la possibilité de l'entité issue de l'opération et cumulant des différentes activités, de pratiquer des ventes liées et de clore le marché à ses concurrents. Cette possibilité, stigmatisée par la Commission dans le cas *Telia/Telenor* et par les autorités françaises dans l'opération de l'acquisition par SFR du contrôle exclusif de Neuf Cegetel⁵⁰, présente encore plus d'intérêt et en même temps des risques, si les entreprises-parties à l'opération opèrent sur des secteurs différents : les effets de portefeuille étaient déjà au cœur du débat autour de l'opération envisagée entre ENEL, Wind et Infrostrada⁵¹. Nonobstant l'autorisation de la Commission, les autorités italiennes de la concurrence ont demandé le renvoi partiel de l'affaire. En effet, la transaction affectait le marché distinct de la fourniture d'électricité en Italie. Par la suite, les instances italiennes ont prononcé une interdiction sur la base de la possibilité éventuelle d'ENEL de pratiquer des ventes groupées, combinant des prestations téléphoniques et la fourniture d'énergie⁵².

47. Décision de la Commission du 14 août 2002, COMP/M.2845, JOCE C 166 du 3 juillet 2002.

48. Décision de la Commission du 2 avril 2003, *Newscorp/Telepiù*, aff. COMP/M.2876, cons. 266-268 (référence à la convergence rapide entre les marchés des télécommunications et des médias), cons. 286 (lien créé par l'opération aboutirait à une convergence d'intérêts et inciterait les deux parties, la nouvelle entité et Telecom Italia à élaborer des stratégies et à avoir des comportements de renforcement mutuel), cons. 308 (des soucis finalement écartés). À noter que la Commission lève ses objections (cons. 319-320), vu les preuves insuffisantes accueillies sur les éventuels effets négatifs de l'opération pour les marchés italiens des télécommunications, après avoir souligné cependant que dans le contexte de la convergence, la position de Telecom Italia pourrait se trouver affermie par sa capacité de fidéliser ses clients par des offres « triple jeu » (cons. 313-314).

49. E. COMBE, *Economie et politique de la concurrence*, Paris, Dalloz, 2005, p. 370.

50. Lettre Min. Econ. du 15 avril 2008, *BOCCRF* n° 4bis du 7 mai 2008. En l'occurrence, la combinaison du réseau fixe de Neuf/Cegetel et du réseau mobile de SFR, confère un avantage concurrentiel à la nouvelle entité et pourrait donner lieu à la création des barrières à l'entrée au marché des offres dites *quadruple-play* (téléphonie fixe, mobile, accès Internet, télévision). Par conséquent, deux groupes d'engagements ont été pris par les parties (accueil d'un nouvel opérateur MVNO par SFR sur son réseau, accès au réseau de fibres optiques détenu par Neuf/Cegetel) afin de permettre à un opérateur tiers d'être en mesure de proposer une offre *quadruple-play*.

51. Décision de la Commission du 19 janvier 2001, aff. COMP/M.2216, JOCE C 349 du 6 décembre 2000. *Adde* la décision n° 2001/98/CE, du 13 octobre 1999, *Telia/Telenor*, préc., cons. 375.

52. C. KOENIG, A. BARTOSCH, J.-D. BRAUN, *EC Competition and telecommunications law*, Kluwer Law International, 2002, p. 276, notent que la décision d'autorisation conditionnelle, prononcée par l'autorité italienne, a été ultérieurement annulée par la juridiction d'appel.

À la lumière de ce qui précède, il appert que l'apaisement n'est pas à l'ordre du jour des autorités de l'Union chargées de contrôler les opérations de concentration dans les secteurs en examen. Le renforcement des effets de levier par le jeu des marchés bifaces et convergents, la création des oligopoles suite à la réalisation des opérations notifiées, ainsi que le suivi et le contrôle des remèdes imposés et les engagements concédés par les parties dans un contexte de transformation rapide des marchés, constituent une épreuve constante pour les autorités, qui se veulent vigilantes mais aussi créatives.

iii. Sur le plan des remèdes – Le “regulatory antitrust”

La Commission n'a pas hésité à utiliser la technique des conditions et des engagements souscrits par les parties aux concentrations ou dans le cadre du contrôle de la création des entreprises communes, afin de tester et de promouvoir des mesures de nature quasi-réglementaire, qui -selon une partie de la doctrine- dépassaient le périmètre des opérations appréciées. Les affaires annonciatrices de cette tendance, manifestée aussi dans le secteur stratégique de l'énergie⁵³, étaient sans doute les décisions *Atlas* et *GlobalOne* en 1996⁵⁴. Sans entrer dans les détails des opérations, la création, de deux entreprises communes, par les opérateurs historiques allemand et français -qualifiées de coopératives et scrutées sur la base de l'article 81 CE à l'époque- a été une excellente occasion, pour l'autorité communautaire, d'accélérer la libéralisation des marchés des infrastructures et des services de télécommunications, dans les deux pays des sociétés-mères. Par la voie des conditions et des charges dont étaient assorties les décisions de la Commission, notamment la libéralisation effective et complète des marchés des télécommunications et l'attribution par chacun de deux pays d'au moins deux licences à des entités autres que Deutsche Telekom et France Télécom, elle a réussi à promouvoir son agenda politique sur la libéralisation des marchés⁵⁵. Dans une logique *quid pro quo*, les projets des alliances entre les opérateurs historiques ont été autorisées, après que les entreprises, et plus loin, les Etats membres, se soient accordés sur l'ouverture active et effective des marchés et sur l'adoption de dispositions réglementaires y afférant. De cette manière, la Commission a

53. Voir, à titre d'exemple, les décisions de la Commission *GazProm/ENI* et les affaires dites *Marathon*, relatives aux marchés de gaz, commentées par M. CAVE, P. CROWTHER, « Pre-emptive competition policy meets regulatory anti-trust », *European Competition Law Review (ECLR)*, 2005, p. 487.

54. Décisions de la Commission du 17 juillet 1996 sur les affaires IV/35.337 *Atlas* et IV/35.617 *Phoenix/Global One*, JOCE L 239/23 et L 239/56 du 19 septembre 1996.

55. Voir l'article de H. UNGERER, “Use of EC Competition Rules in the Liberalisation of the European Union's Telecommunications Sector: Assessment of Past Experience and some Conclusions”, *CPN*, 2001, n° 2, p. 18. Comme le remarque fort bien le professeur G. FARJAT, *Pour un droit économique*, Paris, PUF 2004, p. 140, « la Commission a un rôle politique plus accusé que les autorités habituelles : elle construit un marché, elle doit tenir compte de la volonté des Etats, se préoccuper des réactions des forces économiques, elle est influencée par le discours bien argumenté des lobbies ».

soutenu son œuvre législative avec des décisions individuelles, en utilisant de façon combinée ses pouvoirs⁵⁶.

Si les décisions ci-dessus constituent l'épitomé de l'interaction entre les compétences du collège bruxellois – qui est à la fois législateur et décideur –, elles ne sont pas isolées. Toujours par le jeu des conditions et des engagements, d'autres décisions adoptées ont préparé le terrain pour l'adoption de la législation sectorielle. Ceci, en brouillant en même temps les frontières entre la régulation sectorielle et le droit de la concurrence, sous lequel les opérations ont été évaluées. Le dégroupage de la boucle locale imposée au Norvège et en Suède, à la marge de l'opération de fusion entre les anciennes entreprises publiques de deux pays dans le secteur des télécommunications – Telia et Telenor – offre un exemple illustratif⁵⁷. Le règlement relatif au dégroupage de la boucle locale a été adopté deux ans après le contrôle de ladite opération⁵⁸. De même, la cession des activités de télévision câblée par les opérateurs de télécommunications – parties des opérations *Telia Sonera*⁵⁹, *BiB/Open*⁶⁰ et *Telia/Telenor*, allaient bien au-delà des prescriptions de la directive « câble »⁶¹, selon laquelle les entreprises de télécommunications en place devaient seulement séparer juridiquement leurs activités. La série de décisions concernant l'opérateur Vodafone, est également intéressante à cet égard. L'accès non discriminatoire des opérateurs concurrents au réseau mobile émergent avec une dimension paneuropéenne de l'entreprise – imposé à cette dernière pour une durée de trois ans, lors du contrôle de l'opération *Vodafone Airtouch/Manesmann*⁶² – a été prise en considération par la Commission pour l'évaluation des projets ultérieurs de l'opérateur. Dès lors, la référence explicite dans les décisions *Vodafone/Eircell*⁶³ et *Vodafone/Airtel*⁶⁴, aux engagements souscrits par Vodafone dans le cadre de l'opération mentionnée, et leur application continue, confère à ceux-ci un statut quasi-réglementaire.

Il est vrai que la procédure du contrôle des concentrations se prête à ce type de « marchandage », entre les parties et les autorités de contrôle. Les entreprises veulent fusionner ; le temps

56. Cette tactique est aussi reflétée à la décision de la Commission n° 97/815 du 14 mai 1997, BT/MCI II, JOCE L 336 du 8 décembre 1997, p. 1. Les obligations imposées aux parties, qui étaient suite à l'opération en mesure d'acheminer leur trafic transatlantique sur des liaisons de bout en bout qui leur appartiendraient en totalité, n'avaient pas un caractère proportionnel par rapport aux effets nuisibles présumés de la fusion notifiée sur les marchés des services internationaux de téléphonie vocale (liaison Royaume-Uni – États-Unis).

57. Décision de la Commission n° 2001/98/CE, du 13 oct. 1999, *Telia/Telenor*, préc.

58. Règlement n° 2887/2000 du Parlement et du Conseil européen du 18 décembre 2000, relatif au dégroupage de l'accès à la boucle locale, JOCE L 336 du 10 décembre 2000, p. 4.

59. Décision de la Commission du 10 juillet 2002, aff. COMP/M.2803, *Telia/Sonera*.

60. Décision de la Commission du 15 septembre 1999, aff. IV/36.539, *British inter active.Broadcasting/Open*, préc.

61. Directive n° 1999/64 /EC du 23 juin 1999, modifiant la directive 90/388, JOCE L 175 du 10 juillet 1999, p. 39.

62. Décision de la Commission du 12 avril 2000, aff. COMP/M.1795.

63. Décision de la Commission du 2 mars 2001, aff. COMP/M.2305 JOCE C 128 du 28 avril 2001, p. 1.

64. Décision de la Commission du 26 juin 2001, aff. COMP/M.2469, JOCE C 207 du 25 juillet 2001, p. 1.

du marché est inélastique; les marchés boursiers sont implacables. Dans ces conditions, les entreprises sont incitées, voire obligées, à réaliser des concessions importantes sous la pression du temps, afin de défendre leurs projets, tandis qu'un examen, plus attentif ou plus prudent de l'opération en cause, aurait peut-être levé les doutes concurrentiels. En adoptant une stratégie proactive la Commission a souvent réussi à imposer des mesures générales qui s'apparentent à une réglementation sectorielle -afin de pallier l'absence ou les lacunes de celle-ci⁶⁵.

La stratégie de la Commission, qualifiée de *regulatory antitrust* a provoqué la réaction mitigée de la doctrine. D'aucuns ont contesté la légitimité de la démarche, en mettant l'accent sur le risque de sur-régulation des marchés et de l'appropriation par les autorités de la concurrence du rôle des régulateurs spécialisés⁶⁶. D'autres auteurs ne l'ont considéré que comme une évolution naturelle du droit de la concurrence⁶⁷. Quoi qu'il en soit, l'avènement en 2002 du nouveau cadre réglementaire sur les communications électroniques, qui introduit une réglementation très détaillée des marchés sous examen et confère des pouvoirs considérables aux régulateurs sectoriels (les Autorités Nationales de Régulation-ANR), ainsi que le contrôle renforcé exercé par la Cour sur les remèdes imposés par la Commission et les engagements souscrits par les parties, ont tempéré le recours au *regulatory antitrust*.

II. Le renouvellement des rapports du droit de la concurrence et la réglementation sectorielle

Comme l'affirme le professeur Laurence Idot, le cas des communications électroniques est exemplaire de l'imbrication croissante entre règles de concurrence et règles sectorielles, au moins au niveau européen (A)⁶⁸. Outre-Atlantique, il paraît que les autorités et juridictions

65. Pour une vue critique sur l'approche de la Commission, voir D. GERADIN, entretien à la revue *Les Petites Affiches* du 13 juillet 2004, n° 139, p. 12; dans le même sens, Th. KIESSLING, G. JOHNSON, "Strategic alliances in telecommunications", *Communications & Strategies*, n° 23, 1996, p. 246. M. CAVE, P. CROWTHER, *op. cit.*, p. 489, considèrent que la démarche de la Commission est due notamment aux déficiences et aux lacunes du cadre réglementaire sectoriel.

66. Voir, à titre d'exemple, P. LAROCHE, *Competition law and regulation in European Telecommunications*, Hart, 2000, pp. 112-127; G. MONTI, "Managing the intersection of utilities regulation and EC Competition law", *The Competition Law Review*, 2/2008, pp. 141-142; M. STOYANOVA-SIEBER, "Public v. Private enforcement in the electronic communications sector", *European Competition Journal*, décembre 2009, p. 726.

67. D. GOYDER, *EC Competition law*, 4^e éd., OUP, 2003, pp. 529-530.

68. L. IDOT, « Concurrence et libre circulation », *Revue des affaires européennes (RAE)*, n° 3, 2005, p. 403.

américaines optent pour une délimitation plus claire du champ d'application respectif du droit *antitrust* et de la régulation sectorielle (B).

A. L'approche européenne – L'imbrication croissante du droit de la concurrence et de la régulation sectorielle

Selon le rapport 2007 sur la politique de concurrence: « *Sur le marché des télécommunications, la coordination entre politique de concurrence et la réglementation sectorielle a démontré qu'il était possible d'empêcher des opérateurs historiques d'user de leur position dominante pour exploiter les consommateurs ou évincer leurs concurrents* »⁶⁹. L'imbrication croissante au niveau de l'Union européenne entre règles de concurrence et régulation sectorielle se manifeste aussi bien sur le plan substantiel (1) que sur le terrain institutionnel (2).

1. Le rapprochement des règles sectorielles au droit de la concurrence

Au niveau des règles de fond, la réglementation *ex ante* adoptée en application du cadre réglementaire repose sur les concepts et les principes du droit de la concurrence (a). Le rapprochement sur le fond se combine avec le chevauchement des champs d'application respectifs du droit généraliste et du droit sectoriel (b).

a. Les emprunts de la régulation sectorielle aux concepts et méthodes du droit de la concurrence

Les notions et concepts du droit de la concurrence ont été intégrés par le droit sectoriel, « *si bien que les deux catégories d'autorités utilisent « un fond commun des règles* »⁷⁰. Avant d'aborder plus en détail ce foisonnement, il convient de rappeler brièvement le processus d'analyse des marchés des communications électroniques par les ANR, introduit par le cadre réglementaire de 2002⁷¹.

En vertu du cadre réglementaire actuel, lorsque les régulateurs nationaux observent qu'un marché n'est pas concurrentiel, ils doivent identifier les opérateurs disposant d'un important pouvoir de marché (« puissance significative sur le marché ») et imposer des obligations réglementaires appropriées. Un mécanisme de consultation, dit procédure de l'article 7, est mis en place en vertu de la directive « cadre », dans le cadre duquel les ANR doivent notifier leurs projets de décision à la Commission. Les autres régulateurs sectoriels peuvent émettre

69. Rapport annuel 2007 de la Commission sur la politique de concurrence, p. 4.

70. L. IDOT, *op. cit.*, p. 408.

71. Notamment les directives 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre ») JOCE L 108 du 24.4.2002, p. 33 et 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive « accès ») JOCE L 108 du 24.4.2002, p. 7.

leur avis sur les projets notifiés. La Commission, quant à elle, peut à la suite d'une analyse approfondie demander au régulateur notifiant de retirer son projet de décision, si elle estime que ce dernier n'est pas conforme au droit de l'UE⁷². Jusqu'à la dernière réforme survenue en décembre 2009, la Commission pouvait exercer son pouvoir de veto uniquement sur l'analyse des marchés notifiée par les ANR. Désormais, elle a le pouvoir de bloquer les mesures réglementaires proposées par les régulateurs nationaux⁷³. Il convient de noter aussi que la recommandation initiale de la Commission avec la liste des marchés, sur la base de laquelle les ANR conduisaient leurs analyses, recensait dix-sept marchés de produits et des services, tant au niveau de gros qu'au niveau de détail, susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante*. Dans sa nouvelle recommandation sur les marchés pertinents de produits et services dans le secteur des communications électroniques, la Commission identifie sept marchés de produits et services spécifiques, marchés de gros et de détail confondus, comme susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante*⁷⁴.

Dans sa version issue de la réforme de 2002, la régulation sectorielle s'approprie plusieurs concepts du droit de la concurrence, construits et/ou clarifiés par le juge communautaire, afin de renforcer son efficacité. À commencer par la notion de « marché pertinent » et de « concurrence effective », en passant par « la puissance significative sur le marché (PSM) », qui est désormais alignée sur la notion de la position dominante et pourrait être « simple » ou « conjointe », les effets de levier (marchés interdépendants) et la théorie des facilités essentielles, le nouveau cadre réglementaire et les lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la PSM, intègrent plusieurs des notions conçues et développées lors de la mise en œuvre du droit de la concurrence⁷⁵. Il en va de même pour certains principes généraux de ce dernier, tels que la liberté et la loyauté de la concurrence, le principe de non-discrimination, le libre accès au marché, qui président la régulation sectorielle depuis ses débuts.

72. Selon le Rapport annuel 2009 de la Commission sur la politique de concurrence (p. 77), en 2009 la Commission a reçu 161 notifications des autorités nationales de régulation et adopté 87 décisions avec observations et 59 décisions sans observations, dans le cadre du mécanisme de consultation communautaire visé à l'article 7 de la directive-cadre. Cinq notifications ont été retirées par l'autorité notifiante, tandis que 9 cas étaient encore en suspens à la fin de l'année. Dans un de ces cas, la Commission a émis de graves doutes quant à la compatibilité des mesures notifiées avec le droit de l'Union européenne et elle a ouvert une seconde phase d'examen en vertu de l'article 7, paragraphe 4, de la directive-cadre.

73. Directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques, JOUE n° L 337 du 18 décembre 2009 p. 37.

74. Recommandation de la Commission du 17 décembre 2007 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques, JOCE L 344 du 28.12.2007, p. 65.

75. La théorie des facilités essentielles est sous-jacente à l'ouverture et l'accès aux réseaux des télécommunications et a inspiré les règles « ONP » du cadre sectoriel antérieur, ainsi que le règlement n° 2887/2000 sur l'accès à la boucle locale. Voir K. GREWLICH, "Cyberspace: Sector specific regulation and competition rules in European telecommunications", *CMLR*, 36, 1999, p. 960.

Force est de relever que quelques-uns de ces concepts empruntés existaient déjà sous l'ancien cadre réglementaire : notamment, les notions de marché pertinent et de PSM. Néanmoins, l'avènement du nouveau dispositif sectoriel en 2002 a marqué l'alignement méthodologique de ceux-ci à leurs « matrices », issus du droit de la concurrence. Dans une perspective plus générale, ce sont plutôt les principes économiques qui ont gagné la régulation économique sectorielle, avec les références à la substituabilité des produits, les élasticités de la demande, les coûts d'adaptation dans le cadre de la définition des marchés pertinents, le rôle-clé des barrières à l'entrée pour le déclenchement du contrôle, ainsi que la prise en considération du contre-pouvoir des acheteurs, des économies d'échelle et de gamme et des entraves à l'expansion, pour mesurer le pouvoir de marché des opérateurs, notion pivotale dans le nouveau paysage sectoriel. Cet enrichissement utile et nécessaire a certes conforté la crédibilité des règles sectorielles.

b. Le rapprochement du champ d'application de la régulation sectorielle et du droit de la concurrence

Ouverture à la concurrence et maintien de la concurrence, accès aux infrastructures essentielles et aux ressources associées, contrôle du pouvoir de marché des opérateurs, imposition des remèdes... Des problématiques identiques peuvent se retrouver en droit de la concurrence et en droit de la régulation sectorielle. Plusieurs des questions concurrentielles posées dans les marchés des communications électroniques peuvent être traitées soit en amont par les ANR et les règles sectorielles, soit en aval par les règles du droit de la concurrence. Bien que la réglementation sectorielle joue en priorité, la place du droit de la concurrence dans le Traité et l'obligation de préserver son effet utile font que les règles de concurrence s'appliquent en parallèle de la réglementation sectorielle⁷⁶. La décision de la Commission et l'arrêt subséquent du Tribunal sur l'affaire *Deutsche Telekom* (DT) confirment l'autonomie du droit communautaire de la concurrence, qui s'applique lorsque la régulation sectorielle apparaît défailante ou contournée.

En l'espèce, les mesures réglementaires imposées par le RegTP -le régulateur allemand- à l'opérateur historique, n'étaient pas en mesure de préserver l'effet utile du droit communautaire de la concurrence et en particulier de l'article 82 CE (devenu article 102 TFEU). Plus spécifiquement, l'ANR avait approuvé, en premier lieu, les tarifs amont de *Deutsche Telekom* (DT) pour l'accès à la boucle locale, et avait introduit, en deuxième lieu, un système de *price cap* pour les tarifs aval de l'opérateur. En dépit de la réglementation tarifaire imposée, les concurrents de DT, même s'ils étaient aussi efficaces que cette dernière, n'étaient pas en mesure d'exercer leur activité de fourniture des services de détail, d'une manière économiquement viable. Hormis l'intérêt indéniable de la décision sur le fond qui consistait en l'espèce à l'application de la théorie de l'effet de ciseau, la place laissée par la régulation sectorielle à l'application de l'article 82 CE,

76. Pour une confirmation de la présence de la régulation sectorielle en tant que *lex specialis* à propos de l'accès aux fichiers des abonnés : CJCE, 25 novembre 2004, *KPN Telecom*, aff. C-109/03, Recueil p. I-11273.

a été mise en question dans cette affaire. Selon les arguments présentés par DT, l'applicabilité des règles de concurrence devraient être exclue. En effet, ses tarifs avaient fait auparavant l'objet d'une décision d'approbation par l'ARN et étaient, ainsi, fixés de manière contraignante par l'autorité, de telle sorte que l'opérateur ne disposait d'aucune possibilité de prendre des décisions autonomes⁷⁷. La Commission, suivie par le TPICE, n'a pas accepté les allégations de l'opérateur historique. Elle a fait valoir que les mesures de nature réglementaire, laissent une marge de manœuvre -une certaine liberté commerciale- à l'opérateur historique, qui aurait pu éviter l'effet de ciseau en ajustant ses prix⁷⁸. Il s'ensuit que les acteurs économiques ne peuvent pas se retrancher derrière les décisions du régulateur (en l'espèce l'homologation de la RegTP) et échapper à l'application des règles de la concurrence (ici à l'article 82a CE sur les prix non équitables), qui continuent à s'appliquer parallèlement et cumulativement. La décision est en ligne avec la jurisprudence communautaire et oblige, d'une manière directe, les entreprises, et d'une façon moins directe les autorités sectorielles, à respecter les règles de concurrence.

2. La coopération renforcée sur le terrain institutionnel

La possibilité d'aborder plusieurs de questions concurrentielles qui surgissent dans les marchés des communications électroniques sous les règles sectorielles et/ou le dispositif du droit de la concurrence, ainsi que le rôle-clé de la Commission à l'application de deux branches de droit, rendent nécessaire la coopération, au niveau horizontal, c'est-à-dire entre les différents régulateurs (a) et vertical, entre les régulateurs et la Commission européenne (b).

a. Les relations horizontales entre les autorités impliquées

i. La coopération renforcée entre les ANR et les ANC

Etant donné que les ANR sont habilitées à intervenir *ex ante* aux marchés en cause, afin d'identifier les opérateurs y disposant d'une puissance significative et leur imposer des remèdes, des actions de concert sont prévues par l'article 3, paragraphe 5 de la directive-cadre entre celles-ci et les autorités généralistes. Ces dernières sont étroitement associées aux processus d'analyse des marchés menés par les ANR. À l'inverse, selon des nombreuses réglementations nationales, les gardiens de la concurrence sont tenus de solliciter l'avis des régulateurs sectoriels chaque fois qu'elles sont confrontées à des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration qui relèvent du secteur des communications électroniques.

À l'exception du système britannique et hellénique, où les ANR se sont vu confier -à côté de leurs tâches issues des directives- des compétences sectorielles d'application du droit de la

77. TPICE, 10 avril 2008, T-271/03, cons. 53.

78. Selon la Cour: « Conformément à une jurisprudence constante de la CJCE et du TPI, l'applicabilité des règles de concurrence n'est pas exclue, dès lors que les dispositions sectorielles concernées laissent aux entreprises qui y sont soumises la possibilité d'un comportement autonome susceptible d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence » (*ibid*, cons. 54).

concurrence, des passerelles ont été ainsi introduites entre, d'une part, les autorités généralistes (Autorités Nationales de Concurrence, ANC), qui conservent le droit d'appliquer le droit des pratiques anticoncurrentielles et le droit des concentrations, et d'autre part, les autorités sectorielles.

Cela dit, une certaine concurrence latente existe entre les autorités, car des pratiques identiques peuvent recevoir plusieurs qualifications. Des concours des qualifications ne sont pas à exclure, puisque une pratique est susceptible de relever à la fois du droit de la concurrence et du droit sectoriel. Force est de noter sur ce point que la procédure des règlements de différends devant les ANR, permet aux opérateurs de saisir le régulateur sectoriel des pratiques susceptibles de tomber sous l'emprise des règles du droit de la concurrence. Le législateur national est conscient de cette possibilité et organise d'une manière respectueuse la coordination des autorités généralistes et sectorielles. Si l'on prend l'exemple français, selon les maîtres Didier Théophile et Etienne Renaudeau « *le concours des qualifications est inhérent aux mécanismes de coopération mis en place par le législateur* », car l'ARCEP doit saisir l'Autorité de la concurrence des pratiques anticoncurrentielles dont elle a connaissance⁷⁹. Selon les mêmes auteurs, ce sont les mêmes circonstances de chaque affaire qui guideront les opérateurs à effectuer leur choix : l'ANC lorsque la situation demande célérité, l'ANR lorsque la situation nécessite le recours à une autorité aux pouvoirs plus étendus.

ii. La coopération institutionnalisée entre les ARN – l'ORECE

Soucieuse de mettre en place une structure de coordination entre les instances spécialisées en matière des communications électroniques, la Commission créa, en 2002, le Groupe des régulateurs européens (GRE), la matrice des structures analogues établies dans d'autres secteurs en réseau⁸⁰. Alors que le GRE a émis un nombre des rapports, d'avis et de positions communes sur une série des questions sensibles relatives à l'application du cadre réglementaire, la pratique a vite montré les limites de ce groupement peu structuré de régulateurs nationaux, qui ne pouvait statuer que sur la base du consensus et n'était pas intégré dans le processus réglementaire de l'Union⁸¹.

79. D. THEOPHILE, E. RENAudeau, « Les relations entre le Conseil de la concurrence, l'ARCEP, la CRE et le CSA : Coopération ou concurrence ? » *Concurrences*, 2008, n° 3, p. 74. Pour les relations entre les régulateurs sectoriels et les autorités de la concurrence au Royaume-Uni, voir S. RAB, « From Ordered competition - Towards a new competitive order? The role of the UK Competition Commission at the interface between sector regulation and competition law », *European Competition Law Review*, 2009, n° 10, p. 505. Pour les relations entre le régulateur sectoriel des communications électroniques et l'ANC en Grèce et en Belgique, voir respectivement E. TRULLI, « Competition in the telecommunications sector: Delineation of competences between the NCA and the NRA-The example of Greece », *Computer and Telecommunications Law Review*, 2009, n° 8, p. 188 ; N. PETIT, A. DEFOSSEZ, « Belgique : Rapport d'étape 2007-2009 », *Concurrences*, 2009, n° 2, p. 227.

80. Voir par exemple, le Groupe des régulateurs européens dans le domaine de l'électricité et du gaz, créée en 2003 (décision de la Commission n° 2003/796/CE du 11 novembre 2003, JOCE L n° 200, 30 juillet 2003).

81. Pour une liste complète de travaux du GRE, http://www.erg.eu.int/documents/erg/index_en.htm

Après une période de fermentation intense, le GRE a été remplacé par l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE). Institué par le règlement n° 1211/2009, l'ORECE est doté de la personnalité juridique, à la différence du GRE, et s'appuie sur un comité de gestion et un responsable administratif⁸². Ses décisions sont prises, en principe, à la majorité des dirigeants des 27 autorités de régulation : à la majorité simple lorsque il s'agit de rendre un avis dans le contexte de l'analyse effectuée par la Commission des mesures notifiées des autorités nationales – une de ses tâches principales – et à la majorité des deux tiers dans les autres cas. L'ORECE prodiguera aussi conseils et soutien et complétera les travaux indépendants des ANR, en particulier lorsque il s'agit des décisions de portée transnationale. L'organe servira de point d'appui aux ANR en leur transmettant les meilleures pratiques réglementaires, méthodes ou lignes directrices constatées au sein des pays membres de l'Union européenne. Il élaborera également des rapports et rendra des avis au Parlement européen et au Conseil.

Il convient d'ajouter que la réforme récente du cadre réglementaire confère à la Commission, en coopération étroite avec l'ORECE, le droit d'intervenir et de contrôler les mesures de régulation proposées par les ANR. Après avoir consulté l'ORECE, si la Commission estime qu'un projet de mesure notifiée par une ANR est susceptible de constituer une entrave au marché unique, elle a le pouvoir de formuler une recommandation exigeant de l'autorité nationale qu'elle retire ou modifie la mesure notifiée⁸³.

b. Les relations verticales entre les ARN et la Commission

En abordant la coordination au niveau vertical (rapports entre autorités communautaires et nationales), l'omniprésence d'une autorité peut aussitôt être repérée : il s'agit de la Commission européenne, qui pourrait aisément se voir accorder le titre de super-régulateur⁸⁴. En utilisant habilement ses pouvoirs de surveillance de l'application du droit communautaire et ses fonctions exécutives, elle assume, alternativement, le rôle de coordinateur et de contrôleur du fonctionnement opérationnel du système, en sa qualité de gardienne des traités.

82. Règlement n° 1211/2009 du 25 novembre 2009, JOUE L n° 337 du 18 décembre 2009, p. 1. Sur les discussions précédant la réforme, voir M. DE VISSER, « Revolution or evolution what institutional future for EC communications law? », *TILEC Discussion Paper*, 8/2007.

83. Voir article 7bis intitulé « Procédure de la mise en place cohérente des solutions proposées », inséré à la directive-cadre par la directive 2009/140/CE, préc.

84. J.-Y. CHEROT, « Les techniques juridiques de cohérence entre régulations nationales et communautaires / L'articulation des autorités nationales et de la Commission dans la mise en œuvre des politiques communes », *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, sous la direction de M.-A. FRISON-ROCHE, Paris, Dalloz, 2004, p. 151. Le professeur L. GRARD, « L'interrégulation pour accompagner la libéralisation de l'énergie et des télécommunications », *JCP*, éd. E, supplément au n° 19 du 6 mai 2004, p. 13, considère qu'en réalité, la Commission joue le rôle d'un régulateur paneuropéen.

En vue de contrebalancer les pouvoirs étendus et les compétences dévolues aux ANR, et, dans un souci d'assurer la cohérence dans l'application du cadre réglementaire et de la prévention des conflits au niveau horizontal (rapports et répartition des affaires entre les ANR), la Commission a, dans un premier temps, choisi le modèle de la coordination et non pas celui de la centralisation. Celui-ci s'est matérialisé avec la constitution d'un réseau des régulateurs sectoriels, auquel elle-même participait. Comme il a déjà été signalé, ce réseau constituait -avant tout- un forum de discussion, qui servait d'interface entre les ANR et l'autorité européenne et permettait, à cette dernière, de développer et de promouvoir les meilleures pratiques (*best practices*) à travers les Etats membres. De cette manière, la Commission a voulu laisser les ANR plus pro-actives (l'OFCOM, le régulateur britannique, est l'exemple typique) prendre des initiatives, guider le processus et former l'agenda réglementaire. Au lieu d'édicter des règles détaillées, l'autorité européenne s'est ainsi appuyée, au moins dans un premier temps, sur la méthode ouverte de coordination (MOC)⁸⁵. Dans un deuxième temps, l'exécutif bruxellois semble revenir sur le schéma de coordination instauré en 2002, qu'il entend centraliser et officialiser davantage: avec, d'une part, l'extension de son pouvoir de veto sur les remèdes envisagés par les ANR, et d'autre part, la création d'un régulateur européen, qui renforce les structures du GRE, sans arriver toutefois à créer une véritable agence européenne des communications électroniques.

L'action de la Commission ne s'arrête pas pourtant là. La gardienne des traités se livre à l'exercice direct de ses pouvoirs en veillant à la bonne transposition des directives, par le biais des pressions informelles sur les Etats membres en premier lieu, avec ses rapports transmis au Parlement européen et au Conseil en deuxième lieu⁸⁶, et en dernier ressort, avec l'ouverture des procédures d'infraction sur le fondement de l'article 258 TFUE. Au surplus, elle définit le champ de la réglementation sectorielle avec sa recommandation sur les marchés susceptibles d'être régulés et encadre l'action réglementaire avec la procédure de l'article 7 et ses lignes

85. Ch. HOCEPIED, A. DE STREEL, « Harmonisation without centralisation / Two years of experience with the EU regulatory framework for electronic communications », *Les engagements dans les systèmes de régulation*, sous la direction de A.-M. FRISON-ROCHE, Paris, Dalloz, 2006, p. 79. Plus précisément, le deuxième des auteurs est fonctionnaire à la Commission, le premier a été dans le passé expert rattaché à la même institution. Importée du droit administratif américain, la MOC constitue une forme de coordination des politiques publiques, fondée sur l'apprentissage mutuel et l'échange des vues sur des meilleures pratiques. Des objectifs sont fixés par l'Union avec des emplois de temps précis pour les atteindre, des indicateurs quantitatifs et qualitatifs sont établis et des points de référence sont fournis aux Etats membres. La concurrence par comparaison est encouragée (*benchmarking*) et périodiquement, l'autorité en tête du processus (la Commission), qui surveille le déroulement « du plan d'action », organise des séances d'apprentissage mutuel, publie des évaluations générales et individuelles pour chaque partie et coordonne la procédure de révision, qui a périodiquement lieu.

86. Les rapports concernent la transposition et la mise en œuvre de la réglementation sectorielle.

directrices⁸⁷. Selon la communication de 1998 sur les accords d'accès dans le secteur des télécommunications, elle conserve toujours la possibilité d'ouvrir une procédure officielle à propos d'un litige entre opérateurs : si celui-ci n'est pas résolu dans un délai raisonnable, inférieur à six mois à compter de la date à laquelle l'affaire a été portée à la connaissance de ladite autorité⁸⁸.

La Commission peut donc se substituer dans certains cas et sous des conditions bien encadrées, aux régulateurs sectoriels. D'une façon moins directe, elle peut utiliser ses pouvoirs décisionnels au titre de la politique de concurrence, pour influencer les décisions des ANR et canaliser leur action. Plusieurs moyens sont à sa disposition, à commencer par les lignes directrices et les communications (publiées à trois reprises), les enquêtes engagées par la Commission – en vertu de ses pouvoirs en matière du droit de la concurrence et passées par la suite aux ANR, afin que les affaires ouvertes soient traitées sur la base du droit sectoriel – et enfin l'intervention complémentaire, plus rare, de l'autorité européenne au titre du droit de la concurrence, à propos des cas relevant des ANR. Dans cette dernière hypothèse, illustrée par la décision *Deutsche Telekom*, l'action de l'autorité européenne se substitue, partiellement, à l'inertie et à la défaillance des ANR⁸⁹. Ces procédés indirects, employés par la Commission, ont déjà été exposés. Il reste à ajouter que ses décisions sur les opérations des concentrations affectant les secteurs en cause et notamment les conditions qu'elle a posées aux parties impliquées, additionnées à sa pratique décisionnelle au titre des articles 101 et 102 TFUE, remplissent, certes dans une moindre mesure aujourd'hui vu l'expérience accumulée par les autorités nationales, une mission pédagogique⁹⁰. A la recherche de la cohérence dans l'application du

87. D'abord, l'article 15 de la directive-cadre stipule que « les ANR doivent tenir le plus grand compte de la recommandation et des lignes directrices sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché » et, en outre, la Commission dispose d'un droit de veto vis-à-vis des analyses opérées par les ANR. S'il est vrai que la procédure de l'article 7 de la directive-cadre (notification des mesures à la Commission) et le droit de veto de la Commission, concernent les mesures pouvant avoir une incidence sur les échanges des Etats membre, en pratique, selon les points 146 et 147 des lignes directrices sur l'analyse du marché et l'évaluation de la PSM, préc., la notion de l'incidence sur les échanges entre les Etats membres « ... risque de couvrir un large éventail des mesures ». Ensuite, selon le point 109 des lignes directrices, si une ANR veut imposer selon l'article 8 de la directive « accès » d'autres obligations que celles énumérées aux articles 9-13 de la directive « accès », elle doit en faire la demande à la Commission. Enfin, si les ANR peuvent à titre exceptionnel agir en urgence et arrêter des mesures sans consulter la Commission et les autres ANR, les circonstances d'urgence servant comme exception sont, selon les lignes directrices, difficiles à prévoir (pt. 154).

88. Point 30 de la communication de la Commission relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications, JOCE 256 du 22 août 1998, p. 2.

89. En ce sens, M. MOTTA, A. DE STREEL, "Excessive pricing and price squeeze under EU law", *European competition law annual: What is harm to competition?*, sous la direction de C. D. EHLERMANN, I. ATHANASIU, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2006, p. 112.

90. À titre d'exemple voir les décisions de la Commission, *Deutsche Telekom AG* (21 mai 2003, COMP/C-1/37451, 37578, 37579, JOCE L 263 du 1^{er} octobre 2003, p. 9); *Wanadoo Interactive* (17 juillet 2003, COMP/38233) et l'article des fonctionnaires de la Commission R. KLOTZ, J. FEHRENBACH, « Two Commission decisions on price abuse on the telecommunications sector », CPN n° 3, 2003, p. 8.

droit communautaire, la Commission donne à ses décisions un caractère didactique, en vue de « prévenir » en quelque sorte le traitement des affaires pareilles par les ANR et les ANC.

B. La délimitation claire des champs d'application – La solution transatlantique

La solution transatlantique sur l'applicabilité du droit de la concurrence, en présence d'un droit spécifique aux marchés des communications électroniques, tranche nettement avec la solution retenue par les autorités et les juridictions européennes. Les deux arrêts de la Cour Suprême, *Trinko* et *Linkline*, exposés plus haut, ont mis également en cause les rapports du droit antitrust et du droit sectoriel (1). Il n'est pas sans intérêt de jeter la lumière aux raisons qui pourraient expliquer cette différence d'approche (2).

1. Les apports de la jurisprudence de la Cour Suprême

Dans l'affaire *Trinko*, la Cour Suprême des Etats-Unis s'est confrontée, à l'instar de la Commission dans sa décision *Deutsche Telekom*, au problème de l'application parallèle du droit antitrust américain, à côté de la législation spécifique, le *Telecommunications Act*. En l'espèce, les juges américains ont fait valoir que dans les marchés réglementés où un régime de contrôle spécifique est installé, le champ d'application du droit de la concurrence est extrêmement limité, voire inexistant. La Cour s'attache à la valeur ajoutée insignifiante que l'application du droit antitrust apporterait, lorsqu'une régulation sectorielle surveille et contrôle, d'une manière préventive, les structures concurrentielles. Elle va même jusqu'à faire allusion aux effets nuisibles que l'interférence des règles du droit de la concurrence risquerait de produire⁹¹. Il ne fait aucun doute: la Cour Suprême cherche à éviter l'application cumulative de deux régimes de contrôle. Considérant que la législation sectorielle est si dense et complète qu'elle remplit d'une manière efficace les fonctions du droit de la concurrence – en prévenant les pratiques et les comportements anticoncurrentiels – la Haute juridiction américaine ne voit aucune raison pour laquelle le *Sherman Act* devrait constituer une base juridique supplémentaire à la disposition des concurrents⁹².

La solution appliquée dans l'affaire *Trinko* a été réaffirmée par l'arrêt *Linkline*. La Cour Suprême a jugé que l'AT&T n'était pas contrainte de coopérer avec ses concurrents sur le marché de gros sur la base du droit antitrust, puisque cette obligation lui a été imposée par

91. « One factor of particular importance is the existence of a regulatory structure designed to deter and remedy anticompetitive harm. Where such a structure exists, the additional benefit to competition provided by antitrust enforcement will tend to be small, and it will be less plausible that the antitrust laws contemplate such scrutiny... Applying § 2's requirements to this regime can readily result in 'false positive' mistaken inferences that chill the very conduct the antitrust laws are designed to protect » (412).

92. *Ibidem*.

la réglementation sectorielle⁹³. La Cour note: « *Le cœur de la requête à la fois dans Trinko et dans cette espèce est identique – les demandeurs allèguent que les défendeurs (monopoleurs sur le marché amont) ont abusé de leur pouvoir sur le marché de gros pour empêcher les entreprises concurrentes de se concurrencer efficacement sur le marché de détail. L'arrêt Trinko a jugé que de telles plaintes ne sont pas recevables sur le fondement du Sherman Act en l'absence d'obligation de coopérer imposée par le droit antitrust* »⁹⁴.

En conclusion, un opérateur dominant ne peut pas être tenu responsable pour pratiques anticoncurrentielles sur le fondement du *Sherman Act*, en présence d'un droit sectoriel. En revanche, la Commission et les juridictions européennes, aux prises avec la même situation, avait expressément affirmé l'applicabilité du droit de la concurrence. Comment expliquer cette différence d'approche quant à la relation à établir entre droit de la concurrence et réglementation économique sectorielle?

2. Les explications possibles pour la différence d'approche outre-Atlantique

Les explications avancées par la doctrine pour cette divergence transatlantique varient. Elles vont des caractéristiques particulières des deux affaires et des faits litigieux, aux orientations plus générales de la politique européenne et américaine en matière des télécommunications. Les explications casuistiques s'attachent aux faits et aux circonstances spécifiques de deux affaires examinées. À la différence des autorités sectorielles américaines (le FCC au niveau fédéral et le *Public Utility Commission* au niveau des États fédérés), dont l'intervention avait produit le résultat escompté, le RegTP n'avait pas réussi à imposer un contrôle tarifaire efficace à l'opérateur dominant: c'est pourquoi des effets de ciseau ont été engendrés. Au terme de ce raisonnement, c'est la République allemande qui aurait dû être poursuivie sur la base de l'article 226 CE (258 TFUE); de même, la condamnation de l'opérateur historique à sa place, enlève en réalité à la décision sa valeur de précédent⁹⁵. Les explications mentionnées ne sont pas dénuées de tout fondement, mais n'emportent pas la conviction sur leur suffisance.

En passant maintenant aux raisons de caractère plus général, qui dépassent les circonstances de l'espèce, la densité et le degré de précision de la législation sectorielle américaine se

93. En l'espèce l'obligation réglementaire devrait être levée normalement, puisque le FCC avait trouvé que le marché d'accès à Internet haut débit était assez concurrentiel. Néanmoins, l'obligation a été finalement maintenue à cause de l'engagement souscrit par l'AT&T suite à une opération de concentration (AT&T Inc. and Bellsouth Corp. 22 FCC Rcd. 5662, 5814 (2007).

94. "The nub of the complaint in both *Trinko* and this case is identical—the plaintiffs alleged that the defendants (upstream monopolists) abused their power in the wholesale market to prevent rival firms from competing effectively in the retail market. *Trinko* holds that such claims are not cognizable under the Sherman Act in the absence of an antitrust duty to deal".

95. En ce sens, P. LAROCHE, *Contrasting legal solutions and the comparability of EU and US experiences*, discours prononcé dans le cadre de la 3^e conférence internationale en droit anti-trust, organisée par l'Ecole des mines de Paris et l'Université of California at Berkeley le 12-13 janvier 2006, téléchargeable sur <http://www.tilburguniversity.nl/tilec/publications/discussionpapers/2006-028.pdf>.

profile comme un facteur de différenciation assez important, entre les deux systèmes normatifs. Le *Telecommunications Act* est un texte détaillé – fort de ses 600 pages – qui laisse forcément moins de place à l'intervention complémentaire du droit de la concurrence que la législation sectorielle communautaire, composée d'un nombre limité des directives. Sur le fond, d'ailleurs, le droit de la concurrence de l'Union couvre un large éventail des sujets, dont une partie échappe à l'emprise du droit *antitrust* américain – comme, par exemple, les questions des prix discriminatoires ou excessifs⁹⁶. De plus, dans le sillage de la différence précitée sur la densité des législations, les juges américains soulignent, dans l'arrêt *Trinko*, les risques d'interventions erronées par les juridictions chargées d'appliquer le droit antitrust (“*false positives*” *mistaken inferences*). Ils prennent, en effet, en considération le caractère intrusif et technique des règles sectorielles et les difficultés objectives d'appréciation auxquelles les prétoires doivent faire face. Au contraire, la législation plus allégée au niveau communautaire, et le rôle prépondérant de la Commission et des autorités nationales de la concurrence dans la mise en œuvre du droit de la concurrence – certes moins bien équipées que les ARN, mais plus qualifiées que les juridictions – tranchent avec la situation américaine⁹⁷. Toutefois, c'est l'intensité normative, quasi-constitutionnelle, des règles de la concurrence en droit de l'Union, qui paraît fournir l'explication la plus crédible.

Il convient de préciser ici que, tant l'approche européenne que la solution transatlantique, ne font pas l'unanimité de la doctrine et des entreprises concernées aux deux côtés de l'Atlantique⁹⁸. Les critiques se dirigent plutôt vers l'effacement du droit *antitrust* au profit de la régulation sectorielle, dans le système américain. À titre d'exemple, une partie de la doctrine se focalise sur le fait que la Cour Suprême a évacué avec son arrêt *Linkline* les inquiétudes concer-

96. P. LAROCHE, *op. cit.*, p. 8, observe à juste titre que le droit de la concurrence en Europe s'étend à presque tous les sujets traités par la régulation économique sectorielle : les prix, les questions d'accès, le principe de non-discrimination. En plus, l'article 102 TFUE est de sa formulation et son interprétation par les juridictions communautaires, plus « interventionniste » par rapport à la section 2 du *Sherman Act*. Enfin, les oligopoles semblent être visés uniquement dans le cadre des concentrations en droit antitrust américain, alors que la notion de la position dominante collective permet l'application de l'article 102 aux marchés oligopolistiques, en droit de la concurrence de l'Union. Dans le même sens, J. SPETA, *Balancing antitrust and regulation*, discours prononcé dans le cadre de la 3^e conférence internationale en droit anti-trust, *op. cit.*

97. Pour une description et une critique du système américain pour la mise en œuvre du droit antitrust, voir R. POSNER, *Antitrust law*, 2e éd., Chicago and London, The University of Chicago Press, 2001, pp. 274 et s. Adde l'arrêt *Trinko*, préc. p. 415 : “No court should impose a duty to deal that it cannot explain or adequately and reasonably supervise. The problem should be deemed irremediable by antitrust law when compulsory access requires the court to assume the day-to-day controls, characteristic of a regulatory agency” (« Aucune juridiction ne devrait imposer une obligation de traiter, lorsqu'elle ne peut pas l'expliquer ou surveiller son exécution de manière adéquate et raisonnable. Le problème doit être considéré comme irrémédiable au titre du droit de la concurrence, lorsque l'accès obligatoire exige que le pouvoir judiciaire assume des contrôles quotidiens, qui sont propres à une autorité de régulation », notre traduction).

98. Voir, à titre d'exemple, la déclaration des représentants de Telefonica après sa condamnation de ciseau tarifaire par la Commission, citée par M. STOYANOVA-SIEBER, *op. cit.*, p. 727 : “Telefonica finds itself squeezed between two regulators, the national regulator (CMT) and the Commission, which are at odds with each other...”. Adde G. MONTI, *op. cit.*, p. 122.

nant les effets anticoncurrentiels d'un ciseau tarifaire, en affirmant que de tels dommages peuvent faire l'objet des remèdes par la mise en œuvre des doctrines antitrust du refus de vente ou des pratiques des prix prédateurs. Toutefois, ces doctrines ont été substantiellement réduites par la Cour elle-même, au cours des dernières années, ce qui laisse finalement peu de place en droit *antitrust* dans les marchés des communications électroniques⁹⁹. D'autres mettent en avant le risque que les deux arrêts aient un effet négatif sur le processus de dérégulation des marchés¹⁰⁰. Ils analysent à cet égard le paradoxe de la position des juges de la majorité dans l'affaire *Linkline*. En effet, ces derniers ne sont pas partisans de la régulation, mais prônent plutôt l'accélération du mouvement de libéralisation des marchés de télécommunications. Néanmoins, l'arrêt ci-dessus, auquel ils se sont étroitement impliqués, pourrait produire des effets inverses : au lieu d'accélérer le processus de dérégulation, le fait que les entreprises au pouvoir de marché ne seront pas soumises au droit de la concurrence, entraînera inévitablement le maintien ou même le renforcement des mesures réglementaires qui leur sont imposées au titre du droit sectoriel.

Conclusion

À la lumière de ce qui précède, on peut raisonnablement affirmer que le droit de la concurrence a été renouvelé par son contact avec les marchés des communications électroniques, mais a aussi contribué à son tour au développement, voire la transformation, desdits marchés. Aux États-Unis, il paraît que cette influence mutuelle est plus restreinte et au détriment plutôt du droit *antitrust*, dont le champ d'application dans les secteurs en réseau se trouve sérieusement amputé, suite aux arrêts *Trinko* et *Linkline* de la Cour Suprême. En Europe, l'effet *spill-over* du droit de la concurrence sur le droit sectoriel est apparent ; qui plus est, la logique sous-jacente l'introduction du paquet réglementaire en 2002 est l'effacement progressif des règles spécifiques au profit du droit de la concurrence. En parallèle, des réflexions s'articulent autour de l'appréhension de la régulation pro-concurrentielle du secteur des communications électroniques -avec la forte implication des ANC et le rôle-clé assigné au droit de la concurrence, ses méthodologies et ses principes- comme un modèle à suivre dans les autres secteurs en réseau ; Comme il a déjà été signalé, il y a des similitudes structurelles entre le secteur en question et les autres industries en réseau : la présence d'un opérateur verticalement intégré, des infras-

99. F. SOUTY, F. DAUDRET-JOHN, « Commentaire à l'arrêt *Trinko* », *Concurrences*, 2009, n° 2, p. 216.

100. W. GRIMES, "US Supreme Court rejects price-squeeze claim: A high point for divergence between US and European law?" *ZweR*, 3/2009, p. 343.

structures difficilement duplicables ou duplicables à un coût élevé et une forte culture de service public. Ce qui a amené certains commentateurs à noter à propos des marchés énergétiques que les conditions similaires « invitent à explorer les facteurs réglementaires qui ont permis le déblocage de la situation dans les télécommunications et d'analyser s'ils peuvent être réimplantés dans le secteur de l'énergie pour accompagner sa mutation »¹⁰¹.

Quoi qu'il en soit, le droit de la concurrence a des beaux jours devant lui dans les marchés en question et la pratique décisionnelle et jurisprudentielle liée au secteur continuera à alimenter les rubriques des revues juridiques et à susciter les commentaires de la doctrine.

101. A. DE CADARAN, O. FREGET, « La régulation pro-concurrentielle du secteur telecom : Un modèle à suivre dans l'énergie ? » *Concurrences*, 2009, n° 1, p. 15. Adde M. CAVE, P. CROWTHER, "Coordinating regulation and competition law- ex ante and ex post", *The Pros and Cons of Antitrust in Deregulated Markets*, Swedish Competition Authority, 2004, p. 28. Selon ces derniers auteurs : "In energy, where the political process for passing adequate sector-specific legislation at the EU level has been far more intractable, the benefits of an ex ante intervention under competition law seem clearer".