

EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE, FLORENCE
DEPARTMENT OF LAW

EUI Working Paper LAW No. 2004/9

**Le droit de la concurrence :
Régulation et/ou contrôle des restrictions à la concurrence**

LAURENCE BOY

BADIA FIESOLANA, SAN DOMENICO (FI)

All rights reserved.
No part of this paper may be reproduced in any form
without permission of the author(s)

© 2004 Laurence Boy
Published in Italy in June 2004
European University Institute
Badia Fiesolana
I – 50016 San Domenico (FI)
Italy
www.iue.it

Le droit de la concurrence : Régulation et/ou contrôle des restrictions à la concurrence

Laurence Boy*

Ce titre¹ peut apparaître *a priori* provocateur, s'inscrivant dans ces querelles d'universitaires essentiellement français, partisans ou non d'un droit de la régulation. Notre démarche est toute autre et repose sur la volonté d'élucider aussi sereinement que possible les relations entre régulation et droit de la concurrence. La notion de régulation est relativement nouvelle dans la science juridique. Elle traduit dès le départ un certain inconfort dans la mesure où elle repose sur des confusions terminologiques. Ce que les juristes de droit romano-germanique mettent sous le terme régulation est radicalement opposé au terme « régulation » anglo-saxon (« regulation » signifiant paradoxalement en anglais réglementation, voire public policy). Pour l'instant, la régulation est encore assez mal connue de la communauté des juristes européens, même si des travaux² et séminaires y sont consacrés, notamment en France. La régulation serait une réponse à la complexité de la société contemporaine, complexité qui appelle une adaptation tant des modes d'élaboration que d'application de la règle de droit, complexité marquée notamment par un recul des modes autoritaires et verticaux surtout dans le domaine du droit économique. Cette adaptation se fait alors sur le mode de la flexibilité. Par la régulation, les normes se font souples, négociées, évolutives.

Il semble que la notion de régulation soit liée à l'essor des Autorités Administratives Indépendantes et qu'elle suscite des réflexions spécialement depuis le développement des A.A.I. sectorielles. Ceci nous semble important à noter d'emblée dans la mesure où la création d'A.A.I. horizontales, comme le Conseil de la concurrence, avait surtout posé des

* Professeur, Faculté de droit et des sciences économiques, Université de Nice-Sophia Antipolis ; Directrice du Centre de recherche en droit économique (CREDECO-UMR6034CNRS/INRA) ; le working paper reprend la présentation que l'auteur a fait le 12 décembre 2003 dans le cadre du séminaire 'EU Competition Law-Integration, Innovation, Cooperation and Modernisation'.

¹ Les termes « restrictions à la concurrence » ne renvoient pas au droit français des « pratiques restrictives de concurrence ». Ils visent le contrôle des pratiques anticoncurrentielles et des concentrations que le langage anglo-saxon désigne par « restrictions » à la concurrence (restrictive agreements, abuses of monopolistic market power, mergers).

² J. CHEVALLIER, in G. J. MARTIN, *Les nouvelles formes de la régulation*, Coll. Droit et société, LGDJ 1998 ; Droit de la régulation : Questions d'actualité, *Les Petites Affiches*, 3 juin 2002, n° 110.

problèmes en termes de droit constitutionnel mais peu en termes de « régulation » strictement dits.

Les A.A.I. semblent avoir pour origine les « agences » anglo-saxonnes, les grandes agences américaines notamment dont les pouvoirs sectoriels sont très importants. Elles apparaissent à l'intersection de deux sources du droit économique - sources privées et sources publiques - et à la réaction des pouvoirs publics face aux pouvoirs privés. Leur création correspond donc à une contradiction du système capitaliste développé : la concentration nécessite une intervention de l'Etat sur les relations économiques, mais celle-ci doit se combiner avec la séparation du politique et de la société civile, du pouvoir politique et du pouvoir économique. Le dépassement de cette contradiction a été trouvé dans la création des AAI qui permettent la mise en œuvre d'une politique « publique » mais ne dépendent pas dans leur fonctionnement d'une administration traditionnelle rattachée à un ministère³. Produisant leurs règles sous l'action conjuguée de l'Etat et des forces du marché, les AAI peuvent ainsi concilier « deux logiques : celle du marché et celle de l'intérêt général »⁴.

Les instances de régulation traduisent, par ailleurs, un processus d'inversion dans la production des normes en ce sens que désormais la règle émane souvent du concret, des pratiques individuelles, ce qui nous éloigne du schéma traditionnel romano-germanique de la réglementation par « en haut »⁵. Pour maintenir à cette catégorie un minimum de cohésion, il a été proposé de la regrouper autour de deux traits caractéristiques : la nature particulière de la mission qui leur est impartie et les garanties d'indépendance qui les placent en marge de l'appareil administratif traditionnel⁶.

Avec les AAI, le « juge » est moins appelé à trancher entre des droits subjectifs opposés qu'à peser des intérêts divers en vue de trouver la meilleure solution économique possible avec l'adhésion de tous les partenaires. Parfois cependant, en veillant au respect de l'ordre public concurrentiel, ces dernières sont amenées à reconnaître et à construire les droits subjectifs des agents économiques⁷. On pense particulièrement aux autorités sectorielles comme l'ART ou

³ J. CHEVALLIER précité.

⁴ CH. HANNOUN, La déontologie des activités financière : contribution aux recherches actuelles sur le néo-corporatisme, RTDCom. 1989, 1989, 417.

⁵ A. HOLLEAUX, Dissolution et réincarnation du droit, P.A. 1990, n° 118, 4.

⁶ J. CHEVALLIER, Les AAI et la régulation des marchés, *Revue Justices*, n°1, 1995, 81.

⁷ J. B. BLAISE et F. JENNY, *Le droit de la concurrence. Le années récentes : bilan et synthèse*, « en somme, l'on peut dire que le Conseil, lorsqu'il est saisi par une entreprise, n'est pas saisi d'un litige dont les termes s'imposeraient à lui et fixeraient

la Commission de régulation de l'électricité qui ont reçu expressément compétence pour régler certains différends. L'A.R.T., par exemple, statuant sur les conflits en matière d'interconnexion, construit peu à peu les droits des concurrents de l'opérateur historique à l'interconnexion⁸. De même, c'est en utilisant la théorie de facilités essentielles que le Conseil de la Concurrence ou la Commission européenne et la Cour de Justice des Communautés européennes sont conduits à consacrer en permanence les droits d'accès à des marchés dérivés des concurrents d'un opérateur économique en position dominante sur un marché principal, ces droits d'accès étant les conditions préalables et indispensables à l'accès aux marchés dérivés⁹. Il semble que ce phénomène ne soit pas véritablement nouveau. « S'agit-il d'une révolution ? Ce n'est pas si sûr. Sans doute s'agit-il plutôt d'une révélation »¹⁰. Reste que les particularités du contentieux économique amplifient ce phénomène car il est demandé au « juge » de choisir entre des conceptions différentes de l'ordre public et de mettre sa décision au service d'une certaine approche de l'efficacité économique. « La décision du magistrat consacre un choix économique qui acquiert une portée juridique »¹¹.

La plupart des autorités de régulation ont effectivement pour objectif la recherche d'un équilibre soit entre valeurs marchandes¹² (on pense au droit de la concurrence), soit entre valeurs marchandes et non marchandes¹³ (ART, CSA, CNIL). En ce sens la méthode téléologique conduit inévitablement à lier pouvoir pédagogique¹⁴, pouvoir « réglementaire », pouvoir de « juger » et pouvoir de « sanction ». Les A.A.I obéissent ainsi à un principe d'efficacité qui soulève cependant un problème de légitimité sur lequel nous ne reviendrons pas dans la mesure où il a fait l'objet de développements¹⁵.

Les premières AAI françaises, la CNIL, la COB (aujourd'hui le CMF), étaient des autorités sectorielles, devant confronter les logiques de marché et d'autres valeurs, comme le

les limites de sa mission. Il se trouve plutôt saisi 'à l'occasion d'un litige', qui va déclencher l'exercice de sa mission sur un marché ou sur un ensemble de marchés ».

⁸ CREDECO, Les pouvoirs de l'Autorité de Régulation des Télécommunications, Rapport au GIP « Justice » sous la direction de L. BOY, 2001.

⁹ Cf. notamment Commission européenne 98/190/CE, 14 janvier 1998, JOCE n° L 72, 11 mars 1998 ; CA Paris, 1^{er} septembre 1998, C.C.C., 1999, n° 163.

¹⁰ CL. CHAMPAUD, L'idée d'une magistrature économique, *Justices*, 1995, n°1, 61.

¹¹ G. BLANC, Stratégie des acteurs économiques et production du droit par les juridictions judiciaires, *RIDE* 1997, n°1, 165.

¹² M-A FRISON-ROCHE, Valeurs marchandes et ordre concurrentiel, in *L'ordre concurrentiel*, éd. Frison-Roche, 2003, p. 223.

¹³ B. EDELMAN, Valeurs non marchandes et ordre concurrentiel, in *L'ordre concurrentiel*, op.cit., p. 353.

¹⁴ Toutes « produisent » des rapports qui informent sur les « politiques » de ces dernières.

¹⁵ L. BOY, Réflexions sur "le droit de la régulation", Dalloz, 2001, p. 3031.

pluralisme de l'information ou la défense de l'épargne. Par la suite, est apparu le Conseil de la concurrence, doté d'une large compétence horizontale mais dans le seul domaine du droit de la concurrence, c'est-à-dire de conflits mettant en jeu, *a priori*, des valeurs purement marchandes que l'on peut rattacher à des logiques concurrentielles et, subsidiairement, consuméristes¹⁶. Ces dernières années, sous l'influence des directives communautaires, ont été créées de nouvelles AAI sectorielles verticales dans les domaines jusque là réservés à des opérateurs économiques en position de monopole (naturel ?) qu'il s'agisse de l'ART (Autorité de Régulation des Télécommunications), de la Commission de l'électricité ou de l'autorité de régulation du gaz.

Elles constitueraient, selon les analyses de M.A. Frison-Roche qui pensait pouvoir ramener le droit de la régulation à cette régulation sectorielle d'ouverture à la concurrence, le cœur du droit de la régulation¹⁷. Selon l'auteur, en effet, le droit de la régulation vise essentiellement « la construction de la concurrence ». Il semble, cependant, même de ce seul point de vue, que la « construction » de la concurrence déborde largement le cadre des AAI sectorielles. En témoigne le travail régulier du conseil de la concurrence, de la Cour d'appel de Paris, de la Cour de cassation¹⁸ et des autorités européennes de contrôle de la concurrence et de la concentration. Les autorités sectorielles auraient une action en aval pour construire la concurrence alors que les autorités horizontales interviendraient en amont pour contrôler la concurrence et disposeraient de ce fait de pouvoirs différents (demandes d'engagements structurels et comportementaux pour les premières, sanctions répressives pour les secondes). On a le sentiment qu'à l'opposition droit de la régulation/droit de la concurrence, on assiste à une montée de la régulation, notamment d'une montée de la régulation de la concurrence, ce qui conduit à réinterroger préalablement cette opposition .

¹⁶ La distinction entre le droit de la concurrence et le droit de la consommation qui structure le système juridique français n'est pas mondialement reconnue. J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 4^{ème} éd., Dalloz, 1996. Par ailleurs le droit de la concurrence incorpore nécessairement la prise en compte des intérêts des consommateurs et des usagers. MARIE MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence*, Coll. U, Armand Colin, 2003.

¹⁷ M. A. FRISON-ROCHE, *Droit de la régulation*, *Dalloz 2001*, p. 610.

¹⁸ R. POESY, in *L'ordre concurrentiel*, éd. Frison-Roche, 2003, p. 619.

I. Droit de la régulation et droit de la concurrence.

Les distinctions reposent principalement sur des oppositions conceptuelles¹⁹ qui ne rendent pas toujours compte, nous semble-t-il, de la réalité des pratiques des instances en charge de la concurrence.

A. Les oppositions conceptuelles.

C'est volontairement que nous avons choisi de partir du noyau dur de la régulation - les AAI - pour nous en écarter et aborder ainsi le thème plus général de la régulation. Le premier texte en France à y faire expressément référence est celui de M.A. Frison-Roche dont l'objet est très précis : le « droit » de la régulation²⁰. Sur ce terrain, il soulève, et c'est son mérite, de nombreuses interrogations.

Le droit de la régulation y est réduit apparemment par l'auteur au droit applicable aux secteurs anciennement en position de monopoles, et ce sous l'influence des directives communautaires. Par la suite M.A. Frison-Roche s'écarte pourtant elle-même de cette définition tant il semble impossible de ramener le droit de la régulation à cette vision étroite de la régulation sectorielle verticale²¹. C'est ainsi qu'en présentant « l'interrégulation », elle écrit. « Le paradoxe est le suivant : pourquoi avoir découpé la régulation générale, telle qu'elle est menée par l'Etat, pour reconstruire quelques années et quelques déconvenues plus tard une unification de l'ensemble ? La question de philosophie politique revient à rebours à l'ordre du jour »²².

Partant de la notion de « secteur » dont la définition n'est pas aisée, M.A. Frison-Roche excluait de la régulation *stricto sensu*, la régulation générale, notamment celle des autorités horizontales de droit commun de la concurrence : le conseil de la concurrence (CA Paris et C.Cass.) et les instances communautaires. Le postulat de départ est que régulation il y a, si l'on se trouve en présence de « secteurs dont le droit prend en charge la construction, la

¹⁹ Celles-ci sont très bien exposées par A. JEAMMAUD, Introduction à la sémantique de la régulation juridique, in *Les transformations de la régulation juridique*, Coll. Droit et société, LGDJ, 1998, p. 47.

²⁰ Article précité au *Dalloz* 2001.

²¹ J. CHEVALLIER précité ; M.A. FRISON-ROCHE, La régulation, objet d'une branche du droit, in *Droit de la régulation, questions d'actualité*, op. cit., p. 5.

²² Présentation du 9^{ème} Forum de la régulation, 16 janvier 2004, Sciences-po. Paris.

surveillance et le maintien de force des grands équilibres »²³. Sont évoquées essentiellement les industries de réseaux comme les télécommunications, l'électricité ou le gaz. Il s'agit là incontestablement de ce qu'il nous semble plus sérieux d'analyser comme des régulations sectorielles et, plus étroitement encore, comme des réglementations sectorielles d'ouverture à la concurrence. Il existe, en effet, depuis longtemps des mécanismes de régulation sectorielle qui n'accompagnent pas l'ouverture de secteurs traditionnellement fermés à la concurrence, mais cherchent à permettre la communication entre des valeurs participant de systèmes différents (Le CSA avait originairement pour vocation de mettre en relation le système économique avec sa logique de marché et le pluralisme des médias ; la CNIL a pour objet de mettre en relation les données informatisées et la protection des libertés individuelles). C'est dire qu'il y a régulation sectorielle et régulation sectorielle. La première ne serait en charge que de l'ouverture à la concurrence. C'est déjà immense quand on sait que la concurrence s'apprécie en termes de « marché pertinent » et que la définition du marché pertinent, en période de progrès technologiques, est en constante évolution²⁴. La seconde régulation sectorielle vise à mettre en communication des valeurs marchandes avec des valeurs non marchandes comme le pluralisme de l'information (CSA) ou la défense des libertés individuelles (CNIL). La notion de secteur, terme nouveau en droit, oblige à s'interroger sur ses liens avec la notion de marché, notamment de marché pertinent. Il existe, en réalité « des » marchés et dans la plus grande partie du secteur marchand, les marchés sont hautement régulés²⁵. L'une des vraies questions qui interpelle le système juridique réside dans « la définition politique, hautement conflictuelle, du contenu social des marchés à commencer par la définition de leur domaine réservé (avec ses régulations), des domaines qui leur échappent (ceux de la gratuité, de bénévolat) et de domaines intermédiaires (tiers secteur, santé, éducation, services publics...) qui sont aujourd'hui les enjeux majeurs dans la lutte entre les modèles sociaux de marché »²⁶.

L'objet du droit de la régulation porterait sur l'ouverture d'un secteur à la concurrence, définissant ainsi une nouvelle « branche » du droit. Les questionnements ne se font cependant pas attendre lorsque sont évoqués des « secteurs très variés, notamment alimentaires » où l'impératif de sécurité se fait jour. « On remarque alors que sont en train d'être créées des

²³ M-A FRISON-ROCHE, article précité., p.611.

²⁴ C'est ainsi que la question des convergences entre la téléphonie et la télévision est toujours posée. Rapport CREDECO précité.

²⁵ J. GADREY, La gauche et le marché : une incompréhension plurielle, *Le Monde*, 10 mars 1999.

²⁶ *Ibid.*

autorités de régulation de sécurité alimentaire, des règles spécifiques, des obligations de transparence, des procédures d'agrément, des mécanismes de certification et marquage, etc., indices d'un droit de la régulation. Dès lors, les marchés sur lesquels circulent des produits à risque passeraient du droit de la concurrence au droit de la régulation »²⁷. L'autorité de régulation ne serait plus « le critère » de la régulation mais un indice à compléter par d'autres permettant de réguler des activités économiques s'inscrivant, par ailleurs, dans des chaînes ou des filières²⁸.

Ces affirmations conduisent à une série d'interrogations qui entretiennent des liens entre elles. Quelle est la spécificité de « la » régulation définie, au départ, par les secteurs lorsqu'elle est ensuite rapportée à l'alimentaire et, de façon plus générale, à la sécurité ? Est-ce que l'alimentaire s'appuierait aujourd'hui sur d'autres impératifs que les seuls impératifs du marché pour intégrer des dimensions sécuritaires, voire de qualité. Les contentieux récents tant en droit communautaire qu'international conduisent à reconnaître que la prise en compte de considérations non strictement marchandes enrichissent depuis longtemps déjà la seule logique concurrentielle traditionnelle fondée sur les prix²⁹. Plus fondamentalement, on doit s'interroger sur les liens entre le droit de la concurrence et le droit de la régulation. En opposant « la construction et le maintien des équilibres » dont seraient en charge les autorités de régulation dans les secteurs ouverts partiellement à la concurrence au droit de la concurrence qui la garde simplement en l'état, on ignore sans doute le travail fondamental effectué par les autorités de droit commun de la concurrence. Loin de « garder la concurrence en l'état », ces dernières ne cessent jour après jour de construire les jeux de la concurrence sur des marchés différents les uns des autres³⁰. L'illustration la plus flagrante en est certainement l'application de la théorie des installations essentielles par le Conseil de la concurrence et les autorités communautaires en charge du droit de la concurrence. La dernière interrogation, apparue plus récemment, concerne l'interrégulation dans la mesure où le marché « s'enclasse dans le secteur »³¹. C'est ainsi qu'en matière de télécommunication, plusieurs marchés relevant d'autorités différentes sont mis en communication, ce qui suppose des mécanismes

²⁷ M. A. FRISON-ROCHE, *Droit de la régulation*, Dalloz 2001, p. 612.

²⁸ L'auteur le reconnaît elle-même en utilisant une nouvelle sémantique: Définition du droit de la régulation économique, *Dalloz* 2004, p. 126.

²⁹ On pense notamment à la prise en compte de principes tels le principe de précaution. CH. NOIVILLE, *Du bon gouvernement des risques*, Coll. Les voies du droit, PUF, 2003.

³⁰ La Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation ne seraient-elles pas aussi devenues pour partie des autorités de régulation ?

³¹ M.A. FRISON-ROCHE, *La régulation, objet d'une branche du droit*, *Les Petites Affiches* op. cit., p. 6.

permettant une articulation entre ces autorités, voire entre ces autorités sectorielles et le conseil de la concurrence³².

Si le droit de la régulation est une sorte de « cœur de métier », le droit propre aux secteurs régulés, ceux-ci auraient en commun de devoir être construits et maintenus en permanence dans un équilibre entre un principe de concurrence et un principe autre, lequel peut varier selon les secteurs. Il semblerait que le droit des secteurs régulés soit tout à la fois spécial, contaminant et promoteur des branches plus générales, ce qui explique peut-être les liens profonds existant entre régulation des marchés et droit de la concurrence.

B. Les liens profonds entre régulation des marchés et droit de la concurrence.

Fondamentalement certaines conceptions qui éliminaient purement et simplement de la régulation le pouvoir de l'autorité de droit commun du marché - le Conseil de la concurrence ou les autorités communautaires - au motif que celle-ci ne construit pas les marchés mais le contrôle *ex-post* nous semblent beaucoup trop réductrices. Cette vision des choses ne traduit sans doute pas la réalité. Certains travaux³³ ont mis, au contraire, l'accent sur deux points qui nous paraissent fondamentaux. D'abord, et compte tenu d'une définition des marchés en constante évolution, le Conseil de la concurrence et les autorités communautaires « construisent » les marchés et ne se contentent pas d'en assurer le « contrôle » ; elles les régulent. On a aussi montré qu'en se reconnaissant juge du contrat, le Conseil de la concurrence, est conduit à remodeler les contrats et, ainsi, à construire la concurrence. Si le juge judiciaire est le « juge naturel » du contrat, il est vite apparu dépassé pour connaître des rapports contractuels anticoncurrentiels car les règles du droit civil se révèlent particulièrement inadaptées à cette mission de protection de l'ordre public. Il est certes compétent pour tirer en théorie les conséquences sur le terrain de la nullité de l'application des règles du titre III de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986³⁴ ou des articles 81 et 82 du Traité³⁵. Il ne dispose cependant pas de la palette de moyens procéduraux du Conseil de la concurrence. Le recensement des décisions des tribunaux judiciaires parues dans les revues –

³² C'est ainsi que le législateur a mis en place de tels mécanismes de communication entre l'ART et le conseil de la concurrence, par exemple. Rapport CREDECO précité.

³³ R. POESY, Aspects procéduraux du droit français des pratiques anticoncurrentielles : Etude des rapports entre le juge judiciaire et le Conseil de la concurrence, Thèse, Nice 2000 ; F. RIEM, La transparence et le droit de la concurrence, L'Harmattan, 2002.

³⁴ Article 9 de l'ordonnance, aujourd'hui article L 420-3 du Code de commerce. M. LALAURIE-VIGNAL, op. cit., n° 433.

³⁵ Articles L 420-1 et L 420-2 du Code de commerce.

certes non exhaustif et ne permettant pas une étude statistique scientifique – montre que les actions devant les tribunaux judiciaires sont exceptionnelles. Par ailleurs, les rares décisions rendues confirment l'impossibilité pour le juge judiciaire d'accompagner véritablement l'encadrement des pratiques anticoncurrentielles. Ce dernier ne peut que sanctionner par la nullité l'illicéité d'une clause anticoncurrentielle et cette nullité prive, en principe, rétroactivement le contrat de tout effet³⁶. Le conseil de la concurrence, en revanche, grâce à son pouvoir d'injonction, de suppression ou de modification des stipulations contractuelles, peut à sa guise remodeler le contrat. Les autorités de contrôle de la concurrence disposent ainsi d'une sanction plus souple que la seule nullité que peut prononcer le juge judiciaire³⁷. En participant concrètement à la réécriture des contrats, les autorités de régulation de la concurrence françaises et communautaires ne se contentent pas de contrôler le jeu de la concurrence ; elle édifient cette dernière³⁸. Ces observations, particulièrement visibles au départ dans le droit européen de la concentration³⁹, valent de nos jours pour les droits interne et communautaire de la concentration mais aussi de la concurrence. L'ensemble des règles du droit de la concurrence est volontairement mobilisé par ces autorités non seulement pour contrôler mais pour construire la concurrence. La récente décision de la Commission européenne sur les aides d'Etat à la compagnie aérienne Ryanair, a ainsi été présentée comme « une décision majeure pour l'avenir du transport aérien qui conduira à un développement accru de compagnies à bas coûts dans l'Union européenne, au plus grand bénéfice des consommateurs »⁴⁰. Ce travail de construction paraît logique. Le but de l'ordre public n'est pas, en effet, de tarir les contrats mais de les rendre conformes à l'ordre public⁴¹. Eliminer le Conseil de la concurrence et les autorités communautaires du droit de la régulation au prétexte qu'ils ne « construisent » pas la concurrence nous paraît excessif. Les questionnements et les doutes concernant les frontières de la régulation tiennent certainement à la complexification de la matière, à la difficulté objective d'établir des frontières entre le droit de la régulation et le droit de la concurrence et à l'impossibilité de trouver des « critères » incontestés pour tracer ces frontières.

³⁶ Com. 29 janvier 2002, D. 2002, AJ. 1550 ; Com. 24 oct. 2000, Bull. Civ. IV, n° 163.

³⁷ R. POESY, Thèse précitée, p. 415. Même en matière contractuelle « traditionnelle », le juge use de plus en plus de la nullité partielle et donc de la réfection du contrat. L'échange, le contrat est souhaitable mais à d'autres conditions que celles qu'ont fixées les parties.

³⁸ Cf. Conseil, 11 octobre 1988, Groupement des cartes bancaires C. B. B. O. du 15 octobre 1988, Conseil, 19 novembre 1996, Distribution des montres Rolex, B. O. du 6 mars 1997.

³⁹ A. PAPPALARDO, Les nouvelles règles en matière de contrôle communautaire des concentrations, *RIDE* 1998, n°2, p.177.

⁴⁰ Déclaration Loyola de Palacio à propos de la décision de la Commission du 3 février 2004, <http://miniliem.com/?smtWjuzYcT>

⁴¹ G. FARJAT, *L'ordre public économique*, LGDJ 1963, p. 263.

Les dimensions européennes et internationales des régulations⁴² obligent donc à repenser l'opposition entre régulation et contrôle des restrictions de concurrence⁴³. L'apparition d'autorités sectorielles par secteurs, l'interrégulation invitent à reposer la question des relations entre droit de la régulation et contrôle des restrictions de concurrence. L'opposition entre droit de la régulation et droit de la concurrence est sans doute formellement dépassée. L'émergence d'une « régulation de la concurrence » existe substantiellement, nous semble-t-il, depuis longtemps, fût-ce de façon non officielle. Cette régulation de la concurrence s'est enrichie certainement des analyses faites par les autorités sectorielles de régulation.

II. Régulation et/ou contrôle des restrictions de concurrence⁴⁴.

On rejoint ici les interrogations premières concernant l'apparition du droit de la concurrence. Le droit de la concurrence est né, paradoxalement, de la concentration. Marx avait, en effet, mis en lumière l'un des traits majeurs du capitalisme : la concentration croissante des moyens de production liée à la concurrence. La concurrence tue la concurrence. En effet, la volonté de chaque acteur économique, dans un contexte jamais dominé, conduit ce dernier à gagner des parts de marché sur ses concurrents. Sur un marché en pleine expansion, on peut espérer que chacun pourra gagner de nouvelles parts de marché sans nuire à ses concurrents. Le plus souvent les marchés finissent par être saturés et ne compter plus qu'un nombre limité de concurrents. Ceci signifie que toute progression des parts de marchés des uns se fait au détriment des concurrents, le plus souvent par voie de concentration, soit que l'entreprise à reprendre soit *in bonis*, soit qu'elle soit en difficulté⁴⁵. Ce phénomène essentiel de concentration risquait de mettre en péril le système capitaliste lui-même en conduisant au monopole. Aussi a-t-on vu fleurir un droit de la concurrence à la demande des opérateurs économiques eux-mêmes. Ce rappel nous semble important car il permet sans doute d'expliquer les nouvelles directions qu'emprunte le droit de la concurrence et de la concentration notamment dans l'Union européenne et aux Etats-Unis où la séparation entre régulation et contrôle des restrictions de concurrence est de moins en moins étanche.

⁴² *Le Monde Economie*, 8 mai 2001.

⁴³ H. RUIZ-FABRI, Mélanges PH. KAHN, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXe siècle*, Litec 2000.

⁴⁴ Au sens défini dès l'introduction : contrôle des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration et non au sens français des « pratiques restrictives de concurrence » contenues au titre IV de l'ordonnance de 1986. Il s'agit désormais du titre IV du Code de commerce : « De la transparence, des pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées ».

⁴⁵ Ouvrage collectif, *Droit des faillites et restructuration du capital*, PUG. 1982.

D'un point de vue général, le système capitaliste suppose donc pour fonctionner le maintien d'un minimum de concurrence. La libre entreprise ne peut se maintenir que s'il reste assez de libres entrepreneurs pour la défendre. La monopolisation de tous les secteurs porte en elle le risque de la nationalisation (cas de l'Europe) ou de l'abus de position dominante conduisant à la décartellisation (ITT, Microsoft). Ce sont souvent les pouvoirs privés économiques qui sont demandeurs de concurrence⁴⁶. Il importe à cet égard, nous semble-t-il, de mettre l'accent sur l'importance primordiale de la concurrence en ce qui concerne la « communication », en insistant sur le fait que c'est principalement à propos des communications que sont nées les régulations concurrentielles. Autrefois, les chemins de fer ont pu apparaître comme les vecteurs de « la » communication. Aujourd'hui, les télécommunications et l'Internet semblent le vecteur des communications de demain. C'est ce qui explique sans doute la vigilance toute particulière dont font l'objet les industries de réseaux tant en droit interne que communautaire. A l'époque moderne, le phénomène de concentration renforce le besoin de régulation. Ce lien entre le niveau de la concentration et le droit de la concurrence est si fort que les formes et les caractères du droit de la concurrence sont très largement fonction du stade de la concentration auquel on est parvenu ou auquel on souhaite parvenir⁴⁷.

Il faut ici mettre en perspective les conceptions juridiques et économiques de la concurrence qui tendent à prouver que les postulats de départ qui étaient relativement communs entre ces deux disciplines sont aujourd'hui largement remis en cause au profit, d'une part, d'une approche nouvelle entre accès au marché/contrôle des pratiques (structure/comportements) et d'autre part, d'une vision toujours plus « soft » du droit de la concurrence. Un brouillage des pistes s'impose obligeant à définir de nouvelles règles de ce « jeu de pistes » reposant davantage sur une combinaison entre l'accès au marché et les outils de la concurrence que sur l'opposition régulation/contrôle.

A. Un brouillage des pistes traditionnelles.

Si l'on met à part les thèses ultra-libérales de l'école de Chicago, l'ensemble des acteurs économiques et politiques s'entendent sur la nécessité d'un droit de la concurrence, même si

⁴⁶ A. PIROVANO notait que les pouvoirs privés sont tantôt demandeurs, tantôt non demandeurs de concurrence. Il n'est pas surprenant que la première législation antitrust soit apparue précisément aux USA contre les Compagnies de chemin de fer avec le Sherman Act.

⁴⁷ Ceci soulève d'emblée la question d'une « politique industrielle » européenne.

les conceptions de la libre concurrence et donc d'un droit de la concurrence sont extrêmement variées. En effet, la liberté postule la contrainte, au moins la régulation externe au milieu concurrentiel. Il existe schématiquement deux grandes conceptions générales de la concurrence auxquelles se superposent deux approches économiques de la concurrence.

a) les conceptions générales de la concurrence

Elles inspirent incontestablement les systèmes juridiques. La concurrence peut être conçue comme un idéal à atteindre car elle est elle-même bénéfique : c'est la conception d'A. Smith⁴⁸. La concurrence conduit au « souverain bien collectif » par le jeu de la « main invisible du marché » qui conduit chacun, en poursuivant son intérêt égoïste, à atteindre l'intérêt général⁴⁹. Cette conception du libéralisme qui repose sur la propriété privée des moyens de production et sur la liberté de créer et d'exploiter une entreprise permet la réussite des plus compétitifs qui assurent la satisfaction de leurs clients et finalement de l'intérêt général. Mais ce système par définition est autodestructeur. La lutte pour la vie assure la victoire des prédateurs qui, une fois vainqueurs sont libres d'imposer leur volonté. D'où la construction intellectuelle des néo-libéraux (Walras⁵⁰) qui prônent la nécessité de toujours renouveler les conditions nécessaires au jeu de la concurrence, car ces conditions - l'atomicité du marché, sa transparence, l'homogénéité des produits, la mobilité des facteurs - ne sont pas naturelles. Il est donc nécessaire qu'un pouvoir régulateur intervienne, au moins pour assurer la loyauté et la transparence.

2) L'autre conception de la concurrence consiste à ne voir en elle qu'un moyen pour atteindre certains objectifs (Schumpeter⁵¹) : le bien-être général, la meilleure allocation des ressources. Dans cette conception, le capitalisme est une méthode de transformation qui modifie sans cesse de l'intérieur les structures économiques, détruisant les éléments vieillissants ou inadaptés et créant des éléments neufs (idée centrale de l'innovation). Le progrès technique doit permettre à l'entreprise innovante de l'emporter, mais il existe nécessairement un décalage entre l'innovation et l'affirmation de la supériorité de l'entreprise innovante. Il est donc nécessaire de protéger l'entreprise innovante contre ses concurrents établis, même si momentanément,

⁴⁸ *Enquête sur la nature et les causes de la richesse des nations*, PUF, Paris, 1998.

⁴⁹ Elle trouve son pendant sous la plume de Guizot : « Enrichissez-vous ! », et vous enrichirez la nation...

⁵⁰ *Œuvres économiques*, Economica, Paris, 1998.

⁵¹ *Théorie de l'évolution économique*, Paris, Dalloz Sirey 1999.

elle est en position dominante ou s'entend avec d'autres entreprises. Dans cette conception, le droit de la concurrence est la réglementation qui assure la liberté d'agir ainsi que le pouvoir d'innover, ce qui est autre chose que la simple garantie de la loyauté et de la transparence. La concurrence libre et loyale implique une concurrence régulée ; le droit de la concurrence est une contrainte nécessaire à l'exercice de la concurrence, sans pour autant devoir être un frein à l'innovation. Pour la première, la concurrence serait un but, pour la seconde, un moyen, dit-on.

b) les approches économiques de la concurrence.

Elles méritent d'être rappelées car elles conduisent à des solutions juridiques différentes. Mentionnons en premier lieu la « concurrence-état ». Il s'agit là d'une conception structuraliste de la concurrence assez proche de l'idée de concurrence pure et parfaite encore qu'elle s'appuie sur une analyse plus réaliste du degré de concentrations des entreprises. Pour schématiser, on peut dire que cette approche met l'accent sur la relation causale entre la structure des marchés et le niveau de bien-être économique. Les configurations industrielles de type monopole ou oligopole sont donc considérées *a priori* comme peu compatibles avec l'efficacité collective⁵². La structure atomistique du marché permet au contraire d'assurer la décentralisation des décisions des agents économiques et la dispersion du pouvoir. Dans cette analyse, les indices de concentration permettraient de déduire les comportements anti-concurrentiels. La conséquence juridique en est, bien sûr, un contrôle strict et automatique des opérations de concentration elles-mêmes puisqu'il s'agit d'agir sur les structures.

la « concurrence-processus » a été développée plus récemment en économie. La concurrence imparfaite s'attache principalement aux comportements des agents économiques plus qu'aux structures du marché. Elle est devenue la base de plusieurs courants de pensée qui nient l'existence de relations automatiques, du moins significatives, entre concentration et pouvoir de marché et donnent ainsi aux politiques de la concurrence d'autres objectifs que la lutte contre les structures concentrationnistes et l'élimination des positions dominantes⁵³.

⁵² A. BIENAYME, *Les nouvelles approches de la concurrence*, Economica, 2002.

⁵³ *Ibid.*

Un certain nombre de membres de l'école de Chicago ont ainsi développé la théorie des marchés contestables. Selon cette dernière, si les entreprises ont une position dominante, celle-ci n'est que le résultat passager d'un processus de régulation concurrentielle aboutissant finalement à une organisation plus efficace du système productif. Ce courant de pensée préconise donc un « faible » droit de la concurrence qui se limiterait à interdire de la part des Etats des barrières à l'entrée (barrières légales de type normatif attentatoires à l'entrée sur le marché, barrières non tarifaires en langage OMC ou mesures d'effets équivalent en langage communautaire) et de la part des entreprises des coûts d'installation irrécupérables. Nous verrons que l'étude des infrastructures essentielles s'inspire dans des proportions variables de ce modèle.

La théorie «évolutionniste»⁵⁴ appréhende, elle aussi, la concurrence comme un processus à travers lequel s'opère une sélection des plans de production les plus viables. Cette sélection peut ainsi s'accompagner momentanément de positions dominantes. L'asymétrie des positions n'est pas condamnable en elle-même. Seule l'est l'exploitation abusive de ces dernières.

Ces différentes analyses «comportementalistes » ont en commun une approche plus dynamique et située dans le temps de la concurrence qui conduit à considérer que parfois la concentration (*stricto sensu* ou via les ententes) peut se révéler efficace en termes de production et d'innovation. Elles mettent l'accent sur le fait que le nombre d'agents présents sur le marché ne permet pas de caractériser l'état de concurrence, postulat de l'analyse de la concurrence-état.

Nous ne nous prononcerons pas sur les vertus de ces diverses théories économiques de la concurrence. Il suffit d'observer que la théorie de la concurrence-processus induit une politique plus souple du contrôle de la concurrence, ce qui en soi n'est pas un mal, dès lors qu'elle doit reposer, de l'aveu même de ses auteurs, sur une analyse économique approfondie de la situation, ce qui ne semble, hélas, pas toujours le cas. Il importe de noter que les droits interne et communautaire de la concurrence s'inspiraient dans des proportions variables de ces différents courants de pensée économistes. Le droit de la concurrence, bien que reposant fondamentalement sur des analyses économiques, ne se ramène jamais à ces dernières. C'est que le droit ne raisonne jamais uniquement en termes d'allocations optimales des ressources mais en termes de pesée des intérêts. Cette pesée des intérêts explique, sans doute, les

⁵⁴ G. SIVERBERG, G. DOSI, L. ORSENIGO, Innovation, diversity and diffusion, a self organization model, *Economic Journal*, vol. 98, Déc. 1998, 1032.

recompositions dans la régulation de la concurrence ainsi qu'un affaiblissement du contrôle des restrictions de concurrence.

B. Un brouillage qui induit des recompositions et un affaiblissement du contrôle des restrictions de concurrence

Jusqu'il y a environ une génération, les droit européen, français et allemand de la concurrence était clairement délimités. Ces systèmes se préoccupaient avant tout du maintien de la liberté concurrentielle, objectif qui, selon les règles du Traité de Rome, aidait à la protection de marchés ouverts et donc à leur intégration dans un marché commun. Les moyens pour parvenir à cet objectif résidaient dans le contrôle des ententes, le contrôle des restrictions de concurrence dans les relations verticales et le contrôle des abus de domination des marchés⁵⁵. Le contrôle des opérations de concentration a été établi, de façon plutôt administrative, assez tôt en France et en Allemagne, mais il a fallu une génération de plus pour qu'il soit introduit en droit communautaire. On le comprend. Les Etats souhaitaient rester maîtres de ce dernier pour promouvoir la constitution d'entreprises nationales puissantes capables de rivaliser au niveau communautaire. Depuis quelques années, le contrôle des abus de position dominante est devenu exceptionnel tandis qu'en matière de restrictions verticales ou d'ententes, celui-ci est devenu sans cesse plus « permissif ». De nos jours, les textes permettent d'exempter un large spectre d'accords soit, sur simple notification, soit, après autorisation. En réalité ces exemptions n'ont plus de véritables limites : les accords de coopération ne doivent simplement pas « renforcer une position dominante sur un marché ».

A l'origine l'article 85 du Traité (81) n'accordait le bénéfice de la dérogation qu'à titre exceptionnel. En particulier, il fallait faire état du fait que la coopération était indispensable pour atteindre ses objectifs positifs et qu'elle n'éliminait pas la concurrence sur une part substantielle du marché. Seules quelques rares exemptions individuelles avaient été accordées, généralement en faveur d'entreprises moyennes. A l'heure actuelle on constate que les exemptions ne bénéficient plus seulement à des entreprises de taille moyenne. Le nouveau critère retenu en parts de marché (20 à 25%) transforme ainsi l'ancien critère négatif de l'article 85 « la non élimination de la concurrence sur une part substantielle du marché » en

⁵⁵ H. ULLRICH, Competitor cooperation and the evolution of competition law: issues for research in a perspective of globalization, *The future of transnational antitrust – from comparative to common competition law*, J. DREXL editor, Kluwer Law International, 2003, p. 159.

« un maintien d'une dose de concurrence sur le marché ». Par le biais des seuils, le contrôle se fait plus souple et la distinction structure/comportement s'effrite. En revanche, régulation oblige, les obligations de modifier les termes des accords originels se multiplient de la part des autorités de contrôle.

La différence d'approche n'est sans doute pas absolue. Il semble que l'on ait d'un côté des formes condamnables *per se* et de l'autre des formes de coopération « efficaces ». Les gains d'efficacité ne sont cependant pas une nouveauté (ils ont toujours constitué une cause d'exemption). La question, dès lors, est de savoir comment opérer un équilibre entre les aspects positifs et négatifs des accords de coopération ou des opérations de concentration. Elle mérite d'être posée dans un cadre de mondialisation où un effet de pendule se dessine entre la liberté de la concurrence et la liberté de coopérer. Cette dernière a été perçue en droit anti-trust américain notamment à travers le « antitrust guidelines for collaborations among competitors » qui se réfère aussi pour les exemptions par catégories, aux parts de marché⁵⁶. C'est cette même démarche que l'on retrouve dans le règlement européen n° 139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises⁵⁷. La structure de la communication de la Commission est révélatrice de cette dernière. S'agissant du niveau des parts de marché qui est abordée la première, la communication pose explicitement, au § 18, une présomption de compatibilité avec le marché commun « lorsque la part de marché des entreprises concernées ne dépasse 25% ni dans le marché commun ni dans une partie substantielle de celui-ci »⁵⁸. La Commission institue ainsi un espace de sécurité juridique en deçà de 25% de part de marché⁵⁹. On assiste à une conjugaison objective des analyses d'économistes (modélisation, parts de marché...) et de juristes faisant appel à la « sécurité juridique »⁶⁰ pour en appeler à toujours alléger les contraintes du droit de la concurrence. Le thème de la « sécurité juridique » mériterait à lui seul une étude en droit économique. Relevons simplement que cette dernière est invoquée tant en droit procédural qu'en droit substantiel, ce qui conduit à une régulation très souple de la concurrence.

Il semble finalement que les contrôles européens se focalisent aujourd'hui sur les « grosses » ententes anti-concurrentielles et le contrôle des grandes concentrations, ce qui est en

⁵⁶ H. ULLRICH, *op.cit.*, p. 165 et s..

⁵⁷ JOUE du 29 janvier 2004.

⁵⁸ http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/legislation/regulation/guidelines_fr.pdf

⁵⁹ Safe Harbour.

⁶⁰ Le concept de sécurité juridique est rarement élucidé. Sécurité pour quel agent économique ? Nous nous proposons d'y revenir ultérieurement.

contradiction totale avec le droit communautaire originaire de la concurrence. Cet assouplissement des contrôles vise-t-il *in fine* à légitimer de véritables « politiques publiques » dans un cadre européen, mondialisé⁶¹ ? On peut actuellement encore en douter. Reste que la concurrence apparaît clairement comme n'étant pas une fin en soi (l'a-t-elle jamais été ?) sans pour autant être devenue pleinement un moyen au service de politiques publiques difficiles à définir, spécialement en Europe où la Commission se heurte régulièrement aux Etats. Les tentatives de mise en œuvre d'une véritable politique communautaire de la concurrence sont confrontées à des politiques nationales, spécialement dans le domaine si sensible des concentrations⁶².

Il semble que les cadres traditionnels du droit de la concurrence (comportements/structures) ne répondent plus aux standards actuels d'examen des pratiques tant dans les droits allemands, français et US que dans le cadre communautaire.

On en voudra pour preuve les quelques exemples qui suivent. Il s'agit notamment de la nouvelle approche des restrictions verticales de concurrence qui se fonde désormais principalement sur la notion de seuil, de la théorie des facilités essentielles et de la souplesse de plus en plus grande entretenue entre le droit de la concentration et le droit des pratiques anti-concurrentielles.

a) La nouvelle approche des relations verticales dans la distribution.

Compte tenu d'un rapprochement entre les diverses formes de distribution en réseau, des difficultés de qualification juridique⁶³, et dans un souci de mettre un terme à la multiplicité des règlements d'exemption par catégories, la Commission européenne a adopté un nouveau règlement destiné à uniformiser la matière⁶⁴. A l'approche par type de formules contractuelles (concession, distribution sélective...) se substitue une approche par « parts » de marché.

⁶¹ A. PIROVANO a toujours rappelé que le droit de la concurrence fait une large part aux « politiques » de concurrence. *L'ordre concurrentiel*, ouvrage précité et les nombreuses références.

⁶² M. MALAURIE-VIGNAL, *op.cit.*, n° 533 et s.

⁶³ Concession, distribution exclusive, sélective, franchise de produits, etc..

⁶⁴ ce qui n'empêche cependant pas les règlements d'exemption mais fondés désormais sur les secteurs d'activité et non plus les formules contractuelles adoptées.

Il en est ainsi du règlement n° 2790/1999 du 22 décembre 1999⁶⁵. Celui-ci concerne de façon générale tous les accords de distribution quelle que soit leur forme. Pour faire face à un surcroît de travail et pour renforcer la sécurité juridique⁶⁶ des entreprises la Commission avait le choix entre deux approches : soit adopter un règlement d'exemptions par catégorie pour chacun des systèmes comme c'était le cas auparavant mais en y ajoutant la distribution sélective, soit adopter un règlement unique applicable à toutes les relations verticales et à leurs combinaisons. C'est cette solution qui a été choisie et mise en œuvre dans le nouveau règlement, complété par les lignes directrices arrêtées en mai 2000.

L'objectif était de simplifier les règles et d'alléger les obligations qui pèsent sur les entreprises qui, comme les PME, n'ont pas de pouvoir de marché, tout en assurant un contrôle plus efficace des restrictions verticales appliquées par les entreprises qui, elles, possèdent un important pouvoir de marché. La Commission souhaite se concentrer sur les affaires de grande ampleur en coopération avec les Etats membres qui jouent un rôle croissant dans l'application des règles communautaire de concurrence.

Désormais le critère essentiel de l'exemption catégorielle réside dans la part de marché détenue par les entreprises parties à l'accord. Dès lors que cette dernière ne dépasse pas 30%, l'accord est exempté pour peu qu'il ne contienne pas l'une des restrictions énumérées à l'article 4 du règlement d'exemption. Les parts de marché ont été mises en avant pour ne pas pénaliser les PME⁶⁷. Les accords verticaux qui ne sont pas couverts par le règlement d'exemption ne sont pas systématiquement réputés illégaux ; ils doivent faire l'objet d'un examen individuel. Il importe de noter que les entreprises n'ont plus à faire de notification⁶⁸. Elles doivent, elles-mêmes évaluer leur accord au regard des règles de concurrence communautaires. Pour ne pas pénaliser ces dernières, les entreprises n'ayant pas notifié de bonne foi mais qui auraient dû le faire, ne se verront pas infliger d'amende. Sécurité juridique oblige, une fois encore en faveur des entreprises, sachant qu'en droit la bonne foi est toujours présumée.

⁶⁵ *Journal officiel* n° L 336 du 29/12/1999 p. 0021 – 0025.

⁶⁶ Sur cet appel systématique à la sécurité juridique « safety » : H. ULLRICH, op. cit., p.200.

⁶⁷ On est en droit de se poser la question de savoir s'il existe une seule PME susceptible de détenir ne serait-ce que 29% de parts de marché !

⁶⁸ M. MALAURIE-VIGNAL, op. cit. , n° 415.

Il est à noter que le règlement de 1989 sur le contrôle européen des concentrations prend lui aussi en compte les parts de marché⁶⁹. Il s'agit d'un nouvel exemple d'une conception à la fois structurelle et comportementale de l'abus de position dominante.

Autre mélange des genres entre comportements et structures, la théorie des installations essentielles. Utilisée tant par les A.A.I. sectorielles que par les autorités horizontales, elle est sans doute un signe de la montée de la « régulation de la concurrence ».

b) Les installations essentielles

Elaborée par les autorités américaines, la théorie des installations essentielles a été reprise par la Commission européenne et les autorités internes concurrentielles depuis les années 1990. Cette théorie est de plus en plus sollicitée par les autorités de marché, notamment les autorités sectorielles comme l'A.R.T..

La Cour suprême des Etats-Unis devait affirmer en 1912 qu'un nouvel entrant peut revendiquer le droit d'utiliser les moyens détenus par un autre opérateur si ceux-ci sont essentiels. Le refus de l'opérateur d'ouvrir ses installations au concurrent constitue alors un abus de position dominante. Cette jurisprudence suppose réunies trois conditions :

Le détenteur du moyen essentiel est en position dominante sur un marché.

La non-disposition du moyen essentiel empêche l'arrivée de nouveaux entrants sur le marché,

Le détenteur du moyen essentiel intervient sur un marché dérivé où il est en compétition avec les autres entreprises⁷⁰.

L'opérateur historique (mais pas nécessairement⁷¹) dispose généralement des infrastructures indispensables à l'accès au marché des concurrents car la constitution de réseaux par les concurrents soit représente un coût tel qu'il est une barrière à l'entrée, soit est impossible pour des raisons d'aménagement du territoire et d'environnements (lignes de chemin de fer, lignes électriques).

Sur certains marchés il existe donc des infrastructures dont la rareté, voire le caractère unique, en font des points de passage obligés pour avoir accès à la clientèle et être ainsi en concurrence. Cette situation de monopole crée donc pour le titulaire de cette infrastructure des

⁶⁹ Règlement n° 4064/89 du 21 décembre 1989, JOCE n° L 395, 30 déc. 1989.

⁷⁰ TPICE 15 septembre 1998, *European Night Services*, affa. T-374/94, *Rec.* 3141.

⁷¹ P. REIS, *Les risques concurrentiels posés par les marques de distribution dans le cadre des relations entre la grande distribution et ses fournisseurs ; à paraître.*

obligations particulières vis-à-vis des autres opérateurs désirant entrer sur le marché. L'intérêt supérieur de la concurrence impose des restrictions à la propriété et à la liberté contractuelle. L'investisseur initial n'est cependant pas victime dans la mesure où la mise à disposition de ses infrastructures est rémunérée sous le contrôle des autorités de concurrence.

Les critères de la notion d'infrastructure essentielle sont donc l'existence d'une position dominante sur le marché et l'absence de substituabilité⁷².

On comprend que la notion de marché pertinent soit ici fondamentale et donne lieu à de délicates analyses. C'est ainsi que l'ART a condamné à plusieurs reprises France Télécom pour abus de position dominante. Le 1er septembre 1998, elle a estimé que constitue un trouble manifestement illicite le fait pour l'opérateur historique d'utiliser sa liste d'abonné au téléphone pour diffuser une brochure publicitaire faisant la promotion d'un produit nouveau (mobile) car les sociétés concurrentes n'ont pas accès à cette facilité essentielle que constitue la détention du fichier des abonnés au service public de la téléphonie. Plus récemment le C. C. 12 janvier 1999 a condamné France Télécom à la demande de NC Numéricâble, considérant que « la circonstance que F. T⁷³. ne serait pas concurrente de NC sur le marché principal n'empêchait pas F. T. et NC Numéricâble d'être concurrents sur d'autres sites et pour d'autres activités ». La Cour d'Appel de Paris a confirmé cette décision le 15 mars 1999. Dès lors que le concurrent ne dispose d'aucune autre solution, l'infrastructure de l'opérateur dominant est essentielle et son refus de la mise à disposition de ses concurrents est constitutif d'un abus de domination.

Certains critiquent vivement cette jurisprudence⁷⁴. Ils y voient une conception extensive de la notion d'infrastructure essentielle restrictive du droit de propriété et de la liberté contractuelle et ce, sur la base d'une théorie très floue.

L'analyse des décisions françaises et communautaires montre pourtant que les autorités font toujours une analyse minutieuse des marchés et des segments de marché. Le reproche selon lequel l'analyse du marché faite par ces autorités est laxiste n'emporte pas la conviction. Par ailleurs, la vraie question qui se pose est moins celle de la recherche d'un marché dérivé que celle de savoir si les installations essentielles sont le point de passage obligé du concurrent

⁷² Commission européenne, Rodby, 21 décembre 1993 ; Corn., F AG aéroport de Francfort, 14 janvier 1998 ; C.C. 3 sept. 1996, Héli-port, Rec. Lamy n° 401, V. Sélinsky ; TPICE, Sté European Night services, 15 septembre 1998, D. aff. 2000, n° 44; Paris 1er septembre 1999, D. Aff. Oct.1999, 1559.

⁷³ Filiale à 100% de la première !!!

⁷⁴ RICHER, Le droit à la paresse? « essential facilities », version française, D. 2000, Chr. P.321.

pour l'accès au marché. Enfin, on signalera qu'il est peut-être un peu excessif de stigmatiser l'atteinte à la propriété et à la liberté contractuelle, alors que les installations ont généralement été financées sur fonds publics et que le droit sanctionne depuis longtemps le refus de contracter.

L'ouverture à la concurrence sollicitera sans doute encore la théorie des installations essentielles⁷⁵ et communautaire⁷⁶ mais, ce qui est nouveau, en matière de propriété intellectuelle⁷⁷. Selon certaines décisions, le titulaire d'un droit d'auteur qui a pour objet une facilité essentielle commet un abus de position dominante au sens de l'article 82 du Traité s'il refuse d'accorder à un tiers une licence. Cette application à la propriété intellectuelle est vivement contestée par la doctrine qui y voit la négation pure et simple de cette propriété⁷⁸. Il semble, en réalité, qu'il faille être beaucoup plus nuancé. En effet dans ces espèces, la reconnaissance d'un droit de propriété était hautement contestable. Aussi peut-on penser avec Ch. Caron que cette jurisprudence faisant appel au droit de la concurrence est une réaction à une dénaturation constante du droit d'auteur, car il peut être impératif, notamment par l'abus de position dominante, de réguler l'exercice d'un monopole qui n'aurait jamais dû être accordé par un juge⁷⁹.

Une nouvelle forme de « mobilisation » par les autorités transversales des règles du droit de la concurrence nous incite à penser que la frontière entre droit de la concurrence et régulation de la concurrence est véritablement aujourd'hui dépassée. Aux distinctions traditionnelles en matière de droit de la concurrence (comportements, structures, aides publiques) se substitue une nouvelle approche en termes de régulation comme en témoignent le renouveau de la théorie des installations essentielles et une relecture des aides d'Etats. La récente décision⁸⁰ dans l'affaire Ryanair témoigne une fois encore du fait que l'interprétation de ces aides ne se fait plus seulement en termes de contrôle de la concurrence mais de construction de la concurrence (notamment en ce qui concerne les compagnies à bas prix). Qu'on le déplore (baisse de la pression concurrentielle) ou que l'on s'en félicite, ceci conduit à soulever

⁷⁵ C.A. Paris, 9 septembre 1999, EDF. Cette théorie a été sollicitée récemment en droits interne (Com. 4 déc. 2001, Propriété. ind. 2002, no11, C.C.C. 2002, n°46.

⁷⁶ Comm. 3 juillet 2001, <http://europa.eu.int>.

⁷⁷ TPICE, 10 juillet 1991, *Magill*, aff. T. 76/89, *Rec. CJCE* II, 535.

⁷⁸ P- Y Gauthier, le cédant malgré lui: étude du contrat forcé classiques : atteinte à la liberté contractuelle et au droit de propriété, *Dalloz* 1995, Chr. p. 123.

⁷⁹ Note sous TPICE, ord. 26 octobre 2001, *JCP, E*, 2002, p. 1050.

⁸⁰ Citée supra.

principalement en droit communautaire la question de l'émergence de politiques industrielles. On a souligné l'articulation difficile entre droit de la concurrence et politique de la concurrence⁸¹. La construction d'un véritable espace européen ne saurait éluder la réponse à la question de savoir si, passé le cap des Etats-nations, ne devait pas se mettre en place un système, si ce n'est politique, du moins juridique de politiques concurrentielles et industrielles⁸².

Ces quelques éléments nous permettent de proposer, pour en revenir à une analyse plus « terre à terre », l'idée d'une régulation de la concurrence qui se substituerait à une opposition tranchée entre régulation et contrôle du droit de la concurrence. Les lignes de partage y passeraient entre contrôle et/ou régulation de l'accès aux marchés et contrôle et/ou régulation des « outils » de la concurrence, mêlant désormais structures et comportements. Ce ne sont là que des pistes qui sont offertes à la discussion et à la réflexion.

Mai 2004.

⁸¹ A. PIROVANO, L'expansion de l'ordre concurrentiel dans les pays de l'Union européenne, in *L'Algérie en mutation, les instruments juridiques de passage à l'économie de marché*, Sous la direction de R. CHARVIN et A. GUESMI, L'Harmattan, 2001, p. 129.

⁸² On débouche inévitablement sur une question de politique au sens noble du terme sur laquelle nous renvoyons aux débats tant sur l'élargissement de l'Union européenne que sur le projet de « Constitution ».