



Avis n° 96-A-04 du 13 mars 1996  
relatif à une demande d'avis sur le projet de loi de réglementation des télécommunications

Le Conseil de la concurrence (formation plénière),

Vu la lettre enregistrée le 8 mars 1996 par laquelle le ministre délégué aux finances et au commerce extérieur a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis conformément à l'article 5 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 sur le projet de loi de réglementation des télécommunications ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, modifiée, et notamment son article 5, ensemble le décret n°86-1309 du 29 décembre 1986, modifié, pris pour son application ;

Vu le code des postes et télécommunications ;

Les rapporteurs, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus ;

Est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations qui suivent :

A titre liminaire, le Conseil souligne que, saisi par le ministre délégué aux finances et au commerce extérieur sur le fondement de l'article 5 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, son avis ne peut porter que sur les incidences éventuelles au regard des principes qui régissent le droit de la concurrence du projet qui lui est soumis.

Après avoir défini les principaux apports du projet de réglementation des télécommunications, puis précisé dans quelles conditions le droit de la concurrence est mis en oeuvre dans le secteur des télécommunications, le présent avis s'attachera à mettre en évidence l'articulation des compétences de l'Autorité de régulation avec celles du Conseil de la concurrence.

## **I. LES PRINCIPAUX APPORTS DU PROJET DE REGLEMENTATION DES TELECOMMUNICATIONS**

### ***1. L'interconnexion des réseaux et le service universel***

Aux termes des articles L.33-1-I et L.34-1 du projet, le ministre chargé des télécommunications autorise l'établissement et l'exploitation des réseaux ouverts au public.

Le ministre chargé des télécommunications demeure donc compétent pour autoriser l'établissement et l'exploitation des réseaux ouverts au public mais il est précisé que l'autorisation ne peut être refusée que dans la mesure requise par la sauvegarde de l'ordre

public, ou de la sécurité publique, par les contraintes techniques inhérentes à la disponibilité des fréquences, ou lorsque le demandeur n'a pas les capacités techniques et financières de faire face durablement aux obligations résultant des conditions d'exercice de son activité, ou a fait l'objet d'une sanction de l'Autorité de régulation en cas de manquement aux dispositions législatives ou réglementaires afférentes à son activité.

L'autorisation d'ouverture d'un réseau est subordonnée au respect des prescriptions d'un cahier des charges portant notamment sur les conditions nécessaires pour assurer une concurrence loyale ainsi que l'obligation d'individualiser l'activité autorisée, sur le plan juridique ou comptable lorsque l'opérateur réalise un chiffre d'affaires supérieur à un seuil fixé par arrêté et sur le plan juridique lorsqu'il dispose, dans son secteur d'origine, d'un monopole ou d'une position dominante.

Il ressort par ailleurs de l'article L 34-8 du projet que les exploitants des réseaux ouverts au public font droit, dans des conditions objectives et non discriminatoires, aux demandes d'interconnexion d'autres titulaires d'autorisations délivrées par le ministre chargé des télécommunications pour l'établissement et l'exploitation des réseaux ouverts au public ou de titulaires d'autorisations délivrées par le même ministre pour la fourniture au public du service téléphonique.

France Télécom est désigné, dans le projet de loi, comme « *ayant la charge du service universel* » et est appelé à percevoir une redevance lorsque ses concurrents se connecteront à ses réseaux. Toutefois, des opérateurs autres que France Télécom « *pourront fournir sur une zone géographique déterminée une ou plusieurs obligations de service universel* ». Le service universel comprendra « *la fourniture à tous dans le respect des principes d'égalité, de continuité, d'universalité et d'adaptabilité, d'un service téléphonique de qualité à un prix abordable, ainsi que l'acheminement gratuit des appels d'urgence, la fourniture d'un service de renseignements et d'un annuaire d'abonnés sous forme imprimée et électronique, et la desserte du territoire national en cabines téléphoniques* ».

Parallèlement, il a été prévu que « *Si les opérateurs n'assurent pas effectivement ces missions, ils contribueront au financement de leur coût par une contribution versée à un fonds de service universel* ». Ce fonds universel des télécommunications est donc en charge du financement de toutes les autres obligations du service public : cabines téléphoniques, annuaires, services de renseignements grâce aux contributions versées par les opérateurs non soumis aux obligations de service universel. Lorsque les déséquilibres tarifaires seront résorbés, ce fonds aura vocation à être le seul mécanisme de versement.

## ***2. Une nouvelle répartition des compétences au profit d'une autorité de régulation***

Le projet de loi de réglementation des télécommunications prévoit la création d'une autorité de régulation des télécommunications, dont la composition, l'organisation des services, les ressources et les attributions sont fixées par le nouvel article L 32 du code des postes et télécommunications.

Le nouvel article L 32-1 dispose que les activités des télécommunications, dans les conditions prévues par le code des postes et télécommunications, « *s'exercent librement,*

*dans le respect des autorisations et déclarations prévues, qui sont délivrées ou reçues dans des conditions objectives, transparentes, non discriminatoires et proportionnées” et que “sont garantis le maintien et le développement du service public des télécommunications, qui comprend le droit de chacun au bénéfice du service universel des télécommunications” et que “ la régulation du secteur des télécommunications s’exerce de façon indépendante des exploitants des réseaux et fournisseurs de services de télécommunications ».*

Il est prévu que l’Autorité de régulation veille, avec le ministre chargé des télécommunications, à l’exercice d’une concurrence effective, loyale, et bénéfique aux utilisateurs entre exploitants de réseaux et fournisseurs de services de télécommunications ainsi qu’à la définition des conditions d’accès des réseaux ouverts au public et d’interconnexion de ces réseaux entre eux. Dans le respect de ces principes, l’Autorité de régulation précise les règles concernant :

- les droits et obligations afférents à l’exploitation des différentes catégories de réseaux et de services en application des articles L 33-1 et L 34-1 ;
- les prescriptions applicables aux conditions techniques et financières d’interconnexion conformément à l’article L. 34-8 ;
- les règles techniques applicables, le cas échéant, aux réseaux et terminaux, visant à garantir leur interopérabilité, la portabilité des terminaux et le bon usage des ressources rares ;
- les conditions d’établissement des réseaux mentionnés aux articles L.33-2 et L.33-3. Il est précisé par le projet que les décisions de l’Autorité de régulation des télécommunications qui présentent un caractère réglementaire sont publiées au Journal officiel après homologation par le ministre chargé des télécommunications.

Par ailleurs, l’Autorité de régulation des télécommunications est notamment chargée :

- 1°) d’instruire, pour le compte du ministre chargé des télécommunications, les demandes d’autorisation relevant de sa compétence, de délivrer les autorisations et de recevoir les autorisations prévues par le présent code ;
- 2°) de contrôler le respect par les opérateurs des obligations résultant des dispositions législatives et réglementaires qui leur sont applicables et des autorisations dont ils bénéficient, et de sanctionner les manquements dans les conditions prévues aux X à XIII de l’article L 32-5 ;
- 3°) de proposer au ministre chargé des télécommunications selon les principes et les méthodes élaborés dans les conditions prévues à l’article L. 32-9, les montants des contributions prévues pour garantir les obligations de service universel et d’assurer la surveillance de ses mécanismes de financement ;
- 4°) d’émettre un avis public sur les objectifs tarifaires pluriannuels ainsi que sur les tarifs concernant le service universel et les services pour lesquels il n’existe pas de concurrent sur le marché, préalablement à leur homologation par les ministres chargés des télécommunications et de l’économie lorsqu’ils y sont soumis ;

5°) d'attribuer aux opérateurs, dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires, les ressources en fréquence et en numérotation nécessaires à leur activité et veiller à leur utilisation.

L'Autorité de régulation prépare en outre les cahiers des charges ou autorisations d'exploitation et dispose d'un pouvoir réglementaire délégué pour fixer les modalités générales d'application des règles définies par le Gouvernement.

Ainsi, le ministre chargé des télécommunications et l'Autorité de régulation, doivent veiller, dans le cadre de leurs attributions respectives, à l'exercice d'une concurrence effective et loyale entre exploitants de réseaux et fournisseurs de services de télécommunications dans l'intérêt des utilisateurs, à la définition des conditions d'accès des réseaux ouverts au public et d'interconnexion de ces réseaux entre eux, qui garantissent la possibilité pour tous les utilisateurs de communiquer librement entre eux et l'égalité des conditions de concurrence.

## **II. LA MISE EN OEUVRE DU DROIT DE LA CONCURRENCE DANS LE SECTEUR DES TELECOMMUNICATIONS**

### ***1. Le secteur des télécommunications est appelé à être soumis à la concurrence***

Dans la logique des évolutions technologiques actuelles, le secteur des télécommunications est un secteur qui, progressivement, devient concurrentiel mais, dans les premières années qui suivront l'échéance du 1er janvier 1998, le fonctionnement des différents marchés concernés risque d'être affecté par la position dominante détenue par France Télécom, l'opérateur historique, et par ses filiales en concurrence avec d'autres entreprises sur des marchés avals.

Les conditions et les modalités de l'interconnexion constituent une question fondamentale en droit de la concurrence. L'accès au marché pour des entreprises qui ne disposent pas des infrastructures indispensables à leur activité est, en effet, souvent conditionné par la possibilité d'utiliser un réseau appartenant à un concurrent. Les entreprises en place, qui sont fréquemment des exploitants de réseaux publics, peuvent, en effet, être tentées de préserver la rente de situation dont elle bénéficient, soit en refusant l'accès de tiers au marché, soit en usant de manoeuvres dilatoires, soit en pratiquant des prix d'accès dissuasifs, qui pourront avoir pour effet d'empêcher l'émergence d'une concurrence nouvelle dans le secteur considéré.

Les règles actuelles du droit de la concurrence et les procédures applicables permettent d'apporter des réponses aux problèmes de structure et de comportement dans les activités de réseaux, dans la double perspective d'une diversification des activités de l'opérateur public et d'une concurrence accrue entre les opérateurs. Le Conseil de la concurrence a eu à connaître de cette question à différentes reprises, sur le fondement des dispositions du titre III de l'ordonnance du 1er décembre 1986.

Ainsi, dans ses décisions n° 93-D-42 du 19 octobre 1993 et n° 91-D-51 du 19 novembre 1991 le Conseil de la concurrence a enjoint à des exploitants de réseaux de cesser de

restreindre l'accès au marché constitué en l'espèce par les réseaux concernés. Au cours de la procédure, le ministre chargé des télécommunications a fait valoir ses observations.

Par ailleurs, le Conseil peut également, ainsi qu'il l'a fait dans son avis n° 93-A-15 du 28 septembre 1993 (Oléoduc Donges-Melun-Metz), se prononcer à la demande du Gouvernement sur toute question de concurrence concernant l'accès à un réseau, sur le fondement de l'article 5 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, ou encore sur un texte réglementaire ayant pour effet de modifier le fonctionnement de la concurrence dans un secteur, sur le fondement de l'article 6 de l'ordonnance du 1er décembre 1986. Il peut enfin être consulté par les juridictions, sur le fondement de l'article 26 de l'ordonnance du 1er décembre 1986.

Comme l'a confirmé le commissaire du Gouvernement en séance, le droit de la concurrence continuera à s'appliquer au secteur des télécommunications et les dispositions du projet ne tendent pas limiter les compétences que le Conseil de la concurrence tient de l'ordonnance du 1er décembre 1986 et du paragraphe 3 de l'article 9 du règlement n° 17/62 du Conseil des ministres de la Communauté.

Cependant, le passage d'une situation de monopole au régime de droit commun de la concurrence requiert une transition, c'est-à-dire une période intermédiaire au cours de laquelle une nouvelle réglementation est nécessaire pour régler les litiges relatifs à l'interconnexion et à l'accès aux réseaux tout en garantissant la continuité du service public et la mise en place d'un service universel, sans que cette régulation conduise au rétablissement d'une économie administrée à l'écart du droit de la concurrence. L'objectif prioritaire de la régulation doit en effet être de favoriser l'exercice de la concurrence et l'établissement de prix d'interconnexion équitables.

Le Conseil de la concurrence considère donc :

- d'une part, que l'ouverture du secteur des télécommunications à la concurrence nécessite que certaines conditions d'ordre structurel soient réunies,
- d'autre part, que, dès lors que l'Autorité de régulation des télécommunications aura à fonder ses décisions sur des concepts utilisés en droit de la concurrence pour régler les litiges relatifs à l'accès aux réseaux et que les opérateurs seront fondés à saisir le Conseil de la concurrence de pratiques anticoncurrentielles sous-jacentes ou associées à ces décisions, il est indispensable d'organiser une étroite coopération entre ces deux autorités.

## ***2. Les conditions structurelles à mettre en oeuvre pour permettre l'ouverture de la concurrence dans le secteur des télécommunications***

Le Conseil de la concurrence estime que l'ouverture du marché des télécommunications exigera des délais. Il lui semble donc nécessaire que toutes les conditions structurelles soient réunies le plus rapidement possible et en tout état de cause dès le 1er janvier 1998 pour que la transition d'un secteur administré vers un secteur concurrentiel s'opère dans les meilleures conditions. Ces conditions portent sur les questions suivantes :

- le rééquilibrage des tarifs de l'opérateur historique,
- l'interconnexion,

- la portabilité des numéros,
- la transparence financière et comptable,
- le financement des annuaires.

a. Pour le bon exercice de la concurrence, il est indispensable que l'opérateur historique procède progressivement à un rééquilibrage de ses tarifs, notamment sur les prestations téléphoniques longue distance et locales. Il n'est, en effet, pas souhaitable de laisser perdurer, dans un secteur concurrentiel, des déséquilibres tarifaires, dans la mesure où l'opérateur dominant peut alors être tenté d'opérer des transferts de ressources entre des activités pour lesquelles il dispose d'une position dominante, voire d'un monopole, et des activités concurrentielles. Un tel mécanisme limite les possibilités d'émergence de la concurrence : d'une part, certains services tarifés aujourd'hui à des prix anormalement bas sont de nature à décourager les entrants potentiels, d'autre part, l'opérateur est tenté d'empêcher l'accès de concurrents au marché des services pour lesquels il pratique des prix artificiellement élevés.

b. Au sujet de l'interconnexion, le projet de loi prévoit (article L.32-9 nouveau) que l'interconnexion avec le réseau d'un opérateur de service universel donne lieu à une « *rémunération supplémentaire* » à celle prévue par l'article L.34-8 en contrepartie de l'universalité du réseau et du service téléphonique. Le montant de la rémunération, déterminé par le ministre chargé des télécommunications, sur proposition de l'Autorité de régulation, correspond aux « *coûts nets des obligations de péréquation tarifaire imposées au titre du service universel du téléphone* » est destiné notamment à résorber les « *déséquilibres tarifaires historiques* » de France Télécom ainsi que les obligations de péréquation géographique. Le Conseil de la concurrence appelle l'attention sur le fait qu'un tel mécanisme peut contribuer à retarder le rééquilibrage des tarifs, condition nécessaire à l'existence d'une concurrence efficace.

c. Le Conseil de la concurrence souligne par ailleurs que, parmi les instruments nécessaires au bon fonctionnement de la concurrence, la mise en place, dans les meilleurs délais, de la portabilité des numéros téléphoniques sera une garantie de l'ouverture du secteur à d'autres opérateurs que l'opérateur historique, en raison de la captivité du réseau que constitue l'absence de portabilité.

d. Il est en outre nécessaire que les activités d'un opérateur qui demeurent exercées dans le cadre d'un monopole soient clairement distinguées au sein de la comptabilité des entreprises.

e. En ce qui concerne l'édition des annuaires, l'ouverture du secteur à la concurrence requiert des règles du jeu clairement fixées par le législateur afin que les opérateurs concernés soient en mesure de se préparer d'ores et déjà à entrer sur le marché. Il est donc indispensable que soient précisées les conditions dans lesquelles l'activité publicitaire pourra être exercée dans l'annuaire universel ainsi que les modalités de choix de l'opérateur chargé de l'édition de l'annuaire universel.

### III. LA COORDINATION DE L'AUTORITE DE REGULATION ET DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE

#### 1. Les incertitudes qui ressortent du projet

Dans l'exercice de ses compétences, tant générales qu'à l'égard des intervenants sur le marché, l'Autorité de régulation prendra des décisions, qui auront nécessairement des répercussions sur le fonctionnement du marché. Dès lors, se pose le problème de la nécessaire articulation entre le droit de la régulation des télécommunications, dont l'objectif est de favoriser l'émergence d'une concurrence loyale et le droit de la concurrence, dont l'objectif est de prévenir la mise en oeuvre des pratiques contraires à l'ordre public économique, même lorsque ces pratiques résultent d'une entente ou d'une convention entre les parties. Le texte n'organise qu'imparfaitement la collaboration entre l'Autorité de régulation des télécommunications et le Conseil de la concurrence, au détriment de la sécurité juridique des intervenants sur les marchés concernés et, ce, qu'il s'agisse de l'établissement et de l'exploitation des réseaux, de l'interconnexion et des litiges relatifs à l'interconnexion.

a. S'agissant de l'établissement et de l'exploitation des réseaux ouverts au public, les manquements des exploitants de réseaux ou des fournisseurs de services aux dispositions législatives et réglementaires afférentes à leur activité peuvent être sanctionnés par l'Autorité de régulation. De tels manquements pourraient consister dans le non-respect du cahier des charges par un opérateur disposant « *dans son secteur d'origine d'un monopole ou d'une position dominante* ». Le Conseil de la concurrence pourrait être saisi parallèlement à l'Autorité de régulation de la situation de la concurrence résultant de telles pratiques, et avoir une appréciation de la position d'un opérateur sur le marché divergente de celle qu'aurait l'Autorité de régulation s'agissant de « *la position dominante d'un opérateur dans son secteur d'origine* ».

b. S'agissant de l'interconnexion, les obligations des exploitants sont fixées par l'article L 34-8 nouveau, qui dispose notamment : « *Les exploitants de réseaux ouverts au public sont tenus, lorsqu'ils ont une part supérieure à 20% du marché pertinent, de publier une offre d'interconnexion, approuvée préalablement par l'Autorité de régulation des télécommunications, dans les conditions déterminées dans le cahier des charges annexé à leur autorisation (....)* ».

Il résulte de ces dispositions que l'Autorité de régulation des télécommunications devra, dans l'hypothèse où un opérateur omet de remplir l'obligation prévue par l'article précité, déterminer le « *marché pertinent* » sur lequel interviennent les exploitants de réseaux afin de contraindre, le cas échéant, ledit opérateur à effectuer une offre d'interconnexion. Or, cette notion de marché pertinent est également utilisée par les autorités communautaire et nationale de la concurrence pour déterminer si une entreprise se trouve en situation de position dominante sur un marché et, éventuellement, abuse de sa position (articles 86 du traité de Rome et 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986) ou encore si des entreprises se sont livrées de manière concertée à des pratiques anticoncurrentielles.

En premier lieu, il convient de préciser qu'un refus d'interconnexion pourrait constituer une pratique anticoncurrentielle, dont le Conseil de la concurrence pourrait être saisi sur le fondement des dispositions de l'article 11 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, soit par le ministre de l'économie, soit par les entreprises ou encore par des organisations

professionnelles et syndicales. Si cette pratique avait pour objet et pouvait avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, le Conseil pourrait faire application des dispositions des articles 85 et 86 du traité de Rome et des articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986. Les deux autorités pourraient donc, en l'absence de coordination, être amenées à retenir une définition différente du marché.

En second lieu, il convient de rappeler qu'il est admis en droit de la concurrence tant communautaire que national, qu'une entreprise se trouvant en situation de position dominante sur un marché peut abuser de sa situation sur un autre marché (CJCE, Commercial Solvents, Affaires 6 et 7-73 du 6 mars 1974, Rec. 250). Un simple « litige » de connexion entre deux entreprises examiné par l'Autorité de régulation des télécommunications pourrait donc fort bien être également examiné au contentieux par le Conseil de la concurrence sous l'angle des abus de domination, voire des ententes anticoncurrentielles. Cette dualité de saisine pourrait également aboutir à des divergences d'analyse quant au marché pertinent et à la position des opérateurs sur le marché. Le Conseil pourrait également être conduit à porter une appréciation au regard des articles 7 et 8 de l'ordonnance sur les pratiques faisant l'objet du litige indépendamment de l'appréciation de l'Autorité sur les mêmes pratiques.

En l'absence de modalités de saisine pour avis du Conseil de la concurrence préalablement aux décisions prises par l'Autorité de régulation, un risque de divergence est donc à craindre.

En outre, les critères généraux établis par l'Autorité de régulation gouvernant l'offre d'interconnexion ne seront pas nécessairement les mêmes que ceux que le Conseil pourrait appliquer pour établir si un tarif est contraire aux dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, c'est-à-dire constitue l'exploitation abusive d'une position dominante. Dans une décision concernant l'accès de compagnies pétrolières au réseau de distribution des carburants sur les aéroports de Roissy et Orly, le Conseil avait, par exemple, envisagé la possibilité de considérer comme abusif et prohibé par les dispositions de l'article 8 de l'ordonnance, un tarif pourtant fondé sur des critères objectifs, transparents et non-discriminatoires. La référence que fait l'article L 34-8, 2ème alinéa, à une évaluation "*sur la base des coûts causés par l'usage effectif du réseau de transport et de desserte*" ne permet pas d'éliminer les risques de ce point de vue. Comme l'a mentionné le groupe d'experts présidé par M. Champsaur, s'il existe plusieurs méthodes de tarification, certaines d'entre elles conduisent à des restrictions de concurrence. Il ne peut donc être exclu que la mise en oeuvre d'un tarif qui aura été approuvé par l'Autorité de régulation, parce que répondant aux principes de tarification réglementaires, fasse l'objet d'une saisine du Conseil de la concurrence, par une partie, par le ministre de l'économie ou par une entreprise, sur le fondement de l'article 8 de l'ordonnance pour abus de position dominante.

Les mêmes remarques valent pour les conditions de nature qualitative fixées à l'interconnexion qui pourraient être analysées par le Conseil comme des abus d'une position dominante.

Enfin, la saisine de l'Autorité de régulation n'exclut pas la compétence contentieuse du Conseil de la concurrence, même si celui-ci ne peut être saisi d'un litige, mais seulement de la situation de la concurrence sur un marché. On doit ainsi considérer que le Conseil pourrait être saisi de la licéité, au regard des règles de concurrence nationales et communautaires, d'une convention d'interconnexion ou de sa mise en oeuvre.



c. S'agissant des litiges relatifs aux conventions d'interconnexion ou concernant l'accès à un réseau de télécommunications, ceux-ci sont soumis à l'Autorité de régulation dans les conditions fixées à l'article L 32-5 VIII, qui prévoit qu'en cas d'échec des négociations ou de désaccord sur la conclusion ou l'exécution d'une convention, « *l'Autorité de régulation des télécommunications peut, à la demande d'une des parties, fixer par décision motivée les conditions d'interconnexion ou d'accès à un réseau de télécommunications (...) La décision de l'Autorité de régulation des télécommunications (...) est notifiée aux parties et au ministre chargé de l'économie. Elle peut faire l'objet, dans le délai d'un mois d'un recours en annulation ou réformation devant la cour d'appel de Paris.* »

Cette situation vise le cas dans lequel existe un désaccord entre les parties. L'Autorité de régulation des télécommunications est alors compétente pour régler le litige par une décision susceptible de recours. Ces dispositions ne donnent pas de solution dans le cas où il n'existe pas de litige porté devant elle. Cette situation permet, en fait, aux utilisateurs de réseaux soucieux d'obtenir les meilleures conditions d'interconnexion d'utiliser deux voies : soit ils refusent les conditions d'interconnexion et le litige est porté devant l'Autorité de régulation, qui prendra une décision, soit ils acceptent dans un premier temps les conditions de l'offre d'interconnexion, mais saisissent le Conseil de la concurrence, afin que celui-ci sanctionne soit une entente, soit un abus de position dominante de nature anticoncurrentielle. Le Conseil a par exemple été saisi d'une convention entre un promoteur immobilier et une association de médecins par l'un des signataires de la convention, sur le fondement des dispositions prohibant les ententes de nature anticoncurrentielle, les litiges individuels opposant certains praticiens à ce promoteur immobilier étant par ailleurs portés devant les tribunaux judiciaires.

Le projet de texte prévoit que la décision de l'Autorité de régulation peut faire l'objet d'un recours du ministre chargé de l'économie devant la cour d'appel de Paris sur le fondement des articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, alors même que les décisions de sanction prises sur le fondement de l'article L 32-5-XI relatives au non-respect par les opérateurs des dispositions législatives ou réglementaires « *afférentes à leur activité* » doivent faire l'objet d'un recours de pleine juridiction et d'une demande de sursis à exécution devant le Conseil d'Etat.

La possibilité donnée au ministre chargé de l'économie de porter la décision de l'Autorité de régulation devant la cour d'appel de Paris sur le fondement des articles 7 et 8 de l'ordonnance instaure une procédure dérogatoire au droit commun, dès lors que cette autorité n'est pas compétente pour faire application des dispositions du titre III de l'ordonnance du 1er décembre 1986, ce que d'ailleurs a confirmé le commissaire du Gouvernement en séance. En outre, existe un risque de multiplication des contentieux, car le recours du ministre devant la cour d'appel de Paris n'est pas exclusif d'une saisine directe du Conseil par les parties ou des tiers visant des pratiques anticoncurrentielles consacrées par la décision de l'Autorité de régulation.

Pour tous les autres litiges pouvant s'élever entre opérateurs, l'article L 32-5-IX prévoit que « *l'Autorité de régulation peut être saisie d'une demande de conciliation (...) par toute personne physique ou morale concernée, par toute organisation professionnelle concernée ou par le ministre chargé des télécommunications. (...) L'Autorité de régulation des télécommunications informe de l'engagement de la procédure de conciliation le Conseil de la concurrence, qui, s'il est saisi des mêmes faits, peut décider de surseoir à statuer. (...) En cas d'échec de la conciliation, le président de l'Autorité de régulation des*

*télécommunications peut décider de saisir le Conseil de la concurrence, si le litige relève de sa compétence. »*

Au terme de la procédure de conciliation, l'accord qui aura pu être trouvé ne sera pas nécessairement licite au regard des dispositions du titre III de l'ordonnance du 1er décembre 1986. Il est dès lors possible que le Conseil en soit saisi et le qualifie sur ce fondement. Ainsi, le Conseil a pu être saisi, dans le domaine de la distribution de films cinématographiques, de pratiques anticoncurrentielles alors même que le médiateur du cinéma avait été saisi de litiges portant sur ces mêmes pratiques et avait procédé à des conciliations.

## ***2. Les modifications à apporter au projet pour assurer la coordination des activités du Conseil de la concurrence et de l'autorité de régulation***

En l'état, le texte du projet de loi ne garantit pas les opérateurs contre l'insécurité juridique associée au fait que le droit de la régulation des télécommunications et le droit de la concurrence, qu'il soit national ou communautaire, sont susceptibles de s'appliquer parallèlement aux mêmes pratiques. Afin de pallier cet inconvénient, tout en permettant à l'Autorité de régulation d'exercer la plénitude des fonctions qui lui sont reconnues par le projet de loi, il conviendrait de prévoir que cette autorité recueille l'avis du Conseil de la concurrence avant de prendre des décisions qui pourraient se révéler contraires au droit de la concurrence. Une telle procédure est d'ailleurs analogue à celle retenue dans divers pays étrangers.

### **• Les avis**

a. En ce qui concerne les textes réglementaires, l'avis du Conseil de la concurrence devrait être recueilli, en application de l'article 6 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, sur le décret en Conseil d'Etat prévu à l'article L 34-2. Ainsi que l'a indiqué le commissaire du Gouvernement, le Conseil de la concurrence devrait également être consulté pour avis sur les décisions de l'Autorité de régulation qui présentent un caractère réglementaire, en application de l'article L 32-5-VI.

b. S'agissant des décisions individuelles prises par l'Autorité de régulation des télécommunications en application des dispositions de l'article L 32-5-VIII du projet de loi, il serait souhaitable que le Conseil de la concurrence soit préalablement consulté, de sorte que soit évitée la naissance d'un contentieux ultérieur fondé sur les articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986.

Par ailleurs, l'avis du Conseil de la concurrence devrait pouvoir être, également, sollicité par le président de l'Autorité de régulation, sur un problème de concurrence, pour l'examen d'une demande de conciliation sollicitée sur le fondement de l'article L 32-5-IX. Cet avis pourrait ainsi favoriser l'apparition d'une solution de conciliation et serait susceptible d'apporter des éléments d'information utiles sur le marché pertinent et les problèmes de concurrence en cause au juge appelé à statuer ultérieurement sur un litige éventuel.

**•Le contentieux des pratiques anticoncurrentielles associées aux décisions d'interconnexion**

a. Le Conseil recommande que la saisine facultative ouverte au président de l'Autorité de régulation lorsqu'il a connaissance de pratiques éventuellement anticoncurrentielles dans le cadre de l'article L 32-5-IX soit rendue obligatoire.

b. A la suite des décisions de l'Autorité de régulation relatives à l'interconnexion (article L 32-5-VIII), il serait préférable de prévoir, plutôt qu'un recours devant la cour d'appel de Paris, que le ministre de l'économie puisse porter devant le Conseil de la concurrence les pratiques associées à cette décision, et ce, d'autant plus que le ministre dispose déjà de la faculté de saisir le Conseil en application de l'article 11 de l'ordonnance du 1er décembre 1986.

En conclusion, le Conseil de la concurrence recommande de veiller soigneusement à assurer la cohérence entre le nouveau droit des télécommunications et le droit de la concurrence, tant en ce qui concerne la définition des concepts sur lesquels seront fondées les décisions réglementaires ou individuelles que prendra l'Autorité de régulation des télécommunications que la spécialité des compétences et l'organisation des procédures qui garantissent la sécurité juridique des entreprises. Dans cette perspective, la coopération étroite du Conseil de la concurrence et de l'Autorité de régulation à un stade précoce des procédures conduisant aux décisions constitue un instrument d'harmonisation indispensable qui doit être précisément défini par la loi.

De même pour éviter tout conflit de compétence et le risque de recours parallèle, il est indispensable d'unifier les procédures contentieuses, dès lors que le Conseil de la concurrence peut être saisi de plein droit de pratiques anticoncurrentielles sur le fondement des dispositions du titre III de l'ordonnance et des articles 85 et 86 du Traité de Rome.

Délibéré sur le rapport de M. Paul-Louis ALBERTINI et de M. Jean-René BOURHIS par M. BARBEAU, président, MM. CORTESSÉ et JENNY, vice-présidents, MM. BLAISE, BON, CALLU, GICQUEL, MARLEIX, ROCCA, SARGOS et URBAIN, membres.

Le rapporteur général,

Marie Picard

Le président,

Charles Barbeau

---