

LES POUVOIRS DE CONTROLE DE LA COMMISSION EUROPEENNE SUR LES AUTORITES DE REGULATION

Adrien Gagnard

2006

Mémoire réalisé sous la direction du professeur Michel Bazex

Master 2 recherche : Contentieux du commerce international et européen dirigé par le
professeur Marie-Laure Niboyet

Université de Paris X – Nanterre
UFR des sciences juridiques, administrative et politique

« L'université n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions données dans les mémoires ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs. »

L'université Paris X – Nanterre

« L'exercice de la discipline suppose un dispositif qui contraigne par le jeu du regard ; un appareil où les techniques qui permettent de voir induisent des effets de pouvoir, et où, en retour, les moyens de coercition rendent clairement visibles ceux sur qui ils s'appliquent. »

Foucault M., *Surveiller et punir*, Gallimard, p. 201

Sommaire

<i>Introduction</i>	5
<i>Titre 1 : Les pouvoirs de contrôle ex ante de la Commission : une nouvelle voie dans la consolidation du marché intérieur</i>	18
Chapitre 1 : L'ombre de la Commission sur l'action des ARN, l'expression d'un pouvoir incitatif	19
Chapitre 2 : Les ARN sous l'étroite « surveillance » de la Commission	29
<i>Titre 2 : Les pouvoirs de contrôle ex post de la Commission : Les limites d'une consolidation du marché intérieur a posteriori</i>	38
Chapitre 1 : Le contrôle correctif de la Commission européenne sur les marchés régulés	39
Chapitre 2 : Les pouvoirs de sanction de la Commission sur les ARN	45
<i>Conclusion</i>	55
<i>Bibliographie</i>	59

Introduction

1. La régulation économique, au niveau européen, présente un aspect pluri-niveau¹. La régulation ne relève presque jamais dans son intégralité d'un seul niveau d'autorité. Elle se situe entre le niveau supranational et la pluralité des niveaux internes. Traduisant cette réalité, les réseaux d'autorités apparaissent comme un outil de « gouvernance à multi-niveaux »² qui contribue à l'amélioration des régulations et des réglementations³. Ces réseaux offrent un cadre cohérent et ouvert pour la coopération entre les autorités publiques nationales et européennes⁴. Ce début de siècle est marqué par le développement de cette coopération en « réseau » entre régulateurs économiques⁵. Ainsi au réseau européen de concurrence⁶, on peut ajouter le groupe des régulateurs européens en matière de télécommunications⁷ ou en matière d'énergies⁸, ou encore le comité européen des régulateurs des marchés de valeurs mobilières (ci-après CERMV)⁹. Dès lors, la régulation en Europe semble emprunter la forme d'un réseau d'autorités. Cette nouvelle modalité de coopération constitue un moteur pour l'intégration au sein du marché intérieur. Néanmoins, cette intégration au caractère coopératif et horizontal ne doit pas occulter le rôle moteur d'intégration que joue toujours la Commission européenne au sein de l'Union Européenne et des réseaux de régulateurs. Il s'agit de l'autre visage de la régulation européenne.

¹ Ziller J., « L'interrégulation dans le contexte de l'intégration européenne et de la mondialisation », *RFAP*, 2004, p. 17

² Livre Blanc de la Commission du 25 juillet 2001 relatif à « la gouvernance européenne », COM(2001) 428 Final ; voir également Schwok R., *Théories de l'intégration européenne*, Montchrestien, 2005

³ Voir sur ce point la communication de la Commission du 6 juin 2002 relative au plan d'action « simplifier et améliorer l'environnement réglementaire », COM(2002) 278 final, p. 17

⁴ Voir Denizeau C., « Les moyens de la persuasion et de la coopération : les réseaux d'autorité », in Azoulai L. (Dir.) et Burgorgue-Larsen L. (Dir.), *L'autorité de l'Union européenne*, Bruylant, 2006, p. 211.

⁵ Gard L., « Le développement des réseaux européens d'autorités en droit public des affaires : vers de nouveaux circuits de régulation sur le marché unique », in *Mélanges Gautron : les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Paris, éd. Pedone, 2004, p. 83 ; voir également le colloque organisé à l'université de Toulouse le 24 octobre 2004 intitulé « Internormativité et réseaux d'autorités : l'ordre communautaire et les nouvelles formes de relation entre les ordres juridiques », 2005, [droit In-Situ](#).

⁶ Règlement (CE) n° 1/2003 du conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JOUE, 4 janvier 2003, série L1, p. 1 et la communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence, JOUE du 27 avril 2004, série C 101, p. 43

⁷ Décision de la Commission du 29 juillet 2002 instituant le groupe des régulateurs européens dans le domaine des réseaux et services de communications, 2002/627/CE, JOCE du 30 juillet 2002, série L 200, p. 38 ; modifiée par la décision de la Commission du 14 septembre 2004, JOUE du 16 septembre 2004, série L 293, p. 30

⁸ Décision de la Commission du 11 novembre 2003 instituant le groupe des régulateurs européens dans le domaine de l'électricité et du gaz, JOUE, 14 novembre 2003, série L 296, p. 34

⁹ Décision de la Commission du 6 juin 2001 instituant le comité européen des régulateurs des marchés de valeurs mobilières, JOCE, 13 juillet 2001, série L 191, p. 43 ; modifiée par la décision de la Commission du 5 Novembre 2003, JOUE, 7 janvier 2004, série L 3, p. 32

2. Dès l'origine des traités, la Commission européenne est considérée comme un moteur de l'intégration. Selon une formule classique, elle est la « gardienne des traités »¹⁰. Ainsi, elle dispose d'un certain nombre de pouvoirs de contrôle sur les Etats membres afin d'assurer la bonne application du droit communautaire¹¹. Au-delà de ce rôle classique, la Commission a initiée ces réseaux d'autorités, dont elle est aussi membre. Néanmoins au sein de ces réseaux, elle n'est pas un membre égal aux autres. Le cadre réglementaire communautaire, dans lequel s'inscrit la régulation, confère à la Commission une position particulière au sein du réseau. Elle n'est pas l'actrice directe de la régulation, mais elle en est le promoteur. Ainsi, le rôle de la Commission est celui d'un « chef d'orchestre » du réseau qui vise à maintenir la cohérence de la régulation nationale à l'échelle communautaire¹². Dès lors, la Commission dispose de pouvoirs destinés à maîtriser, en droit ou en fait, l'action des régulateurs nationaux¹³ qui constituent ces réseaux. La régulation et les réseaux d'autorités constituent des nouvelles dynamiques institutionnelles pour la Commission européenne¹⁴. Ces deux visages de la régulation, le renforcement du rôle de la Commission et les réseaux d'autorités, contribuent à favoriser l'intégration des marchés nationaux au marché intérieur et à consolider ce processus.

§1. La genèse de la régulation

3. Le marché intérieur est caractérisé par une logique forte d'intégration¹⁵. A la lecture de l'article 14 alinéa 2 du traité instituant la Communauté européenne¹⁶, on peut déduire que le marché intérieur est unique, « sans frontières intérieures », et européen. Ainsi, la Cour a défini cette logique comme celle qui « vise à l'élimination de toutes les entraves aux échanges intracommunautaires en vue de la fusion des marchés nationaux dans un marché unique

¹⁰ Cf. article 211 du Traité instituant la Communauté européenne, signé à Rome le 25 mars 1957, JOCE, 24 décembre 2002, série C 325. (Version consolidée) ; Voir attendue 29 et 30 de l'ordonnance CJCE, 22 avril 1994, « Commission des Communautés européennes contre Royaume de Belgique », Affaire C-87/94 R, Rec. I 1994, p. 1395; voir également Manin P., *L'Union européenne : institutions, ordre juridique, contentieux*, Paris, A. Pedone, 2005, p. 270.

¹¹ Voir la Communication de la Commission du 20 décembre 2002 portant « sur l'amélioration du contrôle dans l'application du droit communautaire » ; COM(2002)725 final.

¹² Voir l'exemple du réseau européen de concurrence décrit par Lasserre B., « le Conseil de la concurrence dans le réseau communautaire », *Concurrences*, 2005, n°3, p. 42.

¹³ Voir Cornu F. (Dir.), *vocabulaire juridique*, puf, 7^{ème} éd., 2005.

¹⁴ Voir le colloque du CREDA du 1^{er} décembre 2005 : « La Commission européenne et le droit : dynamique institutionnelle et régulation de la concurrence dans une communauté de droit » ; acte disponible sur le site : http://www.creda.ccip.fr/colloque/22commission_et_droit/Commission-europeenne-actes.pdf

¹⁵ Cette logique résulte en partie de l'Acte unique entrée le 1^{er} janvier 1987, qui inscrit dans le traité comme objectif la réalisation du marché intérieur.

¹⁶ Traité instituant la Communauté européenne, signé à Rome le 25 mars 1957, JOCE, 24 décembre 2002, série C 325. (Version consolidée)

réalisant des conditions aussi proches que possible de celles d'un véritable marché intérieur »¹⁷. Le premier mouvement de cette intégration est donc négatif. Cette intégration négative est concrétisée par les principes de libre circulation. En effet, ils permettent une neutralisation des règles incompatibles avec cet objectif. Néanmoins, les récentes discussions autour de la directive dite « Bolkenstein »¹⁸ témoignent du difficile achèvement du marché intérieur en matière de service. L'intégration négative est apparue insuffisante pour assurer l'achèvement du marché intérieur¹⁹.

4. C'est pourquoi, la consolidation du marché intérieur nécessite une intégration positive. Dans le cadre des marchés de service, les réglementations sont souvent complexes et justifiées par des préoccupations d'intérêt général, telle que celle de service public. De même, le principe de reconnaissance mutuelle²⁰, qui joue en matière de libre circulation des produits, n'a pu jouer le même rôle intégrateur. En effet, le principe de reconnaissance mutuelle permet de réaliser une harmonisation *ex post* des droits, par un test de compatibilité, plutôt qu'une harmonisation *ex ante* des droits, c'est-à-dire la création d'un cadre réglementaire communautaire harmonisé²¹. Une intégration positive suppose donc l'élaboration d'un cadre réglementaire commun.

5. A ce titre, les politiques de libéralisation²² constituent un exemple de cette intégration positive²³. Ces politiques sont principalement intervenues dans le cadre des industries dites de « réseaux »²⁴, qui sont qualifiées aussi d'industries « d'utilité publique »²⁵ ou de « service

¹⁷ Voir CJCE, 5 mai 1982, « Gaston Schul Douane Expéditeur BV contre Inspecteur des droits d'importation et des accises de Roosendaal », Affaire 15/81 ; Rec., 1982, p. 1409

¹⁸ Voir Idot L., « Marché européen des services : directive "Bolkestein" ou "Frankenstein" ? Le mythe de la loi d'origine... », *Europe*, mars 2005, p. 3.

¹⁹ Communication du 7 mai 2003 de la Commission relatif à « la stratégie pour le marché intérieur : Priorités 2003 – 2006 », COM(2003) 238 final, p. 10

²⁰ Voir Communication de la Commission relative à « La reconnaissance mutuelle dans le cadre du suivi du plan d'action pour le marché intérieur La reconnaissance mutuelle dans le cadre du suivi du plan d'action pour le marché intérieur », COM/99/0299 final ; IP/99/395 du 16 juin 1999 : « Marché unique: mieux faire fonctionner le principe de reconnaissance mutuelle »

²¹ Voir Majone G., *La communauté européenne : un Etat régulateur*, Montchretien, 1996, p. 69.

²² Voir Pons J-F., « Le jeu historique des initiatives de libéralisation communautaire », in Frison-Roche M-A. (Dir.), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de sciences PO, Dalloz, 2004, p. 137 ; voir également Stoffaës C., « la dérégulation des services en réseaux dans l'Union européenne », in *rapport Stoffaës : vers une régulation européenne des réseaux*, juillet 2003, Ladocumentation française, p. 9.

²³ Ces politiques ne sont pas le seul exemple d'intégration positive au marché intérieur. A ce titre, on peut citer le processus « lamfalussy » en matière de service financier (voir infra §14) ou la politique de concurrence menée par la Commission (article 81 et s. TCE), ou encore la politique des réseaux transeuropéens (voir article 154 et s. TCE).

²⁴ Voir le rapport du groupe de réflexion présidé par Christian Stoffaës, *Vers une régulation européenne des réseaux*, juillet 2003, Ladocumentation française.

d'intérêt économique général »²⁶. Il s'agit des secteurs des télécommunications, postes, énergies et transports. En raison de leurs activités qui jouent un rôle central dans l'économie, ces industries sont porteuses d'objectifs d'intérêt général. Les politiques de libéralisation trouvent leurs origines dans les principes des traités, tel que celui de la politique de concurrence²⁷, et dans le principe de séparation des fonctions de réglementation et d'opérateur sur le marché²⁸. En effet, les marchés réglementés étaient caractérisés par la présence d'entreprises publiques bénéficiant d'un monopole d'activité, ou de droit exclusif, et qui étaient sous la tutelle d'administrations qui fixaient la réglementation applicable. Dans cette hypothèse, il s'agit d'une intervention de l'Etat dans l'économie qui passe par le biais de la propriété. La Commission européenne a eu l'occasion de condamner des entreprises publiques pour abus de position dominante en raison de l'usage de ce pouvoir réglementaire²⁹. En effet, une telle intervention pouvait fausser le jeu d'une libre concurrence. Néanmoins, une véritable intégration au marché intérieur ne pouvait pas naître de la seule prononciation de sanction de la part de la Commission.

6. Afin d'ouvrir à la concurrence ces secteurs d'activités, il fallait une intervention normative de la Communauté. Ces différents secteurs d'activités ont fait l'objet de séries de directives. Ce processus d'ouverture³⁰ a débuté par le secteur des télécommunications par une directive de 1988³¹ et par la suite il s'est prolongé aux autres secteurs d'activités. Un cadre réglementaire commun a été élaboré pour les télécommunications³², les postes³³, l'énergie³⁴ et

²⁵ Voir Chérot J-Y., *Droit public économique*, Paris, Economica, 2002, p. 543 et s.

²⁶ Livre Vert de la Commission du 21 mai 2003 sur « les services d'intérêt général », COM(2003) 270 Final

²⁷ Voir les articles 81 et s. du Traité instituant la Communauté européenne et tout particulièrement l'article 86.

²⁸ Voir Chérot J-Y., *Droit public économique*, Paris, Economica, 2002, p. 594 et s.

²⁹ En ce sens voir la décision de la Commission du 10 novembre 1982 « British Telecom » ; *JOCE* du 21 Novembre 1982, série L 360 ; voir Vivant M. (Dir.), Rapp L., Guibal M., Warsufel B., Bilon J-L., Mallet-Poujol N. et Vercken G., *Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, Paris : Lamy, 2005, § n° 1618.

³⁰ Sur l'évolution du cadre réglementaire voir : Chérot J-Y., *Droit public économique*, Paris, Economica, 2002, p. 567 et s.

³¹ Directive 88/301/CE du 16 mai 1988 relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunication *JOCE*, 27 mai 1988, série L 131 p. 73

³² Directive 2002/19/CE du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive « accès »), *JOCE*, 24 avril 2002, série L 108, p. 7 ; Directive 2002/20/CE du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (Directive « Autorisation »), *JOCE*, 24 avril 2002, série L 108, p. 21 ; Directive 2002/21/CE du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre »), *JOCE*, 24 avril 2002, série L 108, p. 33 ; Directive 2002/22/CE du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive « service universel »), *JOCE*, 24 avril 2002, série L 108, p. 51 ; Directive 2002/77/CE du 16 septembre 2002 relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques, *JOCE*, 17 septembre 2002, série L 249, p. 21.

les transports³⁵. Ces « paquets » de directives sont fondés sur une conciliation entre les principes du droit de la concurrence, la notion de « service d'intérêt général » et sur le principe de séparation précédemment évoqué. Ainsi, le processus de libéralisation a conduit à l'émergence d'un nouveau type d'autorités, les autorités de régulation³⁶ qui mettent en œuvre ce principe de séparation. De même, ce processus ne constitue pas une déréglementation de ces secteurs d'activités. Au contraire, il s'agit d'une reconstruction du système réglementaire de ces marchés. Dès lors, ce processus est plus proche d'une re-réglementation, ou plutôt de la mise en place d'une régulation sectorielle³⁷.

§2. *A la « recherche » d'une définition de la régulation*

7. La régulation n'est pas un phénomène qui a émergé avec la construction du marché européen³⁸. Néanmoins, sa généralisation coïncide avec ce processus d'intégration au marché intérieur³⁹. Pourtant, il n'existe pas une définition univoque de la régulation. Ainsi, le droit positif ne fournit pas une véritable définition. Un examen du droit communautaire permet

³³ Directive 2002/39/CE du 10 juin 2002 modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne la poursuite de l'ouverture à la concurrence des services postaux de la Communauté ; *JOCE*, 5 juillet 2002, série L 176 du 5.7.2002, p. 21

³⁴ Directive 2003/54/CE du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE, *JOUE*, 15 juillet 2003, série L 176, p. 37 ; Directive 2003/55/CE du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE, *JOUE*, 15 juillet 2003, série L 176, p. 57.

³⁵ Transport ferroviaire : Directive 2004/49/CE du 29 avril 2004 concernant la sécurité des chemins de fer communautaires et modifiant la directive 95/18/CE ainsi que la directive 2001/14/CE, *JOUE*, 30 avril 2004, série L 164 ; Directive 2004/50/CE du 29 avril 2004 modifiant la directive 96/48/CE relative à l'interopérabilité du système ferroviaire transeuropéen à grande vitesse et la directive 2001/16/CE relative à l'interopérabilité du système ferroviaire transeuropéen conventionnel, *JOUE*, 30 avril 2004, série L 164. Transport aérien : Règlement n° 550/2004 du 10 mars 2004 relatif à la fourniture de services de navigation aérienne dans le ciel unique européen, *JOUE*, 31 mars 2004, série L 96 ; Règlement n° 551/2004 du 10 mars 2004 relatif à l'organisation et à l'utilisation de l'espace aérien dans le ciel unique européen, *JOUE*, 31 mars 2004, série L 96 ; Règlement n° 552/2004 du 10 mars 2004 concernant l'interopérabilité du réseau européen de gestion du trafic aérien, *JOUE*, 31 mars 2004, série L 96 ; Règlement n° 549/2004 du 10 mars 2004 fixant le cadre pour la réalisation du ciel unique européen, *JOUE*, 31 mars 2004, série L 96 ; Règlement n° 2320/2002 du 16 décembre 2002 relatif à l'instauration de règles communes dans le domaine de la sûreté de l'aviation civile, *JOUE*, 30 décembre 2002, série L 355

³⁶ Rodrigues S., « Les circonstances communautaire de l'émergence des autorités de régulation nationale », *JCP E*, supplément, n° 2, cahiers de droit de l'entreprise, 2004, p. 2.

³⁷ Voir la thèse de Rodrigues S., *La nouvelle régulation des services publics en Europe : énergie, postes, télécommunications et transports*, Londres, Paris, New York, éd. Tec & Doc, 2000

³⁸ La régulation des marchés financiers est en œuvre bien avant l'intervention du législateur européen. En France, la régulation de la concurrence était déjà mise en œuvre par la Commission technique des ententes et des positions dominantes créée par un décret de 1953. De même, loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication a créé un régulateur du marché audiovisuelle, le conseil supérieur de l'audiovisuelle, et ceux-ci sans intervention du législateur européen.

³⁹ Voir Chérot J-Y., « L'imprégnation du droit de la régulation par le droit communautaire », *LPA*, 03 juin 2002, p. 17 ; Rodrigues S., « Apport(s) du droit communautaire au droit de la régulation des services publique », in Marcou G. (Dir.) et Moderne F. (Dir.), *droit de la régulation, service public et intégration régionale : tome 1, apport du droit comparé*, Paris, l'Harmattan, 2005, p. 115 et s.

d'observer que la régulation est essentiellement définie par les moyens mis en œuvre pour sa réalisation. L'accord interinstitutionnel de 2003 « mieux légiférer »⁴⁰ précise la définition de l'autorégulation et de la co-régulation. L'autorégulation concerne la détermination de la régulation par les opérateurs économiques eux-mêmes, tandis que la co-régulation évoque la détermination de la régulation par les acteurs sous habilitation et contrôle de l'autorité publique. Seule la seconde pratique, la corégulation, semble relever du champ de la régulation⁴¹, mais il ne s'agit là que de la définition d'un moyen de régulation. Dans un projet d'acte interinstitutionnel sur l'encadrement des agences européennes de régulation⁴², la Commission précise que « La « régulation » doit être distinguée de la « réglementation » ». Ainsi, « la régulation ne passe pas nécessairement par l'adoption d'actes normatifs ». *A contrario*, elle peut emprunter la forme de la réglementation, mais « elle peut également recourir à d'autres moyens plus incitatifs, tels que la co-régulation, l'autorégulation, les recommandations, le recours à l'autorité scientifique, la mise en réseau et la convergence de bonnes pratiques, l'évaluation de l'application et de la mise en œuvre des règles, etc. »⁴³. Dès lors, il semble que ce qui caractérise la régulation ce sont les moyens mis en œuvre lors de sa réalisation.

8. En droit interne, l'article L 32-1 du code des postes et communications électroniques qualifie la régulation de « fonction » qui s'exerce « au nom de l'Etat » et indépendamment de « l'exploitation des réseaux ». Le même article continue par l'énoncé des objectifs de cette fonction, on peut citer, notamment, la fourniture du service public des communications et l'exercice d'une « concurrence effective ». De même la loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique⁴⁴ décrit la régulation comme un « mécanisme » qui met en œuvre une politique, qui vise à maintenir la compétitivité des industries⁴⁵. La

⁴⁰ Accord interinstitutionnel «Mieux légiférer», JOUE, 31 décembre 2003, série C 321/01, p. 1.

⁴¹ En effet, l'autorégulation évoque l'entente entre entreprises qui est prohibée par le droit de la concurrence. Il y a donc une antinomie entre la régulation, qui applique les principes du droit de la concurrence, et l'autorégulation. De plus, l'autorégulation n'existe que, là, où il y a une abstention de légiférer de la part de la Communauté. Il s'agit en quelque sorte d'une habilitation implicite à mettre en œuvre une autorégulation qui pourra faire éventuellement un contrôle sur le fondement du droit de la concurrence en vertu de l'article 81 TCE. Dès lors, il s'agit plus d'une corégulation. En ce sens voir Marcou G. (Dir.) et Moderne F. (Dir.), *droit de la régulation, service public et intégration régionale : tome 2, expériences européennes*, Paris, l'Harmattan, 2005, p. 16.

⁴² Projet d'accord interinstitutionnel pour un encadrement des agences européennes de régulation (présenté par la Commission), 25 février 2005, COM(2005)59 final

⁴³ Voir p. 4 du projet d'accord précité.

⁴⁴ Loi n° 2005-781 de programme fixant les orientations de la politique énergétique, *JORF*, 14 juillet 2005.

⁴⁵ Lecture combinée des articles 2 et de l'annexe de la loi précitée.

régulation se présente comme une fonction dévolue à l'Etat pour appliquer une politique, qui diffère du simple pouvoir réglementaire.

9. La jurisprudence participe de cette définition en distinguant cette fonction de régulation de la fonction de juger. Ainsi, la Cour de justice des Communautés européennes (ci-après CJCE) dans une affaire dit « Syfait »⁴⁶ a indiqué que le régulateur grec de la concurrence ne pouvait mettre en œuvre le mécanisme de l'article 234 du traité, c'est-à-dire qu'il ne pouvait pas poser de question préjudicielle. La cour retient notamment que la décision du régulateur n'avait pas un caractère juridictionnel⁴⁷. Dans une ordonnance dite « Telekom Austria »⁴⁸, la CJCE s'est reconnue incompétente pour connaître de la question préjudicielle du régulateur des télécommunications. L'argumentation de la décision était fondée sur l'absence de litige pendant devant le régulateur⁴⁹, et peu importe qu'un opérateur puisse connaître des conséquences de la décision litigieuse. De même, la Cour Européenne des droits de l'Homme avait affirmé dans un arrêt de 2004 « ooo Neste »⁵⁰ que le régulateur de la concurrence russe ne conduisait pas à une accusation en matière pénale. Selon l'opinion de la cour, les pouvoirs dévolus à l'organisme russe appartenaient au champ de la régulation⁵¹ et donc pas de celui de la juridiction. Néanmoins, cette analyse ne permet pas de donner une définition exacte de la régulation puisqu'il s'agit d'une approche négative.

10. A défaut d'une véritable définition univoque en droit positif, la doctrine s'est saisie de la notion de la régulation. Elle s'est révélée d'une grande richesse⁵². A partir de ces travaux, il

⁴⁶ CJCE, 31 mai 2005, affaire C-53/03, « Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias e.a. contre GlaxoSmithKline plc, e.a (Syfait) » ; *Les Echos*, 4 juillet 2005, p. 13, note C. Momège ; Europe, juillet 2005, n° 256, p. 23, note L. Idot ; *Contrats, concurrence, consommation*, août-septembre 2005, n° 152, p. 22, note S. Poillot-Peruzzetto ; *Revue de droit de l'union européenne*, 2005, p. 397, note B. Kotschy ; *Droit Administratif*, Octobre 2005, n°147, p. 30, note M. Bazex.

⁴⁷ Point 35, 36 et 37 de la décision « syfait » précitée.

⁴⁸ CJCE, ordonnance du 6 octobre 2005, affaire C-256/05, « Telekom Austria AG, anciennement Post & Telekom Austria AG » ; *Les Echos*, mercredi 30 Novembre 2005, p. 14, note M. Bazex ; *JCP G*, 2006, p. 434, note J-C. Zarka.

⁴⁹ Point 11 de la décision « Telekom Austria », précitée.

⁵⁰ CEDH, 3 juin 2004, « ooo Neste », Req. n°69042/01 ; *RDAI*, 2005, n°2, p. 207, note N. Jalabert-doury.

⁵¹ Traduction libre de : « In the Court's opinion these powers of the TU MAP belong to regulatory field ».

⁵² Bibliographie indicative : Du Marais B., *Droit public de la régulation économique*, Presses de sciences Po, Dalloz, 2004 ; Frison-Roche M-A. (dir.), *les régulations économique : légitimité et efficacité*, Presses de sciences PO, Dalloz, 2004 ; Frison-Roche M-A. (dir.), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Presses de sciences PO, Dalloz, 2004 ; Frison-Roche M-A. (Dir.), *Les risques de régulation*, Presses de science PO, Dalloz, 2005 ; Frison-Roche M-A. (Dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Presses de sciences PO, Dalloz, 2006 ; Marcou G. (Dir.) et Moderne F. (Dir.), *droit de la régulation, service public et intégration régionale : tome 1, apport du droit comparé*, l'Harmattan, 2005 ; Marcou G. (Dir.) et Moderne F. (Dir.), *droit de la régulation, service public et intégration régionale : tome 2, expériences européennes*, l'Harmattan, 2005 ; Prager J-C. (Dir.) et Villeroy de Galhau F. (Dir.), *Dix-huit leçons de politique économique : à la recherche de la*

est possible d'élaborer une définition de la régulation. Dans un sens large, on peut définir la régulation comme « l'ensemble des techniques qui permettent d'instaurer et de maintenir un équilibre économique optimal qui serait requis par un marché qui n'est pas capable, en lui-même, de produire cet équilibre »⁵³. Cette définition met en lumière le lien qui existe entre la régulation sectorielle, qui est la régulation verticale, et la politique de concurrence, qui serait la régulation horizontale. De plus, elle traduit l'approche communautaire actuelle qui ne définit que les moyens de cette régulation. Néanmoins, on peut adopter une définition plus étroite du concept.

11. Ainsi, on retiendra que la régulation est un système qui crée et maintient « un équilibre entre la concurrence et un autre principe que la concurrence dans des secteurs économiques qui ne peuvent les créer ou les maintenir de leurs propres formes, ou en s'appuyant seulement sur le cadre général du droit de la concurrence »⁵⁴. En ce sens, le terme régulation renvoie à la régulation sectorielle, qui opère une conciliation entre la concurrence et d'autres principes. A ce titre, on peut citer la réalisation d'objectif d'intérêt général tel que le service public, le secret des correspondances⁵⁵, ou encore veiller à la qualité et la diversité des services rendues⁵⁶. Cette conciliation se retrouve dans la lettre des lois de transposition des directives. L'originalité de la régulation réside dans l'existence du régulateur, qui opère cette conciliation, et dont la forme juridique adoptée en France est celle des autorités administrative indépendante⁵⁷. C'est le régulateur qui met en œuvre la régulation, c'est aussi lui qui en est le meilleur révélateur.

régulation, Editions du seuil, 2^{ème} éd., 2006, Centre de recherche sur la justice et le procès (Dir.), *Annales de la régulation : volume 1*, 2006, LGDJ ; Bouloc B. (Dir.), *Autorités de régulation et vie des affaires*, Dalloz, 2006.

Voir également : Boy L., « Réflexions sur le « droit de la régulation » », *D.*, 2001, p. 3031 ; Champaud C., « Régulation et droit économique », *RIDE*, 2002, p. 23 ; Frison-Roche M-A., « Définition du droit de la régulation économique », *D.*, 2004, p. 126 ; p. 347 ; Lyon-Caen A., « Régulation », in Cadiet L. (Dir.) et Amrani-Mekki S. (Dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004, p. 1137 ; Timsit G., « La régulation : la notion et le phénomène », *RFAP*, 2004, p. 5 ; Marcou G., « La notion juridique de régulation », *AJDA*, 2006.

⁵³ Voir le rapport public du Conseil d'État, 2001, *Les autorités administratives indépendantes*, La documentation française, 2001, p. 280 et s. ; voir également Du Marais B., op. cit., p. 484 et s.

⁵⁴ Voir Frison-Roche M-A., « définition du droit de la régulation économique », *D.*, 2004, p. 126 ; voir également Clamour G., *Intérêt général et concurrence : Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, 2006, p. 643 et s.

⁵⁵ Voir la liste des objectifs fixés à la régulation sectorielle des communications électroniques fixée à l'article L 32-1 II du code des postes et des communications électroniques.

⁵⁶ Voir l'article 3-1 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication qui fixe les objectifs de la régulation sectorielle en matière audiovisuelle.

⁵⁷ Voir Chevallier J., « Autorités administratives indépendantes », Cadiet L. (Dir.) et Amrani-Mekki S. (Dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004, p. 94 ; voir également Gélard P., *rapport sur les autorités administratives indépendantes*, Assemblée nationale n° 3166 et Sénat n° 404.

12. Deux types de régulateurs sont à distinguer. Il s'agit des régulateurs de la concurrence et des régulateurs sectoriels⁵⁸. En effet, les outils et le temps d'intervention de ses deux régulateurs ne sont pas les mêmes. Le régulateur de la concurrence a une action ponctuelle qui se manifeste plutôt *ex post*⁵⁹, tandis que le régulateur sectoriel a une action permanente de nature *ex ante*⁶⁰. De même, le régulateur de la concurrence a pour objet de maintenir une concurrence effective sur un marché, tandis que le régulateur sectoriel accompagne l'ouverture d'un marché à la concurrence. A cet égard, il convient de relever que le terme « autorité de régulation » renvoie plutôt au régulateur sectoriel⁶¹. C'est cette dernière acceptation que nous retiendrons. Cette distinction est opérante à l'échelle communautaire. En effet, le règlement CE/1/2003 s'applique aux seules autorités nationales de concurrence⁶² (ci-après ANC). Tandis que les directives qui fondent une régulation sectorielle distinguent les autorités nationales de régulation (ci-après ARN⁶³) des ANC⁶⁴. En droit communautaire, cette distinction s'impose donc. En effet, la Commission dispose d'une compétence en matière de concurrence, mais elle ne dispose pas de compétence pour réaliser une régulation sectorielle. De plus, la Commission distingue elle-même entre les deux types d'autorités⁶⁵. Cette absence de compétence propre de la Commission a une influence sur les modes de coordination des régulations sectorielles en Europe.

⁵⁸ Perrot A., « Les frontières entre régulation sectorielle et politique de la concurrence », *Revue française d'économie*, 2002, p. 81.

⁵⁹ Il convient de relever que le régulateur de la concurrence peut avoir une action *ex ante* dans plusieurs hypothèses. Tout d'abord, le contrôle des concentrations est nécessairement *ex ante*. Ensuite, les engagements que peuvent prendre les entreprises ont un caractère *ex ante*. Enfin, la jurisprudence du régulateur est un mode d'intervention *ex ante*, puisque par souci de cohérence, le régulateur devra suivre les mêmes solutions.

⁶⁰ Il convient de relever que le régulateur sectoriel peut avoir une action *ex post*, notamment lorsqu'il s'agit d'exercer leur pouvoir de règlement des différends.

⁶¹ En un sens contraire, le professeur Idot ne distingue pas entre les deux types de régulateur. En effet, elle fait uniquement référence au d'autorité de régulation de marché. Néanmoins, elle souligne que l'appartenance du Conseil de la concurrence au vocable « autorité de régulation » est discuté ; voir Idot L., « Autorités de régulation de marché », in Cadet L. (Dir.) et Amrani-Mekki S. (Dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004, p. 99.

⁶² Voir Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, *JOUE*, 4 janvier 2003, série L1, p. 1

⁶³ L'acronyme ANR qui se retrouve dans ces directives ne signifie pas exactement la même chose. En effet, pour les directives sur les communications électroniques, il s'agit d'autorités réglementaires, tandis que pour les directives relatives au gaz et à l'électricité, il s'agit d'autorités de régulations. Néanmoins, c'est la dernière acceptation qui semble l'emporter. Ce choix tend à confirmer la distinction entre réglementation et régulation. En ce sens voir le journal des traducteurs de langue française, n° 13, 2003 ; disponible : http://ec.europa.eu/translation/reading/periodicals/verba_volant/verba13.pdf

⁶⁴ Voir considérant 35 et article 3 de la directive « cadre » précitée.

⁶⁵ Voir le rapport de la Commission du 15 juin 2006 sur la politique de concurrence 2005, SEC(2006)761 final.

§3. La coordination des réglementations nationales au niveau européen

13. Au niveau européen, la coordination des réglementations s'organise autour de « réseaux »⁶⁶. Néanmoins, l'organisation institutionnelle n'est pas la même, notamment le rôle de la Commission varie d'un réseau à l'autre. On peut dégager trois types d'organisations.

14. Tout d'abord, il existe le processus dit « Lamafalussy ». Ce processus a été élaboré pour les marchés financiers par le groupe de sages présidé par Alexandre Lamafalussy⁶⁷. Sa mise en œuvre repose sur quatre niveaux. Au premier niveau, on trouve l'adoption d'un acte législatif européen et la décision par le Parlement et le Conseil des mesures techniques qui en déterminent la nature et la portée. Au deuxième niveau, la Commission adopte ces mesures après avis du CERVM et consultation du Comité européen de valeurs mobilières. Au troisième niveau, CERVM améliore le cadre réalisé au premier et deuxième niveau par l'élaboration de recommandations d'interprétation commune ou de lignes directrices. Au quatrième niveau, la Commission vérifie la bonne application et transposition des actes législatifs européens. Ce processus met en avant l'utilisation des mécanismes de comitologie⁶⁸. Par ailleurs, le rôle de la Commission est limité à son rôle de gardienne de la légalité du droit communautaire. C'est le CERVM, donc le réseau, qui est au centre de la coordination de la régulation. Il n'en demeure pas moins que ce processus a montré une certaine efficacité⁶⁹. Il a permis une plus grande fluidité entre les différentes places financières européennes.

15. Les directives en matière de communications électroniques ont mis en place un mécanisme original de coordination. Il convient de relever que le processus de libéralisation des communications électroniques est plus avancé que d'autres secteurs d'activités, tel que l'énergie et les transports. L'originalité du processus résulte du rôle tenu par la Commission

⁶⁶ Voir supra § n°1.

⁶⁷ Rapport final du comité des sages sur la régulation des marchés européens des valeurs mobilières disponible en ligne sur : http://ec.europa.eu/internal_market/securities/lamfalussy/index_fr.htm

⁶⁸ Vaccari B., « le processus Lamafalussy : une réussite pour la comitologie et un exemple de « bonne gouvernance européenne » », *Revue du droit de l'union européenne*, 2005, p. 803

⁶⁹ Pour plus de détails voir : Bonneau T. et Drummond F., *Droit des marchés financiers*, Economica, 2005, p. 46 ; Janin S., « Le premier cas pratique d'approche « Lamafalussy », les mesures d'exécution de la directive sur les opérations initiées et les manipulations de marché (abus de marché) », *Revue du marché commun et de l'union européenne*, n° 473, 2003, p. 658 ; Tomasi M., « Vers un renouveau de la lutte contre les manipulations de cours : à propos de la directive sur l'abus de marché », in de Vauplane H. (Dir.) et Daigre J.-J. (Dir.), *Mélanges AEDBF IV : droit bancaire et financier*, Paris, Revue banque édition, 2004, p. 439 ; Valette J.-P., *Droit de la régulation des marchés financiers*, Gualino éditeur, 2005, p. 39 ; Valette J.-P., « régulation des marchés financiers », *RDP*, 2005, p. 183.

européenne. En effet, c'est elle qui élabore, après consultation des ARN, les recommandations et lignes directrices qui seront appliquées par les ARN. De plus, la Commission dispose d'un pouvoir de contrôle direct sur les décisions des ARN. Il s'agit d'un pouvoir de veto de la Commission sur certaines des décisions. Ce pouvoir prend pour cadre le mécanisme de coopération de l'article 7 de la directive « cadre »⁷⁰ qui au terme de son intitulé est destinée à consolider le marché intérieur. C'est la Commission européenne qui est au centre de la coordination de la régulation.

16. A l'autre extrémité de la coordination de la régulation en Europe, on trouve la création d'autorités de régulation communautaire. Une telle création soulève des difficultés quant à la base juridique⁷¹. Les agences de régulation européenne ne constituent que des autorités de régulation *a minima*⁷², en raison de leur pouvoir réduit et de leur subordination à la Commission. En effet, une véritable autorité de régulation disposerait de pouvoirs pour effectuer une régulation *ex ante* ou au moins disposerait de compétences similaires à la Commission européenne en matière de communications électroniques. Néanmoins, la création d'autorité de régulations communautaire a été écartée dans ce secteur⁷³.

17. Dés lors, la coordination européenne emprunte deux voies, d'une part, celle d'une coordination effectuée par les régulateurs du secteur par voie de coopération. C'est une coordination à caractère horizontal. Et d'autre part, il s'agit d'une coordination réalisée par la Commission. Il s'agit là d'une coordination à caractère vertical qui passe par un renforcement des pouvoirs de la Commission à l'égard des ANR, que ce soit à titre préventif ou à titre de sanction. C'est cette dernière voie qui est l'objet de notre étude.

⁷⁰ Directive précitée.

⁷¹ Voir Rodrigues S., « Quelques considérations juridiques en faveur d'un statut pérenne des autorités européennes de régulation », *AJDA*, 2004, p. 1179 ; Geradin D. et Petit N., « The Development of Agencies at EU and National Levels: Conceptual Analysis and Proposals for Reform », *Jean Monnet working paper*, 01/04 ; disponible sur <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/papers04.html>.

⁷² De Grove-Valdeyron N., « Les agences de la communauté sont-elles des autorités de régulation ? », *JCP E*, supplément, n° 2, cahiers de droit de l'entreprise, 2004, p. 22.

⁷³ Ainsi, il avait été envisagé de créer une autorité de régulation communautaire pour les communications électroniques. Cette solution a été écartée. Voir la Communication de la Commission de 1999 sur « Vers un nouveau cadre pour les infrastructures de communications électroniques et les services associés : Réexamen 1999 du cadre réglementaire des communications », COM (1999) 539, p. 9 et s.

§4. Vers une plus forte intégration : la consolidation du marché intérieur

18. A l'aube de nouvelles révisions des cadres réglementaires existant en matière de régulation sectorielle⁷⁴ et de la redéfinition des priorités du marché intérieur⁷⁵, le rôle de la Commission européenne apparaît comme primordial dans le processus de coordination et de contrôle de ces régulations. Ce processus a pour objet d'assurer la consolidation du marché intérieur. Ainsi, l'expérience acquise dans le secteur des communications électroniques fournit un bon exemple de ce rôle⁷⁶. Or dans cet exemple, les pouvoirs de contrôle de la Commission ont été renforcés à l'égard des ARN. Néanmoins, les pouvoirs créés par le cadre réglementaire ne sont pas les seuls que peut exercer la Commission sur les ARN. Dès lors, il semble nécessaire de déterminer quels sont les pouvoirs de contrôle que la Commission exerce sur les ARN.

19. Le renforcement des pouvoirs de la Commission se situe au cœur d'une nouvelle dynamique institutionnelle pour la Commission⁷⁷. L'efficacité de ces pouvoirs se mesure à l'aune du processus de consolidation du marché intérieur et de la cohérence des régulations nationales avec les objectifs de l'Union Européenne. Il est possible de dégager deux mouvements différents dans l'exercice du contrôle de la Commission.

20. Le contrôle de la Commission s'exerce en deux temps, qui représentent chacune une dynamique différente. D'une part, il existe des pouvoirs qui précèdent la prise de décision du régulateur national et qui ont pour objet d'orienter l'action du régulateur. Il s'agit là de pouvoirs aux caractères préventif et incitatif, que l'on peut qualifier de pouvoirs *ex ante*. Ainsi, ils constituent une nouvelle voie dans la consolidation au marché intérieur (Titre 1). Et d'autre part, il convient de ne pas occulter les pouvoirs que la Commission exerce en qualité

⁷⁴ Voir la Communication du 29 juin 2006 concernant le réexamen du cadre réglementaire pour les réseaux et services de communications électroniques, COM(2006) 334 final ; voir également : le mémo relatif aux questions de la révision, MEMO/06/257 et le discours de Viviane Reeding, « The Review 2006 of EU Telecom rules: Strengthening Competition and Completing the Internal Market », SPEECH/06/422

Voir également la communication de la commission : Poursuivre l'intégration du système ferroviaire européen : le troisième paquet ferroviaire, COM(2004)140 final du 3 mars 2004 ; la Proposition de directive modifiant la directive 91/440/CEE du Conseil relative au développement de chemins de fer communautaires, COM(2004)139 final du 3 mars 2004 ; C/06/215, session du Conseil du 24 juillet 2006 relative à la Compétitivité, p. 17 et s

⁷⁵ Voir la consultation sur la futur politique du marché intérieur : http://ec.europa.eu/internal_market/strategy/docs/consultation_fr.pdf.

⁷⁶ Hocepiet C. et de Strel A., « Harmonisation without centralisation : two years of experience with the EU regulatory framework for Electronic communications », Frison-Roche M-A. (Dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de sciences PO, Dalloz, 2006, p. 75.

⁷⁷ Voir le colloque du CREDA du 1^{er} décembre 2005 : « La Commission Européenne et le droit : dynamique institutionnelle et régulation de la concurrence dans une communauté de droit » ; précitée.

de « gardienne » des traités et du marché intérieur. Ce sont les pouvoirs qui permettent de contrôler la conformité de la décision du régulateur par rapport aux objectifs de l'Union européenne. Il s'agit de pouvoirs aux caractères correctif et répressif, que l'on peut qualifier de pouvoirs *ex post*. Ces pouvoirs viennent assurer l'efficacité du cadre réglementaire commun. Mais il demeure une voie limitée pour consolider le marché intérieur (Titre 2).

Titre 1 : Les pouvoirs de contrôle *ex ante* de la Commission : une nouvelle voie dans la consolidation du marché intérieur

21. La consolidation du marché intérieur dans les secteurs soumis à une régulation économique a modifié la perception du rôle de la Commission européenne. En effet, les compétences de la Commission sont renforcées par de nouveaux pouvoirs, et ceci notamment à l'égard de l'acteur principal de cette régulation : le régulateur. Ce renforcement des pouvoirs change la nature du rapport entre la Commission européenne et les ARN. Nous examinerons ici les pouvoirs à la disposition de la Commission pour contrôler les autorités de régulation avant que celles-ci aient pris une décision ou une réglementation, c'est-à-dire avant une action de celles-ci. Ces pouvoirs de contrôle ont un caractère prudentiel. En effet, l'objectif est d'éviter les divergences d'application et les contrariétés avec les objectifs du cadre réglementaire, dès l'origine du processus décisionnel. Ainsi, les risques d'incohérences dus à la pluralité des régulations sectorielles sont diminués⁷⁸. En ce sens, ces pouvoirs participent à la consolidation du marché intérieur en permettant la construction d'un espace cohérent et sans frontière intérieur.

22. Ce contrôle prudentiel emprunte deux voies, chacune comportant son originalité par rapport aux pouvoirs de contrôle antérieur à la disposition de la Commission⁷⁹. La première de ces voies passe par un pouvoir incitatif de la part de la Commission. Ces actions vont « baliser » et « encadrer » l'action de l'autorité de régulation. Ce pouvoir s'exerce sous la forme d'une « soft law », et peut être ainsi qualifié de « soft power »⁸⁰. Ainsi, l'action du régulateur national va se développer dans l'ombre de la Commission Européenne⁸¹ (chapitre 1). La seconde voie empruntée par les pouvoir *ex ante* est de conférer un pouvoir hiérarchique

⁷⁸ Jouyet J-P., « Articulation ou désarticulation des régulations nationales et internationales entre Etats », in Frison-Roche M-A. (Dir.), *Les risques de régulation*, Paris, Presses de science PO, 2005, Dalloz, p. 115.

⁷⁹ Ces pouvoirs font l'objet d'une étude dans le titre suivant.

⁸⁰ Le terme de « soft power » est emprunté aux relations internationales. Le « soft power » s'apprécie comme la capacité à attirer les autres Etats à ses propres valeurs. Elle se distingue ainsi du « hard power », ou pouvoir coercitif, qui consiste à imposer ses vues aux autres Etats. Voir notamment sur ce point Petiteville F., « L'autorité diplomatique de l'Union européenne », in Azoulai L. (dir.) et Burgorgue-Larsen L. (Dir.), *L'autorité de l'Union européenne*, Bruylant, 2006, p. 51 et s.

⁸¹ Le professeur Eberlein évoque une hiérarchie de l'ombre (« shadow of hierarchy ») à propos du rôle de la Commission dans la régulation du marché de l'énergie. Il convient de relever que cette expression vise aussi l'exercice par la Commission de sa compétence en matière de droit de la concurrence. Cette dernière sera étudiée dans le titre 2 (voir infra § n°37). Voir Eberlein B., « regulation by cooperation : the « third way » in making rule for the internal energy market », in Cameron P. D. (Dir.), *Legal aspects of EU energy regulation: implementing the new directives on electricity and gas across Europe*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2005, p. 79.

direct de la Commission sur les autorités de régulation. Seul le cadre réglementaire des communications électroniques a prévu l'existence d'un tel pouvoir. Il confère à la Commission une véritable capacité à diriger l'action des ARN. A la différence de la première voie, il s'agit d'un « hard power » qui passe par une décision contraignante de la Commission (chapitre 2).

Chapitre 1 : L'ombre de la Commission sur l'action des ARN, **l'expression d'un pouvoir incitatif**

23. La régulation économique se développe dans l'ombre de la Commission européenne. En raison de sa qualité de gardienne des traités, l'action de la Commission sur le marché intérieur, et par conséquent sur les marchés régulés, n'est jamais neutre à l'égard des ARN. Comme évoqué plus haut, ce pouvoir prend plutôt la forme d'une « soft law »⁸². La caractéristique essentielle de la « soft law », ou « droit mou », est d'être un acte qui n'a pas de caractère contraignant. L'objectif principal de telles normes est d'inciter à un certain comportement de la part des acteurs visés⁸³. C'est dans cet objectif d'attraction des acteurs vers une certaine fin qu'on trouve l'expression d'un « soft power » ou pouvoir incitatif. Ce type de pouvoir est conforme à la notion de l'administration indirecte⁸⁴. Ce pouvoir incitatif se développe autour de deux axes. D'une part, le premier de ces axes est l'analyse par la Commission des marchés régulés. Il s'agit de déterminer l'efficacité de la mise en œuvre du cadre réglementaire et l'état de la concurrence sur les marchés régulés (section 1). Et d'autre part, la Commission élabore un socle commun d'analyses, sur lequel les régulateurs nationaux vont pouvoir se baser. Néanmoins, cette dernière méthode est pour l'heure réservée au seul secteur des communications électroniques (section 2).

⁸² Voir Thibierge C., « Le droit souple : réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.*, 2003, p. 599.

⁸³ Voir le rapport public du Conseil d'État, 2006, *Sécurité juridique et complexité du droit*, La documentation française, 2006, p. 245

⁸⁴ Voir sur la notion d'administration indirecte Ziller J., « L'autorité administrative dans l'union européenne », in Azoulay L. (dir.) et Burgogue-Larsen L., *L'autorité de l'Union européenne*, Bruylant, 2006, p. 119 ; voir également Chérot J-Y., « Les techniques juridiques de cohérence entre régulations nationales et communautaires : l'articulation des autorités nationales et de la commission dans la mise en œuvre des politiques communes », in Frison-Roche M-A. (Dir.), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de sciences PO, Dalloz, 2004, p.144

Section 1 : L'analyse des marchés régulés par la Commission européenne

24. La Commission procède à des analyses du marché concurremment à celles des ARN. Elles disposent d'un outil plus important et plus étendue territorialement que ces autorités nationales. Nous pouvons dégager deux types d'instruments. Tout d'abord, il s'agit des pouvoirs d'enquêtes que la Commission exerce en qualité d'autorité de concurrence communautaire. C'est tout particulièrement dans les marchés soumis à une régulation que les pouvoirs d'enquêtes sectorielles de la Commission ont été le plus déployés. Dès lors, on peut s'interroger sur l'impact de ces enquêtes sectorielles sur l'analyse des ARN (§1). Enfin, le cadre réglementaire communautaire des régulations sectorielles prévoit le plus souvent l'obligation pour la commission de réaliser un rapport annuel sur la mise en œuvre de ce cadre. Cette analyse annuelle du développement du marché régulé n'est pas neutre à l'égard des ARN (§2).

§1. *L'impact des enquêtes sectorielles sur le processus décisionnel des ARN.*

25. Le pouvoir pour la Commission d'engager des enquêtes sectorielles n'est pas une nouveauté. Cette possibilité existait sous l'empire du règlement n°17/62⁸⁵, et il demeure inchangé sous celui du règlement n°1/2003⁸⁶. Néanmoins, cet outil était resté délaissé par la Commission⁸⁷. Il a trouvé un regain de vitalité avec l'ouverture à la concurrence de certains secteurs économiques, notamment la libéralisation des industries de réseau⁸⁸. Ce pouvoir permet à la Commission d'obtenir une connaissance approfondie du fonctionnement et des mécanismes des marchés régulés⁸⁹. Ainsi, il joue le rôle d'un outil clé dans la réalisation d'une politique de concurrence proactive⁹⁰. De plus, il permet d'établir un bilan sur l'état de la concurrence et par là-même de déterminer l'intensité de l'intégration des marchés régulés sur

⁸⁵ Voir l'article 12 du règlement n° 17/62 intitulé « Premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité » ; *JOCE*, 21 février 1962, 13, p. 204.

⁸⁶ Voir l'article 17 du règlement n° 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, *JOUE*, 4 janvier 2003, série L1, p. 1.

⁸⁷ Depuis l'adoption du règlement n° 17/62, ce type de pouvoir d'enquête a été très peu utilisé. Seules deux enquêtes de ce type avaient été conduites durant les années 60. Les secteurs concernés étaient ceux de la margarine et des brasseries.

⁸⁸ Voir Barbier de la Serre E., « Le renouveau des enquêtes sectorielles de la commission », *Revue Lamy de la concurrence*, Août 2005, n° 4, p. 68 ; voir également Van Haasteren A. et Georgiev S., « Commission launches into the energy and financial service sectors », in *Competition policy newsletter*, Automne 2005, p. 51

⁸⁹ Cette connaissance peut servir au futur de réglementation communautaire.

⁹⁰ Voir le rapport de la Commission du 15 juin 2006 sur la politique de concurrence 2005, SEC(2006)761 final, point 36 ; voir également Crawford A. et Adamopoulos P., « Using the instrument of sector-wide inquiries : inquiry into content for 3G services », *Competition policy newsletter*, été 2004, p. 63.

le marché intérieur. Par conséquent, ce pouvoir est l'outil privilégié pour analyser les marchés régulés. Des enquêtes sectorielles ont été ouvertes en matière de télécommunications⁹¹. Plus récemment, la Commission a ouvert des enquêtes dans les secteurs de l'énergie⁹² et des finances⁹³. Ainsi, nous développerons avec plus d'attention l'exemple des enquêtes sectorielles en matière de télécommunication.

26. Ces enquêtes sectorielles sont indéniablement un outil efficace d'analyse pour la Commission⁹⁴. En effet, elle peut recourir à l'ensemble des pouvoirs d'enquêtes prévus dans le règlement n°1/2003⁹⁵. Elle peut demander des renseignements aux opérateurs du marché, et en cas d'inexécution de la part des entreprises, la Commission peut prononcer des sanctions à leur encontre. De plus, elle bénéficie de l'appui des autorités nationales de concurrence et des gouvernements nationaux⁹⁶. Cet appui peut donner une impulsion pour les autorités nationales d'enclencher elles-mêmes une enquête dans ces secteurs d'activité⁹⁷. Il y a là un phénomène d'entraînement. Néanmoins, l'ouverture d'une telle enquête par la Commission reste encadrée. Ces enquêtes ne peuvent être ouvertes que s'il existe une présomption que « la concurrence peut être restreinte ou faussée à l'intérieur du marché commun »⁹⁸. Néanmoins, l'ouverture d'une telle enquête n'oblige pas la Commission à ouvrir une procédure individuelle de sanction sur le fondement du droit de la concurrence. S'il existe effectivement une concurrence faussée due à des comportements d'entreprises, la Commission envisagera, avec les autorités compétentes, les remèdes adéquats⁹⁹. Notamment, ces remèdes peuvent être

⁹¹ Plusieurs enquêtes ont été menées dans les télécommunications. Voir IP/99/786 du 22 octobre 1999 : « La Commission ouvre la première phase de l'enquête sectorielle sur les télécommunications : tarifs des lignes louées » ; IP/00/765 du 12 juillet 2000 : « La Commission interroge sur l'accès de leurs concurrents à la boucle locale » ; IP/00/111 du 4 février 2000 : « La Commission lance la deuxième phase (services d'itinérance mobiles) de son enquête sectorielle dans les télécommunications, en vertu des règles de concurrence » ; IP/04/134 du 30 janvier 2004 : « La Commission décide de procéder à une enquête sectorielle sur la vente de droits sportifs aux sociétés internet et aux opérateurs de téléphonie mobile 3G ».

⁹² Voir la décision de la Commission 144/07 du 13 juin 2005 ouvrant une enquête relative dans les secteurs du gaz et de l'électricité en vertu de l'article 17 du Règlement n° 1/2003, JOUE du 14 juin 2005, série C 144, p. 13 ; IP/05/716 du 13 juin 2005 : « Concurrence: la Commission ouvre une enquête sectorielle dans le domaine du gaz et de l'électricité » et MEMO/05/203 du 13 juin 2005: « Energy sector competition inquiry – frequently asked questions »

⁹³ IP/05/719 du 13 juin 2005 : « Concurrence: la Commission ouvre des enquêtes sectorielles en ce qui concerne la banque de détail et l'assurance des entreprises » et MEMO/05/204 du 13 Juin 2005 : « Financial services sector competition inquiry – frequently asked questions »

⁹⁴ Voir Choumelova D. et Delgado J., « Monitoring competition in the telecommunications sector : European Commission Sector Inquiries », in Buigues P. (Dir.) et Rey P. (Dir.), *The economics of antitrust and regulation in telecommunications : perspectives for the new European framework*, E. Elgar, 2004, p. 269

⁹⁵ Voir article 17 §2 du règlement n° 1/2003 précité.

⁹⁶ Voir article 18 § 6 du règlement n° 1/2003 précité.

⁹⁷ Voir article 22 du règlement n°1/2003 précité.

⁹⁸ Voir article 17 §1 alinéa 1 du règlement n°1/2003 précité.

⁹⁹ Voir p. 8 du rapport 2005 de la Commission sur la politique de concurrence ; précité.

de recourir à une régulation *ex ante* plutôt que d'ouvrir des procédures individuelles. Dans l'objectif de favoriser cette discussion, la Commission a la possibilité de publier les résultats de ses enquêtes¹⁰⁰, qui pourront comporter les remèdes envisagés.

27. Dans une sphère aussi informelle, il est difficile d'évaluer l'impact de telle enquête sur l'action des régulateurs nationaux. Dans le secteur de l'énergie¹⁰¹, la Commission a rendu disponible son rapport préliminaire¹⁰². Ce dernier met en lumière les dysfonctionnements du marché et les causes de l'absence d'une concurrence effective¹⁰³. A ce titre, la Commission a souligné que les contrats à long terme du secteur, le manque de transparence dans la formation du prix et son niveau, étaient des causes de l'absence d'une concurrence effective. De plus, la Commission relève qu'il existe des entraves à la fourniture transfrontalière d'énergie¹⁰⁴. La Commission a pu relever que certaines ARN ne disposaient pas des moyens pour mettre en œuvre un accès effectif au tiers¹⁰⁵. Or, il convient de relever que les ARN ont pour objectif de développer la concurrence et le marché intérieur¹⁰⁶. De plus, l'intervention en matière de prix fait partie du champ d'intervention classique des autorités de régulation. Cette enquête encourage vivement les ARN à entreprendre des actions positives en vue d'établir une concurrence. Du moins, les ARN ne peuvent entreprendre des actions qui seraient contraires aux conclusions de ces enquêtes¹⁰⁷. Dès lors, il s'ajoute à l'effet incitatif de l'enquête un effet dissuasif. La Commission « balise » de manière négative l'action des ARN. Cette étude de l'impact des enquêtes sectorielles peut être poursuivie dans le secteur des communications électroniques.

¹⁰⁰ Voir article 17 §1 alinéa 3 du règlement n°1/2003 précité.

¹⁰¹ Voir Van Haasteren A. et Osborne I., « Commission launches into the energy and financial service sectors », in *Competition policy newsletter*, printemps, 2006, p. 51; voir également Tran Thiet J-P. et Tuot T., « Résultat préliminaire de l'enquête sectorielle de concurrence ouverte en juin 2005 : La Commission européenne constate de vrais dysfonctionnements du marché de l'énergie et envisage des actions alliant une pleine application des règles de concurrence et réformes de la réglementation », *Concurrences*, 2006, p. 150.

¹⁰² Voir sur le site de la DG de la concurrence le rapport préliminaire http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/sector_inquiries/energy/

¹⁰³ Voir IP/05/1421 du 15 novembre 2005 : « Énergie: les États membres doivent ouvrir davantage les marchés; de graves dysfonctionnements mis en évidence par une enquête sur la concurrence »

¹⁰⁴ Voir le rapport précité.

¹⁰⁵ IP/06/174 du 16 février 2006 : « Concurrence: l'enquête sectorielle sur les marchés de l'énergie confirme d'importants problèmes et définit la voie à suivre »

¹⁰⁶ Article 23 §1 et §12 de la directive 2003/54 pour le marché d'électricité précitée et article 25 §1 et § 12 de la directive 2003/55 pour le marché du gaz précitée

¹⁰⁷ Si une ARN entreprenait une action dans un tel sens, elle s'exposerait à des mesures correctrice et répressive de la part de la Commission. En d'autre terme, la Commission utiliserait ces pouvoirs en matière de concurrence (voir infra § n°54) et enclencherai une procédure d'infraction (voir infra § n°61)

28. En matière de communications électroniques, les analyses effectuées lors des enquêtes sectorielles ont servi de base au nouveau cadre réglementaire, mais aussi à des actions de la part des ARN. Cela a été le cas en matière de dégroupage de boucle d'accès local et d'itinérance internationale mobile. Les régulateurs nationaux, en collaboration avec la Commission, ont pu ainsi établir en matière d'accès à la boucle locale les remèdes adéquats¹⁰⁸. Ces remèdes ont été mis en œuvre par les ARN. En ce qui concerne l'itinérance internationale mobile, la Commission avait lancé une enquête sectorielle qui avait démontré qu'il n'y avait de concurrence effective, ce que révélait le coût élevé de cette itinérance. Prenant acte de ces difficultés, les ARN ont essayé de mettre en œuvre des mesures qui se sont révélées insuffisantes¹⁰⁹. Les régulateurs nationaux ont donc fait appel à la Commission afin qu'elle propose un nouveau règlement sur cette question¹¹⁰. Ces enquêtes sectorielles mettent en lumière le pouvoir d'indication de la Commission à l'égard des ANR. Mais ce n'est pas le seul instrument à la disposition de la Commission.

§2. Le bilan par la Commission de l'action des ARN : le rapport annuel

29. La mise en place d'un cadre réglementaire sectoriel communautaire semble toujours devoir s'accompagner pour la Commission européenne de l'obligation de faire un rapport annuel sur la mise en œuvre de ce cadre¹¹¹. En effet, cela est le cas en matière de communications électroniques¹¹² et d'énergie¹¹³. Ce rapport s'adresse au parlement et au conseil. Il a pour objet de faire un bilan de la mise en œuvre du cadre réglementaire. A ce titre, il s'agit d'examiner l'état de la concurrence et l'intégration au marché intérieur. La Commission rend public son rapport. Ce rapport est dépourvu de tout effet obligatoire et ses conclusions n'obligent pas à prendre de quelconques mesures.

¹⁰⁸ Voir sur ce point le rapport final relatif à la méthodologie en matière d'accès à la boucle locale : « Pricing Methodologies for Unbundled Access to the Local Loop » et IP/02/348 du 1^{er} mars 2002 : « Le dégroupage de la bouche locale progresse lentement : la Commission publie un rapport sur les enquêtes sectorielles »

¹⁰⁹ Voir la *lettre de l'autorité de régulation des communications électroniques et des postes*, janvier 2006, n° 48, p. 12 : « Roaming international : l'ARCEP en appel à la Commission »

¹¹⁰ Proposition de règlement du 12 juillet 2006 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de téléphonie mobile à l'intérieur de la Communauté et modifiant la directive 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, COM(2006) 382 final ; IP/06/978 du 12 juillet 2006 : « Tarifs de l'itinérance: la Commission propose de plafonner le coût élevé d'utilisation des téléphones portables lors de déplacements dans l'Union européenne » ; voir également l'étude d'impact de la Commission du sur cette question, SEC(2006) 925.

¹¹¹ Voir Favret J-M., *Droit et pratique de l'Union européenne*, Gualino, 3^{ème} éd., 2001, p. 103.

¹¹² Article 25 de la directive « cadre » ; précité.

¹¹³ Article 28 de la directive 2003/54 précitée pour le marché d'électricité et article 31 de la directive 2003/55 précitée pour le marché du gaz.

30. Néanmoins dans son contenu, le rapport met en lumière les actions défailtantes des ARN mais aussi leurs actions positives pour la concurrence et le marché intérieur. En quelque sorte, la Commission distribue les bons et mauvais points aux ARN. Ainsi, la Commission a souligné son souhait d'une réglementation allégée pour les services VoIP¹¹⁴ dans son 11^{ème} rapport sur les communications électroniques¹¹⁵. Elle encourage donc les ARN à développer cet aspect. De plus, dans ce même rapport, elle indique la démarche à suivre pour les ARN. Ces dernières doivent s'impliquer dans l'évolution de leur marché par un processus de consultation transparent sur les mesures adoptées¹¹⁶. En matière d'énergie, la Commission a souligné la mauvaise transposition des nouvelles directives¹¹⁷ et a évalué l'efficacité des régulateurs sectoriels¹¹⁸. Bien que la Commission ne dispose pas de compétence pour mettre en œuvre la régulation sectorielle, elle définit les grandes lignes d'une politique. En effet, elle procède à une analyse prospective du marché intérieur qui peut servir de base à une nouvelle ouverture du marché¹¹⁹.

31. Les enquêtes sectorielles peuvent inciter les ARN à un certain comportement ou au moins les dissuader d'adopter certaine mesure. Mais celles-ci ne peuvent être que ponctuelles. Tandis que le rapport annuel pose les bases d'une incitation permanente de la Commission à suivre une certaine direction. Néanmoins, les enquêtes pour la Commission ont servies de base à l'établissement de méthodes communes d'analyses.

Section 2 : La création de méthodes communes d'analyses dans les secteurs des communications électroniques

32. L'avancement du processus de libéralisation dans le domaine des communications électroniques a conduit à la mise en œuvre de régulations nationales différentes. Alors même qu'il existe un cadre réglementaire commun, développé à partir des directives, il y a un phénomène d'asymétrie, qui est source de distorsion de concurrence. Afin d'assurer la mise en ordre des différentes régulations, le nouveau cadre réglementaire est fondé sur les principes

¹¹⁴ Ce sont les services de communication vocaux par internet.

¹¹⁵ Communication du 20 février 2006 relatif au 11^{ème} rapport sur la réglementation et marchés des communications électroniques en Europe en 2005, COM(2006)68 final, SEC(2006)193, p. 9.

¹¹⁶ Rapport du 20 février 2006, p. 11 ; précité.

¹¹⁷ Communication de la Commission du 15 novembre 2005, rapport sur l'état d'avancement de la création du marché intérieur du gaz et de l'électricité, COM(2005) 568, SEC(2005) 1448, p. 4 et s.

¹¹⁸ Communication du 15 Novembre 2005, p. 13 et s. ; précitée.

¹¹⁹ Voir Lemaire C., *Energie et concurrence : recherche sur les mutations juridiques induites par la libéralisation des secteurs de l'électricité et du gaz*, Presses universitaire d'Aix-Marseille, 2003, p. 386.

du droit de la concurrence¹²⁰. Ces principes sont ceux issus de l'application par la Commission des articles 81 et suivants du traité¹²¹. Afin de faciliter l'application de ces principes par les ARN, la Commission a pris un certain nombre d'actes codifiant les méthodes pouvant être employées. Il s'agit de lignes directrices et de recommandations. Ainsi, la Commission a créée une « grammaire »¹²² qui est commune à l'ensemble des ARN (§1). La Commission propose une méthode harmonisée d'analyses¹²³. Cette communauté de méthode est l'une des sources de l'émergence d'une culture de régulation commune. Néanmoins, cette culture apparaît comme subordonnée au droit communautaire de la concurrence. (§2).

§1. Le développement d'une « grammaire commune » basée sur le droit communautaire de la concurrence

33. Les principes et objectifs définis par le cadre réglementaire sont la clé de voûte d'une application cohérente et « pluraliste » du cadre réglementaire des communications. Cette « grammaire » encadre l'analyse des ANR par des principes directeurs et des objectifs qu'ils devront mettre en œuvre. Bien que la directive définisse ces objectifs, la traduction de certains principes directeurs est laissée à la Commission. Il s'agit notamment des principes du droit de la concurrence. Ainsi, la directive « cadre » définit l'entreprise en position dominante dans les mêmes termes que celui du droit communautaire de la concurrence. Or, ces principes sont la clé de l'analyse du marché pertinent par les ARN. Cette analyse est le fondement des pouvoirs de l'ARN. En effet, c'est sur ces marchés que l'ARN va exercer ses compétences, déterminer si une entreprise est en position dominante et le cas échéant lui imposer des obligations. Afin de permettre une mise œuvre cohérente de l'analyse des marchés par les ARN, la Commission peut prendre des recommandations¹²⁴ qui seront élaborées en collaboration avec les ARN. De plus, elle va prendre des recommandations afin de proposer des remèdes en cas d'absence de concurrence effective¹²⁵.

¹²⁰ Voir considérant 27 et article 8 et 15 de la directive « cadre » précitée.

¹²¹ Buigues P., « The competition policy approach », in Buigues P. (Dir.) et Rey P. (Dir.), *The economics of antitrust and regulation in telecommunications : perspectives for the new European framework*, E. Elgar, 2004, p. 9.

¹²² Voir Delmas-Marty M., *Le pluralisme ordonné*, Seuil, 2006, p. 122

¹²³ Voir Colasanti F., « Assurer une mise en œuvre convergente des directives entre Etats membres », *La lettre de l'autorité*, n°36, Février 2004, p. 13

¹²⁴ Voir l'article 15 de la directive « cadre » ; précitée.

¹²⁵ Voir l'article 19 de la directive « cadre » ; précitée.

34. La Commission encadre l'analyse des ARN à chacune des étapes de celles-ci. Ces étapes sont au nombre de trois. Tout d'abord, la Commission a adopté une recommandation¹²⁶ sur l'analyse des marchés pertinents¹²⁷. La Commission précise que le recensement de ces marchés se fait conformément au principe du droit communautaire de la concurrence¹²⁸ énoncé dans sa communication de 1997 relatif au marché en cause¹²⁹. La Commission ajoute trois critères qui doivent être pris en compte dans la définition des marchés pertinents susceptibles d'une régulation *ex ante*¹³⁰. Le premier de ces critères est la présence des barrières élevées et non provisoires à l'entrée sur le marché. Le deuxième critère consiste dans une analyse dynamique et prospective du marché. Il s'agit de déterminer si l'évolution prévisible du marché va vers une concurrence effective. Le dernier critère est complémentaire du précédent, puisqu'il s'agit d'envisager si le droit de la concurrence est susceptible de permettre l'installation efficace de la concurrence sur ce marché. A partir de ces critères la Commission dégage 18 marchés pertinents¹³¹, qui sont donc préconstitués pour les ARN. Ensuite, une communication¹³² de la Commission précise la démarche à suivre par rapport à son analyse du marché et à son analyse de la puissance de marché des entreprises. Cette communication apparaît comme une « codification » de la pratique de la Commission en droit communautaire de la concurrence. Enfin, la Commission a adopté des recommandations¹³³ en vue d'encadrer les modalités de détermination de certains remèdes des ARN. Ces remèdes

¹²⁶ Recommandation de la Commission du 11 février 2003 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2003/311/CE, JOUE du 8 avril 2003, série L 114, p. 45 ; Voir également le *mémoire explicatif* de la Commission disponible sur : http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomms/doc/info_centre/recomm_guidelines/relevant_markets/fr1_2003_497.pdf

¹²⁷ Hocepiet C., « The approach to market definition in the Commission's Guidelines and Recommendation », in Buigues P. (Dir.) et Rey P. (Dir.), *The economics of antitrust and regulation in telecommunications : perspectives for the new European framework*, E. Elgar, 2004, p. 71

¹²⁸ Considérant 19 de la recommandation concernant les marchés pertinents ; précitée.

¹²⁹ Voir la Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence ; JOCE, 9 décembre 1997, série n°372, p. 5.

¹³⁰ Considérant 9 de la recommandation concernant les marchés pertinents ; précitée.

¹³¹ Il s'agit d'une liste qui précise celle fixée dans l'annexe I de la directive « cadre » ; précitée.

¹³² Voir les lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques ; JOUE, 11 juillet 2002, série C n° 156, p. 6

¹³³ Recommandation de la Commission du 21 janvier 2005 relative à la fourniture de lignes louées dans l'Union européenne Partie 1 – Principales conditions de fourniture en gros de lignes louées ; Recommandation de la Commission du 29 mars 2005 relative à la fourniture de lignes louées dans l'Union européenne Partie 2 – Tarification de la fourniture de circuits partiels de lignes louées ; Recommandation de la Commission du 06/IV/2005 sur les communications électroniques à large bande par courant porteur ; Recommandation de la Commission du 19 septembre 2005 concernant la séparation comptable et les systèmes de comptabilisation des coûts au titre du cadre réglementaire pour les communications électroniques, JOUE, 11 octobre 2005, série L n°266, p. 64

sont fixés à partir de l'expérience issue des enquêtes sectorielles¹³⁴. Néanmoins, ces recommandations ne sont que des guides pour les ARN.

35. Les recommandations sont des actes visés à l'article 249 TCE. Par principe, elles n'ont pas d'effet obligatoire. Les communications et lignes directrices, elles, ne sont pas prévues dans les traités. Mais à l'instar de la recommandation, elles sont normalement dépourvues d'effet contraignant. Néanmoins, la directive « cadre » prévoit que les ARN doivent « tenir le plus grand compte »¹³⁵ de ces recommandations et lignes directrices. De même, il est prévu dans le même texte que les Etats doivent veiller à ce que les ARN tiennent compte des recommandations. Ces actes fixent une méthode qui sera utilisée par les ARN pour arrêter des décisions individuelles, ce sont des actes qui ont une portée générale. Cependant, il est prévu que les régulateurs puissent s'écarter de ces recommandations¹³⁶. Dès lors, on peut déduire que ces actes sont des actes de « soft law ». Les ARN dispose d'un pouvoir discrétionnaire¹³⁷ d'appréciation sous réserve d'une motivation suffisante. Un recours en manquement sur le seul irrespect de ces recommandations est improbable. Inversement, un recours en annulation reste possible¹³⁸ contre les recommandations. Mais il est ouvert au seul requérant privilégié, c'est-à-dire essentiellement les Etats membres, la Commission, le conseil... De plus, la Commission dispose d'un pouvoir plus efficace pour assurer l'effectivité de ces recommandations. Il s'agit de la procédure de consultation de l'article 7 de la directive « cadre »¹³⁹. Ces recommandations constituent une méthode commune à toutes les ARN du secteur des communications électroniques. Elles contribuent ainsi à permettre l'émergence d'une culture de la régulation.

¹³⁴ Voir supra § n° 28.

¹³⁵ Voir les articles 7, 14, 15,16 et 19 de la directive « cadre » ; précitée.

¹³⁶ Voir points 27 et 96 de la Communication du 11 juillet 2002, précitée ; voir également point 7 de la recommandation de la Commission du 23 juillet 2003 concernant les notifications, délais et consultations prévus par l'article 7 de la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques.

¹³⁷ Voir point 22 de la Communication du 11 juillet 2002, précitée.

¹³⁸ En ce sens voir CJCE, 16 juin 1993, « République française contre Commission des Communautés européennes », Affaire C-325/91, Recueil I 1993, p. 3283 ; voir également Geradin D. et Petit N., « droit de la concurrence et recours en annulation à l'ère post-modernisation », *RTDE*, 2005, p. 795.

¹³⁹ Voir infra § n° 21.

§2. *L'émergence d'une culture de la régulation subordonnée au droit communautaire de la concurrence*

36. La création d'une culture commune de régulation est un moyen qui doit permettre la cohérence entre les différentes régulations nationales¹⁴⁰. Bien que dans ces communications la Commission vise seulement la création d'une culture réglementaire européenne¹⁴¹, on peut élargir ce concept à la régulation économique¹⁴². Cette culture est largement définie par la Commission. De plus, elle semble subordonnée au droit communautaire de la concurrence. Ainsi, la notion d'entreprise, puissante sur le marché¹⁴³, est similaire à la définition de l'entreprise en position dominante¹⁴⁴. Néanmoins, le droit communautaire de la concurrence n'est qu'un élément de la culture de la régulation. En effet, les objectifs d'une régulation sont plus étendus que ceux du droit de la concurrence. A cet égard, les ARN opèrent une conciliation entre ces différents objectifs et les principes du droit de la concurrence. S'il y a une même technique ou méthode à l'œuvre dans la régulation sectorielle et le droit de la concurrence, ces techniques ne sont pas employées pour la même fin¹⁴⁵. De plus, les ARN ont une certaine marge d'appréciation dans leur analyse par rapport aux méthodes fixées par la Commission¹⁴⁶.

37. Ainsi, les méthodes et la jurisprudence élaborées pour le droit communautaire de la concurrence n'est pas transposable *per se* à l'analyse des ARN. En effet, en matière de droit de la concurrence, les ANC procèdent à une analyse statique¹⁴⁷ du marché au cas par cas. En d'autres termes, l'analyse du marché que l'autorité de concurrence réalise ne vaut que pour

¹⁴⁰ Hansen J-P., « La construction d'une culture européenne de régulation faisant l'économie de l'articulation entre régulation hétérogènes », in Frison-Roche M-A. (Dir.), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de sciences PO, Dalloz, 2004, p. 171

¹⁴¹ En ce sens Communication du 6 février 2006 de la commission sur les analyses de marché en application du cadre réglementaire communautaire Consolidation du marché intérieur pour les communications électroniques, COM(2006)28, SEC(2006) 86, p. 10 ; voir également Communication de la commission, du 6 juin 2002, Plan d'action « simplifier et améliorer l'environnement réglementaire », COM(2002) 278, p. 17

¹⁴² A cet égard, on retiendra que le terme « regulation » en anglais vise indifféremment la réglementation et la régulation. En ce sens voir le *dictionnaire juridique anglais – français*, Dalloz : Harrap's, 2004.

¹⁴³ Voir article 14 de la directive « cadre »

¹⁴⁴ Voir CJCE, 13 février 1979, « Hoffmann-La Roche & Co. AG contre Commission des Communautés européennes », affaire 85/76, Recueil 1979, p. 461 ; voir également Decocq A. et Decocq G., « *droit de la concurrence interne et communautaire* », 2004, LGDJ, collection manuel, p. 171.

¹⁴⁵ Voir l'intervention du premier président de la Cour de cassation, monsieur Canivet, à la conférence « Balancing Antitrust and Regulation in Network Industries » organisé à Paris les 12 et 13 janvier 2006 par l'École des mines et la faculté de droit de l'Université de Californie, Berkeley. Son intervention était intitulée : « Approche comparée Europe/Etats-Unis sur les rapports entre droit de la régulation et droit de la concurrence dans les industries de réseaux : le point de vue du juge ».

¹⁴⁶ Voir supra § n°35

¹⁴⁷ Il convient, ici, de réserver l'hypothèse du contrôle des concentrations qui procède à une analyse dynamique du marché.

l'affaire qui lui est soumis. Tandis que les ARN procèdent à une analyse dynamique, qui n'est pas subordonnée à l'ouverture d'une affaire. Ce type d'analyse est similaire à l'analyse en matière de concentration. Néanmoins dans une affaire récente, la « competition appeal tribunal », cour qui connaît des recours formés contre les décisions du régulateur des communications électroniques anglais, indique que l'exigence de preuve en matière de concentration issue de la jurisprudence « Tetra Laval »¹⁴⁸ ne s'impose pas à l'analyse des ARN¹⁴⁹. De plus, une ARN n'a pas à démontrer l'abus de l'entreprise qui dispose d'une puissance significative sur un marché pour imposer des obligations à celle-ci. C'est là une différence avec l'application des règles de concurrence relative à l'abus de position dominante. Cette autonomisation de la régulation est un élément qui vient limiter le pouvoir de la Commission dans la définition des méthodes employées par les ARN. En somme, tout ce que réalise la Commission pour le droit communautaire de la concurrence n'a pas d'effet obligatoire pour le régulateur. Néanmoins, cette grammaire commune offre le cadre pour la création d'une culture de régulation, mais il ne s'agit pas du seul outil qui contribue à cette création. En effet, le pouvoir de veto de la Commission offre une considérable contribution à l'élaboration de cette culture.

Chapitre 2 : Les ARN sous l'étroite « surveillance » de la Commission

38. L'approche développée par la Commission pour consolider le marché intérieur s'est conformée au principe d'une administration indirecte¹⁵⁰. C'est-à-dire que la Commission n'exerce aucune compétence « dure » à l'égard des ARN. Il ne s'agit que d'inciter le régulateur à certains comportements ou le cas échéant de condamner l'Etat-Membre dont relève l'ARN¹⁵¹. Le cadre réglementaire des communications électroniques rompt avec ce principe. En effet, le rôle de la Commission dans la régulation des communications électroniques est renforcé¹⁵², puisqu'elle exerce désormais un pouvoir préventif et tutélaire sur les décisions des ARN (Section 1). Il s'agit d'une nouvelle dynamique institutionnelle

¹⁴⁸ CJCE, 15 février 2005, affaire C-12/03 ; Rec. I 2005, p. 1113.

¹⁴⁹ Voir le point 32 de la décision du 29 novembre 2005 « Hutchison 3G Limited v Office of Communication » du Competition appeal tribunal du royaume uni : « [...] we do not need to consider just what probative levels of evidence should be required by a regulator in relation to future conduct. » ; voir également l'intervention de Monsieur Scott lors du Séminaire organisé à Bruxelles le 30 novembre 2005 par l'institut européenne d'administration publique portant sur l'Article 7.

¹⁵⁰ Voir supra § n° 23.

¹⁵¹ Pour de plus amples détails voir infra § n°54.

¹⁵² Krüger R. Et Di Mauro L., « The article 7 consultation mechanism : managing the consolidation of the internal market for electronic communications », *Competition policy newsletters*, automne 2003, n°3, p. 33.

pour la Commission, qui prend la forme de l'administration directe. La Commission ne passe plus par l'Etat-Membre pour diriger l'action des ARN, comme dans le recours en manquement. Après plus de deux ans d'expériences de ce pouvoir, il est possible de tirer un certain nombre de conséquences de son utilisation (Section 2).

Section 1 : Le rôle renforcé de la Commission européenne dans la régulation des communications électroniques

21. Un exemple topique de la volonté d'une harmonisation par la Commission est celui du secteur des communications électroniques. L'objet de ce contrôle est d'assurer la cohérence entre la pluralité des régulations nationales, et par là-même d'assurer la consolidation du marché intérieur. En vue de l'harmonisation de l'application du cadre réglementaire, les décisions de l'ARN sont placées sous la surveillance de la Commission (§1). Dans un contexte d'une décentralisation accrue du droit communautaire de la concurrence, la création d'une procédure centralisée au niveau européen des décisions peut apparaître comme paradoxale. (§2).

§1. Le mécanisme de surveillance de la Commission

22. Cette procédure de « surveillance »¹⁵³, qualifiée par la Commission de procédure de « notification » ou de « consultation », répond à trois objectifs¹⁵⁴. Tout d'abord, La procédure vise à assurer que la régulation nationale soit conforme au principe énoncé dans les traités, notamment le droit de la concurrence. Ensuite, il s'agit de limiter l'action des ARN au seul marché où il y a une défaillance de la concurrence. Enfin, cette procédure garantit la transparence de l'action des ARN. Les modalités de la procédure de consultation sont fixées à l'article 7 de la directive « cadre ». De plus, la Commission a adopté sur le fondement de l'article 19 §1 de la directive « cadre » une recommandation¹⁵⁵ précisant les étapes de la procédure et fixant un formulaire type de réponse pour les ARN.

¹⁵³ Fichet C., « De la régulation sectorielle et de la concurrence : l'exemple du secteur des télécommunications », *LPA*, 17 octobre 2003, p. 3

¹⁵⁴ Ces objectifs ont été rappelés dans la Communication du 6 février 2006 sur les analyses de marché en application du cadre réglementaire communautaire : Consolidation du marché intérieur pour les communications électroniques ; COM(2006) 28 final, SEC(2006) 86, p. 3.

¹⁵⁵ Recommandation de la Commission du 23 juillet 2003 concernant les notifications, délais et consultations prévus par l'article 7 de la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques

23. La procédure débute par la notification à la Commission du projet de mesure de l'ARN. La Commission a précisé que ces notifications devaient comprendre le détail de l'analyse du marché pertinent, de l'état de la concurrence, éventuellement l'entreprise disposant d'une puissance de marché, les consultations publiques, ainsi que les obligations réglementaires envisagées ou supprimées¹⁵⁶. En pratique, la plupart des ARN notifient séparément leurs projets de mesure relative à l'analyse de marché, l'entreprise qui dispose d'une puissance de marché et les remèdes. Cette multiplication de notification est source de perte de temps selon la Commission. Par ailleurs, il convient de relever que l'ARN peut retirer unilatéralement à tout moment de la procédure son projet de mesure¹⁵⁷. A partir de la notification, la « phase I » débute. La Commission a alors un mois maximum pour évaluer le projet qui lui est soumis. Cette évaluation est réalisée en coopération entre les services de la direction générale de la concurrence et la direction générale de la société de l'information. La Commission n'a pas d'obligation d'envoyer une lettre pour approuver la mesure¹⁵⁸. Néanmoins, afin d'assurer la plus grande transparence, la Commission envoie une lettre qui est dépourvue de commentaires. Par ailleurs, la Commission peut envoyer une lettre comportant des observations sur l'amélioration du projet de mesure.

24. Enfin en cas de « doute grave » de la compatibilité de la mesure avec le droit communautaire ou s'il y a une entrave potentielle avec le marché intérieur¹⁵⁹, la Commission peut demander à l'ARN de procéder à des investigations supplémentaires. Cette possibilité n'est ouverte que dans deux cas, dans le cas où un marché recensé est différent de celui fixé dans la recommandation, ou dans le cas où il y a désignation ou non désignation d'une entreprise puissante sur le marché¹⁶⁰. Cette « phase II » est encadrée dans un délai de deux mois. A l'expiration de ce délai et si les doutes graves d'incompatibilité persistent, la Commission peut prendre une décision de « veto ». L'ARN devra alors procéder à une nouvelle analyse¹⁶¹. Le veto n'affecte pas le choix des remèdes¹⁶², même si la Commission

¹⁵⁶ Cf. point 6 de la recommandation du 23 juillet 2003 ; précitée.

¹⁵⁷ Cf. point 16 de la recommandation du 23 juillet 2003 ; précitée.

¹⁵⁸ Ainsi, en cas de silence de la Commission, le projet de mesure est présumé conforme aux traités. L'ARN pourra adopter la mesure.

¹⁵⁹ Point 14 de la recommandation du 23 juillet 2003 ; précitée.

¹⁶⁰ Voir article 7§4 de la directive « cadre » ; précitée.

¹⁶¹ Le pouvoir d'évocation de la Commission prévue à l'article 11 §6 du règlement n° 1/2003 présente certaines similitudes dans le mécanisme avec la procédure de « consultation » de l'article 7. En effet, les ANC ont l'obligation de communiquer à la Commission leur projet de décision un mois avant leur adoption (Article 11 §4). Bien que le pouvoir d'évocation ne soit pas lié à sa communication, il est certain que ces 2 dispositions présentent une certaine synergie. Ainsi, ce pouvoir serait exercé dans l'hypothèse où le projet de décision de l'ANC menace l'application uniforme du droit de la concurrence.

indique dans ses lettres son désaccord avec l'ARN. L'ensemble des décisions est publié sur un site internet *ad hoc*¹⁶³. A cet égard, il convient de relever que les textes français prévoient que l'ARCEP retire automatiquement son projet de mesure dès que la Commission prend une décision de « veto »¹⁶⁴.

25. Bien que la procédure de consultation puisse aboutir à une décision d'interdiction d'adopter pour une ARN, il ne s'agit pas d'une procédure contentieuse ou d'une procédure d'approbation de la mesure par la Commission. Il s'agit d'une procédure essentiellement administrative qui consiste à vérifier si la mesure est compatible avec le marché intérieur. Ainsi, au cours de cette procédure, aucune question préjudicielle ne peut être posée à la CJCE par l'ARN ou par les parties intéressées à sa décision. La Cour l'a affirmé récemment dans une ordonnance du 6 octobre 2005¹⁶⁵. Néanmoins, certaines mesures peuvent échapper au contrôle de la Commission.

26. En effet, toutes les mesures prises par les ARN ne relèvent pas de la procédure de « consultation » de l'article 7. La directive précise une exception à ce mécanisme. L'article 7 § 6 prévoit qu'en cas de circonstances exceptionnelles, l'ARN peut adopter une mesure immédiate qui ne sera pas soumise au contrôle de la Commission. C'est l'ARN qui apprécie le caractère d'urgence. Elle a simplement l'obligation de motiver sa décision et de la transmettre à la Commission. La prolongation de la décision sera soumise à la procédure de consultation. Néanmoins, aucun délai dans la directive n'est fixé pour la durée de ces mesures d'urgence. Ainsi, la France a fixé la durée de ces mesures à 6 mois¹⁶⁶. Une procédure préjudicielle est en cours sur cette question¹⁶⁷. En effet, la Cour d'appel de Bruxelles a interrogé la CJCE pour savoir si l'Etat-Membre pouvait fixer la durée de ces mesures et si cette durée pouvait être fixée à deux mois. Il est difficile de savoir quelle sera la réponse de la cour sur la durée des mesures d'urgence. Néanmoins en l'absence d'une durée précise dans la directive, c'est l'Etat qui devrait fixer cette durée.

¹⁶² Néanmoins, il est envisagé d'étendre le veto de la Commission aux remèdes. De même, il a été envisagé une procédure simplifiée. Voir la Communication du 29 juin 2006, p. 10 ; précitée.

¹⁶³ <http://forum.europa.eu.int/Public/irc/info/ecctf/library>

¹⁶⁴ Cf. article L. 37-3 du code des postes et communications électroniques

¹⁶⁵ Ordonnance du 6 octobre 2005, « Telekom Austria » ; précitée.

¹⁶⁶ Cf. article D. 306 du code des postes et communications électroniques

¹⁶⁷ Demande de décision préjudicielle présentée par la Cour d'appel de Bruxelles le 21 avril 2006, « Belgacom Mobile SA/Institut belge des services postaux et des télécommunications » ; Affaire C-190/06 ; *JOUE*, 1 juillet 2006, série C n° 154, p. 10.

§2. *Les paradoxes d'une procédure centralisée de surveillance*

27. Le règlement n°1/2003 a organisé la décentralisation de l'application du droit communautaire de la concurrence¹⁶⁸. Ainsi il a rompu en matière d'exemption¹⁶⁹ avec le système de l'autorisation préalable pour les exemptions pour lui substituer un mécanisme d'exception légale. Les entreprises n'ont plus dans l'obligation de notifier à la Commission leurs pratiques pour bénéficier d'une exemption. Cette décentralisation est renforcée par l'obligation pour les ANC et les juridictions d'appliquer le droit communautaire de la concurrence¹⁷⁰. Or en matière de communications électroniques, cette procédure de « consultation » préalable centralise au niveau de la Commission l'examen de toutes les mesures des ARN. Ce choix peut apparaître surprenant eu égard à cette décentralisation. Néanmoins, l'institution de ce nouveau pouvoir de contrôle répond au même objectif que l'ancien système d'autorisation préalable. En effet, ce système est mis en place en vue de la création d'une culture de régulation commune¹⁷¹. La création de ce socle commun est perçue par le moyen d'une application cohérente du cadre réglementaire et par là-même contribue à la consolidation du marché intérieur. Cet objectif est conforté par la mise en place d'un site internet sur lequel les décisions des ARN et les lettres de la Commission peuvent être consultées.

28. Ce choix peut apparaître paradoxal au regard des choix effectués dans d'autres secteurs régulés. En effet, il est rarement conférer de nouveaux pouvoirs à la Commission. En règle générale, les nouveaux cadres réglementaires renforcent les obligations des ARN. Ainsi, elles ont souvent une obligation de notification des mesures adoptées. De plus, ce pouvoir place les ARN sous la tutelle de la Commission. Or dans la plupart des cas, l'Etat-Membre fait écran entre l'Administration et la Commission¹⁷². Dans l'hypothèse où de nouveaux pouvoirs sont créés, il s'agit en général de pouvoirs strictement limités aux seuls échanges transfrontaliers. Ainsi le règlement sur les échanges transfrontaliers d'électricité¹⁷³ prévoit qu'en cas de

¹⁶⁸ Voir Idot L., « Le règlement 1/2003 : vers une fédéralisation, une communautarisation, ou une renationalisation du droit de la concurrence ? » in *Mélanges Gautron : les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Paris, éd. Pedone, 2004, p. 117

¹⁶⁹ Cf. article 81§3 TCE.

¹⁷⁰ Cf. Article 3 du règlement n° 1/2003 ; précité.

¹⁷¹ Communication du 6 février 2006 sur les analyses de marché en application du cadre réglementaire communautaire, p. 10, précité.

¹⁷² C'est le cas du recours en manquement ; voir infra § n°61.

¹⁷³ Voir Règlement n° 1228/2003 du 26 juin 2003 sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité, JOCE, 15 juillet 2003, série L 176, p. 1

dérogrations pour des nouvelles interconnexions, la décision de l'ARN doit être notifiée à la Commission¹⁷⁴. La Commission peut alors présenter des observations. De plus, la Commission peut demander à l'Etat ou à l'ARN de modifier ou d'annuler la décision notifiée. En cas d'irrespect de la demande, la Commission pourra former un recours en manquement¹⁷⁵. Dans un même ordre d'idée, c'est la Commission qui détermine le niveau des compensations dans les échanges transfrontalier¹⁷⁶. Néanmoins ces hypothèses restent encore limitées. De plus, ces procédures n'ont pas la même étendue que la procédure de « consultation » de l'article 7.

Section 2 : Les conséquences du renforcement du rôle de la Commission

29. La procédure de « consultation » de l'article 7 a connu un succès important. En effet, elle a donné lieu à plus 350 décisions notifiées¹⁷⁷ et 4 décisions de veto¹⁷⁸. La procédure de consultation constitue une épreuve qui teste l'efficacité de l'analyse de l'ARN¹⁷⁹. Cette procédure se présente comme un contrôle de légalité de la décision de l'ARN (§1). Un contrôle de ce type n'est pas sans soulever certaines difficultés par rapport aux principes des traités. Néanmoins, les recours contre les décisions de la procédure de l'article 7 sont toujours ouverts et permettent de nuancer ce grief (§2)

§1. Un contrôle de légalité des mesures de l'ARN

30. La Commission a utilisée son pouvoir au-delà de ce que lui imposait le cadre réglementaire. En effet, elle a répondu à chaque notification. Or, le cadre réglementaire ne le lui imposait pas cette obligation. Elle aurait pu laisser courir les délais, au quel cas son silence aurait valu décision de conformité de la mesure selon la procédure de l'article 7. Dans ces

¹⁷⁴ Cf. article 7 §5 du règlement n° 1228/2003 ; précitée.

¹⁷⁵ A notre connaissance aucune décision de la Commission n'a été prise sur le fondement de l'article 7 §5.

¹⁷⁶ Voir Lemaire C., 2003, op. cit., p. 389.

¹⁷⁷ Statistique officiel de la Commission en date de janvier 2006 ; voir MEMO/06/59 du 7 février 2006 : « Electronic communications: the Article 7 procedure and the role of the Commission - Frequently Asked Questions »

¹⁷⁸ Décision de veto du 17 mai 2005 contre l'autorité réglementaire allemande ; DE/2005/0144 : Terminaison d'appel sur divers réseaux téléphoniques publics individuels en position déterminée ; Décision de veto du 5 octobre 2004 contre l'autorité réglementaire finlandaise ; FI/2004/0082 : Accès et départ d'appel sur les réseaux téléphoniques publics mobiles en Finlande ; Décision de veto du 25 octobre 2004 contre l'autorité réglementaire autrichienne ; Cas AT/2004/0090 : Fourniture de services de transit sur le réseau téléphonique public fixe en Autriche ; Décision de veto du 27 février 2004 contre l'autorité réglementaire finlandaise ; FI/2003/0024 et FI/2003/0027.

¹⁷⁹ Laforge F., « Les notifications à l'épreuve du veto de la Commission européenne », *La lettre de l'autorité*, n° 41, Novembre 2004, p. 13

décisions de veto¹⁸⁰, la Commission a indiquée que les décisions prises étaient contraire au droit communautaire, notamment les articles 10 et 82 TCE. Néanmoins, il convient de relever que la contrariété résultait de l'insuffisance d'éléments de preuve à l'appui des analyses des ARN¹⁸¹. Ainsi pour pouvoir imposer ou supprimer des mesures, les ARN doivent indiquer dans leur analyse que la concurrence serait compromise sans cela¹⁸².

31. Cette procédure présente une certaine complémentarité par rapport aux autres pouvoirs de la Commission. D'une part, cette procédure assure l'efficacité des méthodes d'analyse commune. Il y a un phénomène de synergie entre cette procédure administrative qui ainsi rend effective les recommandations. En effet, la Commission examine la conformité au droit communautaire de la concurrence à l'aune des méthodes qu'elle fixe à l'avance. Et d'autre part, cette procédure constitue une économie de moyens pour la Commission¹⁸³. En effet, la procédure de « consultation » peut créer une « impulsion supplémentaire »¹⁸⁴ dans la suppression des mesures incompatibles avec le droit communautaire. La procédure présente une complémentarité avec le pouvoir d'engager des procédures d'infraction en manquement.

32. Le contrôle de la Commission porte sur la conformité des décisions des ARN au regard du droit communautaire de la concurrence, mais aussi au regard du droit communautaire dans sa généralité. Bien que la Commission participe à la fonction judiciaire, ce n'est pas elle qui en principe examine la légalité des actes. Or, la procédure de consultation lui confère une telle qualité. Il y aurait une violation des principes de la balance institutionnelle¹⁸⁵. Néanmoins, le grief semble devoir être nuancé. Tout d'abord, la décision de la Commission ne lie pas la CJCE. De plus, le recours à l'encontre de la mesure de l'ARN reste ouvert et l'éventuelle incompatibilité au droit communautaire peut être soulevée. Enfin, un recours à l'encontre de la décision de la Commission reste possible.

¹⁸⁰ Décisions précitées en notes de bas de page n° 178.

¹⁸¹ Mauro L. et Inotai A. G., « Market analyses under the New Regulatory Framework for electronic communications: context and principles behind the Commission's first veto decision », *Competition policy newsletters*, 2004, n° 2, p. 52 ; Grewe D., Inotai A. G. et Kramer S., « Two recent veto decisions under the new Regulatory framework for electronic communications: The importance of competition law principles in market analysis », *Competition policy newsletters*, 2005, n° 1, p. 49.

¹⁸² Henni J., « La Commission européenne devrait autoriser l'Arcep à réguler l'ADSL », *Les Echos*, mardi 26 juillet 2005, p. 19.

¹⁸³ Barros P. P., « The Economics of EU's Consultation Mechanism in Telecommunications », 14 janvier 2004. (<http://www2.fcee.ucp.pt/unicee/seminarios/NRAs+EC.pdf>)

¹⁸⁴ Communication du 6 février 2006, p. 7; précitée.

¹⁸⁵ Alonso Salterain S., « Review of the european Telecommunication legal framework – article 6 of the framework directive, a violation of the institutional balance set forth by E.U. Treaty », *computer and telecommunication law review*, 2002, p. 1

§2. *Les recours contre la décision de la Commission*

33. A titre principal, un recours en annulation sur le fondement de l'article 230 TCE peut être exercé à l'encontre de la décision de veto de la Commission. En effet, il s'agit d'un acte décisoire qui contraint l'ARN a retiré son projet de mesure. Deux types de requérant peuvent potentiellement être admis : l'ARN et les entreprises du marché régulé. L'action de l'ARN peut se voir opposer son absence de capacité pour agir en justice. En effet, toutes les ARN n'ont pas forcément la personnalité morale requise. Néanmoins, la Cour a admis qu'un organisme juridiquement indépendant¹⁸⁶ pouvait former un tel recours¹⁸⁷ et même si elle n'avait pas la capacité d'agir en justice selon le droit interne¹⁸⁸. Bien que ce recours soit ouvert, il est peu probable qu'un tel cas se présente. En effet, la procédure de l'article 7 est une procédure de consultation. De plus, peu de mesures ont fait l'objet d'un veto.

34. La capacité à agir n'est pas remise en question en ce qui concerne les entreprises. Néanmoins, deux questions se posent. D'une part, il y a la question de l'intérêt à agir contre la décision. En effet, ce n'est pas la décision de la Commission qui a un effet sur l'entreprise mais la mesure de l'ARN notifiée à la Commission. Les entreprises pourraient se voir opposer l'absence d'intérêts directs¹⁸⁹. Et d'autre part, il y a la question de l'acte attaqué. En effet, la Commission adopte deux types d'actes : une décision de veto ou des lettres dites « sans commentaire ». C'est ce dernier type d'acte qui est l'objet d'un recours actuellement. Dans une affaire¹⁹⁰, le groupe vodafone reproche à la Commission d'avoir « approuvé » la mesure de l'ARN et de ne pas avoir demandé des investigations supplémentaires alors que l'ARN désignait l'entreprise comme jouissant d'une puissance de marché collective. En outre le requérant soutient qu'il y a une inégalité de traitements en raison de la non-conformité de la décision de la Commission par rapport aux autres décisions adoptées selon la même procédure. En l'état, il est difficile de savoir quelle sera la réponse du tribunal. Néanmoins, il

¹⁸⁶ Cette indépendance peut être présumée pour les ARN. En effet, les textes communautaires obligent les Etats membres à garantir cette indépendance. Voir article 3 §2 de la directive « cadre » ; précitée.

¹⁸⁷ Voir CJCE, 8 octobre 1974, « Syndicat général du personnel des organismes européens contre Commission des Communautés européennes », affaire 18/74, Rec. 1974, p. 933 ; TPICE, 11 juillet 1996, « Sinochem Heilongjiang contre Conseil de l'Union européenne », Affaire T-161/94, Rec. II., 1996, p. 695

¹⁸⁸ Voir CJCE, 28 octobre 1982, « Groupement des Agences de voyages, Asbl, contre Commission des Communautés européennes », Affaire 135/81, Rec., 1982, p. 3799.

¹⁸⁹ Voir point 23 à 29 de la décision de la CJCE, 13 mai 1971, « IFC contre Commission », affaire 41/70, Rec. 1971, p. 411 ; voir également le point 24 de la décision du TPICE, 13 décembre 2000, « DSTV contre Commission », Rec. II, 2000, p. 4039

¹⁹⁰ Affaire T-109/06 recours introduit le 12 avril 2006, « Vodafone España et Vodafone Group contre Commission » ; JOUE C 131 3.6.2006, p. 46

est probable qu'il reconnaisse à la Commission un certain pouvoir discrétionnaire dans l'usage de la procédure « consultation ».

35. A titre incident, la question préjudicielle en interprétation¹⁹¹ reste possible. En effet, cette procédure est exclue seulement au niveau de la notification entre l'ARN et la Commission¹⁹². Mais elle reste possible au niveau du recours intenté devant les juridictions internes contre la mesure de l'ARN¹⁹³. Néanmoins, seules les parties à l'affaire devant le juge national, ou le cas échéant, le juge national, peuvent demander à ce qu'une question préjudicielle soit posée. En effet dans une affaire récente, la Commission de la régulation de l'énergie n'a pas été admise à présenter des observations devant la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation¹⁹⁴. L'analyse pour la CRE est transposable à l'ARCEP. Cette jurisprudence fait donc obstacle à une demande émanant de l'ARN durant l'instance. En outre une affaire¹⁹⁵ en cours illustre la difficulté sur la détermination des entreprises pouvant exercer un recours à l'encontre de la mesure prise par l'ARN. Ainsi, la cour demande à la CJCE si les entreprises concurrentes, qui ne sont pas l'objet de la mesure, peuvent être considérées comme des parties « affectées » au sens de l'article 4 de la directive « cadre ».

36. Le développement de pouvoirs supplémentaires pour la Commission au caractère préventif apparaît comme une voie originale par rapport au contrôle intérieur. La procédure de « consultation » a démontré son efficacité. Le réexamen du cadre réglementaire, et la consultation public à ce sujet, a fait apparaître que les opérateurs étaient satisfaits de ce nouveau mécanisme de coordination. La Commission n'envisage pas de supprimer cette procédure. Mais il reste que ces solutions se limitent au seul secteur des communications électroniques. Les autres secteurs d'activités, tels que l'électricité, le gaz, le transport ou les secteurs financiers, restent soumis au contrôle habituel de la Commission. Par ailleurs, en cas de non respect contrôle *ex ante*, la Commission devra mettre œuvre son contrôle *ex post*. La nature du contrôle mis en œuvre par la Commission est ici *a posteriori*. Dès lors, il s'agit d'examiner l'étendue de ce contrôle *ex post* dans les secteurs régulés.

¹⁹¹ Cf. article 234 TCE.

¹⁹² Cf. supra §n° 25 ; Ordonnance du 6 octobre 2005, « Telekom Austria » ; précitée.

¹⁹³ Recours prévus à l'article 4 de la directive « cadre » ; précitée.

¹⁹⁴ Com., 22 février 2005, Bull., IV, 2005, n° 31, p. 35 : « Attendu qu'aucun texte ni principe n'habilite la CRE à présenter des observations sur le pourvoi formé contre l'arrêt rendu à la suite du recours formé contre l'une de ses décisions ».

¹⁹⁵ Demande de décision préjudicielle présentée par ordonnance du Verwaltungsgerichtshof, rendue le 22 novembre 2005, dans l'affaire « Tele2 UTA Telecommunication GmbH contre Telekom-Control-Kommission » ; affaire C-426/05 JO C 22 du 28.01.2006, p. 9.

Titre 2 : Les pouvoirs de contrôle *ex post* de la Commission : Les limites d'une consolidation du marché intérieur *a posteriori*

37. A l'origine, l'intégration au marché intérieur est passée par une action normative de la communauté, *ex ante*, mais aussi par une action répressive de la Commission, *ex post*. En effet, la Commission assure une fonction de « surveillance » du marché intérieur. C'est pourquoi, elle dispose de l'essentiel de ces pouvoirs. Ces pouvoirs s'exercent à la fois à l'encontre des Etats-Membres, c'est le cas dans le recours en manquement¹⁹⁶, dans le contrôle des aides Etat¹⁹⁷, et à l'encontre des opérateurs économiques, c'est le cas dans l'application du droit communautaire de la concurrence¹⁹⁸. Ainsi, la politique de concurrence contribue à la consolidation du marché intérieur puisqu'il est un espace ouvert à la concurrence¹⁹⁹ et dans lequel elle « n'est pas faussée »²⁰⁰. Néanmoins, cette approche *ex post* est limitée pour assurer cette consolidation. En effet, une intervention négative par des sanctions est insuffisante pour assurer la construction d'un espace véritablement cohérent. Cette limite a justifié la mise en place de régulateurs sectoriels exerçant des pouvoirs *ex ante*. Mais cette mise en place modifie l'impact du contrôle *ex post* que la Commission exerce dans ces mêmes secteurs.

38. Nous examinerons ici les pouvoirs à la disposition de la Commission pour contrôler les autorités de régulation après que celles-ci aient pris une décision ou une réglementation, c'est-à-dire après une action de celle-ci. Ces pouvoirs de contrôle ont un caractère répressif. En raison de sa qualité d'autorité communautaire de concurrence, la Commission peut rétablir le marché dans l'état dans lequel il devrait être. Dans le cas où la Commission exerce sa compétence concurrentement à une régulation sectorielle, la Commission agit de manière à rétablir l'état du marché tel qu'il devrait être si l'ARN avait exercée correctement sa compétence. En ce sens, il s'agit d'un pouvoir correctif et non pas préventif puisqu'il y a eu un dommage à l'économie. Le contrôle exercé par la Commission est alors indirect puisque la sanction exercée pèse sur les entreprises (Chapitre 1). Néanmoins, ce pouvoir correctif doit s'accompagner de l'usage d'un pouvoir répressif à l'égard de l'ARN. En effet, la Commission doit pouvoir supprimer la régulation qui produit un effet contraire au droit de la concurrence.

¹⁹⁶ Voir les articles 226 et s. TCE

¹⁹⁷ Voir les articles 87 et s. TCE

¹⁹⁸ Voir les articles 81 et s. TCE.

¹⁹⁹ Voir l'article 4 TCE.

²⁰⁰ Voir l'article 3 (g) TCE.

Afin d'assurer ce contrôle, la Commission dispose de deux pouvoirs, d'une part, les décisions de l'article 86 §3, et d'autre part, la procédure d'infraction en manquement (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Le contrôle correctif de la Commission européenne sur les marchés régulés

39. Régulation sectorielle et politique de la concurrence partagent un objectif en commun : permettre la réalisation de la concurrence²⁰¹. Néanmoins, leur finalité dans cette réalisation est différente. En effet, la politique de concurrence vise à maintenir une dose praticable de concurrence, tandis que l'ARN tente une conciliation entre l'introduction de la concurrence et l'intérêt général. Cette différence d'approche est source de conflit entre le régulateur sectoriel et l'autorité de concurrence. Au niveau communautaire, la Commission peut faire usage de ce pouvoir pour intervenir dans le domaine de compétence de l'ARN (Section 2). Cette intervention a pour but de rétablir la situation qui devrait être celle du marché. En ce sens, il s'agit d'un pouvoir qui corrige l'insuffisance du régulateur pour régler cette question (Section 1). Cette intervention confirme la supériorité du droit de la concurrence sur la régulation sectorielle.

Section 1 : Un pouvoir entre ex post et ex ante

40. Dans ce domaine, la Communauté européenne a marqué sa différence avec les Etats-Unis, dont pourtant les règles de concurrence sont inspirées²⁰². En effet dans une affaire récente, la Cour suprême des Etats-Unis a réaffirmé que l'autorité de concurrence américaine ne pouvait intervenir dans un secteur soumis à une régulation sectorielle²⁰³. La Cour a fondé son raisonnement sur la présence de « gardes fou » suffisants, notamment en raison de la présence d'une régulation sectorielle²⁰⁴. Au niveau européen, la régulation sectorielle est marquée par un contexte institutionnel particulier. L'étude de ces particularités institutionnel les révèle que les ARN se trouvent dans un état d'infériorité ou de soumission par rapport à la Commission, autorité communautaire de concurrence (§1). Les décisions *ex post* de la

²⁰¹ Voir Perrot, 2002, op.cit.

²⁰² En effet, les première règle du droit de la concurrence trouve leur origine dans le Sherman Act de 1890 ; voir notamment à ce sujet : Hawk B. E., « A propos de la « concurrence par les mérites » : regards croisés sur l'article 82 CE et la section 2 du Sherman Act », *Concurrences*, 2005, n°3, p. 33.

²⁰³ Cour suprême, 13 janvier 2004, « Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko, LLP », 550 U.S. 682 ; *Concurrences*, n° 1, 2004, p. 97, note F. Daudret-John et F. Souty

²⁰⁴ Voir le commentaire à la revue *concurrentes* ; précité.

Commission sont alors des sources indirectes de règles pour les ARN. L'état d'infériorité est renforcé par la supériorité du droit de la concurrence sur la régulation sectorielle. De manière récente la Commission a réaffirmé cette supériorité (§2).

§1. Des régulateurs sectoriels soumis à la Commission

41. En France, le choix a été fait de régulateurs spécialisés. En d'autres termes, le régulateur ne dispose que de compétences pour effectuer une régulation *ex ante*. Le Royaume-Uni a fait un choix opposé. En effet, les régulateurs sectoriels disposent de compétences de régulation *ex ante* mais aussi de compétences de régulation *ex post*, c'est-à-dire que le régulateur sectoriel applique le droit de la concurrence sur le marché régulé. Il s'agit d'une compétence exclusive puisque le régulateur national de la concurrence ne peut exercer sa compétence dans le secteur soumis à une régulation sectorielle²⁰⁵. Ainsi, le Royaume-Uni a notifié à la Commission²⁰⁶ ses autorités de régulation nationales comme appliquant le droit communautaire de la concurrence, au même titre que son autorité nationale de concurrence²⁰⁷. Les Pays-Bas ont effectué un autre choix. En effet, la régulation relève de chambres spécialisée au sein de l'autorité de concurrence néerlandaise²⁰⁸. Il y a ici une confusion des compétences de régulation *ex ante* et de régulation *ex post*.

42. De plus, il convient de relever qu'il n'y a pas d'autorité de régulation communautaire. La Commission est la seule autorité supranationale. Elle est donc la seule autorité disposant d'outil d'analyse du marché transnational²⁰⁹. En outre, elle a une compétence territoriale suffisamment étendue pour résoudre des problèmes de concurrence sur l'ensemble du territoire de la Communauté.

43. Dans l'hypothèse où le régulateur dispose des pouvoirs *ex post* d'une autorité de concurrence, l'interaction avec la Commission n'est pas neutre. Ce type d'autorité doit

²⁰⁵ Voir MacEldowney J. F., « Regulators law, regulation and public services : a united kingdom perspective », in Marcou G. (Dir.) et Moderne F. (Dir.), *droit de la régulation, service public et intégration régionale : tome 2, expériences européennes*, Paris, l'Harmattan, 2005, p. 409.

²⁰⁶ Liste disponible sur le site de la DG-Concurrence de la Commission : http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/legislation/list_of_authorities_joint_statement.pdf

²⁰⁷ Notification réalisé en application de l'article 35 du règlement n° 1/2003 ; précitée.

²⁰⁸ Néanmoins, la régulation sectorielle des communications électroniques relève d'une autorité spécialisée. Voir Larouche P., « Contrôle *ex ante* et *ex post* : possibilité et contraintes en droit national, à la lumière de l'expérience néerlandaise », in Frison-Roche M-A. (Dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de sciences PO, Dalloz, 2006, p. 95.

²⁰⁹ Voir supra § n°25.

maintenir une cohérence interne à sa décision²¹⁰. C'est-à-dire que les décisions prises au titre de ses pouvoirs *ex ante* doivent être cohérents avec ces décisions *ex post*. Pour cette autorité, il s'agit l'efficacité de la régulation sectorielle. De plus, elles sont tenues plus que toute autre à la cohérence externe de leurs décisions, c'est-à-dire à respecter la position de l'autorité supranationale. En ce sens, les décisions de la Commission ont un impact *ex ante* sur la décision de ce type d'ARN²¹¹. En effet, les solutions issues du droit communautaire de la concurrence sont une source d'inspiration pour les ARN. Le nouveau cadre des communications électroniques est allé plus loin puisqu'il y a en fait une source de droit²¹². Cette solution s'impose eu égard à la hiérarchie des sources du droit communautaire.

§2. Une régulation soumise au droit de la concurrence

44. Presque tout le droit communautaire de la concurrence est issu du droit originaire des traités²¹³. Il s'agit d'une différence avec la régulation sectorielle. Cette régulation est née de directives, donc du droit dérivée. Selon les principes de la hiérarchie des sources du droit communautaire, le droit de la concurrence est supérieur à la régulation sectorielle²¹⁴. La CJCE a énoncé que le droit dérivé devait se conformer au principe du droit originaire²¹⁵. En effet, les actes de droit dérivé ne pourraient être adoptés sans l'habilitation du droit originaire et par conséquent doivent se conformer à lui. En outre, les mesures d'application nationale, telle que les décisions des ARN, sont soumis au principe de primauté du droit communautaire²¹⁶. De plus, le droit de la concurrence reste essentiellement un droit *ex post*. Par conséquent, il y a une supériorité dans le temps du contrôle *ex post* par rapport au contrôle *ex ante*.

²¹⁰ Voir Perrot, 2002, op. cit.

²¹¹ Sur la question de l'impact *ex ante* des précédents des autorités de concurrence voir : Frison-Roche M-A., « Le couple *ex ante* – *ex post*, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation », in Frison-Roche M-A. (Dir.), *les engagements dans les systèmes de régulation*, Presses de sciences Po : Dalloz, 2006, p. 33.

²¹² Voir supra § n°33.

²¹³ Les seules exceptions sont les règles en matière de concentration. Pour l'essentielle, elles sont issue d'un règlement communautaire. Voir le règlement du conseil n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *JOUE*, 29 janvier 2004, série L n°24, p. 1 ; Voir également Decocq A. et Decocq G., *Droit de la concurrence interne et communautaire*, LGDJ, collection manuel, 2ème édition, 2004, p. 171.

²¹⁴ En ce sens voir Geradin D., « Limiting the scope of article 82 EC : What can the EU learn from the U.S. supreme court's judgement in *Trinko* in the wake of *Microsoft*, *IMS*, and *Deutsche Telekom* ? », *CML rev.*, 2004, p. 1549.

²¹⁵ Voir notamment décision du TPICE, 10 juillet 1990, « Tetra Pak », affaire T-51/89, Rec. II 1990, p. 309.

²¹⁶ Voir CJCE, 15 juillet 1964, « Costa c. Enel », affaire 6/64, Rec. 1964, p. 1141.

45. La Commission a pris note de cette supériorité du droit de la concurrence. Ainsi dans une communication de 1998²¹⁷, elle a organisé l'articulation du droit de la concurrence et de la régulation sectorielle des télécommunications. « Ainsi, les règles de concurrence continuent de s'appliquer dans des cas où d'autres dispositions du traité ou du droit sont applicables »²¹⁸. En outre, les directives disposent que les ARN doivent permettre l'introduction d'une concurrence durable, ce qui oblige à prendre en considération les positions de la Commission. L'affaire Deutsche Telekom²¹⁹ illustre la mise en œuvre de cette application concurrente par la Commission. L'entreprise invoquait que ses tarifs étaient soumis à l'approbation du régulateur Allemand des communications électroniques (RegTP)²²⁰. Or, cette approbation du régulateur obéit à l'exigence de conciliation entre l'obligation de service public qui pesait sur Deutsche Telekom et l'introduction effective. Néanmoins, la Commission a rejeté cet argument et que « l'applicabilité des règles de concurrence n'es pas exclue »²²¹, puisque la régulation sectorielle laisse à l'entreprise la possibilité « d'un comportement autonome ». Cette application concurrente n'est pas sans soulever des difficultés pour les entreprises qui doivent se conformer à la régulation verticale et à la régulation horizontale.

46. Au regard du principe de sécurité juridique²²², la décision de la Commission de condamner une entreprise soumise à une régulation sectorielle peut soulever des problèmes. Ce principe consiste en la possibilité pour les personnes à pouvoir prévoir leur situation juridique. Il s'agit d'un principe général du droit communautaire (ci-après PGD)²²³. Or, les entreprises sont ainsi soumises à deux droits aux objectifs similaires auxquels ils doivent se conformer. Dès lors, la Commission devrait tenir compte de ce principe dans l'usage de ce pouvoir correctif. Néanmoins à notre connaissance, la Cour n'a jamais eu à connaître d'affaire relative à un problème d'application concurrente du droit de la concurrence et d'une régulation sectorielle. Il est donc difficile de savoir quelle serait la solution à adopter. Il n'en

²¹⁷ Communication de la Commission relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications, *JOCE*, 22 août 1998, série C n°265, p. 2

²¹⁸ Point 55 de la communication du 22 août 1998 ; précitée.

²¹⁹ Décision de la Commission 2003/707/CE du 21 mai 2003 ; Affaires COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579, « Deutsche Telekom AG » ; *JOUE*, 14 Octobre 2003, série L, 263, p. 9 ; *Europe*, Décembre 2003, n° 399, p. 16, note L. Idot

²²⁰ Considérant 53 de la décision Deutsche Telekom ; précitée.

²²¹ Considérant 54 de la décision Deutsche Telekom ; précitée.

²²² Voir le rapport public du Conseil d'État, 2006, *Sécurité juridique et complexité du droit*, La documentation française, 2006, p. 229 et s.

²²³ Voir les attendues 118 à 120 de la décision de la CJCE, 7 mai 1991, « Nakajima All Precision c. Conseil », affaire C-69/89, Rec. I 1991, p. 2069

reste pas moins que, par principe, le droit de la concurrence et la régulation sont complémentaires. Bien qu'il existe des zones de frictions entre politique de concurrence et régulation sectorielle, elles sont en définitive assez rares.

Section 2 : Les compétences concurrentes de la Commission et des ARN

47. Le domaine d'élection de cette compétence concurrente est l'article 82 TCE²²⁴. En effet, il n'existe aucune limite au champ d'application de cet article. A la différence de l'article 81, il n'y a aucune exemption possible²²⁵. Ainsi, la Commission peut intervenir dans certains domaines de compétence de l'ARN (§1). Néanmoins, il ne s'agit pas d'un pouvoir qui permet à la Commission de se substituer à l'ARN. Il permet tout au plus d'exercer une correction sur les marchés régulés. (§2)

§1. L'intervention de la Commission dans le domaine de compétence de l'ARN

48. On peut relever deux hypothèses où la Commission peut agir concurremment à une ARN. D'une part, la Commission peut intervenir sur les prix fixés par les opérateurs du marché. Et d'autre part, la Commission peut prendre des décisions qui porteront sur l'accès au réseau. Ces interventions de la Commission rentrent dans le domaine de prédilection d'une régulation *ex ante* et font apparaître la nécessité d'un contrôle répressif de la part de la Commission.

49. En matière de prix, la Commission fonde son intervention sur la notion de tarif équitable²²⁶. Ce fondement permet à la Commission de contrôler les prix qu'elle juge excessivement élevés. Nous trouvons une application de cette notion dans la théorie du « ciseau tarifaire ». En effet, la Commission considère que cet « effet de ciseau correspond ainsi à un prix d'achat non équitable au sens de l'article 82, point a), du traité »²²⁷. Encore une fois, c'est l'affaire Deutsch Telekom qui illustre parfaitement l'effet de ciseau dans les secteurs régulés. Il y a effet de ciseau tarifaire quand les prix pratiqués par l'entreprise en

²²⁴ L'application de cette article fait l'objet d'une réflexion en vue de la réforme. Voir à ce sujet : Ehlermann C-D., « Le projet de lignes directrices sur l'application de l'article 82 CE », *Concurrences*, n°2, 2006, p1 ; voir également le dossier « quelle réformes pour l'article 82 CE ? », *Concurrences*, n°4, 2005, p. 19.

²²⁵ La réforme en cours envisage cependant une possibilité d'introduire *efficiency defense* ; voir les références cités précédentes.

²²⁶ Cf. article 82 (a) TCE

²²⁷ En ce sens voir le considérant 57 de la décision Deutsch Telekom ; précitée.

position dominante sont inférieurs au prix que peuvent pratiquer ses concurrents. Il est entendu que cette différence de prix est due au tarif pratiqué par l'entreprise en position dominante à l'égard de ces concurrents dans l'accès à certaines ressources intermédiaires, telles que la boucle d'accès local²²⁸. Cet effet créait donc une barrière à l'entrée du marché. Or, la décision d'approbation du régulateur allemand aurait dû prendre en considération l'éventuel barrière créé. Ce fondement paraît extrêmement bien adapter pour remédier à l'absence de concurrence dans les secteurs en voie de libéralisation. Ainsi dans le mouvement enclenché par l'enquête sectorielle²²⁹, la Commission pourrait utiliser ce fondement pour ouvrir des procédures individuelles d'infraction aux règles de concurrence communautaire²³⁰.

50. La seconde intervention de la Commission prend appui sur la théorie des facilités essentielles. Cette théorie permet à l'autorité de concurrence d'organiser l'accès des tiers à une ressource rare. Cette ressource se trouve sous le contrôle exclusif de l'entreprise en position dominante²³¹. Cette théorie a un impact particulièrement important en matière d'industries de réseau. En effet, le réseau est souvent sous contrôle exclusif d'une seule entreprise. De plus, ce réseau ne peut pas être dupliqué ou une duplication ne serait pas viable pour les entreprises concurrentes. Dans cette perspective, la Commission exerce une compétence proche de celle d'un régulateur sectoriel²³². Bien que la Commission dispose d'outil pour corriger l'insuffisance du régulateur, ils apparaissent bien limités.

§2. Une intervention corrective limitée

51. L'approche de la Commission est une approche au cas au par cas. Cette approche limite l'efficacité de son pouvoir de correction. Ainsi en matière de facilités essentielles, il est nécessaire d'assurer une surveillance permanente sur le secteur ou de mettre en place une entreprise publique spécifique qui assurera la gestion du réseau²³³. La solution la plus efficace

²²⁸ Voir le considérant 102 de la *Deutsch Telekom* ; précitée ; voir également le site de l'ARCEP : <http://www.arcep.fr>

²²⁹ Voir surpa § n° 25

²³⁰ Pour une présentation d'ensemble des remèdes pouvant être adoptés par la Commission voir : Lévêque F., « La mise en œuvre du droit de la concurrence dans les industries électriques et gazières – problèmes et solutions », *concurrences*, n°2, 2006, p. 28.

²³¹ Voir CJCE, 6 avril 1995, « Magill », affaire C-241/91 ; voir également Decocq A. et Decocq G., 2004, op. cit., p. 368.

²³² M. Bazex M., « Entre concurrence et régulation, la théorie des facilités essentielles », *Rev. conc. consom.*, 2001, p. 37

²³³ C'est le cas du secteur de l'énergie, où a été mis en place un gestionnaire du réseau électrique qui est dénommé réseau de transport électrique (RTE) : <http://www.rte-france.com/>

pour l'effet ciseau consiste dans la surveillance *ex ante* des tarifs. En effet, la correction des tarifs au cas par cas n'empêche pas les faillites des entreprises victimes du ciseau.

52. L'action corrective de la Commission paraît insuffisante à elle seule pour assurer une concurrence effective. Il convient de rappeler que cette concurrence permet d'assurer la consolidation du marché intérieur. En effet, il substitue toujours la réglementation. Or, la réglementation a été prise par l'ARN dans l'objectif d'introduire la concurrence. Ainsi dans l'affaire Deutsch Telekom, l'entreprise soutenait que la Commission aurait du plutôt enclencher un recours en manquement puisque l'entreprise ne faisait que se conformer à une obligation légale. La Commission n'a pas rejeté l'argument. Par la suite, Deutsch Telekom s'est engagée auprès de la Commission à déposer de nouveaux tarifs devant le régulateur allemand. La Commission a précisé qu'elle ne clôturerait « cette affaire qu'une fois que la RegTP aura arrêté cette décision et uniquement si ladite décision est conforme aux engagements pris par .Deutsch Telekom »²³⁴ En d'autres termes, la Commission n'a pas exclu la possibilité d'ouvrir de nouvelles procédures et notamment à l'égard du régulateur allemand. Cette affaire illustre donc la nécessité dans un contrôle *ex post* de procéder à la fois à un contrôle correctif sur le marché et à un contrôle répressif sur la régulation.

Chapitre 2 : Les pouvoirs de sanction de la Commission sur les ARN

53. Le rôle de « gardienne des traités » de la Commission trouve son expression dans la capacité à assurer un contrôle *ex post* sur les réglementations nationales. Dans le cas des régulations économiques, le récent rapport Stoffaës encourage la Commission à employer plus son recours en manquement. Dès lors, il convient d'étudier la possibilité pour la Commission d'initier un recours en raison d'un manquement dont l'origine est une décision d'une ARN²³⁵. En effet, ce recours est la technique juridique habituelle par laquelle la Commission assure l'intégrité du droit communautaire et par là-même celle du marché intérieur (section 2). Néanmoins, cette technique n'est pas la seule. Les secteurs régulés sont caractérisés par un contexte particulier qui justifie cette régulation. En effet, il existe des entreprises publiques et des droits exclusifs accordés à certaines entreprises en raison de leur

²³⁴ IP/04/281 du 1er mars 2004 : « L'enquête menée au regard des règles de concurrence aboutit à une baisse des tarifs, en Allemagne, de l'accès à larges bandes via le partage de ligne »

²³⁵ Voir le rapport du groupe de réflexion présidé par Christian Stoffaës, *Vers une régulation européenne des réseaux*, juillet 2003, La documentation française, p. 64 ; voir également, « vers une régulation européenne des réseaux », *LPA*, 4 août 2003, n° 154, p. 3.

mission de service public. Dès lors, la Commission peut exercer son pouvoir répressif qu'elle détient de l'article 86 §3 TCE. (Section 1)

Section 1 : Le pouvoir « répressif » de l'article 86 § 3 TCE

54. Le paragraphe 3 de l'article 86 TCE présente un double visage. D'une part, il confie à la Commission un pouvoir « normatif » dans le champ d'application des paragraphes 1 et 2 du même article. : dans le domaine où il y a des entreprises publiques ou disposant de droit exclusif, la Commission peut adopter des directives²³⁶. Néanmoins, elles nécessitent d'être transposées par les Etats-Membres. C'est pour cette raison que nous excluons ce pouvoir de notre étude. Et d'autre part, il confie un pouvoir « répressif » ou « curatif »²³⁷ à la Commission. De part sa réactivité par rapport au recours en manquement, ce pouvoir apparaît comme sensiblement plus efficace dans le domaine économique (§1). Néanmoins, ce pouvoir peut sembler en voie de disparition au regard de son champ d'application si particulier (§2).

§1. Un pouvoir de décision sensiblement plus efficace que le recours en manquement

55. Afin d'assurer l'efficacité des dispositions du traité relatives à la concurrence et au marché intérieur, notamment les dispositions de l'article 86²³⁸, la Commission peut adresser des décisions qui seront obligatoires pour les Etats-Membres. Ce type de décision fût peu utilisé par la Commission jusqu'à la fin des années 80. Néanmoins lors d'une de ces premières utilisations, la CJCE a pu préciser qu'il s'agissait de décisions au sens de l'article 249 TCE²³⁹. Par conséquent, ces décisions ne peuvent être contestées que par un recours en annulation. A l'instar de la procédure en infraction, la Commission est seule juge de l'opportunité de l'utilisation de ce pouvoir. Mais il ne s'agit pas complètement d'un pouvoir « discrétionnaire » bien que la Commission ait la maîtrise de ce pouvoir et bénéficie d'un

²³⁶ Voir Bazex M., « L'art 90 § 3 du traité CEE ou le grand chambardement », *gazette du palais*, 1991, doctrine, p. 271.

²³⁷ Voir Rodrigues S., *La nouvelle régulation des services publics en Europe : énergie, postes, télécommunications et transports*, Londres, Paris, New York, éd. Tec & Doc, 2000, p. 248.

²³⁸ Voir Chérot J-Y., *Droit public économique*, Paris, Economica, 2002, p. 155.

²³⁹ CJCE, 30 juin 1988, « Commission des Communautés européennes contre République hellénique », affaire 226/87, Rec. 1988, p. 3611

pouvoir d'appréciation²⁴⁰. Ainsi, la Commission dispose d'un choix entre le recours en manquement et la décision de l'article 86 §3²⁴¹.

56. Au regard des récentes jurisprudences, le pouvoir fondé sur l'article 86 §3 n'est pas complètement discrétionnaire. En effet, la cour a considéré comme irrecevable un recours formé contre une lettre par laquelle la Commission rejetait une plainte fondée sur l'article 86²⁴². Or, le raisonnement de la cour n'est pas fondé sur le large pouvoir d'appréciation de la Commission mais sur l'absence d'un acte attaquant. De même, le TPICE a admis un recours en carence²⁴³ en raison de l'absence par la Commission de prise de position sur une plainte d'une entreprise²⁴⁴. On peut déduire que si la Commission n'a pas l'obligation d'agir, elle a l'obligation de se prononcer. De plus, la cour encadre l'action de la Commission par l'obligation de respecter les principes des droits de la défense²⁴⁵. Ainsi, la Commission a une obligation de motiver ses décisions²⁴⁶. Cette obligation va dans le sens d'un pouvoir de moins en moins discrétionnaire. Cependant, cette évolution ne réduit en rien l'efficacité de ce pouvoir.

57. D'une part, l'efficacité de ce pouvoir repose en grande partie sur sa réactivité. Cette réactivité est primordiale dans le domaine de l'économie, et particulièrement dans celui du droit de la concurrence²⁴⁷. En effet, cette célérité a pour but d'éviter que ne perdurent des situations juridiques contraires aux intérêts de la communauté. Et d'autre part, ce pouvoir procure à la Commission un avantage procédural. En effet en cas d'irrespect de la décision, la Commission devra effectuer un recours en manquement. Mais l'objet de ce litige n'est pas le bien fondé de la décision mais l'absence d'exécution par l'Etat-Membre de la décision. La

²⁴⁰ Voir notamment l'attendu 38 de la décision du TPICE du 27 octobre 1994, affaire T-32/93, Rec. II 1994, p. 1031.

²⁴¹ Voir CJCE, 29 mars 2001, « Portugal c. Commission », affaire C-163/99, Rec. I, p. 2613 ; *Europe*, mai 2001, n°177, p. 23, note L. Idot.

²⁴² Voir CJCE, 22 février 2005, « Commission c. max-mobil », affaire C-141/02, Rec. I 2005, p. 1283 ; Kotschy B., « Un nouveau concept d'acte attaquant au sens de l'article 230 CE », *RDUE*, 2005, p. 205 ; voir également une illustration récente avec l'ordonnance du TPICE du 16 février 2006, « Centro europa contre Commission », affaire T-338/04, *JOUE*, 22 avril 2006, série C n° 96, p. 13.

²⁴³ TPICE, 03 juin 1999, « TF1 / Commission », affaire T-17/96, Rec. II 1999, p. 1757.

²⁴⁴ Il convient de relever que la Commission a formé un recours contre la décision du TPICE. Néanmoins, la cour n'a pas répondu sur la question de la recevabilité du recours en carence. En effet, la Commission avait pris position. Dès lors, le recours n'avait plus d'objet. Voir la décision de la CJCE, 12 juillet 2001, « Commission et France c. TF1 », affaire C-302/99, Rec. I 2001, p. 5603.

²⁴⁵ Voir CJCE, 12 février 1992, « Pays-bas et PTT Nederland contre Commission », affaire joint C-48/90 et C-66/90, Rec. I 1992, p. 627.

²⁴⁶ Voir Rodrigues, 2000, op. cit., p. 253.

²⁴⁷ Voir Rodrigues, 2000, op. cit., p. 250

Commission se contente de soulever « le fait que l'Etat n'a pas respecté ladite décision »²⁴⁸. Ainsi, l'Etat ne peut plus invoquer l'annulation de l'acte au moment du recours en manquement²⁴⁹. De même, l'Etat ne pourrait pas, dans les mesures adoptées par lui, aller à l'encontre de l'effet utile de la décision.

58. La décision prise par la Commission est directement applicable par l'Etat-Membre. Néanmoins, ces décisions s'adressent uniquement aux Etats-Membres. Dès lors, la question se pose de savoir si une décision de l'article 86 § 3 serait directement applicable par une ARN. Mais en pratique la Commission indique les mesures qui doivent être adoptées. Le cas échéant, l'ARN peut mettre en œuvre la décision de la Commission sans attendre les indications de l'Etat dont elle relève. Cependant dans un climat de libéralisation, ce pouvoir a pu être considéré comme en voie de disparition.

§2. *Un pouvoir de contrôle « en voie de disparition » ?*

59. Le champ d'application matériel de ce pouvoir est limité. En effet, il s'agit d'assurer l'efficacité des règles de concurrence à l'égard des Etats-Membres qui sont actionnaires d'entreprise ou à qui ont été conférés des droit spéciaux ou exclusifs. Ainsi, les privatisations et les libéralisations semblent aller dans le sens d'une restriction du champ d'application de cet article. De plus, la Commission a adopté des directives sur le fondement de son pouvoir « normatif » de l'article 86 §3 qui vise à supprimer les droit exclusifs existant dans certains secteurs. Ainsi, l'article 2 de la directive n°2002/77²⁵⁰ prévoit que « les États -Membres ne peuvent accorder ni maintenir de droits exclusifs ou spéciaux pour l'établissement et/ou l'exploitation de réseaux de communications électroniques ». Cette interdiction est beaucoup plus générale que celle prévue au traité. Dès lors, il semble que le champ d'application de l'article 86 se réduise comme « une peau de chagrin » au fur et à mesure de la consolidation du marché intérieur.

60. Néanmoins, la réalité présente un aspect différent. Tout d'abord, la Commission peut utiliser ce pouvoir « curatif » afin d'assurer le respect des dispositions de la directive

²⁴⁸ Kerf M., « The policy of the Commission of E.E.C. toward national monopolies. An analysis of the measures adopted on the basis of article 90 § 3 of the E.E.C Treaty », *World competition*, 1993, p. 77.

²⁴⁹ Voir CJCE, 30 juin 1988, précitée ; Voir également Mélin-Soucramanien F., « les pouvoirs spéciaux conférés à la Commission en matière de concurrence par l'article 90, § 3, du traité de Rome », *RMCUE*, 1994, p. 601.

²⁵⁰ Directive relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques ; précitée.

n°2002/77. Ensuite, le cadre communication électronique n'abolit pas complètement les droits spéciaux, mais il en assure plutôt l'organisation notamment au travers de la notion d'obligation de service.²⁵¹ Le respect de cette obligation peut être un fondement à l'action « répressive » de la Commission. Enfin, il reste plusieurs secteurs dans lesquels la Commission n'a pas prévu d'interdiction générale par voie de directive. En conséquence, ce pouvoir va probablement perdurer à côté du recours en manquement.

Section 2 : La procédure en infraction garantie de l'intégrité du droit communautaire

61. La procédure du recours en constatation de manquement est l'une des clés de voûte du système communautaire. Au regard des instruments existants en droit international, il fût particulièrement innovant²⁵². Cette procédure est organisée aux articles 226 à 228 du traité. Encore aujourd'hui, il demeure l'outil privilégié de la bonne application et de l'efficacité du droit communautaire²⁵³. Dans le marché des communications électroniques, le recours en manquement peut apparaître d'un intérêt amoindri devant l'efficacité de la procédure de « consultation » de l'article 7 de la directive « cadre »²⁵⁴. Néanmoins, cette procédure a un domaine limité. Tandis que le recours en manquement est d'application générale. Ainsi, la Commission a initié une série de procédures en infraction pour mauvaise transposition du nouveau cadre réglementaire des communications électroniques²⁵⁵. Et certaines de ces procédures ont abouti à la condamnation de plusieurs Etats-Membres²⁵⁶ tandis que d'autres procédures sont en cours²⁵⁷. Pourtant à notre connaissance, la Commission n'a jamais initié de

²⁵¹ Directive « service universel » ; précitée.

²⁵² Ce caractère novateur et original a été souligné par la cour elle même. CJCE, 15 juin 1960, « République italienne contre Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier », affaire 20/59, Rec. 1960, p. 663

²⁵³ Voir la Communication de la Commission du 20 décembre 2002 sur l'amélioration du contrôle de l'application du droit communautaire, COM(2002)725

²⁵⁴ Voir supra § n°21.

²⁵⁵ IP/03/1356 du 9 octobre 2003 : « Communications électroniques: La Commission européenne lance des procédures en manquement contre huit États-Membres » ; IP/04/150 du 21 avril 2004 : « Six États-M membres devant la Cour de justice pour ne pas avoir instauré de nouvelles règles sur les communications électroniques »

²⁵⁶ CJCE, 15 décembre 2005, « Commission c. Grèce », affaire C-253/04, *JOUE*, 11 février 2006, série C n°36, p. 13 ; CJCE, 10 mars 2005, « Commission c. Luxembourg », affaire C-236/04, *JOUE*, 14 mai 2005, série C n°115, p. 7 ; CJCE, 14 juillet 2005, « Commission c. République française », affaire C-31/05, *JOUE*, 29 octobre 2005, série C n°271, p. 11

²⁵⁷ IP/05/875 du 7 juillet 20 05 : « La Commission prend des mesures contre 11 États_-M membres afin de garantir l'application effective de la réglementation communautaire en matière de télécommunications » ; IP/05/1585 du 14 décembre 2005 Télécommunications : « la Commission engage un nouveau cycle de procédures d'infraction mais constate aussi les résultats positifs des procédures antérieures » ; voir également le

« procédures en infraction »²⁵⁸ en raison de l'action d'une ARN. Cette possibilité lui est ouvert au regard des textes et de la jurisprudence (§1). Mais cette procédure n'est pas pleinement efficace pour contrôler l'action des ARN (§2)

§1. *Le manquement d'une autorité de régulation.*

62. Afin d'assurer le contrôle de l'application du droit communautaire, La Commission dispose du pouvoir d'initier une procédure dite « infraction »²⁵⁹. Cette procédure d'infraction constitue la phase précontentieuse du recours en manquement. Cette phase a pour fonction de permettre à l'Etat de se conformer à ses obligations ou de justifier sa situation²⁶⁰. La Commission envoie une lettre de mise en demeure qui délimitera l'objet de litige. Et si l'Etat ne s'y conforme pas, la Commission pourra adopter un avis motivé. Cet avis clôturera la phase précontentieuse par la saisie de la CJCE. Dans cette phase, la Commission dispose d'un pouvoir discrétionnaire²⁶¹. Elle est donc seule juge de l'opportunité des poursuites et la cour n'examine pas les motivations de la Commission²⁶². De plus, c'est la Commission qui définit l'objet du litige et donc par la même le manquement reproché à l'Etat-Membre.

63. Aux termes des dispositions du traité, l'auteur du manquement ne peut être qu'un Etat-Membre. Or, l'indépendance des ARN est au cœur de son fonctionnement et de sa légitimité²⁶³. Cette qualité est une exigence du cadre réglementaire communautaire des régulations économiques²⁶⁴. Cette indépendance fonctionnelle pourrait faire obstacle à l'exercice d'un recours en manquement en raison de l'action d'une ARN. Néanmoins, la notion d'Etat est comprise largement par la cour. Ainsi, selon une jurisprudence constante, la CJCE a reconnu que le comportement d'une « institution constitutionnellement

MEMO/06/158 du 6 avril 2006 : « Infringement proceedings in the field of telecoms and electronic communications: What are the issues at stake in this round? »

²⁵⁸ Communication du 20 décembre 2002, p. 3 ; précitée

²⁵⁹ Cf. article 236 TCE ; voir également Pertek J., « Les institutions communautaires : La Commissions – pouvoirs » in *Jurisclasseur Traité Europe*, fascicule n° 231.

²⁶⁰ Voir Boulois J., Darmon M. et Huglo J-G., *Contentieux communautaire*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2000, p. 257.

²⁶¹ Voir CJCE, 30 mai 1989, « Commission des Communautés européennes contre Conseil des Communautés européennes », Affaire 242/87, Rec. 1989, p. 1425.

²⁶² Voir CJCE, 21 juin 1988, « Commission contre Ireland », Affaire 415/85, Rec. 1988, p. 3097.

²⁶³ Voir Marimbert J., « Les conditions de l'indépendance comme facteur de légitimité », in Frison-Roche M-A. (Dir.), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Presses de sciences PO : Dalloz, 2004, p. 83.

²⁶⁴ Cf. article 3§2 de la directive « cadre », article 23 de la directive « électricité » et article 25 de la directive « gaz » ; précitées.

indépendante » pouvait être constitutif d'un manquement²⁶⁵. Cette jurisprudence trouve une confirmation dans une affaire récente. En effet, la cour considère qu'un manquement peut résulter de la jurisprudence de la Cour suprême d'un Etat-Membre²⁶⁶, en l'espèce l'Italie. Par conséquence, un manquement pourrait résulter de l'action d'un régulateur. Le lien organique existant entre le régulateur et l'Etat justifie l'action en manquement. Néanmoins, le propos est à nuancer.

64. En effet, il est nécessaire que le manquement soit suffisamment caractérisé. Ainsi, une seule décision isolée d'un régulateur serait insuffisante pour constituer un manquement. Cette analyse est confortée par la possibilité de pouvoir former un recours de pleine juridiction contre la décision de l'ARN. Dans la décision contre l'Italie, la cour a admis qu'une « décision de justice isolée [...] ne saurait être prise en compte »²⁶⁷. Dès lors, le manquement ne pourrait résulter que d'un ensemble de décision de l'ARN ou d'une décision inscrite dans la durée contraire au droit communautaire et qui ne serait pas infirmée par les tribunaux de l'Etat-Membre. Ainsi, certains commentateurs²⁶⁸ de l'affaire *Deutsch Telekom*²⁶⁹ avaient estimé que la Commission aurait du ouvrir une procédure en infraction à l'encontre de l'Etat Allemand pour contrariété des articles 10 et 82 CE²⁷⁰. De plus, si le droit national ne prévoit pas de recours contre la décision de l'ARN, la Commission pourrait ouvrir un recours en manquement. Néanmoins, un recours en manquement ne peut être introduit qu'en raison d'un manquement positif mais aussi qu'en raison d'un manquement négatif.

65. Le manquement est une contrariété du droit national à une obligation émanant du traité ou à l'application du droit dérivé²⁷¹. Selon une jurisprudence constante, le manquement peut résulter d'une action positive de l'Etat-Membre mais aussi d'une abstention de sa part²⁷². Ce

²⁶⁵ Voir l'attendu 15 de la décision de la CJCE, 5 mai 1970, « Commission des Communautés européennes contre royaume de Belgique », affaire 77/69, Rec. 1970, p. 237; voir également l'attendu 9 de la décision de la CJCE, 18 novembre 1970, « Commission des Communautés européennes contre République italienne », affaire 8/70, Rec. 1970, p. 961

²⁶⁶ CJCE, 09 décembre 2003, « Commission c. Italie », affaire C6129/00, Rec. I 2003, p. 14637 ; *RTDE*, 2004, p. 200, note Z. Peerbux-Beaugendre

²⁶⁷ Attendu 32 de la décision précitée à la note en bas de page n°266.

²⁶⁸ Voir notamment Geradin D., *CML rev.*, 2004, p. 1550 ; précitée.

²⁶⁹ Décision précitée.

²⁷⁰ Il a été aussi proposé de prendre une décision sur le fondement de l'article 86 §3. Voir supra § n°45.

²⁷¹ Voir Boulois J., Darmon M. et Huglo J-G., *Contentieux communautaire*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2000, p. 247.

²⁷² Voir CJCE, 17 février 1970, « Commission des Communautés européennes contre République italienne », affaire 31-69, Rec. 1970, p. 25 ; Voir également CJCE, 9 décembre 1997, « Commission des Communautés européennes contre République française », affaire C-265/95, Rec. I 1970, p. 6959 ; Dubouis L., « La guerre de la fraise: L'impuissance publique sous la toise du droit communautaire », *RFDA*, 1998, p. 120 ; *CML Rev.*, 1998, p. 1371, note M. Jarvis

manquement négatif au droit communautaire est particulièrement intéressant pour la régulation économique. Ainsi, la procédure en manquement initiée par la Commission peut donner une impulsion aux ARN pour agir. Il s'agit d'un « levier » à la disposition de la Commission. En outre, la situation institutionnelle de l'Etat-Membre ne peut pas constituer une justification de ce manquement²⁷³. Dans le secteur des communications électroniques, la Commission a envisagé d'utiliser un recours en manquement contre les Etats dont les ARN tardaient à notifier les premières analyses de marché²⁷⁴. Au final, la procédure n'a pas été poussée jusqu'à son terme. En effet, les ARN ont débuté leur notifications d'analyses de marché peu de temps après. Ainsi, la procédure avait perdu de son intérêt. De plus, la simple mise en œuvre pratique d'une directive par l'Administration de l'Etat-Membre est insuffisante²⁷⁵. Ainsi, une ARN ne pourrait invoquer son inexécution en fait de sa décision contraire au droit communautaire pour échapper à la procédure en manquement.

§2. *L'efficacité de la procédure d'infraction dans le domaine de la régulation économique.*

66. Le principal obstacle à l'efficacité de la procédure en infraction, c'est qu'il s'agit d'un contrôle *ex post* de l'application du droit communautaire. : 'il intervient nécessairement après que le manquement se soit produit. Or, dans les régulations économiques, les décisions ont une incidence presque immédiate. Ainsi, la décision qui va constater le manquement arrivera parfois trop tard. Les récentes décisions de la CJCE en matière de transposition du cadre réglementaire des communications électroniques offrent une illustration de cette difficulté. En effet, récemment, la cour a condamné par deux fois pour mauvaises transpositions le Luxembourg. La première condamnation²⁷⁶ intervient pour une mauvaise transposition du nouveau cadre réglementaire, tandis que la seconde condamnation²⁷⁷ porte sur une mauvaise transposition de l'ancien cadre réglementaire. Ainsi, la seconde décision intervient pour un manquement à une obligation qui a été abrogée. L'Etat du Luxembourg a indiqué que la

²⁷³ Ainsi, l'Etat Grec ne pouvait invoquer l'existence d'élections pour justifier son retard dans la transposition du nouveau cadre réglementaire des communications électroniques. Voir la décision de la CJCE, 15 décembre 2005 ; précitée.

²⁷⁴ IP/05/1269, du 13 octobre 2005 : « Communications électroniques : la Commission poursuit neuf États-Membres en vue d'instaurer des conditions concurrentielles sur le marché »

²⁷⁵ Attendue 6 de la décision de la CJCE, 18 mai 2006, « Commission contre Luxembourg », affaire C-354-05, *JOUE*, 15 juillet 2006, série C n°165, p. 11.

²⁷⁶ Voir la décision de la CJCE du 10 mars 2005 ; précitée.

²⁷⁷ Voir CJCE, 8 décembre 2005, « Commission c. Luxembourg », affaire C-33/04 ; *JOUE*, 11 février 2006, série C n°36, p. 8.

décision de constatations en manquement aboutirait à une « condamnation de principe »²⁷⁸. Néanmoins, la cour n'a pas retenu les arguments de l'Etat. Pourtant, cette condamnation présente peu d'intérêts pour assurer l'efficacité du processus de consolidation du marché intérieur²⁷⁹. L'efficacité de la procédure en infraction résulte plus de la phase précontentieuse. Néanmoins, ce grief peut être nuancé puisqu'il peut y avoir des mesures provisoires.

67. Afin de palier à ce manque d'efficacité dans le temps pour le recours en manquement, la Commission peut demander à la cour des mesures provisoires sur le fondement de l'article 243 TCE. Ces mesures ne peuvent être ordonnées par la cour que si elles sont nécessaires pour éviter un préjudice irréparable²⁸⁰. En outre, la cour effectue un examen *prima facie* de la demande la Commission. De plus, elle opère une balance des intérêts en présence. Ces mesures provisoires peuvent incorporer des injonctions de cesser le dommage mais aussi comporter des obligations supplémentaires pour son destinataire. Dans une affaire récente relative au secteur du transport ferroviaire, la Cour a demandé à ce que les autorités autrichiennes sursoient à l'exécution d'une interdiction sectorielle circulée²⁸¹. La Commission estimait que la mesure était contraire au principe de libre prestation de services et aux directives qui harmonisent ce secteur d'activité. Ces mesures provisoires sont donc particulièrement importantes dans le domaine de la régulation économique. Elle évite des dommages qui ne pourraient être pleinement compensés par l'octroi d'une indemnité.

68. Enfin, cette procédure est celle qui assure l'efficacité de toutes les autres. En effet si un Etat n'exécute pas une décision de la Commission, sur le fondement de l'article 7 de la directive « cadre » ou sur le fondement de l'article 86 §3, la Commission devra enclencher une procédure d'infraction. Pour éviter des manquements sur manquement²⁸², l'efficacité de la procédure peut être garantie par la possibilité de sanctions pécuniaires. Cette sanction est fondée sur l'article 228-2. Elle peut prendre deux formes : un montant forfaitaire ou une

²⁷⁸ Attendu 64 de la décision du 8 décembre 2005 ; précitée.

²⁷⁹ Cette condamnation peut présenter un intérêt pour les ressortissants des Etats-Membres. En effet, ils peuvent entreprendre des actions en responsabilité à l'encontre de l'Etat défaillant. Voir CJCE, 19 novembre 1991, « Francovich », affaire C-6/9, Rec. I 1991, p. 5357 ; CJCE, 5 mars 1996, « Brasserie du Pêcheur et Factortame », affaire C-46/93, Rec. I 1996, p. 1029 ; CJCE, 30 septembre 2003, « Köbler », affaire C-224/01, Rec. I 2003, p. 10239.

²⁸⁰ Voir CJCE, ordonnance, 4 mars 1982, « Commission c. France », affaire 42/82 R, Rec. 1982, p. 841.

²⁸¹ Voir CJCE, ordonnance, 02 octobre 2003, « Commission c. Autriche », affaire C-320/03 R., Rec. I 2003, p. 11665.

²⁸² Voir sur ce point Rodolphe M., « Comment pallier les manquements du recours en manquement ? », *Europe*, 1999, n°2, p. 4.

astreinte. Les deux types de sanctions peuvent être cumulés²⁸³ garantissant l'efficacité de l'exécution de la procédure. Bien que le recours en manquement ne soit pas toujours pleinement efficace, il reste la clé de la mise en œuvre des décisions de la Commission.

²⁸³ Voir CJCE, 12 juillet 2005, « Commission contre France », affaire C-304/02.

Conclusion

69. L'achèvement du marché intérieur exige la coordination des différentes réglementations nationales. Néanmoins, la coopération, même sous la forme d'un réseau d'autorités, a ses limites. Et ses limites tracent le cadre de l'exercice par la Commission des ses pouvoirs. Ainsi, c'est parce qu'il y a une insuffisance des solutions coordonnées que la Commission doit faire usage de pouvoirs préventifs et coercitifs. Dès lors, la forme du réseau d'autorités est une pyramide, dont la tête est la Commission européenne²⁸⁴.

70. L'action de la Commission à l'égard des ARN est une action essentiellement régulatrice de leurs activités. Ainsi, les pouvoirs de contrôle de la Commission, qu'ils soient *ex ante* ou *ex post*, lui permettent d'être le régulateur des réseaux de régulateurs²⁸⁵. Il convient de rappeler que dans le projet d'acte interinstitutionnel²⁸⁶, la régulation consiste dans le développement de moyens incitatifs, tels que l'évaluation de l'application des règles, l'émission de recommandation²⁸⁷ et la mise en réseau.

71. Cette action régulatrice de la Commission est d'autant plus importante que ces organes, les autorités de régulation, échappent aux formes traditionnelles du contrôle. En effet en raison de leur indépendance, les modes de contrôle politique et administratif s'exercent plus difficilement et avec une efficacité moindre. Les pouvoirs de la Commission forcent les régulateurs à motiver et à justifier aussi bien leurs décisions que leurs actions. Ils contribuent à favoriser la transparence de leurs actions.

72. Bien que la Commission n'assure pas le rôle d'une autorité de régulation communautaire. Elle est pourtant le promoteur de cette régulation sectorielle. Elle prévient, incite, corrige et réprime l'action des régulateurs nationaux, afin que cette action se conforme aux objectifs du marché intérieur et du cadre réglementaire.

²⁸⁴ Grard L., « Le développement des réseaux européens d'autorités en droit public des affaires : vers de nouveaux circuits de régulation sur le marché unique », in *Mélanges Gautron : les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Paris, éd. Pedone, 2004, p. 83.

²⁸⁵ Majone G., *La communauté européenne : un Etat régulateur*, Paris, Montchrestien, coll. Clef politique, 1996, p. 145.

²⁸⁶ Projet du 25 février 2005 ; précitée.

²⁸⁷ Voir supra § n°34.

73. L'expérience acquise dans les secteurs des communications électroniques a démontré qu'il était possible d'arriver à une application consistante et cohérente d'un cadre réglementaire commun²⁸⁸. Sans étouffer l'originalité et la spécificité de chaque réglementation, la Commission assure une mise en ordre à la fois pluraliste et cohérente²⁸⁹. La Commission européenne a ainsi pu développer l'ensemble de ces pouvoirs *ex post* et *ex ante*. En conséquence, on peut s'interroger sur une extension de ce contrôle « complet » dans d'autres secteurs régulés, notamment les secteurs de l'énergie.

74. L'application de pouvoirs *ex ante* à ces autres secteurs activité relève plus de la spéculation politique que de la science juridique. En effet, il reste que les secteurs soumis à une réglementation économique sont souvent politiquement sensibles. Ainsi, le renforcement des pouvoirs de la Commission s'interprète toujours comme une concession de souveraineté.

75. Dès lors, il y a une possibilité à l'alternative au renforcement des pouvoirs de la Commission européenne. Cette alternative consisterait dans la mise en place d'autorités de réglementation communautaire disposant de ces mêmes pouvoirs *ex ante*.

76. Ce choix semble exclu dans les secteurs financiers et dans les communications électroniques. Néanmoins, elle est la solution adoptée dans le secteur des transports²⁹⁰. De plus, La Commission est favorable à la mise en place d'un coordinateur européen pour le secteur de l'énergie²⁹¹. Bien qu'hostile en partie à cette solution²⁹², le Conseil semble finalement s'y rallier²⁹³.

77. La frontière entre le renforcement des pouvoirs de la Commission et la mise en place d'un régulateur communautaire semble se trouver dans la qualité pérenne ou non de la

²⁸⁸ Voir Hocepiet C. et de Streele A., « Harmonisation without centralisation : two years with the EU regulatory framework for Electronic communications », Frison-Roche M-A. (Dir.), *Les engagements dans les systèmes de réglementation*, Paris, Presses de sciences PO, Dalloz, 2006, p. 75.

²⁸⁹ Voir Delmas-Marty, *le pluralisme ordonné*, Seuil, 2006.

²⁹⁰ Voir Grard L., « Sécurité et transport dans l'Union européenne : le recours aux agences de réglementation », in *rapport Stoffaës*, 2003, op. cit., p. 61.

²⁹¹ Voir notamment le Livre Vert de la Commission du 8 mars 2006, Une stratégie européenne pour une énergie sûre, compétitive et durable, COM(2006) 105, SEC(2006) 317, p. 6; voir également Mocilnikar A-T., « Arguments et conditions pour une autorité européenne de l'électricité et du gaz », in *rapport Stoffaës*, 2003, op. cit., p. 71.

²⁹² Voir la délibération du conseil 28 juin 2005

²⁹³ En ce sens voir l'article 10 du projet de décision du 17 juillet 2006 du parlement et du conseil établissant des orientations relatives aux réseaux transeuropéens d'énergie et abrogeant la décision n°96/391/CE et la décision n°1229/2003/CE

régulation sectorielle. En effet, la régulation des communications électroniques est une régulation transitoire vers la concurrence²⁹⁴. A terme ce secteur ne serait régulé que par le seul droit de la concurrence²⁹⁵. Tandis que le secteur de l'énergie est destiné à une régulation plus permanente en raison des risques que comporte cette industrie²⁹⁶. la nouvelle entité exercerait des pouvoirs *ex ante* semblable à ceux que la Commission exerce dans les secteurs des communications électronique.

78. Néanmoins, la Commission exercera toujours un contrôle sur l'activité des ARN. La qualité première de la Commission est d'être la « gardienne » du marché intérieur. Elle discipline les régulateurs nationaux pour accomplir son objectif premier : assurer la consolidation du marché intérieur. En effet, l'exercice d'un contrôle *ex post* et *ex ante* assure l'intégrité du marché.

« Mieux qu'un cercle la pyramide pouvait répondre à deux exigences : être assez complète pour former un réseau sans lacune -- possibilité par conséquent de multiplier ses échelons, et de les répartir sur toute la surface à contrôler ; et pourtant être assez discrète pour ne pas peser d'un poids inerte sur l'activité à discipliner, et ne pas être pour elle un frein ou un obstacle ; s'intégrer au dispositif disciplinaire comme une fonction qui en accroît les effets possibles. »

Foucault M., Surveiller et punir, Gallimard, p. 205

²⁹⁴ Justier S., « Marché de gros de la téléphonie mobile en France : vers une absence de régulation ? », *Communication Commerce électronique*, n°10, octobre 2005, p. 35.

²⁹⁵ Fichet C., « De la régulation sectorielle et de la concurrence : l'exemple du secteur des télécommunications », *LPA*, 17 octobre 2003, n°208, p. 3.

²⁹⁶ Voir Ziller J., « La régulation comme prévention des crises », in Frison-Roche M-A. (Dir.), *Les risques de régulation*, Paris : Presses de science PO, Dalloz, 2005, 51.

Liste des principales abréviations

AJDA :	Actualité juridique du droit Administratif
ANC :	Autorité national de concurrence
ARN :	Autorité de régulation national
ARCEP :	Autorité de régulation des communications électroniques et des postes
CEDH :	Cour européenne des droits de l’homme
CERMV :	Comité européen des régulateurs des marchés de valeurs mobilières
CJCE :	Cour de justice des Communautés européenne
CML rev. :	Common market law review
Com :	Chambre Commerciale de la Cour de Cassation
CRE :	Commission de régulation de l’énergie
D. :	Dalloz
DG :	Direction générale
JCP :	La semaine juridique
JCP E :	Semaine juridique édition entreprise
JOCE :	Journal officiel des communautés européennes
JOUE :	Journal officiel de l’Union européenne
JORF :	Journal officiel de la république française
LPA :	Les petites affiches
RDUE :	Revue du droit de l’Union européenne
RDP :	Revue du droit public
RFAP :	Revue française administration publique
RMCUE :	revue du marché commun de l’Union européenne
RTDE :	Revue Trimestrielle de droit Européen
RTD civ. :	Revue Trimestrielle de droit civil
TPICE :	Tribunal de première instance des Communautés européenne
TCE :	Traités des Communautés européenne
TPICE :	Tribunal de première instance des Communautés européenne
UE :	Union Européenne

Bibliographie

I. Ouvrages généraux

Blumann C. et Dubouis L., *Droit matériel de l'Union européenne*, 3^{ème} éd., Paris, Montchrestien, Domat droit public, 2004.

Boulouis J., Chevallier R-M., Fasquelle D. et Blanquet M., *Les grands arrêts de la jurisprudence communautaire, Tome 2 : Droit communautaire des affaires, marché intérieur, politiques communautaires*, Paris, Dalloz, 5^{ème} éd., 2002.

Boulouis J., Darmon M. et Huglo J-G., *Contentieux communautaire*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 2000.

Boulouis J. et Chevallier R-M., *Grands arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes. Tome 1 : Caractères généraux du droit communautaire, droit institutionnel, contrôle juridictionnel*, Paris, Dalloz, 6^{ème} éd., 1994

Chérot J-Y., *Droit public économique*, Paris, Economica, 2002.

Decocq A. et Decocq G., *Droit de la concurrence interne et communautaire*, LGDJ, collection manuel, 2^{ème} édition, 2004.

Fallon M., *Droit matériel général de l'Union européenne*, Louvain-la-Neuve, Bruylant, 2^{ème} éd., 2003.

Frison-Roche M-A., *Droit de la concurrence*, Dalloz, 2006.

Manin P., *L'Union européenne : institutions, ordre juridique, contentieux*, Paris, A. Pedone, 2005.

Du Marais B., *Droit public de la régulation économique*, Paris, Presses de sciences Po, Dalloz, 2004.

II. monographies

Buigues P. (Dir.) et Rey P. (Dir.), *The economics of antitrust and regulation in telecommunications : perspectives for the new European framework*, E. Elgar, 2004.

Cameron P. D. (Dir.), *Legal aspects of EU energy regulation: implementing the new directives on electricity and gas across Europe*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2005.

Clamour G., *Intérêt général et concurrence : Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, 2006.

Garzaniti L., *Telecommunications, broadcasting and the Internet : EU competition law and regulation*, London : Thomson Sweet & Maxwell, 2003.

Idot L., *Droit communautaire de la concurrence : le nouveau système communautaire de mises en oeuvre des articles 81 et 82 CE*, Bruylant, 2004.

Lemaire C., *Energie et concurrence : recherche sur les mutations juridiques induites par la libéralisation des secteurs de l'électricité et du gaz*, Presses universitaire d'Aix-Marseille, 2003.

Majone G., *La communauté européenne : un Etat régulateur*, Paris, Montchrestien, coll. Clef politique, 1996.

Marcou G. (Dir.) et Moderne F. (Dir.), *droit de la régulation, service public et intégration régionale : tome 1, apport du droit comparé*, Paris, l'Harmattan, 2005.

Marcou G. (Dir.) et Moderne F. (Dir.), *droit de la régulation, service public et intégration régionale : tome 2, expériences européennes*, Paris, l'Harmattan, 2005.

Rodrigues S., *La nouvelle régulation des services publics en Europe : energie, postes, télécommunications et transports*, Londres, Paris, New York, éd. Tec & Doc, 2000.

III. Dictionnaire et encyclopédie

Barav A. et Philip C., *Dictionnaire juridique des communautés européennes*, Paris, PUF, 1993.

Bout R. (Dir.), Bruschi M., Luby M. et Poillot-Perruzzetto S., *Lamy droit économique : concurrence, distribution, consommation*, Paris : Lamy, 2006.

Cadiet L. (Dir.) et Amrani-Mekki S. (Dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004.

Cornu G. (Dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 5^{ème} éd., 2005.

Jurisqueurope Europe Traité :

- Pertek J., « les institutions communautaires : La Commission – Pouvoirs », Fascicule n° 231
- Achillès P., « Droit communautaire des communications électroniques », Fascicule n° 1225.
- Simon D., « RECOURS JURIDICTIONNELS – Recours en constatations de manquement – Nature du manquement – Procédure en constatation », Fascicule n° 380.
- Simon D., « RECOURS JURIDICTIONNELS – Recours en constatation de manquement – Effet de la constatation – Procédures spécifiques », Fascicule n° 381.

Vivant M. (Dir.), Rapp L., Guibal M., Warsfel B., Bilon J-L., Mallet-Poujol N. et Vercken G., *Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, Paris : Lamy, 2005.

IV. Conférences et colloques

« Article 7 of Framework directive 2002/21/EC on Electronic communication », Séminaire organisé à Bruxelles le 30 novembre 2005 par l'institut européenne d'administration publique.

(Synthèse disponible sur le site : http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecom/doc/article_7/proceedings_art7_seminar_for_national_judges_301120052.pdf et présentation power point disponible sur : http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecom/article_7/presentations/index_en.htm)

Open Workshop on the « electronic communications consultation mechanism provided for by Article 7 of the Framework Directive 2002/21/EC », organisé à Bruxelles le 15 juillet 2003 (présentation Power Point disponible sur : http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecom/doc/workshop_electronic_comm_cons_mech/2003_1507_workshop_%20art7_organisation_final_public.ppt)

« Balancing Antitrust and Regulation in Network Industries. » La 3e conférence internationale organisée par l'École des mines et la faculté de droit de l'Université de Californie, Berkeley, organisé à Paris le 12 et 13 janvier 2006. (Actes des colloques partiellement disponibles sur le site : http://www.cerna.ensmp.fr/cerna_regulation/Prog/PastEvents.htm)

Intervention du 21 novembre 2005 de M. Nicolas Laederich, membre de la direction de la concurrence et réglementation chez France télécom, portant sur « les pouvoirs de la Commission européenne sur les autorités de régulation des télécommunications ».

V. Articles et chroniques

Achilléas P., « Un nouveau cadre réglementaire pour les communications électroniques en France », *Communication Commerce électronique*, n° 11, Novembre 2004, Etude n° 37.

Alonso Salterain S., « Review of the european Telecommunication legal framework – article 6 of the framework directive, a violation of the institutional balance set forth by E.U. Treaty », *computer and telecommunication law review*, 2002, p. 1.

Ascensio H., « L'interrégulation et relations internationales entre Etats », in Frison-Roche M-A. (Dir.), *Les risques de régulation*, Paris, Presses de science PO, Dalloz, 2005, p. 81.

Barbier de la Serre E., « Le renouveau des enquêtes sectorielles de la commission », *Revue Lamy de la concurrence*, Août 2005, n° 4, p. 68.

Barros P. P., « The Economics of EU's Consultation Mechanism in Telecommunications », 14 janvier 2004. (<http://www2.fcee.ucp.pt/unicee/seminarios/NRAs+EC.pdf>)

Bavasso A. F., « Electronic communications : a new paradigm for European regulation », *CML Rev.*, 2004, p. 87.

Bazex M., « L'art 90 § 3 du traité CEE ou le grand chambardement », *gazette du palais*, 1991, doctrine, p. 271.

Boy L., « Réflexions sur le « droit de la régulation » », *D.*, 2001, p. 3031.

Buigues P-A., Guersent O. et Pons J-F., « Les services publics en réseau : les institutions de l'Union européenne et les Etats membres », in Henry C. (Dir.), Matheu M. (Dir.) et Jeunemaitre A. (Dir.), *Réguler les services en réseaux : l'expérience européenne*, Paris, La documentation française, 2003, p. 209.

Buigues P-A., Guersent O. et Pons J-F., « Modèles possibles pour une future régulation en Europe », in Henry C. (Dir.), Matheu M. (Dir.) et Jeunemaitre A. (Dir.), *Réguler les services en réseaux : l'expérience européenne*, Paris, La documentation française, 2003, p. 225.

Calvet H., « Les incidences du droit européen sur la régulation nationale », in Frison-Roche M-A. (dir.), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de sciences PO, Dalloz, 2004, p. 34.

Champaud C., « Régulation et droit économique », *RIDE*, 2002, p. 23

Chérot J-Y., « Les techniques juridiques de cohérence entre régulations nationales et communautaires : l'articulation des autorités nationales et de la commission dans la mise en œuvre des politiques communes », in Frison-Roche M-A. (Dir.), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de sciences PO, Dalloz, 2004, p.144.

Chérot J-Y., « L'imprégnation du droit de la régulation par le droit communautaire », *LPA*, 03 juin 2002, p. 17.

Choné P., « Droit de la concurrence et régulation sectorielle; entre *ex ante* et *ex post* », Frison-Roche M-A. (Dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de sciences PO, Dalloz, 2006, p. 49.

Colasanti F., « Assurer une mise en oeuvre convergente des directives entre Etats membres », *La lettre de l'autorité*, n°36, Février 2004, p. 13

Desselas S., « Vers des autorités de régulation communautaire indépendante ? A propos du rapport Stoffaës », *Journal des tribunaux de droit européen*, 2004, p. 70.

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

Frison-Roche M-A., « Le couple *ex ante* – *ex post*, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation », in Frison-Roche M-A. (Dir.), *les engagements dans les systèmes de régulation*, Presses de sciences Po : Dalloz, 2006, p. 33

Frison-Roche M-A., « L'hypothèse de l'interrégulation », in Frison-Roche M-A. (Dir.), *Les risques de régulation*, Paris, Presses de science PO, Dalloz, 2005, p. 69.

Frison-Roche M-A., « les nouveaux champs de la régulation », *RFAP*, 2004, p. 53

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

Geradin D., « Hiérarchie des pouvoirs dans le système communautaire de régulation », in Frison-Roche M-A. (Dir.), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de sciences PO, Dalloz, 2004, p. 19.

Geradin D. et Petit N., « The Development of Agencies at EU and National Levels: Conceptual Analysis and Proposals for Reform », *Jean Monnet working paper*, 01/04, (disponible sur <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/papers04.html>)

Geradin D., « Limiting the scope of article 82 EC : What can the EU learn from the U.S. supreme court's judgement in *Trinko* in the wake of *Microsoft*, *IMS*, and *Deutsche Telekom* ? », *CML rev.*, 2004, p. 1519.

Geradin D. et Petit N., « droit de la concurrence et recours en annulation à l'ère post-modernisation », *RTDE*, 2005, p. 795.

Grard L., « L'interrégulation pour accompagner la libéralisation de l'énergie et des télécommunications », *JCP E*, supplément, n° 2, cahiers de droit de l'entreprise, 2004, p. 11.

Grard L., « Le développement des réseaux européens d'autorités en droit public des affaires : vers de nouveaux circuits de régulation sur le marché unique », in *Mélanges Gautron : les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Paris, éd. Pedone, 2004, p. 83

Grewe D., Inotai A. G. et Kramer S., « Two recent veto decisions under the new Regulatory framework for electronic communications: The importance of competition law principles in market analysis », *Competition policy newsletters*, 2005, n° 1, p. 49.

Grewe D., « Action against Deutsche Telekom supports the development of competition in German broadband markets », *Competition policy newsletters*, 2005, n° 3, p. 57.

Kerf M., « The policy of the Commission of E.E.C. toward national monopolies. An analysis of the measures adopted on the basis of article 90 § 3 of the E.E.C Treaty », *World competition*, 1993, p. 77

De Grove-Valdeyron N., « Les agences de la communauté sont-elles des autorités de régulation ? », *JCP E*, supplément, n° 2, cahiers de droit de l'entreprise, 2004, p. 22.

Van Haasteren A. et Georgiev G. S., « Commission launches inquiries into the energy and financial service sectors », *Competition policy newsletters*, 2005, n° 3, p. 51.

Hansen J-P., « La construction d'une culture européenne de régulation faisant l'économie de l'articulation entre régulation hétérogènes », in Frison-Roche M-A. (Dir.), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de sciences PO, Dalloz, 2004, p. 171.

Henni J., « La Commission européenne devrait autoriser l'Arcep à réguler l'ADSL », *Les Echos*, mardi 26 juillet 2005, p. 19.

Hocepiéd C. et de Streel A., « Harmonisation without centralisation : two years with the EU regulatory framework for Electronic communications », Frison-Roche M-A. (Dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de sciences PO, Dalloz, 2006, p. 75.

Jouyet J-P., « Articulation ou désarticulation des régulations nationales et internationales entre Etats », in Frison-Roche M-A. (Dir.), *Les risques de régulation*, Paris, Presses de science PO, 2005, Dalloz, p. 115.

Justier S., « Marché de gros de la téléphonie mobile en France : vers une absence de régulation ? », *Communication, Commerce, électronique*, n° 10, Octobre 2005, étude n° 35.

Klotz R., « Two Commission decisions on price abuse in the telecommunications sector », *Competition policy newsletters*, 2003, n°3, p. 8.

Krüger R. Et Di Mauro L., « consolidation of the internal market for electronic communications », *Competition policy newsletters*, 2003, n°3, p. 33.

Laforge F., « Les notifications à l'épreuve du veto de la Commission européenne », *La lettre de l'autorité*, n° 41, Novembre 2004, p. 13

Laforge F. et Lenfant A., « L'Europe des télécoms s'élargit, elle aussi », *La lettre de l'autorité*, n° 38, mai 2004, p. 1.

Larouche P. et de Visser M., « key institutional issues and possible scenarios for the review of the ec electronic communications framework », TILEC discussion paper, 2005-32. (<http://www.tilburguniversity.nl/tilec/publications/contributions/infso.pdf>)

Lévêque F., « La mise en œuvre du droit de la concurrence dans les industries électriques et gazières – problèmes et solutions », *concurrences*, n°2, 2006, p. 28.

Malfait Ingrid, « L'analyse des marchés pertinent », *La lettre de l'autorité*, n° 30, Février 2003, p. 5.

Mélin-Soucramanien F., « les pouvoirs spéciaux conférés à la Commission en matière de concurrence par l'article 90, § 3, du traité de Rome », *RMCUE*, 1994, p. 601.

Di Mauro L. et Inotai A. G., « Market analyses under the New Regulatory Framework for electronic communications: context and principles behind the Commission's first veto decision », *Competition policy newsletters*, 2004, n° 2, p. 52.

Marcou G., « La notion juridique de régulation », *AJDA*, 2006, p. 347.

Nivault S., « Retour sur une année de régulation dans le secteur des télécommunications », *Revue Lamy de la concurrence*, février 2005, p. 91.

Perrot A., « Les frontières entre régulation sectorielle et politique de la concurrence », *Revue française d'économie*, avril 2002, p. 81.

Pons J-F, « Le jeu historique des initiatives de libéralisation communautaires », in Frison-Roche M-A. (Dir.), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de sciences PO, Dalloz, 2004, p. 137.

Quélin B. Riccardi D., « La régulation nationale des télécommunications : une lecture économique néo-institutionnelle », *RFAP*, p. 65.

Rodrigues S., « Les circonstances communautaire de l'émergence des autorités régulation nationales », *JCP E*, supplément, n° 2, cahiers de droit de l'entreprise, 2004, p. 2.

Rodrigues S., « Quelques considérations juridiques en faveur d'un statut pérenne des autorités européennes de régulation », *AJDA*, 2004, p. 1179.

Soriano S., « Première notification à la Commission : terminaison d'appel sur les réseaux mobiles », *La lettre de l'autorité*, n° 41, Novembre 2004, p. 12.

de Strel A., « The Integration of Competition Law Principles in the New European Regulatory Framework for Electronic Communications », *World Competition*, 2003, p. 489.

Ziller J., « L'interrégulation dans le contexte de l'intégration européenne et de la mondialisation », *RFAP*, 2004, p. 17.

Ziller J., « L'autorité administrative dans l'union européenne », in Azoulay L. (dir.) et Burgorgue-Larsen L., *L'autorité de l'Union européenne*, Bruylant, 2006, p. 119

Vasconcelos J., « Coopération des régulateurs de l'énergie dans l'Union européenne », in Henry C. (Dir.), Matheu M. (Dir.) et Jeunemaitre A. (Dir.), *Réguler les services en réseaux : l'expérience européenne*, Paris, La documentation française, 2003, p. 237.

VI. Textes.

A. Textes communautaires

Traités et actes interinstitutionnel

Traité instituant la Communauté européenne, signé à Rome le 25 mars 1957, JOCE, 24 décembre 2002, série C 325. (Version consolidée)

Traité sur l'Union européenne, signé à Maastricht le 7 février 1992, JOCE, 24 décembre 2002, série C 325. (Version consolidée)

Accord interinstitutionnel «Mieux légiférer», JOCE, 31 décembre 2003, série C 321/01.

Projet d'accord interinstitutionnel pour un encadrement des agences européennes de régulation (présenté par la Commission), 25 février 2005, COM(2005)59 final.

Directive

Directive 2002/19/CE du parlement européen et du conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive «accès»), JOCE, 24 avril 2002, série L 108, p. 7. (Art. 8 § 3)

Directive 2002/20/CE du parlement européen et du conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (Directive « Autorisation »), JOCE, 24 avril 2002, série L 108, p. 21.

Directive 2002/21/CE du parlement européen et du conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive «cadre»), JOCE, 24 avril 2002, série L 108, p. 33. (Art. 7 § 4)

Directive 2002/22/CE du parlement européen et du conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de

communications électroniques (directive « service universel »), JOCE, 24 avril 2002, série L 108, p. 51.

Directive 2002/77/CE du 16 septembre 2002 relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques, JOCE, 17 septembre 2002, série L 249, p. 21.

Directive 2003/55/CE du parlement européen et du conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE, JOCE, 15 juillet 2003, série L 176, p. 57.

Directive 2003/54/CE du parlement européen et du conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE, JOCE, 15 juillet 2003, série L 176, p. 37.

Règlement

Règlement (CE) n° 1/2003 du conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JOCE, 4 janvier 2003, série L1, p. 1.

Règlement (CE) du conseil n° 1228/2003 du parlement européen et du conseil du 26 juin 2003 sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité, JOCE, 15 juillet 2003, série L 176, p. 1.

Recommandations et décisions

Décision de la Commission du 6 juin 2001 instituant le comité européen des régulateurs des marchés de valeurs mobilières, JOCE, 13 juillet 2001, série L 191, p. 43 ; modifiée par la décision de la Commission du 5 Novembre 2003, JOUE, 7 janvier 2004, série L 3, p. 32

Recommandation de la Commission du 11 février 2003 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement

européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2003/311/CE, JOUE du 8 avril 2003, série L 114, p. 45.

Recommandation de la Commission du 23 juillet 2003 concernant les notifications, délais et consultations prévus par l'article 7 de la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques.

Décision de la Commission du 11 novembre 2003 instituant le groupe des régulateurs européens dans le domaine de l'électricité et du gaz, JOUE, 14 novembre 2003, série L 296, p. 34

Décision de la Commission du 14 septembre 2004 modifiant la décision 2002/627/CE instituant le groupe des régulateurs européens dans le domaine des réseaux et services de communications, 2004/641/CE ; JOCE du 16 septembre 2004, série L 293, p. 30.

Recommandation de la Commission du 21 janvier 2005 relative à la fourniture de lignes louées dans l'Union européenne Partie 1 – Principales conditions de fourniture en gros de lignes louées.

Recommandation de la Commission du 29 mars 2005 relative à la fourniture de lignes louées dans l'Union européenne Partie 2 – Tarification de la fourniture de circuits partiels de lignes louées.

Décision de la Commission 2005/CE 144/07 du 13 juin 2005 ouvrant une enquête relative dans les secteurs du gaz et de l'électricité en vertu de l'article 17 du Règlement du Conseil (EC) N° 1/2003, Cases COMP/B-1/39.172 (électricité) et 39.173 (gaz) ; JOUE du 14 juin 2005, série C 144, p. 13.

Recommandation de la Commission du 19 septembre 2005 concernant la séparation comptable et les systèmes de comptabilisation des coûts au titre du cadre réglementaire pour les communications électroniques, 2005/698/CE, JOUE du 11 Octobre 2005, série L 226, p. 64.

Recommandation de la Commission du 06/IV/2005 sur les communications électroniques à large bande par courant porteur

Communication, lignes directrices, rapport et propositions de la commission

Communication de la commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence ; *JOCE*, 9 décembre 1997, série n°372, p. 5

Communication de la Commission relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications, *JOCE*, 22 août 1998, série C n°265, p. 2

Communication de la Commission, 1999, sur « Vers un nouveau cadre pour les infrastructures de communications électroniques et les services associés : Réexamen 1999 du cadre réglementaire des communications », COM (1999) 539.

Lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques ; *JOCE* du 11 juillet 2002, série C 165, p. 6.

Livre Blanc de la Commission du 25 juillet 2001 relatif à « la gouvernance européen », COM(2001) 428 Final.

Communication de la Commission du 6 juin 2002 relative au plan d'action « simplifier et améliorer l'environnement réglementaire », COM(2002) 278 final, p. 17

Communication de la Commission du 11 décembre 2002 relatif à « l'encadrement des agences de régulation », COM(2002)718 Final.

Communication de la Commission du 20 décembre 2002 sur l'amélioration du contrôle de l'application du droit communautaire, COM(2002)725

Communication de la Commission du 7 mai 2003 relatif à « la stratégie pour le marché intérieur : Priorités 2003 – 2006 », COM(2003) 238 final, p. 10

Livre Vert de la Commission du 21 mai 2003 sur « les services d'intérêt général », COM(2003) 270 Final.

Communication de la Commission du 2 décembre 2004 portant sur la « réglementation et marchés des communications électroniques en Europe 2004 », COM(2004) 759 final, SEC(2004)1535.

Communication de la Commission du 15 Novembre 2005 portant sur le « Rapport sur l'état d'avancement de la création du marché intérieur du gaz et de l'électricité », COM(2005) 568 final, SEC(2005) 1448.

Communication de la Commission du 6 février 2006 sur les analyses de marché en application du cadre réglementaire communautaire : Consolidation du marché intérieur pour les communications électroniques, COM(2006) 28 final, SEC(2006) 86.

Communication du 20 février 2006 relatif au 11^{ème} rapport sur la réglementation et marchés des communications électroniques en Europe en 2005, COM(2006)68 final, SEC(2006)193, p. 9.

Livre Vert de la Commission du 8 mars 2006 relatif à « une stratégie européenne pour une énergie sûre, compétitive et durable », COM(2006) 105 final, SEC(2006) 317.

Rapport de la Commission du 15 juin 2006 sur la politique de concurrence 2005, SEC(2006)761 final.

B. Textes internes

Code des postes et des communications électroniques

loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication qui fixe les objectifs de la régulation sectorielle en matière audiovisuelle.

Rapport du groupe de réflexion présidé par Christian Stoffaës, *Vers une régulation européenne des réseaux*, juillet 2003. (Disponible sur http://www.isupe.org/article.php?id_article=25 et sur <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/>)

Loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, JORF du 10 juillet 2004.

Loi n° 2005-781 de programme fixant les orientations de la politique énergétique, *JORF*, 14 juillet 2005.

C. Textes internationaux

ICN - international competition network – « Antitrust enforcement in regulated sectors working group », Rapport de la 3^{ème} conférence annuel, Seoul, avril 2004.

OECD, « Relationship between regulators and competition authorities », juin 1999, DAF/CLP(99)8.

VII. Arrêts et décisions

A. Arrêt de la CEDH

CEDH, 3 juin 2004, « ooo Neste », Req. n°69042/01 ; *RDAL*, 2005, n°2, p. 207, note N. Jalabert-doury.

B. Décisions de la Cour suprême des États-Unis

Cour suprême, 13 janvier 2004, « Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko, LLP », 550 U.S. 682 ; *Concurrences*, n° 1, 2004, p. 97, note F. Daudret-John et F. Souty.

C. Décisions de la Cour de justice des communautés européennes et du tribunal de première instance

Affaire clôturée

CJCE, 30 juin 1988, « Commission des Communautés européennes contre République hellénique », affaire 226/87, Rec. 1988, p. 3611

CJCE, 12 février 1992, « Pays-bas et PTT Nederland contre Commission », affaire joint C-48/90 et C-66/90, Rec. I 1992, p. 627.

TPICE du 27 octobre 1994, affaire T-32/93, Rec. II 1994, p. 1031.

TPICE, 03 juin 1999, « TF1 / Commission », affaire T-17/96, Rec. II 1999, p. 1757.

CJCE, 29 mars 2001, « Portugal c. Commission », affaire C-163/99, Rec. I, p. 2613 ; *Europe*, mai 2001, n°177, p. 23, note L. Idot.

CJCE, ordonnance, 02 octobre 2003, « Commission c. Autriche », affaire C-320/03 R., Rec. I 2003, p. 11665.

CJCE, 09 décembre 2003, « Commission c. Italie », affaire C6129/00, Rec. I 2003, p. 14637 ; RTDE, 2004, p. 200, note Z. Peerbux-Beaugendre.

CJCE, 9 septembre 2004, affaire C-113/03, « Commission c. République française ».

CJCE, 22 février 2005, « Commission c. max-mobil », affaire C-141/02, Rec. I 2005, p. 1283 ; Kotschy B., « Un nouveau concept d'acte attaquant au sens de l'article 230 CE », *RDUE*, 2005, p. 205

CJCE, 10 mars 2005, « Commission c. Luxembourg », affaire C-236/04, *JOUE*, 14 mai 2005, série C n°115, p. 7.

CJCE, 31 mai 2005, affaire C-53/03, « Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias e.a. contre GlaxoSmithKline plc, e.a (Syfait) » ; *Les Echos*, 4 juillet 2005, p. 13, note C. Momège ; *Europe*, juillet 2005, n° 256, p. 23, note L. Idot ; *Contrats, concurrence, consommation*, août-septembre 2005, n° 152, p. 22, note S. Poillot-Peruzzetto ; *Revue de droit*

de l'union européenne, 2005, p. 397, note B. Kotschy ; *Droit Administratif*, Octobre 2005, n°147, p. 30, note M. Bazex.

CJCE, 14 juillet 2005, affaire C-31/05, « Commission c. République française ».

CJCE, ordonnance du 6 octobre 2005, affaire C-256/05, « Telekom Austria AG, anciennement Post & Telekom Austria AG » ; *Les Echos*, mercredi 30 Novembre 2005, p. 14, note M. Bazex ; *JCP G*, 2006, p. 434, note J-C. Zarka.

CJCE, 8 décembre 2005, « Commission c. Luxembourg », affaire C-33/04 ; *JOUE*, 11 février 2006, série C n°36, p. 8

CJCE, 15 décembre 2005, « Commission c. Grèce », affaire C-253/04, *JOUE*, 11 février 2006, série C n°36, p. 13.

TPICE du 16 février 2006, « Centro europa contre Commission », affaire T-338/04, *JOUE*, 22 avril 2006, série C n° 96, p. 13.

CJCE, 18 mai 2006, « Commission contre Luxembourg », affaire C-354-05, *JOUE*, 15 juillet 2006, série C n°165, p. 11.

Affaires pendantes

Demande de décision préjudicielle présentée par ordonnance du Verwaltungsgerichtshof, rendue le 22 novembre 2005, dans l'affaire « Tele2 UTA Telecommunication GmbH contre Telekom-Control-Kommission » ; affaire C-426/05 JO C 22 du 28.01.2006, p. 9.

Affaire T-109/06 recours introduit le 12 avril 2006, « Vodafone España et Vodafone Group contre Commission » ; *JOUE* C 131 3.6.2006, p. 46

Demande de décision préjudicielle présentée par la Cour d'appel de Bruxelles le 21 avril 2006, « Belgacom Mobile SA/Institut belge des services postaux et des télécommunications » ; Affaire C-190/06 ; *JOUE*, 1 juillet 2006, série C n° 154, p. 10.

D. Décisions de la commission fondées sur l'article 82 TCE.

Décision de la Commission 2003/707/CE du 21 mai 2003 ; Affaires COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579, « Deutsche Telekom AG » ; JOUE, 14 Octobre 2003, série L, 263, p. 9 ; *Europe*, Décembre 2003, n° 399, p. 16, note L. Idot.

E. Décisions de la Commissions fondées sur l'article 7 de la directive « cadre ».

Décision de veto du 27 févriers 2004 contre l'autorité réglementaire finlandaise ; FI/2003/0024 et FI/2003/0027.

Décision de veto du 5 octobre 2004 contre l'autorité réglementaire finlandaise ; FI/2004/0082 : Accès et départ d'appel sur les réseaux téléphoniques publics mobiles en Finlande

Décision de veto du 25 octobre 2004 contre l'autorité réglementaire autrichienne ; Cas AT/2004/0090 : Fourniture de services de transit sur le réseau téléphonique public fixe en Autriche

Décision de veto du 17 mai 2005 contre l'autorité réglementaire allemande ; DE/2005/0144 : Terminaison d'appel sur divers réseaux téléphoniques publics individuels en position déterminée

VIII. sites internet.

Site de l'ARCEP : <http://www.art-telecom.fr/>

Site de la CRE : <http://www.cre.fr/>

Site du conseil de la concurrence : <http://www.conseil-concurrence.fr/user/index.php>

Site de l'union européenne : http://europa.eu/index_fr.htm

Site de la CJCE : <http://curia.eu/fr/index.htm>

Site de la direction générale de la Commission de la concurrence:
http://ec.europa.eu/comm/competition/index_fr.html

Site de la direction générale de la Commission portant sur la société de l'information et médias : http://ec.europa.eu/comm/dgs/information_society/index_en.htm

Site de l'Union Européenne dédié au cadre réglementaire des communications électronique « ecommunications, networks and services » :
http://europa.eu.int/information_society/policy/ecomm/index_en.htm

Site de consultation des notifications et décision e-Communications Consultation Task Force pour l'article 7 de la directive « cadre » (Forum du CIRCA) :
<http://forum.europa.eu/Public/irc/infso/ecctf/home>

Groupe des Régulateurs Européens: <http://erg.eu/>

Groupe des Régulateurs Indépendants : <http://irgis.icp.pt/site/en/>

Tables des matières

Sommaire	4
-----------------	----------

Introduction	5
---------------------	----------

§1. La genèse de la régulation	6
--------------------------------	---

§2. A la « recherche » d'une définition de la régulation	9
----------------------------------------------------------	---

§3. La coordination des régulations nationales au niveau européen	14
-------------------------------------------------------------------	----

§4. Vers une plus forte intégration : la consolidation du marché intérieur	16
----------------------------------------------------------------------------	----

Titre 1 : Les pouvoirs de contrôle ex ante de la Commission : une nouvelle voie dans la consolidation du marché intérieur	18
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------

Chapitre 1 : L'ombre de la Commission sur l'action des ARN, l'expression d'un pouvoir incitatif	19
--------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------

Section 1 : L'analyse des marchés régulés par la Commission européenne	20
------------------------------------------------------------------------	----

§1. L'impact des enquêtes sectorielles sur le processus décisionnel des ARN.	20
------------------------------------------------------------------------------	----

§2. Le bilan par la Commission de l'action des ARN : le rapport annuel	23
------------------------------------------------------------------------	----

Section 2 : La création de méthodes communes d'analyses dans les secteurs des communications électroniques	24
------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

§1. Le développement d'une « grammaire commune » basée sur le droit communautaire de la concurrence	25
-----------------------------------------------------------------------------------------------------	----

§2. L'émergence d'une culture de la régulation subordonnée au droit communautaire de la concurrence	28
-----------------------------------------------------------------------------------------------------	----

Chapitre 2 : Les ARN sous l'étroite « surveillance » de la Commission	29
------------------------------------------------------------------------------	-----------

Section 1 : Le rôle renforcé de la Commission européenne dans la régulation des communications électroniques	30
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

§1. Le mécanisme de surveillance de la Commission	30
---------------------------------------------------	----

§2. Les paradoxes d'une procédure centralisée de surveillance	33
---------------------------------------------------------------	----

Section 2 : Les conséquences du renforcement du rôle de la Commission	34
-----------------------------------------------------------------------	----

§1. Un contrôle de légalité des mesures de l'ARN	34
--------------------------------------------------	----

§2. Les recours contre la décision de la Commission	36
-----------------------------------------------------	----

Titre 2 : Les pouvoirs de contrôle ex post de la Commission : Les limites d'une consolidation du marché intérieur a posteriori _____ **38**

Chapitre 1 : Le contrôle correctif de la Commission européenne sur les marchés régulés _____ **39**

Section 1 : Un pouvoir entre ex post et ex ante _____ 39

§1. Des régulateurs sectoriels soumis à la Commission _____ 40

§2. Une régulation soumise au droit de la concurrence _____ 41

Section 2 : Les compétences concurrentes de la Commission et des ARN _____ 43

§1. L'intervention de la Commission dans le domaine de compétence de l'ARN 43

§2. Une intervention corrective limitée _____ 44

Chapitre 2 : Les pouvoirs de sanction de la Commission sur les ARN _____ **45**

Section 1 : Le pouvoir « répressif » de l'article 86 § 3 TCE _____ 46

§1. Un pouvoir de décision sensiblement plus efficace que le recours en manquement _____ 46

§2. Un pouvoir de contrôle « en voie de disparition » ? _____ 48

Section 2 : La procédure en infraction garantie de l'intégrité du droit communautaire 49

§1. Le manquement d'une autorité de régulation. _____ 50

§2. L'efficacité de la procédure d'infraction dans le domaine de la régulation économique. _____ 52

Conclusion _____ **55**

Bibliographie _____ **59**

Tables des matières _____ **79**

www.site_internet.fr
Septembre 2006
Contact : gagnard@noos.fr