Compte-rendu du séminaire DGTPE-Concurrence du 7 mai 2008 **« Autorités de concurrence et autorités sectorielles »**

Présidente : ANNE PERROT, vice-présidente du Conseil de la concurrence

Intervenants : PATRICK REY, professeur d'économie à l'université Toulouse I – TSE,
directeur de l'IDEI

PASCAL WILHELM, avocat au barreau de Paris, associé au cabinet Wilhelm et associés

1. Introduction

ANNE PERROT

Dans la théorie standard, telle qu'on l'enseignait il y a encore quelques années, les rôles étaient tranchés. Les autorités de régulation sectorielles (AS) s'occupent des problèmes de structure et des règles du jeu d'un secteur qui va s'ouvrir à la concurrence (tel que le nombre de licences). Les autorités de la concurrence (AC) se cantonnent aux problèmes *ex post*, à l'exception des cas de contrôle des concentrations (qui sont par nature *ex ante*). La distinction est en fin de compte fondée sur les problèmes d'information : les autorités ont un problème d'information asymétrique, en particulier en présence d'un monopole historique. Les AS sont supposées mieux placées pour procéder à des audits de coûts, imposer une comptabilité analytique, etc.

Aujourd'hui, les AS laissent la place au droit de la concurrence transversal à mesure que la concurrence se développe, mais on observe aussi que les deux types d'autorités s'étendent de plus en plus sur le terrain les unes des autres. Ainsi, les AC utilisent des « engagements », donc des règles de comportement *ex ante*, les AS ont quant à elles de plus en plus accès au « règlement de différend » (le CSA vient de l'obtenir) qui leur permettent d'intervenir de plus en plus sur des comportements *ex post*.

2. Interventions liminaires

2.1. L'état du droit et de la pratique

PASCAL WILHELM

Les frontières entre AS et AC ont tendance à s'estomper en pratique et la perméabilité se développe.

a) Compétences et outils des autorités de concurrence (AC)

Compétences

La principale compétence *ex ante* du Conseil de la concurrence s'exerce en matière de contrôle des concentrations. La saisine du Conseil de la concurrence par le ministre de l'économie n'est que facultative, et son avis ne lie pas le ministre. Lorsque la concentration est de dimension communautaire, elle relève de la compétence exclusive de la Commission.

Ex post, le Conseil fait la police de la concurrence : il sanctionne les abus de position dominante (L.420-2 c. com) et les ententes illicites (L.420-1 c. com), et a compétence pour appliquer les articles 81 et 82 TCE depuis 2003. La Commission doit pour sa part veiller à l'application des principes issus des articles 81 et 82 TCE.

De plus en plus le Conseil de la concurrence et la Commission européenne utilisent les différents instruments dont ils disposent pour prévenir les effets négatifs sur la concurrence dans des approches qui s'apparentent à celles des AS.

Outils

Les mesures conservatoires sont limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'état d'urgence, qu'elles soient le fait du Conseil ou de la Commission.

Les injonctions peuvent, dans le cas de la Commission, être de nature tant comportementale que structurelle. Tout le problème est de savoir dans quelle mesure le principe de liberté contractuelle (à valeur constitutionnelle) peut freiner ces décisions. Le juge judiciaire manifeste souvent des réticences face à ces pouvoirs des AC.

En matière de pratiques anticoncurrentielles, les engagements acceptés par le Conseil ne peuvent être que comportementaux et pas structurels, contrairement à ceux que peut accepter la Commission. En matière de contrôle des concentrations, le ministre de l'économie peut, pour sa part, imposer des engagements à la fois structurels et comportementaux, ce sont d'ailleurs les engagements structurels qui sont favorisés par la DGCCRF.

Les AC et la régulation

Les autorités de concurrence peuvent se comporter comme des régulateurs en prévenant le plus en amont possible les problèmes comportementaux nuisibles à la fluidité des marchés, en favorisant l'émergence de nouveaux marchés et en soutenant le processus d'ouverture à la concurrence de certains marchés anciennement sous monopole. La doctrine des infrastructures essentielles permet en effet aux autorités de concurrence de se comporter comme des régulateurs à l'instar de la CRE ou de l'ARCEP.

b) Compétences et outils des autorités de régulation sectorielle (AS)

Les compétences de l'ARCEP diffèrent selon que celle-ci intervient sur le secteur des télécommunications ou sur le secteur postal. Pour les postes, elle régule le service universel. Pour les télécommunications, elle veille à ce que la concurrence s'exerce effectivement sur les 18 différents segments de marché identifiés par la Commission en y exerçant, si besoin, une régulation *ex ante*. Elle dispose enfin d'une compétence en matière de règlement des différends.

L'une des principales missions de la CRE est de garantir l'accès aux réseaux publics d'électricité et aux réseaux et installations de gaz naturels. Elle dispose aussi d'une compétence en matière de règlement des différends.

Le CSA a une double mission : préserver certaines exigences (impartialité du service public, pluralisme...) et assurer une régulation économique. Le CSA nomme les présidents des chaînes publiques, attribue les fréquences, conclut les contrats avec les opérateurs... Il a aussi des pouvoirs de sanction et de règlement des différends.

2.2. La théorie économique : analyse normative et positive

PATRICK REY

Introduction

L'approche traditionnelle veut que les autorités de la concurrence soient non spécialisées, agissent *ex post* (à l'exception notable du contrôle des concentrations), et agissent en fonction des cas qui se présentent à elles plutôt que selon un agenda maîtrisé. Les autorités de régulation sectorielle sont spécialisées et agissent *ex ante*, avec un suivi pérenne et des engagements à long terme.

Les AC ont toutefois évolué, notamment par l'utilisation des engagements, que ce soit pour limiter les effets négatifs d'une concentration ou pour mettre un terme à des pratiques anti-concurrentielles, par celle de mesures conservatoires et par les programmes de clémence. Les AS, quant à elles, ont dû reconnaître la prééminence du droit de la concurrence, notamment communautaire, et utilisent de plus en plus le règlement des différends. L'articulation des deux se fait par la prééminence du droit de la concurrence d'une part, mais aussi par la pratique selon laquelle l'AC peut demander son avis à l'AS ou suggérer le recours à l'AS.

a) *Perspective économique*

D'un point de vue économique, ces autorités ont un objectif commun, à savoir la supervision des marchés afin d'assurer l'offre d'une gamme satisfaisante de produits au meilleures conditions. La concurrence n'est ainsi qu'un outil, et non pas une fin en soi. Les autorités ont par ailleurs des contraintes de même nature : problèmes d'information sur les conditions d'offre et de demande, problèmes d'engagement, risques de capture, etc.

b) *Procédures et droits de contrôle*

Les AC ont mis l'accent sur les pratiques tandis que les AS disposent de mécanismes d'intervention plus détaillés et d'un pouvoir discrétionnaire plus important. Elles interviennent directement sur une gamme plus étendue de décisions économiques et font face à un devoir de cohérence plus limité (du fait que leur doctrine n'a pas à s'appliquer à l'ensemble des industries). Les AC ont un moindre contrôle de leur agenda, malgré les possibilités d'auto-saisine ou d'intervention dans le débat public, et une plus grande séparation entre investigation et décision.

c) *Calendrier d'intervention*

L'intervention *ex ante* (régulation) s'oppose à celle *ex post* (concurrence). Mais il y a des limites : le contrôle des concentrations est *ex ante*, la notification des accords aussi. Symétriquement, les règles de régulation doivent aussi être interprétées *ex post*. L'intervention *ex ante* réduit l'incertitude sur l'intervention et fournit une certaine capacité d'engagement ; elle facilite aussi l'accès à l'information, en permettant notamment de définir à l'avance les données à collecter. L'intervention *ex post* bénéficie d'informations supplémentaires, survenues entretemps, et rend les AC moins sujettes aux risques de capture. Par leurs interactions répétées, les régulateurs acquièrent quant à eux une expertise au cours du temps. Leurs décisions sont ainsi plus informées, mais cela exacerbe les risques de capture et les problèmes liés aux capacités d'engagement limitées.

d) *Indépendance*

Les AC sont souvent décrites comme plus indépendantes, mais en pratique les situations sont diverses (au sein d'un ministère ou non, mandat des membres...). L'indépendance leur permet de bénéficier d'une moindre sensibilité à des motivations alternatives mais accroît le devoir de responsabilisation.

Conclusion

Il y a des inefficacités dues à des effets de substitution entre autorités (notamment entre niveau nationale et communautaire), mais aussi des complémentarités (missions mieux ciblées, moindre risques de capture, division du travail entre décision et évaluation). Les solutions pour l'articulation varient : certains pays choisissent une autorité unique, la prééminence de l'une sur l'autre ou une répartition des tâches aussi précise que possible.

2.3. Échanges avec la salle

1/ JOËLLE ADDA, chef du service juridique de l'ARCEP

Dans le cas de l'ARCEP, la répartition du contentieux entre juge judiciaire et juge administratif est telle que le juge administratif est compétent, logiquement, dans la majorité des cas.

2/ PIERRE PONTET, bureau des affaires bancaires, DGTPE

L'architecture spécifique du secteur bancaire et financier veut que les autorités sectorielles contrôlent l'entrée sur le marché et son fonctionnement sans s'intéresser à la concurrence mais pour des questions prudentielles.

3/ OLIVIER FREGET

La complémentarité et la coordination entre CSA, ARCEP et Conseil de la concurrence se font plutôt bien, en tout cas sur le papier.

3. Étude de cas : Direct Energie

3.1. Interventions

ANNE PERROT

Direct Energie (DE) est un fournisseur de détail de l'électricité qui a choisi de se spécialiser sur les petits professionnels. En février 2007, alors que l'ouverture totale du marché est prévue pour juillet 2007, il se plaint qu'EDF fait une offre de gros *squizante*, donc à un prix trop élevé pour lui permettre de servir profitablement le segment du marché de détail qu'il a choisi de servir. Le Conseil a exprimé des « préoccupations de concurrence » et EDF a pris des engagements et s'est engagé sur une offre non *squizante*. Cette affaire a fait l'objet de mesures conservatoires en juillet 2007, et d'une décision au fond en décembre 2007, donnant lieu à des engagements qui ont été acceptés.

Le marché de l'électricité se répartit entre un marché de base, un marché de semi-base et un marché de pointe. Un opérateur doit assembler de l'électricité de base et de pointe pour servir ses clients. Pour la base, la quasi-totalité est fournie par les centrales nucléaires d'EDF, mais il reste à se fournir en semi-base et en pointe. Pour le marché aval, il subsiste des tarifs réglementés, aujourd'hui très inférieurs à ce qu'on trouve sur le marché libre. Par ailleurs, sur le segment des petits professionnels, EDF proposait une offre libre dont les tarifs étaient quasiment alignés sur les tarifs réglementés jusqu'en avril 2007 (EDF pro), cette offre étant changée en avril 2007 (électricité pro) pour s'établir 10-15 % au-dessus des tarifs réglementés.

Sur le marché de gros où les opérateurs alternatifs doivent s'approvisionner, la plupart des échanges entre opérateurs se font de gré à gré. On peut mentionner deux autres modes d'échanges : la bourse Powernext et les *virtual operators*, qui achètent des tranches de contrôle d'infrastructures de production. Direct Energie se plaignait de tarifs de gros trop élevés de la part d'EDF, qui provoquait un ciseau tarifaire, confirmé par la CRE, même si ceux-ci restaient largement en-dessous du cours de Powernext. EDF aurait pu refuser de vendre !

EDF proposait de baisser ces tarifs à condition que Direct Energie s'engage à ne vendre qu'à certains clients (afin d'éviter que DE lui fasse concurrence, par exemple sur la bourse Powernext). La CRE a considéré ces tarifs comme encore trop élevés.

La décision du Conseil n'était pas simple. Fallait-il obliger EDF à vendre à un niveau qui permette à DE de vendre au détail au même niveau que les tarifs réglementés tout en faisant des bénéfices ? Obliger EDF de vendre à son coût de production ? Cela revenait à dire que la rente du nucléaire devait être totalement captée par Direct Energie ! On protège alors certains opérateurs (les petits concurrents d'EDF), action pro-concurrentielle qui serait du ressort de la CRE.

PASCAL WILHELM

Le nœud de la difficulté est l'effet de ciseau. On a ici un parfait exemple d'utilisation par le Conseil de la concurrence de deux outils de contrôle de marché dont il dispose, les mesures conservatoires et les engagements, dans un délai bref. Les mesures conservatoires permettent en particulier d'aider les nouveaux entrants à s'approvisionner auprès de celui qui est à la fois leur concurrent et leur principal fournisseur.

La mesure conservatoire adoptée par le Conseil est une mesure générale, et non spécifique à Direct Energie, comme cela avait été demandé par cette entreprise, afin de ne pas créer de distorsions avec les autres opérateurs alternatifs. Cette mesure de portée générale est d'inspiration « régulation sectorielle », puisqu'elle impose à EDF de transmettre dans les deux mois une proposition de fourniture d'électricité permettant aux fournisseurs alternatifs de faire concurrence aux offres d'EDF sur le marché de détail libre. Dès le stade de la mesure conservatoire l'objectif n'est pas de résoudre la situation d'un opérateur.

En outre, dans le cadre de l'analyse au fond, EDF a souscrit des engagements pour une durée 15 ans. Ceci implique un travail de contrôle par le Conseil de la concurrence d'une durée particulièrement longue. Cette compétence s'exercera parallèlement à celle de la CRE. Le Conseil s'est en outre réservé le droit de rouvrir l'instruction si des éléments nouveaux lui permettent de reconsidérer la situation et la validité de l'engagement (voir considérants 61, 62, etc.).

Les considérants 105 et suivants de la décision de fond exposant les objectifs du Conseil sont inspirés par les principes de la régulation sectorielle. Notons que sans la technique de l'engagement, avant 2004, on ne serait probablement pas arrivé au même résultat avec les amendes et les injonctions : il aurait été difficile d'imposer une injonction dans des termes aussi précis et il aurait été difficile de la contrôler aussi bien. Les outils dont a été doté le Conseil de la concurrence sont utiles pour remplir un rôle de régulation sectorielle.

Le Conseil a-t-il les outils, comme la CRE, pour vérifier la bonne mise en œuvre de l'engagement ? Je crois à titre personnel que l'augmentation des pouvoirs du Conseil sur la régulation sectorielle est une bonne chose, mais cette affaire montre qu'il y a un problème d'outils. Peut-être faut-il affiner le rôle des autorités sectorielles en leur retirant leur pouvoir

de règlement des différends mais en leur attribuant un rôle de construction d'outils techniques et spécialisés destinés à alimenter l'autorité de concurrence.

PATRICK REY

Dans ce secteur subsiste, à côté de l'ouverture du marché, un tarif régulé en-dessous du prix du marché. La question se pose quand on voit qu'on « augmente les prix pour avoir de la concurrence », comme le dit Marcel Boiteux : quel est le but recherché ? Il faut rappeler que la concurrence est un moyen, pas une fin en soi. Dans ce secteur, le consommateur français bénéficie d'investissements antérieurs payés par le contribuable français, ce qui rend très difficile le rôle des autorités de régulation. On peut vouloir favoriser la concurrence aujourd'hui afin que par la suite le consommateur en bénéficie, mais de quel horizon parle-t-on ?

Cela pose la question de l'impact du tarif régulé sur le comportement de l'opérateur historique. Par exemple, Deutsche Post a utilisé des subventions croisées en subventionnant ses activités sur le marché concurrentiel des colis par les revenus du timbre. Mais cette pratique a duré de nombreuses années et on n'a jamais observé que Deutsche Post ait récupéré cet « investissement » en augmentant ses tarifs de colis une fois ses concurrents évincés... L'analyse classique de prédation est donc difficile à mener ici. Le comportement de Deutsche Post peut toutefois s'expliquer par l'existence de réglementations et d'obligations particulières, ainsi que par le poids d'autres dimensions telles que l'emploi ou le volume d'activité. De même ici, EDF fait face à un tarif régulé sur la majeure partie du marché, ce qui a des incidences sur ses incitations à être ou non agressif sur le marché libre : en effet, si l'opérateur essaie de garder ses clients dans le marché libre en cassant les prix sur ce marché, il risque de perdre de l'argent.

L'analyse traditionnelle des effets de ciseau s'intéresse quant à elle à l'accès à une infrastructure essentielle, le ciseau correspondant à l'écart entre le prix d'accès à cette infrastructure et le prix pratiqué sur le marché aval par l'opérateur historique. La situation est ici différente. L'équivalent de l'infrastructure essentielle est l'accès à la production de base d'EDF ; d'autres solutions pourraient cependant être envisagées, de sorte que cette infrastructure n'est pas si clairement essentielle. Les opérateurs alternatifs pourraient par exemple importer. Ce n'est en effet pas la capacité de transport d'électricité qui manque, puisque les interconnecteurs ont plutôt tendance à être saturés dans l'autre sens ; le problème vient plutôt de la capacité de production de base à l'étranger, ce qui pose la question de l'incitation à investir dans ces capacités. De ce point de vue, appliquer l'analyse classique des effets de ciseau liés aux infrastructures essentielles au marché de l'électricité peut engendrer des effets pervers : les incitations d'EDF à investir en seraient affectées, mais en outre les opérateurs alternatifs ne seraient pas non plus incités à investir s'ils bénéficient d'un accès garanti à la production d'EDF. On peut à cet égard noter qu'on touche là à l'un des arguments avancés pour leur fusion par GDF et Suez, qui ont indiqué vouloir investir dans la génération en France. On peut aussi noter que, dans les télécoms, cette question de l'incitation à investir a conduit l'ARCEP à encourager les opérateurs alternatifs à développer leur infrastructure en modulant le catalogue des prix d'accès à divers niveaux du réseau de manière à encourager les nouveaux acteurs à se rapprocher progressivement du client final.

Attachons-nous maintenant au type d'engagement choisi. La décision du Conseil pose le problème du suivi, car il s'agit d'un engagement à très long terme, à un horizon qui dépasse celui utilisé pour évaluer un investissement en capacité. Par ailleurs, il s'agit d'un engagement sur un prix, pour lequel il n'existe pas d'autre prix de gros pouvant servir de référence. Doit-on faire référence au prix de détail ? La concurrence n'apporterait alors que peu de bénéfice au consommateur final, puisqu'un opérateur aussi efficace qu'EDF sur le marché aval ne

pourrait pas vraiment faire moins cher. Il pourrait subsister un gain dans le cas d'un opérateur plus efficace, mais on se priverait ainsi d'un des principaux bénéfices de la concurrence. On a choisi de mettre en place des enchères ; ceci évite d'avoir à déterminer le prix à l'avance, mais crée des incertitudes et peut conduire à ce que le prix de gros s'aligne sur le prix du marché de Powernext si plusieurs acheteurs se trouvent mis en concurrence... Comme le signale François Lévêque, ce prix de gros issu des enchères risque par ailleurs de devenir un point focal sur le marché aval et exacerber ainsi les risques d'ententes. Enfin, avoir choisi un engagement global, bénéficiant à tous les opérateurs, tend à décourager les autres plaintes éventuelles.

3.2. Échanges avec la salle

AURELIEN LECAILLE, ancien chargé de mission à la CRE

L'affaire Direct Energie pose la question de l'intérêt de l'ouverture du marché quand la régulation permet d'avoir des prix plus bas qu'un marché qui fonctionne correctement.

MARTINE GEORGE, cabinet Persée

L'exemple de l'ARCEP confirme que les autorités sectorielles semblent de plus en plus vouées à être cantonnées à un rôle de construction des outils utilisés par le Conseil de la concurrence et non plus à une vision prospective.

Annexes

Transcription des échanges avec la salle

1/ JOËLLE ADDA, chef du service juridique de l'ARCEP

Une observation sur la question des juges. Il faut bien garder à l'esprit que si le juge judiciaire (la Cour d'appel de Paris) est bien compétent pour les pourvois contre règlements de différends de l'ARCEP, c'est à titre dérogatoire (et cela concerne une minorité des décisions). Toutes les autres décisions de l'ARCEP sont soumises au juge administratif (le Conseil d'État), y compris les sanctions, par exemple des sanctions pour non respect d'un règlement de différend. C'est d'ailleurs cohérent et normal, la majorité des décisions sont des décisions sur le fondement de l'article L-36-6 du code, donc des décisions réglementaires homologuées par le ministre.

PASCAL WILHELM

Pour moi dans les règlements de différends, tout ce qui concerne les relations entre opérateurs devrait ressortir du juge judiciaire, étant donné que le différend, s'il n'avait pas donné lieu à règlement, aurait abouti devant le juge judiciaire. Je déplore l'écartèlement entre juridiction administrative et juridiction judiciaire pour des questions relevant des mêmes problèmes.

2/ UN INTERVENANT

Lors des discussions informelles avec les autorités nationales, les services de la Commission européenne proposent des améliorations aux schémas d'aide et cherchent à faire passer des mesures de régulation *ex ante*. Il me semble que c'est l'ancêtre de l'immixtion de la concurrence dans la régulation.

3/ PIERRE PONTET, bureau des affaires bancaires

Dans le secteur financier et notamment bancaire, il y a des conditions d'entrée (régime d'agrément) et un régime de contrôle qui ne traite pas des questions de concurrence, mais des lois spécifiques aux activités bancaires et des règles prudentielles. Pour les problèmes de concurrence, la Commission bancaire doit faire un rapport au Conseil de la concurrence. Quelle est votre analyse de cette architecture ?

PATRICK REY

C'est un peu comme dans l'audiovisuel, il y a des problématiques particulières (ici éviter le risque systémique, comme dans l'audiovisuel on veut assurer la pluralité du contenu). Il est normal qu'il y ait des autorités de régulation qui traitent de ces problèmes particuliers. Il peut y avoir un problème si ces autorités de régulation interviennent sur des questions qui ressortent d'analyses de concurrence, créant ainsi un risque d'application de deux cadres différents. Cela pose aussi la question de la culture de chaque autorité qui peut entraîner des réponses différentes (on le voit bien dans l'audiovisuel), source de problèmes de cohérence. Dans le cas du secteur bancaire, le partage des tâches paraît clair, mais la clarté totale de la séparation n'est jamais possible.

ANNE PERROT

Ce serait intéressant que le Conseil de la concurrence analyse l'impact des règles prudentielles sur la concurrence, elles la restreignent forcément un peu.

PASCAL WILHELM

Une des difficultés qu'on peut avoir avec les autorités sectorielles c'est que si une AS est dotée de pouvoirs sur le fonctionnement de la concurrence dans un secteur, il faut encore qu'elle ait les moyens d'analyse économique nécessaire.

4/ OLIVIER FREGET

Il y a deux situations à distinguer. Le droit de la concurrence est une des bases de la régulation pour des cas comme ceux de l'ARCEP ou du CSA. En revanche, la législation ne fait pas appel au droit de la concurrence pour le secteur bancaire et financier, et on ne se pose la question de la coordination que quand il y a une présence du droit de la concurrence. Mais, dans le cas du CSA, pour tout règlement différend, il y a consultation du Conseil, qui peut se saisir de l'affaire. Par ailleurs, le CSA est chargé aussi du pluralisme, c'est une prise en compte de la concurrence comme objectif général dans le cadre du pluralisme. La complémentarité n'est pas mal organisée, au moins sur le papier, entre CSA, Conseil de la concurrence et ARCEP.

PASCAL WILHELM

Le CSA a, pour le règlement des différends, le pouvoir de demander un avis à l'ARCEP mais, curieusement, pas au Conseil de la concurrence. Il doit juste dire au Conseil : « si vous voyez un problème de concurrence, saisissez-vous. »

Transcription des échanges avec la salle

1/ AURELIEN LECAILLE, ancien chargé de mission à la CRE

J'étais à la CRE à l'époque où l'affaire a été instruite et où la CRE a donné des indications au Conseil de la concurrence sur le fonctionnement du marché. J'ai beaucoup apprécié l'intervention de M. Rey en particulier quand il aborde le but de l'ouverture du marché. Cette affaire pose la question. Direct Energie attaque en effet les tarifs réglementés ou le fonctionnement du marché de gros. Il est pris entre le marché de gros, qui fonctionne normalement selon la CRE qui le surveille, et le tarif réglementé. Celui-ci est certes bas, mais pas artificiellement bas puisqu'EDF arrive à faire des bénéfices à ce tarif. Finalement, on prend une décision autoritaire dans l'espoir de faire augmenter un prix alors que la régulation arrivait à un prix plus bas. On comprend les interrogations de gens comme M. Boiteux sur l'utilité même de l'ouverture du marché. On pourrait mentionner les spécificités de l'électricité qui indiquent pourquoi la concurrence a des chances de ne pas bien fonctionner.

Par ailleurs, en ayant choisi un mécanisme d'enchères il y a de forts risques de se retrouver au niveau du marché de gros avant intervention, avec des opérateurs toujours squizés.

2/ MARTINE GEORGE, cabinet Persée

Je voudrais rebondir sur le commentaire très pertinent de M. Wilhelm sur les voies qu'on peut apercevoir dans cette décision sur un futur partage entre autorités de la concurrence et

autorités de régulation. Les autorités sectorielles semblent de plus en plus vouées à être cantonnées à un rôle de construction des outils (de comptabilisation des coûts et de séparation comptable) utilisés ensuite par le Conseil de la concurrence pour qu'il intervienne rapidement. Plus le Conseil de la concurrence a une vision prospective, plus il conduit les autorités sectorielles à se cantonner à cette construction d'outils. On peut le constater dans les avis que le Conseil de la concurrence a produits sur le marché des communications électroniques. Souvent, pour se prononcer en faveur d'une régulation *ex ante* de ces activités, l'argument était que ça donnait à l'autorité de régulation la possibilité d'exiger des séparations comptables qui permettraient ensuite au Conseil de la concurrence de se prononcer plus rapidement. On peut noter que la chute drastique du nombre de règlements de différends portés devant l'ARCEP (on est passé de 15 règlements par an à 2) peut être un indice de la confiance que les acteurs privés accordent à ces deux institutions mais peut aussi indiquer qu'on attend peut-être plus le règlement de différends de l'autorité de la concurrence. La vision prospective a été reprise à son compte par l'autorité de concurrence.

PASCAL WILHELM

Ce n'est pas encore un propos très populaire... Les autorités sectorielles ont le rôle premier de favoriser l'ouverture à la concurrence, quand elles sont créées. Il y avait un monopole et on décide d'ouvrir à la concurrence. Il y a donc une période d'adaptation durant laquelle l'autorité sectorielle a un rôle que le Conseil de la concurrence ne peut pas avoir en l'état. Mais une fois le marché installé (comme dans l'audiovisuel ou la téléphonie), créer ce cumul de compétences est source d'insécurité pour les entreprises. Ainsi, comme dans l'exemple de l'ARCEP que vous prenez, pour le CSA, quand on a créé le règlement des différends, il y a eu un effet de mode (15 affaires certes mais dont 12 concernaient le même problème, la numérotation des chaînes dans les bouquets – d'ailleurs tous rejetés au profit d'une réglementation). Aujourd'hui les litiges vont devant le Conseil de la concurrence ou le juge judiciaire.

AURELIEN LECAILLE

Dans le cadre de la CRE, les règlements de différends s'appliquent à des problématiques du secteur régulé (accès au réseau, etc.) et non au fonctionnement du marché, c'est donc justifié que le régulateur sectoriel ait pris des prérogatives.