

# LES POUVOIRS DE REGULATION DE L'AUTORITE DE REGULATION DES TELECOMMUNICATIONS

**AUTEURS:** Laurence BOY

**INSTITUT:** Centre de recherche en droit économique (CREDECO/IDEFI)  
Centre national de la recherche scientifique

**DATE:** Juillet 2000

<sup>1</sup> Voir notamment: J. CHEVALLIER, Vers un droit postmoderne, A. JEAMMAUD, Introduction à la sémantique de la régulation, Des concepts en jeu, in *Les transformations de la régulation juridique*, coll. Droit et Société, n°5, LGDJ, Paris, 1998, 21 et 47; J. CHEVALLIER, Les mutations du secteur français de la communication - opérateurs globaux et instances de régulation, *RIDE*, 1999, n°1, 51.

<sup>2</sup> G. FARJAT, L'importance d'une analyse substantielle en droit économique, *RIDE*, 1986, n°0.

<sup>3</sup> G. TEUBNER, *Droit et réflexivité*, éd. Kleuver, Belgique, 1995, J. HABERMAS, *Droit et démocratie entre faits et normes*, Gallimard, 1997.

<sup>4</sup> *Ibid.*

La volonté des auteurs de ce rapport s'inscrit dans une perspective de réunification des savoirs théoriques et pratiques trop souvent opposés. Notre postulat est qu'il n'existe pas d'incompatibilité intellectuelle radicale à mener une réflexion théorique sur un objet pratique. C'est donc à partir d'une analyse des pouvoirs et des pratiques de l'ART ainsi que des autres instances administratives ou juridictionnelles amenées avec cette dernière à encadrer l'ouverture du marché des télécommunications à la concurrence, que sont proposées des pistes de réflexion permettant d'enrichir les débats actuels sur la notion de régulation, spécialement de régulation sectorielle<sup>1</sup>. Ce travail n'entend donc pas apporter une réponse définitive à ce que serait la régulation sectorielle dans le secteur des industries de réseaux. Il tente d'étudier de façon aussi objective que possible les pratiques des différents acteurs pour les inscrire dans une perspective prospective de compréhension de l'ouverture d'autres secteurs à la concurrence. C'est l'analyse substantielle<sup>2</sup> qui a bien évidemment été privilégiée tant pour la recherche de la "substance" du droit procédural que celle du droit substantiel.

Certains mettent l'accent sur le caractère "déceptif" de ce rapport. On y trouve finalement plus d'interrogations que de certitudes. Ce sont ces interrogations qui nous semblent, au contraire, essentielles. Elles sont révélatrices, d'une l'ART, des difficultés toujours croissantes dans les sociétés complexes à saisir les phénomènes juridiques observés et, d'autre l'ART, de l'inconfort dans lequel se trouve le juriste pour tenter de comprendre "sa" société, "son" système juridique dans un environnement technique extrêmement complexe mais indispensable à comprendre pour pouvoir penser ensuite en termes juridiques. La régulation, notamment la régulation sectorielle mise en place par l'ART traduit incontestablement, selon cette étude, la caractéristique du droit contemporain: droit autopoïétique, réflexif et procédural<sup>3</sup>. La doctrine a mis l'accent sur l'évolution relativement récente d'un droit formel (la pyramide de Kelsen) à un droit matériel, marqué par un fort interventionnisme public (l'ordre public encadrant les relations contractuelles), et finalement à un droit processuel ou réflexif<sup>4</sup>. Nous avons souhaité néanmoins, au-delà d'une réflexion très générale sur la procéduralisation du droit, nous interroger concrètement sur les modes de fonctionnement de cette autorité, sur les décisions prises par cette dernière ainsi que leurs conséquences sur un secteur économique essentiel dans nos sociétés développées. Il s'agit de la sorte de ré articuler droit substantiel et droit procédural même si la signification de ces deux termes ne peut sans doute pas être la même que celle qui était la sienne il y a encore quelques années.

La procéduralisation du droit, au sens de ce rapport, vise deux phénomènes différents et cependant complémentaires. Il s'agit d'une l'ART, et le phénomène doit être relevé dans le souci de faire progresser le droit à un procès équitable, de la soumission croissante d'organismes hybrides (les fameuses AAI) aux règles procédurales permettant le respect des droits de la défense. Nous sommes ici dans la phase de la "réalisation contentieuse" des

<sup>5</sup> L. CADJET, Les jeux du contrat et du procès: esquisse, in *Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue?*, éd. Frison-Roche, 1999, 25.

droits. Il s'agit aussi, et le phénomène est plus original, de la l'ARTicipation croissante et selon des modalités complexes des individus eux-mêmes à la création de la norme selon des "procédures" extrêmement complexes, associant la "procédure/procès" à la "procédure/consultation/audition", le jeu du contrat et du procès selon la formule de L. Cadiet<sup>5</sup>. C'est à la formulation de la règle de droit que l'ARTicipent les intéressés dans une sorte de "démocratie directe" (les concurrents, sans que ne soient nécessairement entendus les consommateurs).

La combinaison de ces deux formes de procéduralisation que l'on observe en ce qui concerne l'ART mérite que l'on s'y attache dans la mesure où à vouloir saisir la procédure de façon trop serrée -au sens procédural étroit-, on risque de passer à côté des liens complexes qu'entretiennent "procédures" et droit substantiel, au sens où ce dernier organise des rapports juridiques et définit, de ce fait, les droits subjectifs des différents agents économiques.

<sup>6</sup> On ne parle plus de la fonction sociale des droits dans le contentieux auquel nous nous sommes intéressés.

Nous adopterons pour une présentation synthétique de ce rapport une distinction qui peut paraître comme structurante de celui-ci en espérant néanmoins que le lecteur qui se risquera à aller plus loin comprendra les liens étroits que nous souhaitons mettre en lumière entre la forme procédurale d'aujourd'hui qui met l'accent sur le "contradictoire" et la "réactivation de la notion de droit subjectif"<sup>6</sup>, pendant substantiel du contradictoire<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Les caractères de la procédure accusatoire nous paraissent étroitement liés à la construction du droit subjectif, de la subjectivité juridique qui, plus large que celle de droit subjectif, inclut les libertés fondamentales.

Le rapport s'attache par ailleurs à essayer d'analyser les liens ambigus qu'entretiennent "Le Droit de" la concurrence (le contrôle des pratiques anticoncurrentielles, le contrôle de la concentration) et la régulation au sens de l'organisation de la concurrence par la reconnaissance de "droits à la" concurrence (c'est le rôle de l'ART). Ces relations complexes témoignent sans doute de la difficulté à vouloir, pédagogiquement, opposer droit objectif et droits subjectifs alors que ce sont les deux faces d'un même phénomène des rapports juridiques.

### **1. La régulation sectorielle opérée par l'A.R.T.**

La création de l'ART s'inscrit dans un processus d'ouverture à la concurrence du secteur des télécommunications (d'ailleurs, en cours de redéfinition permanente, comme le montre le rapport) et donc dans le cadre d'une réactivation du droit libéral ou néo-libéral, s'appuyant sur une "procéduralisation" de ce dernier, au sens évoqué précédemment d'une procédure fondée sur des droits individuels. Le rôle de l'ART ne saurait cependant se réduire à un règlement de conflits privés de type patrimonial traditionnel. L'autorité est aussi en charge d'une certaine politique publique, du moins d'un certain intérêt public lié à la construction d'un ordre concurrentiel dans le secteur des télécommunications.

Les contributions présentées peuvent paraître largement schématiques au regard "des complexités" que nous venons d'évoquer. Rappelons qu'elles ne sont qu'un appel à la discussion et au débat.

De longs développements ont été consacrés à la reconnaissance progressive du droit à l'interconnexion par le jeu combiné des avis et décisions de l'A.R.T., avis et décisions qui s'inscrivent dans des relations complexes entre l'opérateur historique et ses concurrents, relations d'autant plus complexes qu'elles se tissent dans le cadre de négociations contractuelles, mais aussi de conflits juridiques. L'activité de l'Autorité a été considérable et a conduit à dessiner progressivement les contours d'un droit à l'interconnexion en perpétuelle évolution compte tenu des évolutions technologiques incessantes.

Dans la présentation du rapport public d'activité de l'ART pour 1998, Monsieur Jean-Michel Hubert, président de l'Autorité, avait mis l'accent sur la nécessité de promouvoir une concurrence "effective" dans le secteur des télécommunications. Soulignant que la France était encore dans une phase de mise en place de la concurrence, il insistait sur le fait que l'ouverture du marché devait être consolidée, ce qui justifiait une "nécessaire régulation asymétrique"<sup>8</sup>. Cette régulation asymétrique a été mise en place par l'A.R.T. qui

<sup>8</sup> 12 juillet 1999, <http://www.art-telecom.fr/>

a consolidé peu à peu les droits des différents opérateurs. C'est ainsi que l'Autorité a été amenée à reconnaître des contours de plus en plus précis à ce droit à l'interconnexion: droit à l'interconnexion elle-même, à une interconnexion sécurisée, à une interconnexion à haut débit, à une interconnexion multiservice, enfin droit à la maîtrise des paramètres techniques et tarifaires intervenant dans la fourniture de services d'accès à l'Internet pour garantir la liberté des opérateurs. Pour que la concurrence soit effective, l'Autorité entend développer les droits des concurrents de l'opérateur historique dans deux domaines essentiels, étroitement imbriqués compte tenu des avancées technologiques et tous deux indispensables à une réelle concurrence: l'Internet et la boucle locale qui devrait s'ouvrir définitivement à la concurrence en 2001.

Pour mener à bien cette tâche, l'A.R.T., en collaboration avec le Conseil de la concurrence, a contribué à préciser un certain nombre de concepts utilisés en droit économique, notamment la notion de "marché". Il est intéressant d'observer, en effet, que ces deux autorités régulatrices ont reçu des compétences distinctes mais complémentaires et qui permettent d'éclairer très utilement, par des analyses très précises de ce marché spécifique: celui des télécommunications, des notions utilisées en droit général de la concurrence. Les avis de l'A.R.T. rendus sont extrêmement intéressants à plusieurs égards. Ils démontrent d'abord que l'Autorité, tout en ayant conscience de la "convergence", essaie de cerner au plus près la notion de marché pertinent, en ce qui concerne les pratiques anticoncurrentielles. Deux définitions du marché sont utilisées par l'Autorité selon qu'il s'agit de régler la question de sa compétence ou de rechercher des pratiques anticoncurrentielles. Celle-ci a ainsi constamment retenu une large définition du marché pertinent (les télécommunications dans un contexte de convergence) pour justifier sa saisine et défini par la suite des segments de marchés beaucoup plus étroits dans l'étude des pratiques anticoncurrentielles. C'est ainsi qu'elle a su distinguer ces deux notions lors d'une demande de mesures provisoires qui se rattachait à une demande au fond tendant à dénoncer un abus de position dominante de la l'ART de France Télécom. Dans un contexte de convergence, justifiant de leur compétence, les experts ont su clairement distinguer, au sein du marché des télécommunications, le marché spécifique des "offres d'accès à haut débit par la technologie ADSL". On connaît l'importance de la notion de marché pertinent dans l'étude des pratiques anticoncurrentielles et notamment le fait que, plus le marché considéré est grand, moins il y a possibilité de retenir l'existence d'une position dominante, et en conséquence d'un abus. L'A.R.T. a donc, tout en signalant à plusieurs reprises la convergence des technologies, montré qu'en l'état du développement de ces dernières il était possible de distinguer le marché de fourniture de services de transmission de données à haut débit s'appuyant sur une infrastructure existante largement déployée (la boucle locale téléphonique), non seulement des services d'accès à Internet à bas débit, mais encore des autres technologies d'accès à haut débit comme le câble ou la boucle locale radio. De ce point de vue, ces analyses nous paraissent exemplaires d'une analyse concrète du marché pertinent par rapport au concept quelque peu abstrait de marché contestable<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> La contestabilité du marché dans les modèles économiques nous semble trop souvent être une contestabilité théorique n'étudiant pas suffisamment les coûts d'entrée et les conditions techniques d'entrée sur le marché. W. BAUMOL, J.C. PANZAR, R.D. WILLIG.

Les avis et décisions de l'A.R.T. nous semblent remarquablement traduire cette construction progressive du droit à l'interconnexion, l'ARTiculièrement d'un droit à l'interconnexion à haut débit par l'ADSL. Par l'analyse du marché pertinent et de l'abus éventuel que pourrait commettre l'opérateur historique sur ce dernier, elle contribue à définir les droits des concurrents. De la même façon que le juge a su dessiner les déontologies des professionnels en définissant les responsabilités pour faute ou les responsabilités sans faute de ces derniers, l'Autorité, en aidant le Conseil à préciser le marché et les conditions de mise en œuvre des mesures provisoires, a contribué à fixer les conditions de la "mise en œuvre effective" d'un droit "immédiat" pour les opérateurs d'exercer en haut débit "les activités qui leur sont propres"<sup>10</sup>. Ils s'inscrivent, comme le souligne l'Autorité elle-même, dans la démarche qu'elle a engagée avec les différents opérateurs pour l'ouverture définitive à la boucle locale et le calendrier proposé pour mettre en œuvre les options retenues par ces derniers. C'est dire que l'A.R.T. est consciente de cette construction progressive et en perpétuel mouvement de l'ouverture à la concurrence.

<sup>10</sup> Décision du 7 janvier 2000 précitée.

La répartition des rôles entre l'A.R.T., organisateur de la concurrence en matière de

télécommunications, et le Conseil de la concurrence, gardien de l'ordre concurrentiel, nous a conduit à préciser la notion de régulation sectorielle dans le domaine des industries de réseaux, régulation sectorielle qui doit être comparée à la notion de réglementation. On sait que le droit objectif est toujours distributeur de subjectivités. Les formes que peut emprunter le droit objectif dans cette fonction de distribution, du moins si on cherche à les ramener à des épures, sont assez simples. C'est ainsi que dans la pureté du modèle, la réglementation peut se définir comme une forme de distribution a priori des droits subjectifs sous réserve d'un contrôle a posteriori par le juge. La loi a tranché, par exemple, entre l'intérêt du propriétaire et du locataire en définissant les droits respectifs de ces derniers (durée du bail, droit ou non au renouvellement etc...). De même, la loi a-t-elle défini les droits du salarié et ceux de l'employeur à travers les dispositions réglementant le contrat de travail. La régulation sectorielle, notamment dans le domaine des télécommunications, se présente, au contraire, comme un mécanisme de construction permanente des droits subjectifs associant intervention a priori et a posteriori de l'autorité de régulation. Ainsi que le souligne ce rapport, la consécration du "droit à l'interconnexion" implique pour sa reconnaissance et son exercice une appréciation préalable de la demande d'interconnexion de la l'ART de l'exploitant de réseau sollicité sous contrôle de l'autorité de régulation des télécommunications. "C'est ici que l'on mesure toute la distance qui sépare la réglementation de la régulation... La réglementation, c'est le contrôle et la sanction a posteriori, la régulation est pilotage et adaptation permanente du cadre réglementaire" (souligné par nous)<sup>11</sup>. La régulation se rapproche dans cette dernière hypothèse de la fonction traditionnelle du juge judiciaire sans pour autant se confondre avec cette dernière<sup>12</sup>. Elle peut se définir, en effet, comme "l'art de donner à chacun des opérateurs la l'ART qui lui revient et d'assurer l'équilibre entre tous"<sup>13</sup>. C'est essentiellement à ce dernier schéma que correspond l'ART dont la fonction essentielle est de protéger les nouveaux entrants sur le marché des télécommunications en définissant les contours de leur droit à l'interconnexion et donc leur droit «à» la concurrence<sup>14</sup> face à l'opérateur historique: France Télécom. Avec cette fonction distributive, on se trouve en présence "non plus d'un droit positif, mais d'un droit positiviste, par opposition à un droit qui ne serait que réactif ou répressif"<sup>15</sup>, c'est-à-dire d'un droit qui construit et accompagne les droits subjectifs des nouveaux concurrents. Il semble que ce soit ainsi que l'A.R.T. analyse elle-même son rôle. En effet, dans sa réponse à la communication de la Commission européenne du 10 novembre 1999, elle a rappelé que "l'acception française du terme de régulation, à la différence de l'anglaise, ne confond pas l'élaboration des règles et leur mise en œuvre". Le régulateur a la responsabilité d'appliquer les textes adoptés par l'Union européenne et les pouvoirs publics nationaux. En conséquence, elle a estimé que la Commission devrait mieux définir ce qu'est le régulateur. "En conservant le terme usuel d'Autorité réglementaire nationale (ARN), elle se prive de la distinction capitale des responsabilités entre les autorités chargées d'édicter le droit et celles qui l'appliquent, ces dernières devant pouvoir agir de façon indépendante, c'est-à-dire user de façon impartiale de leurs pouvoirs d'arbitrage et de gardien en premier ressort de la concurrence"<sup>16</sup>.

Cette analyse de la fonction régulatrice de l'A.R.T. conduit bien évidemment à s'interroger sur la pérennité d'un tel organisme -cette dernière s'est d'ailleurs elle-même posée la question- ainsi que celle de l'articulation de ses fonctions avec celles d'autres autorités régulatrices, soit sectorielles comme le CSA, soit généralistes comme le Conseil de la concurrence. En effet, le marché pertinent en matière de télécommunications a tendance à se globaliser, ce qui pose la question de la coexistence non seulement d'autorités sectorielles de régulation à compétence verticale et du Conseil de la concurrence dont la compétence est horizontale mais aussi celle de la coexistence d'autorités sectorielles entre elles. L'Autorité constate à cet égard la nécessité de simplifier le régime juridique applicable aux réseaux câblés. Deux régimes coexistent aujourd'hui selon que les réseaux sont utilisés pour fournir des services audiovisuels ou des services de télécommunication. L'ART propose donc un projet de modification du Code des postes et télécommunications qui permettrait d'harmoniser les différents régimes d'autorisation "dans un contexte de convergence des réseaux et des technologies"<sup>17</sup>. Celle-ci constate que la question de la régulation déontologique doit être posée dans des termes nouveaux dans la mesure où elle a été établie dans un contexte de monopole aujourd'hui révolu. Ceci impliquerait soit une

<sup>11</sup> L. RAPP, Le nouveau régime de l'interconnexion des réseaux de télécommunications dans la loi française du 26 juillet 1996, JURIS PTT 1997, n°49, 13 ; cf. notre première partie.

<sup>12</sup> Sur l'évolution du rôle du juge, voir notamment F. OST, Jupiter, Hercule, Hermès, trois modèles du juge, in *La force du droit*, sous la direction de P. BOURETZ, Esprit, 1991.

<sup>13</sup> M. A. FRISON-ROCHE, Les différentes définitions de la régulation, in *Industries de réseaux : la régulation pour une meilleure concurrence*, Rev. De la concurrence et de la consommation, mai-juin 1998, 43

<sup>14</sup> LE MOAL, Thèse, 1<sup>ère</sup> partie sur la construction progressive d'un droit à l'interconnexion.

<sup>15</sup> Y. BREBAN, Libéralisation et régulation : le paradoxe, Les Echos, 18-19 avril 1997.

<sup>16</sup> Synthèse de la réponse... <http://www.art-telecom.fr>

<sup>17</sup> Deuxième rapport d'activité pour 1998.

<sup>18</sup> CONSEIL D'ETAT, Section du rapport et des études, *Internet et les réseaux numériques*, <http://www.Internet.gouv.fr/francais/textesref/rapce98/synthese.htm>

<sup>19</sup> Synthèse du rapport précité, 10.

<sup>20</sup> S. GUINCHARD, Le procès équitable, garantie formelle ou droit substantiel?, in *Droit économique et philosophie du droit, quel dialogue?*, éd. Frison-Roche, 1999, 139

<sup>21</sup> 5 février 1999, Oury, D. 1999, soin. com. P. 425, obs. I. Bon-Garcin; Petites affiches, 10 février 1999, n° 29, p. P. M., p. 3; D. aff., 1999, p. 317 et p. 4 10; JCP. Ed. E, 1999, p. 296; rev. gén. proc. 1999, p. 275, obs. L. Idot.

<sup>22</sup> Paris, 15 juin 1999, D. 1999, IR, p. 184. V. la critique de D. Brault, "La présence du rapporteur au délibéré du Conseil de la concurrence : se fier aux apparences ou aux réalités?", Lamy Droit économique, juin 1999, n°118.

<sup>23</sup> V. par exemple, décision n°99-539 du 18 juin 1999, préc.

extension des compétences des instances existantes (Conseil supérieur de la télématique, CSA), soit le recours à une formule d'autorégulation s'inspirant de celle proposée par le Conseil d'Etat dans son rapport sur Internet<sup>18</sup>. Le Conseil observe qu'Internet est l'archétype d'un phénomène nouveau: la convergence entre les mondes jusqu'alors séparés des réseaux informatiques, de l'audiovisuel et des télécommunications. Sous l'effet des phénomènes de convergence technologiques, les réseaux ne sont plus désormais dédiés à des services l'ARTiculiers mais permettent de véhiculer tous types de produits et de services (téléphonie vocale, programmes audiovisuels, services interactifs). La distinction traditionnelle entre d'une l'ART la régulation des services et des réseaux audiovisuels et, d'autre l'ART, la régulation des services et des réseaux de télécommunications perd sa pertinence. "Une distinction nouvelle doit désormais être opérée entre deux types de réglementations: celles des réseaux de télécommunications et celles des contenus et des services"<sup>19</sup>. Rejoignant les analyses faites par l'ART, le Conseil d'Etat propose une réglementation transversale pour les réseaux de télécommunications qui sont de simples infrastructures de transport et un régime juridique distinct pour les contenus et les services fondé uniquement sur l'objet du service. C'est dire que pour l'heure la disparition de l'A.R.T. n'est pas à l'ordre du jour même si à terme devra être envisagée la création d'une instance européenne de régulation dans un marché européen.

## II. Régulation sectorielle et droit procédural.

On a pu écrire que les contentieux confiés aux A.A.I. manquent généralement "de tradition, de bases juridiques solides et que leur mixité altèrent les concepts du droit processuel et portent souvent une atteinte aux droits fondamentaux du procès"<sup>20</sup>. Il était donc intéressant de s'attacher aux questions procédurales posées par l'A.R.T. qu'il s'agisse de la procédure suivie devant l'autorité ou de l'articulation entre ses décisions et celles de la Cour d'appel de Paris ou du Conseil de la concurrence.

La pratique encore jeune de l'A.R.T. montre que cette dernière a été très attentive aux évolutions récentes et s'est adaptée spontanément aux exigences relatives au droit à un procès équitables formulées par la Cour de cassation. Il y allait de sa légitimité tant sur le terrain du contentieux subjectif relatif à l'interconnexion (article 36-8 du CPT) que sur celui du contentieux objectif et quasi-pénal des sanctions (article 36-11 du CPT). L'A.R.T. a ainsi voulu préserver ses décisions contre un risque d'annulation devant la Cour d'appel de Paris sur le fondement de l'article 6 de la CEDH.

Le respect des droits de la défense par les AAI est l'une des questions majeures actuellement débattues. C'est ainsi que les pratiques de la COB ont été sanctionnées par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation sur le fondement de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme<sup>21</sup>. Très récemment, une décision du Conseil de la concurrence a été annulée par la Cour d'appel de Paris sur le même fondement<sup>22</sup>. Les griefs portaient essentiellement sur la présence du rapporteur au délibéré. En application de l'article 6 CEDH, les juridictions françaises ont considéré qu'il s'agissait d'un manquement au droit à un procès équitable.

Cette jurisprudence montre que si les procédures se déroulant devant les AAI n'ont pas toujours été respectueuses des principes fondamentaux du procès et altèrent parfois les concepts du droit processuel, un tel reproche ne peut être porté à l'encontre de l'ART. Ses décisions contiennent ainsi une motivation très détaillée<sup>23</sup>. L'Autorité tient visiblement à reprendre un à un les arguments présentés par les parties.

S'agissant du prononcé de sanctions visant à prononcer des peines "quasi répressives", la procédure plus encore que précédemment doit viser à garantir les droits fondamentaux du procès.

On observera tout d'abord que devant l'A.R.T., la règle *non bis in idem* est garantie. Selon cette règle, il n'est pas possible pour les mêmes faits qu'une sanction administrative de nature pécuniaire se cumule avec une sanction pénale. Ce principe est garanti par la

Cour européenne des droits de l'homme sur le fondement de l'article 6 CEDH. Celui-ci a été rappelé par le Conseil constitutionnel dans sa décision relative à l'ART en date du 23 juillet 1996. Devant l'ART un cumul de sanctions est rendu impossible. En effet, selon l'article L. 36-11 CPT le prononcé d'une sanction pécuniaire par l'ART n'est possible que si les faits concernés ne constituent pas dans le même temps une infraction pénale. A défaut, l'ART est incompétente.

Par ailleurs le prononcé des sanctions est lui aussi soumis au respect des droits de la défense. L'article L. 36-11 2°b) al. 2 dispose que "Les sanctions sont prononcées après que l'opérateur a reçu notification des griefs et a été mis à même de consulter le dossier et de présenter ses observations écrites et verbales". On pourrait légitimement penser que le prononcé des sanctions dans le cadre de l'article L. 36-11 est soumis à l'instar de la procédure de l'article L. 36-8 au respect de l'article 6 CEDH. Or, une telle affirmation doit être considérablement nuancée. Rendues sur le fondement de l'article L. 36-8 CPT, les décisions de l'ART sont soumises à la juridiction de la Cour d'appel de Paris qui a plusieurs fois sanctionné des AAI sur le chef de l'article 6 CEDH. Or dans le cadre de l'article L. 36-11 CPT, les décisions rendues par l'ART sont soumises au Conseil d'Etat d'un recours de pleine juridiction. Il existe à cet égard une divergence de vue entre la Cour de Cassation et le Conseil d'Etat, ce dernier ne semblant pas tirer les mêmes conséquences que cette dernière de la présence du rapporteur au délibéré. Les questions procédurales devraient donc encore alimenter le contentieux.

Le système mis en place par la loi du 26 juillet 1996, créant l'A.R.T., semble confirmer le rôle de la Cour d'appel de Paris comme juridiction de recours par excellence des décisions des organes de régulation des secteurs d'activités économiques et financières. Une partie de ce rapport s'attache donc à "l'appel" des décisions de FA.R.T. devant la Cour d'appel de Paris. Comme pour les autres A.A.I., la nature du recours contre les décisions de l'A.R.T. suscite des interrogations. L'A.R.T. étant une autorité administrative indépendante, on ne peut a priori parler d'appel puisque le premier degré de juridiction fait défaut. Cependant, à la lecture du Code des Postes et Télécommunications, il semble qu'il faille faire une analyse plus nuancée. En effet, la Cour d'appel de Paris connaît des seules décisions de l'A.R.T. prises sur le fondement de l'article L.36-8, c'est-à-dire dans le cadre du règlement d'un litige contractuel de droit privé comme l'a expressément reconnu le Conseil Constitutionnel. Disposant d'un pouvoir d'annulation et de réformation des décisions de l'A.R.T. qui s'apparente à un juge du premier degré, la Cour d'appel de Paris se présente bien comme le juge d'appel de droit commun de l'article 542 du Nouveau code de procédure civile. Si le principe du double degré de juridiction n'a qu'une valeur para-juridictionnelle et n'est inhérent ni à la Convention Européenne des Droits de l'Homme, ni même au procès équitable, l'appel est néanmoins profondément ancré dans notre tradition juridique. Par ailleurs, le choix d'une juridiction de "droit privé"<sup>24</sup> s'imposait afin que la Cour de cassation puisse assurer l'unification des différents contentieux contractuels touchant au droit des télécommunications. Le législateur a par ailleurs délimité les pouvoirs attribués à la Cour d'appel pour en faire un système original mais cohérent qui vise à assurer tant l'efficacité des décisions que le respect des droits de la défense ainsi qu'en témoigne les articulations délicates entre le caractère non suspensif des recours et la procédure de sursis à exécution. A cet égard, le rapport contribue utilement à mettre en lumière les difficultés mais aussi constructions du droit de la régulation.

<sup>24</sup> Le contentieux de droit économique ne saurait être ramené ni à un contentieux de droit privé, ni à un contentieux de droit public. Le droit de la concurrence réalise une synthèse entre un ordre public concurrentiel et les droits subjectifs des opérateurs économiques. Droit "du" ou "des" marchés, il subit l'influence des juridictions en charge de l'ordre public et privé concurrentiel.

Ce travail aurait été incomplet s'il ne s'était interrogé sur les rapports entre une autorité régulatrice sectorielle et l'autorité "de droit commun" de contrôle de la concurrence. La loi du 26 juillet 1996 a donné à l'ART différents moyens destinés de lui permettant d'accomplir cette mission. Se pose donc la question de savoir comment l'action de l'ART dans ce domaine s'articule avec la mission du Conseil de la concurrence. Quel est le domaine de leur activité respective? La pratique des deux autorités révèle que les relations, loin d'être conflictuelles, ont été complémentaires.

L'ART semble surtout avoir pour mission d'organiser le marché, tandis que le Conseil sanctionne les comportements anticoncurrentiels. La mission primordiale de l'A.R.T.

est d'accompagner l'ouverture du marché des télécommunications à la concurrence, cette ouverture se faisant par étapes successives. L'A.R.T. a aussi pour mission d'organiser la concurrence sur les segments des marchés des télécommunications. Pour ce faire, elle doit définir et délimiter ces marchés et assurer une certaine égalité et un certain équilibre entre les opérateurs. L'Autorité veille à l'équilibre concurrentiel entre les opérateurs et à la loyauté de l'exercice de la concurrence. Elle fixe les conditions de la concurrence et, à ce titre, elle est compétente pour l'attribution des préfixes et le règlement des différends en matière d'interconnexion.

Le Conseil de la concurrence dispose pour sa l'ART et sous réserve des compétences des organes communautaire, d'une compétence exclusive concernant les infractions aux articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 et aux articles 81 et 82 du Traité de Rome. Il constate et sanctionne les ententes et les abus de position. La naissance de l'ART ne semble pas remettre en cause sa compétence exclusive dans ce domaine. C'est dire que le marché des télécommunications est soumis tant à la régulation qu'à la surveillance et que le partage des compétences puisse être parfois délicat, voire aboutir à des conflits.

Les difficultés tiennent notamment à la difficile définition de la régulation. Ce terme est parfois invoqué comme critère de délimitation des compétences, mais il est aussi souvent associé à l'action du Conseil de la concurrence qui "régule" le marché<sup>25</sup>, même si une distinction entre le "droit de la régulation" et le "droit de la concurrence" semble émerger se fondant notamment sur les intérêts protégés (intérêts l'ARTiculières ou intérêt général). Le droit de la régulation est perçu avant tout comme un droit évolutif et correspond l'ARTiculièrement bien à l'ouverture des industries de réseaux à la concurrence. Reste que sa mission le Conseil lui-même adopte une conception évolutive du marché, ce qui ne simplifie pas la recherche d'un critère clair de répartition des compétences. En effet, dans l'affaire du service universel "spécifique", celui-ci a estimé que "la marge de manœuvre qu'il convient d'accorder à France Télécom doit s'apprécier au regard du degré de concurrence constaté sur le marché des télécommunications et est susceptible d'être révisé"<sup>26</sup>.

La collaboration étroite instaurée entre l'A.R.T. et le Conseil de la concurrence<sup>27</sup> peut néanmoins déboucher sur des conflits de compétence. L'un des domaines où le conflit (ou la double compétence) risque d'être particulièrement sensible est celui des relations contractuelles entre les différents opérateurs, notamment sur la question de la tarification d'interconnexion, mais aussi des autres services et des locations d'infrastructures. En effet, si les cocontractants ne s'entendent pas, ils peuvent saisir l'ART du règlement du conflit (art L.36-8 du Code des postes et télécommunications). L'ART a d'ailleurs rendu plusieurs décisions dans ce domaine. Les contractants peuvent aussi porter le litige devant le Conseil de la concurrence, arguant qu'un tarif excessif constitue une barrière à l'entrée sur un marché, ou un abus de position (argument développé par Cegetel, Décision n° 99-539 du 18 juin 1999).

La loi prévoit en principe la parade pour résoudre des tels conflits: l'instance de recours contre les décisions du Conseil et de certaines décisions de l'ART est la même: la Cour d'appel de Paris, à laquelle est ainsi conféré le pouvoir "de trancher les éventuels conflits de compétence entre elles". Il lui reviendrait donc de mettre en cohérence les décisions des deux autorités si elles étaient saisies concurrentement d'un même problème d'interconnexion ou d'accès au réseau, l'une sous l'angle du droit de la concurrence, l'autre sous celui du seul droit des télécommunications"<sup>28</sup>.

Toutefois, le recours contre d'autres décisions de l'ART sont de la compétence du Conseil d'Etat. C'est par exemple le cas de l'attribution des préfixes, qui posent bien un problème du droit de la concurrence. Les possibilités d'harmonisation par la Cour de Paris sont donc limitées comme en témoignent quelques exemples. Devant ce "vide juridique", il semble qu'en cas de divergences d'appréciation, la décision du Conseil de la Concurrence, gardien de l'ordre public concurrentiel, devrait prévaloir sur celle de l'A.R.T..

La loi du 26 juillet 1996 est aussi muette sur le rôle de l'A.R.T. en matière de

<sup>25</sup> M.A. FRISON-ROCHE, L'Etat, le marché et les principes du droit interne et communautaire de la concurrence, *Les Petites Affiches*, n°59, mai 1995.

<sup>26</sup> Avis n°98-A-24.

<sup>27</sup> On est frappé par le nombre d'avis rendus soit par l'A.R.T., soit par le Conseil qui interviennent respectivement comme experts l'un de l'autre.

<sup>28</sup> Guy CANIVET, (à l'époque Premier Président de la Cour d'appel de Paris), dans "Les entretiens de l'autorité, *Le droit des télécommunications: bilan et perspectives*", 23 mars 1999.

concentration. Contrairement à la Federal Communications Commission, F.A.R.T. ne dispose d'aucune compétence propre en ce qui concerne les opérations de concentration entre opérateurs des télécommunication. Il semble néanmoins que le Ministre de l'économie et le Conseil puissent s'adresser à l'A.R.T. pour recueillir son avis.

L'étude de ce "prototype" qu'est l'A.R.T. devrait contribuer à une meilleure connaissance de la régulation sectorielle dans le secteur des industries de réseaux qui s'ouvrent peu à peu à la concurrence sous l'influence des directives communautaires. Nous espérons que ce rapport y contribue.

## **SOMMAIRE**

### **I. La fonction de régulation de l'Autorité de régulation des télécommunications (réflexions contributives à la notion de régulation)**

Laurence BOY

### **II. La procédure devant l'Autorité de régulation des télécommunications**

Jean-Baptiste RACINE

### **III. Le recours des décisions de l'Autorité de régulation des télécommunications devant la Cour d'appel de Paris**

René POESY

### **IV. L'Autorité de régulation des télécommunications et le Conseil de la concurrence**

Krimmer INGEBORG

### **V. Les rapports entre l'Autorité de régulation des télécommunications et d'autres autorités de régulation en matière de concurrence**

Geneviève CAMMAS