

Note d'observations¹

Réglementation sectorielle et droit de la concurrence en Europe, entre hiérarchie et complémentarité : les affaires *Deutsche Telekom* et *TeliaSonera*

I. INTRODUCTION²

Les récents arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne³ dans les affaires *Deutsche Telekom*⁴ et *TeliaSonera*⁵ apportent des éléments de réponse à une question particulièrement épineuse : comment régler les relations et éventuellement les conflits entre réglementation sectorielle spécifique⁶ et droit de la

concurrence, en particulier dans le secteur des communications électroniques⁷ ?

La problématique des relations entre réglementation sectorielle spécifique et droit de la concurrence dans le secteur des communications électroniques⁸ a été abordée dès le début

¹ Valérie Lefever est avocate et assistante à la Faculté de Droit des FUNDP à Namur.

² L'auteur tient à remercier R. Queck et A. de Streel pour leur relecture attentive et leurs précieux conseils. Toute erreur ou imprécision qui subsisterait dans la présente contribution resterait bien évidemment imputable à l'auteur.

³ Ci-après, « la Cour » ou « la Cour de justice ».

⁴ C.J.U.E., 14 octobre 2010, *Deutsche Telekom c. Commission*, C-280/08 P, pas encore publié (ci-après, « arrêt *Deutsche Telekom* »). Cet arrêt confirme l'arrêt du Tribunal du 10 avril 2008, *Deutsche Telekom c. Commission*, T-271/03, J.O.U.E., Rec., 2006, p. II-1747. Cet arrêt du Tribunal rejette le recours introduit par Deutsche Telekom contre la décision de la Commission dans la même affaire (voir la décision de la Commission du 21 mai 2003 dans les affaires COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 – *Deutsche Telekom AG*, J.O.U.E. 14 octobre 2003, L 263/9).

⁵ C.J.U.E., 17 février 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, pas encore publié (ci-après, « arrêt *TeliaSonera* »).

⁶ Appelée indistinctement dans le cadre de la présente contribution « réglementation sectorielle spécifique » ou « réglementation sectorielle ». Notons que les termes « réglementation sectorielle spécifique » reçoivent dans le cadre de la présente contribution un sens large, incluant à la fois la « réglementation au sens strict » (les normes générales et abstraites adoptées à la fois au niveau européen et au niveau national) et la « régulation », c'est-à-dire la mise en œuvre de la réglementation au sens strict au cas par cas par l'autorité réglementaire nationale.

⁷ Dans la présente note les concepts de « télécommunications » et de « communications électroniques » sont utilisés comme équivalents. Ils visent en effet tous les deux la transmission de signaux par des moyens électromagnétiques. Depuis la réforme de 2002, le cadre réglementaire européen utilise le concept de « communications électroniques » à la place de celui de « télécommunications » pour bien marquer que dorénavant il régira aussi toute transmission de signaux de radiodiffusion sonore et télévisuelle. Notons toutefois que les affaires *Deutsche Telekom* et *TeliaSonera* concernent des faits se déroulant avant l'entrée en vigueur du cadre réglementaire européen de 2002.

⁸ À cet égard, voy. entre autres, de manière générale : A. DE STREEL, « Interaction Between the Competition Rules and Sector-Specific Regulation », in L. GARZANITI, M. O'REGAN (éd.), *Telecommunications, Broadcasting and the Internet – EU Competition Law & Regulation*, 2010, Sweet & Maxwell, London, pp. 870 et s. ; R. KLOTZ, « The Application of EC Competition Law (Articles 81 and 82 EC) in the Telecommunications Sector », in C. KOENING, A. BARTOSCH, J.-D. BRAUN et M. ROMES, *EC Competition and Telecommunications Law*, 2^e éd., Kluwer Law International, 2009, pp. 105 et s. ; M. HELLWIG, « Competition Policy and Sector-Specific Regulation for Network Industries », in X. VIVES (ed.), *Competition Policy in the EU. Fifty Years on from the Treaty of Rome*, 2009, Oxford University Press, Oxford, pp. 203 et s. ; D. GERADIN et J. G. SIDAK, « European and American approaches to anti-trust remedies and the institutional design of regulation in telecommunications », in S. K. MAJUMDAR, I. VOGEL-SANG et M. E. CAVE, *Handbook of Telecommunications Economics*, vol. 2, 2005, Elsevier, Amsterdam, pp. 517 et s. ; D. GERADIN, « Limiting the scope of Article 82 EC: what can the EU learn from the U.S. Supreme Court's judgment in *Trinko* in the wake of *Microsoft*, *IMS*, and

JURISPRUDENCE

d'une politique réglementaire systématique dans le domaine.

Ainsi, dès 1987, la Commission européenne, dans son Livre vert, proposait dix positions pour ce qui devait, selon elle, devenir un cadre réglementaire du secteur. Parmi ces positions, la Commission préconisait, outre la réorganisation du secteur⁹, le suivi strict et continu des activités d'exploitation des administrations des communications électroniques et des prestataires privés conformément au droit de la concurrence¹⁰. Quelques années plus tard, suite à l'adoption des premières directives mettant en œuvre le Livre vert de 1987, la Commission a considéré que les règles sectorielles spécifiques n'étaient pas des règles de concurrence s'appliquant à la fois aux États et aux comportements des entreprises: les règles sectorielles et les règles de concurrence étaient appréhendées comme deux corps de règles, différents mais cohérents. Dès lors, il était logique que les règles de concurrence restent pleinement applicables même après l'adoption de toutes les règles sectorielles¹¹.

Le problème est que ces deux corps de règles, adoptés et mis en œuvre par des autorités différentes, selon des méthodes différentes et visant des objectifs parfois différents, peuvent aboutir à ce que l'un autorise ce qui est interdit par l'autre, voire même mener à des résultats totalement incompatibles.

Cette question est loin d'être d'intérêt purement académique. On constate en effet que le champ du droit de la concurrence a progressivement envahi toutes les ramifications de la vie économique, suite aux processus de libéralisation et d'harmonisation qui ont ouvert à la concurrence des marchés autrefois marqués par la présence d'un seul opérateur détenant un monopole légal. Réglementation sectorielle spécifique et droit de la concurrence en sont venus à s'appliquer de plus en plus fréquemment aux mêmes entreprises et aux mêmes comportements. Comment résoudre les éventuelles contradictions?

C'est dans ce contexte qu'interviennent les arrêts *Deutsche Telekom* et *TeliaSonera*. Par ces arrêts, la Cour s'éloigne de la solution retenue aux États-Unis dans l'affaire *Trinko*¹²: alors qu'aux États-Unis l'application de la réglementation sectorielle spécifique peut rendre inapplicables les règles de concurrence, dans l'Union européenne, l'existence d'une réglementation sectorielle spécifique ne dispense pas d'une analyse concurrentielle des marchés et le respect de cette réglementation ne fournit à l'entreprise concernée aucune

Deutsche Telekom?», *Common Market Law Review*, 2004, 41, pp. 1519-1553; D. GERADIN, P. LAROUCHE, «L'application décentralisée du droit de la concurrence dans les secteurs libéralisés – L'exemple du secteur des communications électroniques», in P. NIHOUL (ed.), *La décentralisation dans l'application du droit européen de la concurrence – Un rôle accru pour le praticien*, Bruylant, 2004, pp. 165-90; P. NIHOUL, P. RODFORD, *EU Electronic Communications Law - Competition and Regulation on the European Telecommunications market*, Oxford University Press, UK, 2004, 900 p.

⁹ Par exemple, la mise en œuvre de la fourniture d'un réseau ouvert.

¹⁰ Communication de la Commission européenne du 30 juin 1987, Livre vert sur les développements du marché commun des services et équipements des télécommunications, COM(87) 290, 30 juin 1987, figure 13, positions E (fourniture d'un réseau ouvert) ainsi que H et I (application du droit de la concurrence).

¹¹ Commission européenne, Lignes directrices concernant l'application des règles de concurrence de la Communauté au secteur des télécommunications, J.O.C.E., C-233/2, 6 septembre 1991, point 17. Depuis

lors, le ton a changé et ce sont justement les règles de concurrence qui sont maintenant considérées avoir vocation de se substituer aux règles sectorielles.

¹² *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko, LLP* (02-682), 13 January 2004, 540 U.S. 398 (2004) 305 F.3d 89. Voir aussi *Pacific Bell Telephone Co., dba AT&T California, et al. v. Linkline Communications, Inc., et al.*, (07-512), 25 February 2009 (2009), 503 F.3d 876.

garantie qu'elle respecte également le droit de la concurrence¹³.

Dans l'Union européenne, l'approche retenue de combiner les contrôles *ex ante* et *ex post* plutôt que de remplacer l'un par l'autre¹⁴ s'explique par le fait que la réglementation sectorielle et le droit de la concurrence sont à la fois différents et complémentaires¹⁵.

Cependant, si cette solution peut suffire à régler un certain nombre de situations où les règles sectorielles et de concurrence laissent à ceux qui les appliquent¹⁶ une latitude suffisante pour trouver un terrain d'entente, elle ne résout pas les situations où la réglementation sectorielle spécifique et le droit de la concurrence sont réellement contradictoires. La Cour ne se penche pas sur ce type de situation, qui ne

se retrouve ni dans l'affaire *Deutsche Telekom* ni dans l'affaire *TeliaSonera*. Il nous semble toutefois que si ce problème se produisait, le droit de la concurrence prévaudrait, sous réserve peut-être de la protection par la réglementation sectorielle d'une valeur d'intérêt général supérieur à celui de la concurrence et ayant, comme le droit de la concurrence, valeur de traité (probablement apprécié au cas par cas).

Enfin, sur un plan plus pratique, l'application combinée de la réglementation sectorielle et du droit de la concurrence implique de dégager les principes permettant de prévenir ou de régler les conflits potentiels qui peuvent survenir entre ces deux corps de règles de manière efficace et respectueuse des exigences de sécurité juridique. À cet égard, si le raisonnement de la Cour, basé sur la notion de marge de manœuvre, trouve en l'arrêt *TeliaSonera* une application cohérente, il semble que sa mise en œuvre dans l'arrêt *Deutsche Telekom* aboutisse à un résultat particulièrement sévère vis-à-vis des entreprises.

Nous ne nous prononcerons pas dans le cadre des présentes observations sur l'existence ou non d'une compression de marges, mais uniquement sur la question de savoir si l'existence d'une réglementation sectorielle spécifique devrait influencer le raisonnement de la Commission (et celui du Tribunal et de la Cour de justice dans le cadre de recours en annulation) au titre des articles 101 et 102 TFUE autrement qu'au titre de circonstance atténuante¹⁷.

¹³ Le respect du droit de la concurrence dépend en effet de l'utilisation faite par l'entreprise de la marge de manœuvre dont elle dispose dans la détermination de ses comportements; cf. *infra* et arrêt *Deutsche Telekom*.

¹⁴ La réglementation sectorielle spécifique est considérée dans le cadre de la présente contribution comme une approche essentiellement *ex ante* et le droit de la concurrence comme une approche essentiellement *ex post*. Notons toutefois que ce n'est pas tout à fait le cas: le contrôle des concentrations, relevant du droit de la concurrence, s'opère *ex ante*, étant donné qu'il serait inefficace que la Commission s'oppose après coup à des opérations de concentration difficilement réversibles.

¹⁵ Notons d'ailleurs que ces deux corps de règles ne sont pas étanches l'un par rapport à l'autre; ainsi, on constate une certaine hybridation de la réglementation sectorielle spécifique, qui utilise les concepts et les méthodes du droit de la concurrence (cf. la notion de puissance de marché significative, inspirée de la notion de position dominante, et la méthode d'analyse des marchés). Voir à ce sujet A. DE STREEL, «The New concept of 'Significant Market Power' in Electronic Communications: the Hybridisation of the Sectoral Regulation by Competition law», *E.C.L.R.*, 2003, pp. 535-542; A. DE STREEL, «The Integration of Competition Law Principles in the New European Regulatory Framework for Electronic Communications», *World Competition*, 2003, 26(3), pp. 489-514.

¹⁶ Les autorités réglementaires nationales, les autorités de concurrence et les entreprises elles-mêmes.

¹⁷ Une circonstance atténuante a en effet été retenue à ce titre dans l'affaire *Deutsche Telekom*. Notons d'emblée que, dans l'affaire *Deutsche Telekom*, il est fait référence à l'article 82 du Traité instituant la Communauté européenne (Traité CE). Or, depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, cet article est devenu l'article 102 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), sans modification de contenu. De même, l'article 81 de l'ancien Traité CE, qui interdit les accords anticoncurrentiels entre entreprises, est devenu – sans modification de contenu – l'article 101 TFUE. Ces différences n'étant que cosmétiques, nous

JURISPRUDENCE

Nous ne nous étendons donc pas sur la question de la définition de la compression des marges ni de son application pratique, car ces questions, bien que centrales dans les arrêts *Deutsche Telekom* et *TeliaSonera*, ne constituent dans le cadre de la présente contribution que l'occasion de nous pencher sur l'articulation des contrôles *ex ante* et *ex post* de l'action des entreprises. La partie II de cet article contient un rappel des faits et des raisonnements des deux arrêts. Dans la partie III, nous comparerons l'approche européenne des relations entre droit de la concurrence et réglementation sectorielle à la solution retenue outre-Atlantique par la Cour Suprême américaine. La partie IV sera l'occasion d'une analyse des arrêts *Deutsche Telekom* et *TeliaSonera*, plus particulièrement au regard du principe du respect de la confiance légitime et du principe de sécurité juridique. Nous tenterons d'élaborer un cadre logique pour une application cohérente du droit de la concurrence et de la réglementation sectorielle spécifique, au regard des exigences de ces deux principes. La partie V sera l'occasion de tirer quelques conclusions.

II. AFFAIRES *DEUTSCHE TELEKOM* ET *TELIASONERA* : RAPPEL DES FAITS ET RAISONNEMENT DE LA COUR

Deutsche Telekom exploite le réseau téléphonique allemand. Suite à la libéralisation des télécommunications en Allemagne, Deutsche Telekom est contrainte depuis juin 1997 de

fournir à ses concurrents un accès à ce réseau, dans la mesure où il ne serait pas économiquement viable pour ses concurrents de le dupliquer. Cet accès s'effectue via le dégroupage de la boucle locale, à savoir la mise à disposition du circuit physique qui relie le répartiteur principal du réseau (ou toute autre installation équivalente) au point de terminaison du réseau chez l'abonné. Ces services intermédiaires d'accès à la boucle locale que Deutsche Telekom fournit à ses concurrents sont soumis à un tarif approuvé par l'ARN allemande, la *Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post* (ci-après, la RegTP¹⁸) et Deutsche Telekom n'a pas le loisir de les modifier.

Par ailleurs, Deutsche Telekom fournit également des services d'accès aux abonnés, dont les tarifs sont réglementés par un système de plafonnement des prix : un certain nombre de services sont regroupés en un panier, dont le prix global est régulé, ce qui laisse à Deutsche Telekom la possibilité de diminuer ou d'augmenter le prix de certains services en particulier, tant que le panier dans son ensemble ne dépasse pas un certain plafond de prix. Ces plafonds ont été abaissés à plusieurs reprises par la RegTP.

Des plaintes contre Deutsche Telekom sont déposées à la Commission en 1999 et, en 2003, la Commission adopte une décision condamnant Deutsche Telekom à 12,6 millions d'euros d'amende pour « effet de ciseau », également appelé « compression des marges » : selon la Commission, la différence entre les prix de détail que Deutsche Telekom offrait à ses abonnés et les tarifs de gros qu'elle facturait à ses concurrents était insuffisante pour permettre aux concurrents aussi efficaces qu'elle d'offrir les mêmes services de détail de manière profitable, ce qui est contraire à l'article 82 du Traité

utiliserons alternativement les dispositions du TCE ou du TFUE, selon que nous citons ou non la Cour dans l'arrêt *Deutsche Telekom*. Notons enfin que l'affaire *Deutsche Telekom* n'est pas l'unique cas d'infraction au droit de la concurrence sur un marché soumis à une réglementation sectorielle spécifique dans le secteur des communications électroniques : cf. décision de la Commission du 4 juillet 2007, relative à une procédure d'application de l'article 82 CE, affaire COMP/38.784 – *Wanadoo España contre Telefónica* (appel en cours devant le Tribunal, *Telefónica et Telefónica de España c. Commission*, affaire T-336/07).

¹⁸ Depuis lors devenue le *Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen*.

CE (actuel article 102 TFUE). La Commission rejette l'argument de Deutsche Telekom selon lequel ses prix étaient réglementés et régulés par la RegTP, qui les avait approuvés: selon la Commission, «l'applicabilité des règles de concurrence n'est pas exclue, dès lors que les dispositions sectorielles concernées laissent aux entreprises qui y sont soumises la possibilité d'un comportement autonome susceptible d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence»¹⁹.

Deutsche Telekom a interjeté appel de cette décision devant le Tribunal, qui a donné raison à la Commission; l'entreprise a ensuite introduit un pourvoi devant la Cour de justice, qui vient récemment de confirmer l'arrêt du Tribunal.

Au niveau de l'imputabilité de l'infraction, la Cour a estimé que le Tribunal n'avait commis aucune erreur de droit en considérant que, malgré la réglementation sectorielle spécifique à laquelle était soumise Deutsche Telekom, il restait à celle-ci une marge de manœuvre au niveau de ses prix de détail pour éviter d'enfreindre le droit de la concurrence. Selon le Tribunal, confirmé par la Cour, l'imputabilité d'une infraction ne cesse que lorsque cette marge de manœuvre disparaît²⁰. Dès lors, l'existence de cette réglementation et les décisions de la RegTP ne sont prises en compte qu'au niveau du montant de l'amende, au titre de circonstance atténuante²¹. Le fait que la Commission n'a pas intenté de recours en manquement contre l'Allemagne n'est pas considéré comme une circonstance à prendre en considération parce que dépassant les limites du pourvoi, même s'il est effectivement possible que l'Allemagne ait enfreint le droit européen²².

Au niveau de l'infraction elle-même, la Cour a confirmé le fait que la compression des marges, entendue comme un écart inapproprié entre les prix de gros de Deutsche Telekom pour les services intermédiaires d'accès à la boucle locale et ses prix de détail pour les services d'accès aux abonnés sur des marchés où elle est dominante, est un abus de position dominante en tant que tel. Il n'est donc pas nécessaire de montrer que les prix de gros ou ceux de détail sont abusifs: l'abus se trouve au niveau de l'écart entre ces prix²³. Deutsche Telekom aurait dû relever ses prix de détail, car même si une telle solution est défavorable à court terme au consommateur, elle lui est bénéfique sur le long terme, par le maintien d'une concurrence sur le marché²⁴.

Enfin, la Cour a confirmé l'utilisation en droit de la concurrence du critère du « concurrent aussi efficace » que l'entreprise en position dominante pour déterminer l'existence d'une compression de marges²⁵. La Cour a également rappelé que les effets anticoncurrentiels d'une compression de marges devaient être démontrés: la Cour a considéré que cette preuve a été rapportée par la constatation que, puisque l'accès à la boucle locale était indispensable aux concurrents de Deutsche Telekom pour fournir des services d'accès aux abonnés, une compression des marges empêchait les concurrents aussi efficaces que Deutsche Telekom de suivre les tarifs de celle-ci sans subir de pertes²⁶.

²³ Arrêt *Deutsche Telekom*, points 167-168.

²⁴ La Cour répète ici un point déjà établi dans l'affaire *France Télécom*: les consommateurs n'ont pas seulement intérêt à obtenir des prix les plus bas possible, mais également à ce que la concurrence soit maintenue sur le marché afin de leur laisser une liberté de choix entre les différentes entreprises. Voy. C.J.U.E., 2 avril 2009, *France Télécom c. Commission*, C-202/07 P, *Rec.*, p. I-2369, point 112.

²⁵ Arrêt *Deutsche Telekom*, points 167 et 177.

²⁶ Arrêt *Deutsche Telekom*, point 255.

¹⁹ Décision de la Commission, point 54.

²⁰ Arrêt *Deutsche Telekom*, point 80.

²¹ Arrêt *Deutsche Telekom*, points 278-279.

²² Arrêt *Deutsche Telekom*, points 44-47.

Quant à l'affaire *TeliaSonera*, elle prend sa source en Suède, où TeliaSonera est l'opérateur historique des télécoms. Tout comme Deutsche Telekom, TeliaSonera est poursuivie pour compression des marges, mais cette fois dans le cadre d'une procédure nationale. Ce qui distingue le cas de TeliaSonera de celui de Deutsche Telekom, c'est que TeliaSonera n'était soumise à aucune obligation réglementaire de fournir les prestations en cause aux opérateurs concurrents²⁷. TeliaSonera offrait à ses concurrents des prestations par raccordement numérique asymétrique (RNA) sans pour autant y être contrainte par une réglementation, et c'est sur ce service (et non sur les services dont la fourniture lui était imposée) que l'on reprocha à TeliaSonera une compression des marges. Dans le cadre de cette affaire, TeliaSonera peut dès lors être considérée, dans le contexte de l'arrêt de la Cour, comme une entreprise agissant de manière non réglementée.

Des questions préjudicielles sont posées à la Cour de justice lors de la procédure devant les juridictions suédoises. À la différence de l'arrêt rendu dans l'affaire *Deutsche Telekom*, l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *TeliaSonera* n'a donc pas pour objectif d'infirmer ou de confirmer le raisonnement juridique du Tribunal mais d'interpréter le droit de l'Union européenne.

Ces questions préjudicielles ont permis à la Cour de justice de clarifier certains points. Tout d'abord, elle confirme à nouveau sans ambiguïté l'existence de la compression des marges comme infraction à part entière et non comme une forme de refus de fournir ou comme une combinaison de deux infractions distinctes (un refus de fournir au niveau de gros et des prix prédateurs au niveau de détail). Selon la Cour, la spécificité de la compression des marges ne se situe pas au niveau des prix de gros ou de

détail eux-mêmes mais dans la différence entre ceux-ci.

Ensuite, la Cour précise quels éléments sont à prendre en considération et ceux qui sont sans pertinence pour l'analyse de l'existence d'une infraction. La Cour estime entre autres qu'il est «nécessaire de démontrer que, compte tenu, en particulier, du caractère indispensable du produit de gros, cette pratique produit un effet anticoncurrentiel au moins potentiel sur le marché de détail, sans que cela soit aucunement justifié économiquement»²⁸. Il n'est en revanche pas pertinent de prendre en compte «l'absence, pour l'entreprise concernée, de toute obligation réglementaire de fournir les prestations par raccordement numérique asymétrique intermédiaires sur le marché de gros sur lequel elle détient une position dominante»²⁹. En effet, «si un comportement anticoncurrentiel est imposé aux entreprises par une législation nationale ou si celle-ci crée un cadre juridique qui lui-même élimine toute possibilité de comportement concurrentiel de leur part, l'article 102 TFUE n'est pas d'application»³⁰. *A contrario*, et sur la base de l'arrêt *Deutsche Telekom* auquel elle fait explicitement référence, la Cour considère que l'article 102 s'applique «à plus forte raison», à une entreprise telle que TeliaSonera, qui, puisqu'elle «dispose d'une pleine autonomie dans les choix de ses comportements sur le marché», doit se voir imputer son comportement et est soumise à l'article 102 TFUE³¹. La Cour considère que ces comportements autonomes relèvent de la «responsabilité particulière» qui incombe aux entreprises en position dominante de ne pas adopter de comportements anticoncurrentiels.

²⁷ Arrêt *TeliaSonera*, point 47.

²⁸ Arrêt *TeliaSonera*, point 77.

²⁹ Arrêt *TeliaSonera*, point 115.

³⁰ Arrêt *Teliasonera*, point 49.

³¹ Arrêt *TeliaSonera*, point 52.

Enfin, la Cour rejette l'argument de TeliaSonera selon lequel les entreprises en position dominante devraient pouvoir fixer librement leurs conditions commerciales afin de protéger leur initiative économique, cette liberté ne devant être restreinte que «si ces conditions sont tellement désavantageuses pour leurs cocontractants qu'elles peuvent être considérées, compte tenu des critères dégagés à ces fins dans l'arrêt du 26 novembre 1998, *Bronner* (C-7/97, *Rec.*, p. I-7791), comme impliquant un refus de fourniture»³². Selon la Cour, l'arrêt *Bronner* n'impose pas de traiter ce type de comportement comme des refus abusifs de fourniture. Plus fondamentalement, la Cour considère que des comportements «consistant à soumettre la fourniture de services ou la vente de produits à des conditions désavantageuses ou auxquelles l'acheteur pourrait ne pas être intéressé (...) pourraient, en soi, être constitutifs d'une forme autonome d'abus différent du refus de fourniture»³³. La Cour considère que l'interprétation de TeliaSonera reviendrait à limiter les cas d'abus de position dominante concernant les conditions commerciales à des cas de refus de livrer, ce qui limiterait indûment l'article 102 TFUE.

III. DROIT DE LA CONCURRENCE ET RÉGLEMENTATION SECTORIELLE : HIÉRARCHIE DES NORMES

1. Primauté du droit de la concurrence ou de la réglementation sectorielle spécifique : *Deutsche Telekom c. Trinko*

Les affaires de concurrence dans des secteurs réglementés touchent à une question fondamentale, celle de l'agencement du droit de la concurrence et de la réglementation sectorielle. À cet égard, l'arrêt *Deutsche Telekom* prend toute son importance: il confirme le principe de l'application simultanée de la

réglementation sectorielle spécifique et du droit de la concurrence à une même activité. En conséquence, l'entreprise concernée doit, tout en respectant la réglementation sectorielle spécifique préexistante, orienter son activité en fonction des exigences du droit de la concurrence, quitte à obtenir de l'ARN un réexamen de la régulation à laquelle elle est soumise si nécessaire³⁴.

En théorie, droit de la concurrence et réglementation sectorielle pouvaient se combiner de trois manières: faire primer le droit de la concurrence (qui rendrait inapplicable la réglementation sectorielle), faire primer la réglementation sectorielle (qui rendrait inapplicable le droit de la concurrence) et faire coexister des deux (selon des termes à définir).

Pendant, dans le contexte particulier du droit européen, il était impossible que la Cour considère que la réglementation sectorielle spécifique rend inapplicable le droit de la concurrence: ce dernier est inscrit dans le Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne, au contraire de la réglementation sectorielle spécifique qui se fonde sur du droit dérivé³⁵. En cas de conflit entre réglementation sectorielle et droit de la concurrence, la hiérarchie des normes opère donc en faveur du droit de la concurrence.

Par ailleurs, considérer que le droit de la concurrence rend inapplicable l'ensemble de la réglementation sectorielle spécifique reviendrait à priver celle-ci d'effet utile, puisque, à la différence du droit de la concurrence, la réglementation ne s'applique qu'à un secteur économique déterminé. De plus, la réglementation sectorielle régit des secteurs dans lesquels la concurrence peine à s'imposer³⁶.

³⁴ Arrêt *Deutsche Telekom*, points 92 et 113.

³⁵ Les directives du cadre réglementaire européen (actuellement les directives de 2002, telles que modifiées en 2009).

³⁶ Voy. considérant 5 de la directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre

³² Arrêt *TeliaSonera*, point 54.

³³ Arrêt *TeliaSonera*, points 55-56.

JURISPRUDENCE

Même si le paradigme actuel de l'application de la réglementation sectorielle spécifique est que celle-ci devrait tendre à créer, voire à améliorer les conditions de concurrence sur les marchés afin de se rendre elle-même superflue et de s'effacer³⁷, au moins en ce qui concerne la réglementation économique, il n'en reste pas moins que le secteur des communications électroniques, comme d'autres industries de réseaux, est caractérisé par des monopoles ou oligopoles naturels qui rendent difficile l'établissement d'une concurrence durable³⁸. L'option d'écarter purement et simplement la réglementation sectorielle spécifique n'était donc pas réellement envisageable, en tous cas pas à court ou moyen terme.

Dès lors, il semble que le choix de combiner droit de la concurrence et réglementation

sectorielle était la seule option à la fois logique et respectueuse du droit européen.

Il est toutefois important de noter que l'approche des relations entre droit de la concurrence et réglementation sectorielle est étroitement liée à l'organisation et au contenu du droit européen. Il est intéressant de constater à cet égard que la solution retenue aux États-Unis est très différente.

Aux États-Unis, la Cour Suprême a considéré dans l'affaire *Trinko* que la réglementation sectorielle visant à garantir l'accès à l'infrastructure téléphonique de l'opérateur historique ne peut servir de fondement à une plainte basée sur le droit antitrust³⁹.

Cette affaire concernait le non-respect par Verizon de son obligation réglementaire d'octroyer à ses concurrents l'accès à la boucle locale. Des plaintes avaient été introduites à ce sujet et les autorités réglementaires avaient pris des mesures pour remédier au problème, lorsque Trinko, un cabinet d'avocats de New York client d'un concurrent de Verizon, introduit en son nom et au nom d'autres particuliers une action en dommages et intérêts sur la base de la section 2 du *Sherman Act* interdisant les «*monopolizations*»⁴⁰. Trinko estimait que le refus de Verizon de fournir à ses concurrents les services d'interconnexion nécessaires rendait difficile pour ceux-ci la fourniture de leurs services de téléphonie à leur clientèle. Contrairement à la *District Court*, la *Court of*

2009 modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques, *J.O.U.E.*, 18 décembre 2009, L 337/37: «il est essentiel que les obligations réglementaires *ex ante* ne soient imposées qu'en l'absence de concurrence effective et durable».

³⁷ Voy. considérant 5 de la directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques, *J.O.U.E.*, 18 décembre 2009, L 337/37: «L'objectif est de réduire progressivement la réglementation sectorielle *ex ante* au fur et à mesure que la concurrence s'intensifie sur les marchés jusqu'à ce que, à terme, les communications électroniques soient régies par le seul droit de la concurrence».

³⁸ Sur cette question, voy. M. HELLWIG, «Competition Policy and Sector-Specific Regulation for Network Industries», in X. VIVES (ed.), *Competition Policy in the EU. Fifty Years on from the Treaty of Rome*, 2009, Oxford University Press, Oxford, pp. 203 et s.

³⁹ Sur cet arrêt, voy. en autres N. PETIT, «Circumscribing the scope of EC competition law in network industries? A comparative approach to the US Supreme Court in the *Trinko* case», *Journal of Network Industries*, Vol. 5 (2004), No. 3-4, pp. 347 et s.; D. GERADIN et R. O'DONOGHUE, «The concurrent application of competition law and regulation: the case of margin squeeze abuses in the telecommunications sector», *Journal of Competition Law & Economics*, June 2005, p. 36.

⁴⁰ Ce qui correspond *grosso modo* à l'abus de position dominante interdit dans l'Union européenne par l'article 102 TFUE.

Appeal du deuxième circuit donne raison à Trinko. L'affaire parvient ensuite devant la Cour Suprême.

La Cour Suprême note tout d'abord que la loi de 1996 sur les télécoms⁴¹ prévoit expressément qu'elle ne modifie, ne porte atteinte ni ne prévaut sur l'application du droit de la concurrence, ce qui l'empêche de conclure que le droit de la concurrence est implicitement limité par cette réglementation⁴². Cependant, la Cour considère que «*just as the 1996 Act preserves claims that satisfy existing antitrust standards, it does not create new claims that go beyond existing antitrust standards; that would be equally inconsistent with the saving clause's mandate that nothing in the Act "modify, impair, or supersede the applicability" of the antitrust laws*». La Cour aborde alors le cœur du problème, c'est-à-dire la question de savoir si Trinko peut se prévaloir du *Sherman Act* en invoquant l'infraction de Verizon à son obligation réglementaire d'offrir des services d'interconnexion à ses concurrents. Après avoir pris note du fait que le *Sherman Act* ne restreint pas en principe le droit d'une entreprise de choisir ses partenaires contractuels,⁴³ la Cour examine si les principes antitrust justifient qu'une exception à ce principe soit créée pour les cas tels que celui de l'affaire *Trinko*. À cet égard, la Cour considère que l'analyse concurrentielle doit rester attentive à la structure et aux circonstances particulières du secteur concerné :

«*Antitrust analysis must always be attuned to the particular structure and circumstances*

of the industry at issue. Part of that attention to economic context is an awareness of the significance of regulation. As we have noted, "careful account must be taken of the pervasive federal and state regulation characteristic of the industry." United States v. Citizens & Southern Nat. Bank, 422 U. S. 86, 91 (1975); see also IA P. Areeda & H. Hovenkamp, Antitrust Law, p. 12, 240c3 (2d ed. 2000). "[A]ntitrust analysis must sensitively recognize and reflect the distinctive economic and legal setting of the regulated industry to which it applies." Concord v. Boston Edison Co., 915 F. 2d 17, 22 (CA1 1990) (Breyer, C. J.) (internal quotation marks omitted).

One factor of particular importance is the existence of a regulatory structure designed to deter and remedy anticompetitive harm. Where such a structure exists, the additional benefit to competition provided by antitrust enforcement will tend to be small, and it will be less plausible that the antitrust laws contemplate such additional scrutiny. Where, by contrast, "[t]here is nothing built into the regulatory scheme which performs the antitrust function," Silver v. New York Stock Exchange, 373 U. S. 341, 358 (1963), the benefits of antitrust are worth its sometimes considerable disadvantages. Just as regulatory context may in other cases serve as a basis for implied immunity, see, e.g., United States v. National Assn. of Securities Dealers, Inc., 422 U. S., at 730-735, it may also be a consideration in deciding whether to recognize an expansion of the contours of §2.»

La Cour considère qu'en effet, dans le cas d'espèce, la réglementation «diminue de manière significative» le risque d'atteinte majeure à la concurrence. De plus, les coûts d'une intervention au titre du droit de la concurrence doivent être pris en considération, en particulier les coûts liés aux «*false positives*», c'est-à-dire aux condamnations à tort en l'absence de réelles

⁴¹ Telecommunications Act of 1996, P.L. No. 104-104, 110 Stat. 56 (1996).

⁴² Et cela malgré le fait que «*the 1996 Act is a good candidate for implication of antitrust immunity, to avoid the real possibility of judgments conflicting with the agency's regulatory scheme that might be voiced by courts exercising jurisdiction under the antitrust laws*».

⁴³ Sauf exception basée sur la jurisprudence *Aspen Skiing Co. V Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585, 601 (1985), non pertinente en l'espèce.

pratiques anticoncurrentielles : de telles erreurs nuisent à la concurrence au lieu de la protéger. En outre, la technicité des domaines réglementés est telle qu'une intervention du droit de la concurrence risque d'être inappropriée et difficile à superviser. Enfin, les autorités réglementaires sont mieux équipées que les autorités de la concurrence pour mettre en œuvre sur le marché des remèdes qui peuvent se révéler particulièrement techniques. Le devoir de Verizon de fournir les services d'interconnexion nécessaires à ses concurrents n'émane dès lors pas du droit de la concurrence mais uniquement de la réglementation sectorielle⁴⁴.

L'arrêt *Trinko* ne traite pas uniquement des relations entre droit de la concurrence et réglementation sectorielle, et son raisonnement sur ce point doit être analysé dans le cadre plus large de la doctrine (non accueillie par la Cour Suprême) des *essential facilities*. Toutefois il semble clair que la Cour Suprême américaine a choisi de bien distinguer les interventions du régulateur et de l'autorité de la concurrence, selon ce qui a été appelé le principe d'« exhaustion » ou de « préemption » : les plaintes basées sur le droit de la concurrence sont, dans une certaine mesure, vidées par la réglementation sectorielle spécifique lorsque celle-ci contient un remède⁴⁵. Il en résulte une interprétation étroite du droit de la concurrence : sauf exception, même une disposition réglementaire favorisant la concurrence (en l'occurrence l'obligation de fournir des services d'interconnexion) ne peut servir de base à une action au titre du droit de la concurrence. La réglementation sectorielle spécifique reprend alors les fonctions et missions du droit de la concurrence :

l'application de ce dernier semble être envisagée de manière subsidiaire, dans les secteurs où une réglementation sectorielle spécifique n'est pas disponible⁴⁶.

On le voit, Union européenne et États-Unis ont adopté des solutions très différentes en matière d'articulation de la réglementation sectorielle et du droit de la concurrence. Il ne faut cependant pas perdre de vue que les arrêts européen et américain, bien que portant sur la même question, sont adoptés dans des contextes très différents.

Premièrement, les arrêts *Trinko* et *Deutsche Telekom* ont été adoptés dans des contextes juridiques différents qui influencent inévitablement le raisonnement suivi. Tout particulièrement, le fait que dans l'Union européenne, les dispositions relatives à la concurrence sont inscrites dans le TFUE et la réglementation sectorielle spécifique dans des normes de droit dérivé, alors qu'aux États-Unis tant les règles concurrentielles que sectorielles sont inscrites dans des lois fédérales, donne dans l'Union européenne une primauté au droit de la concurrence en termes de hiérarchie des normes⁴⁷. De plus, le *Telecommunications Act*

⁴⁴ Nous n'abordons pas ici les points relatifs à la question du refus de livrer, qui dépassent les limites de la présente contribution.

⁴⁵ N. PETIT, « Circumscribing the scope of EC competition law in network industries? A comparative approach to the US Supreme Court in the *Trinko* case », *Journal of Network Industries*, Vol. 5 (2004), No. 3-4, p. 357.

⁴⁶ Voy. aussi *Pacific Bell Telephone Co., dba AT&T California, et al. v Linkline Communications, Inc., et al.*, (07-512), 25 February 2009 (2009), 503 F. 3d 876. Cette affaire, plus récente, concernait des faits similaires à ceux à l'origine de l'affaire *Deutsche Telekom*, à savoir une compression des marges effectuée via le contrôle de la boucle locale au détriment des concurrents voulant offrir des services d'accès Internet sur le marché de détail. La Cour Suprême y reprend l'argumentation développée dans *Trinko*, estimant qu'elle s'applique également aux cas de compression des marges.

⁴⁷ Notons que les différences entre Union européenne et États-Unis se marquent également au niveau des notions de « monopolization » et d'« abus de position dominante », au niveau de la notion de « responsabilité particulière » de l'entreprise en position dominante dans l'Union européenne, et par l'importance des actions civiles en dommages et intérêts aux États-Unis, notamment par le biais de « class actions », qui ont un impact considérable sur les entreprises condamnées.

américain n'est pas identique au cadre réglementaire européen; or, il est clair que le niveau élevé d'interventionnisme de la réglementation américaine en matière de télécoms a joué un rôle important dans le raisonnement qui a mené la Cour Suprême à la conclusion que l'application de la réglementation sectorielle seule suffirait à résoudre les éventuels problèmes de concurrence⁴⁸.

Deuxièmement, les situations soumises à la Cour Suprême américaine et à la Cour de justice européenne, bien que semblables en apparence, sont en réalité assez différentes. La Cour Suprême américaine est confrontée à un cas dans lequel les autorités réglementaires ont remédié au problème posé par Verizon et la question de l'application du droit de la concurrence ne se pose qu'en termes d'octroi de dommages et intérêts à *Trinko*. La réglementation sectorielle spécifique – très intrusive – montre dans cette affaire son efficacité, ce qui a certainement contribué à la conviction de la Cour Suprême que la réglementation sectorielle rendra les problèmes de concurrence très peu fréquents. Au contraire, la Cour de justice de l'Union européenne statue sur une affaire dans laquelle la régulation exercée par les ARN a montré ses limites: malgré les différentes analyses de tarifs effectuées par la RegTP, ces tarifs ont été considérés par la Commission comme contraires au droit de la concurrence. Il serait assez difficile pour la Cour, face à une telle situation, d'affirmer sa confiance en le fait que la réglementation sectorielle permettra à elle seule d'éviter les problèmes de concurrence⁴⁹.

En conclusion, si la solution adoptée par la Cour Suprême américaine paraît cohérente et aboutit à une solution simple à mettre en œuvre, les solutions adoptées dans *Trinko* sont étroitement liées au cadre législatif américain et ne correspondent pas à celui de l'Union européenne⁵⁰.

2. En Europe : combinaison du droit de la concurrence et de la réglementation sectorielle spécifique

Le choix effectué dans l'Union européenne de combiner réglementation sectorielle spécifique et droit de la concurrence⁵¹ peut se justifier pour plusieurs raisons.

Premièrement, l'option consistant à remplacer le droit de la concurrence par la réglementation bute nécessairement sur le fait que droit de la concurrence et réglementation sectorielle poursuivent des objectifs partiellement différents. En effet, les objectifs de la réglementation sectorielle spécifique des communications électroniques sont de trois ordres: il s'agit non seulement de promouvoir un marché ouvert et concurrentiel, mais également de renforcer le marché intérieur et enfin de protéger le citoyen européen et de lui garantir certaines offres d'intérêt général⁵². La réglementation

communications sector», *Journal of Competition Law & Economics*, June 2005, p. 37.

⁵⁰ Voy. dans ce sens: N. PETIT, «Circumscribing the scope of EC competition law in network industries? A comparative approach to the US Supreme Court in the *Trinko* case», *Journal of Network Industries*, Vol. 5 (2004), No. 3-4, p. 361.

⁵¹ Arrêt *Deutsche Telekom*, points 92 et 113.

⁵² Directive 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, telle que modifiée par la directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009, *J.O.C.E.*, 24 avril 2002, L 108, p. 33 (directive-cadre), considérant 36. Voy., sur le cadre réglementaire des communications électroniques, A. DE STREEL et R. QUECK, «Un nouveau cadre réglementaire pour les communications électroniques en Europe», *J.T.D.E.*, septembre 2003, n° 101, pp. 193-202.

⁴⁸ Voy. D. GERADIN et R. O'DONOGHUE, «The concurrent application of competition law and regulation: the case of margin squeeze abuses in the telecommunications sector», *Journal of Competition Law & Economics*, June 2005, p. 36.

⁴⁹ Sur ce point, voy. D. GERADIN et R. O'DONOGHUE, «The concurrent application of competition law and regulation: the case of margin squeeze abuses in the tele-

sectorielle spécifique est à la fois économique (pour tout ce qui concerne l'accès au marché, la gestion des ressources et le contrôle du pouvoir de marché de certains opérateurs), et sociale (en ce qu'elle poursuit une politique sociale visant à garantir la fourniture de certains services et la protection du consommateur). Quant au droit de la concurrence, il vise principalement à maximiser le bien-être du consommateur et optimiser l'allocation des ressources au sens des théories traditionnelles de l'efficacité économique⁵³.

Si la réglementation sectorielle de type économique est essentiellement tournée vers l'ouverture et le maintien de la concurrence, il n'en reste pas moins que le droit de la concurrence est plus restreint que la réglementation sectorielle, puisqu'il ne comporte pas de politique sociale à proprement parler. De même, bien que protégeant les intérêts des consommateurs, le droit de la concurrence, à la différence de la réglementation sectorielle, ne mène pas de réelle politique sociale.

Déjà en 1998, la Commission européenne décrivait ces différences en ces termes :

« La Commission reconnaît que les autorités réglementaires nationales (ARN) ont des tâches différentes des siennes et opèrent dans un cadre juridique lui aussi différent en ce qui concerne l'application des règles de concurrence. En premier lieu, les ARN agissent conformément au droit national, même si c'est souvent en appliquant le droit communautaire. En second lieu, le droit national, en ce qu'il se fonde sur des considérations de politique des télécommunica-

tions, peut avoir des objectifs qui diffèrent de ceux de la politique communautaire de concurrence, tout en étant compatibles avec ceux-ci. La Commission coopère dans la mesure du possible avec les ARN, qui doivent aussi coopérer entre elles, en particulier lorsque des problèmes transnationaux sont en cause. Conformément au droit communautaire, les autorités nationales, notamment les autorités réglementaires et les autorités de concurrence, sont tenues de s'opposer à une pratique ou à un accord contraires au droit communautaire de la concurrence »⁵⁴.

Il est clair que, déjà à cette époque, la Commission s'orientait vers une approche simultanée des deux corps de règles dans le secteur des télécommunications :

« Les règles communautaires de concurrence ne suffisent pas à résoudre tous les multiples problèmes qui peuvent se poser dans le secteur des télécommunications. Par conséquent, les ARN ont des compétences beaucoup plus larges et jouent un rôle très important et d'une portée considérable dans la réglementation de ce secteur. Il convient également de noter que le droit communautaire dispose que les ARN sont indépendantes »⁵⁵.

Cette approche se retrouve dans le cadre réglementaire actuel : la Recommandation de la Commission concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur

⁵³ Voy. les contributions spécifiquement consacrées au droit européen de la concurrence, telles que FAULL et NIKPAY, *The EC Law of Competition*, 2nd Ed., Oxford, 2007 ; BELLAMY et CHILD, *European Community Law of Competition*, 6th Ed., Oxford, 2007 ; JONES et SUFRIN, *EC Competition Law: text, cases and materials*, 3rd Ed., Oxford, 2008.

⁵⁴ Communication de la Commission relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications – Cadre général, marchés en cause et principes, *J.O.C.E.*, n° 265, 22 août 1998, pp. 0002-0028, point 13.

⁵⁵ Communication de la Commission relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications – Cadre général, marchés en cause et principes, *J.O.C.E.*, n° 265, 22 août 1998, pp. 0002-0028, point 14.

des communications électroniques prévoit trois critères cumulatifs permettant de recenser les marchés dans lesquels la réglementation *ex ante* sera susceptible de s'appliquer. Parmi ces critères se trouve celui de l'incapacité du droit de la concurrence à remédier à lui seul à la ou aux défaillance(s) du marché⁵⁶.

Le choix de privilégier l'application combinée du droit de la concurrence et de la réglementation sectorielle spécifique se confirme plus loin dans le texte :

«Les articles 85 et 86 [ex-articles 81 et 82 CE, actuels articles 101 et 102 TFUE] [...] constituent un droit en vigueur et applicable dans la Communauté. Ce droit ne devrait pas entrer en conflit avec d'autres règles de droit communautaire parce que le droit communautaire forme un cadre réglementaire cohérent [...] il est évident que des actes communautaires adoptés dans le domaine des télécommunications doivent être interprétés d'une manière qui soit conforme aux règles de concurrence afin d'assurer la meilleure application possible de tous les aspects de la politique communautaire des télécommunications [...] Cela s'applique, entre autres, aux relations entre le droit de la concurrence applicable aux entreprises et les règles d'ONP.

Ainsi, les règles de concurrence continuent de s'appliquer dans des cas où d'autres dispositions du traité ou du droit dérivé sont applicables. [...] Il convient également d'avoir à l'esprit que certains des principes juridiques en matière de concurrence énoncés ci-dessous sont également couverts par des règles propres au cadre ONP. Une application correcte de ces règles dispenserait souvent de devoir appliquer les règles de concurrence»⁵⁷.

On le voit, par l'arrêt *Deutsche Telekom*, la Cour n'a fait qu'entériner un choix qui était déjà perceptible depuis longtemps⁵⁸.

Deuxièmement, outre le fait que les objectifs de la réglementation sectorielle spécifique et du droit de la concurrence ne se recoupent pas forcément, leurs méthodes sont également différentes. Les méthodes du droit de la concurrence sont très spécifiques, et cela malgré une tendance de la réglementation sectorielle à s'inspirer des notions du droit de la concurrence. Le droit de la concurrence intervient essentiellement *ex post*, au cas par cas⁵⁹, là où la réglementation sectorielle dispose d'une vue d'ensemble *ex ante*. Le droit de la concurrence est plutôt général, et « tout-terrain », dans la mesure où il applique les mêmes principes à tous les secteurs d'activité économique, alors

⁵⁶ L'incapacité du droit de la concurrence à remédier à lui seul à la ou aux défaillance(s) du marché est le troisième critère ; les deux autres sont la présence de barrières élevées et non provisoires à l'entrée (structurelles, légales ou réglementaires) et une structure de marché ne laissant pas présager d'évolution vers une situation de concurrence effective. Voy. la Recommandation de la Commission du 17 décembre 2007 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 (2007/879/CE), *J.O.U.E.*, 28 décembre 2007, L 344/65, considérant 5.

⁵⁷ Communication de la Commission relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications – Cadre général, marchés en cause et principes, *J.O.C.E.*, n° 265, 22 août 1998, pp. 0002-0028, points 57-58.

⁵⁸ Voy. également 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 (2002/C 165/03), *J.O.U.E.*, 11 juillet 2002, C 165/6.

⁵⁹ Notons que le droit de la concurrence intervient *ex ante* lorsqu'il s'agit du contrôle des concentrations, et que la Commission peut agir sur l'ensemble d'un marché (et non pas au cas par cas) lorsqu'elle effectue une enquête sectorielle.

JURISPRUDENCE

que la réglementation sectorielle se développe en fonction d'un contexte bien particulier, ce qui la rend très technique et complexe.

De plus, le droit de la concurrence, hormis en ce qui concerne le contrôle des concentrations, est essentiellement répressif, et s'est doté à cet effet de procédures de détection des infractions, d'investigation et d'imposition des amendes tout à fait particulières⁶⁰, alors que la réglementation sectorielle n'est pas répressive par principe. L'application successive des deux approches aura le mérite de diminuer le risque de « *false negative* », c'est-à-dire de comportement anticoncurrentiel impuni.

Par ailleurs, la charge de la preuve est différente: afin d'intervenir, la réglementation sectorielle spécifique devra simplement montrer l'existence d'un opérateur détenant une puissance significative de marché, tandis qu'en droit de la concurrence, l'article 102 TFUE ne peut s'appliquer sans l'existence cumulative d'une entreprise en position dominante et d'un abus de cette position dominante⁶¹.

En outre, la réglementation sectorielle spécifique des communications électroniques, bien que s'articulant autour des directives de 2002 (telles que modifiées en 2009), reste principalement nationale, tandis que le droit de la concurrence est essentiellement européen⁶². Il

serait délicat de remplacer une réglementation nationale par du droit européen, non seulement au regard du transfert de compétences que cela implique, mais également parce que la réglementation adoptée au niveau national, et la régulation effectuée par les ARN est plus au fait de la réalité locale, contrairement au droit européen de la concurrence, plus général et appliqué de manière moins précise.

Dès lors, s'il est vrai que les autorités de concurrence seraient mal positionnées pour réguler des secteurs extrêmement techniques, il est tout aussi probable que les ARN n'aient pas une expérience suffisante du droit de la concurrence pour prétendre remplacer une autorité de concurrence, même en limitant la zone d'exclusion du droit de la concurrence aux secteurs très réglementés, comme le fait la Cour Suprême américaine. Par ailleurs, cette approche s'inscrit dans la tendance déjà suivie par le législateur européen, celle d'une extension à la fois de la zone d'influence du droit de la concurrence et de son champ d'application aux domaines du droit qui lui étaient autrefois étrangers.

Il est à noter que, malgré son choix en faveur de la réglementation, la Cour Suprême américaine dans l'affaire *Trinko* reconnaît implicitement l'impossibilité de substituer complètement la réglementation sectorielle au droit de la concurrence; elle considère simplement qu'il est moins néfaste de ne pas poursuivre un cas de pratiques anticoncurrentielles (*false negative*) que d'imposer une amende pour des pratiques qui ne sont en réalité pas anticoncurrentielles (*false positive*), et que, dès lors, limiter l'application du droit antitrust est la meilleure solution. L'Union européenne étant de tendance moins libérale et ne permettant pas des actions civiles en dommages et intérêts aussi lourdes de conséquences pour les entreprises concernées qu'aux États-Unis, une telle crainte des *false positives* a moins de poids de ce côté de l'Atlantique.

⁶⁰ Citons par exemple les enquêtes sectorielles, les dénonciations d'entreprises via les procédures de demande d'immunité ou de clémence, les *dawn raids* et les amendes impressionnantes imposées par la Commission européenne.

⁶¹ A DE STREEL, « The Integration of Competition Law Principles in the New European Regulatory Framework for Electronic Communications », *World Competition*, 2003, 26(3), p. 511.

⁶² Le droit de la concurrence est également appliqué au niveau national, mais il s'agit davantage de décentralisation du droit européen que de création de droits nationaux distincts (voy. règlement CE 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, *J.O. L1* du 4 janvier 2003, p. 1).

Il nous semble donc que l'essence du choix effectué par la Commission – et confirmé par la Cour – de combiner l'application de la réglementation sectorielle et du droit de la concurrence est à approuver.

Cela étant, certaines questions subsistent quant à l'articulation de ces deux approches, questions auxquelles l'affaire *Deutsche Telekom* n'a pas apporté de solution satisfaisante. La plus importante de ces questions est celle-ci: *quid* lorsque la réglementation sectorielle spécifique et le droit de la concurrence sont irréconciliables?

Selon la hiérarchie des normes, le droit de la concurrence, inscrit dans le Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne, devrait prévaloir sur la réglementation sectorielle, qui est issue du droit dérivé.

De plus, l'un des objectifs de la réglementation sectorielle est la création et le maintien de la concurrence, alors que le droit de la concurrence a pour seul objectif le maintien de la concurrence (dans un but ultime de bien-être du consommateur), et ne reprend aucun des autres objectifs de la réglementation. La concurrence étant cruciale aux deux approches, il semble qu'en cas de conflit entre une réglementation ayant des objectifs non concurrentiels et le droit de la concurrence, ce dernier devrait l'emporter.

Quant au conflit entre le droit de la concurrence et une réglementation sectorielle dont l'objectif est la création ou le maintien de la concurrence, il peut être résolu par le recours au principe de réglementation minimale, selon lequel la réglementation sectorielle spécifique en matière de communications électroniques ne doit pas se développer au-delà de ce qui nécessaire pour qu'elle atteigne son objectif. Ce principe, qui correspond au principe de proportionnalité en droit européen, implique que la réglementation sectorielle à visée proconcurrentielle n'est adoptée que si

le marché ne fonctionne pas correctement (à cause de la présence d'une ou de plusieurs entreprises détenant une puissance significative de marché), et disparaîtra lorsque les conditions d'une concurrence effective seront atteintes. Implicitement, ce principe donne la priorité au droit de la concurrence, puisqu'il s'efface lorsque le droit de la concurrence suffit à assurer une concurrence effective sur le marché⁶³. Il nous semble que le résultat devrait être le même en cas de contradiction entre la réglementation sectorielle et le droit de la concurrence, même lorsque le marché ne fonctionne pas suffisamment correctement pour ne pas être réglementé.

Notons toutefois que ces conflits intrinsèques entre réglementation sectorielle et droit de la concurrence devraient rester rares: le fait que les objectifs du droit de la concurrence et de la réglementation sectorielle sont partiellement semblables réduit fortement le risque d'incompatibilité frontale entre les deux corps de règles⁶⁴. Dans l'affaire *Deutsche Telekom*, un tel conflit n'existait pas, ou pas entièrement, puisque, selon la Commission, un usage approprié de sa marge de manœuvre aurait permis à *Deutsche Telekom* de supprimer sur une certaine période, et de restreindre sur une autre, la compression des marges. La question des conflits intrinsèques entre réglementation

⁶³ A. DE STREEL, R. QUECK et P. VERNET, «Le nouveau cadre réglementaire européen des réseaux et services de communications électroniques», *Cahiers de droit européen*, 2002, disponible à l'adresse suivante: <http://www.fundp.ac.be/pdf/publications/47209.pdf> (voy. p. 7).

⁶⁴ Ce qui ne les exclut pas entièrement. Selon certains, les différences d'approche entre droit de la concurrence et réglementation sectorielle pourraient mener à des divergences significatives: voy. N. PETIT, «Circumscribing the scope of EC competition law in network industries? A comparative approach to the US Supreme Court in the *Trinko* case», *Journal of Network Industries*, Vol. 5 (2004), No. 3-4, p. 360.

sectorielle et droit de la concurrence n'est donc pas abordée par la Cour.

Enfin, ces considérations de principe n'empêchent pas d'imaginer que la réglementation sectorielle puisse parfois prévaloir, lorsque l'intérêt général qu'elle protège a valeur de traité et est jugé plus important que la protection de la concurrence; au final, cette question fera probablement l'objet d'une analyse au cas par cas.

IV. LES CONSÉQUENCES DES ARRÊTS DEUTSCHE TELEKOM ET TELIASONERA POUR LES ENTREPRISES ACTIVES DANS DES SECTEURS RÉGLEMENTÉS

1. Introduction : la notion de « marge de manœuvre » comme point de départ de l'imputabilité d'une infraction à l'article 102 TFUE

Une fois établi le principe de la combinaison du droit de la concurrence et de la réglementation sectorielle spécifique (avec une primauté du droit de la concurrence dans les situations de conflit irréconciliable), il convient de se tourner vers l'application qui a été faite de ce principe dans les affaires *Deutsche Telekom* et *TeliaSonera*.

La question de l'imputabilité de l'infraction est centrale dans le raisonnement de la Commission, du Tribunal et de la Cour sur la détermination de l'applicabilité des règles de concurrence (en l'occurrence, l'article 102 TFUE). En effet, les règles de concurrence visent principalement les entreprises⁶⁵. Dès lors, un comportement non imputable à une entreprise ne peut déclencher vis-à-vis de cette dernière l'application de l'article 102 TFUE; dans ce cas de figure, seule la réglementation sectorielle spécifique resterait d'application.

Dans les affaires *TeliaSonera* et *Deutsche Telekom*, le raisonnement de la Cour au niveau de l'imputabilité de l'infraction se base sur la notion de marge de manœuvre: la Cour part du principe qu'une entreprise disposant d'une marge de manœuvre dans le choix de ses actes doit également en être tenue pour responsable lorsque son comportement enfreint le droit de la concurrence. Il est dès lors logique de considérer, comme l'a fait la Cour, que l'existence de contraintes réglementaires ne suffit pas, en soi, à se décharger de sa responsabilité, lorsque subsiste une marge de manœuvre: la solution inverse impliquerait que seule une entreprise totalement libre de ses actes peut en être tenue responsable, ce qui, au vu de l'inflation législative et réglementaire de ces dernières décennies, est rarement le cas. Une telle solution serait évidemment absurde.

Cependant, si l'existence de contraintes réglementaires ne supprime pas nécessairement la responsabilité de l'entreprise concernée, cela peut parfois être le cas. Ainsi, la Cour explique que, lorsqu'un comportement « a été imposé aux entreprises en question par la législation nationale existante ou que celle-ci a éliminé toute possibilité de comportement concurrentiel de leur part », les articles 101 et 102 TFUE cessent de s'appliquer à l'égard des entreprises concernées⁶⁶. Dans une telle situation, la responsabilité de l'État membre à l'origine de la législation contraire au droit européen pourra évidemment être engagée.

Le raisonnement suivi par la Cour semble imparable. Il se justifie tout particulièrement vis-à-vis de situations très tranchées de liberté ou de contrainte totales: c'est le cas dans l'affaire *TeliaSonera*, dans laquelle la Cour a

⁶⁵ Notons toutefois qu'un État membre peut se voir condamner par la Cour de justice pour non-respect de l'article 102 TFUE dans le cadre d'une action en manquement (article 258 TFUE).

⁶⁶ Arrêt *Deutsche Telekom*, point 81 et jurisprudence citée. Notons également que les articles 101 et 102 TFUE restent applicables aux États membres qui sont tenus de respecter les traités (cf. *supra*, note infrapaginale 27).

considéré que si une marge de manœuvre réduite par l'existence d'une réglementation ne déchargeait pas l'entreprise de sa responsabilité, *a fortiori* l'absence de contrainte rendait l'entreprise complètement responsable de ses actes⁶⁷.

Toutefois, la situation dans l'affaire *Deutsche Telekom* est plus nuancée, puisque Deutsche Telekom a fait l'objet d'une régulation et ne disposait de marge de manœuvre qu'au niveau de ses prix de détail. Dans ce type de situations, le raisonnement de la Cour aboutit à un résultat particulièrement sévère, puisqu'il revient en pratique à traiter une situation de marge de manœuvre réduite de la même manière qu'une situation de liberté totale, en termes de responsabilité de l'entreprise⁶⁸.

Il nous semble toutefois que l'existence d'une réglementation qui, bien que laissant à l'entreprise une certaine marge de manœuvre, est contraignante, a également un impact sur ce que l'on pourrait appeler la perception de liberté d'une entreprise et sur sa confiance légitime. En effet, croyant respecter le cadre juridique⁶⁹ applicable à sa situation, l'entre-

prise concernée n'envisagera pas de faire usage de la marge de manœuvre qui lui est laissée, puisqu'une telle démarche n'apparaît pas comme étant utile.

Il nous semble que l'absence de prise en considération d'un cadre réglementaire partiellement contraignant⁷⁰ dans l'applicabilité des règles de concurrence et dans l'imputabilité d'une infraction à ces règles a pour conséquence d'étendre le champ de la responsabilité des entreprises en position dominante. Cette solution nous paraît nuire aux principes de confiance légitime et de sécurité juridique (point 2)⁷¹. Afin de remédier à ce problème, nous proposons une grille de lecture permettant d'identifier les cas dans lesquels le principe de protection de la confiance légitime est susceptible de s'appliquer (point 3).

2. Conséquences de l'arrêt *Deutsche Telekom* pour les entreprises concernées

A. Extension de la notion de « responsabilité particulière » vers les erreurs commises par les autorités réglementaires nationales

Les faits qui sous-tendent l'arrêt *Deutsche Telekom* sont assez particuliers: en effet, la RegTP a non seulement approuvé les tarifs litigieux, mais s'est également penchée à de multiples reprises sur la question de la compression des marges. La RegTP a considéré, à chaque fois, que la faible différence entre les prix de détail et les prix des prestations intermédiaires n'atteignait pas les concurrents dans

⁶⁷ Sous l'angle de la définition de l'infraction de compression des marges, on peut également lire l'arrêt *TeliaSonera* comme indiquant qu'une compression des marges existe indépendamment d'une obligation réglementaire: davantage que l'existence d'une réglementation (par ex. une obligation de fournir), c'est l'existence d'un *besoin* pour le produit ou service intermédiaire qui détermine si la compression des marges a un impact sur la concurrence, et donc si elle enfreint l'article 102 TFUE. Notons également que, tout comme pour ce qui concerne l'affaire *Deutsche Telekom*, nous ne nous prononçons ici que sur l'articulation entre droit de la concurrence et réglementation sectorielle spécifique, et non sur d'autres circonstances éventuelles de l'affaire; c'est dans ce cadre limité qu'il faut comprendre notre approbation à l'arrêt rendu par la Cour.

⁶⁸ Si ce n'est au niveau de l'amende (voy. points 89 et 278 de l'arrêt *Deutsche Telekom*), ce qui n'affecte en rien le raisonnement de principe tenu par la Cour.

⁶⁹ Cette question, qui touche au principe de la confiance légitime détaillé *infra*, dépend de la nature de la régle-

mentation à laquelle l'entreprise croit se conformer et de l'existence ou non d'une régulation exercée par l'autorité compétente. Ces questions sont envisagées *infra*.

⁷⁰ C'est-à-dire, qui restreint fortement – sans la supprimer – la marge de manœuvre de l'entreprise réglementée.

⁷¹ Alors que la sécurité juridique est aussi un principe de base du cadre réglementaire; cf. à ce sujet, A. DE STREEL et R. QUECK, « Un nouveau cadre réglementaire pour les communications électroniques en Europe », *J.T.D.E.*, septembre 2003, n° 101, pp. 193-202.

JURISPRUDENCE

leur possibilité d'exercer une concurrence parce que cette différence « n'était pas importante au point de priver les concurrents de toute possibilité de réaliser de leur côté le subventionnement croisé de leurs prix de détail afin de pouvoir proposer à leurs clients finals des connexions à un prix aussi intéressant que la requérante, voire à un prix inférieur »⁷².

Le Tribunal, confirmé par la Cour, considère que le raisonnement de la RegTP « démontre que la RegTP n'a pas examiné la compatibilité des prix en question avec l'article 82 CE ou que, à tout le moins, elle en a fait une application erronée »⁷³. Cependant, ce fait n'entraîne aucune conséquence juridique en termes de responsabilité de Deutsche Telekom.

En effet, le Tribunal considère que Deutsche Telekom « ne pouvait ignorer qu'elle disposait, en dépit des décisions d'autorisation de la RegTP, d'une réelle marge de manœuvre pour fixer ses prix de détail pour les services d'accès aux abonnés et que, d'autre part, la compression des

marges entraînait, compte tenu de sa position monopolistique sur le marché de gros des services intermédiaires d'accès à la boucle locale et de sa position quasi monopolistique sur le marché de détail des services d'accès aux abonnés, des restrictions sérieuses à la concurrence ». Selon la Cour, la circonstance qu'une procédure précontentieuse ait été ouverte à l'égard de l'Allemagne « n'affecte en rien » cette constatation⁷⁴.

Même s'il n'appartient pas en l'espèce à la Cour de se prononcer sur l'erreur possible commise par la RegTP, il nous paraît toutefois que cette erreur est très probable et que Deutsche Telekom a reçu une amende parce qu'elle aurait dû remarquer cette erreur et utiliser sa marge de manœuvre pour éviter la compression des marges. Deux commentaires s'imposent ici.

D'une part, on peut se demander s'il n'aurait pas été opportun que la Cour quantifie la marge de manœuvre suffisante pour engager la responsabilité d'une entreprise. En effet, si la décision de la Commission précise que Deutsche Telekom disposait d'une marge de manœuvre suffisante pour, selon les périodes, complètement supprimer ou simplement réduire la compression des marges⁷⁵, le raisonnement de la Cour se base sur la simple existence d'une marge de manœuvre, sans la qualifier davantage. Dès lors, la Cour paraît évaluer de manière égale une marge de manœuvre extrêmement restreinte (voire éventuellement insuffisante pour éviter une infraction au droit de la concurrence) et une marge de manœuvre illimitée. Ce traitement indifférencié paraît détaché de la réalité à laquelle sont confrontées les entreprises et aboutit à un résultat très sévère pour les entreprises les plus lourdement réglementées⁷⁶.

⁷² Voy. points 117 et 118 de l'arrêt du Tribunal, qui cite la RegTP: « Ainsi, la RegTP constate dans sa décision du 29 avril 2003: "[L]a faible différence entre le prix de détail et les prix des prestations intermédiaires n'atteint pas les concurrents dans leurs possibilités de concurrence dans le réseau local au point de rendre économiquement impossible une bonne entrée sur le marché, voire leur survie sur le marché [...] [Cette différence] n'était pas importante au point de priver les concurrents de toute possibilité de réaliser de leur côté le subventionnement croisé de leurs prix de détail afin de pouvoir proposer à leurs clients finals des connexions à un prix aussi intéressant que la requérante, voire à un prix inférieur. Cela est particulièrement vrai pour les connexions de plus grande valeur et plus chères que sont les lignes RNIS et ADSL, dont le nombre a sensiblement augmenté du fait de la forte hausse de la pénétration de l'Internet ainsi que de la commercialisation d'accès à Internet plus rapides et plus performants." La RegTP suit un raisonnement similaire dans ses décisions des 8 février 1999, 30 mars 2001, 21 décembre 2001 et 11 avril 2002 ».

⁷³ Arrêt *Deutsche Telekom*, point 61; arrêt du Tribunal ayant fait l'objet du pourvoi (Tribunal, 10 avril 2008 (*Deutsche Telekom c. Commission*), T-271/03, *Rec. C.J.U.E.* 2008 p. II-477), points 116-119.

⁷⁴ Arrêt *Deutsche Telekom*, points 124-128.

⁷⁵ Décision de la Commission dans l'affaire *Deutsche Telekom*, point 199.

⁷⁶ *Cf. infra*, point IV.2.B et également point IV.3.

D'autre part, la jurisprudence citée à l'appui de l'imputabilité des infractions au droit de la concurrence malgré l'incitation du droit national à l'enfreindre trouve sa source dans des cas d'accords anticoncurrentiels⁷⁷. Or, s'il est compréhensible que cette théorie trouve sa pleine application dans des cas relativement simples relevant de l'article 101 TFUE, telle ne devrait pas être l'approche retenue dans la présente affaire : la position dominante de Deutsche Telekom n'a rien de répréhensible en soi, et l'abus dont il est question ici, à savoir une compression des marges entre prix intermédiaires et prix de détail, est loin de se présenter comme une évidence ; pour preuve, les erreurs répétées commises par la RegTP.

Dès lors, il nous semble que la responsabilité que la Cour met sur les épaules de Deutsche Telekom dépasse la notion classique de « responsabilité particulière » incombant aux entreprises en position dominante sur laquelle la Cour appuie son raisonnement : il ne s'agit en effet plus seulement pour elles de veiller à « ne pas porter atteinte, par leur comportement, à une concurrence effective et non faussée dans le marché commun »⁷⁸, mais également de veiller à ne pas se laisser abuser par les erreurs de droit commises par une autorité publique. C'est particulièrement difficile dans un contexte tel que celui de l'affaire *Deutsche*

Telekom, où la jurisprudence européenne pertinente était, à l'époque, inexistante.

B. *Quid des principes de confiance légitime et de sécurité juridique ?*

Vu la complexité de la notion d'abus de position dominante et les décisions de la RegTP, il nous semble compréhensible que Deutsche Telekom ait été induite en erreur et invoque le principe du respect de la confiance légitime⁷⁹. Ce principe consacre le droit subjectif d'une entité juridique ne pas subir de conséquences négatives de sa confiance légitime en les indications précises et concordantes données par des autorités publiques⁸⁰. Selon la jurisprudence européenne, « la possibilité de se prévaloir du principe de protection de la confiance légitime est ouverte à tout opérateur économique dans le chef duquel une institution a fait naître des espérances fondées »⁸¹. Ce principe se trouve, du point de vue de l'entreprise concernée, au cœur de la question du traite-

⁷⁷ D. GÉRARD, « Arrêt 'Deutsche Telekom' : Le T.P.I. repousse les limites de la responsabilité des entreprises actives dans un secteur réglementé au titre de l'article 82 CE », *Journal de droit européen*, n° 152, 8/2008, p. 244. Le point 84 de l'arrêt *Deutsche Telekom* fait référence aux affaires *CIF* et *Suiker Unie* (arrêts de la Cour du 16 décembre 1975, *Suiker Unie e.a. c. Commission*, 40/73 à 48/73, 50/73, 54/73 à 56/73, 111/73, 113/73 et 114/73, *Rec.*, p. 1663, points 36 à 73 ; arrêt de la Cour du 9 septembre 2003, *CIF*, C-198/01, *Rec.*, p. I-8055, point 56).

⁷⁸ Arrêt *Deutsche Telekom*, point 83. Ce principe de la « responsabilité particulière » des entreprises en position dominante est bien ancré dans la jurisprudence européenne : voy. les arrêts cités par la Cour.

⁷⁹ Points 257 et suivants de l'arrêt du Tribunal.

⁸⁰ Sur ce principe de la confiance légitime et sur le principe de sécurité juridique, voy. par exemple P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford University Press, 2006, pp. 607 et s.

⁸¹ Voy. par exemple : arrêt du Tribunal du 13 décembre 1995, *Exporteurs in Levende Varkens e.a. c. Commission*, T-481/93 et T-484/93, *Rec.*, p. II-2941, point 148. Notons que le principe de confiance légitime lie à la fois les institutions de l'Union et les États membres lorsque ceux-ci « mettent en œuvre des réglementations communautaires et que par suite ceux-ci sont tenus, dans toute la mesure du possible, d'appliquer ces réglementations dans des conditions qui ne méconnaissent pas [les exigences du principe de confiance légitime]. Dès lors qu'une réglementation nationale entre dans le champ d'application du droit communautaire, la Cour, saisie à titre préjudiciel, doit fournir tous les éléments d'interprétation nécessaires à l'appréciation, par la juridiction nationale, de la conformité de cette réglementation avec les principes généraux dont la Cour assure le respect ». Arrêt du 18 mai 2000, *Procédure pénale c. Max Rombi et Arkopharma SA*, C-107/97, *Rec.*, p. I-03367, point 66. Voy. aussi l'arrêt du 15 février 1996, *Duff e.a.*, C-63/93, *Rec.*, p. I-569, point 65.

ment des conflits entre réglementation sectorielle spécifique et droit de la concurrence.

Dans son arrêt de 2008, le Tribunal reconnaît que la RegTP s'est prononcée sur l'existence d'effets de ciseaux, mais note que les décisions de la RegTP ne comportent aucune référence à l'article 82 CE. La Cour considère qu'«[e]n outre, les affirmations de la RegTP selon lesquelles "la faible différence entre le prix de détail et les prix des prestations intermédiaires n'atteint pas les concurrents dans leurs possibilités de concurrence dans le réseau local au point de rendre économiquement impossible une bonne entrée sur le marché, voire leur survie sur le marché" [...] n'impliquent pas que les pratiques tarifaires de la requérante ne faussent pas la concurrence au sens de l'article 82 CE. Au contraire, il ressort implicitement mais nécessairement des décisions de la RegTP que les pratiques tarifaires de la requérante ont un effet anticoncurrentiel, dès lors que les concurrents de la requérante doivent recourir à un subventionnement croisé pour pouvoir rester compétitifs sur le marché des services d'accès [...]. Dans ces conditions, les décisions de la RegTP n'ont pas pu fonder une confiance légitime chez la requérante de ce que ses pratiques tarifaires étaient conformes à l'article 82 CE»⁸².

Le Tribunal considère donc que les décisions de la RegTP ne pouvaient fonder de confiance légitime parce qu'elles étaient illégales vis-à-vis du droit de la concurrence, qui n'aurait d'ailleurs pas été appliqué par la RegTP. Le raisonnement nous étonne, pour plusieurs raisons.

Premièrement, le Tribunal semble attacher peu d'importance au fait que la RegTP, dans ses décisions, exclut explicitement l'existence d'un effet de ciseaux, qui est une infraction au droit de la concurrence⁸³. Deutsche Telekom

rappelle par ailleurs que les ARN, qui sont les principales autorités responsables du contrôle des tarifs pratiqués par les opérateurs, sont tenues dans l'exercice de leurs fonctions réglementaires de prendre en compte les objectifs sous-jacents à l'article 82 CE (actuel article 102 TFUE)⁸⁴.

Deuxièmement, il n'était pas nécessairement apparent, à l'époque des faits, que les décisions de la RegTP étaient contraires au droit de la concurrence. La réglementation des tarifs est une matière particulièrement complexe, et les faits ont lieu à une époque de grandes

est l'autorité de concurrence en Allemagne) nous paraît sans pertinence à cet égard.

⁸⁴ Voy. paragraphe 258 de l'arrêt du Tribunal: «[Deutsche Telekom] rappelle que, conformément au droit communautaire, la responsabilité principale pour le contrôle des tarifs des télécommunications incombe aux autorités nationales, telle que la RegTP. Elle se réfère à cet effet aux considérants de la directive 90/388/CEE de la Commission, du 28 juin 1990, relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications (J.O. L 192, p. 10), à l'article 17 de la directive 98/10, à l'article 4, paragraphe 1, du règlement n° 2887/2000, à l'article 13, paragraphe 1, de la 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 (J.O. L 108, p. 7), aux points 19 et 22 de la communication de la Commission du 22 août 1998, relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications, intitulée "Cadre général, marchés en cause et principes", et aux pages 61 et suivantes de la communication de la Commission intitulée "Dégrouper de l'accès à la boucle locale: permettre la fourniture concurrentielle d'une gamme complète de services de communications électroniques, notamment les services multimédias à large bande et l'internet à haut débit" (J.O. 2000, C 272, p. 55). Dans ce contexte, les autorités de régulation nationales seraient tenues de prendre en compte les objectifs du droit communautaire, parmi lesquels celui sous-jacent à l'article 82 CE. Il s'ensuit, selon la requérante, que, si la Commission estimait que les décisions tarifaires de la RegTP violaient le droit communautaire, elle aurait dû tenter une procédure en manquement à l'encontre de l'Allemagne».

⁸² Tribunal, 10 avril 2008, *Deutsche Telekom c. Commission*, T-271/03, *Rec. C.J.U.E.* 2008, p. II-477, point 268.

⁸³ Le fait que la RegTP est une autorité réglementaire et non une autorité de concurrence (le *Bundeskartellamt*

mutations des télécommunications⁸⁵. En outre, si l'on considère que les décisions de la RegTP étaient clairement contraires au droit de la concurrence, pourquoi l'État allemand n'a-t-il pas été poursuivi dans le cadre d'une action en manquement ?

Enfin, le raisonnement du Tribunal semble circulaire: le Tribunal dit en substance que la confiance légitime ne peut exister puisque les décisions de la RegTP ne respectaient pas le droit de la concurrence, alors que, si ces décisions étaient légales, le principe de la confiance légitime ne serait pas invoqué⁸⁶. L'«illégalité implicite» des décisions de la RegTP n'empêche pas que Deutsche Telekom ait pu leur accorder une confiance légitime. En effet, la jurisprudence de la Cour requiert pour l'application de ce principe que l'assurance donnée par l'autorité publique soit suffisamment précise pour créer une confiance dans le chef d'un administré, pour autant que cette confiance soit légitime⁸⁷. Or, de manière étonnante, le Tribunal ne vérifie pas si cela est le cas en l'espèce.

Le pourvoi introduit par Deutsche Telekom reprend l'argument de l'infraction au principe de confiance légitime. Sans succès: la Cour juge ces arguments irrecevables, en ce qu'ils visent à obtenir un réexamen de la requête présentée devant le Tribunal⁸⁸.

De manière générale, il nous semble que la nécessité de punir une infraction au droit de la concurrence doit être jaugée à l'aune des principes fondamentaux du droit européen, en ce compris le principe de confiance légitime. La Cour elle-même l'a affirmé par le passé: «le souci d'assurer [...] un équilibre entre, d'une part, le principe de la légalité et, d'autre part, le principe de sécurité juridique et de la confiance légitime est commun aux droits des États membres»⁸⁹. Or, il nous semble que le Tribunal, en rejetant d'emblée le principe de confiance légitime, n'a pas atteint cet équilibre. Il est dommage que la Cour ne se soit pas prononcée sur cette partie du raisonnement du Tribunal.

Au-delà de la question de la confiance légitime, qui est une notion liée à la situation subjective de la personne concernée, on est en droit de se demander si ce n'est pas le principe – plus objectif – de sécurité juridique qui est mis à mal⁹⁰. Comme a eu l'occasion de le préciser la Cour, le principe de sécurité juridique, qui est lié au principe de la protection de la confiance légitime, «exige que les règles de droit soient claires et précises, et vise à garantir la prévisibilité des situations et des relations juridiques relevant du droit communautaire»⁹¹. La superposition du droit de la concurrence à la règle-

⁸⁵ Le processus d'ouverture à la concurrence des réseaux de télécommunications n'en était alors qu'à ses débuts.

⁸⁶ Nous rejoignons sur ce point l'avis de D. GÉRARD (voy. D. GÉRARD, «Arrêt 'Deutsche Telekom': Le T.P.I. repousse les limites de la responsabilité des entreprises actives dans un secteur réglementé au titre de l'article 82 CE», *Journal de droit européen*, n° 152, 8/2008, p. 245).

⁸⁷ Arrêt du Tribunal du 14 septembre 1995, *Lefebvre e.a. c. Commission*, T-571/93, *Rec.*, p. II-2379, point 72.

⁸⁸ Arrêt *Deutsche Telekom*, points 106-107; les autres griefs relatifs à la confiance légitime sont rejetés pour des questions de procédure.

⁸⁹ Arrêt de la Cour du 21 septembre 1983, *Deutsche Milchkontor e.a.*, 205/82 à 215/82, *Rec.*, p. 2633, point 30.

⁹⁰ Selon certains auteurs, cette incertitude juridique se retrouve également au niveau de l'analyse concurrentielle même de la compression des marges: voy. sur ce point P. ALEXIADIS, «Informative and Interesting: The CFI Rules in *Deutsche Telekom v. European Commission*», *Global Competition Policy Online*, May 2008, disponible à l'adresse www.globalcompetitionpolicy.org. Sur le principe de sécurité juridique, voy. par exemple P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford University Press, 2006, pp. 607 et s.

⁹¹ Arrêt du 18 mai 2000, *Procédure pénale c. Max Rombi et Arkopharma SA*, C-107/97, *Rec.*, p. I-03367, point 66. Voy. aussi l'arrêt du 15 février 1996, *Duff e.a.*, C-63/93, *Rec.*, p. I-569, point 20.

mentation sectorielle spécifique sans que l'un ne tienne compte des règles mises en œuvre par l'autre ne nous semble pas satisfaisant à cette exigence de carté : au contraire, elle crée une situation de surréglementation potentiellement incohérente et contradictoire, dans laquelle le droit de la concurrence risque de nuire au travail effectué en amont par la réglementation sectorielle. L'on aboutit alors à des situations telles que celles de Deutsche Telekom qui, après avoir reçu de la RegTP de multiples assurances qu'il n'existait pas d'effets de ciseaux tarifaires, a été condamnée par la Commission européenne pour l'existence de ciseaux tarifaires. Au final, le risque financier de cette insécurité juridique repose sur Deutsche Telekom ; l'amende – même modérée – qui lui a été infligée risque de constituer un facteur susceptible de pousser les entreprises à quitter le marché ou de décourager les éventuels nouveaux entrants sur le marché et les investisseurs.

3. Tentative de structuration de l'approche européenne autour de la notion de confiance légitime

Dans les situations complexes d'infractions à l'article 102 TFUE⁹², et lorsque le contexte particulier⁹³ et la régulation erronée de l'ARN compétente nuisent à la sécurité juridique, il nous semble qu'une importance particulière devrait être apportée au principe de confiance légitime pour déterminer si les entreprises auraient dû savoir que leurs actes étaient illégaux, ou s'il est légitime qu'elles aient été induites en erreur par les messages des autorités publiques.

Il nous semble que notre analyse devrait effectuer une distinction entre (A) le cas de

l'absence d'obligation réglementaire portant sur l'activité concernée (envisagé dans l'affaire *TeliaSonera*) et (B) le cas de l'existence d'une réglementation sectorielle limitant la marge de manœuvre de l'entreprise (affaire *Deutsche Telekom*). Au sein de cette deuxième catégorie, nous proposons deux distinctions, (a) selon qu'il s'agit de régulation ou juste de réglementation et (b) selon l'objectif de la réglementation appliquée. Appliquées simultanément au point (c), ces catégories permettent de dégager quatre cas de figure différents. Selon les cas, l'intervention des autorités de concurrence ne nous semble pas toujours appropriée ; de plus, si elles décident d'intervenir, les autorités de concurrence devraient, également selon les situations envisagées, accorder une importance plus ou moins grande au principe de confiance légitime.

A. En l'absence d'obligation réglementaire : le cas *TeliaSonera*

Comme expliqué *supra*, le cas *TeliaSonera* concerne une entreprise en position dominante offrant à ses concurrents des prestations par raccordement numérique asymétrique (RNA) sans pour autant y être contrainte par une réglementation, et c'est sur ce produit que l'on reproche à *TeliaSonera* une compression des marges. On peut donc dire que, dans le cadre de cette affaire, *TeliaSonera* peut être considérée comme une entreprise agissant par rapport à un élément non réglementé⁹⁴.

La Cour considère que cette absence d'obligation réglementaire ne doit pas être prise en compte. Nous approuvons une telle décision, dans la mesure où la Cour n'aboutit pas nécessairement à la même conclusion en présence

⁹² Qui est plus difficile à mettre en œuvre que l'interdiction des ententes anticoncurrentielles prévue à l'article 101 TFUE.

⁹³ Tel que l'ouverture d'un marché à la concurrence, ou le fait que la réglementation poursuive un objectif de concurrence, comme dans l'affaire *Deutsche Telekom*.

⁹⁴ Puisque la réglementation applicable à *TeliaSonera* ne s'étend pas aux prestations RNA. Notons que l'affaire *TeliaSonera* a lieu avant l'entrée en vigueur du cadre réglementaire de 2002 : la situation de l'existence d'une régulation en l'absence d'une réglementation n'existait pas.

d'une obligation réglementaire. En effet, l'existence d'une obligation réglementaire qui limite la marge de manœuvre des entreprises doit entraîner un raisonnement juridique un peu plus approfondi, en ce qu'elle est susceptible, dans certaines circonstances, de faire naître une confiance légitime dans le chef des entreprises.

B. En présence d'une obligation réglementaire: le cas *Deutsche Telekom*

L'hypothèse de l'existence d'une réglementation sectorielle qui ne laisse aucune liberté à l'entreprise n'est pas problématique: la Cour a reconnu que, dans ce cas, le droit de la concurrence ne s'appliquait pas à l'entreprise, et une telle conclusion semble difficilement contestable.

La difficulté réside dans la variété de situations intermédiaires dans lesquelles l'entreprise est *partiellement* contrainte par la réglementation, à des degrés plus ou moins importants selon les cas. C'est dans ce type de situation que s'est trouvée *Deutsche Telekom*. Nous sommes d'avis que, même dans cette «zone grise», l'existence d'une réglementation sectorielle contraignante peut avoir des conséquences juridiques plus larges que la simple réduction du montant de l'amende. En effet, un cadre réglementaire, surtout lorsqu'il est accompagné d'une régulation par l'ARN, oriente l'action des entreprises et est susceptible de créer chez elles une confiance légitime en l'action de l'autorité compétente. Il est donc nécessaire d'en tenir compte dans certains cas, soit en décidant de ne pas poursuivre l'entreprise (mais plutôt l'État membre si nécessaire), soit en lui reconnaissant le bénéfice de la confiance légitime⁹⁵.

Dans ces situations de contrainte réglementaire partielle, il est dès lors pertinent de distin-

guer selon que la réglementation est suivie ou non d'une régulation de la part de l'ARN (point a). Il convient également de tenir compte des objectifs poursuivis par la réglementation (point b). Les deux critères seront ensuite appliqués simultanément (point c).

a. Existence ou non d'une régulation

Nous effectuons une distinction selon que l'entreprise est uniquement soumise à une réglementation de type général, qui s'applique à toutes les entreprises de manière indifférenciée, ou qu'au contraire l'entreprise est soumise à la régulation d'une ARN qui a analysé sa situation concrète.

Cette distinction semble pertinente au regard de l'analyse du principe de confiance légitime: ainsi, s'il est raisonnable de penser qu'une entreprise supporte les risques de son interprétation et de son application de la réglementation, il paraît relever de la responsabilité de l'État membre de s'assurer que l'analyse effectuée par l'ARN est correcte et l'entreprise devrait pouvoir se fier à cette évaluation de sa situation particulière.

b. Objectif de la réglementation sectorielle

Prendre l'objectif principal de la réglementation concernée comme critère nous semble également pertinent. L'un des éléments les plus frappants de l'affaire *Deutsche Telekom* est que *Deutsche Telekom* a reçu une amende pour infraction au droit de la concurrence alors qu'elle appliquait une réglementation sectorielle à visée concurrentielle, conformément à la régulation effectuée par la RegTP.

Il semble légitime qu'une entreprise se fie à la légalité d'une norme à visée concurrentielle vis-à-vis de la norme supérieure du droit de la concurrence (le TFUE). À l'inverse, le respect d'une réglementation non liée aux objectifs de concurrence ne crée aucune confiance légitime dans le chef des entreprises qu'elles

⁹⁵ Bien que la réglementation ne puisse bien évidemment pas servir systématiquement de parapluie contre l'application du droit de la concurrence

JURISPRUDENCE

respectent le droit de la concurrence⁹⁶ ; l'hypothèse inverse reviendrait à considérer que le respect d'une quelconque norme entraîne systématiquement le respect de toutes les autres normes – ce qui serait extrêmement pratique pour les sujets de droit concernés, mais bien entendu absurde...

Il convient de toute façon que le législateur fasse preuve de clarté quant aux objectifs poursuivis par la réglementation. Une manière d'obtenir une telle clarté serait d'identifier les normes relevant de la promotion de la concurrence via leur base légale.

c. Application simultanée des critères identifiés

Si l'on applique simultanément les critères dégagés ci-dessous, on se trouve confronté à quatre cas de figure, que nous abordons dans l'ordre croissant de la responsabilité des États membres et donc de la probabilité que l'entreprise concernée soit fondée à invoquer le principe de confiance légitime.

Dans le premier cas, la réglementation n'est pas suivie de régulation et n'a pas de visée principalement concurrentielle. Il semble que dans ce cas de figure, rien ne permette de créer une confiance légitime dans le chef de l'entreprise : il lui incombe d'appliquer elle-même, à ses risques, la réglementation, dans le respect du droit de la concurrence⁹⁷. Une conclusion différente reviendrait à donner le bénéfice de la confiance légitime à un grand nombre d'entreprises, puisque la plupart des activités économiques sont d'une manière ou d'une autre réglementées.

Dans le deuxième cas, la réglementation est suivie de régulation par l'ARN mais les normes

appliquées ne visent pas la promotion de la concurrence. Ici également, l'entreprise devrait être tenue responsable de tout comportement anticoncurrentiel en son chef puisqu'il est clair que cette analyse était effectuée indépendamment de l'application du droit de la concurrence. Il ne pourrait de toutes façons pas être reproché à l'entreprise de ne pouvoir appliquer le droit de la concurrence si la régulation effectuée par l'ARN l'en empêche, puisque la jurisprudence dégagée par la Cour requiert l'existence d'une marge de manœuvre de l'entreprise pour lui imputer une infraction au droit de la concurrence ; l'État membre concerné engagerait par contre très certainement sa responsabilité.

Dans le troisième cas (qui se trouve en réalité *ex aequo* avec le deuxième en termes de responsabilité des entreprises et des États membres), il n'y a pas de régulation par l'ARN mais la réglementation en cause est de nature concurrentielle. Si l'entreprise devrait légitimement pouvoir considérer que cette norme est conforme au droit européen de la concurrence, il n'en reste pas moins que c'est à elle de l'appliquer à sa situation concrète, et de supporter les risques d'une erreur à ce niveau. La responsabilité de l'État membre ne pourrait être engagée que si la norme elle-même était contraire au droit de la concurrence.

Enfin, le quatrième et dernier cas concerne la régulation par l'ARN d'une entreprise sur la base d'une réglementation à visée concurrentielle. C'est l'hypothèse dans laquelle s'est trouvée Deutsche Telekom : sa situation spécifique a été analysée à plusieurs reprises au regard du droit de la concurrence. Le fait que les décisions de la RegTP ne mentionnaient pas l'article 82 CE (actuel article 102 TFUE) en tant que tel ne change rien au fait qu'il s'agissait bien d'une analyse (même erronée) d'éventuelles compressions de marges de nature concurrentielle. Pour les raisons expli-

⁹⁶ Par contre le législateur à l'origine de la réglementation, et l'ARN qui se charge de la régulation, ont l'obligation de s'assurer que leurs actes respectent le droit de la concurrence.

⁹⁷ Notons que, bien entendu, l'entreprise ne peut être tenue pour responsable d'appliquer simultanément la réglementation et le droit de la concurrence si ceux-ci sont irréconciliables.

quées *supra*, il semble que Deutsche Telekom aurait dû être fondée à invoquer le principe de confiance légitime, et que l'Allemagne engageait dans ce cas sa responsabilité⁹⁸.

Notons que ces classifications et les propositions qui leur sont attachées sont bien évidemment soumises à certaines conditions de bon sens: en particulier, il faut que l'infraction soit induite par la réglementation pour que l'entreprise puisse éventuellement rejeter sa responsabilité. De même, les conditions d'application du principe de confiance légitime doivent être respectées: il est par exemple nécessaire que la confiance créée chez l'entreprise soit suffisamment précise. De même, une entreprise dont il est prouvé qu'elle connaissait le caractère anticoncurrentiel de la réglementation ne peut invoquer la confiance légitime.

Notons pour terminer que l'application du principe de confiance légitime au quatrième type de situation identifié aurait probablement un impact sur les possibilités pour des tiers intéressés d'obtenir réparation d'un éventuel dommage causé par la violation du droit de la concurrence auprès de l'entreprise concernée, puisque l'idée sous-jacente au principe de la confiance légitime est que l'entreprise a été induite en erreur par l'autorité mais n'a pas commis de faute à proprement parler. Les tiers intéressés pourraient néanmoins se retourner contre l'autorité à l'origine de l'infraction au droit de la concurrence. Cette solution, bien que sévère vis-à-vis des autorités concernées, correspond au devoir des États membres de respecter le droit de l'Union européenne.

V. CONCLUSION

Les récents arrêts *Deutsche Telekom* et *TeliaSonera* mettent en évidence la difficulté d'articuler le droit de la concurrence et la régle-

mentation sectorielle. Peut-on reprocher à une entreprise des prix anticoncurrentiels alors que ceux-ci ont été préalablement approuvés par une autorité réglementaire?

La Cour de justice a confirmé le choix de la Commission en faveur d'une approche combinant réglementation sectorielle et concurrence: les entreprises sont tenues d'orienter leur action, dans les limites tracées par la réglementation sectorielle, de manière à ne pas enfreindre le droit de la concurrence.

En effet, droit de la concurrence et réglementation sectorielle n'ont pas vocation à se remplacer l'un l'autre (quel que soit celui qui remplace l'autre). Ils poursuivent des objectifs qui, bien qu'en partie communs, ne sont pas moins différents sous certains aspects. Leurs moyens d'action et la nature même de leur action sont différents. Enfin, ils ne sont pas mis en œuvre par les mêmes autorités, qui ne se situent pas aux mêmes niveaux de pouvoir. Cependant, s'il s'avère impossible de concilier réglementation sectorielle et droit de la concurrence sans amender l'un ou l'autre, la hiérarchie des normes exige que le droit de la concurrence l'emporte.

La combinaison de la réglementation sectorielle et du droit de la concurrence nous semble être un excellent système, offrant une multitude d'outils pour remédier aux situations anticoncurrentielles. Cependant, d'un point de vue pratique, il nous semble important de parvenir à articuler droit de la concurrence et réglementation sectorielle d'une manière qui ne soit pas source d'insécurité juridique pour les entreprises concernées. À cet égard, si l'arrêt rendu dans l'affaire *TeliaSonera* nous paraît logique, l'arrêt *Deutsche Telekom* semble en revanche trop sévère pour les entreprises concernées, particulièrement lorsque la régulation qui leur est appliquée poursuit un objectif proconcurrentiel.

Il nous semble que le principe de protection de la confiance légitime devrait s'appliquer à

⁹⁸ Sous réserve de preuves indiquant que Deutsche Telekom savait que son comportement était contraire au droit de la concurrence.

JURISPRUDENCE

ce type de situation, avec pour effet que l'entreprise concernée ne soit pas sanctionnée. Il semble également souhaitable dans cette catégorie de cas que la Commission s'adresse directement à l'ARN pour rectifier la réglementation contraire au droit de la concurrence, plutôt que de remédier au problème par l'imposition d'une amende à l'entreprise réglementée.

Ce système aurait le mérite de protéger la confiance légitime des entreprises dans

certaines situations, sans nuire au message général: le respect de la réglementation sectorielle n'empêche pas automatiquement le respect du droit de la concurrence, et les entreprises ont la responsabilité de l'usage qu'elles font de la marge de manœuvre dont elles disposent.

Valérie Lefever