

Réponses au questionnaire sur la régulation économique
Responses to the questionnaire on economic regulation

France
Conseil d'Etat

France
Council of State

QUESTIONNAIRE SUR LA RÉGULATION ÉCONOMIQUE SECTORIELLE DANS LES PAYS DE L'UNION EUROPÉENNE

Réponse du Conseil d'État français

I. Le champ et l'objet de la régulation économique sectorielle

1. La régulation économique sectorielle porte en priorité sur les secteurs visés par des actes de droit dérivé de l'Union européenne (transports, énergie, activités postales, communications électroniques, médias audiovisuels). D'autres secteurs sont-ils soumis à une telle régulation dans votre pays ?

L'ensemble des secteurs mentionnés dans la question font l'objet d'une régulation sectorielle en France.

Outre ces secteurs, trois autres types d'activités font l'objet d'une régulation sectorielle :

- les activités bancaires et d'assurance, depuis la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit s'agissant du secteur bancaire et la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière pour le secteur de l'assurance ;
- les activités et produits de santé, depuis la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie ;
- les jeux et paris en ligne, depuis la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne

Enfin, bien qu'il ne s'agisse par à proprement parler d'une régulation économique sectorielle, peut être mentionnée la régulation des marchés financiers, dont les origines remontent à la fin des années 1960 et dont l'organisation actuelle date de la loi précitée du 1^{er} août 2003.

2. L'ensemble des actes de droit dérivé de l'Union européenne en matière de régulation économique sectorielle ont-ils été transposés en droit interne et/ou sont-ils mis en œuvre en pratique ?

L'ensemble des directives de l'Union européenne en matière de régulation ont été transposées par la France, dans le respect de la marge de manœuvre laissée aux États membres pour assurer la réalisation des objectifs qu'elles fixent :

- en matière de médias audiovisuels, les directives 89/552/CEE dite « Télévision sans frontière » et 2007/65/CE dite « Services de médias audiovisuels » ont été transposées intégralement en droit français, en dernier lieu par la loi n° 2009-258 du 5 mars 2009 relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision ;
- en matière énergétique, les directives 2009/72/CE et 2009/73/CE sur le marché unique de l'électricité et du gaz ont été transposées en droit français par l'ordonnance n° 2011-504 du 9 mai 2011 portant codification de la partie législative du code de l'énergie. De même, les directives 2009/28/CE et 2009/30/CE dans le domaine des énergies renouvelables et des biocarburants ont été transposées par l'ordonnance n° 2011-1105 du 14 septembre 2011 ;
- en matière de communications électroniques, la version la plus récente des directives dites du « paquet télécom », qui date de 2009, a fait l'objet d'une transposition par l'ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011 relative aux communications électroniques ;
- en matière postale, les directives 97/67/CE et 2002/39/CE sur le développement du marché intérieur des services postaux ont été transposées par la loi n° 2005-516 du 20 mai 2005 relative à la régulation des activités postales puis la directive 2008/6/CE sur l'achèvement du marché intérieur des services postaux a été transposée par la loi n° 2010-123 du 9 février 2010 relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales ;
- en matière de transport ferroviaire, les directives dites du premier paquet ferroviaire ont été transposées par la loi n° 97-135 du 13 février 1997, qui crée l'établissement public « Réseau ferré de France », les directives du second paquet ferroviaire ont été transposées par la loi n° 2006-10 du 5 janvier 2006 relative à la sécurité et au

développement des transports et les directives du troisième paquet ferroviaire ont été transposées par loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires. Enfin, la directive 2012/34/UE établissant un espace ferroviaire unique européen est en cours de transposition par le projet de loi portant réforme ferroviaire déposé à l'Assemblée nationale le 16 octobre 2013.

3. *La régulation économique sectorielle a-t-elle uniquement pour objet d'ouvrir à la concurrence des secteurs dans lesquels il existe un monopole d'État ? Dans la négative, quels sont ses autres objectifs (mise en place d'un marché intérieur, définition d'obligations de service universel, protection des consommateurs, etc.) ?*

Les objectifs de la régulation économique sectorielle dépendent largement des secteurs concernés :

- en matière de médias audiovisuels, l'instauration d'une régulation dans les années 1980 n'avait pas un objectif économique. Il s'agissait principalement d'imposer aux éditeurs de communication audiovisuelle, qui avaient désormais accès à la ressource hertzienne terrestre, des obligations en matière de protection du public et de diversité culturelle et politique. L'objectif de la régulation était de contrôler le respect de ces obligations et d'assurer l'attribution des fréquences. Compte tenu du développement économique important des acteurs traditionnels de l'audiovisuel et de l'apparition de nouveaux acteurs de l'économie numérique, ces objectifs initiaux sont restés pertinents mais ont été complétés dans une logique plus économique : organisation de la concurrence entre les acteurs de l'audiovisuel et contrôle de la concentration ; organisation des relations entre les acteurs de l'audiovisuel et les acteurs de l'économie numérique, notamment entre les éditeurs et les distributeurs de services.
- en matière énergétique, c'est l'ouverture à la concurrence de la distribution de l'électricité et du gaz qui a justifié la mise en œuvre d'une régulation sectorielle. Dans ce secteur qui était traditionnellement confié à un opérateur national unique, l'ouverture à la concurrence a supposé en effet de permettre un accès non discriminatoire de l'ensemble des opérateurs aux réseaux d'électricité et de gaz et d'organiser le marché de la distribution des énergies, aussi bien sur les marchés de gros que sur les marchés de détail ;
- en matière de communications électroniques, il s'agit d'abord d'ouvrir à la concurrence un secteur économique dominé traditionnellement par un opérateur public, dont il a fallu ouvrir le réseau à de nouveaux entrants et auquel des obligations ont été fixées pour assurer une libre concurrence. Les objectifs de cette régulation demeurent et ont été étendus à l'ensemble des opérateurs de communications fixes et mobiles. Ils se sont toutefois largement diversifiés au fil du temps, à la fois pour permettre le développement du haut débit fixe et mobile sur le territoire français (contrôle des investissements dans la fibre optique, attribution des fréquences mobiles de troisième puis de quatrième génération), pour organiser les relations entre les opérateurs de communications électroniques et les fournisseurs de contenus (neutralité de l'Internet) et pour assurer l'information des consommateurs sur les pratiques des opérateurs de communications électroniques ;
- en matière postale, l'objectif de la régulation est de concilier l'existence et la viabilité d'un service universel postal, desservant l'ensemble du territoire national, confié à l'opérateur public historique, avec l'introduction de la concurrence sur le marché des envois de correspondance ;
- en matière de transport ferroviaire, la régulation est exclusivement économique. Elle vise à permettre un accès équitable et non discriminatoire au réseau ferroviaire, lequel appartient à l'État, pour les concurrents de l'opérateur historique dans les secteurs ouverts à la concurrence.
- en matière bancaire et d'assurances, l'objectif de la régulation est d'assurer la stabilité de ses secteurs économiques en autorisant ses acteurs à entrer sur le marché et en surveillant leur bonne santé financière (solvabilité, respect des règles en matière de préservation de la liquidité). Il s'agit également de protéger le consommateur par un contrôle des pratiques commerciales des banques et des assurances ;
- en matière de santé, la régulation vise d'abord à assurer l'évaluation et l'accréditation des produits et des techniques médicales avec un objectif de sécurité et d'efficacité sanitaire mais aussi un objectif d'économie équilibrée entre institutions acheteuses (sécurité sociale, établissements de santé) et les entreprises vendeuses (producteurs de médicaments et de dispositifs médicaux). ;
- en matière de jeux en ligne, il s'agit à la fois de préserver les équilibres économiques du marché en luttant contre les opérateurs illégaux de jeux et de paris en ligne et d'assurer la protection des consommateurs, notamment les plus vulnérables d'entre eux.

4. La régulation économique sectorielle est-elle une régulation *ex ante*, visant à définir a priori des obligations applicables aux entreprises des secteurs régulés, ou *ex post*, visant à faire respecter les règles en matière de concurrence en cas d'infraction ?

En France, la régulation économique sectorielle est essentiellement une régulation *ex ante* : les instances en charge de cette régulation dans les différents secteurs économiques se livrent lorsque c'est nécessaire à une analyse des marchés pertinents, puis définissent des obligations qu'elles imposent soit de manière asymétrique, aux acteurs dominants, soit de manière symétrique, à l'ensemble des acteurs présents sur un marché. Elles interviennent *a priori*, en l'absence de toute infraction, afin d'instaurer une libre concurrence sur les marchés dont elles ont la charge. C'est le cas par exemple de l'Autorité des communications électroniques et des postes (ARCEP) en charge de la régulation postale et des télécommunications.

Les instances chargées de la régulation économique disposent toutefois de prérogatives leur permettant, *a posteriori*, d'assurer un contrôle de l'exécution des obligations qu'elles imposent aux opérateurs économiques. Elles jouissent ainsi de prérogatives variées, allant de la possibilité d'adresser des recommandations à un pouvoir de sanction (voir réponse à la question 12), en passant par des procédures de règlement des différends.

En revanche, elles ne sont jamais compétentes pour sanctionner un manquement aux règles générales de concurrence, comme une entente ou un abus de position dominante. Ces prérogatives, qui constituent l'essentiel de la régulation *ex post*, sont exclusivement dévolues à l'Autorité de la concurrence.

5. La mise en œuvre d'une régulation économique sectorielle a-t-elle conduit à l'instauration d'une concurrence dans les secteurs en cause ? Les nouveaux entrants sont-ils parvenus à intégrer les marchés régulés ? Dans la négative, pour quelles raisons ?

Le succès de l'ouverture à la concurrence des marchés régulés au niveau sectoriel dépend largement des secteurs concernés :

- en matière audiovisuelle, le nombre d'acteurs, notamment privés, n'a cessé de croître depuis l'ouverture des réseaux hertziens au début des années 1980. D'abord réduit à quelques éditeurs aujourd'hui qualifiés « d'historiques » (TF1, M6, Canal +) le paysage audiovisuel français hertzien s'est étendu, en raison notamment du passage à la télévision numérique terrestre, à plusieurs nouveaux entrants (Next Radio TV, NRJ, Bolloré, Lagardère, etc.). Un mouvement de concentration caractérise toutefois la période actuelle, avec le rachat de plusieurs nouveaux entrants par des opérateurs « historiques ». Si on ajoute les éditeurs de communication audiovisuelle présents sur les réseaux câblés et satellitaires – européens ou extra-européens pour une bonne partie d'entre eux – ainsi que les nouveaux acteurs du numérique (Youtube, Dailymotion), le secteur audiovisuel est largement ouvert à la concurrence en France ;
- s'agissant du secteur de l'énergie, l'opérateur historique, désormais séparé en deux entités (EDF et GDF Suez), reste en position très dominante. Ces deux entreprises représentent fin 2013 environ 91 % de la distribution d'électricité aux particuliers (78 % aux professionnels) et 86 % de la distribution de gaz aux particuliers (54 % aux professionnels). Les nouveaux entrants ont donc encore du mal à s'implanter sur les marchés de l'énergie, à l'exception de la distribution de gaz sur les sites non résidentiels, pour laquelle ils représentent près de la moitié de la consommation totale. La difficulté des nouveaux entrants s'explique à la fois par le fait que la plupart des français sont restés abonnés chez les opérateurs historiques et connaissent mal leurs concurrents et par la circonstance que les tarifs réglementés (que seuls les opérateurs historiques peuvent pratiquer) étaient encore, jusqu'à une période récente, inférieurs aux tarifs de marché ;
- le secteur des communications électroniques s'est fortement ouvert à la concurrence depuis l'abolition du monopole public. Le marché de l'Internet fixe est réparti entre une quinzaine d'opérateurs, même si quatre d'entre eux – Orange, Free, Bouygues, SFR – se partagent 92 % du marché et que l'opérateur historique représente 41 % de parts de marché. Le marché du mobile est sensiblement dominé par les mêmes acteurs, à peu près dans les mêmes proportions (Orange représente 36 % de parts de marché) ;
- sur le marché postal, 28 opérateurs ont été autorisés depuis l'ouverture de ce secteur à la concurrence. Pour autant, l'opérateur historique représente toujours 99 % de parts de marché sur le courrier de moins de 50 g adressé en boîte aux lettres, 90 % sur les colis non express entre particuliers et plus de 60 % sur les colis non express entre professionnels et particuliers, qui représentent les trois marchés soumis à la régulation sectorielle (le colis express n'entre pas dans le champ de la régulation). Le manque d'ouverture à la concurrence est principalement dû au fait que l'activité de courrier est à la fois peu rentable (notamment avec la croissance d'Internet) et extrêmement coûteuse en termes d'infrastructures. Quant à l'activité de colis non express, la domination de La Poste sur le marché des particuliers repose en grande partie sur le manque de connaissance de ses concurrents par la population ;

- en matière de transport ferroviaire, l'activité de fret, ouverte à la concurrence depuis 2005, reste dominée à 80 % par la SNCF et ses filiales tandis que l'activité de transport intérieur de voyageur n'est pas encore ouverte à la concurrence. Il s'agit d'un domaine dans lequel la régulation sectorielle pourrait être améliorée, de manière à renforcer les facultés d'accès des nouveaux entrants au réseau ferré dans de bonnes conditions.

6. *La mise en œuvre d'une régulation économique sectorielle a-t-elle conduit, directement ou indirectement, à la privatisation totale ou partielle d'entreprises publiques ?*

À l'exception de la SNCF, qui demeure un établissement public industriel et commercial, les opérateurs historiques des secteurs économiques soumis à une régulation sectorielle sont désormais tous des sociétés anonymes dans lesquels l'État français a conservé une part du capital qui varie selon les cas. L'État détient ainsi 100 % du capital de la Poste et des sociétés de l'audiovisuel public (France Télévisions, Radio France et France Médias Monde), 84,49 % du capital d'EDF, 36,7 % du capital de GDF-Suez et 27 % du capital d'Orange.

7. *Quels secteurs de la vie économique souhaiteriez-vous aborder plus particulièrement sous l'angle de la régulation ?*

Télécommunications et poste, énergie, ferroviaire.

II. L'organisation de la régulation économique sectorielle

8. *La régulation économique sectorielle est-elle mise en œuvre par une ou plusieurs autorités indépendantes du Gouvernement ? Dans l'affirmative, quels motifs ont présidé à ce choix et par quels moyens leur indépendance est-elle garantie ?*

En France, la régulation économique sectorielle est confiée à des autorités administratives spécifiques, qui jouissent d'une autonomie importante par rapport au Gouvernement. Ces régulateurs peuvent avoir deux statuts différents, celui d'autorité administrative indépendante (AAI), dépourvue de la personnalité morale, et celui d'autorité publique indépendante (API), bénéficiant de la personnalité morale. Ces deux statuts diffèrent principalement en termes d'autonomie dans la gestion budgétaire et des ressources humaines.

Le choix de confier la régulation sectorielle à des autorités indépendantes de l'exécutif s'explique principalement par deux facteurs :

- une volonté d'impartialité des régulateurs : dans la mesure où la régulation sectorielle a, au moins à l'origine, principalement pour but d'ouvrir à la concurrence des marchés dominés par des acteurs publics, placés sous la responsabilité du Gouvernement, il est apparu nécessaire de confier cette mission à des institutions échappant au contrôle de l'exécutif. Cette indépendance est au demeurant exigée par une partie des actes de droit dérivé de l'Union européenne ;
- une légitimité technique des membres des autorités de régulation : bien que cette assomption soit plus contestable, il est apparu que des personnalités choisies en partie dans la société civile, pour leur connaissance du secteur régulé, étaient plus à même de remplir les missions de régulation que les personnels traditionnels de l'administration.

L'indépendance de ces AAI résulte avant tout du fait qu'à la différence des autres administrations, elles ne relèvent pas du pouvoir hiérarchique du Gouvernement. Leur membres ne reçoivent aucun ordre de la part des ministres ou du Premier ministre et ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'une procédure de sanction.

Le mode de désignation de leurs membres est également une garantie d'indépendance : les membres des autorités de régulation sont désignés pour une durée fixe, généralement non renouvelable, et ne peuvent être révoqués en cours de mandat par leur autorité de nomination. Ainsi, les membres de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAF) sont nommés pour une durée de six ans non renouvelable, comme les membres du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), de l'ARCEP, de la Commission de régulation de l'énergie (CRE) et de l'Autorité de régulation des jeux en ligne (ARJEL). Les membres de la Haute autorité de Santé (HAS) sont également nommés pour six ans, mais leur mandat est renouvelable une fois.

9. Ces autorités sont-elles indépendantes des secteurs économiques régulés ? Dans l'affirmative, par quels moyens cette indépendance est-elle garantie ?

Bien que les membres des autorités de régulation doivent avoir une connaissance approfondie du secteur économique régulé, et ont donc dans certains cas une expérience professionnelle préalable dans ce secteur, des mécanismes sont généralement prévus pour garantir leur indépendance à l'égard des acteurs soumis à leur contrôle.

Ces mécanismes consistent principalement en des régimes d'incompatibilité professionnelle.

Le régime le plus strict est celui des membres du CSA, qui a récemment fait l'objet d'un renforcement par le législateur¹ : le mandat de membre est incompatible avec toute activité professionnelle et interdit à son titulaire de percevoir toute rémunération ou de détenir tout intérêt dans une entreprise de l'audiovisuel, de la presse, du cinéma, de l'édition, de la publicité ou des communications électroniques. Si un membre détient ce type d'intérêt avant sa nomination, il dispose d'un délai de trois mois pour y mettre fin ou doit être déclaré démissionnaire d'office. Ce régime d'incompatibilité large se poursuit pendant un an à compter de la cessation des fonctions.

De la même manière, les membres de l'ARCEP ne peuvent exercer aucune autre profession ni détenir d'intérêt dans des entreprises du secteur postal, des communications électroniques, de l'audiovisuel ou de l'informatique. Les membres de la CRE exercent également leurs fonctions à plein temps et ne peuvent détenir d'intérêts dans des entreprises du secteur de l'énergie, comme ceux de l'ARAF qui ne peuvent détenir d'intérêts dans des entreprises ferroviaires.

10. Ces autorités disposent-elles d'un pouvoir réglementaire ? Dans l'affirmative, ce pouvoir réglementaire est-il général dans les secteurs en cause ou strictement limité à certains aspects de la régulation ?

La plupart des autorités de régulation disposent d'une forme de pouvoir réglementaire délégué, strictement circonscrite par la jurisprudence du Conseil constitutionnel. En effet, ce pouvoir réglementaire ne peut s'exercer que dans un « *domaine déterminé et dans le cadre défini par les lois et règlements* »² et « *ne concerne que des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu* »³.

En pratique, la portée de ce pouvoir réglementaire varie selon les autorités :

- celui de l'ARCEP est relativement large et concerne à la fois le service universel, l'interconnexion, l'itinérance ou encore les conditions d'utilisation des bandes de fréquences. Une partie de ce pouvoir réglementaire est néanmoins soumise à l'homologation du ministre en charge des communications électroniques⁴ et ne s'exerce donc pas de façon totalement autonome ;
- celui du CSA est relativement limité et intervient essentiellement pour encadrer la pratique du placement de produits dans les programmes audiovisuels et définir des méthodes de calcul s'agissant de la concentration en matière radiophonique. En revanche, il n'est soumis à aucune forme d'homologation ministérielle ;
- celui de la CRE n'est soumis à aucune homologation et porte sur un champ d'application particulièrement large, allant de la définition des missions des gestionnaires de réseaux publics de transport et de distribution de l'électricité et du gaz aux règles de séparation comptable applicables aux acteurs publics, en passant par les méthodes de calcul du coût de production de l'électricité ;
- celui de l'ARAF recouvre également un champ relativement vaste et permet à l'Autorité de préciser les différentes dispositions régissant les conditions techniques et administratives de raccordement et d'utilisation du réseau ferroviaire et les règles de séparation comptable de l'opérateur historique.

La HAS, l'ARJEL et l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR), en charge du contrôle des banques et des assurances, ne disposent en revanche d'aucun pouvoir réglementaire.

11. Ces autorités participent-elles, par exemple par des procédures d'avis, à l'élaboration de la législation applicable aux secteurs régulés ?

¹ Loi n° 2013-1028 du 15 novembre 2013 relative à l'indépendance de l'audiovisuel public.

² Conseil constitutionnel, Décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, Loi relative à la liberté de communication.

³ Conseil constitutionnel, Décision n° 96-378 DC du 23 juillet 1996, Loi de réglementation des télécommunications.

⁴ Article L. 36-6 du code des postes et des communications électroniques.

La plupart des autorités de régulation sectorielle peuvent rendre des avis sur les projets de textes législatifs et réglementaires relatifs aux secteurs qu'elles régulent. C'est le cas notamment du CSA, de l'ARCEP, de la CRE ou de l'ARAF.

Ces avis n'ont toutefois pas de valeur contraignante et ne restreignent pas la marge de manœuvre du Gouvernement et du législateur.

12. Ces autorités disposent-elles d'un pouvoir de sanction à l'égard des entreprises des secteurs régulés ? Dans l'affirmative, quels types de sanction peuvent-elles prononcer et selon quelles procédures ? Ces procédures de sanction assurent-elles le respect des stipulations de l'article 6§1 de la CESDH ?

Les AAI en charge de la régulation économique sectorielle peuvent disposer d'un pouvoir de sanction administrative pour réprimer les manquements des acteurs des secteurs économiques régulés aux obligations qui leur sont imposées. Le Conseil constitutionnel estime que ce pouvoir de sanction ne pose pas de difficulté, dès lors que « *la sanction susceptible d'être infligée est exclusive de toute privation de liberté et, d'autre part, que l'exercice du pouvoir de sanction est assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis* »⁵. Dans l'exercice de ce pouvoir de sanction, les autorités de régulation se prononcent sur le bien-fondé « *d'accusations en matière pénale* » au sens de l'article 6§1 de la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDH)⁶ dont elle doivent donc respecter les stipulations, notamment en termes d'impartialité.

L'application du principe d'impartialité à la procédure de sanction mise en œuvre par les autorités de régulation n'empêche pas ces dernières de s'autosaisir de griefs à l'encontre d'un acteur du secteur régulé lorsqu'elles constatent qu'il existe un risque de manquement à une obligation légale ou réglementaire⁷.

En revanche, tant la Cour européenne des droits de l'homme⁸ que le Conseil constitutionnel⁹ ont estimé que le principe d'impartialité impose de séparer, au sein de ces autorités, le titulaire des fonctions de déclenchement des poursuites et d'instruction de l'affaire du titulaire de la fonction de prononcé de la sanction. En application de cette exigence, plusieurs autorités de régulation ont vu dans la période récente leur pouvoir de sanction réformé. Trois modèles différents ont été retenus selon les autorités :

- le modèle d'une commission des sanctions : cette commission, composée de membres différents de ceux du collège de l'autorité, est chargée de la fonction de prononcé de la sanction, tandis que le collège conserve la prérogative de déclenchement des poursuites et que l'instruction est faite par les services de l'autorité sous sa responsabilité. C'est le modèle retenu pour la CRE et l'ACPR ;
- le modèle d'une formation restreinte du collège : il consiste à confier la compétence relative au prononcé de la sanction à une formation restreinte du collège de l'autorité. Les membres de cette formation restreinte sont ainsi les seuls à participer à la délibération adoptée à l'issue de la procédure de sanction. Dans cette hypothèse, le déclenchement des poursuites et l'instruction de l'affaire relèvent de la compétence du collège, à l'exclusion des membres de la formation restreinte. C'est le modèle retenu pour l'ARCEP ;
- le modèle d'un rapporteur indépendant : il consiste à confier la prérogative de déclenchement des poursuites et d'instruction de l'affaire à un rapporteur indépendant du collège de l'Autorité, titulaire de ces seules prérogatives, les membres de l'instance de régulation restant compétents prononcer les décisions de sanction à l'issue de la procédure dirigée par le rapporteur. C'est le modèle retenu pour le CSA.

13. Chaque secteur économique est-il régulé par une instance différente (qu'il s'agisse d'un organe issu du Gouvernement ou d'une autorité indépendante) ou certaines instances exercent-elles cette compétence dans plusieurs secteurs ?

À l'exception des secteurs des communications électroniques et des postes, qui sont tous les deux régulés par l'ARCEP, chaque secteur économique est soumis à la régulation d'une AAI différente.

⁵ Conseil constitutionnel, Décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*.

⁶ CE Ass, 3 décembre 1999, *Didier*, n° 207434.

⁷ CE, 20 octobre 2000, *Société Habib Bank limited*, n° 180122

⁸ CEDH, 11 septembre 2009, *Dubus SA c/ France*, n° 5242/04

⁹ Conseil constitutionnel, Décision n° 2011-200 QPC du 2 décembre 2011, *Banque populaire Côte d'Azur*.

14. Comment les compétences des instances responsables de la régulation économique sectorielle s'articulent-elles, le cas échéant, avec celles d'une instance transversale en charge du respect du droit de la concurrence ?

Comme précisé à la réponse à la question n° 4, les autorités sectorielles sont en charge de la régulation *ex ante* des secteurs économiques placés sous leur responsabilité, tandis que l'Autorité de la concurrence s'occupe, *ex post*, de réprimer les ententes et les abus de position dominante. Elle se livre également à un contrôle *a priori* des opérations de concentration.

Pour autant, les interférences entre les missions des autorités sectorielles et de l'Autorité de la concurrence sont nombreuses et plusieurs mécanismes permettent d'articuler leurs compétences réciproques :

- les autorités sectorielles doivent saisir l'Autorité de la concurrence de toute entente ou abus de position dominante dont elles auraient connaissance dans le cadre de leur mission de régulation ;
- certaines prérogatives des autorités de régulation sectorielle sont soumises à un avis préalable de l'Autorité de la concurrence. C'est le cas par exemple de la détermination des marchés pertinents du secteur des communications électroniques par l'ARCEP¹⁰.
- à l'inverse, dans l'exercice de ses missions, l'Autorité de la concurrence peut être amenée à saisir pour avis les autorités sectorielles. Cette saisine pour avis peut être une simple faculté, comme à l'égard de la CRE¹¹, ou une obligation, comme à l'égard de l'ARCEP¹² ou du CSA¹³ ;
- certaines opérations doivent faire l'objet de deux autorisations, l'une de la part de l'autorité sectorielle et l'autre de l'Autorité de la concurrence. Dans cette hypothèse, la décision de l'autorité sectorielle fait en principe référence à l'analyse concurrentielle réalisée préalablement par l'Autorité de la concurrence, à l'occasion de laquelle elle a généralement été saisie pour avis. C'est le cas par exemple des opérations de concentration en matière audiovisuelle¹⁴.

III. Le contrôle juridictionnel des décisions des instances responsables de la régulation économique sectorielle

15. Toutes les décisions des instances responsables de la régulation économique sectorielle sont-elles soumises à un contrôle juridictionnel ? Dans la négative, quelles décisions n'y sont pas soumises et pour quelles raisons ?

Une distinction peut être opérée au sein des actes édictés par les autorités de régulation, entre ceux qui ont une véritable portée normative et ceux qui ne font pas grief.

Les autorités de régulation produisent en effet à la fois du droit dur – acte réglementaires, sanctions, décisions de règlement des différends, etc. – et du droit souple – avis, recommandations, guides de bonnes pratiques, etc. – par lequel elles cherchent à influencer les comportements et à faciliter l'application des règles de droit sans pour autant imposer des obligations aux acteurs des secteurs régulés. Cette utilisation du droit souple est consubstantielle à la mission de régulation de ces autorités, dans la mesure où ces différents instruments leur permettent d'instaurer un dialogue avec les acteurs des secteurs économiques régulés et de trouver un équilibre entre deux formes extrêmes de régulation, l'autorégulation du marché et la réglementation imposée par l'État.

Dépourvus de portée normative, ces instruments de droit souple ne sont pas soumis au contrôle du juge. Ce dernier conserve néanmoins un rôle essentiel à leur égard, en ce qu'il est chargé de contrôler leur qualification et, partant, de distinguer ce qui relève du droit souple et du droit dur. Traditionnellement, le juge s'attachait à vérifier si l'acte en cause se contentait d'interpréter une norme législative ou réglementaire ou ajoutait de nouvelles dispositions, auquel cas il était à la fois constitutif de droit dur et illégal¹⁵. Aujourd'hui, il combine plusieurs critères pour apprécier s'il s'agit d'actes faisant ou non grief, à savoir le caractère impératif de la mesure¹⁶, la possibilité pour l'autorité de régulation en question de sanctionner sa méconnaissance¹⁷ ou sa prise en compte par d'autres acteurs du secteur en cause¹⁸.

¹⁰ Article L. 37-1 du CPCE.

¹¹ Article L.134-16 du code de l'énergie.

¹² Article L. 5-8 du CPCE pour l'activité postale et article L36-10 du CPCE pour les communications électroniques.

¹³ Article 41-4 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

¹⁴ CE Ass, 23 décembre 2013, *Société Métropole Télévision*, n° 363978. En cas d'illégalité de l'autorisation délivrée par l'Autorité de la Concurrence, les deux décisions sont annulées.

¹⁵ CE, 16 novembre 1990, SA « La Cinq », n° 97585.

¹⁶ CE, 26 septembre 2005, *Conseil national de l'ordre des médecins*, n° 270234.

¹⁷ CE, 17 novembre 2010, *Syndicat français des ostéopathes*, n° 332771.

16. Quel ordre de juridiction est compétent pour assurer le contrôle de ces décisions ? Le cas échéant, le même ordre de juridiction est-il compétent pour contrôler les décisions de l'instance en charge du respect des règles de concurrence ?

La régulation économique sectorielle étant assurée par des autorités administratives, les recours dirigés contre leurs actes et les actions en responsabilité engagées à leur encontre relèvent en principe de la compétence de la juridiction administrative¹⁹.

Le Conseil constitutionnel a toutefois jugé que le législateur peut procéder à des transferts de compétence juridictionnelle en vue d'assurer une bonne administration de la justice²⁰. S'agissant des autorités de régulation économique sectorielle, deux dérogations à la compétence de la juridiction administrative ont été introduites par la loi sur ce fondement, à l'égard des décisions de règlement des différends de l'ARCEP²¹ et de la CRE²², qui relèvent de la compétence de la Cour d'appel de Paris.

Il existe également un partage de la compétence juridictionnelle concernant les décisions de l'Autorité de la concurrence : les décisions de sanction d'une entente ou d'un abus de position dominante relèvent de la compétence de la Cour d'appel de Paris²³, tandis que les actes de l'Autorité dans sa mission de contrôle des opérations de concentration sont soumis au contrôle de la juridiction administrative²⁴.

17. Quels types de recours sont ouverts contre ces décisions ? Quelles sont les procédures juridictionnelles applicables en la matière ?

Lorsqu'elles relèvent de la compétence de la juridiction administrative et font grief, en application des principes rappelés aux deux questions précédentes, les décisions des autorités de régulation peuvent en principe faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Il existe toutefois une exception à l'égard des décisions de sanction des autorités de régulation, sur lesquelles le juge administratif se prononce en tant que juge de plein contentieux, soit en vertu d'une disposition législative spécifique²⁵, soit, lorsqu'une telle disposition n'existe pas, par application d'un raisonnement prétorien²⁶.

Bien qu'il s'agisse de deux contentieux posant des questions de légalité objective, des différences existent entre ces deux types de recours : dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, le juge statue sur la légalité de l'acte à la date de son édicton et ne peut en principe, en cas d'illégalité, qu'annuler l'acte litigieux, le cas échéant en modulant les effets de cette annulation dans le temps. À l'inverse, le juge de plein contentieux statue sur la légalité de l'acte à la date du jugement, ce qui implique qu'il peut tenir compte d'un changement dans les circonstances de fait ou de droit apparu depuis la date d'édiction de la décision de sanction, par exemple l'intervention d'une loi plus douce. En outre, il n'est pas contraint d'annuler l'acte en cas d'illégalité et peut modifier la sanction prononcée, notamment son *quorum*.

18. Quel est le contrôle opéré par le juge sur ces décisions ? Contrôle-t-il la forme, la procédure et/ou les motifs de ces décisions ? Pour quels types de décisions exerce-t-il un contrôle limité ? À l'inverse, pour quels types de décisions exerce-t-il un contrôle approfondi ?

Qu'il soit saisi dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir ou d'un recours de plein contentieux, le juge contrôle systématiquement la compétence de l'auteur de la décision, la régularité de la procédure ayant conduit à son édicton et sa motivation dès lors qu'il s'agit d'une décision défavorable. Ces principes généraux du contentieux administratif trouvent pleinement à s'appliquer à l'égard des décisions des autorités sectorielles de régulation.

Les motifs de leurs décisions font également l'objet d'un contrôle par le juge, plus ou moins approfondi selon la marge de manœuvre dont dispose l'autorité de régulation. Certaines décisions ne font ainsi l'objet que d'un contrôle restreint²⁷, alors

¹⁸ CE, 27 avril 2011, *Association Formindép*, n° 334396.

¹⁹ CE Ass, 10 juillet 1981, *Retail*, n° 334396.

²⁰ Conseil constitutionnel, Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*.

²¹ Article L. 36-8 du CPCE.

²² Article L. 134-24 du code de l'énergie.

²³ Articles L. 464-7 et L. 464-8 du code de commerce.

²⁴ Voir par exemple CE, 30 décembre 2010, *Société Métropole Télévision*, n° 334396.

²⁵ C'est le cas notamment du CSA en application de l'article 42-8 de la loi du 30 septembre 1986 précitée.

²⁶ CE Ass, 21 décembre 2012, *Société Groupe Canal Plus*, n° 353856.

²⁷ Voir par exemple CE, 22 avril 2013, *Association des producteurs indépendants*, n° 343073 s'agissant d'une délibération du CSA fixant les conditions dans lesquelles peut s'exercer le placement de produits dans un programme de télévision ou CE, 7 novembre 2013, *Société*

que d'autre sont soumises à un entier contrôle²⁸. Les décisions de sanction font, quant à elles, systématiquement l'objet d'un contrôle entier, tant en ce qui concerne la qualification d'un éventuel manquement à la réglementation applicable que la proportionnalité de la sanction²⁹.

19. Dans le cadre de l'exercice de son contrôle juridictionnel, comment le juge s'informe-t-il (désignation d'experts, mesures d'instruction spécialisées et contradictoires, recours aux universités, consultation de sources internationales, etc.) ?

Le contrôle des décisions des autorités de régulation sectorielle ne donne pas lieu à une instruction différente des autres contentieux portés à la connaissance du juge administratif. Pour autant, compte tenu de la forte technicité des matières évoquées, le juge est susceptible de faire appel à l'ensemble de ses prérogatives d'instruction, comme la désignation d'un expert, une visite des lieux, une demande d'avis sur une question technique³⁰, une séance particulière d'instruction contradictoire en présence des parties ou sur toute question susceptible d'éclairer la formation de jugement.

20. Quel est le rôle de la juridiction administrative suprême à l'égard de ces décisions ? Quelles sont les grandes décisions de la juridiction administrative suprême en matière de régulation économique sectorielle ?

Les recours dirigés contre la plupart des décisions des autorités de régulation économique sectorielle relèvent de la compétence en premier et dernier ressort du Conseil d'État. C'est le cas pour l'ensemble des décisions de l'ARCEP, de l'ACPR, de la CRE, de l'ARAF et de l'ARJEL³¹.

S'agissant du CSA, la Cour administrative d'appel de Paris est compétente pour connaître en premier et dernier ressort de l'ensemble de ses décisions relatives à l'attribution de la ressource hertzienne, à l'exception de celles concernant les services de télévision à vocation nationale³². Le Conseil d'État reste donc compétent pour ces dernières, ainsi que pour les autres décisions du CSA – sanctions, règlement des différends, décisions réglementaires, etc.

Les décisions importantes rendues par le Conseil d'État en matière de régulation économique sectorielle ont été citées dans les réponses aux questions précédentes.

Transport et infrastructures gaz France, n° 362092 pour une décision de la CRE fixant les tarifs d'utilisation des réseaux de transport de gaz naturel.

²⁸ Voir par exemple CE, 2 avril 2010, *Société Médiaserv*, n° 319816, pour une décision de l'ARCEP refusant d'imposer aux opérateurs de téléphonie mobile des départements et collectivités d'outre-mer de fournir un service d'itinérance aux nouveaux entrants sur ces territoires.

²⁹ Voir par exemple CE, 22 octobre 2010, *Société Vortex*, n° 324614 pour une sanction infligée par le CSA en matière radiophonique ou CE, 30 janvier 2013, *Caisse de crédit municipal de Toulon*, n° 347357 pour une sanction infligée à une banque par l'ACPR

³⁰ Voir par exemple CE, 28 mars 2012, *Société Direct énergie*, n° 330548 pour une demande d'avis auprès d'un commissaire aux comptes s'agissant d'une décision du ministre en charge de l'économie prise sur proposition de la CRE.

³¹ Article R. 311-1 du CJA.

³² Article R. 311-2 du CJA.