

CONCURRENCE - DISTRIBUTION**Proposition pour une notion: l'opérateur crucial**

par Marie-Anne Frison-Roche

Professeure des Universités à Sciences Po, directeur de la Chaire Régulation

L'ESSENTIEL

Les entreprises sont perçues et traitées par le droit des marchés en tant qu'elles ont pour dessein de faire du profit par l'usage de leur puissance. L'entreprise et le marché sont deux faces d'une même pièce. Ainsi, on neutralise à l'excès entreprises publiques et champions nationaux. Un troisième terme pourrait se glisser entre service public, politique et patriotisme nationaux: l'opérateur crucial. Celui-ci met les autres en dépendance par une sorte d'effet de nature. L'opérateur crucial, dont la notion est ici proposée, se reconnaît en ce que le secteur ne peut fonctionner sans lui. Peu importe que l'entreprise soit puissante ou non, qu'elle soit privée ou publique, dotée ou non de droits spécifiques. Trois types d'opérateurs cruciaux devraient être désignés: les titulaires des infrastructures essentielles, les porteurs de l'innovation du secteur, les porteurs des risques du système. Ils ressemblent à des régulateurs de second de rang. Les projets de fusion entre marchés financiers l'illustrent.

Il est nécessaire de partir à la recherche d'une nouvelle notion si l'on est confronté à un problème et que celui-ci peut être résolu par cette invention¹. L'enchaînement a été décrit en philosophie². Le droit, création pratique, s'y prête bien aussi³. La présentation du philosophe comme « législateur des mots » a pour miroir l'espoir que le juriste peut dessiner des notions aptes à expliciter et résoudre des problèmes. La théorie, c'est-à-dire la législation conceptuelle, doit être requise par l'urgence d'un problème concret, et est bienvenue si elle y apporte solution⁴.

Or, la conception de l'entreprise que le droit de la concurrence a développée constitue parfois un problème. En effet, dans le même temps où l'entreprise y occupe la place centrale⁵, celle-ci ne peut prétendre être soumise à des règles particulières en raison de spécificités, qui sont pourtant qualifiantes par ailleurs. Concrètement, l'entreprise existe en droit de la concurrence mais en étant neutralisée en ce qu'elle est notamment « publique » ou « nationale » ou « championne ». Ce faisant, le droit de la concurrence a à la fois donné une reconnaissance première, ontologique, au fait de l'entreprise, puisqu'on peut considérer qu'il y a un marché là où il y a une entreprise et réciproquement, mais cette pertinence extrême a pour prix la neutralisation du type de propriété, de la nationalité ou de la position de *leader* industriel

ou technologique de l'entreprise en question. Cela constitue un problème dans certains cas.

Celui-ci se cristallise en raison des passerelles construites, plus ou moins fortement selon les secteurs, entre droit de la concurrence, politique de la concurrence et politique industrielle. Or, la politique industrielle donne pertinence aux notions d'entreprises nationales et d'entreprises championnes, alors que le droit de la concurrence renâcle à donner pertinence à ses qualités. Le problème résulte de ce que les deux corps de règles ne sont pas étanches l'un à l'autre et, là où il y a une passerelle, il doit y avoir des pertinences partagées, ou à tout le moins transposables, ou, soyons de moins en moins exigeants, compatibles.

Au-delà de toutes les opinions que l'on peut avoir à ce propos⁶, dès l'instant qu'un fait qui a pleine pertinence dans une perspective, n'en a aucune dans une autre, et qu'il n'existe pas une autorité supérieure pour tenir la hiérarchie ou l'équilibre entre les deux, nous sommes par là même face à une difficulté de système, à un problème conceptuel, c'est-à-dire face à un problème pratique. Les débats très vifs autour du « patriotisme économique » l'ont souligné, la dispute a aussi cette vertu heuristique.

Pour l'instant, on met front contre front patriotisme économique et droit de la concurrence, politique économique et normativité juridique. Cela est en soi dommageable, en premier lieu parce qu'il n'est guère à notre portée de déterminer qui pourrait choisir l'un contre l'autre⁷, ce qui fait ressortir les vieilles dis-

(1) Je remercie René Sève pour nos discussions au cours de la rédaction de cet article.

(2) G. Deleuze, Spinoza. Philosophie pratique, Minuit, éd. 2003.

(3) L'Abécédaire de Gilles Deleuze, disc. 2, lettre G, Editions Montparnasse, 2005, qui dit au passage que s'il n'avait pas fait de philosophie, il aurait fait du droit, c'est-à-dire, selon lui, créer des notions pour régler au cas par cas les difficultés. La démarche qui mène ici à l'idée de l'« opérateur crucial » est de même nature, c'est-à-dire a vocation à produire des solutions adéquates dans des cas particuliers, à s'insérer donc dans de la jurisprudence plus qu'à fournir une référence de plus dans des textes généraux.

(4) L'un des meilleurs exemples que l'on peut trouver de cette démarche est l'invention de la *lex mercatoria* par B. Goldman, notion bâtie de toutes pièces et dont l'efficacité opératoire n'est plus à démontrer (Frontières du droit et du *lex mercatoria*, Arch. Phil. droit, Sirey, 1964, p. 177).

(5) M.-A. Frison-Roche et M.-S. Payet, Droit de la concurrence, Précis Dalloz, 2006, n° 41 s., et les réf. citées.

(6) Pour une très bonne explicitation, V. J.-L. Levet, L'Economie Industrielle en évolution. Les faits face aux théories, Economica, 2004, ainsi que les successifs rapports annuels de la Commission européenne sur La politique de la concurrence. V. aussi le « Rapport Beffa », Pour une nouvelle politique industrielle, rapport au président de la République, 2005.

(7) Et à première vue, en raison de la hiérarchie des normes, c'est plutôt la Commission européenne qui est en position d'exiger de la France les raisons légitimement valables au regard du droit de la concurrence pour fonder la protection des entreprises nationales telle que par exemple l'organise le décret du 30 déc. 2005 (V. G. Marson, Le décret de « patriotisme

putes sur les souverainetés face à la construction européenne, et parce qu'en second lieu cela implique que ce que l'on a gagné d'un côté, il faut se résoudre à l'avoir perdu de l'autre. Par exemple, les champions nationaux, étendards de la politique industrielle, seraient à mettre au débit de la construction européenne. Défendre les uns reviendrait à renoncer à l'autre.

Il faut donc inventer une notion qui ne serait pas aussi substantiellement perdante. Cette notion aurait pour vertu de faire l'économie de cette confrontation conceptuelle, c'est-à-dire d'éviter cette déperdition pratique. Il s'agit de «l'opérateur crucial».

L'idée serait que, dans certaines circonstances et dans certains secteurs⁸, des entreprises sont «cruciales» pour le marché, ce qui justifie qu'elles ne doivent pas être traitées comme les autres entreprises, ni dans leurs rapports à l'égard des autorités publiques, ni dans leurs rapports à l'égard des autres entreprises, pour la satisfaction même du marché. L'opérateur crucial n'est pas nécessairement dominant, il est indispensable, et pour cela il est souvent requis qu'il soit puissant, ce qui est très différent.

En cela, la notion d'opérateur crucial constituerait un troisième terme, permettant de supporter qu'on modifie les règles lorsqu'elles sont appliquées à ces entreprises, non pas parce que celles-ci auraient pour qualité d'être «publiques», ou «nationales», ou «championnes», mais par le seul effet qu'elles seraient «cruciales» pour le marché ou le secteur considéré. En cela la notion proposée de crucialité ne serait pas le fer de lance de la politique industrielle contre le droit de la concurrence, l'idée d'entreprise cruciale se développant aisément dans le droit de la concurrence, notamment lorsque celui-ci jouxte le droit de la régulation⁹.

Affirmer que le droit actuel a tort, qu'il devrait revenir au bon temps où la politique économique avait le pas sur le droit des marchés, où entreprises publiques et entreprises nationales s'imposaient en elles-mêmes, temps où la constitution de champions nationaux était un but supérieur, ne résout pas le problème, il le remâche. Cette nouvelle notion d'«opérateur crucial», en ce qu'elle pourrait dépasser l'opposition et résoudre le problème, pourrait prétendre constituer une «bonne idée», si l'on prend cette qualité dans son sens pragmatique, c'est-à-dire l'aptitude à résoudre des cas pour l'instant mal réglés, qualité qui convient au droit.

I - La neutralisation juridique de l'entreprise par le droit de la concurrence et les deux problèmes qui s'en suivent

Il fut un temps où le problème ne se posait pas parce que le système de droit ne reconnaissait pas l'entreprise comme une notion juridique, ne maniant que celle de personne

économique» réglementant les relations financières avec l'étranger, Contrats, conc., consom. 2006, alerte, p. 11). Penser les entreprises en cause comme des «opérateurs cruciaux» (V. *infra*) conduit à donner des fortes raisons de ne pas appliquer le droit ordinaire de la concurrence et de ne pourtant pas le contrarier.

(8) Dans son sens commun, la crucialité fait plus souvent référence à des circonstances, notamment de crise, ou d'opportunité d'action, de *kairos*, plus qu'à des organisations. Mais, comme il sera développé plus loin, si des situations tiennent leur équilibre du fait d'une entité, alors par transativité, c'est l'entité elle-même qui devient cruciale.

(9) Pour une première ébauche, V. M.-A. Frison-Roche, Des champions nationaux aux opérateurs cruciaux, in M.-A. Frison-Roche et N. Diricq (dir.),

commerçante, qu'elle soit physique ou morale. La doctrine critiqua un tel aveuglement: comment le droit pouvait ne pas prendre en considération l'entreprise, cette chose énorme et qui se donne à voir?

Les branches dites «réalistes», c'est-à-dire intégrant ce qui dans la vie concrète se repère comme le nez au milieu de la figure, qualité acquise concernant l'entreprise par rapport à l'invention a-visible de personne morale, firent donc place à l'entreprise, son existence justifiant de ce seul fait son admission. Cela fut vrai pour le droit fiscal, le droit du travail, le droit pénal, le droit de la faillite et le droit de la concurrence. Dans la logique de celui-ci, cela va de soi. Le problème est venu de ce que l'admission de l'entreprise s'est accompagnée de sa neutralisation.

A - L'entreprise, notion juridiquement transparente du droit de la concurrence

Le droit de la concurrence est souvent présenté comme le cœur du droit économique¹⁰ et le fait économique de l'entreprise y trône¹¹. Mais, en même temps que l'entreprise entrait dans le droit de la concurrence, la création juridique de la personnalité morale en était corrélativement sortie. D'une façon plus générale, aucune forme juridique, par exemple l'association¹² ou le service administratif¹³, n'est apte à éloigner la qualification, l'entreprise étant le sujet direct du droit de la concurrence. Cela explique par exemple le maintien de l'obligation de payer les amendes dès l'instant que le fait de l'entreprise demeure, alors même que la personnalité juridique a disparu en cours de procédure, solution que le droit financier, plus corseté juridiquement, ne reprend pas¹⁴.

Ensuite, le traité de l'Union européenne a expressément et dès le départ posé le principe de «neutralité du capital», signifiant que le caractère public ou privé du capital n'a pas d'influence sur les droits et obligations que le droit de la concurrence engendre sur l'entreprise concernée. Ainsi, le droit de la concurrence voit directement l'entreprise, la saisit en transparence du droit. Il ne prétend pas en construire la notion, mais affirme la «voir» et y attache directement des conséquences. En d'autres termes, le droit de la concurrence ne donne de pertinence juridique ni à la personnalité morale ni au caractère public ou privé de la détention du capital, ni au caractère national ou étranger de l'entreprise, ni au caractère dominant *en soi*¹⁵, ni à la qualité de *leader*, puisqu'il voit l'entité qui agit sur un marché. Plus encore, il ne reconnaît l'entité que par l'observation de ses agissements.

Champions nationaux et droit de la concurrence, Atelier de la concurrence, Rev. conc. consom., janv. 2006, n° 144, p. 22-24. En matière de facilité essentielle, V. *infra*.

(10) G. Farjat, La notion de droit économique, in Arch. Phil. droit, Droit et Economie, t. 37, Sirey, 1992, p. 27-62, spéc. p. 36.

(11) V., par ex., L. Idot, La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel, in Mélanges A. Pirovano, L'ordre concurrentiel, 2003, p. 523-545; J. Vasa, Raids d'OPA sur les sociétés françaises, la riposte en bonne marche?, Revue Lamy Droit des affaires, 2006, n° 2.

(12) V. par ex., A. Condormines, L'application du droit de la concurrence aux associations professionnelles, JCP E 2005, 130.

(13) CA Paris 18 mars 1993, *Météo France*, D. 1993, IR p. 169 (mais V. l'arrêt de cassation, Cass. com. 12 déc. 1995, Bull. civ. IV, n° 301; D. 1996, IR p. 4).

(14) Cass. com. 15 juin 1999, *Sté Immobilière Phénix*, Bull. civ. IV, n° 127.

(15) Pour une explication, V. *infra*, note 28.

La personnalité, ni celle de la personne morale par laquelle l'entreprise s'incarne pour entrer dans le commerce juridique, ni celle en second rang du maître du capital, n'ont de pertinence. La personnalité n'est donc proprement plus rien. En définissant l'entreprise par sa « qualité d'offreur ou de demandeur sur un marché »¹⁶, la définition de l'entreprise ne tient plus à elle-même, mais à son activité. Comme l'activité est elle-même, ce qui caractérise le marché, la définition aboutit à faire fusionner l'acteur, l'activité et la structure.

Le problème qui en résulte vient du fait que la politique économique qui aurait la prétention de s'exprimer à travers l'entreprise elle-même, par exemple par les décisions prises par les organes décisionnaires, trouve porte close. L'objet même de la discussion s'est dérobé. Ainsi, l'entreprise publique n'a pas de pertinence en tant qu'elle est publique. Les réflexions autour de « l'Etat actionnaire » tournent en rond¹⁷ car une entreprise ainsi contrôlée n'a droit de cité en droit de la concurrence, c'est-à-dire n'a normativement le droit d'exister, que si elle se masque en tant qu'elle est publique.

Le test de l'investisseur privé pour écarter les sanctions des aides d'Etat l'illustre : pour que l'aide soit admise, pour qu'elle soit disqualifiée comme aide publique, ce qui est le moyen de la rendre conforme au droit communautaire, il faut que l'Etat prenne le masque de l'investisseur non étatique, de l'investisseur privé, lequel constituant une catégorie juridique ouverte, qui renvoie à l'investisseur ordinaire et commun. Ainsi, l'entreprise publique peut se déployer si n'apparaît plus sur elle ce qui la distinguait des autres. Pour résumer, le seul moyen d'exister est donc de disparaître. On peut approuver sur le fond le droit positif ici en œuvre, on ne peut méconnaître qu'il y a contradiction et que celle-ci constitue un problème. Il est patent pour les entreprises publiques et pour les champions nationaux

B - Le problème révélé par les entreprises publiques et les champions nationaux

La cause du problème vient de ce que l'entreprise est une notion quasiment neutralisée puisqu'elle est définie comme support d'une activité d'offre et de demande sur un marché. En cela, l'entreprise n'est plus personne, elle n'est que son activité économique. Elle est ce qu'elle fait, les différenciations les entreprises les unes des autres ne pouvant plus avoir de pertinence dans un tel système. Le « problème » qui en résulte n'a pas nécessairement une acception péjorative. Il désigne que l'existence d'une entreprise non ordinaire, ou sa soustraction aux règles communes, s'impose, mais il ne suffit pas, pour le fonder, de dire que l'entreprise est publique ou qu'elle est nationale ou qu'elle est championne ou *leader* national.

La notion d'entreprise est donc, à la fois, intronisée et quasiment neutralisée par le droit de la concurrence. Le premier problème est celui des entreprises publiques et le second est celui des entreprises que l'on voudrait présenter en droit comme des champions nationaux. Ce n'est pas parce qu'on s'est accoutumé au premier et que les discussions actuelles autour du « patriotisme juridique » rendent plus aigu le statut des entreprises natio-

nales qu'il s'agit de deux difficultés différentes. Elles ont une même nature et une même issue.

1 - L'affaire entendue des entreprises publiques - En ce qui concerne les entreprises publiques, le temps n'est plus où l'on affirmait que les entreprises publiques devaient être soustraites au droit de la concurrence, pour le motif substantiel qu'elles sont publiques. Le droit européen de la concurrence n'est pas de « préjuger » en la matière¹⁸, c'est-à-dire qu'il n'accorde pas de pertinence à la qualité publique de l'entreprise en cause.

La revendication d'une pertinence du caractère public de l'entreprise en cause n'a pas plus prospéré en matière de sanction des abus de position dominante pour lequel l'exercice de droit exclusif ne peut se justifier par le seul caractère public de l'entreprise en cause, qu'il n'a suffi en matière de prohibition des aides d'Etat, dans laquelle l'Etat qui recapitalise une entreprise doit démontrer qu'il a agi comme un investisseur privé, c'est-à-dire ordinaire, l'argumentation l'obligeant donc à neutraliser sa nature¹⁹.

La dissociation est aujourd'hui nettement faite entre le service public et l'entreprise publique²⁰, et il ne suffit pas pour une entreprise d'affirmer qu'elle est publique, indépendamment même de la difficulté probatoire que cela implique²¹, pour se soustraire au droit ordinaire de la concurrence.

2 - L'affaire tentante des entreprises championnes nationales - Aujourd'hui le débat prend une autre forme, un autre objet, mais les termes en sont les mêmes, même si techniquement il s'enracine davantage dans le contrôle des concentrations et dans le principe de liberté de circulation des capitaux. Ce que l'on appelle aujourd'hui le « patriotisme économique » renvoie à la forme juridique d'une entreprise dont le contrôle devrait demeurer entre ce que l'on pourrait appeler des « mains françaises ». Cela aurait dû interférer dans des approbations de concentrations ou éloigner les appétits des investisseurs étrangers, ou justifier des *golden shares* par lesquels l'Etat contrôle ses champions au-delà de ses droits simplement capitalistes. L'argument peine à trouver droit de cité²².

Cela ne décourage pas d'en appeler aujourd'hui plus encore au « patriotisme économique », surtout utilisé pour justifier des aides d'Etat ou pour s'opposer à une prise de contrôle d'une entreprise française par une entreprise étrangère, posant que le capital des entreprises en cause doit demeurer « français »²³.

La notion d'entreprise nationale ou de champion national est en effet liée à celle d'intérêt national. Or, cette notion a été affaiblie par l'ouverture même des frontières, faisant entrer l'intérêt national dans la catégorie des intérêts particuliers. C'est pourquoi la jurisprudence communautaire sur les *golden shares* a exigé la

(18) A. Winckler, Public et privé : l'absence de préjugé, in Arch. Phil. droit, Le privé et le public, 1997, Sirey, p. 301-315.

(19) V. *supra*.

(20) Non seulement en jurisprudence mais encore dans le rapport de référence de Renaud Denoix de Saint-Marc, Le service public, rapport au Premier ministre, La Doc. fr., 1996.

(21) P. Delvolvé, Droit public de l'économie, Précis Dalloz, 1998, n° 607 s.

(22) A propos des *golden shares*, V. M.-A. Frison-Roche, La régulation par le capital social d'un opérateur : le jeu européen des *golden shares*, Les Echos, 6 juin 2003.

(23) A supposer que la notion ait un sens, dès l'instant que le capital est coté. Précisément, sur le décret du 30 déc. 2005, V. *supra*, note 7.

(16) Cons. conc. 22 oct. 1991, n° 91-D-43, *Honoraires des chirurgiens exerçant dans les cliniques privées du Lot-et-Garonne*, BOCC 26 nov. 1991.

(17) *Contra*, mais il est vrai dans une forte critique du droit positif de la concurrence, A. Cartier-Bresson, L'Etat actionnaire, thèse dact., Paris II, 2005.

démonstration d'un « ordre public impérieux » pour admettre que l'Etat membre limite le principe de liberté des capitaux, en exerçant un contrôle des décisions de l'entreprise en cause.

Cela explique que la suggestion souvent faite pour que le droit intègre cette considération du « patriotisme économique » consiste à la porter au niveau européen. Il pourrait exister un « patriotisme économique européen », qui protégerait des entreprises européennes en tant qu'elles seraient européennes. C'est notamment le point de vue de Laurence Idot²⁴.

Ainsi, pour que soit prise en considération en droit une entreprise en tant qu'elle est « championne »²⁵, échappant ainsi à la neutralisation par le droit de la concurrence de ce qu'est l'entreprise, il faudrait y associer ces deux qualités, le fait d'être championne mais aussi le fait d'être européenne, l'association du caractère européen étant le seul moyen de faire demeurer la pertinence du fait d'être une entreprise championne. La solution est judicieuse, elle est sans doute sous-jacente à bien des décisions des organes communautaires, mais elle condamne en soi la notion d'entreprise nationale²⁶.

Comme pour l'entreprise publique, les solutions à laquelle on songe passent par la disparition même de la qualité qui faisait problème : pour que l'entreprise publique perdure, cessons de la penser en tant qu'elle est publique, pour que l'entreprise championne demeure, ne nous autorisons plus à la penser comme nationale. Ou bien arc-boutons-nous contre le droit de la concurrence et le droit européen, qui font alliance. Front contre front, disions-nous. La méthode est peu satisfaisante. La notion d'« opérateur crucial » pourrait se révéler plus riche.

II - Intérêt et pertinence de la notion d'opérateur crucial

Il s'agit ici d'exposer l'idée d'opérateur crucial, c'est-à-dire sa définition et ses types, avant d'en esquisser les conséquences juridiques potentielles, puisque l'opérateur crucial présente l'avantage pratique de résister à la vague de neutralisation précédemment décrite.

A - L'idée d'opérateur crucial

1 - Le recul de la neutralité de l'entreprise par rapport à son comportement de marché - La théorie du marché a considéré que les entreprises étaient des sortes de boîtes noires²⁷, qu'il ne convenait de saisir qu'à travers leur comportement et non pas par rapport à leur structure, notamment pas leur structure capitaliste. Par exemple, le fait d'être une entreprise puissante ou dominante n'est pas pertinent en droit de la concurrence *en soi*²⁸, pas plus que d'être une entreprise publique, ou d'être une entreprise nationale.

(24) V. not. L. Idot, Brefs propos sur le « patriotisme économique », Europe, avr. 2006, p. 1.

(25) V. M.-A. Frison-Roche et N. Diricq (dir.), Champions nationaux et droit de la concurrence, Atelier de la concurrence, préc.

(26) Telle que par exemple la loi n° 96-660 du 26 juillet 1996 relative à l'entreprise nationale France Télécom la concevait, tandis que, à l'instant précédent, la loi n° 96-659 du même jour ouvrait le secteur des télécommunications à la concurrence.

(27) M.-A. Frison-Roche, Le modèle du marché, Arch. Phil. droit, t. 40, Sirey, 1996, p. 287-314.

Mais des marchés ou des secteurs peuvent requérir qu'y opèrent des entreprises qui doivent avoir certaines caractéristiques internes et dont l'efficacité du marché requiert davantage que leur dynamisme à entrer en compétition avec d'autres. Ces opérateurs ont une caractéristique que l'on peut désigner par le fait qu'ils ont « cruciaux » : ils sont cruciaux pour le fonctionnement du marché lui-même.

On peut définir la crucialité comme la qualité d'une organisation, d'un acte ou d'une situation, qui met en sa dépendance l'efficacité et le bon fonctionnement des autres organisations, actes ou situations. En ce sens, la crucialité est le contraire de la concurrence, car une entreprise a tout sauf besoin d'une entreprise qui lutte contre elle pour séduire ses clients. Donc, dans l'ordinaire du marché concurrentiel, la concurrence est requise, avec toute la force impliquée par une telle tautologie, mais aucune entreprise particulière ne l'est. C'est précisément pour cela que les qualités propres de l'entreprise, par exemple être publique ou être nationale, sont neutralisées et c'est pourquoi plus fondamentalement encore l'entreprise ne se définit plus que par son activité, l'activité d'offre et de demande étant le seul critère qui mérite d'être crucial en droit de la concurrence.

Mais il peut arriver que l'opérateur soit crucial, c'est-à-dire en lui-même nécessaire au marché et en cela soustrait à la neutralisation de l'entreprise, tout en demeurant intégré dans le droit du marché. Si on s'essaie à une définition, un opérateur est crucial lorsque son existence est requise en soi pour que le marché fonctionne, ce qui implique des règles particulières sur ses droits et obligations et sur son fonctionnement interne. A ce titre, l'entreprise cruciale n'est pas comme les autres, au sein même d'un droit de la concurrence qui cesse son processus précédemment décrit de neutralisation. Parce que l'entreprise en cause est cruciale, l'Etat peut tout à la fois lui donner des droits exclusifs mais aussi des obligations particulières. Le plus souvent, il s'agit d'entreprises nationales et publiques, mais ce ne sont pas ces qualités-là qui donnent de la pertinence à l'entreprise en cause, c'est le fait qu'elle est cruciale pour le fonctionnement du marché.

2 - Les trois types d'opérateurs cruciaux - Le premier type d'opérateur crucial est le gestionnaire d'une infrastructure essentielle, parce que des marchés dépendent de celle-ci. Le gestionnaire est alors un opérateur crucial puisque c'est par lui que les autres opérateurs peuvent offrir ou demander un produit. La source de la crucialité n'est pas une volonté politique mais une réalité économique (ce qui s'accorde bien avec le statut de l'entreprise en droit de la concurrence) à savoir un monopole naturel, dont un opérateur doit avoir la gestion. Peu importe qu'il soit public ou privé, mais il doit avoir des droits et des obligations spécifiques au bénéfice et à l'encontre des autres opérateurs aussi bien qu'au bénéfice et à l'encontre de l'autorité publique, parce que l'efficacité des marchés ne peut se passer du gestionnaire d'infrastructure essentielle, alors qu'elle peut se passer des offreurs ordinaires. Cela est vrai pour le gestionnaire de certains réseaux de transport, dont la rationalité économique exclut la duplication. Cela est également pertinent pour les entreprises de marché qui tiennent ces lieux d'échange des instruments financiers.

(28) Cela signifie qu'une entreprise ne rend pas de compte sur sa puissance ou sa domination sur un marché. Pour que cet élément prenne effet, il faut y associer autre chose, par exemple un abus. La « dominance » n'est *en soi* un objet de règles particulières qu'en droit de la régulation, en ce que celui-ci est asymétrique et cherche à favoriser les nouveaux entrants pour construire la concurrence, contrairement au droit de la concurrence qui en est le simple gardien (V. Droit de la concurrence, préc., n° 23, p. 26 s.).

Le deuxième type d'opérateur crucial est l'opérateur porteur de l'innovation du marché, ce qui lui donne pareillement des droits et des obligations spécifiques, sans qu'il soit plus besoin que l'on soit dans le droit de la régulation ou dans des textes particuliers. La reconnaissance d'opérateurs cruciaux peut très bien trouver sa voie par la jurisprudence²⁹. Ainsi, l'application de la théorie des facilités essentielles à l'encontre d'opérateurs titulaires de droits intellectuels³⁰, comme l'admission de concentration ou d'ententes constituées pour produire de la recherche et du développement, sont des solutions qui confèrent aux opérateurs en cause un caractère substantiellement crucial, justifiant que le droit de la concurrence ne leur soit pas appliqué de la même façon qu'aux autres, alors même que des textes spéciaux aux secteurs concernés n'étaient pas adoptés.

Le troisième type d'opérateur crucial est l'opérateur porteur de risques du système. En cela, les banques sont les opérateurs cruciaux du secteur, non seulement le secteur du crédit mais encore sans doute le secteur financier, puisqu'elles portent le système en le préservant du risque ou en réparant les crises. On mesure à travers cet exemple comme dans le précédent que la qualification d'opérateur crucial n'est pas en soi ni une faveur ni un handicap, car cela peut justifier tout autant des prérogatives que des obligations, et cela ne suit jamais la césure entre le public et le privé.

Ainsi, ce n'est pas le caractère public mais le caractère crucial qui justifie que le sort de l'entreprise, et que le rapport de l'entreprise à ses concurrents, ne soient pas neutralisés comme le ferait l'ordinaire droit de la concurrence. Il s'agit alors de prévenir à travers les opérateurs cruciaux le risque du système mettant en danger le système (définition circulaire qui convient en matière de banque ou de système financier ou de secteur énergétique) mais encore de juguler les risques du système mettant en danger des éléments extrinsèques au système, par exemple la protection de l'enfance dans les médias.

De la même façon, le caractère public ou monopolistique ou national peut être un indice de crucialité, il n'en est ni la preuve acquise, ni la condition requise, ni le critère même. Appartiennent ainsi à cette même catégorie des opérateurs cruciaux Réseau ferré de France et les banques. On peut soutenir que des marchés fonctionnent sans opérateur crucial, cas ordinaire, que certains fonctionnent avec un mixte d'opérateurs ordinaires et d'opérateurs cruciaux (le secteur énergétique par exemple), et que certaines ne tolèrent que des opérateurs traités comme cruciaux (le secteur bancaire par exemple).

B - Les conséquences de la considération des opérateurs cruciaux

1 - Des obligations et des droits corrélés à la crucialité de l'opérateur - Lorsqu'un secteur ou marché comporte un opérateur crucial, indispensable donc à son fonctionnement, il est tout d'abord essentiel qu'un tel opérateur existe. Cette première conséquence relève de la tautologie. Elle ne va pourtant pas de soi dans la mesure où au contraire la capacité à défaillir est non seulement un acquis de la théorie économique du marché, à

travers la notion de la destruction créative, mais encore une exigence du droit communautaire au regard de l'égalité des opérateurs³¹.

Pourtant lorsque l'opérateur est crucial, alors des moyens non ordinaires peuvent être utilisés, comme des monopoles de droit, ou des recapitalisations ou diverses aides, de la même façon que des comportements ordinaires peuvent être interdits à l'entreprise considérée, par exemple la cession d'actifs stratégiques pour le marché. Cela signifie que les Etats ont le droit d'empêcher la disparition d'un opérateur crucial, mais aussi de le brider.

Plus encore, on peut considérer que le caractère crucial de l'opérateur inverse le statut usuellement fait par le droit de la concurrence au fait d'être dominant. En effet, le droit de la concurrence concerne sa neutralité à l'égard de la dominance, alliance logique de sa neutralité précédemment décrite à l'égard de la structure de l'entreprise. Mais si l'opérateur est crucial, parce qu'il gère une infrastructure essentielle, parce qu'il porte l'innovation d'un secteur, parce qu'il porte les risques, alors il doit être puissant, ce qui le conduit assez naturellement à être dominant.

La puissance économique relève alors de l'ordre de l'obligation de l'opérateur crucial, ce qui va par conséquent donner une légitimité nouvelle à une dominance qui ne possédait pas de mérite propre en droit de la concurrence ordinaire. Ainsi, par nature une entreprise a le droit d'être dominante, mais lorsqu'elle est cruciale cela peut être requis, notamment si la sécurité du système est en jeu.

2 - L'opérateur crucial, régulateur de second rang - La deuxième conséquence est que l'opérateur crucial peut à ce titre avoir des droits et des obligations particuliers à l'égard des autres opérateurs. Cela est particulièrement net à propos des titulaires d'infrastructure essentielle qui subissent le droit d'accès des autres opérateurs mais qui ont aussi le droit d'obtenir de ceux-ci des garanties ou disposent à leur encontre d'un pouvoir de type disciplinaire. C'est également vrai pour les gestionnaires des réseaux ainsi que pour les entreprises de marchés d'instruments financiers. Les entreprises de marché sont des opérateurs cruciaux, qui ont tout à la fois des entreprises, les conduisant à se côtoyer sur elles-mêmes, et des opérateurs cruciaux puisqu'elles tiennent l'espace marchand sur lequel les échanges s'opèrent.

Cette deuxième conséquence est essentielle parce que l'opérateur crucial exerce des droits et des obligations qui assurent l'efficacité ou la sécurité du secteur, ce qui le rapproche de la figure du régulateur. A ce titre, et là aussi cela vaut tout autant pour le gestionnaire du réseau que pour l'entreprise de marché, l'opérateur crucial est une sorte de régulateur de second rang³². Cela impose des pouvoirs exceptionnels à l'égard des autres opérateurs, par exemple de nature disciplinaire, mais aussi des obligations exceptionnelles, par exemple l'impartialité.

(31) Ce qui conduisit la France à donner à EDF la capacité à faire faillite, à travers son changement de statut, mais EDF avait été présentée avant tout comme une entreprise nationale publique davantage que comme un opérateur crucial. Sur l'affaire elle-même, V. M.-A. Frison-Roche, La maturation de la régulation énergétique par la loi du 9 août 2004, *Rev. Lamy Concurrence* 2005, n° 1, p. 132.

(32) Sur cette idée, V. M.-A. Frison-Roche, La dualité de juridictions appliquée à la régulation, *Rev. Lamy Concurrence*, n° 5, nov./déc. 2005, p. 90-93. L'idée y est déduite de la décision du Tribunal des conflits du 26 avril 2004, *Powernext*.

(29) V. *supra*, n° 2.

(30) CJCE 29 avr. 2004, *IMS Health GmbH*, aff. C-418/01, *Rec. CJCE* I-5039; D. 2004, *Jur.* p. 2366, note F. Sardain; G. Bonet, *RTD eur.* 2004, p. 692; J. Peyre, *Droit de propriété intellectuelle / droit de la concurrence: attente d'un dénouement dans les affaires IMS et Microsoft*, *Rev. Lamy Concurrence*, nov. 2004/janv. 2005, n° 9 p. 26.

3 - La pertinence de la structure interne de l'opérateur crucial - La troisième conséquence est que l'opérateur crucial non seulement quitte la catégorie traditionnelle de la boîte noire (*V. supra*), mais encore constitue au contraire une boîte dont le fonctionnement interne trouve une nouvelle pertinence, les gardiens des marchés ayant le pouvoir et le devoir de l'observer. C'est pourquoi l'Etat peut avoir des exigences de surfaces financières ou le régulateur peut interférer dans l'émission d'informations. La distinction usuelle et naguère fondamentale entre le droit des marchés, qui ne s'occupe que des activités économiques puisque c'est celles-là même qui donnent la définition de l'entreprise, et le droit des sociétés qui se déploie à l'intérieur de la personne morale, s'efface : lorsqu'un opérateur est crucial pour le bon fonctionnement du marché, le régulateur de celui-ci doit avoir le pouvoir de regarder de l'intérieur le fonctionnement de l'entreprise ³³.

Il s'agira alors de s'assurer de sa capacité à demeurer, à travers des exigences de fonds de sécurité, de contrôler l'action de ses gouvernants, de surveiller sa gestion des risques, bref de se mêler de sa gouvernance. Il faut ici souligner que ce droit d'ingérence, ou plutôt ce recul de la distinction naguère si nette entre l'activité extérieure (toute livrée aux autorités de marché) et le gouvernement intérieur (entièrement hors de leur portée) a vocation à s'appliquer à l'opérateur crucial, et non pas au fait notamment qu'il s'agirait d'une entreprise publique.

On mesure ici toute la spécificité de la notion d'opérateur crucial, car les autorités publiques peuvent y opérer des contrôles à l'intérieur, dans l'indifférence du fait qu'il n'est pas une entreprise publique. Le contrôle public opéré sur les banques en la matière est exemplaire. Dans cette perspective, le régulateur et le prudentiel se rapprochent, à tout le moins s'adossent l'un à l'autre. De la même façon que la puissance de l'opérateur crucial, qui est un droit qu'il partage avec les autres opérateurs, peut devenir une obligation, comme on peut le voir à travers les exigences prudentielles qui s'appliquent aux banques, aux assureurs ou aux gestionnaires de réseaux de transport d'électricité.

(33) Sur la démonstration appliquée aux titres sociaux cotés, V. M.-A. Frison-Roche, Régulation et droit des sociétés. De l'article 1832 du code civil

Cette perspective forme un lien renouvelé entre la régulation et la gouvernance. En effet, lorsque l'opérateur est crucial, la régulation du marché intègre la réflexion et la surveillance du gouvernement des opérateurs cruciaux. Cela est nettement observable à propos des marchés financiers pour lesquels l'observation du gouvernement à l'intérieur des opérateurs cruciaux, comme le sont les entreprises de marché ou les fonds ou les prestataires de services d'investisseur, relève de la surveillance ordinaire du marché.

*
* *

Pour conclure, les opérateurs cruciaux sont des entreprises substantiellement différentes des autres, et le droit de la concurrence peut au cas par cas reconnaître cette différence substantielle parce que ces opérateurs sont indispensables au marché, ce que n'est jamais en soi une entreprise dominante ou un champion national. Au dehors même des réglementations spéciales, souvent adoptées lorsque des secteurs dépendent d'entreprises cruciales, cette crucialité doit conduire le droit de la concurrence à ne pas neutraliser cette caractéristique substantielle.

Cette qualité justifie que l'entreprise cruciale soit soumise à des règles particulières, que cela soit dans son détriment (par exemple droits d'accès des tiers) ou à son avantage (par exemple droits exclusifs, pouvoir sur les autres opérateurs) cette question d'avantage ou d'inconvénient étant en elle-même indifférente (ainsi, le contrôle de l'Etat sur le gouvernement interne de l'entreprise crucial peut être aussi bien une faveur qu'un poids).

L'opérateur crucial constituerait une catégorie intermédiaire, car en tant qu'elle est une entreprise ayant une activité d'offre et de demande, elle relève de cette catégorie si générale des entreprises, mais, en tant qu'elle est indispensable au marché, elle subit à la fois moins de contrainte et plus de contrôle, jouxte la qualité d'un quasi-régulateur et se rattache à une fonction qui dépasse le but ordinaire des entreprises. ■

à la protection du marché de l'investissement, in *Mélanges Dominique Schmidt*, Joly éd., 2005, p. 255-271.