

Synthèse

**Droit de la régulation, services publics
et intégration régionale**

Sous la direction de

Gérard MARCOU

Professeur à l'université de Paris I Panthéon-Sorbonne

Franck MODERNE

Professeur émérite à l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne

UMR de droit comparé
Université de Paris I Panthéon-Sorbonne

Mai 2005



Parmi les multiples manifestations de ce qu'il est convenu d'appeler la mondialisation, l'une des plus significatives, parce qu'elle touche au rôle même de l'Etat, est l'introduction des mécanismes de marché et de la concurrence dans des fonctions ou des activités jusqu'alors placées sous le contrôle de l'Etat et organisées, par conséquent, dans le cadre national. Alors que l'institution du service public s'accompagne traditionnellement de l'éviction du marché dans les activités auxquelles il s'applique, la généralisation du marché conduit, selon les cas, à la redéfinition, à la marginalisation ou à l'abandon du service public.

Tous les pays n'ont pas admis dans leur système juridique la notion de service public, mais aujourd'hui on constate la diffusion presque universelle de la notion de régulation. Toutefois, les mots sont trompeurs et ce contraste n'est pas si absolu qu'il y paraît au premier abord. Si la notion juridique de service public n'est présente que dans assez peu d'Etats, européens ou non européens, l'idée de service public peut être identifiée facilement dans la plupart des Etats, notamment au sein de l'Union européenne, même si elle s'exprime dans des notions et des régimes juridiques différents¹. A l'inverse, la notion de régulation est moins universelle que l'on ne serait porté à le croire. Tout d'abord, sa diffusion masque une ambiguïté sémantique redoutable : alors que le sens du mot anglais ou américain *regulation* se traduit en français par réglementation, la plupart des Etats européens ont repris le mot régulation du vocabulaire des sciences et des techniques, en le distinguant de la réglementation. Ce fait est connu mais cela ne dissipe pas l'ambiguïté. Ce n'est pas non plus la seule source d'incertitude qui affecte le sens de la notion de régulation. On a trop souvent décrié la notion de service public au nom de son imprécision pour ne pas relever que la notion de régulation encourt, au minimum, le même reproche. Mais, comme la notion de service public, elle est susceptible de devenir une notion juridique si elle parvient à exprimer le sens d'un ensemble de règles et d'institutions nouvelles que les notions et les théories classiques du droit, public ou privé, ne parviennent pas à intégrer de manière opératoire.

Les sources d'incertitude sont au moins au nombre de trois : les usages profanes, les logiques internes des systèmes juridiques, les contextes sectoriels. En effet, la régulation est un mot qui séduit par ce qu'il évoque de la capacité à produire un ordre ou une rationalité : il est utilisé aussi bien dans le discours politique que dans les théories propres à diverses branches du savoir, et souvent avec une portée très large ; cette tendance est souvent suivie par les juristes, avec le risque que le mot nouveau ne parvienne plus à isoler une notion nouvelle. En second lieu, la science du droit s'applique à des systèmes de normes qui sont liés à l'Etat par les principes et les institutions sur lesquels ils reposent ; les notions qu'elle produit sont donc étroitement liées à des systèmes particuliers, dont seule la comparaison permet de se dégager. Si la régulation doit devenir une notion juridique, il est alors inévitable, on peut du moins en faire l'hypothèse, qu'elle soit contaminée par cette idiosyncrasie, même si sa diffusion participe d'un mouvement de mondialisation auquel le droit ne saurait échapper. Mais en même temps, les expressions singulières reconnues comme typiques de la régulation dans les différents pays fournissent un matériau d'étude très précieux pour y rechercher les éléments d'une conception commune, en évitant le risque d'une théorisation trop détachée du réel, c'est-à-dire, dans l'ordre du droit, du droit positif. Enfin, on applique la notion de régulation à des activités très différentes : parfois à des activités de police comme celles qui assurent le respect des règles générales de concurrence sur les marchés des biens et des services, ou sur les marchés financiers, parfois à des industries caractérisées par leur dépendance envers un réseau ou d'autres types d'infrastructures non (ou difficilement) reproductibles, parfois aux

¹ Moderne, F. ; Marcou, G. (dir.) (2001), *L'Idee de service public dans le droit des Etats de l'Union européenne*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques ».

relations entre certaines industries et l'environnement. Avec la construction des marchés à la place des anciens monopoles, s'affirment la différenciation sectorielle et le besoin de réglementations (on retrouve l'ambiguïté) spécifiques.

Les hypothèses sur lesquelles repose la recherche dont les résultats sont ici produits partent des constats que l'on vient de rappeler.

La science juridique ne peut se contenter des usages profanes du mot régulation pour élaborer une notion juridique ; elle doit au contraire partir de l'analyse des politiques publiques, des régimes juridiques qu'elles mettent en œuvre ainsi que des pratiques juridiques observables pour déterminer dans quelle mesure la régulation doit être traitée comme une notion juridique nouvelle, c'est-à-dire une notion à laquelle s'attachent des conséquences juridiques précises du point de vue des rapports juridiques, des actes qui en sont le support, des institutions en cause et du règlement des litiges qui peuvent naître. Cela conduit à privilégier une définition restrictive de la notion de régulation.

En outre, la méthode comparative permet de prendre la mesure de la diversité des interprétations qui ont été données de la notion de régulation dans les différents systèmes juridiques, aussi bien par les auteurs que dans le droit positif. La comparaison permet de rechercher s'il est possible de formuler une définition de la notion de régulation en droit qui puisse être admise dans les différents systèmes juridiques, au moins ceux des pays étudiés, ou si l'on doit se contenter d'éléments communs à des définitions différentes.

Enfin, la dimension empirique de la recherche impose de s'intéresser à ce que l'on qualifie de régulation dans différents secteurs, afin de ne pas donner une portée générale à des constatations qui pourraient être caractéristiques seulement d'un secteur. Il s'agit d'un point délicat, sur le plan méthodologique, car il existe aussi, à l'inverse, des expériences exemplaires qui sont ensuite à l'origine d'effets de dissémination, et il conviendra de les identifier. La diffusion de la notion de régulation entretient d'étroits rapports avec l'ouverture à la concurrence des industries de réseau, mais ces rapports ne sont pas exclusifs et on peut au contraire en relever des occurrences qui leur sont étrangères.

La recherche a porté sur dix pays de l'Union européenne², selon une méthodologie commune. Des contributions relatives à quatre autres pays³ ont ensuite été sollicitées pour identifier les aspects qui pourraient distinguer les Etats de l'Union européenne. La Communauté européenne a joué en effet un rôle important dans la mise en cause des monopoles publics et l'introduction des modalités institutionnelles et juridiques de l'ouverture à la concurrence des industries de réseau. Pour la même raison il paraissait intéressant de vérifier quel pouvait être l'impact du Mercosur, autre grande expérience d'intégration économique régionale, sur l'ouverture à la concurrence des grands secteurs de service public à caractère économique, ou au moins dans quelle mesure le traité et les institutions du Mercosur s'intéressaient à ces secteurs.

² Ces pays sont les suivants : Allemagne, Belgique, Danemark, Espagne, Finlande, France, Grèce, Italie, Portugal, Royaume-Uni. Deux autres pays étaient prévus : les Pays-Bas et la Suède, mais n'ont pu donner lieu à un rapport national. Ils donnent lieu cependant à des références ponctuelles dans certains rapports de synthèse.

³ Ces pays sont les suivants : Argentine, Brésil, Etats-Unis, Russie. On n'a pu obtenir de rapports sur des pays de l'élargissement.

Les principaux résultats de la comparaison peuvent être résumés de la façon suivante :

1. La notion de régulation donne lieu en droit à des interprétations différentes selon les pays, et il y a peu de pays où le droit positif en donne une définition articulée ; il semble donc impossible de formuler une notion juridique de la régulation qui puisse intéresser plus que quelques pays à la fois. La conception émergente en droit communautaire est une notion supplémentaire plutôt qu'une notion commune.
2. Dans certains pays, la mise en place d'une régulation a accompagné la mise en œuvre des politiques de privatisation, mais celles-ci ne paraissent pas différencier nettement les pays au regard des formes que prend la régulation et de la place qu'elle occupe dans leur droit. La notion de régulation doit donc être traitée comme une notion indépendante au regard des politiques de privatisation.
3. Quelle que soit l'ampleur donnée à la définition de la régulation, on constate qu'elle inclut toujours l'ouverture à la concurrence et la résolution des antinomies qui résultent du maintien d'objectifs ou de valeurs non économiques, qui sont potentiellement en conflit avec la logique de marché ; cette fonction peut se traduire par des principes nouveaux ou l'actualisation de principes traditionnels.
4. La régulation ne se confond ni avec un type déterminé d'institutions, ni avec un certain type d'actes ; c'est plutôt une fonction de l'Etat qui est mise en œuvre par un ensemble d'institutions et au moyen d'actes juridiques dont le régime n'est pas modifié, sauf dans la mesure où l'exige l'institutionnalisation de l'impartialité pour certaines décisions.
5. Dans la mesure où sont créées des institutions spécifiques de régulation, se pose le problème de leurs relations avec les autorités politiques, du point de vue de l'indépendance (plus exactement de l'impartialité) de leurs décisions, mais aussi de leur légitimité et de leur contrôle.

La première section sera consacrée à la présentation des interprétations de la notion de régulation, et aux éléments d'identification que l'on peut en trouver dans le droit positif ; elle permettra de dégager une approche commune. Dans la seconde section, on présentera les éléments caractéristiques des institutions et des régimes juridiques associés à la régulation comme fonction dans les pays étudiés, en respectant les différences qui les séparent.

On verra à la lecture de l'ensemble des contributions qu'elles reflètent elles-mêmes une certaine diversité de conceptions entre les auteurs, même si elles permettent d'apercevoir les convergences.

I. LA NOTION DE REGULATION EN DROIT : DES INTERPRETATIONS DIFFERENTES, UNE APPROCHE COMMUNE

Si la notion de régulation s'est largement diffusée, elle est comprise différemment selon les systèmes juridiques dans lesquelles elle est reprise. La cristallisation que cette diffusion et l'impact des politiques communautaires permettaient d'attendre ne s'est pas (encore ?) produite. La conception émergente en droit communautaire apparaît alors davantage comme une interprétation de plus que comme l'expression d'une conception commune ; le respect du droit communautaire n'impose pas, en effet, d'en assimiler toutes les théories. Cela ne veut pas dire que les différentes conceptions que l'on peut identifier soient contradictoires ou incompatibles ; on relèvera au contraire nombre de convergences, mais celles-ci laissent subsister une grande diversité.

On recherchera d'abord si le droit positif nous livre, dans le pays étudiés une définition ou une conception assez claire de la régulation. Puis on se tournera vers la littérature juridique pour repérer les conceptions de la régulation qu'elle a pu produire en interaction avec le droit positif. C'est dans la littérature doctrinale que l'on trouve surtout les interprétations globalisantes, tandis que les énoncés de droit positif expriment des conceptions plus restrictives. Mais ces derniers sont peu nombreux, et la régulation demeure en général une notion doctrinale. En outre, la littérature montre, selon les pays, un intérêt très inégal pour la question⁴. Enfin, on essaiera de dégager une approche commune de la régulation, à partir des éléments récurrents sont apparus.

A) *Les apports du droit positif en Europe*

Il existe peu de définitions juridiques de la régulation dans le droit positif, même si la loi emploie expressément le terme de régulation. Mais on doit considérer aussi des évolutions juridiques qui tendent à donner une certaine consistance à la notion de régulation.

1) *Les définitions législatives*

A vrai dire ce n'est qu'en Allemagne, et de manière moins précise en France, que l'on peut trouver dans la loi une définition la régulation, et dans les deux pays dans la législation relative aux télécommunications (aujourd'hui les communications électroniques, selon la terminologie communautaire, reprise dans des modifications législatives récentes).

En Allemagne, le paragraphe 2 de la nouvelle loi sur les télécommunications (*Telekommunikationsgesetz*) du 22 juin 2004⁵, donne une définition de la régulation (*Regulierung*) : c'est une mission de puissance publique (*hoheitliche Aufgabe*) de la Fédération répondant à des objectifs précisément définis par la loi qu'elle doit concilier. Il s'agit essentiellement de concilier l'établissement d'une concurrence loyale et efficace avec un certain nombre d'autres objectifs d'intérêt général qui peuvent être contradictoires, et dont la liste a été étendue par la loi de 2004. Cette mission est éclairée par le paragraphe 1 de la loi, qui en énonce le but : stimuler la concurrence et garantir des services suffisants sur tout le territoire. Comme le résume Martin Bullinger, la régulation accompagne le passage de l'Etat prestataire à l'Etat garant des services essentiels. Cette mission s'exerce sous la responsabilité du gouvernement et non indépendamment de lui : l'autorité de régulation des

⁴ Dans ce qui suit, et sauf indication contraire, la référence à un pays renvoie à la contribution relative à ce pays.

⁵ Elle remplace la loi du 25 juillet 1996.

télécommunications qui est instituée est en effet placée dans le ressort du ministère fédéral de l'économie et de la technologie, et le ministre a le pouvoir de lui adresser des instructions (§117).

La législation française comprend aussi une définition, mais qui s'écarte sur ce dernier point de la législation allemande. On la trouve à l'article L.32-1 du code des postes et des communications électroniques (CPCE). Il y est indiqué (par.I) que « la fonction de régulation (...) est indépendante de l'exploitation des réseaux et de la fourniture des services des services de communications électroniques » et qu'elle « est exercée au nom de l'Etat » par le ministre chargé des communications électroniques et par l'Autorité de régulation des télécommunications (ART). Le paragraphe II précise que le ministre et l'ART, veillent aux objectifs qu'il définit, parmi lesquels figurent en premier lieu « la fourniture et le financement de l'ensemble des composantes du service public des communications électroniques » et l'exercice « au bénéfice des utilisateurs d'une concurrence effective et loyale » ; la loi du 9 juillet 2004 a élargi la liste des objectifs que la régulation doit permettre d'atteindre. Les dispositions relatives à l'organisation de l'ART visent à en assurer l'indépendance et elle ne prévoit pas la possibilité pour le ministre d'adresser des instructions ou des directives à l'ART (art. L.36-1 et suiv.).

On ne trouve pas de définitions comparables dans la législation des autres pays étudiés, mais cela ne veut pas dire que l'on n'y trouve pas certaines indications. Cependant, ces indications doivent être recherchées dans des dispositions opératoires de lois multiples ou parfois dans la jurisprudence. Leur interprétation est alors de nature doctrinale.

2) *Interprétations jurisprudentielles*

Paradoxalement, alors que le Royaume-Uni a souvent servi de modèle aux autres pays, dans cette évolution à la fois politique et institutionnelle, on ne trouvera pas dans la législation britannique, ni dans la jurisprudence, de définition de la régulation. La raison en est sans doute que la régulation a été la conséquence de la politique de privatisation ; elle a d'abord eu pour objet d'assurer l'ouverture à la concurrence en présence d'opérateurs historiques ; toutefois, à la fin des années 1990 elle a incorporé des objectifs non économiques. Cette évolution est perceptible également dans la jurisprudence. Le mot *regulator* est couramment utilisé dans la jurisprudence récente, à propos d'organismes très variés que l'on n'aurait peut-être pas songé à qualifier ainsi⁶. Ce substantif comporte la même ambiguïté sémantique que *regulation*. Mais certaines espèces sont assez éclairantes. Ainsi en est-il de l'arrêt de la Cour d'appel du 10 juillet 2002, dans une affaire opposant les administrateurs judiciaires de *Railtrack*, exploitant des infrastructures ferroviaires menacé de faillite, et le *Rail Regulator* établi par la loi de 2000 sur les transports (modifiant la loi de 1993 de privatisation)⁷.

Le ministre avait obtenu en justice la nomination d'administrateurs judiciaires de *Railtrack*, au motif que cette société ne pouvait plus faire face à ses engagements. Bien que nommés sur la base de la loi sur les entreprises en difficulté de 1986 (*Insolvency Act 1986*), il s'agit d'administrateurs spéciaux se distinguant par le fait que leur mission n'est pas seulement de

⁶ Par exemple aussi bien le *Housing Corporation*, organisme national de contrôle des coopératives de logement (*R(Clays Lane Housin Cooperative) v. Housing Corporation*, CA, jugement rendu le 8 décembre 2004, que l'Autorité des services financiers (*R(Davis and others) v. Financial Services Authority*, CA, jugement rendu le 30 juillet 2003, le Directeur général de l'eau (*Director General of Water Services*) (*Marcic v. Thames Water Utilities Ltd*, [2003] UKHL 66) (publiés par <http://lawreports.co.uk>).

⁷ *Winsor v Special Railway Administrators of Railtrack Plc* [2002] EWCA Civ 955 (10 July 2002).

protéger les droits des créanciers mais d'assurer la reprise de l'entreprise, même si cela nécessite le soutien financier de la puissance publique, « *because it is in the national interest that the railways should continue to function as effectively as possible, even if it is necessary for a railway company to be subject to a Railway Administration Order* » (par.12). Mais, en s'opposant à certaines clauses proposées par un transporteur de fret pour le renouvellement de son contrat d'accès au réseau, ils soulevaient la question de l'autorité des instructions que pourrait leur adresser le *Rail Regulator*, en vertu de la loi (section 17) pour garantir le droit d'accès au réseau. Fallait-il alors faire prévaloir les pouvoirs des administrateurs judiciaires sur ceux du régulateur ou l'inverse ? Bien que les administrateurs et le transporteur aient trouvé un accord, le régulateur demanda à la cour⁸ de dire le droit⁹ sur ce point ; la Cour d'appel donne raison au régulateur sur les administrateurs judiciaires pour des motifs qui méritent d'être résumés. Elle considère que le régulateur n'est ni un juge ni un arbitre, et que sa mission ne se situe pas sur le même plan que celle des administrateurs judiciaires. Pour la Cour, les premiers juges ont sous-estimé la « nature réglementaire » (*the regulatory nature*) de la section 17, et le fait que le régulateur doit prendre en compte des considérations étrangères à l'intérêt des parties. Elle ajoute: « *while the desirability of not interfering with administration is relevant to the issue we have to determine, more important is the broader public interest role of the Rail Regulator which goes beyond the interests of even the administration of a rail company as important as Railtrack* » (par.32). La mission du régulateur n'est en rien modifiée, selon la Cour d'appel, par le mandat des administrateurs judiciaires. « *Because of his statutory responsibilities, the Rail Regulator is better placed to make an overall assessment of what is in the interests of the rail network than the Railway Administrators or even the court* » (par.33). Qu'il exerce son pouvoir d'instruction ou qu'il approuve les termes des contrats d'accès, le régulateur « *is performing a broader role than that required of a judicial or quasi-judicial decision-maker. Furthermore, even though the decision is not that selected either by the applicant or the facility owner (here respectively EWS and Railtrack) the decision is not reached as a result of a "legal process" "against the company" (here, against Railtrack)* » (par.34).

Dans cet arrêt, on voit que le régulateur est le gardien d'un intérêt public défini par la loi ; il s'agit non seulement d'assurer le droit d'accès au réseau mais aussi d'assurer la continuité des services ferroviaires, et cet intérêt public est supérieur aux intérêts dont la sauvegarde est confiée aux administrateurs judiciaires, dans la mesure où les pouvoirs du régulateur priment sur ceux des administrateurs judiciaires; il est une autorité administrative, qui se distingue, par sa mission comme par les procédures auxquelles obéissent ses décisions, à la fois des cours de justice et des *Tribunals (quasi-judicial decision-maker)*.

En Belgique, si la législation est muette¹⁰, le Conseil d'Etat a exprimé sa définition dans un avis du 5 juin 2002 sur l'avant-projet de loi sur le statut du régulateur des postes et des télécommunications. Il prend soin de distinguer les « tâches réglementaires » et des missions des « autorités réglementaires nationales » au sens de la directive cadre du 7 mars 2002, ce qui ne relevait pas de l'évidence. Par « tâches réglementaires », il faut entendre « toute

⁸ *Chancery Division* de la *High Court*.

⁹ Les administrateurs judiciaires et l'entreprise de fret avaient trouvé un accord entre eux et l'avaient notifié au *Rail Regulator*, mais celui-ci a demandé au juge de se prononcer sur les droits des parties en cause, comme la procédure britannique le permet.

¹⁰ Par comparaison, la loi du 17 janvier 2003 sur le statut du régulateur des postes et des télécommunications utilise bien le mot « régulateur », mais en contient aucune disposition, à propos des attributions ou de l'organisation de l'Institut Belge des Postes et des Télécommunications, qui puisse se lire comme une définition en termes de régulation. On peut seulement supposer que, puisque l'IBPT est qualifié de régulateur, ses attributions relèvent de la régulation.

intervention de l'autorité administrative, qu'elle consiste en une mesure générale et abstraite, ou en une décision particulière ». Mais, sur le plan constitutionnel, « comme la Section de législation l'a déjà rappelé à maintes reprises, il est exclu qu'une règle générale et abstraite soit fixée sans intervention directe d'une autorité politique responsable ». Le Conseil d'Etat précise alors qu'il utilise le mot « régulation » dans un sens étroit : il s'agit de la « prise de décisions particulières par une autorité administrative jouissant d'un large pouvoir discrétionnaire, par opposition à la réglementation, qui recouvre traditionnellement dans la terminologie interne, les seules normes générales abstraites »¹¹. En outre, les missions de régulation se rapportent au marché¹². Cette définition est assez restrictive et traduit la volonté du Conseil d'Etat de limiter le développement de la réglementation qui pourrait émaner des autorités de régulation.

3) *Autres indications tirées du droit positif national*

Au Danemark, on se réfère à la loi sur la concurrence, dont l'article 2, paragraphe 2 exclut l'application des dispositions des parties 2 et 3 de la loi, lesquelles tendent à assurer le respect des règles de concurrence, « lorsqu'une pratique anti-concurrentielle est la conséquence directe ou nécessaire d'une réglementation publique », et la même disposition poursuit : « Une pratique anti-concurrentielle est indispensable pour l'accomplissement des compétences légales attribuées aux collectivités locales ». On en déduit que la régulation s'assimile à une dérogation aux règles de concurrence dans un but d'intérêt public. Au contraire, en Finlande, où la législation relative aux secteurs démonopolisés a été très influencée par l'exemple des Etats-Unis et les théories sur l'« économie du droit », la législation suggère une assimilation entre régulation et ouverture à la concurrence, sous réserve des obligations imposées aux entreprises concernées.

En Grèce, la jurisprudence semble considérer que la régulation s'applique aux services publics, à l'égard desquels l'Etat ne peut renoncer à sa responsabilité ; au contraire, en Espagne, selon la législation, la régulation est plutôt comprise comme une alternative au service public, comme le souligne l'exposé des motifs de la loi de 1997 sur la libéralisation de l'électricité, selon lequel la loi abandonne la notion de service public. En Italie, l'introduction de la régulation s'accompagne de l'introduction dans le droit d'une autre notion nouvelle par la loi n.481 de 1995 sur l'électricité et le gaz. Cette loi vise en effet la « régulation des services d'utilité publique », reprenant ainsi une terminologie américaine et britannique : les « *public utilities* », qui sont ainsi distingués des services publics. Pourtant, le décret législatif n.80 du 31 mars 1998 modifié (art.33), qui attribue au juge administratif compétence pour tous les litiges en matière de services publics, précise que cela comprend notamment les télécommunications et les services visés par la loi n.481.

La notion de régulation apparaît souvent dans la législation sous l'aspect institutionnel, soit dans les intitulés des lois, ou dans la dénomination des autorités de régulation, mais cela ne signifie pas que cela s'accompagne de l'utilisation d'une notion précise ou explicite (Portugal). Par exemple, en Italie, le décret législatif n.188 de 2003 sur l'ouverture à la concurrence des marchés de services ferroviaires qualifie le ministère d'« organisme de régulation », tandis que le décret législatif n.261 de 1999 sur la libéralisation du service postal qualifie le ministère, cette fois, d'« autorité de réglementation ».

¹¹ Avis n° 33.255/4, publié avec le projet de loi, Chambre des Représentants, 50^{ème} législature, Doc50.1937/001, note 17, page 64.

¹² Ibid. p.64.

4) *Éléments tirés du droit communautaire*

De ce point de vue, le droit communautaire, bien qu'il ait très souvent déterminé l'évolution du droit national en ce domaine, ne se montre pas plus précis. S. Rodriguès de fonde sur l'article III-122 du traité relatif à la constitution européenne, reprenant l'article 16 du traité relatif à la Communauté européenne issu du traité d'Amsterdam, pour proposer une définition selon laquelle la régulation serait « la fonction dévolue aux pouvoirs publics de veiller au bon fonctionnement des services publics »¹³. Mais on ne peut manquer de relever que les directives européennes sont plus orientées vers la concurrence que vers le service public. De plus, la terminologie utilisée par le droit communautaire reste incertaine. Tandis que la directive 2002/21 du 7 mars 2002 relative à un « cadre réglementaire commun » pour les réseaux et services de communications électroniques (dite directive « cadre ») prévoit la mise en place par les Etats membres d'« autorités réglementaires nationales », la directive 2003/53 sur les « règles communes pour le marché de l'électricité » prévoit des « autorités de régulation nationale », alors que la version anglaise de cette dernière directive utilise l'expression « *regulatory authorities* ». En outre, dans aucune directive, le long article consacré à la définition des notions qui seront employées ne prend le risque de définir la « régulation ».

Selon le rapport Stoffaës de 2003, on peut cependant distinguer des « formes communes » de la régulation que l'on retrouve dans tous les pays, à partir de la transposition des directives communautaires : la mise en place d'autorités de régulation indépendantes, l'arrivée de nouveaux entrants sur le marché face à l'opérateur historique, la distinction entre l'infrastructure et le service, la prise en compte d'obligations de service public, des règles d'allocation de ressources rares. On retrouve nécessairement ces formes dans la législation des Etats membres, au moins pour les secteurs considérés, même si on constate des variations importantes dans la transposition. Si la régulation est « un concept en formation » (ibid.), ces formes peuvent en constituer la base¹⁴.

On ne trouve pas davantage d'unité dans la littérature scientifique.

B) *Les sources américaines*

L'ambiguïté linguistique que l'on vient de relever se retrouve dans l'évolution même du droit américain. Elle s'étend à l'Amérique du sud.

1) *L'évolution de la notion de régulation aux Etats-Unis*

Il est habituel de se référer aux agences fédérales américaines comme antécédents des autorités nationales de régulation que l'on rencontre aujourd'hui dans la plupart des Etats européens et, par extension, on admet, souvent sans le dire, qu'elles sont à l'origine de la notion de régulation. Comme le montre Dominique Custos dans sa contribution sur les Etats-Unis, cette assimilation repose sur un contresens. En effet, les premières agences, à commencer par l'*Interstate Commerce Commission*, avaient pour mission de réglementer (*regulate*) l'activité économique des entreprises de certains secteurs dans un intérêt public par l'utilisation des pouvoirs de police que leur déléguaient le Congrès. Elles constituaient un mode d'interventionnisme économique dans un cadre politique où l'on n'avait pas recours à la

¹³ Voir sa contribution.

¹⁴ *Vers une régulation européenne des réseaux*, Rapport du groupe présidé par Christian Stoffaës, Paris, coll. ISUPE, nov. 2003, p.14.

création d'entreprises publiques, sauf de manière très exceptionnelle, ni aux nationalisations ; la réglementation était une alternative à la concurrence, inexistante ou impuissante garantir que l'intérêt public soit satisfait. La réglementation limitait ou même excluait la concurrence, par les droits exclusifs qu'elle permettait d'accorder. Les critiques dont cette politique a fait l'objet dans les années 60 et 70 ont conduit à sa remise en cause à partir de la présidence de Jimmy Carter, qui a engagé une politique dont l'objet était de supprimer les réglementations qui faisaient obstacle au jeu de la concurrence.

Cette politique de « *deregulation* », ce qu'on avait alors correctement traduit par « déréglementation »¹⁵, a conduit à une révision fondamentale de la réglementation de nombreux secteurs économiques, ceux que l'on appelle toujours les « industries régulées ». Pour créer les conditions de la concurrence, on a éliminé les réglementations qui visaient justement à la réduire ou à l'exclure, ce qui a pu conduire à la suppression de certaines agences, notamment l'agence de l'énergie (*Federal Power Commission*) en 1977, l'agence de l'aviation civile (*Civil Aeronautics Board*) en 1985, et l'*Interstate Commerce Commission* en 1995, dont les fonctions ont été redéfinies et redistribuées entre les départements fédéraux et des agences nouvelles qui n'ont plus désormais l'indépendance organique des premières. Désormais, la réglementation vise à créer les conditions de la concurrence, et non plus à s'y substituer ; l'agence, lorsqu'elle existe, devient une agence sectorielle de la concurrence. S'il y a bien une influence américaine sur les expériences européennes, elle est consécutive à ce tournant : c'est la *deregulation* américaine que l'on peut considérer comme l'une des sources de la régulation en Europe, mais sans que sa véritable portée ait immédiatement perçue : l'enjeu était moins l'allègement du poids de la réglementation que la création des conditions de marchés concurrentiels. L'autre leçon de l'évolution récente de la régulation aux Etats-Unis a été carrément omise : la régulation est soumise au contrôle du Congrès, mais on assure l'indépendance de la « fonction adjudicative », qui correspond à des décisions individuelles¹⁶

2) *Service public et régulation au Brésil et en Argentine*

C'est dans le premier sens que la *regulation* a d'abord été reçue dans certains pays d'Amérique latine, mais la place prise par le secteur public dans ces pays au cours du 20^{ème} siècle ne lui a pas permis de se développer, et c'est la notion de service public, venue d'Europe mais qui s'est rapidement différenciée de ses sources, qui a prévalu. Le professeur Grau cite pour le Brésil un ouvrage de Luiz de Anhaia Mello publié en 1940 sur « les problèmes économiques des services d'utilité publique ». Cet auteur défend l'établissement d'un régime de monopole pour les services d'utilité publique dans la mesure où ils correspondent à des monopoles naturels, et considère que leur activité doit être régulée par des « autorités indépendantes » exerçant un pouvoir de police de l'Etat. Il semble toutefois n'avoir eu que peu d'écho. On ne trouve pas, en effet, d'agence régulatrice en droit brésilien avant le début des années 90, même si l'on peut, par analogie, trouver quelques antécédents¹⁷.

¹⁵ Mais avec une autre ambiguïté : la déréglementation était comprise avant tout comme une réponse à l'inflation normative, au poids croissant de la réglementation sur les entreprises, et donc surtout sous un aspect quantitatif. Voir : IFSA (1988), *Les déréglementations. Etude comparative*, Economica, en particulier la contribution de Céline Wiener, « L'inflation normative et ses conséquences », pp.48-74 ; pour Jacques Chevallier dans le même ouvrage, la réglementation est l'un des modes de la régulation, et la déréglementation reflète une crise de la régulation par la voie juridique, ouvrant la voie ainsi à d'autres modes de régulation (« Les politiques de déréglementation », notamment pp.44-45.

¹⁶ Elisabeth Zoller (2004), « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », *RFDA*, vol.20, n°4, en particulier pp.767 et 770.

¹⁷ Marçal Justen Filho (2002), *O direito das agências reguladoras independentes*, Sao Paulo, Dialética, pp.329 et suiv.

Mais celles qui ont été créées dans les années 90 sont plus proches des commissions réglementaires américaines de la première période que des autorités régulatrices européennes ; si elles font appel à la concurrence pour attribuer des concessions ou des licences, celles-ci établissent des droits exclusifs ; les agences n'ont pas pour mission d'établir un marché. Tel est le cas pour l'électricité, qui est exploitée sur la base d'un régime de concessions (loi 9.427/1996), et dans une moindre mesure pour les télécommunications, pour lesquelles la loi organise distinctement un régime public, sur la base de concessions, et un régime privé pour l'exploitation de services de télécommunications sur la base d'un régime d'autorisation (loi 9.472/1997). Dans les ouvrages de droit administratif, la régulation est abordée essentiellement au travers de sa dimension institutionnelle, les agences régulatrices, qui ont parfois été créées dans des domaines économiques (par exemple l'Agence nationale de surveillance sanitaire : loi 9.782/1999), mais leur fonction n'est pas intégrée à l'étude du service public¹⁸.

En Argentine, la jurisprudence américaine sur les *public utilities* a inspiré la jurisprudence de la Cour suprême dès les années 20, tout en justifiant par la notion de service public la non application des règles de concurrence, mais dès la fin du 19^{ème} siècle un important courant de la pensée juridique argentine défendait l'adoption du modèle nord-américain. Pourtant, la doctrine du service public a rapidement prévalu. Elle trouva très tôt une expression dans la constitution de 1853 et dans les premières lois sur les chemins de fer, puis dans d'autres lois qui organisaient certaines activités placées sous le contrôle de l'Etat ; la Cour suprême admit dès 1864 que le service public ne devait pas être soumis au droit commun, mais à un droit spécial qui préservait les prérogatives de la puissance publique, notamment pour les contrats de concession. Cette évolution créait un terrain favorable à la réception de la doctrine française du droit public, qui est devenue dominante au début du 20^{ème} siècle sous l'influence, notamment, de Rafael Bielsa¹⁹. Dans ce contexte, l'influence de la théorie américaine des *public utilities* ne pouvait être que limitée. La concession a été le mode classique de mise en œuvre des services publics, jusqu'à la constitution de 1949 qui a conduit au rachat par l'Etat des concessions. Service public s'est ensuite confondu avec secteur public jusqu'au début des années 90. La libéralisation a été ensuite beaucoup plus radicale en Argentine, sous la présidence de Carlos Menem, qu'au Brésil. Pourtant, la situation juridique n'est pas très différente. La régulation devait être l'auxiliaire du service public, et la privatisation s'est accompagnée du retour des concessions plutôt que de la création des conditions de marchés concurrentiels. Lorsqu'on a créé des autorités régulatrices indépendantes, on s'est référé aux agences américaines, mais dans la conception du début du 20^{ème} siècle, celle de la réglementation comme substitut de la concurrence. Cela apparaît bien dans les commentaires de la constitution de 1994. La disposition de l'article 42 de la constitution argentine selon laquelle « la législation établira les cadres régulateurs des services publics de compétence nationale (...) » est interprétée dans le sens où les « cadres régulateurs » des services publics doivent être fixés par la loi ; les privatisations changent le sens de la régulation mais n'impliquent pas la « *despublicatio* » de celle-ci, ni une sortie du droit public, mais plutôt une transformation du droit public²⁰. Comme l'écrit le professeur Comadira, avec la réforme de l'Etat engagée en 1989²¹, la « *titularidad* » de l'Etat ne porte plus sur l'exercice des activités

¹⁸ Voir notamment : Celso Antônio Bandeira de Mello (2003), *Curso de direito administrativo*, Malheiros, 15^{ème} éd., notamment pp.156 et 611 ; Odete Medauar (2003), *Direito administrativo moderno*, Ed. Revista dos Tribunais, 7^{ème} éd., pp.80 et 337.

¹⁹ Ce qui précède s'appuie sur le livre passionnant de Jorge Luis Salomoni (1999), *Teoria general de los servicios públicos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, notamment pp.159-189.

²⁰ Roberto Dromi / Eduardo Menem (1994), *La Constitución reformada*, Ed. Ciudad Argentina, p.157.

²¹ Loi n° 23.696 du 17 août 1989 « Reforma del Estado », *BO* du 23 août.

de service public, mais sur la régulation de ces activités. Les autorités régulatrices ont été créées sur le modèle des agences fédérales américaines à partir de ce moment²², mais avec l'objectif de protéger l'intérêt public, tel que défini par la loi qui les institue, et non d'ouvrir le marché et d'établir les conditions d'un marché concurrentiel ; un tel objectif n'est pas mentionné parmi ceux qui sont assignés aux agences²³. En ce qui concerne, par exemple, les télécommunications, on a eu recours à la mise en concurrence pour l'attribution des licences, elles-mêmes exclusives pour une zone un type de service déterminés, ainsi dans le cas du téléphone fixe pour une durée de cinq ans, avec une prorogation possible de trois ans ; ensuite, la concurrence devait être ouverte²⁴. La privatisation était l'objectif stratégique du gouvernement et la régulation a été organisée après la privatisation ; ses modalités et surtout son fonctionnement ont pu être critiqués, comme ayant été défavorables aux consommateurs et aux nouveaux entrants²⁵. C'est seulement de manière très récente que la législation et la jurisprudence s'intéressent directement aux conditions de la concurrence comme cadre de la gestion d'activités de service public, une approche qui est considérée comme d'origine européenne, et que les auteurs distinguent la « néo-régulation »²⁶, comme une nouvelle forme de régulation, dirigée non plus contre la concurrence, mais contre les barrières à la concurrence²⁷.

Mais quoi qu'il en soit, en pratique, aujourd'hui, en Argentine comme au Brésil, la régulation se ramène en général au choix et au contrôle des concessionnaires et au règlement des litiges avec les usagers, et s'applique donc à l'exploitation de droits exclusifs²⁸.

C) *La régulation dans la littérature juridique des Etats européens : vue d'ensemble*

Ce rappel de la conception nord-américaine et de son regain d'influence récent sur le droit public du Brésil et de l'Argentine permet de mieux apprécier l'originalité de la conception qui est exprimée par le droit communautaire. Depuis 1987, une politique soutenue d'intégration par le marché a eu pour but de réduire et supprimer les monopoles nationaux, de créer les conditions d'un marché concurrentiel dans les activités concernées, dont la plupart sont des services publics, au moins au sens français du terme, et d'en assurer l'application uniforme dans l'ensemble de la Communauté européenne. Ce qu'on appelle la régulation s'est développé avec la mise en œuvre de cette politique, et les systèmes de régulation définis par les directives communautaires visent à la fois à établir le marché et à atteindre certains objectifs non économiques.

La littérature spécialisée des Etats étudiés adopte souvent une conception très large de la régulation, surtout dans les pays où le droit positif donne peu d'indication sur le sens de la

²² Même si on peut citer des précédents qui ont vu le jour après la grande crise de 1929, mais on se réfère aujourd'hui aux agences créées à partir de 1989. Voir aussi : Alberto R. Bianchi, « Los entes reguladores », pp.149-207 dans : *Servicio público, policía y fomento*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ed. RAP, 2004.

²³ Julio R. Comadira, cf sa contribution.

²⁴ R. Dromi (1999), *Derecho telefonico*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, pp.280 et suiv.

²⁵ Alice Hill / Manuel Angel Abdala (1996), « Argentina : the sequencing of privatisation and regulation », pp.202-249, dans : B. Levy / P.T. Spiller (eds), *Regulations, institutions and commitment. Comparative studies of telecommunications*, Cambridge (Mass.), Cambridge University Press.

²⁶ Expression reprise de l'école juridique néo-libérale espagnole: voir Gaspar Ariño Ortiz (1993), *Economía y estado. Crisis y reforma del sector público*, Madrid, Marcial Pons, p.60.

²⁷ Cf Oscar R. Aguilar Valdez (2004), « Competencia y regulación económica. Lineamientos para una introducción jurídica a su estudio », pp.59-121, notamment pp.102-115 dans: *Servicio público, policía y fomento*, op. Cit.

²⁸ V. par exemple R. Dromi (2000), *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Ed. Ciudad argentina, pp.640-642.

notion. En simplifiant, on peut distinguer deux tendances dominantes : selon la première, la régulation est avant tout une notion économique, à laquelle le droit répond par certaines évolutions juridiques institutionnelles ; selon la seconde tendance, on essaie de traiter la régulation comme une notion juridique. On notera que l'intérêt de la littérature juridique spécialisée pour la discussion de la notion de régulation est également très inégal. Rappelons que l'on ne parle ici que de la littérature juridique, en laissant de côté la littérature professionnelle qui s'intéresse peu à la portée des notions utilisées.

1) *Les conceptions à dominante économique*

Il est remarquable que l'on trouve relativement peu de littérature juridique britannique sur le sujet, davantage traité par les économistes, alors que l'expérience britannique est souvent donnée pour exemplaire²⁹. En outre, lorsque des juristes écrivent sur le sujet, ils se réfèrent principalement à la littérature en science économique et en science politique, ou encore aux exposés de politique publique des autorités gouvernementales. Tel est également la conception exprimée par la Chambre des Lords, non pas comme haute juridiction, mais comme organe parlementaire, dans son rapport de 2004 sur les autorités de régulation. Selon ce rapport, qui s'appuie sur un ouvrage d'économie et non sur des références juridiques, on peut distinguer trois sortes de régulation, en fonction de leur finalité : la régulation économique, qui vise à contrôler le pouvoirs de monopole ; la régulation des biens publics et des externalités, tels que la pollution ; et la régulation sociale³⁰. La régulation peut alors être définie comme « toute action d'un organisme gouvernemental ou assimilé qui vise, dans l'exercice de certaines fonctions, à changer les comportements »³¹. Suivant une telle définition, toute intervention publique relève de la régulation. De plus, on distingue au moins deux tendances, selon John McEldowney : pour les uns la régulation vise essentiellement à assurer un marché concurrentiel et économiquement efficace des *public utilities*, tandis que pour les autres la régulation doit porter l'éthos du service public et promouvoir la participation des citoyens-consommateurs à la régulation, notamment en raison du déplacement de la fourniture des services vers le secteur privé. Tony Prosser distingue deux principaux modèles de régulation, mais fondés essentiellement sur des critères non juridiques : le modèle « contractuel », qui analyse la régulation comme une relation bilatérale entre le régulateur et la firme dominante régulée, et peut comporter plusieurs variantes ; le modèle des « porteurs d'intérêts » (*stakeholder theory*), dans lequel le gouvernement fixe aux régulateurs un cadre explicite visant à équilibre entre l'intérêt national et les différents intérêts en cause, ce qui renvoie à des procédures pour produire cet équilibre, la réglementation des procédures se substituant à la réglementation matérielle. Tony Prosser critique ces théories et leur oppose la conception d'un « espace de régulation » (*regulatory space*) défini par un cadre de principes constitutionnels, source de principes d'action ou de droits, et celle de l'institutionnalisation de processus démocratiques dans l'espace public³².

En France, mais aussi en Italie et en Espagne, la notion de régulation a renouvelé le débat classique sur le service public et le rôle de l'Etat ; elle a donné lieu à de nombreuses publications ayant une perspective théorique. Mais elle est souvent comprise de manière très large, sous l'influence de la science économique. Elle peut ainsi être comprise comme la

²⁹ Voir la bibliographie donnée par la contribution de John McEldowney sur le Royaume-Uni.

³⁰ House of Lords, Select Committee on the Constitution, *The regulatory state: ensuring its accountability*, 6th Report of Session 2003-2004, HL Paper 68, vol.1, par.17.

³¹ Ibid. par.24.

³² Tony Prosser (1999), « Theorising utility regulation », *Modern Law Review*, vol.62, n°2, mars, pp.196-217. Voir également du même auteur: *Law and the regulators*, Oxford, Clarendon, 1997.

vision actuelle de la politique économique, assimilée au « pilotage » d'un système complexe, ce qui conduit à réinterpréter par référence à la régulation les grands thèmes de la politique économique³³. Cette approche est suivie aussi par des juristes qui comprennent la régulation à partir de l'analyse économique. On peut ainsi rapprocher des auteurs tels que Bertrand du Marais et Gaspar Ariño Ortiz. Le premier, auteur d'un ouvrage important intitulé *Droit public de la régulation économique*³⁴, définit la régulation successivement en termes de technique (par référence notamment à la cybernétique), de politique économique et de sociologie politique, mais pas en termes juridiques. Le second, dans un livre sur les relations entre l'Etat et l'économie, comprend la régulation comme l'ensemble des formes d'intervention de l'Etat dans l'économie, et distingue plusieurs types de régulation ; mais alors que la régulation classique, quelle qu'en soit la forme était un substitut au marché, la régulation moderne a pour objet de favoriser le fonctionnement du marché et non de s'y substituer pour atteindre des objectifs politiques³⁵.

En Belgique, le thème de la régulation n'est guère discuté parmi les juristes. Cela semble s'expliquer par le fait que la constitution ne contient aucun principe d'ordre économique, et que la Belgique n'a connu, depuis la Seconde Guerre mondiale, ni nationalisations, ni privatisations. Le commentaire de la législation, relative notamment à la transposition des directives communautaires, n'a pas suscité de débats sur la notion de régulation ou sa définition.

On peut en rapprocher les auteurs qui traitent la régulation comme une notion descriptive de l'évolution des fonctions de l'Etat et pouvant rendre compte des nouveaux rapports entre la puissance publique et le marché, mais de peu de portée sur le plan juridique, car sans incidence sur le régime des actes. Les pouvoirs et les instruments mis en œuvre dans l'exercice de la régulation paraissent en fin de compte peu différents de ceux déjà bien connus par les formes classiques d'intervention de la puissance publique. Cette tendance est aussi fortement représentée en Allemagne, où le débat est plus récent. La notion de régulation s'interprète aisément dans la problématique de l'évolution des fonctions de l'Etat : l'Etat « prestataire de services » avait succédé à l'Etat puissance publique ; la régulation correspond à un certain retrait de l'Etat, qui demeure un « garant » mais qui n'assure plus lui-même les prestations et veille à ce que les intérêts publics essentiels soient respectés par les entreprises sur le marché³⁶. On peut en rapprocher la position de D. Sorace, pour lequel la régulation des services d'utilité publique est une extension de l'une des fonctions administratives traditionnelles de l'Etat, consistant à réglementer l'exercice des droits et des libertés, et dans les domaines économiques à protéger les plus faibles ; mais cette fonction prend des formes nouvelles, notamment sur le plan institutionnel³⁷.

³³ Jean-Claude Prager / François Villeroy de Galhau (2003), *Dix huit leçons sur la politique économique. A la recherche de la régulation*, Seuil, 2003, en particulier pp.17 ss. et 529 ss.

³⁴ B. du Marais (2004), *Droit public de la régulation économique*, Paris, Presses de Sciences Po / Dalloz, notamment pp.482 ss.

³⁵ Gaspar Ariño Ortiz, *Economia y estado. Crisis y reforma del sector público*, Madrid, Marcial Pons, 1993, pp.60 et 272 ss.

³⁶ Voir en particulier : F. Schuppert (1997), « Vom praktizierenden zum gewährleistenden Staat », p.539 dans : K. König / A. Benz (Hrsg), *Privatisierung und staatliche Regulierung, Bahn, Post und Telekommunikation, Rundfunk*, Nomos, Baden-Baden.

³⁷ D. Sorace (2002), *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologne, Il Mulino, 2ème éd., notamment pp.71 ss. Voir également son rapport de synthèse ci-après : « Régulation, besoins collectifs et concurrence ».

2) Les conceptions à dominante juridique

En dehors des pays, où l'attention se concentre en général sur les aspects institutionnels, la littérature des autres pays traite de la régulation en faisant une place importante à la théorie du droit.

Les Pays-Bas ont connu, comme la Belgique, une grande stabilité de leur organisation économique, avec un secteur public très limité, mais la littérature juridique s'est davantage intéressée au thème de la régulation. Pourtant, ni la terminologie ni le sens donné à la notion ne sont fixés. Si le mot « *regulering* » peut se traduire en français par « régulation », il ne paraît pas avoir de sens précis dans la langue juridique. Selon A.M.J van der Meulen et A.T. Ottow, le mot anglais « *regulator* » est « pratiquement intraduisible »³⁸. Pire, dans la version néerlandaise des directives communautaires, on traduit régulation par « *regelgeving* », et « autorité nationale de régulation » par « *nationale regelgevende instantie* » dans la directive électricité 2003/54, et de la même manière l'expression « autorité réglementaire nationale » de la directive cadre sur les communications électroniques du 7 mars 2002 (art.8). L'expression néerlandaise inclut l'idée de produire des normes, alors qu'en principe les autorités de régulation néerlandaises prennent des décisions individuelles mais n'exercent pas le pouvoir réglementaire. Dans la littérature juridique, le mot « *regulering* » est souvent associé à « *toezicht* », qui signifie surveillance, mais est alors employé dans un sens différent de celui retenu dans la Loi générale sur le droit administratif (Wab). L'intérêt pour la régulation est lié à l'étude des modalités juridiques d'assurer le bon fonctionnement des « nouveaux marchés », liées aux avantages d'une régulation sectorielle ou d'une autorité à compétence générale³⁹, plus rarement à l'accomplissement de missions d'intérêt général⁴⁰. De plus, la littérature juridique est davantage occupée par le statut des autorités dites indépendantes et les limites de leurs pouvoirs que par la régulation en tant que telle⁴¹ ; c'est également le cas du gouvernement⁴².

Au Danemark, la notion de régulation a donné lieu à des travaux théoriques, qui en retiennent une conception très large. En danois, le mot *regulering* a la même ambivalence qu'en anglais le mot *regulation*. Mais il a reçu dans la théorie juridique la plus récente un sens plus large. Selon Nielsen, la régulation englobe tous les modes de production des règles, la législation autant que les conventions ou celles produites par l'autorégulation. Selon Olsen, qui a étudié spécifiquement la régulation des *public utilities*, la régulation désigne l'ensemble des procédés par lesquels les autorités publiques peuvent contrôler les citoyens ou les entreprises de manière à déterminer un certain type de comportement ; cela inclut donc aussi bien la législation que les activités propres du secteur public, telle que la production directe de

³⁸ B.M.J. van der Meulen / A.T. Ottow (2003), *Toezicht op markten*, La Haye, Boom, Vereniging voor Bestuursrecht n°130, p.26.

³⁹ H.J. de Ru and J.A.F. Peters (ed.) (2000), *Toezicht en regulering van nieuwe markten: opstellen over de juridische aspecten van regulering*, La Haye, Sdu.

⁴⁰ H.E. Akyürek-Kievits (1998), *Tussen protectie en concurrentie. Marktwerking of regulering voor bedrijven met een taak van algemeen belang*, thèse, Université de Groningen.

⁴¹ Tom Zwart / Luc Verhey (eds) (2003), *Agencies in European and comparative law*, Anvers, Intersentia / Metro, Institut G.J. Wiarda, Université d'Utrecht.

⁴² *De kaderstellende visie op toezicht*, Kamerstukken II 2000/2001, 27831, n°1. A l'automne 2000, le gouvernement avait présenté et déposé au parlement un projet de loi-cadre sur les « autorités administratives indépendantes » (*zelfstandige bestuursorgaane* – en abrégé ZBO), devant fixer les règles communes pour toutes les institutions de ce type. Mais ce projet de loi semble avoir été abandonné après le changement de gouvernement intervenu en 2002.

certaines biens ou services. Les autres auteurs ayant publié sur ce sujet optent aussi pour une définition très large⁴³.

Bien que la littérature doctrinale sur le sujet soit peu abondante en Grèce, on y trouve les éléments d'une conception de la régulation cohérente avec l'ordre juridique national. La Grèce maintient une forte tradition de droit administratif, dans laquelle la notion de service public occupe une place importante, mais est plus qu'en France associée à l'application d'un régime de droit public et au monopole, serait-ce sous la forme de la concession. Mais les réformes tendant à ouvrir à la concurrence des secteurs naguère placés sous le contrôle de l'Etat n'ont pas provoqué de remise en cause doctrinale. Le droit grec connaît la notion de service d'utilité publique pour des activités privées qui concourent à la satisfaction de besoins d'intérêt général. L'idée d'une fonction régulatrice de l'Etat est bien apparue dans la littérature juridique, mais comme une fonction visant les activités économiques privées, pour assurer qu'elles s'exercent en harmonie avec l'intérêt général, par opposition au service public. Selon les auteurs cités, la régulation est publique, elle s'exerce dans un contexte économique et elle a recours de préférence à des instruments non normatifs (planification, subventions...). Cette conception est assez flexible pour accueillir les évolutions en cours : le domaine du service public traditionnel se réduit avec l'extension de la sphère du marché et le domaine de la régulation publique s'accroît dans la mesure où des objectifs d'intérêt général doivent être fixés aux activités désormais privées qui s'exercent dans les secteurs concernés.

Mais d'autres courants adoptent une conception plus étroite et plus spécifique de la régulation, qui la rattache à des mutations profondes de l'ordre juridique, notamment en France et en Allemagne.

Rappelons que le Conseil d'Etat avait relevé l'intérêt de la notion de régulation dès 1983, dans son premier rapport sur les autorités administratives indépendantes, pour caractériser la mission de celles-ci, reflétant une évolution du rôle de l'Etat⁴⁴. Pour Marie-Anne Frison-Roche⁴⁵, elle correspond même à l'émergence d'une nouvelle branche du droit, mais cette dernière position n'est sans doute pas dominante⁴⁶. La régulation est alors acceptée comme une notion juridique nouvelle qui rend compte, notamment, du recul de la règle générale au profit d'un « droit concret », caractérisé par le fait que la première laisse un espace plus vaste à des autorités investies du pouvoir d'en contextualiser l'application en fonction des situations particulières et des objectifs poursuivis (G. Timsit)⁴⁷. Elle s'exprime en particulier dans les nouveaux rapports juridiques qui naissent de l'introduction de la concurrence dans des secteurs jusqu'alors placés sous le contrôle de l'Etat et soumis à un régime de monopole. Les procédés juridiques utilisés doivent alors être réinterprétés en fonction de ce nouveau contexte⁴⁸. C'est ce qu'illustre la notion de « service public concurrentiel » proposée par Martin Bullinger, et qui est elle-même la conséquence de la régulation rendue nécessaire par

⁴³ Voir les références dans la contribution de Ulla Neergaard.

⁴⁴ « Etude sur les autorités administratives indépendantes », *Etudes et Documents*, 1983-1984, n°35, p.20.

⁴⁵ Voir en particulier : « Le droit de la régulation », *D.2001*, chron. pp.610-616 ; ainsi que : « Définition du droit de la régulation économique », pp.6-15 dans : M.-A. Frison-Roche (dir.) (2004), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Presses de Sciences Po / Dalloz.

⁴⁶ Pour la critique de cette thèse : Laurence Boy (2001), « Réflexions sur "le droit de la régulation" (à propos du texte de M.-A. Frison-Roche) », *D. 2001* chron. 37, pp.3031-3038.

⁴⁷ Gérard Timsit (1997), *Archipel de la norme*, PUF « Les Voies du droit », notamment pp.200 ss.

⁴⁸ Voir notamment les auteurs cités infra par G. Marcou, *Rapport sur la France*.

l'ouverture à la concurrence et au marché des services publics naguère régis par des monopoles⁴⁹.

Cette dernière tendance conduit à faire de la régulation une notion proprement juridique, mais dont le sens et le régime ne sont pas encore fixés, ne paraissent pas identiques, pour le moment, dans tous les pays étudiés et sont encore l'objet de controverses. Alors que certains voient dans la régulation une alternative au service public⁵⁰, qui serait une notion dépassée, d'autres y voient au contraire un renouvellement des modes d'intervention publique et une façon de reproduire ou transposer l'idée de service public dans un cadre concurrentiel⁵¹.

C'est également dans cette direction que le groupe Initiative pour les Services d'Utilité Publique en Europe a développé ses travaux plusieurs années⁵². Le rapport du groupe de travail présidé par Christian Stoffaës publié à la fin de 2003 propose ainsi une approche de la régulation en termes de fonction et défend la mise œuvre d'une « fonction communautaire de régulation ». Il définit les fonctions de la régulation en trois points : « prohiber les abus de pouvoir économique » dans les secteurs où existent des monopoles naturels ; viser la réalisation d'objectifs d'intérêt général à partir de l'unité du réseau ; « rechercher un équilibre entre la concurrence et d'autres impératifs, en particulier ceux du service public »⁵³. Toutefois, il n'est pas certain que l'élaboration juridique de la notion de régulation doive en limiter le champ aux services de réseau.

La recherche d'une approche juridique peut conduire à distinguer deux sens de la notion de régulation (De Lucia) : un sens faible, selon lequel la régulation tend à garantir le bon fonctionnement du système concurrentiel, tandis que dans son sens fort elle poursuit des intérêts extérieurs au marché, relatifs à la garantie des droits et des libertés aux citoyens⁵⁴. Dans ce dernier cas, elle rejoint la garantie des services publics.

C) *La conciliation de la concurrence et des objectifs sociaux par la régulation sur un marché*

On vient de prendre la mesure de la diversité des conceptions de la régulation, aussi bien dans la littérature juridique que dans le droit positif. Cette diversité ne doit cependant pas masquer certaines convergences. La plus importante réside dans le fait que la régulation n'est pas, ou n'est plus, comprise dans une optique exclusivement économique et concurrentielle, mais intègre des objectifs non économiques, que l'on qualifiera de sociaux, dans un sens large et pour exprimer qu'ils ne sont pas orientés vers la recherche de l'efficacité économique. On dira que la régulation est une fonction de la puissance publique tendant à produire un compromis qui s'impose à des agents économiques par des techniques juridiques sur un marché concurrentiel entre des valeurs qui peuvent être antinomiques, entre objectifs économiques et

⁴⁹ Cf ci-après, *Rapport sur l'Allemagne*, ainsi que : « L'Allemagne au secours du service public français ? », pp.1045-1057 dans : *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne. Mouvement du droit public*, Dalloz, 2004.

⁵⁰ G. Ariño Ortiz, op. cit. ; mais aussi, avec ce dernier, J.-M. de la Cuetara et J.-L. Martinez Lopez Muñiz (1995), *El nuevo servicio público*, Madrid, Marcial Pons, et en France, notamment : J.-M. Chevallier / I. Ekeland / M.-A. Frison-Roche (dir.) (1999), *L'idée de service public est-elle encore soutenable ?*, PUF.

⁵¹ Voir en ce sens, notamment : F. Moderne / G. Marcou (dir.) (2001), *L'idée de service public dans le droit des Etats de l'Union européenne*, Paris, L'Harmattan coll. « Logiques juridiques » ; J. Vandamme / F. van der Mensbrugge (dir.) (1998), *La régulation des services publics en Europe*, Paris, ASPE Europe coll. TEPSA

⁵² Ce groupe a été créé en 1993 par des cadres dirigeants et experts de grandes entreprises de service public et collabore avec des juristes et économistes universitaires. Il est présidé par Christian Stoffaës.

⁵³ *Vers une régulation européenne des réseaux*, op. cit. pp.27-28.

⁵⁴ L. De Lucia (2002), *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Turin, Giappichelli.

objectifs sociaux ou, si l'on préfère, c'est une fonction de la puissance publique tendant à satisfaire les besoins collectifs par des activités économiques en régime de concurrence. Les objectifs sociaux, au sens indiqué, correspondent à des régimes juridiques distincts avec lesquels le régime de concurrence doit composer.

1) La régulation comme fonction de la puissance publique tendant à satisfaire des besoins collectifs par des activités économiques en régime de concurrence

Selon Domenico Sorace⁵⁵, la régulation s'est imposée par la confrontation d'une double nécessité, assumée par la Communauté européenne et les Etats membres : la généralisation du régime de concurrence aux activités économiques jusqu'alors assimilées à des services publics, le plus souvent exercées sous un régime de monopole, et le maintien de la satisfaction des besoins collectifs, pour l'ensemble de la population, ce qui avait autrefois conduit précisément à l'établissement du monopole public, comme la meilleure façon de garantir l'accomplissement de la mission d'intérêt général. Il fallait alors concevoir d'autres modes d'intervention de l'Etat pour, à la fois, établir le marché et garantir la satisfaction des besoins collectifs. L'article 86 du traité relatif à la Communauté européenne avait montré la voie, en prévoyant la suppression des droits exclusifs, mais en permettant de déroger aux règles de concurrence au bénéfice de l'accomplissement des missions d'intérêt économique général, sous certaines conditions. D. Sorace souligne à juste titre que, surtout après l'adjonction de l'article 16 par le traité d'Amsterdam, si la concurrence est bien le régime ordinaire de toutes les activités économiques, la satisfaction des besoins collectifs doit l'emporter si elle s'avère incompatible avec le régime de concurrence. La régulation répond alors à la nécessité de réunir et concilier ces deux « piliers » (D. Sorace) du modèle européen que sont le régime de concurrence et les missions d'intérêt général, du moins lorsque celles-ci correspondent à des activités économiques. Ce modèle européen tend à se substituer à celui du service public, parfois qualifié de « service public à la française », assuré par l'Etat et reflétant par conséquent une conception organique du service public. La régulation elle-même s'entend, dans ce nouveau contexte, d'un nouveau mode d'intervention de la puissance publique, par des moyens administratifs, pour garantir la satisfaction des besoins collectifs dans un contexte concurrentiel, mais pouvant aller jusqu'à « mimer » la concurrence et s'y substituer si les circonstances ne permettent pas de maintenir un véritable régime concurrentiel.

On s'est déjà, aujourd'hui, tant habitué à la diffusion du droit communautaire dans les droits nationaux que l'on ne mesure plus toujours la novation que représente le rôle du droit communautaire dans cette mutation. La comparaison avec l'Amérique du sud l'éclaire de nouveau : à la fois par la faiblesse du Mercosur, et par sa référence explicite au modèle européen d'intégration régionale, qui comporte en germe un impact sur les services publics, encore loin cependant de se concrétiser. Mais le Mercosur reste un ensemble intergouvernemental, même s'il forme un marché commun ; il n'est pas doté des institutions d'une « intégration par le droit », comme l'est la Communauté européenne. Comme le montre D. Paiva⁵⁶, l'importance des télécommunications, des transports et de l'énergie pour l'intégration régionale est reconnue par les traités qui organisent le Mercosur, et l'organe exécutif de celui-ci s'est doté de sous-groupes spécialisés sur ces sujets ; mais l'intégration ne va pas au-delà de la coordination technique, d'arrangements pour les zones frontalières et de positions communes dans certains forums internationaux. Les rapports entre les Etats membres restent, dans ces secteurs, fondés essentiellement sur des accords bilatéraux. Les

⁵⁵ Voir infra : « Régulation, besoins collectifs et concurrence ».

⁵⁶ Voir infra : « Intégration régionale et services publics : le cas du Mercosud ».

mesures de renforcement institutionnel et pour améliorer la transposition des accords de mise en œuvre du marché commun, la coopération entre autorités de régulation pourraient créer des conditions favorables au progrès de l'intégration dans les secteurs de service public, mais seulement à long terme.

La comparaison permet aussi d'approfondir la compréhension de la fonction de régulation. On voit bien, dans les différents pays étudiés, que l'on parle de régulation ou de régulateur pour désigner des institutions et des modes d'intervention qui, d'une part, tendent à établir ou à maintenir la concurrence dans des secteurs où elle était auparavant exclue et, d'autre part, à garantir que des objectifs de nature sociale, au sens large, et en tout cas non économique, pourront être atteints (couverture de besoins collectifs). Mais la notion de régulation est apparue dans des conditions différentes selon les pays.

Dans quelques pays elle a été la conséquence des politiques de privatisation ; tel a été le cas au Royaume-Uni, en Argentine et, sans doute à un moindre degré au Brésil. Dans aucun autre pays européen, le lien entre privatisation et régulation n'est aussi net qu'au Royaume-Uni. La nécessité d'établir un « cadre réglementaire » est apparue lorsqu'on a privatisé des entreprises en situation de monopole et pour donner au public l'assurance que la privatisation ne conduirait pas à l'interruption du service ou à la faillite. La conviction du gouvernement était que c'est de la privatisation que l'on devait attendre une amélioration des résultats, et la régulation paraissait avoir un caractère accessoire et provisoire. Il faut souligner que les lois britanniques sur les télécommunications, le gaz et l'électricité sont antérieures aux directives européennes tendant à l'organisation du marché européen dans ces secteurs. En Argentine et au Brésil, la privatisation a aussi précédé la régulation, mais dans ces deux pays, elle s'accompagnait du maintien de la référence au service public, ce qui conduisait d'emblée à reconnaître à la régulation un caractère permanent.

Dans le droit français, au moins en doctrine, la notion de régulation est apparue avec la première phase du développement des autorités administratives indépendantes, au début des années 80, comme le montre le rapport précité du Conseil d'Etat de 1983-1984. Elle a donc une source institutionnelle⁵⁷. Toutefois, si le modèle de l'institution administrative indépendante a connu une assez grande fortune en Europe, notamment en Espagne, en Italie, en Grèce, en Belgique et aux Pays-Bas, avec des variations assez importantes il est vrai, la notion de régulation n'a guère connu de prolongement en France, avant la création du Conseil supérieur de l'audiovisuel, en 1989.

Mais au Royaume-Uni, comme en France et dans les autres pays étudiés, c'est l'introduction de la concurrence qui est à l'origine, non seulement de la diffusion de la notion de régulation, mais des dispositions de droit positif et des jurisprudences qui permettent de donner corps aujourd'hui à cette notion en définissant les objectifs d'intérêt général dont il s'agit d'assurer la réalisation. Même si la loi ne se réfère pas explicitement à la régulation, on y reconnaît des dispositions substantielles allant dans ce sens et des arrangements institutionnels tendant à en assurer l'application. Les unes et les autres ont ainsi pour objet à la fois de construire le marché et d'en poser les limites en déterminant les objectifs d'intérêt général qui doivent en outre être atteints, en tout état de cause. Ces objectifs sont aujourd'hui identifiables sous la

⁵⁷ On laisse de côté de nombreux usages métaphoriques, parfois anciens, qui ont déjà été étudiés et qui brouillent plutôt l'analyse (ils sont recensés et analysés par Jean-Louis Autin (1995), « Réflexion sur l'usage de la régulation en droit public », pp.43 ss. dans : M. Miaille (dir.), *La régulation entre droit et politique*, L'Harmattan.

forme de catégories juridiques ou de régimes juridiques extérieurs à ceux du droit de la concurrence

2) Les catégories juridiques et les régimes juridiques identifiant les objectifs sociaux de la régulation

A la lumière des législations nationales et du droit communautaire, on peut distinguer quatre catégories d'objectifs d'intérêt général : la protection des consommateurs ; la réalisation et la sauvegarde des droits fondamentaux ; le service public, dans un sens large ; les autres objectifs d'intérêt général, qu'on peut rattacher au développement durable. Bien entendu, ces quatre catégories ne sont pas exclusives les unes des autres et, au contraire, on peut les rencontrer dans la même législation.

Bien qu'on puisse le discuter, la protection des consommateurs, qui donne lieu à des dispositions de plus en plus abondantes dans les lois nationales comme dans les directives communautaires, doit être considérée comme un objectif à caractère social. Elle semble, il est vrai, relever de la construction du marché et de son bon fonctionnement, plutôt que de la définition d'objectifs d'intérêt général à caractère social, ou non économique. La figure du consommateur n'a de sens que sur un marché sur lequel il recherche les biens ou les services qu'il désire se procurer. Mais en réalité, dans le droit de nombreux pays, la législation sur la protection des consommateurs a pris une telle ampleur qu'elle donne au consommateur un tout autre statut que celui d'un agent économique isolé sur un marché. Elle va jusqu'à réglementer les contrats, qui ne peuvent plus, dès lors, être considérés comme de simples contrats d'adhésion définis unilatéralement par les entreprises ; c'est notamment le cas pour les contrats relatifs à des services publics. Dans certains pays, c'est dans le droit de la consommation qu'il faut chercher les dispositions qui garantissent la satisfaction de certains besoins collectifs (Danemark, Finlande, Royaume-Uni), comme dans d'autres on cherche à y parvenir par le régime du service public.

En ce qui concerne les droits fondamentaux, c'est dans doute le secteur de l'audiovisuel qui est le plus significatif. Avec la fin des monopoles publics, l'édition et la diffusion de programmes de radiodiffusion sont devenues des marchés. Mais les règles qui, dans tous les pays européens, encadrent, à des degrés divers, les concentrations dans les médias, n'ont pas pour objectif principal d'assurer le respect de la concurrence ; elles imposent au contraire souvent, comme en France et en Allemagne, des règles plus sévères que celles du droit de la concurrence, parce que la concentration pourrait menacer le pluralisme et la liberté de communication. La définition des droits fondamentaux dans d'autres domaines peut aussi être de nature à justifier la mise en place d'une régulation, qui aura justement pour but d'en assurer le respect ou la réalisation. L'article II-96 du traité établissant une constitution pour l'Europe, reprenant les termes de l'article 36 de la Charte des Droits fondamentaux adoptés au sommet de Nice, fait un pas en ce sens, puisqu'au titre des droits fondamentaux il est énoncé que « l'Union reconnaît et respecte l'accès aux services d'intérêt économique général tel qu'il est prévu par les législations et pratiques nationales, conformément à la Constitution, afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale ». Mais, comme le relève Loïc Gard, c'est un « droit fondamental étroit », qui renvoie à une conception restrictive du service public : « secourir les plus démunis et les plus éloignés »⁵⁸.

⁵⁸ Loïc Gard (2003), « Place et signification de la Charte des Droits fondamentaux de l'Union pour le concept de service d'intérêt général », p.37-38 dans : J. Vandamme / S. Rodriguès (dir.), *L'accès aux services d'intérêt économique général*, Paris, ASPE Europe, coll. ISUPE.

La troisième catégorie d'objectifs d'intérêt général se rapporte au service public. On a vu que la question était controversée. La régulation signifie-t-elle la fin ou le renouvellement de la notion de service public ? Pour répondre à cette question il faut faire un détour par la notion de service public elle-même. D'inspiration française, cette notion connue dans le droit administratif de plusieurs pays européens et en Amérique latine a donné lieu à des conceptions en réalité assez diverses⁵⁹. Les auteurs français ont eux-mêmes entretenu la confusion en utilisant la notion, selon les cas, dans trois sens différents : la mission, l'institution qui en est chargée, et un critère de répartition des compétences entre juridiction administrative et juridiction judiciaire. Plus récemment, l'utilisation fréquente de l'expression « service public à la française » en a exagéré les particularités, en l'associant à la défense de certaines entreprises publiques, alors qu'il fallait au contraire en souligner l'universalité. La notion de service public fondée par Duguit et systématisée par le droit administratif français n'est pas une notion organique, c'est une notion matérielle : elle exprime l'obligation des gouvernants d'assurer par le service public, qui désigne un régime juridique, la couverture des besoins collectifs qui naissent de l'interdépendance sociale ; elle ne signifie pas que l'Etat doit fournir lui-même directement tous les services publics⁶⁰.

Or, le principe fondamental du service public se retrouve dans les systèmes juridiques les plus variés, même lorsqu'ils n'utilisent pas une notion juridique de service public. Sa finalité est la satisfaction des besoins collectifs, telle qu'elle ne pourrait être assurée par le simple jeu du marché, sans l'intervention de la puissance publique. Son critère est alors la détermination de l'offre : il y a service public lorsque la puissance publique détermine l'offre, c'est-à-dire les caractéristiques du service offert et les conditions auxquelles il doit être offert. Par ce moyen, la puissance publique détermine le niveau de satisfaction des besoins qu'elle reconnaît comme essentiels. Il en est ainsi dans tous les Etats modernes, quels que soient les moyens juridiques employés et les théories juridiques utilisées pour en rendre compte. Il n'y a pas ici de différences entre les services marchands et les services non marchands ; toutefois, si les premiers sont soumis à un régime de concurrence, la puissance publique ne peut plus déterminer le niveau de l'offre, mais seulement les caractéristiques auxquelles doit répondre le service et éventuellement, lorsqu'il s'adresse au consommateur final, la consistance du service qui doit être accessible à tous. On en trouvera une preuve supplémentaire dans les dispositions des lois britanniques sur les chemins de fer (1993, modifiée en 2000), sur l'eau (1989, modifiée en 1995) et sur l'énergie (en dernier lieu *Energy Act 2004*, c.20, sections 155 et suiv.), introduisant un régime spécial d'administration judiciaire qui déroge partiellement à la loi de 1986 sur les entreprises en difficulté, dans le but d'assurer le fonctionnement ininterrompu des réseaux assurant l'approvisionnement en gaz et en électricité dans le cas où le titulaire d'une licence d'exploitation se trouve en défaut ou risque de le devenir, en donnant des pouvoirs supplémentaires au ministre et au régulateur ; la loi sur l'énergie de 2004 définit nettement les pouvoirs du ministre et du régulateur dans ce cas, ce qui devrait lever les doutes qui avaient conduit à l'arrêt de la Cour d'appel de 2002 à propos de *Railtrack*. On conçoit alors que l'ampleur du service public puisse varier selon les pays, les domaines et les époques, et que son intensité puisse également varier en fonction du rôle que la puissance publique décide d'assumer, se limitant à celui de garant, ou au contraire organisant et assurant

⁵⁹ Franck Moderne (2001), « Les transcriptions doctrinales de l'idée de service public », pp.9-81 dans : F. Moderne / G. Marcou (dir.), *L'idée de service public dans le droit des Etats de l'Union européenne*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques ».

⁶⁰ Ce que le Conseil d'Etat a rappelé dans un rapport de 1996 intitulé : *Le service public*, signé par R. Denoix de Saint Marc, son vice-président (La Documentation française, coll. Rapports officiels).

par ses propres moyens la fourniture du service. Peu importe que la puissance publique soit l'Etat, au sens du gouvernement central, ou une collectivité locale, ou l'Union européenne⁶¹.

Dans ces conditions, la régulation ne s'oppose pas au service public ; dans les secteurs où l'Etat a dû mettre fin au monopole qui avait pour objet de garantir le service public, la régulation constitue un mode d'intervention publique par lequel l'Etat et l'Union européenne entreprennent la construction d'un marché et, conjointement, garantissent la fourniture du service public. Elle exprime la responsabilité ultime des gouvernants quant au niveau de satisfaction des besoins considérés comme essentiels ; elle n'est pas incompatible avec le maintien d'entreprises publiques si le gouvernement d'un Etat considère qu'elles demeurent le meilleur moyen de garantir la fourniture du service, comme on le voit dans de nombreux pays dans le domaine de l'audiovisuel (Allemagne, Belgique, France, Royaume-Uni, etc.), ce que permet expressément le protocole 27 du traité établissant une constitution pour l'Europe, qui autorise le financement de la « fonction de service public » de la radiodiffusion telle qu'elle a été « attribuée, définie et organisée par chaque Etat membre ». Mais le droit communautaire et le droit positif des Etats membres en donnent de nombreux autres exemples. Le service universel, que les directives communautaires imposent aux Etats d'organiser en matière d'électricité et de communications électroniques, et les obligations de service public que les Etats ont la faculté d'imposer aux entreprises sous certaines conditions, également dans les secteurs du gaz et des transports, correspondent bien au principe du service public. Il en va de même, par exemple, de la réforme des chemins de fer en Allemagne, lorsque le nouvel article 87^e.4 de la Loi fondamentale précise que la Fédération assure que les infrastructures et l'offre de services de transport ferroviaire « tiennent compte » du « bien de la collectivité, et en particulier des besoins de transport » ; ou encore de la loi 481 de 1995, en Italie, selon laquelle l'Autorité de l'énergie électrique et du gaz doit non seulement « promouvoir la concurrence et l'efficacité », mais aussi assurer « un niveau de qualité adéquat des services », y compris « la jouissance et la diffusion homogène sur tout le territoire national » des services offerts avec une tarification qui concilie les impératifs technico-économiques avec les objectifs sociaux et la protection de l'environnement. Enfin, même au Royaume-Uni, selon le *Public Utilities Act 2000*, si le ministre et le régulateur (gaz et électricité) sont tenus en principe d'agir en vue d'améliorer le fonctionnement de la concurrence, ils peuvent s'écarter de cette norme pour prendre des mesures en faveur des consommateurs les plus défavorisés, de la protection de la santé ou de la protection de l'environnement⁶².

Au-delà du principe du service public, la régulation peut aussi viser des objectifs non économiques que l'on peut rattacher au principe du développement durable. Tel est le cas des dispositions autorisant de déroger aux règles de concurrence en matière de gaz et d'électricité, selon les directives 2003/53 et 2003/54, pour favoriser le développement des énergies renouvelables, favoriser le développement des régions reculées et protéger l'environnement.

On voit que la régulation couvre un champ qui est plus large que celui des services publics, plus large aussi que les réseaux, mais qu'elle se limite au domaine des activités à caractère

⁶¹ Pour le développement de cette thèse, voir : G. Marcou (2001), « De l'idée de service public au service d'intérêt général », pp.365-411 dans : F. Moderne / G. Marcou (dir.), op. cit.

⁶² Pour une présentation plus détaillée de cette interprétation de la fonction de régulation, fondée sur une comparaison entre l'Allemagne et la France : G. Marcou (2004), « Öffentlich-rechtliche Aspekte der Regulierung in Deutschland und Frankreich », pp.127-149, dans : A. Benz / H. Siedentopf / K.-P. Sommermann (Hrsg), *Institutionenwandel in Regierung und Verwaltung. Festschrift für Klaus König zum 70. Geburtstag*, Berlin, Duncker & Humblot.

économique, et qu'elle peut aussi accompagner une réduction du champ ou de l'intensité du service public.

3) Régulation et police

Si la régulation comporte la promotion d'une concurrence efficace, elle ne se confond pas avec la politique générale de la concurrence, ni avec la police de la concurrence qui incombe aujourd'hui dans tous les pays européens, à une autorité spéciale de la concurrence. La police a pour objet le maintien de l'ordre public, cadre de l'exercice des libertés. La police de la concurrence a pour objet le maintien d'un ordre public économique fondé sur le marché et la concurrence et qui forme le cadre de l'exercice des libertés économiques ; elle s'analyse ainsi comme une police spéciale. La régulation est donc une fonction qui s'en distingue nettement par la complexité de ses objectifs. En pratique la distinction ne s'impose pas toujours avec évidence, car des fonctions de police et de régulation peuvent être concentrées entre de mêmes mains, et les pouvoirs juridiques utilisés peuvent être les mêmes. Mais la régulation se comprend mieux si on la distingue de la police, et on aperçoit mieux, alors, qu'elle ne se confond pas avec une institution déterminée, dite le régulateur, même lorsqu'un régulateur existe sous la forme d'une autorité administrative indépendante.

II. ELEMENTS CARACTERISTIQUES DES INSTITUTIONS ET DES ACTES JURIDIQUES ASSOCIES A LA REGULATION

L'exercice de la fonction de régulation peut emprunter des institutions et des régimes juridiques variés. Si l'on observe la montée en puissance des autorités de régulation dites indépendantes, on doit souligner aussi que la régulation ne peut s'identifier à ces autorités, soit parce qu'elles demeurent absentes, soit parce les pouvoirs qui concourent à la régulation sont partagés entre différentes institutions. En outre l'indépendance est une qualification trompeuse : elle n'est pas revendiquée dans tous les pays, et lorsqu'elle est invoquée, c'est en général dans le sens fonctionnel restreint d'assurer l'impartialité de certaines décisions. Enfin, dans aucun pays, la régulation n'a conduit au renouvellement de la théorie des actes. Les actes qui sont faits dans le cadre des rapports juridiques qui naissent de l'exercice de la fonction de régulation sont des actes administratifs ou, dans les pays qui admettent une définition étroite de l'acte administratif, des actes normatifs procédant d'une délégation opérée par le pouvoir législatif au bénéfice d'une autorité administrative spécialisée. Ces actes s'analysent selon la théorie sous-jacente à l'ordre juridique dont ils relèvent. C'est leur contentieux qui a donné lieu à des évolutions particulières. Si la régulation a favorisé le développement des sanctions administratives, celles-ci ne représentent pas, sur le plan juridique un phénomène nouveau.

A) Les institutions de la régulation : le partage des pouvoirs de régulation

La comparaison révèle ici plusieurs problèmes distincts et permet de faire quatre observations générales : 1) dans le cadre européen, l'organisation de la régulation présente des difficultés particulières dans les Etats fédéraux ou à autonomies régionales ; 2) il n'existe nulle part une catégorie juridique des autorités de régulation, et les « régulateurs » appartiennent toujours à une autre catégorie juridique, plus générale ; 3) la fonction de régulation est toujours partagée entre plusieurs autorités pour un secteur donné ; 4) enfin, l'indépendance souvent affirmée des « autorités de régulation » pose le problème de leur légitimité, et elle n'est généralement que dans un sens fonctionnel, exprimant la volonté de garantir leur impartialité et leur neutralité par rapport aux intérêts en cause sur le marché dans l'exercice de leur compétence.

Selon John McEldowney, on peut distinguer trois vagues dans la mise en place des systèmes de régulation visant les *public utilities*. La première est celle des pays pionniers, la seconde est celle des pays qui ont suivi cette voie en s'inspirant de l'expérience des premiers, la troisième est celle des pays qui ont inscrit la réforme de la régulation dans l'agenda de leur politique de développement ou de transition vers l'économie de marché. Le Royaume-Uni, mais aussi la Suède, figurent en Europe parmi les pays de la première vague ; tous les autres pays de l'Union européenne, font partie de la deuxième vague, mais il est très vraisemblable que l'influence des premiers a, en général, été indirecte et médiatisée par la préparation des directives communautaires relatives au marché unique et qui visaient la libéralisation des secteurs monopolisés. Dans la troisième vague, on trouve notamment les grands pays d'Amérique latine et les pays d'Europe centrale et orientale qui viennent d'entrer dans l'Union européenne ; la Russie n'a été pour le moment que faiblement touchée par cette troisième vague⁶³. Les systèmes de régulation font partie d'une stratégie de libéralisation qui met en cause l'organisation, la place et même l'existence du secteur public dans l'économie, et ils affectent donc le rôle de l'Etat lui-même. Il n'est donc pas étonnant qu'ils présentent des différences qui reflètent les situations de départ. En outre, comme cette évolution est récente, chaque pays semble suivre sa propre voie, en fonction de son propre système juridique, et l'influence de l'expérience des autres pays paraît assez superficielle.

1) Régulation et structure de l'Etat : la tendance à la centralisation

Comme le remarque encore John McEldowney, la régulation tend à la centralisation. Elle s'adresse en effet à une organisation de marché qu'il est difficile d'enfermer dans les limites territoriales des autorités politiques. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle se pose la question de la création d'autorités de régulation au niveau européen, dans certains domaines, une option que les gouvernements ont jusqu'ici écartée au profit de la coopération entre les autorités nationales de régulation, et qui soulèverait des problèmes de légitimité et de coordination bien plus aigus que ceux qui se posent pour de telles autorités au niveau national⁶⁴. Mais dans les Etats fédéraux ou à autonomies régionales, la centralisation de la régulation peut se heurter à la répartition constitutionnelle des compétences entre le niveau fédéral et celui des entités fédérées. Ce problème est bien connu aux Etats-Unis où les états se sont dotés de commissions réglementaires compétences pour l'ensemble des *public utilities*. Selon Dominique Custos, la coordination entre ces commissions et les commissions fédérales peut rendre aléatoire la mise en œuvre des réformes décidées au niveau fédéral ; c'est pourquoi il arrive que le Congrès attribue un pouvoir de substitution à la commission fédérale à l'égard des décisions des commissions des états, comme ce fut le cas en 1996 pour la *Federal Communications Commission*⁶⁵. Ce problème est peut-être plus aigu en Europe, car il met aux prises, non plus deux, mais trois niveaux de gouvernement, avec celui de la Commission européenne, gardien vigilant de l'application uniforme du droit communautaire, notamment en matière de concurrence et de marché intérieur. Un problème commun à l'Allemagne, à la Belgique et à l'Espagne est celui de la dissociation du niveau de compétence pour les communications électroniques d'une part, et pour l'audiovisuel d'autre

⁶³ Cf infra, Alexandre Kozyrine.

⁶⁴ V. à ce sujet Giacinto Della Cananea (2005), « Independent regulatory agencies in the European legal space », en particulier pp.160ss. dans : G. Della Cananea (ed.), *European regulatory agencies*, Paris, Ed. Rive Droite, coll. ISUPE.

⁶⁵ Cf infra, D. Custos, « La notion américaine de régulation ». Voir également : D. Custos (1999), *La Commission fédérale américaine des communications à l'heure des autoroutes de l'information*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques ».

part. Alors qu'une régulation nationale est mise en place pour les communications électroniques, l'audiovisuel demeure de la compétence des entités fédérées ou des régions ; en Espagne, sauf en Catalogne, il n'existe pas d'autorité spéciale de régulation de l'audiovisuel au niveau régional, alors qu'il en existe en Belgique au niveau des communautés et en Allemagne au niveau des *Länder*.

Les difficultés de coordination qui en résultent sont illustrées par l'arrêt de la Cour d'arbitrage de Belgique du 14 juillet 2004 : alors que le législateur fédéral est compétent en matière de communications électroniques, les communautés exercent une compétence complète en matière de radiodiffusion, y compris les questions techniques qui en sont l'accessoire ; mais la convergence des technologies ne permet plus de régler séparément les questions relatives à la transmission des communications électroniques et celles relatives à la radiodiffusion, qui peuvent aussi porter sur la transmission, et la directive cadre du 7 mars 2002 impose à chaque Etat membre d'établir un cadre réglementaire commun ; dans ces conditions les autorités fédérales et celles des communautés sont tenues de coopérer alors que la loi spéciale de réforme institutionnelle n'en prévoit que la possibilité ; il appartient alors au législateur spécial de prévoir en un tel cas une coopération obligatoire ou de modifier la répartition des compétences ; pour ces motifs les dispositions concernées de la loi fédérale sur le régulateur sont annulées pour avoir été adoptées unilatéralement au détriment des compétences des communautés, mais avec effet au 31 décembre 2005, pour laisser aux autorités concernées le temps de s'entendre sur la meilleure solution⁶⁶. En Allemagne la compétence des *Länder* (et des communes) en matière de distribution de gaz et d'électricité a fait obstacle à la création d'une autorité spécialisée de régulation au niveau fédéral ; à la fin de 2004 le problème n'a trouvé de solution que par l'élargissement de la compétence de l'autorité de régulation des télécommunications.

2) *L'absence d'une notion juridique d'autorité de régulation dans les systèmes juridiques nationaux*

Toutefois, l'expression « autorité de régulation » que l'on emploie ici par commodité et qui figure dans un grand nombre de textes de loi ne correspond dans aucun pays européen à une catégorie juridique définie. Les autorités qui méritent cette appellation ou la tiennent de la loi appartiennent à une catégorie juridique plus large admise par le droit national, et dont dérivent des traits essentiels du régime juridique applicable. Tel est le cas de la notion d'autorité administrative indépendante (AAI), qui s'est imposée en droit français depuis la loi « informatique et liberté » du 3 janvier 1978 instituant la Commission nationale informatique et liberté, et qui se rencontre aussi, mais avec des différences importantes, en Espagne, en Italie, en Grèce et au Portugal. Si la multiplication des AAI a bien favorisé la réception de la notion de régulation, pour rendre compte des évolutions fonctionnelles auxquelles elle correspondait, on ne saurait dire aujourd'hui que toutes les AAI qui existent se rattachent à la régulation⁶⁷. Il en va de même en Grèce, où il existe une vingtaine d'AAI dans les domaines les plus variés, aussi bien pour la protection des libertés qu'en matière économique. Mais la Grèce est le seul pays à avoir donné un statut constitutionnel aux autorités indépendantes garantes de libertés fondamentales (art.101A de la constitution, issu de la révision de 2001),

⁶⁶ C. Arbitrage, n°132/2004, <http://www.arbitrage.be>

⁶⁷ En France, le Conseil d'Etat a dénombré 34 AAI dans son rapport de 2001 (« Les autorités administratives indépendantes », *Etudes et Documents*, n°52, 2001, p.306); mais il est évident que la CADA, le Défenseur des enfants ou la Commission de contrôle des interceptions de sécurité ne peuvent être considérées comme participant à la fonction de régulation telle qu'on l'a définie. Il en ira de même en Espagne du Conseil de sécurité nucléaire, par exemple.

ce qui conduit à différencier les autorités de régulation, dans la mesure où elles sont des autorités administratives, pas nécessairement indépendantes, mais en outre seulement de statut législatif. En revanche, en France, bien que l'ART et la CRE comportent le mot régulation dans leur nom, et que le Conseil d'Etat qualifie le CSA d'« instance de régulation »⁶⁸, rien ne distingue la nature et le régime juridiques de ces autorités administratives indépendantes des autres, et les différences de régime juridique que l'on peut relever ne permettent pas de distinguer des autres celles qui assurent une fonction de régulation.

En Espagne, en Italie et au Portugal, on a créé beaucoup moins d'autorités administratives indépendantes et la plupart ont une vocation économique. Le droit espagnol leur donne un statut assez clair parmi les administrations publiques. Il s'agit en fait d'« administrations indépendantes », régies par la loi 30/1992 du 26 novembre 1992 portant régime juridique des administrations publiques et de la procédure administrative commune (art.2) et par la loi 6/1997 du 14 avril 1997 sur l'organisation et le fonctionnement de l'administration de l'Etat : ces dispositions distinguent en effet les entités de droit public dotées de la personnalité juridique et « rattachées » (*vinculadas*) ou dépendantes (*dependientes*) d'une administration publique (L. 30/1992, art.2.2). Cela signifie que l'on peut créer des administrations non dépendantes d'une administration publique ; elles sont nécessairement dotées de la personnalité juridique. Les communautés autonomes peuvent aussi en créer mais en règle générale elles ne l'ont pas fait⁶⁹.

Au Royaume-Uni, il est difficile de rattacher les « régulateurs » à une catégorie juridique précise. Ils ont été créés par la loi de manière très pragmatique pour la mise en œuvre de la politique de privatisation. Par la suite, leur finalité s'est élargie, comme on l'a déjà souligné, et leur nombre s'est réduit par la fusion de certains d'entre eux (notamment ceux du gaz et de l'électricité : *Public Utilities Act 2000*, et ceux du secteur des communications : *Communications Commission Act 2002* et *Communications Act 2003*). Les chemins de fer font toutefois exception : les difficultés qui ont suivi la privatisation ont conduit à la renationalisation de fait de l'infrastructure (désormais confiée à une société dont l'Etat détient le capital) et à une réorganisation du système de régulation, qui comprend désormais trois régulateurs⁷⁰. Selon John Bell, « les autorités administratives indépendantes sont appelées les « *quangos* », ou bien les « *non departmental public bodies* » (les « NDPBs »), et parmi eux les « *executive non-departmental public bodies* » (les ENDPBs ») sont des organismes indépendants intervenant dans la fourniture ou la régulation d'un service public ». Sur un total de 1.196 NDPBs, les ENDPBs étaient au nombre de 309 en 1996⁷¹. La différence d'échelle dans les nombres par rapport à ceux cités plus haut indique l'hétérogénéité de la catégorie des ENDPBs, que la définition suggère : certains participent à la fonction de régulation, mais la plupart assurent le service de certaines prestations. Dans la mesure où les « *quangos* » sont une catégorie juridique, ce qu'on pourrait discuter, ils obéissent à certaines règles communes applicables à tous les organismes du secteur public, et dans la mesure où ils prennent des décisions individuelles, en tant qu'autorités publiques (mais tous ne le sont pas) ils sont soumis aux principes de « *natural justice* », qui se résument à un ensemble de règles générales de procédure administrative tendant à assurer un traitement équitable, comme les

⁶⁸ Ord. Prés. Sect. Contentieux CE 13 décembre 2004, affaire « Al Manar ».

⁶⁹ Voir également : A. Betencor Rodríguez, « L'expérience espagnole en matière d'administrations indépendantes », *Etudes et Documents*, n°52, 2001, pp.411-426

⁷⁰ La complexité du système interdit de l'évoquer en quelques lignes ; voir le rapport de John McEldowney.

⁷¹ J. Bell (2001), « L'expérience britannique en matière d'autorités administratives indépendantes », *Etudes et Documents*, n°52, 2001, pp.401-402 notamment.

autres autorités administratives. On le voit, les « régulateurs » ne se distinguent pas des autres organismes entrant dans la même très large catégorie.

La situation des Pays-Bas n'est pas sans analogie. Le droit néerlandais connaît une catégorie juridique voisine, les « organes administratifs autonomes » (*zelfstandig bestuursorgaan – ZBO*), qui sont dotés de la personnalité juridique de droit public ou de droit privé et d'attributions déterminées par la loi ; ils sont placés dans le ressort d'un ministère et placés sous la tutelle du ministre⁷². Mais toutes les autorités de régulation n'ont pas cette forme juridique, et se trouvent dans le ressort d'un ministère. Si l'Autorité indépendante des télécommunications (OPTA) instituée par la loi sur les télécommunications du 5 juillet 1997 est bien un ZBO, les régulateurs de l'énergie, depuis 1998, et des transports, depuis 2003, sont intégrés à l'Autorité de la concurrence (*Nederlandse Mededingingsautoriteit – NMa*), laquelle ne constitue pas un ZBO, mais un organe de contrôle du ministère de l'économie. C'est ce qu'on appelle le « modèle des chambres » (*kamermodel*), c'est-à-dire que chaque régulateur sectoriel est assimilée à une chambre spécialisée de l'Autorité générale de la concurrence, sous l'autorité du directeur général de celle-ci. Un autre projet de loi prévoit la transformation de l'OPTA en « chambre » de l'Autorité de la concurrence⁷³. Dans la mesure où les autorités de régulation sont des ZBO, elles sont soumises au régime qui les caractérise ; bien que celui-ci varie selon les autorités, il existe de nombreuses règles communes, qui ont inspiré un projet de loi tendant à établir un régime de base commun pour toutes des autorités, comme on l'a vu, abandonné depuis 2002. En Belgique, la plupart des autorités régulatrices sont juridiquement des organismes publics autonomes.

Dans les trois autres pays, les organismes spécialisés qui ont été créés pour les besoins de la régulation sectorielle sont rattachés aux ministères. Si en Allemagne ils présentent tous un caractère *sui generis*, mais qui se répète parfois dans tous les *Länder* (ainsi les organismes chargés du secteur privé de l'audiovisuel), en Finlande et au Danemark, ils prennent la forme d'agences spécialisées des ministères comme il en existe d'autres dans des domaines étrangers à la fonction de régulation.

Le statut des autorités de régulation laisse déjà apercevoir qu'elles n'exercent jamais la totalité des pouvoirs de régulation. La fonction de régulation est toujours partagée, et l'autorité politique y conserve toujours une place ; la part des autorités dites de régulation peut donc varier considérablement dans le système de régulation. Comme l'écrit Martin Bullinger : « La régulation est une mission qui unit parlement, gouvernement et autorités administratives de régulation ».

3) *La régulation, une fonction partagée*

La forme la plus évidente de partage, la plus souvent commentée, est la co-régulation. C'est ainsi que dans tous les pays, l'autorité de la concurrence a un rôle à jouer : i) elle est compétente pour les affaires des secteurs régulés qui intéressent l'application des règles générales de concurrence, sous réserve des exceptions prévues par la loi ; ii) la loi organise elle-même la coopération entre autorités sectorielles et autorité générale de la concurrence ; iii) dans quelques cas, la régulation sectorielle est absorbée par l'autorité générale de la concurrence (Pays-Bas, pour les télécommunications et les transports) ; iv) au Royaume-Uni, le *Competition Act 1998* crée une nouvelle autorité de concurrence, la *Competition*

⁷² H. Kummeling / T. Duijkersloot (2003), « Agencies in the Netherlands », pp.79-112, dans : T. Zwart / L. Verhey (eds), op. cit.

⁷³ B.M.J. van der Meulen / A.T. Ottow, op. cit. pp.34ss et 95-96.

Commission, qui a aussi pour mission de coordonner la politique de la concurrence dans les secteurs des *public utilities*.

Mais on ne doit pas oublier que dans certains cas, la fonction de régulation est exercée sans l'intervention d'autorités spécifiques, c'est-à-dire qu'elle est assurée par des autorités administratives classiques, même si ce type d'organisation peut être, parfois, considéré comme transitoire, et l'intervention éventuelle de l'autorité de la concurrence. Tel est encore le cas en Allemagne pour l'électricité jusqu'à l'adoption de la nouvelle loi sur l'énergie attendue en 2005, les pouvoirs de régulation étant partagés entre le ministre compétent du *Land*, les collectivités locales et, au niveau fédéral, l'autorité de la concurrence, le *Bundeskartellamt*. Selon le projet de loi, la compétence de l'autorité de régulation des télécommunications sera élargie à l'électricité et au gaz⁷⁴, et dès juillet 2004 une équipe de mise en place du secteur énergie a été créée au sein de cette autorité. On note aussi l'absence d'une autorité spécifique de régulation dans de nombreux pays pour les transports ferroviaires (Allemagne, France, Grèce, Belgique, Italie, Portugal, Danemark, Finlande) ; en Espagne, la loi 39/2003 du 18 novembre de libéralisation du secteur ferroviaire institue une commission de régulation du secteur ferroviaire, qui est un organe collégial intégré au ministère du développement économique (*ministerio del fomento*).

En outre, dans tous les pays européens étudiés, la compétence normative des autorités de régulation est très restreinte. Elles ne sont donc des autorités « réglementaires » que dans une mesure limitée. Il en est ainsi, car la compétence normative paraît devoir rester entre les mains d'autorités qui procèdent de l'élection, directement ou indirectement, le parlement ou le gouvernement. En France, le Conseil constitutionnel a jugé à plusieurs reprises que, la Constitution attribuant au Premier ministre le pouvoir réglementaire d'exécution des lois, la loi ne peut attribuer à une autre autorité le pouvoir de prendre des mesures d'application d'une loi que pour autant qu'il ne s'agisse que de « mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu »⁷⁵. Une telle limite est présente dans les autres pays également, même si l'interprétation en est variable. Elle est parfois inscrite expressément dans la constitution, comme en Grèce (art.43.2) ou en Finlande (constitution de 1999, art.80) : il s'agit d'une délégation de pouvoir, qui doit être justifiée par son objet et limitée dans son ampleur. Aux Pays-Bas, l'article 134 de la Constitution prévoit que la loi peut créer des organismes publics et régler leur organisation et la compétence de leurs organes, y compris l'attribution d'une compétence réglementaire, mais les « Directives de réglementation » (*Aanwijzingen voor de regelgeving*) sur la base desquelles sont préparées les lois et les règlements précisent qu'on ne peut attribuer un pouvoir réglementaire à des organismes administratifs autonomes que pour régler des questions techniques ou d'organisation, ou dans certains cas particuliers sous réserve de l'approbation du ministre (directive 124f, par.1). C'est aussi la position qui prévaut en droit belge : il serait contraire à la Constitution, qui établit la responsabilité du gouvernement et de chaque ministre devant le parlement, que des actes réglementaires soient soustraits à cette responsabilité en étant attribués à des autorités indépendantes. Au Royaume-Uni, où rien n'arrête la puissance du législateur, les lois réservent aux secrétaires d'Etat (ministres), parfois dans des termes très larges, le pouvoir d'intervenir par voie réglementaire dans les domaines pour lesquels des « régulateurs » ont été créés par la loi. Mais les options retenues sont assez différentes dans le secteur de l'énergie et dans le secteur des communications électroniques. Dans le premier secteur, le ministre

⁷⁴ Projet de loi fédéral du 14 octobre 2004 portant deuxième modification de la loi sur l'énergie, document parlementaire Drs 15/3917, et projet de loi fédéral sur les énergies renouvelables du 13 août 2004, document parlementaire Drs 611/04.

⁷⁵ CC 89-260 DC, 28 juillet 1989 « COB » ; voir également : 96-378 DC, 23 juillet 1996, « ART ».

conserve un pouvoir réglementaire important (*Public Utilities Act 2000* : notamment s.62 – énergies renouvelables, 70 – efficacité énergétique, 98 – ajustement des charges si des groupes de consommateurs sont désavantagés), tandis que dans le second (*Communications Act 2003*) ce pouvoir est moins étendu (s.156 : spectre radioélectrique ; s.166 et suiv. : obligation de transmission imposée à certains réseaux et capacité requise par les services concernés) . Au Royaume-Uni, cependant, le fait que le parlement garde la maîtrise du cadre réglementaire fait mieux accepter que le régulateur puisse exercer des pouvoirs plus larges de réglementation. A l'intérieur du cadre fixé par la loi le régulateur peut disposer d'une assez grande flexibilité et d'une assez grande liberté d'appréciation, sans que des restrictions particulières doivent toucher la réglementation⁷⁶. Mais l'exercice du pouvoir réglementaire n'est pas le seul moyen par lequel le ministre participe à la régulation.

Dans tous les pays où les autorités de régulation sont rattachées au ressort d'un ministère, le ministre peut adresser à l'autorité de régulation des directives concernant le secteur concerné, certes sans pouvoir interférer dans les décisions intéressant un opérateur particulier, mais ces directives orientent l'exercice de ses propres attributions, et notamment de la réglementation qu'elle doit elle-même produire. C'est en particulier le cas au Royaume-Uni dans les deux lois que l'on vient de citer, où l'on trouve de nombreuses dispositions de cette nature (par exemple, pour le gaz et l'électricité, en ce qui concerne conditions de fourniture aux familles à bas revenus, aux retraités, aux personnes résidant en zone rurale, aux handicapés... - s.9 et 13). Cette distinction est très claire aux Pays-Bas (Directive 124 l). En Allemagne, le §117 de la nouvelle loi sur les télécommunications du 22 juin 2004 maintient le pouvoir d'instruction du ministre, et impose seulement la publication de ces instructions (c'était déjà le cas selon la loi précédente) ; on peut s'attendre à ce qu'il soit fait un usage modéré de ce pouvoir, mais il constitue une ressource importante pour l'autorité politique. Même en Italie, où le principe de l'indépendance est affirmé avec le plus de force, la loi 481/1995 précise que « le gouvernement, dans le cadre de la programmation économique et financière, indique aux autorités le cadre des exigences du développement des services d'utilité publique qui correspond aux intérêts généraux du pays » (art.2.21)

Mais, quelles que soient les institutions par lesquelles la fonction s'exerce, et les rapports qui existent entre elles, on voit bien qu'il ne faut pas confondre la fonction de régulation avec l'institution d'une autorité spécifique, ou spécialisée (plutôt qu'indépendante) de régulation, laquelle ne se rencontre pas toujours et n'en a jamais l'exclusivité.

4) Indépendance et légitimité des autorités de régulation

Ces pouvoirs conduisent à s'interroger sur le sens de l'autonomie ou de l'indépendance généralement reconnue ou revendiquée pour les autorités de régulation. Dans tous les pays, on leur demande ou on leur prête des qualités qui ne sont pas aisément conciliables : être indépendantes à l'égard du pouvoir politique, mais aussi être légitimes par rapport à lui compte tenu des principes constitutionnels ; être indépendantes par rapport aux intérêts privés, mais permettre la participation de ceux-ci à la préparation des mesures générales ; être neutres par rapport au marché et impartiales dans leurs décisions, mais en même temps assurer le respect des obligations de service public. Les dernières directives communautaires insistent sur l'indépendance des autorités de régulation (directives 2002/21, 7 mars 2002, art.3, et 2003/54, 26 juin 2003, art.23), mais, ce qui doit être souligné, vis-à-vis des entreprises du secteur, plus que vis-à-vis des pouvoirs publics, dont en réalité elles font partie.

⁷⁶ House of Lords, Select Committee on the Constitution, *The regulatory state...*, op. cit. par.28.

Ce problème a été très bien analysé par le Conseil d'Etat de Belgique dans son avis du 5 juillet 2002 sur l'avant-projet de loi sur le statut du régulateur des postes et des télécommunications. Tout d'abord, en ce qui concerne le droit communautaire, le Conseil d'Etat de Belgique concluait de l'analyse de ses dispositions que le droit communautaire n'imposait pas l'indépendance du régulateur par rapport au gouvernement, sauf si l'Etat avait la maîtrise d'un opérateur. D'autre part, du point de vue du droit constitutionnel belge, le Conseil d'Etat rappelait les limites que cette indépendance ne saurait dépasser : « Dans la mesure où des prérogatives d'autorités administratives sont confiées à des organismes dont la direction ne serait pas assurée directement par le pouvoir exécutif, ce dernier doit pouvoir exercer sur ces organismes un contrôle suffisant pour pouvoir en assumer devant les chambres législatives la responsabilité politique »⁷⁷. Un peu plus loin, le même avis énonçait très clairement le problème institutionnel posé par les instances « indépendantes » de régulation : « Assurer à la fois l'indépendance de l'Institut [Belge des Postes et des Télécommunications – ndla] dans ses missions de régulation du marché et le respect des principes constitutionnels qui impliquent que le Gouvernement puisse exercer la responsabilité politique des décisions administratives prises... »⁷⁸. Remarquons que cette responsabilité absorbe toutes les décisions prises, et pas seulement la réglementation.

Il s'agit là d'une évolution notable par rapport à la notion initiale d'autorité administrative indépendante, telle qu'elle a été conçue en France depuis 1978 et dans quelques autres pays : l'objectif était de soustraire au contrôle du pouvoir politique des décisions relatives à certaines libertés ou certains droits fondamentaux, notamment en ce qui concerne les fichiers de données personnelles et la liberté de communication. Mais l'analyse faite par le Conseil d'Etat de Belgique signale le point essentiel sur lequel il existe une convergence de toutes les législations : l'indépendance de certaines décisions doit être garantie. Ce sont les décisions qui affectent ou peuvent affecter les droits des opérateurs sur le marché. Si les décisions administratives doivent, de manière générale, être prise de manière impartiale, selon le droit de tous les pays, la création d'autorités spécifiques dites indépendantes, a pour objet de créer les conditions objectives garantissant l'indépendance de ces décisions, et donc la neutralité de la régulation par rapport aux opérateurs sur le marché. Cette exigence de neutralité par rapport au marché va parfois plus loin : ainsi, l'article 8.1 de la directive 2002/21 (directive cadre sur les communications électroniques) précise que les Etats membres doivent veiller à ce que la réglementation technologique produite par les autorités réglementaires nationales soit « neutre ».

On a quelquefois cherché à rendre compte de la cohérence de ces dispositions en considérant qu'elles reflétaient une distinction entre la détermination des politiques et leur mise en oeuvre par des décisions individuelles ou des mesures techniques (*policy-making* versus *policy implementation* et *adjudication*). Mais à la vérité la législation ne corrobore pas cette distinction. Non seulement, on l'a vu, il arrive que la régulation soit assurée directement par des autorités administratives classiques, mais en outre, dans tous les cas où existent des autorités spécifiques de régulation, elle participe à l'élaboration des politiques en apportant leur expertise au gouvernement dans les avis ou les propositions qu'elle formulent sur des projets de loi ou de règlements, ou encore dans la préparation de leurs positions dans le cadre de négociations internationales⁷⁹. A l'inverse, il arrive que des décisions individuelles visant

⁷⁷ Précité, p.60.

⁷⁸ Ibid. p.64.

⁷⁹ Par exemple en Italie : loi 481/1995, art.2.6 ; France : code des postes et des communications électroniques, art. L.36-5 ; c'est moins net en Allemagne : Telekommunikationsgesetz, 22 juin 2004 : différentes dispositions

des opérateurs sur le marché soient prises par le ministre (par exemple : en Allemagne comme en France, c'est le ministre – celui du *Land* en Allemagne – qui délivre les autorisations d'exploitation d'unités de production d'électricité⁸⁰). Mais, dans certains cas, on observe la volonté de mieux distinguer les deux fonctions : en Finlande, la loi 393/2003 sur les communications ne prévoit pas la participation de l'autorité de régulation à l'élaboration de la législation ou des politiques ; dans cette fonction, le ministre est au contraire assisté d'un comité consultatif pour l'administration des communications qui se compose de représentants de l'administration, des opérateurs et des principaux groupes d'utilisateurs.

Pour concilier les différentes exigences que les autorités spécifiques de régulation devraient satisfaire, la législation des pays étudiés donne un rôle essentiel aux autorités politiques dans la composition des organes des autorités spécifiques de régulation et accroît leur rôle dans le contrôle de leur activité, et, d'un autre côté, elle assure l'indépendance de leurs décisions par des règles relatives au statut de leurs membres, la personnalité juridique ou les règles de financement de ces autorités. On va voir que la portée en est cependant très variable.

Dans de nombreux pays, les membres de ces autorités de régulation sont nommés par le ministre. Ainsi aux Pays-Bas, les membres du collège formant l'autorité des télécommunications (leur nombre est compris entre 3 et 5) (OPTA) sont tous nommés par le ministre de l'économie pour 4 ans. Au Royaume-Uni, on s'est écarté depuis la loi de 2000 de l'option pour des régulateurs individuels, qui avait accompagné les lois de privatisation, et on établit des organes collégiaux, dont la compétence est plus large. C'est ainsi que le GEMA (*Gas and Electricity Market Authority*) a remplacé les régulateurs distincts qui avaient été créés lors de la privatisation, et que la *Communications Commission* créée par la loi de 2002 (c.11) a remplacé cinq organismes du secteur des télécommunications et de l'audiovisuel. Mais dans les deux cas, c'est le ministre qui fixe le nombre des membres du collège, dans les limites fixées par la loi, ainsi que la durée de leur mandat, sans qu'elle puisse excéder 5 ans, et le mandat est renouvelable. L'*OFCOM* et l'*OFGEM* forment leurs appareils techniques respectifs. Pour l'organisation de ces régulateurs, la loi suit dans les deux cas le modèle de la gouvernance d'entreprise : le conseil (la commission, l'autorité) comprend des membres dont certains font partie de la direction de la structure (*executive members*), le président est nommé parmi les membres ne faisant pas partie de la direction ; la direction est responsable devant le conseil, qui est responsable de la stratégie et s'appuie sur plusieurs organes consultatifs. La question des conditions de nomination des régulateurs a été discutée par la commission de la constitution de la Chambre des Lords. Celle-ci conclut que les régulateurs doivent continuer à être nommés par les ministres, elle écarte la proposition de la sélection par une commission indépendante ; elle écarte de même d'exclure la possibilité de renouveler le mandat d'un membre d'une autorité de régulation. Sa position mérite d'être citée pour sa netteté : « *The appointments are being made in order to carry out public policy for which Government has*

l'impliquent (§§ 116, plaçant l'autorité de régulation dans le ressort du ministre de l'économie et du travail, 121 : sur le contenu du rapport d'activité, 140 : sur l'intervention de l'autorité au nom du ministre sur le plan international)

⁸⁰ Allemagne : *Energiewirtschaftsgesetz*, §6 ; France : loi du 10 février 2000 modifiée, art.7. Même si la législation évolue – par exemple, après l'introduction du régime de l'autorisation générale par les directives de 2002 sur les communications électroniques, le ministre perd en France le pouvoir de délivrer les licences – cela n'a pas d'incidence sur la façon de comprendre la notion de régulation, sauf à définir a priori un modèle normatif. D'ailleurs les nouvelles dispositions issues de la transposition en droit français de ces directives définissent de nombreux domaines de compétence en les attribuant à la fois à l'ART et au ministre, ce qui réserve bien à celui-ci un pouvoir d'intervention assez large, même s'il n'est pas toujours bien défini, et le ministre conserve le pouvoir de désigner les opérateurs des composantes du service universel à l'issue d'une procédure ouverte (*Code des postes et des communications électroniques* : art.L.35-2 et 35-7).

responsibility. It reflects part of the checks and balances within the regulatory system as a whole, and, most fundamentally, carries the clear message that Ministers retain the responsibility, through a democratically elected Government, for the overall operations of the regulatory state »⁸¹.

Dans d'autres pays, le parlement est associé à la nomination. Ainsi, en Allemagne, le conseil de l'autorité de régulation des télécommunications est formé de 9 membres du Bundestag et de 9 membres du Bundesrat, nommés par le gouvernement fédéral sur proposition de ces assemblées et pour la durée de la législature ; le conseil propose au gouvernement le président et les vice-présidents de l'autorité ; mais les membres des formations qui statuent sur les décisions individuelles sont nommés parmi de hauts fonctionnaires ou des magistrats en raison de leur indépendance statutaire. En France, les présidents des deux chambres du parlement nomme chacun 3 membres du CSA sur 9, 1 membre de l'ART, sur 5 et 2 membres de la CRE sur 7. Ce modèle est suivi en Grèce pour les autorités qui relèvent de l'article 101A de la constitution : les membres du Conseil national de la Radiotélévision et de la Commission nationale des postes et télécommunications, ainsi que le président de l'Autorité régulatrice de l'énergie sont désignés par le parlement, avant d'être nommés par le ministre compétent⁸². Au Portugal, le parlement participe à la nomination des membres des régulateurs de l'audiovisuel, mais pas des autres secteurs. En Italie (loi 481/1995), ce sont les commissions parlementaires qui jouent un rôle : elles donnent un avis sur les noms proposés par le gouvernement au président de la République qui prononce la nomination par décret ; les commissions peuvent auditionner les personnes proposées ; la durée du mandat est fixe et elle la plus longue en Europe, semble-t-il (7 ans), pour renforcer l'indépendance de l'institution. Ce modèle a été repris en Espagne par la loi sur l'électricité pour la Commission nationale de l'électricité (loi 54/1997).

L'intervention directe ou indirecte du parlement, dans certains pays, dans le contrôle ou l'encadrement des autorités spécifiques de régulation, témoigne aussi de la volonté de conférer à ces institutions une légitimité conforme aux principes constitutionnels démocratiques. Cette approche est reflétée dans la législation portugaise : le contrôle parlementaire est prévu pour les deux autorités auxquelles on a voulu donné l'indépendance la plus large : l'autorité de l'électricité (ERSE), créée en 1995, et l'autorité nationale des communications (ICP-ANACOM), établie dans sa forme actuelle par la loi 309/2001. Dans les deux cas, la durée du mandat (5 ans) est plus longue que la durée de la législature, le rapport annuel est présenté au parlement par le gouvernement et le président de l'autorité peut être convoqué par la commission parlementaire compétente. Pour les autres autorités spécifiques de régulation, qui sont plus dépendantes du gouvernement, le contrôle exercé par les ministres sur les autorités de régulation permet au contrôle du parlement sur les ministres d'atteindre les autorités spécifiques de régulation de son ressort. L'évolution de la législation française répond à la préoccupation croissante d'assurer un contrôle politique sur les autorités administratives indépendantes chargées de missions de régulation. Les rapports annuels du CSA, de l'ART et de la CRE sont adressés au parlement. Le président du CSA peut être entendu par les commissions parlementaires compétentes ; mais l'ART et le président de la CRE « rendent compte » de leur activité devant les commissions permanentes du parlement. En outre, la nouvelle Commission supérieure du service public des postes et des communications électroniques (nouvel article 125 du code des postes et des communications électroniques, issu de la loi du 9 juillet 2004), devient en fait un organe parlementaire : elle se

⁸¹ House of Lords, Select Committee on the Constitution, op. cit. par.125.

⁸² Au parlement, le choix appartient à la conférence des présidents, un organe où le gouvernement a la majorité, mais qui doit statuer à la majorité des quatre cinquièmes au moins.

compose en effet de 7 députés et de 7 sénateurs désignés par leurs assemblées respectives, et de trois personnalités qualifiées nommées par les ministres compétents, et le président doit être un parlementaire. Cette Commission reçoit une mission très large de contrôle ciblé de la régulation du secteur : elle émet des avis sur les projets de loi et les cahiers des charges de La Poste et des opérateurs du service universel, sur les projets de directives communautaires, elle peut saisir l'ART de questions de sa compétence relatives au respect des obligations de service public, et son rapport annuel au parlement contient une évaluation de l'activité de l'autorité de régulation.

Mais c'est au Royaume-Uni que le problème a été abordé avec le plus d'ampleur. La commission sur la constitution (*Select Committee on the Constitution*) de la Chambre des Lords a étudié dans son rapport approfondi sur le contrôle de la régulation la question fondamentale des conditions dans lesquelles les régulateurs sont bien responsables de leur activité devant la société⁸³. Selon ce rapport, « *as regulation starts with Parliament, the ultimate responsibility for regulation rests with Parliament* » (par.29). Malgré l'indépendance qui leur est conférée pour accomplir la mission définie par la loi, les régulateurs sont placés sous la responsabilité du Parlement et du gouvernement, qui ont la maîtrise du cadre normatif de leur action : « *it is independence within Government rather than independence of Government per se* » (par. 40). Les régulateurs sont responsables de la mise en œuvre de la régulation devant le ministre, et avec le ministre ils sont responsables devant le parlement des effets de la régulation. Bien que des points de vue différents aient été exprimés, la commission considère que l'indépendance des décisions des régulateurs (« application objective et impartiale de critères vérifiables également par tous les intéressés » - par.120) peut et doit être conciliée avec l'existence de contrôles (*accountability*). Le rapport parle d'une responsabilité « à 360 degrés » pour exprimer le fait que les régulateurs doivent rendre compte de leur action à tous les secteurs de la société comme au parlement et au gouvernement (par.48). Mais le rapport constate aussi que le contrôle des régulateurs (*accountability*) par le parlement est loin d'être satisfaisant. Bien que les commissions parlementaires aient le pouvoir de convoquer les régulateurs pour une audition, il relève qu'elles n'ont ni la cohérence, ni la continuité, ni l'expertise nécessaires pour exercer ce contrôle efficacement ; le contrôle politique des régulateurs est jugé faible ; les Lords notent aussi que les organes créés pour représenter et défendre les intérêts des consommateurs ne sont pas mieux traités et ne sont pas satisfaits des réponses faites à leurs questions par les régulateurs (par. 84 et suiv.). En même temps, la régulation conduit à une sur-réglementation et à une addition de contrôles qui est dénoncée par les acteurs économiques (par.79-81). Enfin, la multiplicité des régulateurs rend difficile la coordination au niveau gouvernemental (par. 101g et 102).

Le rapport du *Select Committee* préconise un renforcement des moyens et des procédés juridiques pour renforcer le contrôle parlementaire sur la régulation, mais le gouvernement dans sa réponse se montre réticent à s'engager dans cette voie ; il exprime que cela relève de l'autorité des chambres du parlement mais que les mesures qui pourraient être prises devraient rester « proportionnées »⁸⁴. Parmi les autres recommandations, on notera en particulier les suivantes : créer un département interministériel de la régulation, qui coordonnerait les attributions actuelles de différents départements sectoriels, et correspondrait à une commission parlementaire couvrant le même champ de compétence ; réduire le poids de la

⁸³ House of Lords, Select Committee on the Constitution (2004), *The Regulatory State: ensuring its accountability*, 6th Report of Session 2003-2004, 6th May, HL Paper 68.

⁸⁴ House of Lords, Select Committee on the Constitution (2004), *The Regulatory State: ensuring its accountability. The Government's response*, 12th Report of Session 2003-2004, 21st July, HL Paper 150.

régulation en développant l'auto-régulation, selon des objectifs et des règles qui permettent d'atteindre les objectifs de la régulation publique et sous son contrôle ; étendre le contrôle du *National Audit Office*⁸⁵ à toutes les autorités de régulation y compris l'Autorité des services financiers. Toutefois, le rapport ne met cependant pas en cause le système de régulation auquel ont conduit les réformes des deux dernières décennies.

En outre, on rencontre dans tous les pays des structures tendant à assurer la communication entre l'autorité de régulation et les intérêts en cause, mais sans affecter la capacité de décision indépendante de l'instance de régulation elle-même. Le Royaume-Uni se distingue par l'importance accordée aux organes représentatifs des consommateurs, dotés de la personnalité morale et placés auprès du régulateur ; leurs membres sont toutefois nommés par le ministre ; ils ont des moyens importants mais peu de pouvoirs. En Belgique, on relèvera l'intérêt de la formule des conseils consultatifs, distincts de l'autorité de régulation proprement dite mais associés à elle, et dont la composition vise à représenter tous les intérêts en cause (voir la loi du 17 juillet 2003 sur le régulateur des télécommunications. En France, des comités techniques constitués au sein de l'ART permettent d'officialiser la concertation avec la profession dans l'évolution de la réglementation ; des observatoires nationaux et régionaux du gaz et de l'électricité visent à associer les représentants des consommateurs et des collectivités locales, notamment, au suivi de l'évolution du secteur et du respect des objectifs du service public. On pourrait citer d'autres exemples, mais tout indique que, malgré tout, la représentation des consommateurs est le maillon faible de tous les dispositifs de régulation.

5) Modalités et limites de l'indépendance fonctionnelle des autorités de régulation

Parmi les conditions tendant à assurer l'indépendance des autorités spécifiques de régulation, il en est quatre qui paraissent décisives, s'il agit d'assurer de créer les conditions objectives de l'impartialité : i) l'intervention de plusieurs autorités différentes dans la procédure de nomination ; ii) un mandat fixe et assez long par rapport au mandat des autorités politiques ; iii) le caractère non renouvelable du mandat ; iv) un régime strict d'incompatibilités. Si un régime d'incompatibilités est toujours prévu, les trois premières conditions ne sont simultanément remplies que pour les autorités de régulation qui ont la nature juridique d'autorités administratives indépendantes en France et en Italie. Dans les autres pays le mandat n'est pas irrévocable, même si les cas dans lesquels la révocation est possible sont définis avec plus ou moins de précision. Au Royaume-Uni, la durée du mandat est fixée par le ministre, elle ne peut excéder cinq ans, ce qui est la durée normale de la législature, et le mandat des membres des autorités spécifiques de régulation est renouvelable. En Belgique et en Espagne, le mandat est renouvelable également. Aux Pays-Bas on prévoit qu'on ne peut nommer des fonctionnaires placés dans un rapport de subordination avec le ministre à la tête d'un organisme indépendant (ZBO) ; mais ni l'autorité de la concurrence, ni les « chambres » de l'électricité et des transports établies en son sein n'a ce statut. En Allemagne, c'est du statut professionnel des membres des autorités, lorsqu'elles existent, et du régime des incompatibilités, que l'on attend l'indépendance des décisions.

La question de la personnalité morale est plus controversée. Dans un certain nombre de pays, on considère que l'indépendance suppose la personnalité morale. C'est ainsi que les autorités spécifiques de régulation sont dotées de la personnalité morale au Royaume-Uni, en Belgique, en Espagne, au Portugal (pour celles, en tout cas, auxquelles on a voulu donner le statut d'autorités administratives indépendantes : ERSE et IPT-ANACOM). Au contraire, en

⁸⁵ Institution comparable par certaines de ses fonctions à la Cour des Comptes.

Allemagne, au Danemark, en Finlande, en France, en Grèce et en Italie, la personnalité morale ne paraît pas nécessaire pour garantir l'indépendance des autorités dans la mesure requise par leurs fonctions. Aux Pays-Bas, la tutelle exercée par le ministre sur les organismes administratifs autonomes (ZBO) ne permet pas de les considérer comme plus indépendants que l'autorité de la concurrence et les régulateurs qui lui sont intégrés. En Grèce, les autorités indépendantes de garantie établies sous le régime de l'article 101A de la constitution hellénique (comme le Conseil national de la Radiotélévision) n'ont pas la personnalité morale mais elles ont plus d'indépendance que les autorités de régulation dotées de la personnalité morale et placées en fait sous un contrôle plus étroit du ministre compétent (comme l'Organisme national des Médicaments). L'indépendance du régulateur finlandais des télécommunications n'est pas contestée, ni celle de l'autorité allemande des télécommunications. Rien ne permet d'affirmer que les autorités belge et espagnole des télécommunications, qui ont la personnalité morale, seraient plus indépendantes que les autorités française et italienne qui ne l'ont pas. En France, le Conseil d'Etat avait pris position dans son rapport de 2001 contre l'attribution de la personnalité morale aux autorités administratives indépendantes (catégorie juridique à laquelle appartiennent les autorités spécifiques de régulation) : il soulignait que les AAI font « partie inhérente de l'Etat, dont elles ne constituent dès lors pas un démembrement »⁸⁶, et rappelait que les tribunaux sont bien indépendants, alors que leur financement est budgétaire⁸⁷ et, on peut l'ajouter, ne sont jamais des personnes morales. Mais cette position n'est pas toujours suivie. La loi du 1^{er} juillet 2003 sur la sécurité financière qui a institué l'Autorité des marchés financiers (AMF) lui a attribué la personnalité morale, mais, intervenant postérieurement au rapport du Conseil d'Etat, la loi la qualifiait d'« autorité publique indépendante », et non d'autorité administrative indépendante. Il s'agit plus d'une autorité de police que d'une autorité de régulation, mais cette différence n'est pas pertinente ici en ce qui concerne la personnalité morale. En outre, la loi de finances rectificative de 2004 (art.117) a fait de la Commission de Régulation de l'Energie une personne morale (art.30 mod. de la loi du 10 février 2000).

Enfin, l'autonomie budgétaire est souvent considérée comme une garantie de l'indépendance des autorités spécifiques de régulation. D'ailleurs l'amendement qui a conduit à attribuer la personnalité morale à la CRE, en France, visait en réalité à créer ainsi les conditions d'une réelle autonomie financière en permettant que les ressources liées son activité, et prélevées sur les entreprises du secteur régulé, alimentent directement son budget. On notera que dans tous les pays, la loi prévoit que les entreprises du secteur acquittent des droits déclenchés par l'exercice des compétences de l'autorité, mais il existe des approches très contrastées. Ainsi, le financement du régulateur britannique de l'électricité et du gaz est assuré à 95% par des ressources propres, alors que celui de la CRE, en France, est entièrement d'origine budgétaire. De manière plus générale, en ce qui concerne l'électricité et le gaz et dans les pays étudiés, le financement des autorités spécifiques de régulation est d'origine budgétaire, en totalité seulement en France, en Grèce et aux Pays-Bas, partiellement au Portugal, en Suède et en Finlande ; dans les autres pays, le financement est entièrement assuré par des prélèvements acquittés par les entreprises du secteur⁸⁸. Il serait cependant excessif d'en faire la base de l'indépendance de ces autorités. La seule indépendance possible est celle qui consiste en la libre utilisation des fonds par l'autorité pour le financement de son activité. Cette indépendance est assurée dès lors que c'est le président ou le directeur général de l'autorité, et non le ministre, qui est l'ordonnateur des dépenses. Le fait que le financement soit d'origine budgétaire ou provienne de ressources assignées ne fait guère de différence pour ce type de

⁸⁶ Conseil d'Etat, op. cit. p.298.

⁸⁷ Ibid. p.292.

⁸⁸ CRE, *Rapport d'activité 2004*, p.89.

fonction; dans ce dernier cas, il faudra bien que ce soit la loi qui fixe l'assiette et le taux des droits ou redevances, et le parlement pourra les faire varier ou même, en théorie, les supprimer ; s'agissant du financement d'organismes publics il est également légitime que le parlement ait un droit de regard sur la façon dont les moyens sont utilisés, même s'ils proviennent des entreprises concernées et sont affectés à la régulation. Le fait qu'un financement propre place la fonction de régulation à l'abri des aléas de la régulation budgétaire est un argument à double tranchant qui, en réalité, met en cause le principe de l'unité budgétaire, car il peut être invoqué en faveur d'autres fonctions de l'Etat qui ne sont pas moins importantes.

B) Les actes juridiques de la régulation

Rappelons tout d'abord que toute l'activité des autorités spécifiques de régulation ne se traduit pas par des actes juridiques produisant des effets de droit. C'est aussi le suivi des évolutions du marché et des technologies, le dialogue avec les opérateurs et les usagers, la négociation préparant les décisions, qu'elles soient individuelles ou réglementaires. C'est le « réglage » indispensable à la mise en œuvre de la politique publique⁸⁹. Mais la régulation passe aussi par des actes juridiques, et c'est de cet aspect qu'il devra être question ici.

1) Régulation et mutations dans l'ordre juridique

On établit souvent un lien entre la régulation et deux manifestations de l'évolution du droit moderne : les transformations de la normativité caractérisées par un déclin de la règle générale et impérative, et la perte d'efficacité des juridictions au profit de modes non juridictionnels de règlement des différends. La première a pu être retenue comme l'une des caractéristiques de la post-modernité dans le droit⁹⁰, et de la régulation répondant au besoin d'une application individualisée de la norme à des situations toutes différentes, au risque du principe d'égalité⁹¹. La mutation s'opère par la recherche de la flexibilité, de l'adaptabilité et de la négociation dans le droit, mais elle donne naissance à une nouvelle rationalité qui débouche, notamment sur la procéduralisation et la juridicisation de la vie sociale à un degré jusqu'alors inconnu. La régulation se développe dans l'espace laissé libre par l'importance croissante donnée par la loi à des objectifs, à des standards ou à des orientations ; elle a recours, plutôt qu'à des normes contraignantes, aux contrats et aux recommandations.

Dans une certaine mesure, le Conseil d'Etat français a fait siennes ces réflexions dans son rapport de 2001 sur les autorités administratives indépendantes. On attend de la régulation, peut-on y lire, « qu'elle assure en continu l'interactivité entre le droit et le fait » ; il appartient à l'autorité de régulation « de faire évoluer en permanence la règle qu'elle applique pour mieux suivre l'évolution des comportements sur le terrain ou l'inventivité des opérateurs », de prévenir et de faire cesser les comportements qui menacent les équilibres du système⁹². Bien que dans tous les pays, le pouvoir normatif des autorités spécifiques de régulation soit strictement encadré et limité à des questions techniques et économiques, on doit constater, d'une part que cette réglementation d'ingénieurs et d'économistes a pris une importance pratique considérable, et que, d'autre part, se développe une « quasi-réglementation » à

⁸⁹ Jean-Michel Hubert (ancien président de l'ART) (2004), « Le cas de l'Autorité de régulation des télécommunications », *RFAP*, n°109, p.100.

⁹⁰ J. Chevallier (2004), *L'Etat post-moderne*, LGDJ coll. « Droit et Société », 2^{ème} éd.

⁹¹ G. Timsit (1997), *Archipel de la norme*, PUF coll. « Les Voies du droit » ; voir également ci-après : « Régulation et théorie du droit ».

⁹² *Op. cit.* p.280.

l'occasion de la formulation des conditions accompagnant les autorisations délivrées par ces autorités, ou de recommandations dont l'autorité repose que sur le fait qu'elles explicitent des conditions que le régulateur est susceptible d'appliquer dans des procédures ultérieures⁹³. De plus, toutes les autorités spécifiques de régulation assument aujourd'hui un rôle important en matière de règlement des différends dans leur secteur, et exercent un pouvoir de sanction pour lequel elles sont soumises à l'obligation de respecter les prescriptions de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme tendant à assurer un procès équitable.

Pourtant, ces observations ne reflètent pas tous les aspects de la régulation, du point de vue des actes par lesquels elle se manifeste, et toutes ne sont peut-être pas pertinentes au regard de la régulation proprement dite. De plus, en ce qui concerne les rapports entre la régulation et le contrôle juridictionnel, des différences apparaissent entre les pays, et on note une tendance à reconnaître aujourd'hui une importance plus grande au contrôle juridictionnel.

Tout d'abord, le déclin de la règle générale et la recherche de procédés normatifs plus flexibles et adaptés aux besoins de l'intervention publique ont précédé le développement récent des institutions et des techniques actuelles de régulation. Comme l'a montré Jacques Chevallier⁹⁴, ce sont les politiques de l'Etat-providence qui ont favorisé d'abord cette évolution, en développant le recours à la planification, à la négociation d'accords ayant pour objet d'obtenir l'engagement des acteurs économiques d'adopter les comportements souhaités par la politique économique, à la concertation ou, comme on l'a caractérisé à propos de nombreux pays, au « néo-corporatisme », c'est-à-dire à la mise en place d'institutions et de procédures permettant d'associer le secteur concerné à la définition et à la mise en œuvre des politiques dans un contexte non concurrentiel ou de concurrence limitée.

Mais la régulation qui accompagne l'ouverture à la concurrence se traduit par un retour du droit sous ses formes traditionnelles aussi, avec le développement de la législation et de la réglementation gouvernementale nécessaire à sa mise en œuvre. Dans la mesure où elle comporte l'instauration d'un régime concurrentiel dans des secteurs qui étaient régis par des monopoles, et la définition d'un équilibre avec des objectifs non économiques d'intérêt général, la régulation implique une re-réglementation. Les rapports nationaux permettent de constater que l'on n'a jamais autant légiféré en matière d'énergie, de télécommunications, d'audiovisuel ou de transports que depuis qu'il s'agit de « réguler » ces secteurs en y introduisant la concurrence. Législation non seulement nationale, mais d'abord d'origine communautaire, dans la mesure où elle répond à des directives qui doivent être transposées, ou d'origine directement communautaire comme les règlements en matière de transport qui fixent le cadre des contrats ayant pour objet des obligations de service public, ou le régime actuel du transport aérien. De plus, la réglementation technique et économique produite par les autorités de régulation est bien de la réglementation et son caractère impératif ne fait évidemment aucun doute. C'est le passage du monopole au régime de concurrence qui conduit à expulser du domaine de la gestion de l'entreprise, où elles faisaient seulement l'objet de pratiques techniques, des questions qui appellent aujourd'hui la définition de règles produisant des effets de droit sur les tiers, qu'il s'agisse d'opérateurs ou de consommateurs. Par exemple, le rang d'appel des unités de production d'électricité reposait, dans le monopole public, seulement sur le coût marginal de ces unités, en fonction de la demande. Aujourd'hui, le gestionnaire du réseau est distinct du producteur et du fournisseur, il doit assurer le droit d'accès des fournisseurs sans discrimination en fonction des contrats qu'ils ont passés avec

⁹³ Ibid. p.338.

⁹⁴ Op. cit.

leurs clients, une priorité peut être définie en faveur de certaines sources d'énergie, et l'équilibrage conduit le gestionnaire du réseau à acheter l'énergie disponible sur le marché et à passer lui-même à cette fin des marchés. Toutes ces opérations donnent lieu à une réglementation qui, auparavant, n'avait pas lieu d'être. Il existe bien d'autres exemples, notamment pour des fonctions qui n'existaient pas à l'époque du monopole, en raison des évolutions technologiques des toutes dernières années, notamment dans le domaine des communications électroniques. Mais le contenu technique ou économique de la réglementation ne change rien à sa qualité normative, et le fait qu'il soit élaboré en concertation avec les opérateurs ne change rien non plus à son caractère impératif.

En revanche, ce contenu explique et justifie la professionnalisation et l'expertise de la régulation, parfois mises en avant comme les caractéristiques distinctives des autorités spécifiques de régulation qui ont été mises en place, et qu'elles assument aussi le contentieux spécialisé, au moins en première instance, et la surveillance du secteur avec l'exercice, le cas échéant d'un pouvoir de sanction, qui est désormais toujours prévu et distingue également ces autorités, puisqu'il conduit à ce que des peines soient prononcées par des autorités de nature administrative et non par des juridictions.

2) Les actes juridiques de la régulation : durcissement de la réglementation et contractualisation

Ces observations permettent de mieux faire la part de ce qui est nouveau, concernant des actes juridiques, dans l'exercice de la fonction de régulation. On constatera alors que les actes juridiques auxquels donne lieu la fonction de régulation demeurent en fin de compte très classiques : des règlements, mais dans un champ de compétence spécialisé, des procédures de préparation des normes associant différentes autorités, par la voie de pouvoirs de proposition ou d'avis, parfois l'homologation de ces normes par le ministre ou le gouvernement, des décisions individuelles d'autorisation ou d'attribution de ressources (par exemple des ressources du spectre radioélectrique ou de numérotation), qui sont des décisions créatrices de droits. Dans aucun pays on ne mentionne que la régulation ait modifié ou fait évoluer la typologie des actes juridiques auxquels la puissance publique a recours pour l'exercice de ses missions⁹⁵.

Il est vrai que l'on rencontre dans certaines hypothèses le recours à des accords ou contrats. Par exemple, en France, le Conseil supérieur de l'audiovisuel subordonne l'autorisation d'usage d'une fréquence radioélectrique pour l'exploitation d'un service de radiodiffusion par voie hertzienne à la conclusion avec le demandeur d'une convention qui fixe les règles particulières à ce service, dans le cadre des principes généraux relatifs aux obligations s'imposant aux exploitants de services de radiodiffusion (loi du 30 septembre 1986, art.28). On peut en rapprocher les contrats passés entre l'Etat et des entreprises chargées de la gestion d'un service public et qui visent à préciser leurs obligations et le financement que l'Etat apporte à leur financement. De tels contrats sont prévus explicitement dans la loi française du 9 août 2004 (art.1^{er}) entre l'Etat d'une part, EDF et GDF d'autre part, ou encore avec d'autres entreprises du secteur en matière de service public ; ils ne sont pas une innovation, et de tels contrats étaient prévus dans le cadre du monopole par la loi du 29 juillet 1982, à la suite de la pratique qui s'était développée depuis la fin des années soixante. La Belgique connaît aussi des « contrats de gestion » passés par l'autorité publique avec des entreprises pour régler les

⁹⁵ Ce qui explique la faible originalité du contentieux de des actes des autorités administratives indépendantes, en dehors des cas qui résultent de dérogations législatives expresses (cf M. Collet (2003), *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, Paris, LGDJ).

conditions d'exécution d'obligations de service public. Le règlement 1191/69 modifié du Conseil fait bien du contrat de service public un instrument de régulation, puisqu'il prévoit d'une part que les Etats mettent fin aux obligations inhérentes à la notion de service public qui s'imposent aux entreprises de transport par route, chemin de fer ou voie navigable, afin de créer les conditions de la concurrence, et d'autre part que les Etats peuvent conclure avec ces entreprises des contrats de service public qui définissent les obligations de service public et les modalités de leur compensation financière pour offrir au public des services de transport suffisants. L'objet du règlement est donc bien d'introduire la concurrence dans le secteur des transports, mais de donner en même temps aux Etats un instrument adapté pour organiser le service public dans des conditions transparentes et compatibles avec un régime de concurrence non faussé par des aides dissimulées derrière le financement du service public. Le règlement pose ainsi le cadre de la régulation. En Italie, le régime des contrats de service a été étendu aux transports urbains, suburbains et régionaux⁹⁶ ; de tels contrats peuvent être conclus par les autorités locales ou régionales compétentes qui déterminent alors le contenu du service et en supportent la charge financière⁹⁷, mais dans le respect du niveau de prestation garanti par le législateur national sur la base du nouvel article 117 de la Constitution⁹⁸. En dehors du domaine des transports terrestre, le contrat est aussi un instrument juridique à la disposition des pouvoirs publics nationaux pour déterminer les obligations qui incombent à certaines entreprises au titre du service universel ou d'obligations de service public ; mais rien ne les oblige à y recourir, s'ils préfèrent d'autres instruments juridiques.

Cela ne doit cependant pas faire oublier que, si le contrat peut être l'un des types d'actes juridiques mis au service de la régulation, les contrats sont aussi, dans une large mesure l'objet de la régulation. Que ce soit pour garantir l'accès au réseau ou pour protéger les consommateurs, la réglementation nationale, à la suite des directives communautaires, peut déterminer de manière très précise quelles questions le contrat doit régler et quels engagements il doit comporter. Tel est le cas notamment en Finlande et au Danemark ; même si les services publics à caractère économique sont soumis au droit privé, et donnent lieu, dans les rapports avec les consommateurs, à la conclusion de contrats de droit privé, les termes de ces contrats sont réglementés dans de nombreux cas. Ainsi, la loi finlandaise sur le marché des communications (n.393/2003) consacre ses articles 59 à 83 aux droits des usagers et aux clauses des contrats standards que les opérateurs ont l'obligation de publier, elle prévoit le contrôle de l'ombudsman des consommateurs sur les contrats standards du point de vue de la légalité, et la loi sur la protection des consommateurs s'applique également aux usagers des télécommunications.

En résumé, à mesure que la régulation s'institutionnalise, elle s'accompagne d'un durcissement de la réglementation. L'encadrement réglementaire se fait plus dense, plus précis et plus contraignant, et la surveillance assurée par les régulateurs, renforcée par leur expertise, peut déboucher sur des sanctions pécuniaires très lourdes, ou sur d'autres sanctions administratives. Il n'est plus sûr aujourd'hui que la flexibilité caractérise la régulation. Dès, lors le contrôle juridictionnel retrouve son importance, comme garantie ultime du respect des droits et de la légalité.

⁹⁶ Ce que, pour le moment, le règlement communautaire n'impose pas.

⁹⁷ Décret législatif n.422/1997.

⁹⁸ S. Torricelli (2003), "Il trasporto ferroviario liberalizzato : organizzazione della concorrenza et tutela del'interesse pubblico", notamment pp.88-96, dans : A. Brancasi (a cura di), *Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici*, Bologne, Il Mulino.

3) *La tendance au renforcement du contrôle juridictionnel des actes de régulation*

C'est ce qu'observe Martin Bullinger. Alors que les auteurs ne reconnaissent en général qu'un rôle limité au contrôle juridictionnel dans la régulation, les choses pourraient changer et ont en fait déjà commencé à changer, notamment sous l'influence du droit européen. La Communauté européenne, dont les directives les plus récentes concourent au durcissement de la régulation, réclame aussi de manière très précise un droit de recours approprié devant un organisme indépendant des parties, permettant le réexamen au fond de la décision contestée de l'autorité réglementaire nationale, et dont la décision puisse donner lieu à un recours juridictionnel s'il n'a pas lui-même la qualité d'une juridiction (directive 2002/21, 7 mars 2002, art.4). Naturellement, la façon dont les juridictions répondent aux litiges portés devant elles en matière de régulation dépend des traits généraux de l'organisation juridictionnelle et du système des recours. Selon Martin Bullinger, la libéralisation devrait s'accompagner, en général, d'une meilleure protection des droits individuels des consommateurs, qui sont mieux reconnus par la législation, mais elle devrait aussi favoriser un rapprochement des systèmes nationaux de protection juridictionnelle, à condition que l'organisation des juridictions réponde au besoin d'intégrer l'expertise technique et économique, étant donné son importance pour le jugement au fond.

En l'état actuel des choses, le contentieux des actes des autorités spécifiques de régulation a conduit à quelques dérogations législatives aux règles générales de compétence juridictionnelle dans certains pays. De manière générale, en effet, les actes des autorités de régulation sont soumis, sur le plan contentieux, aux mêmes règles que les autres actes de même nature des autorités administratives classiques. C'est le cas en Grèce, en Italie, notamment à la suite du décret législatif n.80 du 31 mars 1998 qui confie à la juridiction administratives tous les contentieux en matière de service public, en particulier relatifs à la surveillance (*vigilanza*) et au contrôle des transports, de l'énergie et des télécommunications, et plus généralement des gestionnaires de services publics (art.33) ; c'est également le cas en Espagne, au Portugal, en Finlande. Mais il en va de même au Royaume-Uni et au Danemark, où ce sont les juridictions ordinaires qui sont compétentes pour juger des recours contre des actes administratifs.

Toutefois, dans plusieurs pays à dualité de juridictions, la matière du contentieux a conduit le législateur à déroger aux règles de répartition des compétences, et à attribuer aux juridictions civiles les recours contre des actes des autorités de régulation faits dans le cadre d'un différend entre personnes privées ou prononçant une sanction contre un opérateur ayant manqué à ses obligations. En France, le Conseil constitutionnel a admis la possibilité d'« aménagements précis et limités » aux règles de compétence juridictionnelle afin d'unifier les compétences au sein de l'ordre de juridiction principalement intéressé, dans l'intérêt d'une « bonne administration de la justice »⁹⁹. Après avoir attribué compétence à la Cour d'appel de Paris pour juger des recours contre les décisions du Conseil de la concurrence, le législateur a également attribué compétence à la Cour d'appel de Paris pour les recours contre les sanctions pécuniaires prononcées par la COB (aujourd'hui l'Autorité des marchés financiers) et la Commission bancaire, et contre les décisions rendues par l'ART ou la CRE sur des différends entre opérateurs, en dépit de la nature administrative des décisions en cause ; en revanche, les sanctions prononcées par l'ART ou la CRE font l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat. L'énumération qui précède suffit à montrer l'absence de cohérence des solutions retenues. En dehors de ces cas, la compétence du juge administratif demeure. D'autres pays ont suivi la

⁹⁹ CC n°86-224 DC, 23 janvier 1987 « Conseil de la concurrence », *GAJA*, 14^{ème} éd. 2003, n°95.

même voie, mais de manière plus limitée. En Allemagne, si les recours contre les décisions du *Bundeskartellamt*, qui est bien une autorité administrative fédérale, sont portées devant le juge judiciaire (GWB : §62)¹⁰⁰, les recours contre les décisions de l'autorité de régulation des télécommunications restent de la compétence de la juridiction administrative, conformément à leur nature d'acte administratif (TKG : §§132 et 137)¹⁰¹. Aux Pays-Bas, il existe une juridiction administrative spéciale en matière économique, le Collège d'appel du commerce et de l'industrie¹⁰², mais en première instance la loi a spécialisé certaines juridictions ordinaires pour examiner les recours contre les décisions de certaines autorités spécifiques de régulation : le tribunal de Rotterdam a été spécialisé dans les affaires de concurrence, et il juge les recours contre les décisions de l'autorité générale de concurrence (le NMa), de l'OPTA (télécommunications et postes), et certaines des décisions des chambres de l'électricité et des transports du NMa, les recours contre d'autres décisions étant portés directement devant le Collège d'appel, de même que les appels contre les jugements du tribunal de Rotterdam¹⁰³. En Belgique, le Conseil d'Etat n'est compétent qu'en matière d'excès de pouvoir, mais c'est le droit commun ; en revanche la loi attribue les recours de pleine juridiction relatifs à des droits patrimoniaux à la Cour d'appel de Bruxelles. En fin de compte, la France est le seul pays où le contentieux de la régulation a conduit le législateur à des solutions sans aucune logique.

Au-delà des problèmes d'attribution de compétence juridictionnelle, la portée du contrôle juridictionnel des décisions des régulateurs est plus délicate à apprécier. Tom Zwart concluait, au terme d'une comparaison du contrôle juridictionnel sur les actes d'autorités spécifiques de régulation aux Etats-Unis, au Canada, en France et au Royaume-Uni, que les juges font preuve de déférence envers le statut d'indépendance de ces autorités et souhaitent leur laisser un pouvoir d'appréciation assez large dans le domaine de leur expertise, raison pour laquelle on a voulu assurer leur indépendance, et que d'autre part aucune défaillance du contrôle politique n'a poussé les juges à vouloir étendre leur contrôle¹⁰⁴. Au Royaume-Uni, le gouvernement avait pour objectif, en créant les premières autorités de régulation, d'éviter l'intervention des juges autant que possible, en considérant que le petit nombre d'entreprises concernées permettrait de résoudre les litiges par la négociation¹⁰⁵. Mais en réalité, la complexité des législations et le nombre des entreprises affectées par les décisions des autorités de régulation ont accru la probabilité et, en effet, le nombre des recours de *judicial review*. Initialement, les juges avaient exprimé leur réticence à s'engager dans un contrôle qui pourrait les conduire à substituer leurs vues à celle de l'autorité investie par le parlement et à prendre de facto des décisions exécutives ou administratives, alors que le parlement a justement voulu donner à ces autorités un pouvoir discrétionnaire assez large¹⁰⁶. Mais cette situation est en train de changer, sous l'influence du nombre des recours, de l'introduction en droit anglais de la Convention européenne des droits de l'homme ainsi que de la jurisprudence

¹⁰⁰ Loi contre les pratiques anticoncurrentielles.

¹⁰¹ Loi sur les télécommunications.

¹⁰² *College van Beroep van het bedrijfsleven*

¹⁰³ B.M.J. van der Meulen / A.T. Ottow, op. cit. pp. 36-38.

¹⁰⁴ T. Zwart (2003), « Judicial review of agency actions: the scope of review », pp.171-178, dans: T. Zwart / L. Verhey (eds), *Agencies in European and comparative law*, op. cit.

¹⁰⁵ Note déposée par Tony Prosser devant la commission de la constitution de la Chambre des Lords: "Supplementary note: judicial review and appeal to the Competition Commission", House of Lords, Select Committee on the Constitution, *The regulatory state...*, op. cit. vol.2, supplément au procès-verbal, Questions 133 et suiv.

¹⁰⁶ Voir les décisions citées par John McEldowney, notamment les affaires *R ; v Secretary of State for Trade and Industry, ex p. Lonrho* [1989] 1 W.L.R. 525; *R. v Independent Television Commission ex p. TSW Broadcasting Ltd* [1996] EMLR 318.

communautaire, qui poussent les juges à dépasser les limites traditionnelles du *judicial review*¹⁰⁷. Cela explique les opinions divergentes recueillies par la commission de la constitution de la Chambre des Lords, les uns considérant que ce recours est mal adapté et peu efficace car il ne permet pas d'examiner le fond de l'affaire, les autres soulignant au contraire la crainte des juges et la volonté de régulateurs de ne pas voir les décisions mises en cause par une procédure de *judicial review*¹⁰⁸. De plus, depuis le *Competition Act 1998*, il existe un nouveau tribunal, le *Competition Commission Appeals Tribunal*, qui est compétent pour statuer, non seulement sur les recours dirigés contre les décisions de l'*Office of Fair Trading*, mais aussi contre certaines décisions de régulateurs sectoriels. C'est pourquoi la commission de la constitution conclut, en s'appuyant sur ce précédent, au besoin d'une procédure générale de recours, autorisant un examen au fond, contre les décisions des autorités de régulation, avec la création d'un nouveau *Regulatory Appeals Tribunal* pour toutes les affaires qui ne peuvent faire l'objet de recours en matière de concurrence¹⁰⁹. Mais le gouvernement et les opérateurs se montrent réticents envers cette proposition qui pourrait multiplier les recours et remettre en cause parfois des décisions dont le contenu est le résultat d'une négociation impliquant un équilibre entre les différentes parties de l'accord¹¹⁰...

La jurisprudence française s'est déjà engagée dans la voie d'un approfondissement du contrôle au cours des dernières années. En France, c'est d'abord la doctrine qui s'est montrée réticente envers une extension du contrôle juridictionnel sur les actes des autorités administratives indépendantes, de crainte qu'en établissant par ce contrôle la subordination au juge des autorités administratives indépendantes, celles-ci perdent leur originalité et que leur indépendance par rapport au pouvoir exécutif en soit affaiblie¹¹¹. Rappelons qu'en France, c'est surtout dans le domaine de la protection des libertés fondamentales que les autorités administratives indépendantes ont été créées. Mais dans son rapport de 2001, le Conseil d'Etat a exprimé une position claire en ce qui concerne les autorités administratives indépendantes : ce sont des autorités administratives et à ce titre leurs actes sont justiciables du juge administratif, sans l'application de l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme à leurs décisions en matière de sanction, assimilées à des décisions en matière pénale, puisse en changer la nature ; le Conseil d'Etat recommande de laisser au Tribunal des Conflits le soin de régler les problèmes de compétence, les interventions du législateur ayant été plutôt un facteur de confusion, et ne créer de nouvelles autorités administratives indépendantes que dans des cas où la nécessité en serait vraiment justifiée.

Parallèlement, le Conseil d'Etat a développé la coopération avec ces autorités lorsque la loi le prévoit : il consulte désormais le Conseil de la concurrence par jugement avant de dire droit lorsque celui-ci peut lui fournir des éléments d'appréciation de nature à éclairer son contrôle ; il peut dans certains cas intervenir en référé à la demande d'une autorité administrative indépendante lorsque la loi le prévoit (ainsi, l'article 42-10 de la loi du 30 septembre 1986,

¹⁰⁷ Le fondement du contrôle exercé sur un acte d'une autorité publique est l'*ultra vires*, étendu au cas où l'auteur de l'acte aurait agi de manière « déraisonnable ». Dans le droit anglais, *appeal* s'oppose à *review* : le premier permet un réexamen du fond et le contrôle des motifs de fait ; le second ne permet que le contrôle du respect du droit

¹⁰⁸ House of Lords, Select Committee on the Constitution, *The regulatory state...* Voir ces positions dans le volume 2 du rapport, et la synthèse dans le volume 1, par. 88 à 100.

¹⁰⁹ Ibid. par. 230-232.

¹¹⁰ Ibid. par. 99-100.

¹¹¹ Cf en particulier : Jean-Louis Autin (1991), « Le contrôle des autorités administratives indépendantes par le Conseil d'Etat est-il pertinent ? », *RDP*, n°6, pp.1532-1566 ; Hélène Pauliat (1992), « Le contrôle du juge administratif sur les décisions des 'autorités administratives indépendantes' compétente en matière audiovisuelle », *RFDA*, vol.8, n°2, pp.256-268.

permettant au président du CSA de saisir le président de la section du contentieux pour qu'il ordonne la diffusion par un opérateur de satellite d'un programme portant atteinte à l'un ou moins des principes définies par la loi¹¹²).

Enfin, en développant son contrôle de la légalité par la prise en compte du droit de la concurrence et du droit de la consommation dans l'appréciation de la légalité des actes soumis à son contrôle, le Conseil d'Etat s'est donné les moyens d'un contrôle renforcé. Celui-ci s'est manifesté à plusieurs reprises au cours de la période récente. Par exemple le Conseil d'Etat admet que les effets anticoncurrentiels d'une mesure administrative prise par une autorité de régulation (en l'espèce l'ART) peuvent créer une situation d'urgence de nature à justifier la suspension de la mesure en cause¹¹³, ou il annule le refus de l'ART de modifier son plan de numérotation afin d'en retirer le 12 comme numéro d'appel des renseignements téléphoniques au motif qu'elle « a méconnu l'objectif de concurrence effective et loyale entre les exploitants de réseaux de télécommunications et les fournisseurs de services de télécommunications qu'en vertu des dispositions précitées du II de l'article L. 32-1 du code des postes et télécommunications il lui incombe de faire respecter, au bénéfice des utilisateurs, dans l'attribution des ressources en numérotation »¹¹⁴. Ou encore, le Conseil d'Etat annule plusieurs décisions du CSA relatives à l'attribution de ressources radioélectriques en mode numérique, au motif que ces décisions violent les dispositions de la loi qui limitent le nombre d'autorisations qu'une même personne peut détenir ou contrôler, pour n'avoir pas tenu compte d'un pacte d'actionnaires qui donnait à l'un des demandeurs le contrôle d'un autre, et dont le juge a obtenu communication par une mesure d'instruction¹¹⁵. Enfin, on peut noter une tendance, aussi bien du Conseil d'Etat que de la Cour de Cassation, à interpréter de manière extensive les pouvoirs attribués par la loi aux autorités administratives indépendantes au bénéfice de l'efficacité de leur mission.

Cette évolution jurisprudentielle récente montre que le juge tend à devenir partie prenante dans la régulation et qu'il peut se doter des moyens de surmonter son déficit d'expertise vis-à-vis des autorités de régulation.

Plus généralement, n'assiste-t-on pas déjà à une certaine banalisation institutionnelle et juridique de la régulation ?

Dans les différents Etats européens étudiés, la législation tend à maintenir ou à rétablir le contrôle des autorités politiques au nom de la responsabilité qu'elle peuvent seules assumer dans un cadre constitutionnel démocratique, et la jurisprudence, comme la loi l'y encourage, tend à étendre son contrôle sur les actes, conditions de l'insertion des autorités de régulation dans le cadre des principes de l'Etat de droit du respect du devoir d'impartialité qui s'impose à leurs décisions.

¹¹² CE ord. réf. 13 décembre 2004, « Président du Conseil supérieur de l'Audiovisuel », n°274757, *AJDA* n°4/2005, p.207.

¹¹³ Ord. réf. CE 19 janvier 2004, « Soc. T – Online France », n°263012.

¹¹⁴ CE Sect. 25 juin 2004, « Soc. Scoot France », n°249300.

¹¹⁵ CE Sect. 20 octobre 2004, « Soc. TF1 », n°260898 à 260904.