

## AUTORITÉS SECTORIELLES ET AUTORITÉS DE CONCURRENCE : ACTEURS DE LA RÉGULATION

Danièle Briand-Meledo

De Boeck Supérieur | « [Revue internationale de droit économique](#) »

2007/3 t. XXI, 3 | pages 345 à 371

ISSN 1010-8831

ISBN 9782804154585

Article disponible en ligne à l'adresse :

-----  
[https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-  
economique-2007-3-page-345.htm](https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2007-3-page-345.htm)  
-----

Pour citer cet article :

-----  
Danièle Briand-Meledo, « Autorités sectorielles et autorités de concurrence : acteurs de la régulation », *Revue internationale de droit économique* 2007/3 (t. XXI, 3), p. 345-371.  
DOI 10.3917/ride.213.0345  
-----

Distribution électronique Cairn.info pour De Boeck Supérieur.

© De Boeck Supérieur. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

# AUTORITÉS SECTORIELLES ET AUTORITÉS DE CONCURRENCE : ACTEURS DE LA RÉGULATION

Danièle BRIAND-MELEDO<sup>1</sup>

***Résumé :** La problématique est celle de la place respective des autorités sectorielles et des autorités de concurrence dans la régulation. Acteurs du processus régulateur, elles accompagnent tout à la fois l'organisation des secteurs économiques et la création normative. L'analyse sur le terrain des relations entre elles au niveau horizontal ou vertical démontre surtout qu'un phénomène puissant et opérationnel est en marche qui renove l'action gouvernementale, redessine la place du pouvoir régalién, crée des outils juridiques, instrumentalise la norme. L'action des autorités sectorielles et concurrentielles est déterminante puisque ce sont elles qui mettent en œuvre le processus à deux niveaux, d'abord celui de la structure, puis celui de la norme.*

- 1 Introduction
- 2 Autorités sectorielles de régulation et autorités de concurrence : un cadre rénové de l'intervention du pouvoir régalién
  - 2.1 Les Autorités administratives indépendantes, éléments du dispositif renouvelé de l'action politique contemporaine
  - 2.2 Les AAI : organes de la régulation entre libéralisation et politiques publiques
    - 2.2.1 Les AAI : organes de la régulation multiniveaux
    - 2.2.2 Les conditions d'un contrôle nécessaire des AAI
- 3 Autorités sectorielles de régulation et autorités de concurrence : gestation d'un droit de la régulation
  - 3.1 Les AAI : acteurs de la délimitation du champ du droit de la régulation
    - 3.1.1 Champ de la réglementation, champ de la régulation
    - 3.1.2 Champ de la régulation : le rôle des AAI

---

1. Maître de conférences, Centre de droit des affaires, du patrimoine et de la responsabilité, Faculté de droit et de science politique, Université de Rennes I.

- 3.2 Les AAI : promoteurs d'un droit malléable ou de standards ?
  - 3.2.1 La nécessité d'une norme malléable
  - 3.2.2 Les techniques d'une norme malléable
  - 3.2.3 Les principes qui encadrent la norme malléable

*Summary*

## 1 INTRODUCTION

1. – La révolution concurrentielle engagée dans les années 1990 par les instances communautaires a permis au droit communautaire de la concurrence d'investir des secteurs économiques nouveaux tels les télécommunications, l'audiovisuel ou l'électricité, là où les législations antitrust nationales procèdent par voie de règles d'exception, invoquant ou bien des statuts publics considérés comme intouchables ou encore des objectifs appartenant à la « spécificité » nationale. Techniquement, l'application universelle des règles communautaires de la concurrence découle du principe de la primauté du droit communautaire, primauté du marché et de la libre concurrence, rappelé par le Traité, et plus spécifiquement par l'article 4 du Traité CE modifié par le Traité de Maastricht. Il y est requis en conséquence que les politiques économiques mettent en œuvre cet objectif global.

Le processus d'ouverture au marché des monopoles d'État procède ainsi essentiellement de la dynamique communautaire à l'exception du Royaume-Uni sous le gouvernement de Margaret Thatcher, qui avait opté pour ces décisions de politique économique conduisant aux privatisations des secteurs des télécommunications, gaz, électricité, eau, services de la poste, chemins de fer<sup>2</sup>. Mais il est intéressant d'observer que, quelle que soit la source décisionnelle conduisant à l'ouverture à la concurrence, la mise en œuvre s'est accompagnée d'un processus régulateur confié à des autorités spécialisées<sup>3</sup>. La technique permet ainsi de mettre en œuvre le passage d'une structure de monopole à une structure concurrentielle des activités concernées. La création de ces autorités a pour finalité première l'ouverture à la concurrence des monopoles d'État tels les télécommunications, la poste, l'audiovisuel ou encore l'électricité, le gaz, l'eau et les chemins de fer.

2. – Pour rappel, s'agissant du *secteur des entreprises de réseaux*, le processus de libéralisation et privatisation a été accompagné de maintes mesures communautaires, notamment dans le secteur des télécommunications depuis la première directive du 16 mai 1988 relative à la concurrence dans le marché des terminaux de télécommu-

- 
- 2. Callum Mac Carthy (président de la *Financial Services Authority*, ancien président de la *Gas and Electricity Authority*), « Why Independent Regulators ? », in *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, M.-A. Frison-Roche (éd.), Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2004, p. 59.
  - 3. Sur les différentes discussions relatives aux définitions de la régulation, voir Claude Champaud, « Régulation et droit économique », *RIDE*, 2002, n° 1, p. 23 et Claude Champaud, « Introduction », in « Mondialisation et droit économique », *RIDE*, 2002, n° 2/3, p. 171.

nications<sup>4</sup>. Les objectifs des instances communautaires ont été dessinés lors de la mise en place notamment d'une régulation sectorielle sur le marché des télécommunications<sup>5</sup>. À partir de 1996, le mouvement s'accélère avec l'adoption de la directive 96/19/CE<sup>6</sup> qui étend le domaine de la libéralisation aux services et infrastructures nécessaires, avec le règlement du 18 décembre 2000 relatif au dégroupage de la boucle locale<sup>7</sup> et avec la vaste réforme encadrée dans une série de directives prises en 2002 formant ce qui a été nommé le « paquet télécom »<sup>8</sup>, transposé dans notre droit national dans la loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle du 3 juin 2004. Depuis, le nouveau cadre a gagné en flexibilité et réactivité<sup>9</sup>. Ce passage à la logique du marché a également engendré de très importantes restructurations industrielles dans le domaine de l'électricité et du gaz depuis la directive du 19 décembre 1996<sup>10</sup>, puisque par la loi du 7 décembre 2006 tous les consommateurs sont devenus éligibles à partir du 1<sup>er</sup> juillet 2007 pour être bénéficiaires de cette ouverture à la concurrence. Est encore à venir le domaine du *transport ferroviaire* depuis la publication par la Commission du Livre blanc sur « La politique européenne des transports à l'horizon 2010 : l'heure des choix » et du premier « paquet ferroviaire »<sup>11</sup>. Le secteur de la banque et des *marchés financiers*

4. Directive 88/301 de la Commission, 16 mai 1988, *JOCE*, L 131, 27 mai 1988, p. 73.
5. Directive 90/388/CEE de la Commission du 28 juin 1990, relative à la concurrence dans les marchés de services de télécommunications, *JOCE*, n° L192, 24 juillet 1990, p. 10. Les dispositions importantes de cette directive ont été modifiées et regroupées avec six directives différentes dans la directive 2002/77/CE de la Commission du 16 septembre 2002, relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques, *JOCE*, n° L 249/21, 17 septembre 2002.
6. Directive 96/19/CE de la Commission du 13 mars 1996 relative à la réalisation de la pleine concurrence sur le marché des télécommunications, *JOCE*, n° L 74, 22 mars 1996.
7. Règlement CE n° 2887/2000 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000, relatif au dégroupage de la boucle locale, *JOCE*, n° L336, 30 décembre 2000.
8. L'expression « paquet télécom » désigne un ensemble de sept textes européens destinés à poser des règles communes pour la réglementation et la régulation des réseaux dits de « communications électroniques », à savoir les réseaux des télécommunications et les réseaux audiovisuels. Pour les télécommunications plus précisément, cinq directives ont été adoptées : une directive cadre (2002/21/CE) et quatre directives spécifiques : « autorisation » (2002/20/CE), « accès » (2002/19/CE), « service universel » (2002/22/CE) et « concurrence » (2002/77/CE), *JOCE*, n° L108, 24 avril 2002, p. 37. V. ci-dessus Thierry Penard et Nicolas Thirion, « La régulation dans les télécommunications : une approche croisée de l'économie et du droit », in Nicolas Thirion (éd.), *Libéralisations, privatisations, régulations. Aspects juridiques et économiques des régulations sectorielles. Marchés financiers – Télécoms – Médias – Santé*, Larcier, 2006.
9. Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, *Rapport d'activité 2006*, p. 3, <http://www.arcep.fr/index.php?id=9344>.
10. Directive 96/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 décembre 1996 sur le marché intérieur de l'électricité, *JOCE*, L 27, 30 janvier 1997, p. 20. Loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières, *JORF*, n° 185, 11 août 2004, p. 14256.
11. Le « paquet ferroviaire » est composé de trois directives du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2001 : directive 2001/12/CE modifiant la directive 91/440/CEE du Conseil relative au développement des chemins de fer communautaires (elle-même modifiée par la directive 2004/51/CE du 29 avril 2004) ; directive 2001/13/CE modifiant la directive 95/18/CE du Conseil concernant

a été très rénové<sup>12</sup>. La *santé* en revanche reste un secteur largement organisé par le droit national et exclu en partie de la logique concurrentielle<sup>13</sup>. Pourtant ses modes d'organisation empruntent aux modes de régulation. Aussi, dans un secteur aussi sensible du point de vue des intérêts extrapatrimoniaux, mais aussi autant déficitaire du point de vue financier, il est pertinent de poser sans complexe les questions pour un regard autre<sup>14</sup>. Enfin, les secteurs de l'*eau*<sup>15</sup> et de la *poste*<sup>16</sup> sont rentrés à leur tour dans le processus de régulation.

Quels que soient les domaines concernés, l'application des règles de concurrence à ces secteurs soulève des questions nouvelles.

3. – Les nombreuses recherches sur le mode régulateur ont conduit l'observateur du terrain à retenir le contexte historique de la déréglementation. On sait effectivement que le phénomène régulateur a été identifié dans ce processus d'ouverture à la concurrence considéré comme étant celui du désengagement de l'État. L'apparent désengagement de l'État a conduit immédiatement à se poser la question de savoir si l'attribution de pouvoirs aux autorités spécialisées n'était que séquentielle, c'est-à-dire si elle s'épuisait par la vertu de la finalisation du passage au secteur concurrentiel. En effet, on a relevé que le droit de la régulation a principalement pour finalité « la construction de la concurrence »<sup>17</sup>. Dans cette optique, la régulation *ex ante* sectorielle peut être en effet analysée comme l'instrument d'achèvement du marché intégré<sup>18</sup>. L'observation des relations instaurées, notamment pour la France, entre les autorités de la concurrence et les autorités spécialisées met en lumière le degré de

---

les licences des entreprises ferroviaires et la directive 2001/14/CE concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité, *JOCE*, L 75, 15 mars 2001, p. 1 ss.

12. Voir Patrick Le Gall, « Concurrence et régulation sur les marchés financiers », Franck Martin, « Concurrence et régulation dans l'industrie de la gestion d'actifs » et Patrick Stéphane, « L'évolution du cadre d'exercice des marchés réglementés et de leurs autorités en Europe. Bilan et perspectives », in Nicolas Thirion (éd.), *Libéralisations, privatisations, régulations... op. cit.*
13. Loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, *JORF*, n° 185, 11 août 2004, p. 14277.
14. Sur cette question, Didier Danet, « AKU (ou l'impossible régulation du système de santé français) » et Éric Malin, « Quelle place faut-il donner aux forces du marché et à l'intervention publique dans la régulation du système de santé ? », in Nicolas Thirion (éd.), *Libéralisations, privatisations, régulations... op. cit.*
15. Loi n° 2004-338 du 21 avril 2004 portant transposition de la directive 2000/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau, *JORF*, n° 95, 22 avril 2004, p. 7327.
16. Les directives n° 96/67/CE et 2002/39/CE ouvrent sensiblement le secteur à la concurrence avec une éventuelle ouverture totale prévue au 1<sup>er</sup> janvier 2009. En France, voir la loi n° 2005-516 du 20 mai 2005 relative à la régulation des activités postales et création de l'Autorité de régulation des communications électroniques et de la poste (ARCEP), *JORF*, n° 117 du 21 mai 2005, p. 8825.
17. Marie-Anne Frison-Roche, *Droit de la régulation*, Dalloz, 1991, p. 610.
18. Ch. Kirchner, « Regulating toward what ? », in Hanns Ullrich (éd.), *The Evolution of European Competition Law*, Cheltenham, 2006, p. 241.

complémentarité entre les institutions et tout à la fois le degré de concurrence entre elles. De sorte qu'en effet la question de la pérennité de ces institutions se pose.

Et si la finalité des autorités n'est que séquentielle, quelle est-elle ? Elle ne servirait que le passage technique d'un état de monopole à un état concurrentiel pour les secteurs concernés. Cette transformation structurelle faite, le droit de la concurrence pourrait jouer son rôle et surtout serait considéré comme suffisant pour réguler le marché. En quelque sorte, la régulation *ex ante* céderait la place à la réglementation *ex post*. D'ailleurs le Conseil de la concurrence, dans sa réponse à la consultation publique relative à l'évolution du droit français des communications électroniques, a manifesté le souhait que le législateur fixe une date pour la convergence des droits sectoriels vers le droit de la concurrence<sup>19</sup>. À tout le moins dans son avis du 14 octobre 2004, l'autorité française de la concurrence remarque-t-elle que, sous l'impulsion du droit communautaire, la loi du 3 juin 2004 sur les communications électroniques marque une étape importante dans l'abolition d'une régulation *ex ante* et le rapprochement entre droit sectoriel et droit de la concurrence<sup>20</sup>.

Pourtant, si l'on revient à la notion de régulation, comprise comme un facteur d'équilibre entre des intérêts distincts, elle est aussi entendue comme un processus<sup>21</sup>, ce qui renvoie à une certaine idée de pérennité puisqu'elle aura vocation à veiller à l'équilibre sus-énoncé mais qui est en perpétuel mouvement, du fait très simplement de la prise en compte d'intérêts sociétaux, voire extrapatrimoniaux et de l'obsolescence rapide d'un état concurrentiel ou des technologies, comme dans le domaine par exemple de l'audiovisuel ou de la presse. Or l'autorité de régulation, spécialiste désignée pour le secteur concerné, tient à conserver ses prérogatives d'une part, et à démontrer la nécessité de pérenniser sa mission d'autre part, quand ce ne sont pas les acteurs économiques eux-mêmes qui en appellent à l'arbitrage indispensable de ces autorités<sup>22</sup>.

On peut aussi poser la question de la mission des autorités de concurrence. Titulaires d'une compétence transversale dans le contrôle du marché, ces autorités voient peu à peu leur mission évoluer vers plus de pouvoir régulateur *ex post*, voire *ex ante* notamment à travers les programmes de clémence.

Dès lors, la question de la mission des autorités sectorielles et concurrentielles est-elle intimement liée à la question de leur légitimité. Et tout aussitôt il convient

19. [www.telecom.gouv.fr](http://www.telecom.gouv.fr).

20. Avis n°04-A-17 du 14 octobre 2004 relatif à une demande d'avis présentée par l'Autorité de régulation des télécommunications en application de l'article L.37-1 du Code des postes et télécommunications électroniques.

21. C'est-à-dire un ensemble d'outils techniques propres à établir des équilibres évoluant au fur et à mesure qu'on la pratique : Lucile Schmidt, « Les outils techniques disponibles, les choix et les combinaisons », in Marie-Anne Frison-Roche (éd.), *Les régulations économiques. Légitimité et efficacité*, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2004, p. 99.

22. Comme cela a été démontré par Benjamin Montels, « Aspects juridiques de la régulation des relations entre la télévision et la salle de cinéma », in Nicolas Thirion (éd.), *Libéralisations, privatisations, régulations...*, *op. cit.*

de corréler la question de la légitimité des autorités de régulation au contenu de la régulation. Or sa définition fait intervenir deux variables, d'une part la variable temps : régulation *ex ante* et régulation *ex post*, et d'autre part la variable des intérêts, qu'ils soient économiques (globaux ou sectoriels) ou sociétaux.

4. – La problématique qui nous occupe plus particulièrement est donc celle de la place des autorités sectorielles et de concurrence dans la régulation. Acteurs du processus régulateur, elles accompagnent tout à la fois l'organisation des secteurs économiques et la création normative. L'analyse sur le terrain des relations entre elles au niveau horizontal ou vertical démontre surtout qu'un phénomène puissant et opérationnel est en marche qui rénove l'action gouvernementale, redessine la place du pouvoir régalién, crée des outils juridiques, instrumentalise la norme. L'action des autorités sectorielles et concurrentielles est déterminante puisque ce sont elles qui mettent en œuvre le processus à deux niveaux, au niveau d'abord de la structure (2), au niveau ensuite de la norme (3).

## **2 AUTORITÉS SECTORIELLES DE RÉGULATION ET AUTORITÉS DE CONCURRENCE : UN CADRE RÉNOVÉ DE L'INTERVENTION DU POUVOIR RÉGALIEN**

5. – La finalité fait l'organe régulateur et non la nature juridique de l'action ni ses formes<sup>23</sup>. Nous retrouvons dans cette analyse, et ce n'est pas une coïncidence, la démarche téléologique du droit communautaire. Mais il nous semble tout aussi important d'envisager la légitimité de ces AAI – sectorielles ou de concurrence – au regard de l'action de l'État. Peut-être plus encore sa légitimation par l'État fait-elle l'organe régulateur. Et cette légitimation ne vient pas d'une dé-réglementation, mais plutôt d'un processus d'action gouvernementale renouvelé (2.1). Cette approche prend toute sa dimension d'ailleurs si l'on observe que les AAI sont conduites à arbitrer entre différents niveaux d'intervention, qu'ils soient communautaires, nationaux, régionaux ou locaux, et entre de multiples intérêts, issus de l'économie de marché ou du lien social. Ce faisant, elles dessinent en quelque sorte le champ d'intervention du pouvoir dans cette régulation multiniveaux (2.2).

### **2.1 Les Autorités administratives indépendantes, éléments du dispositif renouvelé de l'action politique contemporaine**

6. – Dès lors que l'approche régulateur, déjà existante au Japon ou aux États-Unis, est retenue en Europe, la question d'un concept unique de régulation pour l'Union

23. Claude Champaud, « Régulation et droit économique », *op. cit.*

européenne se pose. On pourrait même avancer qu'une telle approche uniforme servirait la finalité qui est celle d'un marché intégré. Pourtant, l'unicité de concept rencontre des écueils, qui sont liés aux conceptions différentes de la régulation dans les États membres et aux caractéristiques distinctes des marchés des réseaux nationaux. Plus même, une conception unitaire pourrait être dans certains pays contre-productive<sup>24</sup>. En outre l'Union européenne manquerait l'enrichissement des différentes approches dans ce processus de régulation en pleine construction. Cette question étant levée, il convient d'observer que chaque État a travaillé à la mise en place d'une régulation des conditions d'ouverture à la concurrence des nouveaux marchés. C'est ainsi que, en France, les autorités de régulation permettent la mise en œuvre d'un processus renouvelé de l'action politique.

7. – La question de l'adaptation de l'État à ses missions et de sa crédibilité a été posée d'emblée par le Traité CE et particulièrement à l'occasion de l'ouverture des monopoles publics à la concurrence. Le droit communautaire ne se prononce pas sur les moyens de la mise en œuvre. Il ne lui appartient d'ailleurs pas de le faire puisque la question relève de la compétence des États. L'action publique étatique a dû alors construire une réponse qui prenne en compte les exigences auxquelles elle a entendu répondre. Or l'action publique en France doit répondre à trois catégories d'exigences : exigence d'impartialité, exigence de professionnalisation et enfin exigence d'efficacité.

S'agissant d'abord de l'impartialité de l'action administrative, celle-ci constitue un principe général de notre droit<sup>25</sup> et c'est ce principe que l'on tend à protéger par le biais du caractère indépendant des institutions en charge de missions. Ceci veut donc dire que la doctrine administrative en France peut reconnaître que l'impartialité puisse être acquise sans qu'il y ait autonomie de structure par rapport à une autorité ministérielle par exemple, il suffit qu'il y ait indépendance. L'exigence de professionnalisation de l'action publique ensuite tend à associer au processus de décision fonctionnaires et intervenants extérieurs possédant tous des compétences complémentaires. Enfin, l'exigence d'efficacité commande l'adaptation constante aux réalités et la gestion du temps. La réponse pour une action publique mettant en œuvre l'ouverture au marché fut apportée par la création des Autorités administratives indépendantes (AAI) sectorielles. Et si on se penchait sur les modes de désignation des membres et sur les règles de fonctionnement, on reconnaîtrait effectivement une structure construite en vue de la réalisation de ces trois règles fondamentales de l'action publique.

8. – Ceci étant, la mise en place des AAI ne constitue pas forcément la seule réponse au problème de l'action publique. Celle-ci pourrait être envisagée par un mode de régulation « intégré » pour certains secteurs, dès lors que les trois principes énoncés plus haut sont respectés. Les principes de professionnalisme et d'efficacité ne

24. V. en ce sens l'analyse économique de Ch. Kirchner, « Regulating toward what ? », *op. cit.*

25. CE, sect., 20 juin 1958, *Louis, Rec.*, p. 368.



nécessitent pas de structures spécifiques mais seulement les moyens de désignation et d'action adéquats. En revanche, le principe d'impartialité pourrait poser la question de cette structure, de son autonomie. Or le principe d'impartialité n'est pas consubstantiel à celui d'autonomie. En conséquence, il paraît qu'un service spécifique et intégré à un ministère par exemple pourrait tout aussi bien remplir ces critères. Mais il convient de ne pas perdre de vue non plus que l'indépendance recherchée l'est au regard du politique, représenté tout à la fois par l'exécutif et le législatif, et au regard des opérateurs. Les organes de régulation doivent relever du technique, par opposition au politique<sup>26</sup>, et dans cette optique la création d'organes distincts semble répondre à cette préoccupation.

Le choix arrêté fut donc celui de la création d'autorités administratives indépendantes. Dès lors que le choix s'est porté sur la création d'AAI, les raisons qui ont conduit à leur création conduisent à en créer une nouvelle. Par exemple, dès lors que ce choix a été considéré comme pertinent pour le passage effectif des secteurs télécommunication et électricité à la concurrence, il sera donc repris pour les autres secteurs comme ceux de la poste et du ferroviaire. Aussi le gouvernement peut-il arriver à admettre que la voie la plus opérationnelle en termes d'impartialité et de crédibilité soit le recours à ce type d'institution. En outre, la Conseil constitutionnel n'a pas censuré les dispositions législatives conférant des pouvoirs importants à telle autorité administrative indépendante. Par exemple dans sa décision du 17 janvier 1989, le Conseil constitutionnel<sup>27</sup> reconnaît que le législateur peut « charger une AAI de veiller au respect des principes constitutionnels en matière de communication audiovisuelle, de pouvoirs de sanction dans la limite nécessaire à l'accomplissement de sa mission ». Ceci étant, l'État, garant de l'intérêt général, ne doit pas se mettre en situation de parcelliser cet intérêt général compte tenu notamment de la grande hétérogénéité des AAI. D'ailleurs en 2001, le Conseil d'État souligne dans son rapport<sup>28</sup> que risque de se poser un problème de la multiplication des AAI. Aussi propose-t-il des lignes directrices pour le gouvernement qui se résume dans les règles suivantes : s'assurer de la nécessité du recours à une AAI plutôt qu'à une autre solution institutionnelle ; exclure l'attribution de pouvoirs de décision dans certains domaines (comme ceux qui risquent de mettre en jeu la responsabilité régalienne de l'État) ; si une mission de régulation est décidée, donner les pouvoirs pour l'exercer ; prévoir un réexamen périodique du maintien de l'AAI.

9. – Envisager et analyser la création des AAI comme un processus renouvelé de l'action de l'État commande tout aussitôt d'envisager alors un processus de contrôle. Les trois principes d'impartialité, de professionnalisation et d'efficacité doivent pouvoir

26. Jean Marimbert, « Les conditions de l'indépendance comme condition de la légitimité », in Marie-Anne Frison-Roche (éd.), *Les régulations économiques. Légitimité et efficacité, op. cit.*, p. 83.

27. Cons. const., décision n° 88-248 DC 17 janvier 1989, in L. Favoreu et L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 10<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1999, n° 42-49.

28. Conseil d'État, « Réflexions sur les Autorités administratives indépendantes », in *Rapport public 2001*, EDCE n° 52, La Documentation française, 2001, p. 253-386.

faire l'objet d'un audit en regard des missions de l'action publique soigneusement définies. Car la question de l'adaptation générale de l'État à ses missions et de sa crédibilité d'ensemble dans le processus de régulation reste entière. Il convient de rappeler en effet que sur le plan des principes, une AAI, dépourvue de personnalité morale, ne peut dégager l'État de sa responsabilité juridique puisqu'elle agit par voie de délégation au nom de l'État. Elle ne peut non plus le dégager de sa responsabilité politique car, si des contestations fortes et durables venaient à s'élever, il est de la responsabilité du gouvernement d'intervenir en saisissant le Parlement d'un projet de loi en vue de supprimer l'Institution. En fait, la création des autorités administratives indépendantes conduirait plutôt, et à l'inverse de ce que l'on pourrait penser, à une rigidification de l'organisation de l'État. En effet, ce qui a été créé par la voie législative ne peut être modifié ou retiré que par cette voie législative alors que l'organisation des administrations classiques relève du pouvoir réglementaire. En outre, l'organisation structurelle de l'indépendance de l'AAI à travers les règles de durée des mandats, inamovibilité, fait obstacle à la sanction directe. Ainsi, face à une malléabilité ou réactivité exigée des organes de régulation existe un déficit en termes de réactivité parallèle d'un pouvoir de sanction. C'est sans doute ici que se pose la question cruciale de la régulation vue dans son aspect organisationnel et qui prend toute sa dimension, nous le verrons, dans l'appréhension de la régulation multiniveaux.

## **2.2 Les AAI : organes de la régulation entre libéralisation et politiques publiques**

10. – Depuis les années 1990 surtout, les pays vivent une double conjoncture, celle de l'intégration européenne, d'une part, et celle des processus de régionalisation ou de décentralisation, d'autre part. Ce dernier phénomène concerne notamment les grands pays comme l'Italie, le Royaume-Uni, l'Espagne et la France, alors que l'Allemagne et la Belgique connaissent la structure fédérale. Dans ce contexte renouvelé, la place de l'État exige un repositionnement. En effet, les partenariats public – privé, les coopérations inter-niveau local – régional – national ou européen commandent de porter l'attention sur une régulation multiniveaux où les échelons de décision se sont multipliés. Mais plus substantiellement, cette régulation déconcentrée est l'outil qui permet aux États de remplir leur préoccupation majeure de faire la synthèse entre les objectifs d'efficacité des opérateurs et le souci d'équité des pouvoirs publics, notamment dans la mise en place d'un service universel (2.2.1). La question tout aussitôt se pose alors de l'émergence d'un ordre régulateur qui échapperait à tout contrôle dont les États doivent rester les garants (2.2.2).

### **2.2.1 Les AAI : organes de la régulation multiniveaux**

11. – Les premières directives européennes dans les secteurs monopolistiques visent la libéralisation du marché sur la base du droit de la concurrence (article 86) qui s'est

achevée notamment pour le secteur télécommunication par la suppression complète des monopoles nationaux le 1<sup>er</sup> janvier 1998. Récemment encore dans sa communication relative aux « défis de la société de l'information européenne après 2005 », la Commission européenne parle de « renforcer les partenariats multipartites et public/privé ainsi que de mieux coordonner les initiatives nationales et régionales »<sup>29</sup>.

Ces directives s'accompagnent aussi d'un deuxième volet qui est celui de l'harmonisation des conditions de régulation économique du secteur sur la base des dispositions du Traité relatives au rapprochement des législations (article 95). Or le corpus législatif qui se construit doit respecter un équilibre entre libéralisation et harmonisation. Il s'accompagne d'une réflexion sur la notion de service d'intérêt général pour l'UE, et sur une notion rénovée du service public pour la France. Le 26 septembre 1996, la Commission européenne reconnaissait, en quelque sorte, la légitimité des services publics et adoptait une communication sur les « Services d'intérêt général en Europe ». Les 16 et 17 juin 1997, le Conseil européen d'Amsterdam adoptait le nouveau traité de l'Union européenne qui contenait en son article 16 la consécration des services d'intérêt général, considérés comme partie intégrante des missions de l'UE. La définition et la mise en œuvre du champ du service public ou d'un service d'intérêt général ne sont pertinentes que lorsqu'ils sont effectifs sur le terrain, auprès de l'utilisateur. Dès lors, le cahier des charges que remplit l'opérateur du service public ou universel comprendra nécessairement la prise en compte de l'aménagement du territoire avec les autorités décentralisées concernées. Quelques exemples comme les télécommunications, le gaz ou l'électricité illustrent particulièrement cette analyse.

La loi du 31 décembre 2003<sup>30</sup> relative aux obligations de service public des télécommunications a deux principaux objectifs, l'ouverture du service universel aux opérateurs privés et la subordination de la concurrence à des objectifs d'aménagement du territoire. La loi du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz parle pour sa part de « service public de proximité ».

S'agissant d'aménagement du territoire, en France ce sont les communes ou leurs établissements publics de coopération qui délivrent des concessions de services publics par exemple à EDF en vue du maillage du territoire pour le réseau électrique. Dans ce cas, c'est RTE, filiale d'EDF, qui est l'organe gestionnaire du réseau français de transport et distribution, activité seule régulée puisque la production, le négoce et la fourniture sont désormais ouverts à la concurrence. Mais cette gestion se fait sous la houlette de la Commission de régulation de l'énergie (CRE) à laquelle la loi du 7 décembre 2006 a étendu les missions en lui confiant le soin de concourir « au bénéfice des consommateurs finals, au bon fonctionnement des marchés de l'électricité et du gaz naturel ».

29. Communication de la Commission, *Les défis de la société de l'information européenne après 2005*, Bruxelles, 19 novembre 2004, COM(2004) 757 final.

30. Loi n° 2003-1365 du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France-Télécom, *JORF*, 1<sup>er</sup> janvier 2004, p. 9 ; décret n° 2004-1222 du 17 novembre 2004 relatif aux obligations de service public et au financement du service universel des communications électroniques, *JORF*, n° 269, 19 novembre 2004, p. 19497.

De même, dans le secteur des télécommunications, des partenariats directs Conseils généraux – France-Télécom sont envisagés, avec la mise en place de conventions-types « Département innovant ». Dans cet exemple, il est intéressant de souligner tout à la fois un partenariat déconcentré et l'intervention de l'Autorité de régulation des télécommunications et du Conseil de la concurrence pour l'audit des contrats demandé par les Conseils généraux<sup>31</sup>. Dans le domaine de l'audiovisuel, il a été démontré en revanche les carences ou les réelles difficultés dans la mise en œuvre d'une régulation du circuit des cinémas sur le territoire français<sup>32</sup>.

12. – S'agissant de la redéfinition du service public des télécommunications, celle-ci emporte l'identification de son contenu entre service universel d'une part, services obligatoires d'autre part et enfin les missions d'intérêt général. Il n'est pas douteux que l'ensemble fait partie des politiques publiques. C'est le législateur qui est compétent pour la définition du service universel, puisque la loi du 31 décembre 2003 y procède, ainsi que pour la procédure de désignation des opérateurs chargés du service universel. Or la principale caractéristique du service universel est qu'il doit être fourni sur l'ensemble du territoire à un prix abordable, dans le cadre d'une péréquation géographique des tarifs ; de plus des tarifs sociaux peuvent être arrêtés, cette offre relevant du service universel. Cette procédure propre aux télécommunications démontre le partenariat indispensable avec les instances publiques décentralisées en vue de l'aménagement du territoire et avec l'ART pour ce qui concerne les tarifs sociaux (tarifs arrêtés par le ministère chargé des télécommunications sur avis de l'ART). La CRE est maintenant également en charge de ces missions relatives au maillage du territoire mais aussi à l'instauration de tarifications homogènes selon les régions de France.

13. – Il faut souligner que jour après jour le processus régulateur se construit. L'ART, qui est devenue en 2005 l'ARCEP (Autorité de régulation des communications électroniques et des postes), a pris son envergure dans ses relations avec l'État, mais aussi avec le Conseil de la concurrence, pour la construction du marché des télécommunications et de la poste. La CRE de son côté, dont la mission s'est vue amplifiée comme nous l'avons souligné par la loi du 7 décembre 2006, estime que les orientations données le 10 janvier 2007 par la Commission européenne sur la nécessité de veiller à l'indépendance effective des gestionnaires de réseaux, lui donnent pouvoir de renforcer son contrôle sur les gestionnaires de réseaux<sup>33</sup>. Le Conseil de la concurrence lui-même a, depuis longtemps maintenant, acquis sa parfaite autonomie vis-à-vis du gouvernement, de telle sorte d'ailleurs que l'on a pu critiquer dans la loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001 un

31. Cons. conc., avis n° 04-A-15 du 28 juillet 2004 relatif à la convention-type « Département innovant » de France Télécom.

32. V. Benjamin Montels, « Aspects juridiques de la régulation des relations entre la télévision et la salle de cinéma », in Nicolas Thirion (éd.), *Libéralisations, privatisations, régulations...*, op. cit.

33. Commission de régulation de l'énergie, *Rapport d'activité 2007*, p. 3, [http://www.cre.fr/fr/documents/publications/rapports\\_annuels](http://www.cre.fr/fr/documents/publications/rapports_annuels).

retour à une réglementation administrative dans le cadre notamment du contrôle des concentrations. En outre, dans le cadre de l'ouverture des marchés à la concurrence, le Conseil travaille en parfaite harmonie avec la Commission européenne, avec la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ou avec les AAI sectorielles.

L'organisation de la régulation multiniveaux est exigeante. Elle conduit à procéder à une double redéfinition du partage des compétences : entre niveaux politique et administratif d'une part, puis entre échelon central (qu'il soit européen ou national) et pouvoirs déconcentrés d'autre part. Or, en France, ces distinctions ne sont pas faciles à réaliser. Elles peuvent tenir à un défaut de clarté législative. Elles peuvent être issues aussi de la réitération de comportements ou méthodes connues dans un contexte qui est autre que celui de la régulation. Le domaine de la santé est révélateur de cet « empilement » sans rigueur des textes ou des institutions, des chevauchements de compétences entre différents ministères, ce qui génère confusion et absence de lisibilité<sup>34</sup>. Dans ce nouveau tableau largement impressionniste, le recours aux AAI a un effet secondaire préoccupant qui est celui du renforcement de la centralisation étatique déjà évoquée plus haut. Quelle place réserver aux AAI, celle d'acteurs, de promoteurs ou les deux dans une parfaite gouvernance multiniveaux ? La question qui se pose est alors de savoir si l'État doit être gérant ou garant de la régulation.

### 2.2.2 Les conditions d'un contrôle nécessaire des AAI

14. – La question du contrôle des AAI recouvre deux points essentiels pour notre analyse : celui de la place de l'État par rapport à ces autorités, ce qui conduit à poser la question de la place de l'État dans le changement social, et celui des méthodes de contrôle. Pour le premier point, il convient de partir du constat que les AAI sectorielles, pour indépendantes qu'elles soient, n'en procèdent pas moins par délégation du ministère de tutelle. En outre, les AAI n'existent qu'au niveau national, aucune AAI ne peut être dupliquée au niveau régional ou départemental : seul le médiateur de la République dispose d'un délégué dans chaque département. Ces observations conduisent à poser la question d'une régulation à la française, qui serait l'outil d'une nouvelle tentation centralisatrice<sup>35</sup>. D'ailleurs en 2001, le Rapport du Conseil d'État sur les AAI préconise une présence active du gouvernement auprès des AAI, par exemple par la généralisation des commissaires du gouvernement<sup>36</sup>.

15. – La création d'AAI dans le contexte de la régulation a nécessité une révolution culturelle de l'administration. Le processus, qui avait pour objectif, nous l'avons

34. V. ci-dessus Éric Malin, « Quelle place faut-il donner aux forces de marché et à l'intervention publique dans la régulation du système de santé ? », in Nicolas Thirion (éd.), *Libéralisations, privatisations, régulations...*, op. cit.

35. V. Bertrand du Marais, *Droit public de la régulation économique*, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2004, p. 568.

36. Conseil d'État, « Réflexions sur les Autorités administratives indépendantes », in *Rapport public 2001*, op. cit.

rappelé, le passage d'un état de monopole à la concurrence pour les entreprises de réseaux a eu des incidences profondes. Il a obligé l'administration à confronter l'approche du droit privé et l'approche du droit public, les préoccupations des juristes et celles des économistes, la dimension communautaire avec la dimension nationale – régionale ou locale. Or dans ce processus l'État s'est fait gérant. Il a en quelque sorte « gardé la main » à travers les AAI. Un exemple illustre cette tentation centralisatrice à travers la mission dévolue au Comité des établissements de crédits et des entreprises d'investissement (le CECEI). Cette institution est compétente pour analyser les opérations de concentrations. On peut contester la compétence de cet organe pour s'ériger en autorité de contrôle des concentrations dans le secteur bancaire. Seul le législateur peut donner la grille d'analyse du contrôle des concentrations. Un organe de l'État – ici autorité administrative non « indépendante » – ne peut exercer un pouvoir aussi attentatoire à la liberté du commerce et de l'industrie.

Pour une autre illustration et revenant sur le secteur des télécommunications, la mise en œuvre du redéploiement opéré repose en réalité largement sur l'ARCEP (ex-ART), qu'il s'agisse de délivrer des autorisations d'établissement de réseaux indépendants, de désigner les organismes intervenant dans l'évaluation de la conformité des équipements, de proposer au ministre le montant des contributions au financement du service universel, d'établir la liste des opérateurs susceptibles de prendre en charge le service universel, de régler des différends, d'émettre des avis sur des projets de loi ou règlement. Sans doute l'ARCEP travaille-t-elle conformément à la loi et de manière effective en partenariat avec le Conseil de la concurrence, nous l'avons souligné plus haut. Mais celui-ci n'émet que des avis, comme ceux relatifs à la désignation des « opérateurs considérés comme exerçant une influence significative »<sup>37</sup>. Et rappelons-le, le Conseil de la concurrence a une compétence transversale mais uniquement dans le domaine du marché. Or l'ARCEP est tout à la fois l'organe responsable de la mise en œuvre, de la promotion et du contrôle de l'équilibre des intérêts entre libéralisme et politiques sociales. Peut-il utilement et juridiquement cumuler ces missions ? Peut-il être en outre à la fois tiers et partie quand il représente aussi l'État dans son rôle d'opérateur économique comme l'est France Télécom ?

S'agissant aussi du secteur des marchés financiers, son fonctionnement démontre qu'il n'y a jamais eu autant de règles que les institutions de régulation ont à mettre en œuvre, de sorte que pour trouver quelque liberté de fonctionnement, les acteurs se tournent vers la technique de l'innovation<sup>38</sup>. L'exemple de la CRE, dont nous avons déjà souligné l'extension du champ des missions, est tout aussi topique.

37. Cons. conc., avis n° 03-A-13 du 18 juillet 2003 relatif à une demande d'avis présentée par l'Autorité de régulation des télécommunications ; Cons. conc., avis n° 04-A-17 du 14 octobre 2004 relatif à une demande d'avis présentée par l'Autorité de régulation des télécommunications.

38. V. Patrick Le Gall, « Concurrence et régulation sur les marchés financiers », Franck Martin, « Concurrence et régulation dans l'industrie de la gestion d'actifs », in Nicolas Thirion (éd.), *Libéralisations, privatisations, régulations...*, op. cit.

Mais cette première étape dans laquelle l'État reste gérant des transformations et de la régulation, en appelle deux autres, nous semble-t-il.

16. – La seconde étape dans cette révolution culturelle devrait conduire l'État à n'être plus gérant mais garant de la régulation, c'est-à-dire de l'équilibre entre libéralisation et lien social. Cette seconde étape devrait conduire par voie de conséquence les AAI aussi à prendre toute la mesure de la mission régulatoire qui leur incombe dans son champ d'intervention comme dans ses limites, et peut-être sortir de l'extrême neutralité dans laquelle se tiennent certaines agences de régulation, comme le CSA<sup>39</sup>. Peut-être peut-on voir dans la loi déjà citée du 31 décembre 2003 sur le service public dans les télécommunications les prémisses d'un État qui se veut plus garant que gérant, car la gestion revient à l'ART (devenue ARCEP). Mais encore faut-il que l'État reste le garant impartial des attributions et ne laisse pas des monopoles privés se substituer aux monopoles publics<sup>40</sup>. Il nous semble que les AAI pourraient être non seulement les acteurs mais surtout les promoteurs essentiels de cette gouvernance multiniveaux, qu'il s'agisse des niveaux structurels verticaux : du communautaire au local, ou encore des niveaux structurels horizontaux : les relations entre AAI ou AAI et ministères, qu'il s'agisse enfin des niveaux substantiels dans lesquels les AAI ont leur rôle à tenir pour l'équilibre entre les intérêts du marché et les intérêts publics tenant au lien social ou à la protection du consommateur. Or il semble que les AAI soient plus acteurs que promoteurs de cette nouvelle gouvernance et que, en qualité d'acteurs, ils n'aient pas acquis vis-à-vis de l'État toute l'autonomie nécessaire. Il est vrai qu'on requiert des autorités sectorielles d'être les acteurs techniques de la régulation ; et d'ailleurs cette qualité de régulateur technique matérialise en quelque sorte leur indépendance vis-à-vis du politique. Mais toute la contradiction est là. Comment faire l'équilibre entre les intérêts, qui est la substance même de la régulation, sans identifier au préalable une politique publique ? Cette césure du technique et du politique est en réalité fort complexe.

17. – La troisième étape de cette révolution culturelle devrait faire aussi de l'État le garant des externalités. En effet, toute agence de régulation est en quelque sorte géographiquement limitée et mono-culturelle. Elle ne se préoccupe que des équilibres qui concernent son secteur. Entre secteurs géographiques il est indispensable de créer des coopérations. C'est ainsi que sont nés les réseaux d'autorités notamment entre la Commission et les autorités de concurrence nationales (ECN) ou entre les autorités de concurrence au plan international (ICN). Et la Commission annonce la création d'un réseau des autorités de contrôle et de réglementation des services financiers<sup>41</sup>. Du point de vue culturel ensuite, entre secteurs d'activité il y a nécessairement des

39. V. Benjamin Montels, « Aspects juridiques de la régulation des relations entre la télévision et la salle de cinéma », in Nicolas Thirion (éd.), *Libéralisations, privatisations, régulations...*, *op. cit.*

40. Lucien Rapp, « France Télécom entre service public et secteur privé ou la tentation de Madrid », *AJDA*, 22 mars 2004, p. 579.

41. Arnaud Raynouard, « Vers la généralisation des réseaux d'autorités », *Les Petites Affiches*, 5 octobre 2004, p. 40.

liens, par exemple entre les télécommunications, l'audiovisuel et la presse. On a pu en effet relever que le CSA, souverain notamment dans ses décisions relatives à la publicité, ne se soucie pas des incidences dans le secteur de la presse<sup>42</sup>. Dans un processus régulateur, il appartiendrait à l'État de mettre en place des outils de conciliation des externalités là où le Conseil de la concurrence, qui a une compétence transversale sur les questions de marché, ne peut intervenir. Le secteur de la santé notamment s'enrichirait particulièrement de cette démarche quand on sait toutes les implications que le domaine de la santé représente en termes de coût pour la société – donc de prévention –, d'accès aux soins, de réglementation des métiers de la santé, d'assurances, *etc.*

18. – À ce niveau de construction du processus régulateur, il semble important que l'État se repositionne constamment dans ses différentes fonctions politiques, administratives, législatives, judiciaires. Sans doute l'approche classique de la séparation des pouvoirs est-elle battue en brèche et sans doute aussi cette évolution est-elle consacrée par le Conseil constitutionnel<sup>43</sup>. Mais la distinction État – autorité de régulation doit être pertinente par rapport au pouvoir gouvernemental. Il doit avoir une mission distincte de celle des AAI et avoir un contrôle sur ces institutions car il doit éviter tout conflit d'intérêt entre ses fonctions d'opérateur économique et ses fonctions de responsable d'une régulation équilibrée et équitable d'un marché concurrentiel national mais aussi communautaire et international. En conséquence, le recours aux AAI doit être encadré par quelques principes qui ne sont pas sans rappeler ceux de proportionnalité et subsidiarité. Il conviendrait peut-être d'analyser le caractère nécessaire de la création et du maintien de chaque AAI en prévoyant un réexamen périodique de maintien et de ses missions car la définition des missions induit celle des prérogatives.

19. – La description de ce processus qui requiert de l'État d'être le garant renvoie au modèle néocorporatiste. Celui-ci implique en effet que « l'État délègue une part de ses pouvoirs de gestion à des groupes en contrepartie de leur participation à la définition ou la conduite de politiques, qui s'en trouvent en retour légitimées. Le tout constitue une régulation des médiations entre la société et les structures décisionnelles de l'État »<sup>44</sup>. En 1978, Pizzorno faisait l'analyse du néocorporatisme à travers le phénomène des « trente glorieuses » ; trente années encore après n'y aurait-il pas lieu d'analyser le néocorporatisme communautaire ? Ce type d'analyse de la régulation des politiques publiques et communautaires est en outre fortement corrélé à l'amplification d'un nouveau phénomène normatif.

42. V. P. Le Floch, « Aspects économiques de la régulation des relations entre la presse et la télévision », in Nicolas Thirion (éd.), *Libéralisations, privatisations, régulations...*, *op. cit.*

43. Cons. const., décision n° 88-248 DC 17 janvier 1989, in L. Favoreu et L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*

44. Jean-Pierre Gaudin, *L'action publique – Sociologie et politique*, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2004, p. 134.



### 3 AUTORITÉS SECTORIELLES DE RÉGULATION ET AUTORITÉS DE CONCURRENCE : GESTATION D'UN DROIT DE LA RÉGULATION

20. – L'identification de la mission des autorités spécialisées sectorielles mais aussi des autorités de concurrence conduit à s'interroger sur le droit appliqué. Or le droit de la régulation emprunte au phénomène régulateur sa caractéristique qui est d'être aussi un processus car il évolue au fur et à mesure qu'on le pratique<sup>45</sup>. « L'opposition entre droit de la régulation et droit de la concurrence est formellement dépassé », a-t-on pu analyser<sup>46</sup>; il nous semble qu'il peut même être substantiellement dépassé car l'un et l'autre conjuguent des méthodes normatives particulières et qui s'apparentent. Cependant, la lisibilité est délicate car, selon les milieux concernés, la réceptivité sera différente puisque l'un et l'autre phénomène s'inscrivent dans une dynamique et un renouvellement perpétuels. Et cette mouvance s'observe à deux niveaux. D'un premier point de vue, la caractéristique du droit de la régulation est que son champ est délimité en fonction de l'effectivité du rôle tenu par les AAI (3.1). D'un second point de vue, plus substantiel, la caractéristique du droit de la régulation est sa malléabilité, peut-être même – et par voie de conséquence – son insécurité juridique. Dès lors la question de la malléabilité du droit de la régulation est-elle intimement liée à la question du processus normatif (3.2).

#### 3.1 Les AAI : acteurs de la délimitation du champ du droit de la régulation

21. – Droit de la concurrence et droit de la régulation sont ensemble instruments d'organisation des équilibres, d'amélioration des performances et d'arbitrage des intérêts<sup>47</sup>. Plus précisément, ces caractères de la régulation se rencontrent aussi bien dans le droit de la concurrence que dans les droits sectoriels. Il nous semble en effet que le processus normatif régulateur peut être identifié aussi bien dans le droit de la concurrence entendu au sens communautaire, c'est-à-dire comme le droit du marché, que dans le droit sectoriel. Or la détermination du domaine de ce processus dépend d'un double mouvement, des règles de son appropriation par les AAI, d'une part (3.1.1) et des conditions de cette appropriation par ces mêmes AAI, d'autre part (3.1.2).

45. Lucile Schmidt, « Les outils techniques disponibles, les choix et les combinaisons », *op.cit.*, p. 99.

46. Laurence Boy, *Le droit de la concurrence : régulation et/ou contrôle des restrictions de concurrence*, EUI Working paper Law, n° 2004/9, <http://www.iue.it/PUB/law04-9.pdf>.

47. *Ibid.*

### 3.1.1 Champ de la réglementation, champ de la régulation

22. – Les textes communautaires et nationaux – qu’ils soient d’origine législative ou réglementaire – donnent le champ de la régulation. Il appartient aux AAI de les mettre en œuvre, de les rendre effectifs. Or le contenu de la régulation est distinct selon les secteurs concernés. Les réglementations des télécommunications par exemple ont essentiellement une finalité économique et comportent deux volets. D’abord, les textes définissent le cadre de la régulation du marché : définition des compétences des acteurs de la régulation, fixation du régime juridique des activités de télécommunications – notamment procédures d’autorisation –, définition des principales règles régissant les relations entre les acteurs du marché, notamment dans le domaine de l’interconnexion, définition des modalités de gestion de certaines ressources comme les numéros de téléphone et les fréquences radioélectriques. Par ailleurs, et il s’agit du second volet, la réglementation prend pleinement en compte l’importance des services de télécommunications dans le lien social et pour l’aménagement du territoire. La régulation a ici pour objet la mise en œuvre de l’équilibre entre la concurrence et l’accès au service, notamment la mise en place d’un service universel. Or la construction spécifique de ce service laisse la place au processus normatif pour les autorités concernées.

Le domaine de l’électricité et du gaz connaît pareil cheminement, avec l’identification précise des trois secteurs qui relèvent de la concurrence : production, négoce, fourniture, alors que dans cette chaîne le maillon transport/distribution est extrait de la logique de marché pour le soumettre à la régulation par la CRE.

23. – En revanche, les secteurs marchés financiers, santé et audiovisuel sont plus hétérogènes, bien que la question de leur soumission au mécanisme régulateur se pose. Dans le domaine des marchés financiers, « la réglementation n’a jamais été aussi stricte qu’aujourd’hui », sur bien des points elle est plus tatillonne et contraignante qu’autrefois<sup>48</sup>. Ces contraintes importantes sont issues des pouvoirs publics et de la concurrence. L’objectif est de canaliser les risques systémiques sur l’économie et la société compte tenu de l’imbrication des marchés globalisés. On observe bien la recherche d’un équilibre fragile. Son objet sera la prise en considération d’intérêts divers comme ceux des investisseurs, des épargnants et l’égalité entre les marchés. Mais cet objectif est davantage issu du pouvoir régalién que du processus normatif régulateur.

Le secteur santé subit une dilution et une confusion des responsabilités et des pouvoirs, mais aussi la poursuite d’objectifs extra-sanitaires. En réalité, le secteur santé recourt massivement, pour la plupart de ses fonctions, aux réglementations (prix des actes, *numerus clausus* des médecins, implantations des pharmacies et hôpitaux). Si les arguments en faveur des réglementations sont nombreux compte

48. V. P. Le Gall, « Concurrence et régulation sur les marchés financiers », Franck Martin, « Concurrence et régulation dans l’industrie de la gestion d’actifs », in Nicolas Thirion (éd.), *Libéralisations, privatisations, régulations...*, op. cit.

tenu des spécificités de ce secteur, ce système présente ses limites car il engendre notamment des comportements stratégiques des acteurs<sup>49</sup>. Pour ce secteur, l'approche politique de la régulation reste à imaginer. Elle devrait appréhender l'interaction entre les groupes d'intérêt plus ou moins organisés, les différentes externalités et une réflexion économique.

L'audiovisuel quant à lui connaît un sort distinct puisque historiquement il a plutôt fait l'objet d'une organisation issue de règles professionnelles et de nombreux usages spécifiques, consacrée peu à peu par des textes législatifs en vue de l'émergence de normes uniques<sup>50</sup>. Les pouvoirs publics se sont notamment fortement impliqués dans les accords collectifs. Ce secteur a plutôt fait l'objet d'une autorégulation qui a nécessité le recours à la réglementation pour restituer des équilibres et une homogénéité. Le temps de l'hétérorégulation est venu pour la recherche d'un équilibre entre compétition et préservation des intérêts extra-économiques rattachés à la diffusion des films.

Enfin, presse et télévision sont ensemble des médias réglementés distinctement, ce qui pose des problèmes d'externalités non régulées ou des compétitions inutiles et contre-productives, notamment sur le marché de la publicité « asséché » en quelque sorte par la télévision aux dépens de la presse. Ils ont en commun d'être les véhicules des informations. Le secteur de la presse a une forte identité dont les caractères viennent de la nature de bien collectif et de la représentation des valeurs extra-économiques. En conséquence, une corégulation est mise en place par l'État et les organes comme la Commission paritaire des publications et agences de presse (CPPAP) et l'Agence France-Presse (AFP) en vue de préserver le pluralisme, condition aussi du bon fonctionnement de la démocratie<sup>51</sup>. Mais les relations État-éditeurs sont mal définies et méritent d'être clarifiées. Dans ce secteur, ce sont les valeurs extra-économiques qui prédominent et conditionnent l'organisation du secteur avec un fort taux de subventions de l'État. Et curieusement, c'est précisément parce qu'on s'est insuffisamment préoccupé des aspects économiques, que les réalités financières ont rattrapé les propriétaires de journaux et que de fortes concentrations ont eu lieu, indépendamment de la volonté contraire de l'État. Une nouvelle régulation avec désengagement partiel de l'État et un certain degré de logique concurrentielle sont à imaginer.

24. – En quelque sorte, la recherche d'équilibre et l'adaptation de la règle sont consubstantiels à la régulation et à une réglementation en creux. La réglementation

49. V. Didier Danet, « AKU (ou l'impossible régulation du système de santé français) » et Éric Malin, « Quelle place faut-il donner aux forces du marché et à l'intervention publique dans la régulation du système de santé ? », in Nicolas Thirion (éd.), *Libéralisations, privatisations, régulations...*, *op.cit.*

50. V. B. Montels, « Aspects juridiques de la régulation des relations entre la télévision et la salle de cinéma », in Nicolas Thirion (éd.), *Libéralisations, privatisations, régulations...*, *op.cit.*

51. V. P. Le Floch, « Aspects économiques de la régulation des relations entre la presse et la télévision », in Nicolas Thirion (éd.), *Libéralisations, privatisations, régulations...*, *op.cit.*

doit rester générale et donner les perspectives afin de permettre une certaine souplesse, gage de recherche permanente de l'équilibre des intérêts et d'accompagnement des évolutions nées de la dynamique concurrentielle. Somme toute, dans les différents secteurs, les autorités ou agences instituées par le pouvoir régalién jouent leur propre partition dans la mise en œuvre du concert de la régulation.

### 3.1.2 Champ de la régulation : le rôle des AAI

25. – Maîtres d'œuvre des régulations sectorielles, les AAI ont un rôle non négligeable dans la définition du champ de la régulation et dans le degré de son effectivité. Compte tenu de leurs pouvoirs de maîtres d'œuvre, mais aussi de contrôleurs et de producteurs de règles, il leur revient de rendre effectif le système de régulation et de lui donner une certaine dynamique. Le Conseil de la concurrence, au confluent de la libéralisation des industries de réseaux, tient aussi sa place tout autant dans la mise en œuvre du cadre réglementaire que dans l'émergence d'un processus régulateur.

26. – Selon les secteurs, les autorités de régulation ont ou non un champ d'intervention, et dans celui-ci ont un degré d'occupation différent. Les critiques adressées au secteur santé mettent en lumière la difficile adaptabilité d'outils trop fermement réglés. Ainsi, les *numerus clausus* relatifs aux professions médicales ont-ils des effets contre productifs certains, tant en termes d'accès aux professions qu'en termes d'accès aux soins. Seul le ministère intervient dans ce domaine et aucune agence de régulation n'existe. En fait, il n'y a pas vraiment de régulateur, à moins de considérer qu'ils sont multiples puisqu'interviennent concomitamment l'État au travers de ministères et la Caisse d'assurance maladie. Seulement l'absence de clarté dans la répartition des rôles interdit toute régulation sectorielle réelle. Pourtant, l'organe de régulation devrait avoir pour mission de favoriser les fonctions essentielles de ce système. Les fonctions d'assurance permettant de couvrir les frais liés au risque maladie et de production des soins destinés à améliorer l'état de santé de la population ont pourtant bien été identifiées<sup>52</sup>. Le rôle d'un régulateur serait d'associer ainsi l'évaluation d'un bon fonctionnement d'un marché, tout en garantissant l'équité dans l'allocation de ressources : efficacité et équité.

27. – L'effectivité du processus normatif régulateur diffère en outre selon l'utilisation que les organes de régulation font de leurs pouvoirs. Par exemple, il a été regretté que les autorités de régulation des marchés financiers n'aient pas su adapter leurs procédures malgré les évolutions substantielles des marchés, notamment vers l'international<sup>53</sup>. À l'inverse, à son époque, la COB jouait un rôle non négligeable

52. V. Didier Danet, « AKU (ou l'impossible régulation du système de santé français) » et Éric Malin, « Quelle place faut-il donner aux forces du marché et à l'intervention publique dans la régulation du système de santé ? », in Nicolas Thirion (éd.), *Libéralisations, privatisations, régulations...*, *op. cit.*

53. P. Le Gall, « Concurrence et régulation sur les marchés financiers », Franck Martin, « Concurrence et régulation dans l'industrie de la gestion d'actifs » et Patrick Stéphane, « L'évolution du cadre

non seulement dans la régulation des marchés mais également auprès des professionnels. Il n'est pas contestable que ses avis avaient un haut degré de réceptivité. En outre, en 1989 un véritable « cahier des charges » sur les conditions d'une régulation a été dressé<sup>54</sup>.

Pour réguler le secteur de l'audiovisuel, de nombreuses discussions et négociations ont été menées à l'instigation du CNC. Le CNC a en effet un pouvoir réglementaire mais l'on a fait observer<sup>55</sup> qu'il pourrait l'utiliser de manière plus forte dans un processus d'homologation des accords. Il y a en effet beaucoup à faire encore par exemple dans la régulation multiniveaux ou multipartites pour la régulation du nombre de copies de chaque film dans les salles. D'autant que le droit de la concurrence n'a pas réussi à prendre en compte ces spécificités du secteur cinéma.

Pour le secteur des médias, presse et télévision, le problème est celui d'une conservation des modes différenciés de régulation en vigueur. En conséquence, chaque secteur est géré de façon indépendante par deux agences de régulation : le CSA et la Commission paritaire des publications et agences de presse, différente d'une AAI, mais toutefois commission indépendante qui donne des avis ayant valeur d'actes administratifs. Or la question qui se pose ici ne tient pas à l'effectivité de l'exécution des missions de ces autorités, mais à la définition du secteur à réguler. Presse et télévision sont-elles encore deux secteurs distincts dans le paysage économique ? Ne conviendrait-il pas mieux d'envisager la régulation du secteur des médias, en apportant par voie de conséquence des outils de mesure, d'équilibre et d'harmonie entre les différents médias, et surtout entre les organes de régulation ?

28. – Outre ces observations, le rôle des AAI requiert de porter aussi notre attention sur la mise en place du service universel. Pour les télécommunications par exemple, le cadre juridique du service universel est issu de la loi n° 2003-1365 du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom<sup>56</sup> qui concerne notamment la désignation des opérateurs chargés du service universel et du décret d'application n° 2004-1222 du 17 novembre 2004 qui précise les obligations de service universel<sup>57</sup>.

---

d'exercice des marchés réglementés et de leurs autorités en Europe. Bilan et perspectives», in Nicolas Thirion (éd.), *Libéralisations, privatisations, régulations...*, *op. cit.*

54. V. P. Le Gall, « Concurrence et régulation sur les marchés financiers », Franck Martin, « Concurrence et régulation dans l'industrie de la gestion d'actifs », in Nicolas Thirion (éd.), *Libéralisations, privatisations, régulations...*, *op. cit.*
55. V. B. Montels, « Aspects juridiques de la régulation des relations entre la télévision et la salle de cinéma », in Nicolas Thirion (éd.), *Libéralisations, privatisations, régulations...*, *op. cit.*
56. *JORF*, n° 1, 1 janvier 2004, p. 9.
57. Décret n° 2004-1222 du 17 novembre 2004 relatif aux obligations de service public et au financement du service universel des communications électroniques et modifiant le code des postes et des communications électroniques, *JORF*, n° 269, 19 novembre 2004, p. 19497.

Le service public matériel ne disparaît pas ; c'est seulement son sort qui est désolidarisé de celui de l'opérateur historique<sup>58</sup>. Il se recompose de la façon suivante :

- le service universel (c'est aujourd'hui le téléphone, l'internet bas débit, les cabines publiques, les services de renseignement et d'annuaire, en tous points du territoire) ;
- les services obligatoires (qui doivent être fournis sur l'ensemble du territoire mais ne sont pas soumis à des contraintes particulières en matière tarifaire) ;
- les missions qui sont soit d'intérêt général (qui regroupent des obligations incombant à l'ensemble des opérateurs comme la défense et la sécurité publique), soit des missions assurées pour le compte de l'État (enseignement supérieur des télécommunications, recherche publique dans le secteur des télécommunications).

Or cette nouvelle structure engendre cumulativement des arbitrages, des partenariats et des délégations. En réalité, le processus d'ouverture à la concurrence conduit à une démarche séquentielle. D'abord, les pouvoirs publics recherchent l'avis de l'autorité de concurrence sur la réglementation du secteur concerné et la transposition des directives européennes<sup>59</sup>. Ensuite, on bascule plus précisément dans la régulation. Il appartient alors aux autorités sectorielles de participer à l'adaptation du nouveau cadre réglementaire, de veiller au comportement des opérateurs historiques et des nouveaux entrants, tout en organisant le service public. En conséquence, les vides, les blancs ou les creux de la réglementation législative nationale ou communautaire laissent une place considérable à la régulation normative juridique née des autorités sectorielles ou de concurrence. Et nous pouvons illustrer ce propos par le fameux arrêt *Altmark* de la CJCE du 24 juillet 2003 qui définit les obligations de service public et auquel tout un chacun se réfère dans la pratique<sup>60</sup>. Enfin, l'étape ultime du processus serait l'effacement progressif de la régulation sectorielle au profit du droit de la concurrence, selon le rapport d'activité 2006 de l'ARCEP<sup>61</sup> où on lit que « cette réussite est aussi le fruit d'une régulation pragmatique et efficace qui s'est appuyée sur un cadre réglementaire et institutionnel sûr. Grâce à des directives européennes bien conçues et fidèlement transposées par le Parlement en droit national, à des

58. Lucien Rapp, « France Télécom entre service public et secteur privé ou la tentation de Madrid », *op. cit.*, p. 581.

59. Frédéric Marty, « Analyse de la libéralisation des industries de réseaux au travers de la jurisprudence du Conseil de la concurrence français », *RIDE*, 2004, p. 435 ; spécifiquement l'auteur cite les avis donnés par le Conseil dans le secteur de l'électricité : avis n° 94-A-15 du 10 mai 1994 sur les problèmes soulevés par la diversification des activités d'EDF et de GDF au regard de la concurrence ou encore avis 98-A-05 du 28 avril 1998 qui se rapporte à la transposition française de la directive de libéralisation du secteur électrique.

60. CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans et Regierungspräsidium Magdeburg*, aff. C-280/00, *Rec.*, 2003, p. I-7747 suivi notamment par la décision de la Commission relative à une notification française d'aide d'État, 16 novembre 2004, aide d'État N 381/2004 – France, *JOCE*, C/162, 2 juillet 2005.

61. Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, *Rapport d'activité 2006*, « Éditorial », *op. cit.*, p. 4.

gouvernements successifs qui ont doté le régulateur de moyens nécessaires à son action, l'Autorité a pu créer une dynamique concurrentielle positive qui a favorisé l'investissement, l'innovation et l'aménagement du territoire au service de l'intérêt général».

Plus récemment, le processus d'ouverture des marchés du gaz et de l'électricité à la concurrence a conduit la Commission de régulation de l'énergie à déclarer dans son rapport d'activité de juin 2007<sup>62</sup>, avoir pour mission claire d'œuvrer « à la réussite de l'ouverture des marchés de l'électricité et du gaz aux consommateurs résidentiels », et de s'impliquer « activement dans les travaux menés par la Direction générale transport et énergie de la Commission européenne ainsi que dans ceux conduits par l'association des régulateurs européens ».

29. – L'effectivité du processus normatif régulateur est aussi dépendante du rôle tenu par les autorités de concurrence. Une recherche statistique effectuée sur la typologie des décisions prises par le Conseil de la concurrence apporte des enseignements éclairants<sup>63</sup>. Que, par la voie des avis, le Conseil intervienne en amont pour détecter les dommages à l'économie, pour définir le champ concurrentiel du secteur concerné, la séparation comptable des différentes activités d'EDF<sup>64</sup> ou la concurrence sur le marché français du crédit<sup>65</sup>, la dimension normative de l'action publique s'en trouve transférée. En effet, les demandes d'avis prédominent dans les secteurs encore dans la logique de la réglementation publique et émanent essentiellement des ministères concernés. Que le Conseil ensuite intervienne plus en aval en vue de sanctionner ou de prendre des mesures conservatoires cette fois, c'est le dommage à un tiers qui est pris en compte, concurrent ou consommateur, la mise en place de la nouvelle réglementation ayant été effectuée par l'autorité sectorielle. Quels que soient le secteur concerné et son état d'avancement dans le processus dit de libéralisation, le processus de la régulation est identifiable dans ces différentes étapes. Ensuite, dans ce schéma général, chaque secteur construit une régulation multimodale et multiniveaux, qui a pour fonction d'embrasser toutes les dimensions et d'impliquer dans une démarche dynamique les acteurs concernés. Enfin, il revient à chaque secteur d'imaginer ses propres outils d'adaptation car il n'y a de bonne régulation que flexible.

### 3.2 Les AAI : promoteurs d'un droit malléable ou de standards ?

30. – L'un des instruments indispensables mis au service du régulateur est le pouvoir normatif. Le Conseil d'État, dans son rapport sur les AAI de 2001, souligne l'intérêt

62. Commission de régulation de l'énergie, *Rapport d'activité 2007*, *op. cit.*

63. Frédéric Marty, « Analyse de la libéralisation des industries de réseaux... », *op. cit.*

64. Cons. conc., avis 2000-A-29 du 30 novembre 2000 relatif à la séparation comptable entre les activités de production, transport et distribution d'électricité.

65. Cons. conc., avis 96-A-12 du 25 juin 1996 relatif à une demande d'avis de l'Association française des banques concernant le fonctionnement des services financiers.

de disposer, d'un point de vue normatif, « de la capacité de réaction rapide d'une AAI en lui confiant le soin d'adapter la réglementation applicable au secteur dont elle a la charge »<sup>66</sup>. Sans doute, la régulation appelle-t-elle la nécessité d'une adaptabilité de la norme (3.2.1) dont on peut identifier les techniques (3.2.2). Toutefois l'enjeu est aussi la sécurité juridique (3.2.3).

### 3.2.1 La nécessité d'une norme malléable

31. – La régulation interagit avec l'environnement. Si on répertorie toutes les personnes qui ont exercé une action auprès du Conseil de la concurrence, celui-ci est constitué aussi bien du pouvoir politique (assemblée, sénat ou ministère), d'un opérateur historique, d'une entreprise, d'une organisation patronale ou professionnelle, d'une association professionnelle, d'une association de défense des consommateurs, ou d'une collectivité territoriale<sup>67</sup>. L'enjeu de la régulation est notamment de réduire la distance entre l'autorité sectorielle et les personnes concernées. Aussi la réactivité commande-t-elle que la norme soit adaptable ou spécifiquement élaborée. Or chaque secteur va construire ses propres règles. De la sorte, l'exigence d'adaptabilité conduit à une hypertrophie conjuguée à une hyperspécialité de cette création normative.

32. – Selon les différents secteurs de la régulation, les études ci-dessus ont mis en lumière les exigences requises, et parfois regretté le déficit d'adaptabilité. Par exemple, les domaines de la finance et de l'audiovisuel commandent des innovations constantes, sous peine de ne pas suivre les évolutions et de freiner le développement. Ainsi les marchés financiers ont-ils recours au processus créatif de techniques nouvelles pour permettre une adaptabilité à un marché considéré comme trop réglementé et pas assez régulé. On a regretté que les autorités de régulation n'aient pas su (ou pu) adapter plus vite leurs procédures. Le déficit dans la capacité à s'adapter ici est prégnant. Or, dans une économie en constante évolution, il y a risque à ne pas anticiper car alors sur le marché organisé prédomine une forme d'autorégulation.

L'audiovisuel commandera toujours une régulation en amont et en aval. Si l'on peut éventuellement considérer que des secteurs comme l'électricité ou les télécommunications, une fois organisés sous le régime concurrentiel, peuvent n'être régulés que *ex post* par le droit de la concurrence, et non plus *ex ante*, ce schéma n'est pas pertinent pour l'audiovisuel compte tenu du taux élevé et constant d'innovation dans ce secteur. Aussi l'adaptabilité est-elle exigée si l'on veut une hétérorégulation, au lieu de s'en tenir à l'autorégulation qui était seule en œuvre.

33. – Et quand bien même nous aurions un secteur déjà organisé précisément comme celui des télécommunications, du gaz ou de l'électricité, sans préjuger des

66. Conseil d'État, « Réflexions sur les Autorités administratives indépendantes », in *Rapport public 2001, op. cit.*

67. V. analyse statistique de Frédéric Marty, « Analyse de la libéralisation des industries de réseaux... », *op. cit.*



innovations qui interviendraient et nécessiteraient aussi une adaptation *ex ante*, les conditions de la concurrence sont aussi un facteur de changement, au même titre que l'innovation technologique. Les conditions de la concurrence changent sans cesse, or il s'agit encore d'autant de défis que doivent relever les autorités de régulation. En effet, dans les objectifs de la régulation l'ouverture des marchés à la concurrence commande tout aussitôt de faire la synthèse entre l'objectif d'efficacité des opérateurs et le souci d'équité qui inspire les politiques publiques. Or cet équilibre est fragile et en perpétuel mouvement. Au fil des évolutions sociétales et sociales, des politiques publiques et de la jurisprudence des autorités françaises et communautaires, cette synthèse reste l'une des préoccupations majeures du régulateur qui commande en conséquence une adaptation constante *ex ante*. Le rôle des autorités de régulation est alors de gérer ou d'accompagner les innovations existantes, mais aussi de les susciter en adaptant les règles d'exercice de la concurrence.

### 3.2.2 Les techniques d'une norme malléable

34. – Le processus régulateur a ceci de particulier que la norme n'est plus exclusivement construite par le législateur et rendue directement applicable auprès de son destinataire. Des organes intermédiaires sont institués en vue de mettre en œuvre des règles d'ensemble et des politiques publiques. Le processus institutionnel a changé radicalement en multipliant les acteurs tant au niveau horizontal que vertical, international, communautaire et national, et les intérêts en cause sont tout aussi multiples, l'objectif de la régulation étant précisément l'élaboration d'un équilibre<sup>68</sup>. Ce faisant, la malléabilité du droit de la régulation provient des procédures complexes issues de ce nouveau paysage, qu'il s'agisse selon les cas d'autorégulation, de corégulation ou d'hétérorégulation. Ces procédures de création de la norme et de coopération horizontale ou verticale ont été analysées dans les études ci-dessus et nous n'y reviendrons pas. Il convient de remarquer qu'elles empruntent essentiellement à deux types de techniques : la méthode du standard et la méthode de l'organisation de l'activité par voie de modification du contrat.

35. – S'agissant de la méthode du standard, il convient d'observer que la fiabilité des services rendus commandent la mise en place de procédures communes, de fonctionnements automatisés, ou des modes d'exploitation universellement reconnus. De nombreux domaines économiques connaissent un courant de standardisation. Et plus précisément les secteurs de réseaux, ceux-là même qui nous occupent, font nécessairement appel à la standardisation et la normalisation. Selon une définition reconnue par le ministère de l'Économie et des Finances, le standard est un document descriptif d'une solution adoptée en commun sur une base volontaire ; dans l'espace européen, la norme (technique) est le document descriptif d'une solution adoptée en commun sur une base volontaire par l'ensemble des acteurs

68. Voir notamment la synthèse de Laurence Idot sur le colloque « Internormativité et réseaux d'autorités », *Les Petites Affiches*, 5 octobre 2004, p. 63.

économiques concernés et qui émane des organismes officiels de normalisation. Le consensus envers la norme est exigé à un degré plus fort qu'envers le standard. Or on constate que le développement de ce mouvement, accompagné par la labellisation, les codes de déontologie sont l'émanation d'une corégulation. Cette approche permet au régulateur d'utiliser toutes les sources possibles d'instruments issus de la réglementation et de l'autorégulation. L'art de la corégulation étant l'aptitude à conjuguer ces instruments.

36. – Les méthodes d'organisation d'activité sont utilisées aussi bien par les autorités sectorielles que par les autorités de concurrence, davantage dans l'étape du contrôle ou de la sanction. Pour ces dernières, il est particulièrement intéressant de constater une évolution dans le champ de leur mission. Plus précisément, la procédure transactionnelle issue du droit communautaire et transposée à l'article L 464-2 du Code de commerce permet au Conseil d'adapter la sanction avec les intéressés. Tel fut notamment le cas dans une décision du Conseil relative aux pratiques mises en œuvre par La Poste dans le cadre de ses contrats<sup>69</sup>. Ou encore l'ordonnance du 4 novembre 2004 qui donne au Conseil de nouveaux moyens notamment dans le domaine des engagements<sup>70</sup>. L'entreprise concernée peut proposer des engagements de nature à répondre aux préoccupations d'atteinte à la concurrence et ainsi, avant toute notification de griefs, mettre fin à la procédure. Il s'agit là de contrôle *ex ante*.

Mais ne passe-t-on pas insensiblement du contrôle à la régulation *ex ante*? En effet, ces procédures conduisent à revoir un contrat, à redessiner une restructuration d'entreprises dans le cadre par exemple des concentrations. Il s'agit de rétablir un équilibre, concurrentiel certes, mais un équilibre qui tienne compte aussi d'une négociation entre autorités et entreprises concernées. La Commission européenne pratique largement la méthode des transactions dans les restructurations communautaires. La communication de la Commission européenne du 8 décembre 2006 sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur les ententes renforce davantage encore la démarche pour la rendre homogène au niveau de l'UE<sup>71</sup>. Pour la France, l'ordonnance de 2004 permet aussi au Conseil de la concurrence de prononcer des astreintes, ce qui va considérablement renforcer son action en matière d'injonction. Or la procédure d'injonction conduit à une redéfinition du cadre contractuel dans lequel agit l'entreprise. Il existe des

69. Cons. conc., décision n° 04-D-65 du 30 novembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par La Poste dans le cadre de son contrat commercial. Précédemment, le Conseil avait mis en œuvre cette procédure dans les décisions n° 04-D-30 du 7 juillet 2004 relative à des marchés publics de transport scolaire en Haute-Corse, n° 04-D-37 du 27 juillet 2004 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des pompes funèbres dans le Val-de-Marne, 04-D-42 du 4 août 2004 relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre du marché de la restauration de la flèche de la cathédrale de Tréguier.

70. Ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 portant adaptation de certaines dispositions du code de commerce au droit communautaire de la concurrence, *JORF*, n° 258, 5 novembre 2004, p. 18689.

71. *JOUE*, n° C298, 8 décembre 2006, p. 17.

liens profonds entre régulation des marchés et droit de la concurrence<sup>72</sup> quant aux objectifs. Mais il en existe aussi quant aux techniques car le droit de la concurrence, comme le droit de la régulation, produit une activité de construction de la norme et pas seulement de contrôle. Pour illustrer ce dernier propos, on peut citer l'avis du Conseil du 29 janvier 2004 concernant la réglementation de l'activité des taxis<sup>73</sup>. Dans cet avis, on peut se demander si le Conseil n'a pas outrepassé ses fonctions en allant au-delà de la question posée et en proposant une réforme en profondeur de la réglementation des taxis.

37. – De quasi-juridictions ces autorités ne deviennent-elles pas insensiblement des quasi-législateurs ? Dans l'ordre réglementaire les pouvoirs publics doivent être garants du respect des intérêts généraux<sup>74</sup>. Certes, mais l'État ne doit-il pas être garant de la sécurité de la norme ?

### 3.2.3 Les principes qui encadrent la norme malléable

38. – On peut constater que l'approche de la régulation néglige la problématique de la stabilité de la norme et de la sécurité juridique. Il reste que si l'on veut parler d'un droit de la régulation, le système normatif doit prévoir en son sein des règles qui contrôlent et sanctionnent. Or ce problème de la malléabilité de la norme se pose aussi bien dans le droit public<sup>75</sup> que dans le droit privé de la régulation économique, si tant est que cette distinction soit d'ailleurs pertinente. D'un point de vue institutionnel, la question posée renvoie d'abord à notre problématique première qui est celle de la place, de la légitimité du régulateur, et plus précisément de son rôle et de sa responsabilité. Il conviendrait, nous l'avons souligné, de disposer des outils d'évaluation et d'une temporalité dans cette évaluation, ce qui pourrait apporter un début de réponse à la stabilité de la norme. En outre, le caractère malléable de la norme, du point de vue substantiel, pose la question de la sécurité juridique des transactions et des conditions de leur contestation. Pourtant, il ne s'agit pas non plus d'éviter ce qui est nouveau et efficace, au prétexte que cela présente un danger. N'est-ce pas le propre de la science juridique que d'accompagner les mouvements et de puiser dans ses principes des règles qui éclairent et encadrent le débat ? Les principes de transparence et de proportionnalité semblent être de ceux qui sous-tendent la régulation. La loi elle-même y recourt comme par exemple, dans son article L 32-1 du Code des postes et des communications électroniques traitant des missions de l'ARCEP en lien direct avec le consommateur dispose : « Dans le cadre de leurs attributions respectives, le ministre chargé des communications électroniques et l'ARCEP prennent, dans des conditions objectives et transparentes, des mesures

72. V. Laurence Boy, *Le droit de la concurrence : régulation et/ou contrôle des restrictions de concurrence*, *op. cit.*

73. Cons. conc., avis 04-A-04 du 29 janvier 2004 relatif à une demande de la Fédération nationale des taxis indépendants concernant la réglementation de l'activité des taxis.

74. V. Claude Champaud, « Régulation et droit économique », *op. cit.*

75. Bertrand du Marais, *Droit public de la régulation économique*, *op. cit.*, p. 571.

raisonnables et proportionnées aux objectifs poursuivis et veillent [etc.]». Or il n'est pas neutre d'observer que ces deux principes, transparence et proportionnalité, sont aussi ceux-là même qui sont requis en droit de la concurrence, ou dans le droit communautaire, voire même en droit international des contrats. On peut dès lors considérer que de tels principes ont toute vocation à cadrer la mise en œuvre de la régulation. La norme, qu'elle soit malléable ou non, contient en elle une qualité et un gage de son avenir. Qu'elle soit instrument issu du pouvoir régalién ou non, ce qui importe c'est sa réceptivité en qualité de norme à l'égard des principes généraux du droit. Dès lors qu'elle est soumise à ces principes, il est de la responsabilité des juges de les faire respecter. Mais quels sont ces juges ?

**SUMMARY:**

***POLICY AUTHORITIES AND COMPETITION  
AUTHORITIES : PLAYERS INVOLVED IN ECONOMIC  
REGULATION***

*The issue at hand is that concerning the position of sectional authorities and competition in regulation. Since they are both players in the regulation process they are involved both in the organisation of economic sectors and in the creation of standards. The field-work analysis of the horizontal and vertical relations between both of them above all shows that a powerful and operational phenomenon is at work which reforms government policies, reshapes the place of government power, creates legal structures and uses standards for its own ends. The action of sectional and competitive authorities is decisive since both of them implement the process on two levels, firstly on the structural level, and then on the level of standards.*

**Mots clés :** Régulation, autorité administrative indépendante, autorité sectorielle, autorité de concurrence

**Keywords :** Regulation, regulation authority, policy authority, competition authority

**Subject Descriptors** (*Econlit* Classification System): H110, K230, L400