

Thèmes & commentaires

Droit et économie de la régulation

Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation

Sous la direction de
Marie-Anne Frison-Roche

PRESSES DE SCIENCES PO et DALLOZ

**Règles et pouvoirs
dans les systèmes de régulation**

Droit et économie de la régulation

Directeur

Marie-Anne Frison-Roche, professeur des Universités à Sciences-Po

Comité de rédaction

Sophia Aboudrar, maître de conférence à Sciences-Po, rédacteur en chef

Hugues Bouthinon-Dumas, ATER à l'Université Paris-Dauphine,
rédacteur en chef adjoint

Comité scientifique

Loïc Azoulay, professeur à l'Université de Rouen

Fabrizio Cafaggi, professeur à l'Institut Universitaire Européen, Florence

Paul Didier, professeur émérite à l'Université Paris II

Jean-Michel Glachant, professeur à l'Université Paris XI

Patrick Messerlin, professeur des Universités à Sciences-Po

Maurice Nussenbaum, professeur à l'Université Paris-Dauphine

Patrick Rey, professeur à l'Université de Toulouse

Enrique Saravia, professeur à la Fondation Getulio Vargas, Brésil

René Sève, professeur à Sciences-Po

Mark Thatcher, *senior lecturer*, London School of Economics, Londres

Jacques Ziller, professeur à l'Institut universitaire européen, Florence

Pour toute correspondance :

Marie-Anne Frison-Roche

Chaire Régulation

96, rue Saint-Dominique

75007 PARIS, France

0033 1 53 59 98 31

0033 1 53 59 93 24 (fax)

mafr@noos.fr

Droit et économie de la régulation

Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation

Volume 2

sous la direction de

Marie-Anne Frison-Roche

avec les contributions de

Jean-Paul Bouttes	Jean-Pierre Hansen
Hugues Calvet	Patrick Hubert
Nicolas Charbit	Pierre-Alain Jeanneney
Jean-Yves Chérot	Alain Jeunemaître
Élie Cohen	Martine Lombard
Nicolas Curien	Jean-François Pons
Jean-Louis Dewost	Michel Prada
Hervé Dumez	François Sureau
Marie-Anne Frison-Roche	Benoît de la Taille
Damien Gérardin	Thierry Tuot
Roger Guesnerie	

2004

PRESSES DE SCIENCES PO ET DALLOZ

Catalogage Électre-Bibliographie (avec le concours des Services de documentation de la FNSP)
Frison-Roche, Marie-Anne (dir.)

Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation. – Paris : Presses de Sciences Po/Daloz, 2004 – (Collection
« Thèmes et commentaires », série « Droit et économie de la régulation », volume 2)

ISBN 2-7246-0945-X ISBN 2-247-05697-0

RAMEAU : – Hiérarchie des normes juridiques : Pays de l'Union européenne.
 – Droit économique : Pays de l'Union européenne.

DEWEY : 343.4 : Réglementation des divers secteurs de l'activité économique.
 341.23 : Droit des organisations internationales. – Organisation de l'Union
 européenne.

Public concerné : Professionnel, spécialiste. Universitaire.



Le pictogramme qui figure ci-contre mérite une explication. Son objet est d'alerter le lecteur sur la menace que représente pour l'avenir de l'écrit, particulièrement dans le domaine de l'édition technique et universitaire, le développement massif du photocopillage.

Le Code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992 interdit en effet expressément la photocopie à usage collectif sans autorisation des ayants droit. Or, cette pratique s'est généralisée dans les établissements d'enseignement supérieur, provoquant une baisse brutale des achats de livres et de revues, au point que la possibilité

même pour les auteurs de créer des œuvres nouvelles et de les faire éditer correctement est aujourd'hui menacée.

Nous rappelons donc que toute reproduction, partielle ou totale, de la présente publication est interdite sans autorisation de l'auteur, de son éditeur ou du Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC, 20, rue des Grands-Augustins, 75006 Paris).

PRESSES DE SCIENCES PO
44, rue du Four, 75006 Paris

DALLOZ

31-35, rue Froidevaux, 75685 Paris Cedex 14

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2^o et 3^oa), d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

© 2004 PRESSES DE LA FONDATION NATIONALE DES SCIENCES POLITIQUES

ISBN 2-7246-0945-X

DALLOZ

ISBN 2-247-05697-0

Sommaire

- 1 **Montée en puissance passée et impasses actuelles de la régulation économique européenne des industries de réseau**
par Hervé Dumez, *École polytechnique, Centre de recherche en gestion*, et
Alain Jeunemaître, *Wolfson College, Oxford, Centre for Socio Legal Studies*

Première partie. **Hiérarchie des normes et hiérarchie des pouvoirs**

- 19 **Hiérarchie des pouvoirs dans les systèmes communautaires de régulation**
par Damien Geradin, *professeur à l'Université de Liège et au Collège d'Europe, Bruges*
- 26 **La régulation dans un État de droit**
par Martine Lombard, *professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)*
- 34 **Les incidences du droit européen sur la régulation nationale**
par Hugues Calvet, *avocat au barreau de Paris, cabinet Bredin Prat*
- 42 **Les autorités indépendantes de régulation, le droit de la concurrence et le contrôle du juge**
par Jean-Louis Dewost, *conseiller d'État*
- 44 **Le régulateur producteur de droit**
par Pierre-Alain Jeanneney, *ancien directeur général de l'Autorité de régulation des télécommunications, avocat, cabinet Veil Jourde La Garanderie*
- 52 **La pluralité des producteurs de droit entre l'Europe et les États**
par Benoît de la Taille, *avocat au barreau de Paris*

- 54 **Les objectifs du régulateur. Entre recherche d'efficacité et rappel de légalité**
par Nicolas Charbit, *docteur en droit, chargé d'enseignement à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), avocat au barreau de Paris*
- 74 **La sauvegarde et l'adaptation de la hiérarchie des normes en matière de régulation**
par Thierry Tuot, *conseiller d'État, ancien directeur général de la Commission de régulation de l'énergie*
- 77 **Régulation et hiérarchie des normes. Propos conclusifs**
par Martine Lombard, *professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)*

Deuxième partie. **Régulation et procédures d'enchères**

- 81 **Évaluation théorique des procédures d'enchères**
par Roger Guesnerie, *professeur au Collège de France*
- 87 **Les discussions sur les choix d'attribution**
par Élie Cohen, *directeur de recherches au CNRS*
- 94 **Enchères et télécommunications. Échecs et leçons**
par Nicolas Curien, *professeur au Conservatoire national des arts et métiers, membre de la Commission supérieure du service public des postes et télécommunications*
- 101 **Enchères et électricité**
par Jean-Paul Bouttes, *directeur adjoint à la stratégie d'EDF*
- 110 **Les procédures d'autorisations administratives unilatérales**
par François Sureau, *avocat au barreau de Paris*
- 129 **La confrontation des enchères avec les principes généraux du droit de la concurrence**
par Patrick Hubert, *ancien rapporteur général du Conseil de la concurrence, conseiller auprès du ministre de l'Écologie et du Développement durable*

Troisième partie. **L'articulation entre réglementations nationales et réglementations communautaires**

- 137 **Le jeu historique des initiatives de libéralisation communautaires**
par Jean-François Pons, *ancien directeur général adjoint à la direction générale de la Concurrence de la Commission européenne*
- 144 **Les techniques juridiques de cohérence entre réglementations nationales et communautaires. L'articulation des autorités nationales et de la Commission dans la mise en œuvre des politiques communes**
par Jean-Yves Chérot, *professeur à l'Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, Laboratoire de théorie du droit*
- 154 **Le nouvel art législatif requis par les systèmes de régulation économique**
par Marie-Anne Frison-Roche, *professeur des Universités à Sciences-Po, directeur du Forum de la régulation*
- 171 **La construction d'une culture européenne de régulation faisant l'économie de l'articulation entre réglementations hétérogènes**
par Jean-Pierre Hansen, *directeur général Opérations, Suez, président d'Electrabel, professeur associé à l'École polytechnique*
- 181 **Des réglementations territoriales à une régulation mondiale**
par Michel Prada, *ancien président de la Commission des opérations de bourse*

Montée en puissance passée et impasses actuelles de la régulation économique européenne des industries de réseau

Hervé Dumez

École polytechnique, Centre de recherche en gestion

et Alain Jeunemaître

Wolfson College, Oxford, Centre for Socio Legal Studies

À la fin des années soixante-dix, les industries de réseau — téléphone, électricité, rail, etc. — sont organisées en Europe sur une base nationale, même si les réseaux sont souvent interconnectés entre eux. Dans la plupart des cas, les entreprises qui construisent, gèrent et utilisent ces réseaux sont verticalement intégrées, en monopole ou en quasi-monopole sur le territoire national (quelquefois, pour certains réseaux, sur un territoire régional). Souvent, ces entreprises sont des entreprises publiques. Dans le domaine des télécommunications, on a ainsi *British Telecom* au Royaume-Uni, *Deutsche Telekom* en Allemagne, France Télécom en France, etc. La situation est similaire dans le domaine du rail. L'État, au niveau politique et administratif, supervise le développement des réseaux et leur fonctionnement.

À partir du milieu des années quatre-vingt¹, le mouvement s'étendant jusqu'à la période actuelle et étant probablement à se poursuivre dans le futur, on assiste à un ensemble de changements profonds : les entreprises de réseau sont, dans la plupart des pays mais à des degrés divers, privatisées ; des régulateurs indépendants de l'adminis-

1. Qui correspond aux États-Unis, où l'expérience de la régulation remontait au XIX^e siècle, à une vague dite de « dérégulation ». Nous nous centrons dans ce texte sur l'expérience européenne.

tration traditionnelle apparaissent; de nouvelles analyses économiques servent de référence pour la prise de décision; le droit de la concurrence, national et européen, joue un rôle accru dans la structuration de ces secteurs; les cours de justice interviennent plus directement; le poids de l'Union européenne devient lourd.

D'un univers politico-administratif, le fonctionnement des industries de réseau bascule vers une structuration déterminée par les règles de droit et les raisonnements économiques. C'est la montée de la régulation économique. Au début du XXI^e siècle pourtant, on peut s'interroger sur les impasses de cette même régulation économique.

Les pages qui vont suivre vont s'efforcer de mettre en lumière les raisons de ce diptyque.

I. LES RAISONS DE LA MONTÉE EN PUISSANCE DE LA RÉGULATION ÉCONOMIQUE EN EUROPE

Elles sont au nombre de trois : la faillite du modèle de l'intervention administrative, le développement de nouvelles idées économiques, l'innovation.

A. LA FAILLITE DU MODÈLE DE L'INTERVENTION ADMINISTRATIVE DANS LES INDUSTRIES DE RÉSEAU

Le lien direct entre les responsables politiques et les entreprises publiques via l'administration a longtemps placé les entreprises de réseau dans le rôle de bonnes à tout faire de la politique macro-économique (Anastassopoulos, 1979). La lutte contre l'inflation conduisait à des pressions fortes sur les tarifs de ces industries (Dumez & Jeunemaître, 1987). La montée du chômage incitait les gouvernements à des politiques d'embauche fortes dans ces industries, par exemple en France dans les années 1981-1982. La tutelle de l'État tentait régulièrement d'opérer dans des conditions différentes, de prévoir, de s'inscrire dans une temporalité longue et des rapports stabilisés, comme avec la procédure des contrats de plan, mais la réalité demeurait celle d'une gestion par à-coups et d'un interventionnisme à court terme. La nécessité de couper le cordon ombilical entre la sphère politico-administrative et les industries de réseau s'imposait dès la fin des années soixante-dix, dans différents pays, notamment en France ou au Royaume-Uni.

B. LA DIFFUSION DE NOUVELLES IDÉES ÉCONOMIQUES

Dans les questions de régulation et de dérégulation, le rôle des idées, notamment des idées économiques, doit être souligné, comme l'a bien vu Wilson : « À chaque chan-

gement, on ne peut qu'être frappé par l'importance du rôle joué par les idées. La régulation en tant que telle est une de ces idées ; la dérégulation en est une autre... Dans la mesure où une agence de régulation est libre de ses choix, ceux-ci seront fortement structurés par ce que ses dirigeants auront appris du temps de leurs études, il y a dix ou vingt ans. » (Wilson, 1980, p. 393). Au début des années quatre-vingt, tant les cercles qui préparent l'élection de Ronald Reagan que ceux qui préparent l'élection de Margaret Thatcher sont peuplés d'économistes persuadés que le système politico-administratif ancien est parvenu à une impasse et qu'il faut essayer autre chose.

L'analyse de la façon traditionnelle de procéder est dominée par la théorie de la « capture » : on considère que la gestion administrative des industries de réseau est dominée par une connivence, voire une collusion, entre la sphère politico-administrative et les entreprises elles-mêmes. Les tutelles ont été « capturées », sur le plan de la connaissance comme sur celui des intérêts, par les entreprises de réseau qui détiennent l'information et des moyens de pression (Noll, 1985). Il faut passer à un autre mode de fonctionnement en créant des instances de régulation qui soient indépendantes du pouvoir politico-administratif et qui édictent des règles du jeu stables, inspirées de règles de droit et de raisonnements économiques. Ces instances seront conçues d'ailleurs comme transitoires : elles géreront la transition des industries de réseau d'une situation de monopole vers une situation de concurrence, et dépériront d'elles-mêmes une fois que la concurrence sera établie. Le modèle est donné par le *Civil Aeronautics Board* américain. Après une longue période de tutelle tranquille du secteur du transport aérien, un économiste fut nommé à sa tête, Alfred Kahn. Auteur d'ouvrages d'économie théorique et pratique consacrés aux apories de la régulation américaine traditionnelle (Kahn, 1970 & 1971), il décida d'en finir avec les procédures administratives routinières et de laisser jouer la concurrence. En quelques années, la dérégulation du transport aérien fut menée à bien. À l'issue du processus, le CAB fut supprimé et disparut du paysage institutionnel américain (McCraw, 1984). Ce modèle s'imposa comme référence : une rupture avec le jeu administratif traditionnel, considéré comme étant marqué par une capture de la tutelle par le secteur sur lequel elle est censée s'exercer, rupture imposée par un économiste, le passage d'un fonctionnement de cartel organisé à la concurrence, et la disparition de toute régulation une fois la concurrence généralisée. Tous les ingrédients de la régulation économique semblaient réunis.

C. LES ÉVOLUTIONS TECHNOLOGIQUES

Le troisième élément important dans le passage d'une gestion politico-administrative de secteurs en monopoles ou cartellisés fut l'innovation. Lorsqu'il prend ses fonctions de premier régulateur britannique, en 1984, en charge du secteur des télécommunications, Sir Bryan Carsberg note que personne ne soupçonnait qu'une certaine concurrence entre les réseaux de télécommunications était possible, même à cette

époque (Dumez & Jeunemaître, 1999a). En matière de production d'électricité également, les turbines à gaz de cogénération de chauffage et d'électricité ont en partie changé la donne concurrentielle. Dans nombre de secteurs, les fondements techniques des monopoles — ceux qui déterminaient des monopoles « naturels » selon la terminologie des économistes — ont en partie disparu sous l'effet de l'innovation.

Sous l'effet de ces trois causes se met en place en Europe la régulation économique au milieu des années quatre-vingt. En quoi consiste-t-elle ?

II. QU'EST-CE QUE LA RÉGULATION ÉCONOMIQUE ?

Deux grands points caractérisent la régulation : une séparation institutionnelle avec la sphère politico-administrative traditionnelle, et une approche économique différente.

A. LA SÉPARATION INSTITUTIONNELLE DU RÉGULATEUR

Pour éviter l'interventionnisme politique ou administratif dans les industries de réseau, la première étape de la régulation économique consiste à créer des régulateurs indépendants. Les formes de ces régulateurs peuvent être diverses (Dumez & Jeunemaître, 1999 b & c) : il peut s'agir d'un individu (cas britannique) ou d'une commission ; le mandat confié à ce régulateur peut être formulé de diverses manières, et peut notamment être étroit ou très large ; les moyens d'accès à l'information peuvent être légers ou lourds (possibilité d'enquêtes, de saisie de documents) ; le régulateur peut être spécialisé dans un secteur étroit, ou son action peut s'exercer sur plusieurs secteurs ; les moyens d'action mis à la disposition du régulateur pour qu'il soit en mesure de voir appliquées ses décisions ou les règles qu'il formule, sont divers : possibilité d'introduire une action devant une cour de justice, possibilité d'infliger des amendes administratives, etc. Selon la nature du mandat qui lui est confié, selon la nature des pouvoirs en matière de décision, d'éventuelle sanction, d'accès à l'information, selon sa composition s'il s'agit d'une commission, son budget, le degré d'indépendance du régulateur vis-à-vis de la sphère politique et administrative est plus ou moins grand. La tentation pour les politiques est souvent de créer un régulateur en apparence indépendant mais qu'il est possible de contrôler dans les coulisses. Néanmoins, en dynamique, les liens entre le monde politico-administratif et les régulateurs tendent généralement à se distendre au fil du temps et les régulateurs acquièrent une réelle indépendance. Cette dernière est une des conditions d'une véritable régulation

économique : la mobilisation d'idées économiques par l'administration, la formulation de règles du jeu sectorielles n'ont pas la même crédibilité, donc la même réalité, lorsqu'elles sont émises par une administration traditionnelle.

B. UNE APPROCHE ÉCONOMIQUE CONCURRENTIELLE ET CONTRACTUELLE

Une fois le régulateur indépendant installé, la régulation économique repose sur deux principes : séparer les activités qui peuvent être mises en concurrence et les activités constituant un cœur monopolistique — l'infrastructure de réseau proprement dite, le plus souvent — (ce que les Anglo-Saxons appellent l'*unbundling*) et la régulation de l'activité monopolistique.

Dans le rail par exemple, l'infrastructure a toute chance de rester un monopole : voies ferrées proprement dites, gares, systèmes de signalisation, demeureront longtemps, sinon toujours, propriété d'un gestionnaire d'infrastructure en monopole. Par contre, l'activité consistant à faire rouler des trains, de marchandise ou de voyageurs, peut être assurée par différentes compagnies se trouvant en concurrence. Jusqu'à un passé récent, les deux activités — gestion de l'infrastructure et circulation des trains — étaient assurées en Europe sur une base nationale par des compagnies verticalement intégrées. Un élément de la régulation économique du secteur a consisté à séparer le cœur monopolistique de l'activité pour la confier à un gestionnaire d'infrastructure, de la fourniture du service aux passagers, celle-ci pouvant se voir mettre, à plus ou moins longue échéance, en situation de concurrence. Le jeu concurrentiel à ce niveau peut être régulé par les dispositions générales du droit de la concurrence (contrôle des fusions, interdiction des ententes, cartels, abus de position dominante). Il faut noter que cette séparation entre le cœur monopolistique et la fourniture de service est indépendante de la décision de privatiser ou non l'un ou l'autre élément. Il est arrivé que le gestionnaire d'infrastructure soit privatisé (*Railtrack* au Royaume-Uni), bien qu'il soit souvent resté public. La logique de l'introduction de la concurrence au niveau de la fourniture de service semble conduire à la privatisation de l'entreprise historique, celle-ci se trouvant en concurrence avec d'autres entreprises privées. Mais, pour autant qu'il n'y ait pas de subvention croisée entre des services d'intérêt général et les activités concurrentielles, une entreprise demeurée publique peut opérer sur un marché concurrentiel face à des concurrentes privées.

Pour réguler le cœur monopolistique de l'activité, deux techniques ont été utilisées : la pression par la concurrence pour le marché et la contractualisation. La concurrence pour le marché consiste à limiter la durée du monopole dans le temps et à accorder une licence à une entreprise pour une durée fixée (dix, vingt, trente ans, par exemple). Au moment de l'octroi d'une licence, ou de son renouvellement, un appel d'offres est organisé et la licence est accordée à l'entreprise la mieux disante. Il y a donc concurrence pour obtenir le marché, faute de concurrence, une fois la licence accordée, sur le marché. Le second moyen de réguler le cœur monopolis-

tique de l'activité, combiné généralement avec le premier, consiste pour le régulateur et l'opérateur monopolistique à passer un contrat de régulation. L'opérateur s'engage à ne pas augmenter ses prix durant plusieurs années de plus du montant de l'inflation minoré d'un coefficient de gains de productivité, tout en maintenant ou en améliorant la qualité des services offerts. Un coefficient d'augmentation supplémentaire peut être envisagé en cas de programme d'investissement. D'éventuelles pénalités en cas de mauvaise qualité du service peuvent faire partie du contrat. De son côté, le régulateur s'engage à ne pas intervenir en dehors du cadre du contrat. L'avantage est que l'opérateur est protégé des interventions politiques au jour le jour et qu'il est incité à faire des gains de productivité (toute amélioration de la productivité supérieure au coefficient X correspond en effet à un bénéfice pour l'opérateur). Ce type de contrat a été popularisé sous le terme de régulation RPI *minus* X , RPI étant l'indice des prix (*Retail Price Index*) et X pour le coefficient de productivité. En effet, cette formule a été massivement utilisée par les régulateurs britanniques à partir du milieu des années quatre-vingt. Les spécialistes de la gestion publique française y reconnaissent la vieille idée des contrats de plan utilisés en France depuis les années soixante-dix. La différence ne repose pas dans le contenu économique des contrats eux-mêmes, mais dans deux éléments, dont l'un a été signalé plus haut : le contrat n'est pas mis en œuvre par l'administration elle-même, relais du pouvoir politique, mais par un régulateur indépendant ; par ailleurs, les entreprises régulées peuvent être privées, c'est-à-dire qu'elles rendent des comptes à des actionnaires qui, soit empochent les bénéfices si les gains de productivité sont plus élevés que prévus dans le contrat, soit encaissent les pertes si l'opérateur ne parvient pas à atteindre ses objectifs contractuels (par exemple si le volume d'activité est moindre que prévu par les hypothèses sur lesquelles a été établi le contrat). Dans le cas des contrats de plan à la française, le contrat étant passé par l'administration, celle-ci pouvait intervenir au jour le jour, au gré des fluctuations économiques et politiques, dans la gestion des entreprises publiques, et ne s'en privait pas. Le risque était assumé en dernier ressort par l'État : si, par ses interventions intempestives, l'administration avait déséquilibré la gestion des entreprises publiques, l'État actionnaire compensait *in fine* les pertes par des dotations en capital ou des subventions *ad hoc*. Quand le même contrat est passé entre un opérateur à capitaux privés et un régulateur indépendant, le risque ultime est censé passer du public au privé. « Est censé », parce que la réalité, comme souvent, s'est révélée plus complexe que les principes formulés sur le papier par les économistes.

Précisément, il faut maintenant étudier comment les choses se sont déroulées en pratique.

III. LA MONTÉE DE LA RÉGULATION ÉCONOMIQUE EN EUROPE

La montée de la régulation économique s'est opérée en Europe à deux niveaux : le niveau national et le niveau communautaire. Bien évidemment, les deux niveaux sont interdépendants. Pourtant, les problèmes se posant au niveau national et au niveau communautaire ne sont pas totalement de même nature.

A. LA MONTÉE DE LA RÉGULATION ÉCONOMIQUE AU NIVEAU NATIONAL

L'arrivée de Margaret Thatcher au pouvoir annonce de profondes réformes dans les relations entre le gouvernement et les industries de réseau. En 1984, *British Telecom* est privatisée. Il s'agit à l'époque de la plus grosse opération de privatisation jamais réalisée. C'est l'ensemble de l'entreprise, réseau et opérateur de service, qui est mis sur le marché. BT est en quasi-monopole, face à un petit concurrent, Mercury. Pour éviter les abus possibles du monopole privé et gérer la transition de l'état quasi monopolistique du marché vers une situation plus concurrentielle, un régulateur sectoriel fut nommé, Bryan Carsberg, directeur général des télécoms. Pour l'assister, une agence administrative fut créée, OFTEL. Comme *British Telecom* était propriétaire du réseau de téléphone fixe jusqu'au consommateur, la concurrence n'était possible que si ses concurrents avaient un prix d'accès à ce réseau qui leur permette de se développer. Le régulateur commença à contrôler le prix d'un panier de service de base et le prix d'accès consenti par BT à ses concurrents pour qu'ils puissent utiliser son réseau. Le schéma adopté par le gouvernement Thatcher pour les télécoms fut dupliqué dans les autres secteurs : eau, gaz, électricité. La régulation britannique s'organisa en prenant pour référence le modèle institutionnel américain et en faisant terme à terme les choix opposés (le modèle américain servit de « modèle repoussoir » ; Dumez et Jeunemaître, 1999 b & c) : les régulateurs américains sont des commissions, les régulateurs britanniques furent des individus ; les régulateurs américains sont insérés dans le système judiciaire américain, et leurs décisions sont contrôlées sur le fond par les cours de justice : les régulateurs britanniques ne sont pas véritablement contrôlés par des cours sur le fond de leur décision (les cours ne peuvent les sanctionner que si leurs décisions apparaissent entachées d'irrationalité flagrante) ; la régulation économique américaine portait sur le contrôle du taux de profit des firmes : la régulation britannique s'établit sur le prix (modèle du RPI-X décrit ci-dessus).

Dans la décennie qui suivit, pour des raisons budgétaires, politiques (gouvernements libéraux), la plupart des gouvernements européens conduisirent un programme de privatisation (Wright, 1993) et mirent en place des politiques de régulation économique. Comme les Britanniques l'avaient fait en se servant du modèle américain comme modèle repoussoir, chaque pays s'inspira de sa tradition propre, de modèles repoussoirs (souvent, le modèle britannique à son tour), de modèles de référence,

pour mettre au point son propre modèle. Mais les deux éléments de la régulation économique — régulateur indépendant et restructuration/contractualisation — furent présents dans tous les modèles, quoiqu'à des degrés divers (Henry, Jeunemaître & Matheu, 2001). On peut donc à bon droit parler d'une montée en puissance de la régulation économique au niveau national. Il en fut de même, quoiqu'un peu plus tardivement, au niveau européen.

B. LA MONTÉE DE LA RÉGULATION ÉCONOMIQUE AU NIVEAU COMMUNAUTAIRE

À la fin des années quatre-vingt, l'Europe se donna pour objectif la construction du grand marché européen à l'horizon 1992. Contre bon nombre d'attentes, l'objectif fut atteint : les marchés concurrentiels s'unifièrent à l'échelle européenne. Le droit européen de la concurrence se dota d'instruments puissants pour réguler les structures et les comportements sur cet espace unifié, notamment avec l'adoption du règlement sur les concentrations permettant d'interdire une fusion pouvant restreindre la concurrence, dispositif dont le principe avait été accepté vingt ans auparavant, au sommet de 1972, et qui n'avait jamais vu le jour. Au début des années quatre-vingt-dix, la réalisation du grand marché fit apparaître comme archaïque un grand pan de l'économie européenne qui restait organisé sur une base nationale : les industries de réseau. Il n'était pas difficile de pronostiquer que ce chantier allait faire son apparition tout en haut de l'agenda européen (Dumez & Jeunemaître, 1991 — conclusion).

La Commission européenne va promouvoir la régulation économique en jouant sur les éléments mentionnés plus haut.

Tout d'abord, dans nombre de secteurs, elle va imposer la séparation entre le régulateur et l'opérateur. En France par exemple, dans le domaine des télécoms, il existait une osmose entre la direction générale des Télécommunications et l'opérateur, osmose facilitée par l'existence du corps des télécoms, dont les membres passaient facilement de l'administration à l'opérateur. C'est sur cette osmose que s'était bâtie la politique de rattrapage du retard que la France avait accusé dans les années soixante en matière de réseau téléphonique (Cohen & Bauer, 1985). La Commission européenne parvint à imposer la séparation entre le régulateur et l'opérateur dans ce domaine, et la France finit par créer un régulateur sectoriel indépendant, l'Autorité de régulation des télécommunications (ART) en 1997. La séparation fut imposée dans les différentes industries de réseau et les régulateurs indépendants sectoriels se multiplièrent. En 2000 fut créée par exemple, toujours en France, la Commission de régulation de l'électricité.

Les autorités européennes vont également imposer, dans différentes industries de réseau, la séparation entre le gestionnaire d'infrastructure et les fournisseurs de service. C'est le cas par exemple dans le rail. Pour que des opérateurs de pays européens puissent opérer directement dans un pays voisin, il faut que dans ce pays,

l'opérateur traditionnellement en monopole ne possède ni ne gère directement l'infrastructure, mais que ces opérateurs voulant entrer sur le marché puissent avoir accès à l'infrastructure sur un pied d'égalité. Il faut que des sillons² puissent leur être offerts qui puissent les intéresser. La France a créé un gestionnaire d'infrastructure, Réseau ferré de France (RFF) séparé de l'opérateur historique, la SNCF. L'Allemagne a séparé en deux organisations distinctes l'infrastructure et le fournisseur de service, en les maintenant au sein d'une holding commune, *Deutsche Bahn AG*. Le Royaume-Uni a privatisé le gestionnaire d'infrastructure, *Railtrack*, et organisé la concurrence sur les lignes ferroviaires. La Suède a choisi un autre modèle de séparation.

Enfin, les autorités européennes se sont intéressées aux règles d'accès aux infrastructures (non-discrimination, transparence), et notamment aux principes de tarification. Dans le domaine de la gestion du trafic aérien, par exemple, les autorités européennes veulent introduire des mécanismes incitatifs à la réduction des coûts, alors que le principe régnant jusque-là était celui du recouvrement automatique des coûts.

Au niveau européen également, on a pu constater une montée en puissance de la régulation économique appliquée aux industries de réseau.

IV. L'IMPASSE DE LA RÉGULATION ÉCONOMIQUE EN EUROPE ?

L'analyse de la situation actuelle incite à penser que la régulation économique en Europe, après sa montée en puissance, se trouve dans une impasse. Les indices inquiétants se sont multipliés. S'il est difficile de les organiser en un tableau général, plusieurs lignes de tension apparaissent néanmoins. Pour les faire apparaître, la référence à un cas peut être utile et nous suivrons celui du contrôle aérien, plus généralement de la gestion du trafic aérien (*Air Traffic Management*).

A. LES IMPASSES AU NIVEAU NATIONAL

C'est au niveau national que la régulation économique s'est le plus développée, avec la création de régulateurs indépendants et la mise en place de contrats de régulation, de licences d'exploitation. C'est au niveau national que les failles de la régulation

2. Le *sillon* est le terme employé dans l'industrie ferroviaire pour désigner l'horaire de passage d'un train depuis son point de départ jusqu'à son point d'arrivée. Si l'opérateur national possède l'infrastructure, on peut craindre qu'il s'octroie les sillons les meilleurs et qu'il ne laisse à ses concurrents qui lui feraient une demande de des sillons inexploitable, s'il consent à leur en offrir.

économique sont apparues. La première tient au processus inachevé de la séparation entre le cœur monopolistique du réseau et les services pouvant être mis en concurrence. La régulation économique s'est mise en place avec le lancement de grands programmes de privatisation, mais la contradiction entre la logique des privatisations — l'État a cherché à vendre ses actifs le plus cher possible — et la logique de la régulation économique, c'est-à-dire de la séparation entre le cœur de monopole et les services potentiellement concurrentiels, est rapidement apparue. Une grande firme verticalement intégrée, capable d'user de son pouvoir de monopole sur l'accès à l'infrastructure pour opérer des subventions croisées avec ses activités se trouvant en concurrence, se vend évidemment plus cher que le cœur de monopole et les services concurrentiels vendus séparément. Les gouvernements ont donc préféré vendre des monopoles verticalement intégrés plutôt que de « déverticaliser » les entreprises de réseau avant de les vendre. Les régulateurs, une fois mis en place, se sont trouvés face au redoutable problème de firmes qui étaient propriétaires de l'infrastructure et à qui l'on tentait d'expliquer qu'il fallait octroyer l'accès à l'infrastructure à leurs concurrents dans des conditions avantageuses afin que ses concurrents puissent leur enlever une bonne part de leur propre clientèle, donc de leurs revenus.

Prenons le cas de l'ATM. Lorsque l'on se situe au niveau de la régulation économique dans un cadre national, le Royaume-Uni constitue l'exemple le plus intéressant parce qu'il est celui où celle-ci a été poussée le plus loin. Le Royaume-Uni a décidé de transformer son fournisseur de contrôle aérien d'un organisme public en partenariat public-privé (PPP ou *Public Private Partnership*; Dumez & Jeunemaître, 2003), puis de lui octroyer une concession lui garantissant le monopole sur la gestion de l'espace aérien britannique pour trente ans, tout en lui imposant des accords de régulation. Le soubassement intellectuel de l'approche était que, dans la mesure où un avion ne peut pas choisir d'être contrôlé par un système ou un autre (impossible mise en concurrence sur le service), il était possible d'organiser à terme la concurrence pour le marché. Dans trente ans, un appel d'offres sera passé par le gouvernement britannique, mettant en concurrence l'opérateur actuel et d'autres opérateurs proposant d'assurer le contrôle de l'espace aérien britannique pour un meilleur rapport qualité/prix. C'est l'ensemble de l'opérateur verticalement intégré qui a été transformé en PPP. Si l'infrastructure de communication et de couverture radar avait été séparée de l'opérateur de service proprement dit, une concurrence plus facile aurait pu être organisée sur des portions de l'espace aérien britannique, et la concurrence pour le marché aurait été facilitée, les opérateurs en concurrence n'ayant qu'à mettre sur pied le service de contrôle proprement dit, l'accès aux infrastructures étant libre. Le fait d'avoir maintenu une structure verticalement intégrée, sans doute en partie pour des préoccupations de privatisation partielle, est contradictoire avec l'idée d'introduction de mécanismes concurrentiels à moyen ou long terme.

Sur le plan des contrats de régulation, des failles sont également apparues. L'idée centrale de ce type de contrat réside dans le fait que le régulateur formule des règles de jeu contraignantes, pour une durée prospective de plusieurs années, et que l'opé-

rateur, dans le cadre de ces règles du jeu, acquiert une autonomie de gestion. Celle-ci lui permet d'engranger des bénéfices s'il améliore sa productivité et si la demande est bien orientée, mais elle lui fait courir le risque de pertes, voire d'une faillite s'il a mal anticipé le marché futur durant la phase de négociation du contrat de régulation. Le point fondamental est que, dans ce schéma défini par les économistes, le monopole se trouve contraint et empêché d'abuser de son monopole tout en étant incité à des gains de productivité. Dès lors, la possibilité de profits va de pair avec la prise de risque. Sur le papier — quand on en reste à ce que les Anglo-Saxons appellent l'économie du tableau noir, la *blackboard economics* —, le système est optimal : il combine limitation des effets du monopole et dynamique innovante du système capitaliste. Dans la réalité, tout repose sur la crédibilité du transfert de risque entre l'État et les opérateurs privés. Or, il est permis de s'interroger.

Reprenons le cas du contrôle aérien britannique. Une fois transformé en PPP, l'opérateur signe un contrat de régulation encadrant ses augmentations de tarifs en tenant compte de l'indice des prix de détail, de gains de productivité, de sa politique d'investissement et mettant en place des indicateurs de suivis de qualité du service et des pénalités en cas de non-respect des objectifs de qualité. Le tout repose sur des prévisions de trafic, bien évidemment. À peine l'encre de la signature du contrat sèche, le trafic aérien, dont la croissance était très soutenue dans les années précédentes, tend à stagner, voir diminuer. Quelques mois plus tard, le 11 septembre intervient et le trafic s'effondre. Ses prix étant encadrés par le contrat, l'opérateur britannique se trouve en état de quasi-faillite. Le régulateur adopte la position suivante : on ne peut revenir sur le contrat de régulation, ou il perd toute crédibilité. Par ailleurs, le trafic avait commencé à baisser avant le 11 septembre. L'événement n'a fait qu'accentuer une tendance. C'était à l'opérateur de ne pas se tromper sur ses prévisions de trafic. Imagine-t-on un seul instant le gouvernement britannique, qui, certes, a adopté le principe du PPP et l'a réalisé, a créé un régulateur semi-indépendant, s'en tenir jusqu'au bout à la logique de ses choix, constater la faillite de son opérateur, fermer le ciel britannique et se mettre en quête d'un nouvel opérateur capable de gérer le trafic aérien au-dessus de la Grande-Bretagne ? Il est impensable qu'un pays cesse de contrôler les avions qui le survolent et interdise en conséquence tout trafic au-dessus de son territoire. L'argent nécessaire à la survie de l'opérateur fut donc injecté, l'État, le régulateur, l'opérateur, jurant à l'unisson qu'il s'agissait là d'une situation tout à fait exceptionnelle et que le nouveau contrat de régulation serait respecté à la lettre dans le futur. Comment accorder la moindre crédibilité à ces serments ? Les infrastructures de réseau sont trop essentielles à l'économie d'un pays pour que la faillite d'un opérateur due à ses erreurs d'anticipation soit une possibilité crédible. Cette non-crédibilité jette une ombre profonde sur la nature des contrats de régulation signés entre régulateurs nationaux et monopoles — privés ou publics — gestionnaires d'infrastructure. Il est probable que les espoirs mis dans les contrats de régulation ont été excessifs. Comme l'a souligné Claude Henry : « En matière de régulation, il faut se rappeler qu'on ne peut guère espérer faire mieux que remplacer de plus grands inconvénients par de moins grands. » (Henry, 1997, p. 209). La contrac-

tualisation se révèle à l'usage n'être pas la panacée et poser de redoutables problèmes pratiques.

Avant de passer au niveau proprement communautaire, il faut noter que le développement de la régulation économique dans un cadre national peut avoir des effets négatifs sur l'intégration des réseaux européens. Là encore, le cas du contrôle aérien britannique peut être un bon exemple. En effet, comme on l'a vu, partant du cadre britannique, dans la perspective de favoriser à long terme le développement d'une concurrence pour le marché, le gouvernement britannique a octroyé à l'opérateur britannique historique, toujours verticalement intégré, un monopole légal pour trente ans sur la gestion du trafic aérien dans le ciel national. Il est possible de se demander si cette solution est positive dans la perspective de la gestion du ciel européen, et non plus britannique. De plus, le réseau étant européen de dimension, des décisions prises dans une logique purement nationale peuvent avoir des effets sur le reste du réseau. L'opérateur britannique, de par son contrat de régulation, est pénalisé s'il crée des délais — indicateur majeur de la qualité du service rendu. Cette disposition de régulation économique conçue dans le cadre national suscite deux types de problème. D'une part, dans un réseau dont les éléments sont interdépendants, la discussion pour savoir si tel délai causé est strictement imputable à l'opérateur britannique ou imputable à d'autres points du réseau est difficile à clore de manière satisfaisante. D'autre part, fait plus grave, l'incitation imposée par le régulateur britannique à l'opérateur britannique à être efficace sur le plan de la qualité du service, peut être une incitation à reporter les problèmes de qualité au-delà de l'espace britannique. S'il existe un moyen pour l'opérateur britannique de reporter les problèmes qu'il rencontre au-delà de ses frontières, il le fera : une régulation économique sévère et efficace dans le cadre national, si le réseau pertinent est plus européen que national, peut créer des problèmes pour l'ensemble du réseau. Les impasses de la régulation économique dans le cadre national nous amènent naturellement à la question des impasses de la régulation au niveau communautaire.

B. LES IMPASSES AU NIVEAU COMMUNAUTAIRE

La question à l'agenda européen depuis le début des années quatre-vingt-dix est simple : il faut sortir d'une logique dans laquelle les infrastructures et la fourniture de services liée à ces infrastructures sont gérées à l'échelle nationale. Les réseaux doivent s'interconnecter, se développer sur une dimension européenne, et des opérateurs de service transnationaux doivent apparaître. L'Europe doit se doter d'un réseau de trains à grande vitesse et d'un réseau ferroviaire permettant le développement du fret, de réseaux autoroutiers, de réseaux fluviaux, conçus à l'échelle européenne. Elle doit se doter de réseaux de gaz, d'électricité, de télécoms de haut débit, de gestion du trafic aérien, interconnectés et développés eux aussi à l'échelle du continent. La combinaison de politiques élaborées au niveau des États nations a peu de chance de conduire spontanément à des réseaux optima du point de vue européen.

Les moyens utilisés par les instances communautaires pour parvenir à l'objectif de réseaux réellement européens ont été présentés : la séparation entre régulateur et opérateurs, la séparation entre gestionnaire d'infrastructure et opérateurs dans certaines industries, pas dans toutes, des règles d'accès aux infrastructures et de non-discrimination, l'utilisation éventuelle de la politique de concurrence pour limiter la concentration, interdire les cartellisations et les abus des différentes positions dominantes, voire monopoles. Mais tout cela a été imposé par les autorités communautaires au niveau national.

Ce qui frappe, dans les différentes industries de réseau, c'est l'incapacité à faire émerger des gestionnaires de réseau transnationaux et l'inexistence de régulateurs européens.

Là encore, le contrôle aérien peut servir d'illustration exemplaire. La croissance du trafic aérien à la fin des années quatre-vingt, consécutive à la dérégulation du secteur et à l'adoption par les compagnies du système des moyeux et rayons (*hubs and spokes*) a entraîné des retards considérables au niveau des vols. À l'heure actuelle, chaque pays a son propre opérateur de contrôle aérien, ayant au moins un centre de contrôle en route, les grands pays en ayant plusieurs. Au total, l'Europe compte plus de quarante centres de contrôle du trafic aérien, contre vingt et un aux États-Unis, pour un trafic aérien à peu près moitié du trafic américain. Un vol Rome-Bruxelles traverse neuf centres de contrôle aérien. Même si la comparaison n'est pas tout à fait pertinente, même si les économies d'échelle sont difficiles à établir dans cette activité, il est clair que le système de gestion du trafic aérien en Europe est sous-optimal et que la fragmentation en États nations est source d'inefficience. La fragmentation est par ailleurs coûteuse : la couverture radar, par exemple, établie à l'échelle nationale, est inutilement redondante aux frontières. La conception de systèmes de communication, de gestion des plans de vol, de surveillance, sur une base nationale, crée des problèmes d'interopérabilité et freine l'innovation.

Pour remédier à la situation de fragmentation, la Commission européenne, sous l'impulsion du commissaire à l'énergie et aux transports, vice-présidente de la Commission, Loyola de Palacio, a lancé à la fin des années quatre-vingt-dix l'initiative d'un ciel unique européen. L'idée était de bon sens : laisser l'espace inférieur aux États membres — laisser la France, par exemple, gérer l'espace inférieur autour des aéroports français — et unifier l'espace aérien supérieur européen en un espace commun, ne tenant plus compte des frontières, pour le gérer en dépassant les questions d'interopérabilité, en facilitant l'innovation, en regroupant à terme les centres de contrôle, ce qui devrait permettre une meilleure efficacité et une diminution des coûts. Mais au fil du temps, l'initiative semble avoir perdu son contenu innovant pour se racornir sur la vieille question de l'interopérabilité : peu d'initiatives de regroupement, le souci simplement de faire que les initiatives de chacun soient si possible compatibles avec celles des autres.

Pourquoi ce racornissement ? Parce que le développement de réseaux réellement ne peut reposer que sur la création de gestionnaires européens de ces réseaux et de régulateurs européens de ces réseaux. Dans le domaine de la gestion du trafic aérien,

il existe un embryon de gestionnaire de réseau et de régulateur au niveau européen, mais le projet du ciel unique ne prévoit pas de les renforcer et de les étoffer.

L'embryon d'un gestionnaire du réseau européen a été créé dans les années soixante. Déjà à l'époque, il était apparu rationnel de créer un organisme de contrôle aérien au niveau européen pour l'espace supérieur. Certains États ont fait échouer le projet. EUROCONTROL a bien été créé, mais il n'a opéré qu'un seul centre de contrôle, Maastricht, gérant l'espace aérien supérieur belge, néerlandais et une partie de l'espace allemand. EUROCONTROL s'est alors centré surtout sur des projets communs, comme l'interopérabilité des systèmes. Des raisons d'efficacité minimale du réseau dans sa dimension européenne ont conduit à lui confier la facturation des redevances et la gestion des flux (comme il est moins coûteux de bloquer un avion au sol que de le retarder en vol, en cas de déséquilibre entre l'offre de capacité du contrôle aérien et les demandes de vols par les compagnies, les avions sont retenus au sol). Ces deux tâches constituent l'amorce des fonctions qu'un gestionnaire de réseau européen serait amené à assurer. Mais la définition des routes aériennes, la planification d'investissements destinés à soulager et développer le réseau, l'incitation à la coopération et au regroupement des opérateurs pour gérer l'espace aérien supérieur européen ne semblent pas en passe d'être confiées à EUROCONTROL, ou être transférées à un nouvel organisme qui, à côté d'EUROCONTROL et en reprenant une partie des fonctions de cet organisme (telle que la gestion des flux et la facturation des redevances), s'établirait comme un réel gestionnaire d'infrastructure.

En 1996 a été créée une sorte de régulateur de la performance du système. Il s'agit de la Commission d'évaluation de la performance (PRC ou *Performance Review Commission*). Cette commission n'a pas pour mandat de formuler des règles de fonctionnement : elle publie des rapports sur les problèmes rencontrés par le réseau et émet éventuellement des recommandations. Il s'agit plutôt de régulation par coups de projecteurs (*sunshine regulation*; McCraw, 1984; Dumez & Jeunemaître, 1999 b & c). La Commission n'a pas autorité pour signer des contrats de régulation.

La régulation économique des réseaux en Europe se trouve donc déséquilibrée par la mise en place de dispositifs de régulation économique au niveau national, et par l'absence, au niveau européen de régulateurs et de gestionnaires ou coordinateurs de ces réseaux. D'où l'impasse où elle se trouve désormais, à l'heure où ils 'agit de concevoir et mettre en place de véritables réseaux européens.

Certains acteurs économiques ou pays, par conviction ou par volonté de ne pas supporter les coûts d'une telle politique, avancent que les réseaux européens se structureront par coopération spontanée entre les réseaux nationaux et/ou par concurrence; qu'il ne faut surtout pas lancer de grands programmes voués à des échecs coûteux. Analyse qui, en l'absence de régulateurs européens et de gestionnaires/coordonateurs n'est pas tout à fait dénuée de fondement.

Les autorités européennes, faute de mieux, mettent l'accent sur des programmes d'interopérabilité lents à mettre en œuvre dans un contexte de fragmentation et de diversité des choix.

EN GUISE DE CONCLUSION

En un sens, tout était inscrit dans le titre même qu'Alfred Kahn consacra à la question de la régulation économique : principes et institutions. Concevoir une régulation économique, la mettre en place, la mener n'est possible que par une articulation des principes et des institutions. Or, si les principes de la régulation économique sont en place en Europe, le cadre institutionnel est déséquilibré. L'absence de régulateur européen et d'organisme en charge de coordonner la dimension européenne des réseaux renforce les logiques nationales et mine le déploiement de réseaux réellement européens. Le cas du contrôle aérien illustre ce déséquilibre. D'autres exemples auraient pu être développés, comme la faillite de la gestion européenne de l'UMTS, qui conduisit à l'octroi gratuit des licences dans certains pays, comme la Suède, alors que d'autres pays mettaient en place des systèmes d'enchères menant à l'achat des licences pour des sommes faramineuses, au point que le développement même des nouveaux réseaux en fut sans doute obéré, avec le risque de transferts énormes entre pays (le consommateur suédois courant le risque par exemple de subventionner le consommateur britannique pour rééquilibrer les différences de prix entre licences d'un pays à l'autre). Le cas est extrême (Artus, 2001), mais illustre bien l'impasse générale dans laquelle se trouve la régulation européenne, faute de la mise sur pied d'un cadre institutionnel cohérent.

Pourquoi une telle situation ? En raison des intérêts convergents des principaux acteurs, parties prenantes de la régulation en Europe.

La Commission européenne se veut le pilote de l'ensemble, ne voulant pas assumer elle-même des tâches de régulation trop lourdes à porter et trop bureaucratiques et risquées. Mais elle est peu encline à voir se constituer des régulateurs européens qui assumeraient ces tâches et seraient destinés à acquérir du pouvoir à ses dépens, en la vidant d'une partie essentielle de ses prérogatives. Elle se contente d'établir des forums de régulateurs sous sa houlette bienveillante³.

Les États membres cherchent à maintenir, derrière le paravent de la subsidiarité, leurs propres prérogatives. Ils veulent conserver eux aussi leur autonomie de décision. Le jeu entre l'État, des régulateurs nationaux plus ou moins indépendants et des opérateurs nationaux en quasi-monopole dans les frontières nationales leur vont assez bien.

Les opinions publiques, peu préparées, restent méfiantes à l'égard d'une réelle politique européenne commune, peu intéressées.

3. Décision du 11 novembre 2003 établissant un groupe de régulateurs européens pour l'électricité et le gaz (2003/796/EC).

Les entreprises s'accommodent fort bien d'une situation dans laquelle elles maintiennent leur position dominante nationale tout en se développant marginalement dans les pays voisins, dans le cadre d'un équilibre de forces quasiment inchangé.

Les évolutions récentes dans les différentes industries européennes de réseau ne laissent pas à penser que les problèmes actuels sont près d'être surmontés.

BIBLIOGRAPHIE

- Anastassopoulos Jean-Pierre (1979), « Les entreprises publiques, bonnes à tout faire de la politique macro-économique », *RF gestion*, n° spécial « L'entreprise publique en question », mars-avril.
- Arthus P. (2001), « Téléphonie mobile : la coûteuse erreur de l'Europe », *Sociétal*, n° 31, 1^{er} trim., p. 21-24.
- Cohen É. & Bauer M. (1985), *Les grandes manœuvres industrielles*, Paris, Belfond.
- Dumez H. & Jeunemaître A. (1987), « Le jeu des tarifs publics en France », *RF économie*, vol. II, n° 4, automne, p. 137-166.
- Dumez H. & Jeunemaître A. (1991), *La concurrence en Europe*, Paris, Le Seuil.
- Dumez H. & Jeunemaître A. (1999a), « La régulation des marchés. Réflexions à partir de l'expérience du premier régulateur britannique, Sir Bryan Carsberg », *Gérer et comprendre*, juin, n° 56, p. 31-35.
- Dumez H. & Jeunemaître A. (1999b), « Les institutions de la régulation des marchés : étude de quelques modèles de référence », *RID éco.*, 1999/1, p. 11-30.
- Dumez H. & Jeunemaître A. (1999c), « Quels modèles de régulation pour les services publics ? », in Chevalier J.-M. [dir.] (1999), *L'idée de service public est-elle soutenable?*, Paris, PUF, p. 63-80.
- Dumez H. & Jeunemaître A. (2003), « Combinaison harmonieuse des vertus du public et du privé ou mélange des genres : les partenariats public-privé, nouveaux venus du management public », *Politique et management public*, n° 4.
- Henry C. (1997), *Concurrence et services publics dans l'Union européenne*, Paris, PUF.
- Henry C., Jeunemaître A. & Matheu M. (2001), *Regulation of Network Utilities : The European Experience*, Oxford, Oxford University Press.
- Kahn A. (1970 & 1971), *The Economics of Regulation. Principles and Institutions*, t. I et t. II, New York, John Wiley.
- McCraw T. K. (1984), *Prophets of Regulation*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- Noll R. G. [ed.] (1985), *Regulatory Policy and the Social Sciences*, Berkeley/Los Angeles, University of California Press.
- Wilson J. Q. [ed.] (1980), *The Politics of Regulation*, New York, Basic Books.
- Wright V. [dir.] (1993), *Les privatisations en Europe. Programmes et problèmes*, Poitiers, Actes Sud.

Première partie

Hiérarchie des normes et hiérarchie des pouvoirs

Hiérarchie des pouvoirs dans les systèmes communautaires de régulation

Damien Geradin

*Professeur à l'Université de Liège
et au Collège d'Europe, Bruges*

Mon intervention portera plus particulièrement sur le problème de la hiérarchie des pouvoirs.

Le contenu de mon exposé sera fortement influencé par mon expérience dans le domaine de la régulation. Mon expérience est en effet double dans ce domaine. En premier lieu, en tant que spécialiste de droit économique, j'ai souvent été amené à examiner les décisions des régulateurs et leurs implications sur la création de marchés concurrentiels dans les secteurs libéralisés. En outre, ces dernières années, j'ai été amené à conseiller certains gouvernements qui souhaitaient mettre en place des autorités de régulation dans le domaine des entreprises de réseau. Je suis notamment intervenu dans des pays tels que la République slovaque, la Jordanie, l'Algérie ou, il y a peu, le Liban. Mon intervention dans ces pays a surtout consisté à développer une stratégie de « *design* institutionnel » de ces agences.

Intervenant au début de cette journée d'étude, je serais amené à situer la problématique du sujet qui nous occupe par des développements qui auront sans doute un caractère plus général que les propos des autres orateurs.

Je précise à l'avance que je ne suis pas un spécialiste de droit constitutionnel ou administratif. Je ne compte pas vous entretenir des querelles jurisprudentielles ou doctrinales qui ont eu lieu en France, en Belgique ou dans d'autres États sur la limite des pouvoirs du ministre et du régulateur. Je laisse à d'autres juristes le soin d'examiner ce type de questions.

ORIGINE DES AUTORITÉS DE RÉGULATION

Pour bien saisir la logique propre du phénomène des autorités de régulation, il n'est pas inutile d'en rappeler les origines.

En Europe, ces autorités ont été créées à une époque relativement récente dans le domaine des entreprises de réseau alors qu'elles existent depuis longtemps aux États-Unis (par exemple la FCC ou les *public utility commissions*), ainsi que dans d'autres domaines comme l'audiovisuel, les opérations de bourse et la protection des libertés publiques.

La création de telles autorités dans le domaine des entreprises de réseau a été réalisée soit par des réformes internes soit en réponse aux exigences formulées dans des directives communautaires. La création d'autorités de régulation en Grande-Bretagne date du milieu des années quatre-vingt et a résulté de la volonté politique du gouvernement de l'époque. Pour l'essentiel, dans les autres pays européens, ces autorités de régulation ont été mises en place dans le cadre de la politique de libéralisation des secteurs des télécommunications et de l'énergie promue par une série de directives.

LES ENSEIGNEMENTS DU DROIT COMMUNAUTAIRE

Il est possible de mettre en évidence un certain nombre de caractéristiques des autorités de régulation promue par le droit communautaire.

Tout d'abord, il convient de remarquer que dans les textes européens, c'est la *création d'autorités nationales de régulation* qui a été privilégiée. Ceci semble conforme au processus de décentralisation engagé dans d'autres domaines, notamment en matière de concurrence. On peut également avancer une autre explication en remarquant qu'existe visiblement une coalition d'intérêts contre la création d'autorités de régulation au niveau communautaire. Objectivement, ni les États membres, ni la Commission, ni les opérateurs n'ont intérêt à voir se créer des autorités de régulation au niveau communautaire. Ceci n'empêche pas cependant de poser la question de savoir si de telles autorités de régulation européennes ne serviraient pas mieux l'intérêt de la collectivité.

Ensuite, les directives européennes contiennent le *principe fondamental de la séparation entre activités opérationnelles et activités de régulation*. Ce principe a également été affirmé par la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) dans une série d'affaires : *GB-Inno-BM*, *Decoster*, *Lagauche*, *Taillandier*, etc. C'est un principe fondamental car, par le passé il y avait une confusion entre ces différentes tâches. Ainsi le monopole public pouvait-il exercer non seulement des activités opérationnelles, mais

aussi certaines activités de régulation. Dans un système concurrentiel, un tel cumul est hors de question.

Ces directives énumèrent en outre une série de *tâches qui doivent être effectuées par les autorités de régulation*, à l'image de ce qu'on trouve par exemple dans les directives télécommunications : l'octroi de licences ; le contrôle du comportement des opérateurs sur le marché, notamment en matière d'accès au réseau ; des missions visant à assurer que le service universel est effectivement fourni par les opérateurs qui en ont la charge ; des missions quasi juridictionnelles comme l'arbitrage des litiges entre opérateurs en matière d'accès au réseau.

En revanche, le droit communautaire nous donne *peu d'indications sur le « design » institutionnel* de ces autorités et un certain nombre de questions restent ouvertes après la lecture des textes communautaires. Faut-il obligatoirement créer des autorités sectorielles ou peut-on confier ces tâches de régulation aux autorités de concurrence ? Ces autorités doivent-elles réguler un seul secteur (par exemple les télécommunications) ou peuvent-elles avoir un caractère transsectoriel (par exemple les télécommunications, mais aussi l'audiovisuel et la poste) ? Les autorités de régulation doivent-elles être gouvernées par un collège ou par un seul individu ? Quels pouvoirs (d'enquêtes, de sanction, etc.) faut-il accorder à ces autorités ? Voici quelques-unes des questions qui se posent.

L'absence d'exigences européennes précises sur ces points a amené une *grande diversité entre les États membres*. Les solutions diffèrent quant aux secteurs couverts par ces autorités. Par exemple, l'ART et l'OFTEL couvrent uniquement le secteur des télécommunications, alors que le Reg TP, l'OPTA et l'IBPT couvrent également les postes. Les régulateurs italiens, portugais et espagnols ont des compétences dans les secteurs des télécommunications et de l'audiovisuel. En outre, les pouvoirs dont sont dotés les différents régulateurs dans les États membres ne sont pas identiques. Enfin, les types de recours qui peuvent être formés à l'encontre des décisions des différents régulateurs varient d'un pays à l'autre, voire d'une autorité à l'autre.

Cette diversité paraît souhaitable dans la mesure où elle reflète l'hétérogénéité entre États membres et permet l'expérimentation de différents modèles institutionnels.

UNE ARCHITECTURE EN ÉVOLUTION

Les textes communautaires plus récents, tout en continuant à laisser une marge de manœuvre importante aux États membres, sont plus spécifiques sur les aspects institutionnels de la régulation. C'est le cas notamment de la position commune 38/2001 (directive « cadre » en matière de télécommunications) dans son article 3 qui est exclusivement consacré aux autorités réglementaires nationales. C'est encore vrai de la proposition de directive modifiant les directives 96/92 et 98/30 (COM(2001) 125

final) avec la modification de l'article 22. Une des nouveautés de cette proposition est qu'elle semble forcer la création d'une autorité réglementaire nationale ce qui devrait forcer un pays comme l'Allemagne à créer un tel organisme et à ne plus se contenter de confier des missions de régulation du marché à l'autorité de concurrence.

De plus, indépendamment du droit communautaire, certains États membres procèdent à un remodelage de leurs autorités de régulation. L'exemple la Grande-Bretagne est intéressant à cet égard : l'OFFER et l'OFGAS ont été fusionnés en une seule entité, l'OFGEM ; le gouvernement a récemment proposé la transformation d'OFTEL en OFCOM — laquelle serait une autorité qui couvrirait non seulement les télécommunications mais aussi l'audiovisuel.

Il faut donc voir l'architecture institutionnelle de la régulation comme un domaine en perpétuelle évolution.

Il est à noter que certains prédisent que ces autorités auront une durée de vie courte. Elles auraient été instituées que de manière transitoire, afin d'assurer la transition vers un régime concurrentiel. Une fois la concurrence installée, on pourrait se passer de leur intervention.

Personnellement, je ne partage pas ce point de vue pour deux raisons. Premièrement, il faudra du temps pour arriver à des marchés concurrentiels. Quand les institutions de régulation britanniques furent créées on pouvait lire dans la littérature qu'elles ne seraient là que pour quelques années. Je constate que quinze ans plus tard, elles continuent à prospérer. En outre, je continue à penser que, même en présence d'un marché concurrentiel, il continuera à y avoir des tâches de régulation importantes telles que l'allocation des ressources rares ou la garantie du maintien du service universel.

PRINCIPAUX DÉFIS INSTITUTIONNELS

Il y a de nombreux débats d'experts sur la place occupée par les autorités de régulation au sein du schéma institutionnel de l'État. Différentes approches générales sont en effet concevables. Soit on raccroche ces autorités au pouvoir exécutif — c'est l'approche européenne. Soit on considère que les autorités de régulation représentent une sorte de quatrième pouvoir à côté des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire — c'est l'approche américaine.

D'un point de vue pratique, la question de la « place » du régulateur n'est généralement pas fondamentale. Ce qui compte est que le système fournisse des garanties permettant à l'autorité de fonctionner de manière efficace et indépendante.

L'objectif essentiel en matière de *design* institutionnel est en effet d'atteindre un équilibre entre deux objectifs qui ne sont pas toujours faciles à concilier : l'indépendance, d'une part, et la responsabilité (*accountability*), d'autre part.

L'indépendance est un aspect essentiel au bon fonctionnement d'une autorité de régulation. Cette indépendance à deux facettes : l'indépendance vis-à-vis des industries régulées et l'indépendance vis-à-vis du pouvoir politique.

Un certain nombre de mécanismes peuvent être utilisés pour assurer cette indépendance comme la nomination de personnes compétentes pour une durée suffisamment longue, ces personnes ne pouvant être révoquées que pour des raisons spécifiées à l'avance (ex : incapacité physique, etc.), l'interdiction formulée aux personnes travaillant pour des organes de régulation d'avoir des intérêts dans les industries qu'elles régulent ou encore l'octroi de moyens financiers et humains suffisants.

L'*indépendance vis-à-vis des industries régulées* est fondamentale. Elle correspond à l'idée de séparation des activités opérationnelles et de régulation que l'on retrouve dans les directives communautaires et dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Elle n'est cependant pas facile à établir en pratique. Dans les pays moins développés, les risques de corruption sont grands, en particulier lorsque l'écart des salaires entre secteur public et privé est élevé. Mais le risque de capture du régulateur par des intérêts privés n'est pas non plus absent dans les pays occidentaux, non pas tant pour des raisons de corruption, mais par les liens qui tendent parfois à se tisser entre régulateur et régulé. À cet égard, comment ne pas penser à l'affaire *Enron* ? Un article récent du *Financial Times* défendait ainsi l'idée que l'enquête faisant suite à la faillite du groupe Enron aurait des répercussions au plus au niveau de l'État, non pas seulement dû au fait qu'Enron avait généreusement financé la campagne du candidat Bush, mais aussi parce que certains membres d'autorités de régulation avaient entretenu des liens un peu trop étroits avec ce groupe énergétique.

L'indépendance vis-à-vis des entreprises régulées n'est évidemment pas le seul facteur amenant à la prise de bonnes décisions. Dans certains cas, de mauvaises décisions seront prises parce que le régulateur est bien moins informé que l'entreprise régulée. C'est le fameux problème de l'« asymétrie » d'information que les économistes ont étudié depuis longtemps.

En ce qui concerne l'*indépendance vis-à-vis des autorités politiques*, celle-ci est également fondamentale et ce pour deux raisons : à cause du risque de conflit d'intérêt lorsque l'État est actionnaire d'un ou de plusieurs opérateurs et à cause du risque que les décisions du régulateur soient influencées par des considérations électorales à court terme. Cela est un risque sérieux dans les pays moins développés. On maintiendra les prix de l'électricité à un prix anormalement bas de manière à ne pas susciter la colère de la population. Cela peut avoir des conséquences dramatiques dans la mesure où l'opérateur n'aura pas les moyens d'investir dans son infrastructure, ce qui amènera à un rationnement de la fourniture, etc.

Assurer cette indépendance n'est généralement pas facile à obtenir. Au niveau des principes, certains gouvernements ont du mal à accepter ce qu'ils perçoivent comme un dépeçage des fonctions de l'État.

Au niveau pratique, il est souvent difficile de tracer une frontière claire entre les tâches qui resteront de la compétence du gouvernement et celles qui seront confiées à l'autorité de régulation. Le partage effectué tend à varier d'un pays à l'autre. Ainsi les autorités de régulation américaines ont-elles généralement plus de pouvoirs que les autorités européennes. Dans un même pays ou entre autorités d'un même secteur, les pouvoirs varient. Par exemple, l'ART a plus de pouvoirs que la CRE.

Lorsqu'on est incapable de tracer une ligne de partage claire entre les tâches restant dans la sphère du gouvernement et celles qui sont confiées à l'autorité de régulation, la tentation est grande d'opter pour une formule vague. Cette approche présente cependant le désavantage d'amener à terme à des *conflits de compétence*.

Des conflits de compétence peuvent surgir non seulement entre autorités de régulation et gouvernement, mais aussi entre les autorités de régulation sectorielles et l'autorité de la concurrence ou même entre les autorités sectorielles entre elles. Le risque de conflit de compétence entre autorités sectorielles s'est accru du fait de la convergence croissante entre secteurs autrefois séparés (comme les télécommunications et l'audiovisuel), mais aussi par la création de *multi-utilities*, par exemple des entreprises électriques également actives dans le domaine des télécommunications.

L'indépendance ne doit cependant pas être synonyme d'irresponsabilité. La « *responsabilité* » des autorités de régulation est d'autant plus fondamentale que celles-ci disposent de pouvoirs importants.

Cette responsabilité peut être organisée d'un point de vue juridique et institutionnel. Du point de vue normatif, il convient de définir avec précision les objectifs que doit poursuivre le régulateur et les intérêts qu'il doit prendre en compte dans ses décisions. Il convient donc d'encadrer les activités du régulateur, tout en lui laissant la flexibilité nécessaire pour pouvoir accomplir sa mission.

Certains États ont encadré les pouvoirs des autorités de régulation à travers des systèmes de *checks and balances* assez sophistiqués. Un bon exemple est la Grande-Bretagne où, dans le secteur des télécommunications, les pouvoirs de l'autorité de régulation (l'OFTTEL) sont quelque peu muselés par l'intervention d'autres autorités (la *Competition Commission*, le *Secretary of State for Trade and Industry*, le Parlement et les tribunaux). On notera que dans le système communautaire, la présence de différents niveaux de pouvoirs offre un certain contrepoids dans la mesure où les autorités réglementaires nationales sont tenues de respecter le droit communautaire et que la Commission peut jouer un rôle de contrôle. Dans le cadre de l'ordre juridique interne, un contre-pouvoir peut également venir de l'autorité de concurrence dans la mesure où elle peut par exemple intervenir lorsque l'autorité de régulation est trop passive.

Un autre aspect de la responsabilité des régulateurs consiste à les obliger à consulter les parties intéressées et à prendre en compte leur opinion. Il faut cependant essayer d'éviter la lourdeur du système américain.

Le fait que les autorités de régulation soient obligées de motiver leurs décisions concourt aussi à introduire un élément de responsabilité par rapport à leur action.

L'obligation pour le régulateur de publier un rapport annuel de ses activités joue également un rôle.

Il ne faut pas oublier la possibilité donnée aux parties affectées de former un recours contre une décision du régulateur. Se pose la question délicate de savoir si le juge doit uniquement exercer un contrôle marginal ou s'il peut également exercer un contrôle sur le fond des décisions.

Pour renforcer le contrôle des régulateurs et assurer une cohérence entre les options suivies par ceux-ci, certains ont proposé la création d'une sorte de « régulateur des régulateurs ». On peut cependant s'interroger sur l'opportunité de la création d'un tel organe.

*

* *

La création d'autorités de régulation génère une série de défis institutionnels qui ne sont pas faciles à résoudre.

Il est illusoire de penser que l'on puisse trouver un schéma de régulation suscitant l'adhésion de tous. Plus d'un demi-siècle après leur création, les agences fédérales américaines continuent de faire l'objet de critiques et de susciter des propositions de réforme voire de démantèlement pur et simple.

Les autorités de régulation ne doivent pas être appréhendées de manière statique. Elles opèrent dans un monde en constante évolution tant au niveau technique (pensons à la convergence), qu'économique (avec la mondialisation ou l'arrivée progressive de la concurrence dans un secteur) ou institutionnelle (avec par exemple l'intégration européenne de plus en plus poussée).

La régulation dans un État de droit

Martine Lombard

Professeuse à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

La présentation qu'a faite Damien Gérardin des autorités de régulation n'est évidemment pas spécifiquement française, ni même seulement européenne, mais elle est plutôt mondiale de par la diversité de ses expériences. Celle-ci lui donne un recul dont l'intérêt mérite d'être salué et qui le conduit à différencier ce qu'il appelle l'« approche américaine », en matière d'autorités de régulation, de l'« approche européenne ».

La première les concevrait, indique-t-il, comme indépendantes tant des autorités politiques (pouvoir législatif et pouvoir exécutif) que du judiciaire, comme s'il s'agissait d'une sorte de « quatrième pouvoir ». Cette expression pourrait heurter plus d'un politiste mais elle a au moins l'intérêt de souligner en termes imagés le souci d'inscrire tout de même les agences dans un système de *checks and balances*.

L'« approche européenne » des autorités de régulation les « raccroche », selon son expression, au pouvoir exécutif. Elle serait en effet européenne, ainsi qu'il l'indique, plutôt que française, voire même davantage européenne que française, tant certaines présentations de cette dernière pourraient peut-être aussi bien être rattachées, par certains aspects, à la vision qu'il qualifie d'« américaine » d'un « quatrième pouvoir », qui ne trouverait, selon cette présentation, sa légitimité ni dans l'élection, ni dans l'office de la juridiction, ce qui peut surprendre précisément au regard des exigences de la démocratie américaine.

La conception d'une légitimité des pouvoirs liée à leur source (élection politique mais aussi processus institutionnel de désignation des juges) n'est en effet pas spécifique à notre pays, même si elle peut se réclamer notamment de Montesquieu et Tocqueville, puisqu'elle procède d'une culture politique liée à la notion de démocratie électorale, aujourd'hui complétée plutôt que supplantée par celle de démocratie

participative. S'il est vrai que le culte de la souveraineté populaire a parfois, sous l'influence notamment de Rousseau, été poussé très loin en France, longtemps réfractaire à un libéralisme d'essence procédurale, la tradition politique française cultive d'ailleurs aussi des courants très différents, voire antagonistes, dans le sillage notamment de Joseph de Maistre ou de Comte, marqués bien plutôt par la méfiance à l'égard des risques de la démocratie majoritaire. L'un des mérites de Damien Gérardin est qu'il n'a pas de peine à éviter ces diverses ornières franco-françaises pour aborder la question des rapports entre régulation et hiérarchie des pouvoirs.

Cette problématique est prioritairement abordée par celui-ci dans le cadre d'une recherche toute pragmatique des meilleures solutions en termes de « *design* institutionnel ». Il ressort cependant de l'exposé de D. Gérardin, même si cela a été évoqué parfois de façon implicite, que cette recherche repose nécessairement sur des soubassements qui empruntent à la théorie du droit et à la science politique. Elle ne peut en effet être abordée dans toutes ses dimensions sans que soit située, délibérément ou non, explicitement ou non, la place de la régulation tant par rapport aux principes qui fondent la démocratie qu'au regard d'un autre principe aujourd'hui consubstantiel de l'idée d'État de droit, celui de l'accès au juge et de l'autorité du juge.

Quels sont les rapports de la régulation à la démocratie ? Quelles sont les places respectives de la régulation et de la juridiction ? Les réponses pourraient ne pas être les mêmes selon que serait adoptée ce que D. Gérardin appelle l'« approche américaine » ou ce qu'il qualifie d'« approche européenne ». Pourtant les éventuelles différences entre l'une et l'autre restent à expliciter pour une part, pour tenter ensuite de les expliquer, si elles résistent à l'analyse des faits et des institutions. Il pourrait d'ailleurs aussi être intéressant, à cette aune, de situer l'expérience française vis-à-vis de l'une et l'autre approches, et, là aussi, de réfléchir à la portée et la signification des choix qui ont pu être faits.

Je ne tenterai pourtant pas d'y procéder ici, car l'entreprise serait trop limitée pour être réellement pertinente, du point de vue qui nous occupe ici, si elle devait ne concerner que la France et trop ambitieuse à l'inverse dans cet espace limité s'il s'agissait d'entreprendre une véritable analyse sous l'angle de la science politique et de la théorie du droit de l'ensemble des autorités chargées de fonctions de régulation à l'échelle mondiale.

Je voudrais seulement tenter de réagir à l'exposé de D. Gérardin en évoquant quelques présupposés explicites ou parfois implicites quant au principe même de cette classification, qui appelleraient peut-être davantage encore de questions s'ils étaient tous explicités.

*

Le rapport de la régulation à la démocratie politique ne peut pas être traité quasiment par prétérition, comme ce serait le cas s'il était entrepris de généraliser la portée, parfois mal comprise, de certaines expériences tant françaises qu'étrangères, notamment

mais pas exclusivement anglo-américaines, pour procéder dès ce stade par induction et dégager un principe général postulant la nécessaire indépendance des autorités de régulation par rapport au politique, à partir de ces expériences concrètes mais de portée souvent plus limitée qu'il n'y paraît, tant par les compétences partagées de ces autorités avec le pouvoir politique que par la complexité des contrôles exercés sur elles. Cette approche réductrice n'est pas celle de D. Gérardin et il faut lui en être gré.

D'une façon plus radicale mais qui ne saurait appeler de critique en soi dès lors que les limites méthodologiques de cette démarche en sont dès l'abord explicitées, l'indépendance par rapport au politique pourrait être présentée comme inhérente à la notion même de régulation. L'indépendance non seulement par rapport aux secteurs régulés mais aussi par rapport au politique serait, dans cette construction, un élément constitutif de la définition même de la régulation proposée. La régulation serait en effet alors caractérisée comme l'action d'autorités dont il pourrait être constaté, sans que cet élément soit d'ailleurs en lui-même déterminant dans cette démarche, qu'elles sont parfois qualifiées expressément par les textes d'autorités de « régulation » et surtout qu'elles présentent certaines garanties d'indépendance, non seulement à l'égard des opérateurs des activités économiques régulées, mais aussi vis-à-vis des autorités politiques. Dans cette acception de la régulation, fondée sur un postulat méthodologique plus encore que sur l'observation, il n'y aurait pas de véritable place, par, l'effet de cette définition même, pour l'approfondissement du rapport de la régulation à la démocratie politique.

Une telle définition de la régulation ne saurait être discutée en elle-même, comme toute définition, sauf éventuellement du point de vue de sa valeur plus ou moins opérationnelle et de la portée de son champ explicatif. Il pourrait tout au plus être regretté que cette démarche ne permette pas, par un préalable axiomatique qui lui est consubstantiel, d'aborder toutes les formes de régulation de l'économie, dans le sens originaire de ce dernier terme, qui reste le plus usuel, tiré des sciences physiques et, plus généralement, de la théorie des systèmes, pour désigner toutes les formes d'actions tendant à créer ou maintenir des équilibres dans un système complexe.

Cette dernière approche, large et exclusivement matérielle de la « régulation », sans présupposé lié à des éléments organiques, est d'ailleurs, non sans paradoxe, plus proche de l'emploi qui est fait de ce terme dans les travaux anglo-américains, portant notamment sur le *Regulatory State* et les relations entre *Regulatory Practice* et *Administrative Law*, malgré le sens premier de réglementation du mot anglais de *regulation*.

Elle est aussi plus large que le sens donné à cette expression par « l'école française de la régulation », animée notamment par Michel Aglietta et Robert Boyer, qui lui donne un contenu certes très différent de l'action des seules autorités indépendantes du politique (il y aurait même un véritable contresens à confondre ces différents sens du mot de régulation, souligné avec force dès les premières pages de la dernière édition de la *Théorie de la régulation* de R. Boyer et Y. Saillard), mais qui reste spécifique en ce que cette dernière approche analytique est liée à l'évolution, historiquement située et datée, des formes du capitalisme.

Les conséquences de l'adoption d'une définition étroite de la régulation, comme désignant certaines formes seulement de celle-ci, en seraient d'ailleurs seulement que seraient alors étudiées ailleurs éventuellement les autres formes de régulation de l'économie, qu'il s'agisse notamment de l'autorégulation et des régulations privées, mais aussi des autres formes de régulation publique de l'économie. Ce ne serait dommageable que s'il devait en résulter quelque forme d'exclusion ou d'autocensure, ce dont il n'existe pas de risque dans une enceinte universitaire où prévaut la liberté de l'esprit.

Il arrive cependant aussi que soit présenté, non plus comme une hypothèse de travail, non plus comme un élément d'une certaine définition de la régulation, mais comme un principe de droit positif, l'impératif d'indépendance des autorités de régulation par rapport aux autorités politiques.

Celui-ci est alors parfois dégagé d'une certaine lecture des textes communautaires. Tantôt il s'agirait de déduire d'un principe général effectivement consacré par la jurisprudence communautaire, celui de l'indépendance nécessaire des régulateurs par rapport aux opérateurs, un autre principe, celui de l'indépendance des régulateurs par rapport au pouvoir politique, qui ne semble pas avoir été consacré quant à lui en termes généraux par la jurisprudence. Tantôt un tel principe à portée générale est induit d'une règle qui n'est pourtant posée que pour une hypothèse précise, mais qui s'impose alors avec beaucoup de force. Lorsque l'État reste l'actionnaire majoritaire ou le tuteur de l'un des principaux opérateurs sur le marché, voire de l'opérateur historique dans le cas des services récemment ouverts à la concurrence, il est en effet impératif d'organiser une pleine indépendance de « l'autorité réglementaire nationale », pour employer le langage des directives communautaires relatives à ces secteurs, par rapport aux autres autorités de l'État, dans la mesure où elles risquent de se préoccuper prioritairement, sinon, des intérêts de telle entreprise publique dans laquelle l'État est partie prenante.

L'indépendance de l'autorité de régulation par rapport aux autorités politiques tend, dans cette hypothèse, à éviter les conflits d'intérêts qui, sans cette précaution, apparaîtraient inéluctablement. En dehors de ce cas de figure, il n'existe pas à ce jour en droit communautaire un principe de portée générale qui exigerait l'indépendance des « autorités réglementaires nationales » dotées de pouvoirs de régulation, par rapport aux autorités issues de l'élection. C'est d'ailleurs pourquoi l'idée parfois avancée, dans le débat sur l'éventuel passage de régulations nationales à des régulations européennes, selon laquelle la Commission européenne ne saurait avoir des pouvoirs de « régulation », puisqu'elle est elle-même un organe politique, peut certes traduire un choix idéologique qui a ses raisons mais ne repose pas en l'état sur un impératif de cohérence juridique.

Il faut rendre hommage à D. Gérardin, là encore, d'avoir lui-même souligné la portée précise et limitée, en l'état, de cette règle en droit communautaire, même si elle peut être légitimement étendue à toutes les hypothèses où il risque d'exister un conflit d'intérêts au sein même des autorités de l'État compte tenu de la diversité de ses fonctions.

Celui-ci a aussi évoqué une autre raison souvent invoquée pour justifier l'idée d'une nécessaire indépendance du régulateur par rapport au politique. Il s'agit cette fois d'une considération dont la portée est d'une portée beaucoup plus générale puisqu'elle tient au risque que les autorités issues de l'élection, et généralement soumises de ce fait à réélection, ne soient guidées par des considérations électorales de court terme, alors que l'efficacité économique supposerait d'avoir une vision de long terme.

Cette défiance à l'égard des organes de la démocratie politique peut se nourrir aujourd'hui de certaines des analyses des écoles de l'« économie institutionnelle de la réglementation » ou encore de la « nouvelle économie publique », après celles de l'école du *Public Choice*. Elles montrent en effet, avec des nuances dans la démarche de l'une à l'autre, l'ampleur à tout le moins des risques de « capture » des autorités publiques par des groupes de pression d'autant plus efficaces qu'ils seront restreints et auront des intérêts structurés. Certaines peuvent parfois en déduire une approche normative en termes de « *design* institutionnel ».

Si J. Buchanan, l'un des « pères » de l'école du *Public Choice*, soulignait en ce sens que la nature du rôle des institutions étatiques en matière économique est ou devrait être essentiellement technique plutôt que démocratique, il n'existe certes pas d'unanimité des travaux des économistes sur ces thèmes. Les nombreuses publications d'Amartya Sen s'attachent notamment bien plutôt à démontrer l'importance de la démocratie dans l'action publique en matière économique. La plupart des juristes sont pour leur part imprégnés d'une philosophie politique attachée à l'importance des principes de la démocratie. Ils pourraient d'autant moins souscrire pleinement à l'idée qu'il faudrait, en matière de régulation, tenir à distance les représentants élus du peuple qu'elle aboutirait, dans une conception large de celle-ci, à une forme de dénégation de la pertinence de l'idée même de démocratie politique dans la sphère de l'action publique en matière économique.

L'existence de tels risques de capture oblige néanmoins à réfléchir au minimum sur les limites des compétences respectives des autorités politiques et des autres organes de régulation, au sens large, de l'économie ainsi que sur l'articulation de l'action des uns avec le rôle continue de revenir aux autres.

Peu de travaux juridiques ont été menés, du moins en langue française, sur la complémentarité ou la concurrence des compétences des autorités politiques et des organes technocratiques de régulation, alors que davantage d'études portent sur le développement des régulations privées par rapport aux régulations publiques. Le contraste est relativement fort avec les nombreux articles ou documents de travail portant sur le thème du *Political Control of Agencies* aux États-Unis, développant les différentes formes, et d'ailleurs souvent les ambiguïtés, du rôle du Congrès, voire du président, à leur égard. Un certain nombre d'études ont été également menées, en matière de régulation, sur la notion d'*accountability*, ou celle, connexe mais distincte, de *liability*, dans la mesure où il s'agit notamment de savoir comment organiser la responsabilité des autorités de régulation à l'égard de la société civile. Lorsqu'elles abordent frontalement la question du contrôle politique de ces organes, elles évitent à tout le moins les risques d'apories qui s'attacheraient à la recherche des moyens d'as-

sur un contrôle « démocratique » des autorités de régulation qui serait supposé par ailleurs ne pas être « politique ».

Certes, le vocable aujourd'hui fréquemment utilisé de « corégulation » permet de désigner toutes les formes de régulation qui conjuguent une certaine forme d'indépendance par rapport au politique et l'intervention du politique pour organiser ou à tout le moins tolérer leur existence. Ce concept est d'un grand intérêt pour rendre compte de l'existant dans toute sa diversité mais la contrepartie de son caractère englobant est qu'il ne peut avoir une valeur explicative précise quant à la place respective revenant aux uns et aux autres, pour autant qu'elle puisse être distinguée, et n'y prétend d'ailleurs pas.

Les observations de D. Gérardin montrent lumineusement sur ce point, par-delà le rôle de conseil qu'il exerce pour la Banque mondiale, que la relation des autorités de régulation à la démocratie politique appelle encore bien des approfondissements.

*

Le rapport de la régulation à la juridiction prête également à questions, dans le cadre d'une réflexion sur la hiérarchie des pouvoirs, notamment lorsque les autorités de régulation sont conçues comme des autorités strictement indépendantes des autorités politiques et non comme des sous-ensembles du pouvoir exécutif. Quelle serait en effet la source de la légitimité de ces autorités administratives qui, par hypothèse, d'une part, ne seraient pas issues, ni directement, ni même indirectement, de l'élection politique, alors que, d'autre part, elles ne sont pas des juridictions, dont elles n'ont pas certaines caractéristiques essentielles ? Ne serait-ce pas empiéter sur la sphère de la juridiction que de prétendre doter des puissances administratives tant d'une pleine autonomie par rapport au politique que d'une autorité quasi juridictionnelle, c'est-à-dire une indépendance et une autorité pour dire le droit dont l'alliance singulière était jusqu'alors le propre des juges ?

Certes, leur légitimité, problématique en raison même de ce postulat d'indépendance par rapport au politique, peut apparaître renforcée lorsque ces autorités sont soumises à des garanties procédurales elles-mêmes largement empruntées à la procédure juridictionnelle. L'impartialité dans la composition des organes et dans la procédure de décision, le strict respect du contradictoire ainsi que du principe d'égalité des armes, la motivation des décisions et une transparence dans le processus de décision sont autant de formes de ces garanties, sous le contrôle précisément du juge. Ces exigences, aujourd'hui très généralement admises, ne sont d'ailleurs pas allées sans quelques difficultés d'adaptation, parfois, de la part des autorités de régulation chargées d'un pouvoir de sanction. Tout ceci apparaît cependant aujourd'hui acquis. Il reste que même l'application de telles garanties procédurales ne fait pas pour autant des « juridictions » de ces autorités publiques et même administratives à proprement parler.

Il est aussi possible de considérer que la place spécifique de la juridiction est préservée en tant que l'action des autorités de régulation est elle-même soumise au

contrôle du juge. La plénitude du contrôle du juge sur l'exercice des pouvoirs de sanction ou de règlement de différends des autorités de régulation est en effet bien consacrée par les règles de droit, même si son exercice est parfois rendu délicat par le jeu d'un certain nombre de facteurs. Celui-ci est peut-être tout d'abord rendu plus complexe qu'il ne serait utile, s'agissant notamment de la France, de par le partage des compétences juridictionnelles opéré entre le juge judiciaire et le juge administratif. Ce dernier procède en effet d'une répartition un peu trop subtile pour ne pas susciter parfois de réelles difficultés, notamment en matière de responsabilité du fait des actes des autorités de régulation. Ce contrôle est aussi parfois relativement malaisé dans les faits, encore que cette difficulté ne doive pas être surestimée, de par la technicité des questions posées d'abord aux autorités de régulation, et de ce fait même au juge en cas de recours contre leurs décisions. Sans doute celui-ci peut-il faire appel lui-même à la compétence d'experts, mais il en résulte alors des délais qui sont susceptibles d'altérer sensiblement l'efficacité souhaitée, notamment en droit communautaire, des procédures de régulation.

Quelles que soient la diligence et l'efficacité propres du juge lui-même dans les missions de régulation, la principale difficulté semble cependant ailleurs : comment concevoir les conditions d'exercice du contrôle juridictionnel sur cette part du pouvoir normatif des autorités de régulation qui prend la forme de la *soft law*, de ce « droit tendre » que l'on appelle aussi parfois les « normes molles » ? Comment le juge peut-il en effet être saisi de ce qui ne ressort d'aucune décision au sens propre, d'aucune règle qui soit encore écrite ?

Certes, cette spécificité du pouvoir d'influence des autorités de régulation peut expliquer précisément que leur rôle ne puisse être dévolu tout entier à des juridictions. Mais à quel contrôle peut être soumis ce pouvoir d'influence, s'il ne relève pas du contrôle du juge de par les formes singulières qu'il emprunte et s'il n'est pas soumis non plus à un contrôle démocratique, de par une indépendance, qui serait posée en principe, des autorités de régulation par rapport aux autorités politiques ?

D. Gérardin a évoqué un « quatrième pouvoir », qui serait implicitement situé sur le même plan que les pouvoirs politiques, législatif et exécutif, d'une part, et que le pouvoir judiciaire, d'autre part. Il peut arriver qu'un juriste français soit tenté de rappeler que la Constitution n'évoque qu'une « autorité judiciaire » et semble éventuellement, par là, entendre justifier *a fortiori* l'originalité institutionnelle des autorités de régulation par un parallèle entre celles-ci et l'autorité judiciaire qui, pas davantage que les premières, ne tire sa légitimité de l'élection politique. Une telle conception serait cependant trop éloignée de la place aujourd'hui généralement reconnue au juge, même en France, place éminente et spécifique, pour qu'un tel rapprochement puisse avoir une réelle portée. Elle ne pourrait être retenue.

Sans doute l'autorité politique pourrait-elle toujours « reprendre la main », par l'édiction de la loi, voire du règlement en certaines hypothèses, si ce pouvoir d'influence était exercé d'une façon telle qu'il heurterait par exemple certaines valeurs auxquelles les représentants du pouvoir politique seraient attachés. Dans ce cas le

contrôle juridictionnel retrouverait d'ailleurs son empire, par la voie du contrôle de constitutionnalité et/ou du contrôle de légalité.

Il ne faudrait évidemment pas déduire de façon trop linéaire de ce dernier constat qu'il suffirait donc de replacer les compétences de régulation dans la sphère du pouvoir exécutif, voire législatif, pour restituer au juge toute sa puissance. S'il était toujours vrai que, à l'inverse, tenir à distance la démocratie politique en la matière devait conduire à empiéter aussi sur la sphère propre de la juridiction, la difficulté, aiguisée en apparence seulement, serait finalement simple à résoudre.

La source essentielle des difficultés du contrôle juridictionnel semble tenir plutôt ici à la nature même de cette *soft law* ou de ce « droit mou », qui échappe de par ses caractéristiques mêmes aux filets de la *juris-dictio*. Or, il semble généralement admis que des autorités techniques sont souvent mieux à même que des autorités politiques, *a fortiori* que des juges, d'organiser les conditions d'un consensus, notamment à un niveau international, ou, plus encore, transnational, autour de ces normes « molles », par l'organisation de vastes consultations préalables et l'association des acteurs du marché à la collecte des informations, avant que se dégage une solution perçue comme efficiente. Leur capacité réactive et leurs moyens leur donnent un avantage spécifique comme régulateurs au quotidien, qui explique sans doute que le rôle régulateur du juge, ainsi que celui de l'autorité politique soient davantage cantonnés à la définition des règles du jeu et au contrôle de leur mise en œuvre. Peut-être pourrait-on admettre, il est vrai, que la définition des règles et le contrôle de leur application constituent précisément toujours l'essentiel de la régulation, ici prise dans son sens le plus large.

Si la conception moderne, ou plutôt postmoderne, de la théorie de l'État de droit conduit à prendre acte d'un tel polycentrisme des pouvoirs de régulation, comme d'une évolution nécessaire pour répondre à la complexité des besoins de la société, notamment dans leur dimension économique, il reste que l'une des tâches majeures, pour les années à venir, pourrait ou même devrait être de penser le rapport de la régulation (toujours dans le sens le plus large de cette notion) non seulement à la démocratie politique mais aussi à la juridiction, en tant qu'institutions régulatrices de l'économie.

Le rappel brossé par Damien Gérardin nous y invite précisément tant par les pleins que les déliés de son écriture dans le cadre de cette vaste fresque panoramique.

Les incidences du droit européen sur la régulation nationale

Hugues Calvet

Avocat au barreau de Paris, cabinet Bredin Prat

Le droit européen et le régulateur, ou, autrement dit, l'intensité du droit européen sur la régulation indépendante constitue, me semble-t-il, la question qu'il me revient d'aborder.

Question extraordinairement récente, riche et complexe. Récente tout d'abord, pour les gens de ma génération. Au cours de ma carrière professionnelle, avant d'être avocat et de me consacrer aux questions de droit de la concurrence et de droit de la dérégulation au sens large, j'ai travaillé à la Cour de justice des Communautés européennes. Je peux dire que lorsque j'ai quitté la Cour de justice, au début des années quatre-vingt-dix, ce sujet aurait été tout simplement incompréhensible. Il y a aujourd'hui des gens qui commencent leurs études. Ils doivent savoir qu'il y a dix ans encore, un débat sur la régulation indépendante et la hiérarchie des normes aurait à peu près eu l'inconsistance des questions que Jacques Chancel posait à la fin de ses interviews bien connues dans ma jeunesse...

Aujourd'hui, c'est un sujet à la fois particulièrement important et qui connaît une mutation considérable. Ces textes et les principes dont nous allons parler ont été pour l'essentiel posés au début des années quatre-vingt-dix. La régulation indépendante telle qu'on la connaît résulte d'un arrêt de la Cour qui a posé le principe de la nature constitutionnelle du conflit d'intérêts. Il s'agit du fameux arrêt du 19 mars 1991, *France c/Commission européenne*, dans l'affaire des terminaux de télécommunication. Ce principe résulte donc d'un arrêt qui n'a somme toute qu'une dizaine d'années.

Je crois que notre doctrine a eu le mérite d'avoir su mettre en évidence les traits absolument singuliers de la régulation indépendante. J'entends souvent autour de moi une critique assez curieuse et étonnante de la part d'amis magistrats ou avocats

traditionnels : celle selon laquelle la régulation indépendante serait un dessaisissement du juge. C'est un non-sens absolu. On peut lire également une critique différente sous la plume des meilleurs auteurs issus du monde de la haute administration ou de la haute juridiction administrative, à savoir que la dérégulation crée des phénomènes de régulation indépendante qui seraient un démantèlement de l'État, sans prêter garde à ce que ces fonctions sont pour l'essentiel des fonctions nouvelles, qui obéissent en outre à des cumuls parfaitement étrangers à l'administration classique.

Face à cela, je vous propose simplement d'aborder cette question de l'intensité du droit européen sur la place du régulateur autour de trois thèmes.

Le premier, qui a été largement abordé, est celui de l'intensité du droit communautaire sur la création du régulateur (I). Je vous proposerai ensuite d'évoquer le statut des droits et des obligations du régulateur au regard du droit communautaire (II). Enfin, j'essaierai de vous présenter rapidement les raisons pour lesquelles, à mon sens, la prise en compte de la Convention européenne des droits de l'homme dans le fonctionnement de la régulation indépendante renforce la crédibilité et la légitimité du régulateur (III).

I. LE DROIT COMMUNAUTAIRE ET LA NAISSANCE DU RÉGULATEUR

On entend souvent dire que la création du régulateur est imposée par le droit communautaire. Cette question est peut-être un peu plus nuancée, si l'on veut bien examiner juridiquement la chaîne exacte d'obligations qui pèsent sur l'État. Ce que le droit communautaire impose expressément, ce sont, dans les différents textes qui imposent la régulation indépendante, des entités *indépendantes des parties* concernées. De nombreux champs de la régulation indépendante ne doivent rien au droit communautaire. Ceux qui doivent au droit communautaire sont pour l'essentiel, à ce jour, les autorités créées dans les secteurs des industries des réseaux. Les directives, en réalité, imposent simplement des entités qui soient indépendantes des parties. C'est la seule exigence qui existe. La seule exception à cette règle sera vraisemblablement — mais on n'est alors plus dans le domaine de l'industrie des réseaux — dans le domaine de la protection des données individuelles où la Charte européenne, à mon sens, prévoit exactement la création d'une autorité indépendante au sens où nous l'entendons, c'est-à-dire une autorité indépendante de l'exécutif.

On peut alors se demander en définitive pourquoi en France, pays traditionnellement peu enclin au dessaisissement de l'exécutif, on continue à dire néanmoins que le droit communautaire impose la création d'autorités indépendantes. Je dois dire que cette question est rarement traitée techniquement. Elle est souvent abordée de

manière sociologique, mais pourquoi a-t-il été techniquement nécessaire de créer des autorités indépendantes au sens où nous l'entendons ?

De ce point de vue, le dernier rapport du Conseil d'État est un document de référence pour qui veut connaître des aspects juridiques et institutionnels des autorités de régulation. Le rapport 2001 explique très précisément la contrainte qui s'exerce. Elle est très simple : l'État conserve le contrôle économique direct de l'opérateur, parce qu'il en est l'actionnaire majoritaire, et paradoxalement, il doit « externaliser » la fonction indiscutablement régaliennne de régulation. C'est un *paradoxe au regard des canons des fonctions traditionnelles de l'État*, puisque c'est le rôle économique exercé par l'État qui va conduire à lui imposer de concéder la fonction régaliennne de régulation. C'est le résultat direct d'une contrainte qui est effectivement posée par le droit communautaire. Je citerai l'exemple de certains arrêts du début des années quatre-vingt-dix. Je me réfère à l'affaire *Taillandier et De Kooster*, où était en cause le statut d'alors de France Télécom. Dans cette affaire, la Cour dit que le fait, pour plusieurs directions d'une même administration, d'exercer d'une main la fonction économique et de l'autre main la fonction de régulation ne suffit pas à lever le conflit d'intérêt. Il est frappant de constater que cette analyse juridique est celle que le Conseil d'État livre dans son dernier rapport pour expliquer la contrainte juridique. *Il n'existait en définitive pas d'autre voie que la création d'une autorité indépendante*, aussi longtemps que l'État exerce une activité économique.

Je voudrais par ailleurs faire une observation étonnée s'agissant des autorités de droit commun de la concurrence : il est assez singulier, alors que nous sommes à la veille d'une réforme considérable qui, si elle voit le jour, va confier aux autorités nationales de la concurrence une application décentralisée du droit communautaire de la concurrence, qu'*aucun texte communautaire n'impose ni la création d'autorités nationales de concurrence, ni a fortiori des règles minimales de fonctionnement desdites autorités*. C'est tout à fait surprenant. D'ailleurs, dans le débat actuel qui a lieu à propos de la réforme consistant à transférer par ce biais aux autorités nationales la responsabilité première de l'application du droit communautaire de la concurrence, l'hétérogénéité des situations nationales est un argument souvent avancé pour contester l'opportunité de cette réforme. La question qui doit être posée, de ce point de vue, est de savoir s'il est envisageable de pouvoir procéder à un transfert aussi considérable que la responsabilité d'appliquer dans son intégralité le droit communautaire de la concurrence, sans qu'un minimum de bases communes soit jeté s'agissant du statut desdites autorités et notamment de leur indépendance.

II. STATUT DU RÉGULATEUR ET DROIT COMMUNAUTAIRE

Un autre éclairage s'agissant du droit communautaire est la question des droits et des prérogatives des autorités de régulation par rapport à l'application du droit communautaire. C'est une question extrêmement institutionnelle, mais qui a le mérite, si on veut bien l'examiner attentivement, de cerner une figure du régulateur qui est somme toute assez précise. Tout d'abord, le régulateur indépendant, en sa qualité d'organe de l'État, engage la responsabilité de ce dernier au regard du droit communautaire. En d'autres termes, le régulateur est un organe de l'État, qui ne peut violer le droit communautaire sans engager la responsabilité de l'État. De ce point de vue, je voudrais livrer à votre réflexion une décision de la Commission du 25 juillet 2001 par laquelle a été prise la décision de saisir la Cour de justice à l'encontre de la France, pour des manquements qui auraient été commis par le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA). En l'occurrence, il s'agit des restrictions apportées par le CSA à la radiodiffusion d'événements sportifs télévisés, en application de la loi Evin. C'est une hypothèse où la qualité d'indépendance de l'autorité de régulation ne fait nullement échec à ce que l'État français soit comptable lui-même, conformément d'ailleurs à la jurisprudence de la Cour de justice selon laquelle les autorités décentralisées engagent la responsabilité de l'État.

On doit ensuite aborder la question de savoir si le régulateur peut et doit écarter la loi nationale contraire au droit communautaire. C'est une question qui, tout le monde le mesure, n'est pas mince au regard de notre droit public. Elle a longtemps fait débat s'agissant du juge et elle peut se poser aujourd'hui s'agissant du régulateur. Le droit communautaire a une réponse claire. L'arrêt de principe est un arrêt de la Cour de justice de 1989 dans une affaire *Commune de Milan-Constanzo*, où l'administration, qui se trouvait être une autorité décentralisée, se posait la question de savoir si elle devait appliquer une directive en lieu et place de la loi nationale qui lui était contraire. La réponse de la Cour, qui est d'autant plus nette que cet arrêt a été rendu sur des conclusions absolument contraires de l'avocat général Lenz, est claire : oui, l'autorité décentralisée — et l'autorité de régulation serait traitée de la même manière au regard du droit communautaire — a le droit et le devoir d'écarter d'elle-même la loi contraire au droit communautaire d'effet direct.

Je note qu'il y a un contraste assez intéressant, puisque la cour d'appel de Paris rappelle effectivement que l'Autorité de régulation des télécommunications (ART) ne pourrait examiner la légalité d'un règlement au regard du droit interne, alors même que cette même ART serait tenue, saisie dans le cadre de sa compétence, d'examiner la compatibilité éventuelle, par exemple, d'une loi de transposition de directive avec la dite directive.

Une dernière question, de ces jolies questions théoriques que l'on aime toujours poser et apprendre lorsqu'on est étudiant, est celle de savoir si ce statut du régulateur au regard du droit communautaire institutionnel ne conduirait pas à conférer au

régulateur la qualité de juridiction. Je pense ici bien sûr à la mise en œuvre de la question préjudicielle prévue par l'article 234 du traité CE, l'ancien fameux article 177.

De ce point de vue, il est frappant de constater que les quatre critères posés par la Cour pour qualifier d'organe de juridiction au regard de l'article 234 paraissent bien remplis s'agissant d'un certain nombre de fonctions assurées par les régulateurs. Ces quatre critères sont : l'origine légale de l'organisme, la permanence de sa fonction, la circonstance que l'on tranche un litige par application d'une règle de droit et le respect d'une procédure contradictoire. Mais il paraît douteux que le régulateur nous offre l'intéressante opportunité de connaître l'intéressante réponse à l'intéressante question de savoir s'il est une juridiction, parce que saisissant la Cour, il considérerait par là même qu'il est une juridiction et il susciterait ainsi un certain émoi dans le Landerneau institutionnel interne. En outre, d'un point de vue pratique, je pense que les procédures les plus de nature à donner lieu à des débats pouvant provoquer une question préjudicielle sont, soit des procédures dont on dit parfois qu'elles traînent un peu — je pense aux procédures devant le Conseil de la concurrence —, soit des procédures qui sont soumises à des délais préfixés — et je pense là aux procédures de règlement des différends prévues par les autorités de régulation sectorielle.

S'agissant du droit communautaire, ce qui me frappe le plus, au-delà de ses aspects purement juridiques, c'est depuis quelques années, en marge de la construction communautaire, l'émergence de ce que l'on pourrait appeler une véritable communauté des régulateurs. Ces autorités de concurrence des différents États européens ou les autorités sectorielles confrontées à des problématiques analogues ont tendance à considérer les problèmes sous un angle extrêmement voisin. C'est véritablement extraordinaire pour les gens de ma génération. Il y a quinze ans, nous en étions encore à convaincre les juridictions nationales d'appliquer le droit communautaire. Aujourd'hui, on voit une convergence des analyses qui est un phénomène extrêmement significatif au regard de l'exercice d'un certain nombre de fonctions étatiques. Le Conseil d'État soulève d'ailleurs cette question dans des termes extrêmement clairs, en demandant jusqu'où cette coopération internationale doit s'exercer. C'est en tout cas une question qui doit être posée.

Pour ma part, j'en poserai une seconde : cette émergence d'une communauté de régulateurs, qui est indiscutable, n'implique-t-elle pas aussi une émulation entre les régulateurs ? Je crois qu'on peut observer, dans les domaines concernés, par exemple dans le domaine du contrôle de la concurrence, la tentation pour le régulateur d'être le meilleur élève de la classe. C'est une chose qui, assurément, garantit à mon avis la pérennité dans l'exécution des missions des régulateurs. Cela pose d'autres questions à l'avocat que je suis, notamment en termes d'exercice effectif des droits de la défense, mais c'est une autre histoire. Et c'est l'histoire que je voudrais maintenant évoquer rapidement avec vous.

III. LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME UN APPUI DÉCISIF POUR LA LÉGITIMITÉ DES RÉGULATEURS

Schématiquement, quelle est la situation à laquelle le juge s'est trouvé confronté ces dernières années ? Il se trouve confronté à une situation où, au regard des catégories classiques, le régulateur cumule parfois des fonctions normalement distinctes : d'une part, il va réglementer, édicter des décisions individuelles et, d'autre part, il va engager des poursuites, instruire et sanctionner. Ce cumul pose une difficulté évidente. Il faut bien admettre que c'est un véritable défi pour les tenants de la pensée juridique classique. Quand Tocqueville observait la puissance déjà acquise par la juridiction fédérale américaine au début du XIX^e siècle, il écrivait que la seule limite à ce pouvoir était le fait que les juges ne pouvaient pas se saisir. Mais d'un autre côté, tout le monde est bien conscient, à moins de commettre un contresens, que le régulateur, pour pouvoir exercer sa mission, doit en réalité pouvoir imposer une régulation efficace à des opérateurs qui sont puissants. Il ne doit pas devenir captif. Il me semble que de ce point de vue, la jurisprudence est aujourd'hui en train de bâtir un compromis parfaitement pragmatique et satisfaisant.

Tout d'abord, la jurisprudence admet que le cumul des fonctions n'est pas contraire aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme. C'est le premier point. Le démantèlement n'aura pas lieu, le cumul des fonctions nécessaire à l'efficacité de la régulation est garanti.

Mais, ce cumul étant ainsi garanti, dans ce cadre, la jurisprudence va progressivement imposer le respect d'un certain nombre de principes. D'abord, le respect du principe de la présomption d'innocence. Ensuite, la décomposition des fonctions : vous ne pouvez, dans le même temps, être l'organe d'instruction et l'organe de jugement. Vous ne pouvez pas non plus avoir participé au déclenchement de la poursuite et décider de la sanction. Vous ne pouvez enfin, dans une nouvelle variation apportée par la jurisprudence récente de la Cour de cassation, avoir décidé de mesures provisoires et en même temps décidé du fond de la sanction.

Ce rappel très rapide, qui est essentiellement un rappel de l'état de la jurisprudence de la Cour de cassation, montre la rapidité de l'acquis jurisprudentiel en la matière. Je dis qu'il est un rappel de la jurisprudence de la Cour de cassation, et sans faire d'œcuménisme un peu forcé, je crois qu'il n'est pas si éloigné que certains veulent bien le dire de la jurisprudence du Conseil d'État. Lorsque l'on regarde la question de la présence du rapporteur au délibéré, je crois qu'il n'y a pas du tout l'opposition dramatisée que l'on a voulu dresser. Quand le rapporteur est un véritable organe d'instruction, il ne peut pas participer au délibéré. Lorsqu'en revanche le rapporteur se borne à compléter l'information de la formation de juridiction, il faudrait, comme le disait un conseiller à la Cour de cassation, être Ubu pour l'empêcher de participer à ce délibéré.

Reste à trouver le sens, la portée de cette jurisprudence. Je crois que la question de la légitimité des autorités de régulation ne peut pas être balayée d'un revers de la main au nom d'un positivisme juridique un peu rapide. Il y a une véritable question. Le conflit d'intérêt est fondamentalement à la source de la régulation indépendante. C'est le dénominateur commun de quasiment toutes les hypothèses de création d'une autorité indépendante. Ce conflit d'intérêt, qui libère de la tutelle de l'exécutif l'autorité indépendante, la prive corrélativement de la légitimité dont l'exécutif peut jouir devant le Parlement par la responsabilité qu'il encourt à l'égard de ce dernier. De ce point de vue, c'est le mérite des travaux d'un certain nombre de gens, dont bien sûr le professeur Frison-Roche, d'avoir bien mis en évidence, à la suite des travaux sur la légitimité procédurale, que nous sommes dans le cas d'une légitimité qui s'acquiert tout simplement par la manière d'exercer son pouvoir. En assujettissant une autorité à ces principes procéduraux, il ne s'agit pas simplement de garantir les droits de la défense. Il s'agit aussi et surtout d'accentuer la transparence du fonctionnement de l'institution, de l'assujettir au droit, et ainsi, de créer, par une légitimité vécue, cette légitimité par rapport à ses utilisateurs et à l'ensemble de l'opinion.

C'est la raison pour laquelle les autorités indépendantes elles-mêmes ont considérablement changé de perspective. Je me rappelle un certain nombre de réactions crispées, lorsque les arrêts de la cour d'appel de Paris puis de la Cour de cassation les ont assujetties à la décomposition des fonctions que je viens d'évoquer. Aujourd'hui, que constate-t-on ? On constate qu'en réalité les autorités intériorisent véritablement le respect de ces règles. Je voudrais prendre, pour conclure, deux exemples extrêmement récents, concernant le Conseil de la concurrence, mais que, je le pense et je l'espère, on pourrait retrouver chez d'autres autorités indépendantes.

Le premier exemple est une décision de juin 2001, où le Conseil lui-même, après une procédure suivie devant lui, a estimé, pour des raisons qui relèvent de l'anecdote, que le rapporteur, organe d'instruction, pouvait être considéré comme ne présentant pas toutes les garanties d'indépendance à l'égard du Conseil. Le Conseil a donc de lui-même annulé la procédure. Je dois dire qu'il y a là, bien au-delà de la crainte d'une éventuelle censure, une marque d'intériorisation des exigences procédurales et d'autorégulation qui doit être notée.

Le deuxième exemple est tiré de l'attitude du Conseil de la concurrence après l'adoption de la loi NRE qui, comme vous le savez sans doute, a créé des sanctions plus sévères en matière d'infraction au droit de la concurrence. Or, assez curieusement, la loi NRE a créé des sanctions plus sévères avec un critère d'application dans le temps qui conduirait à une application rétroactive de la loi plus sévère. En effet, la loi prévoit que ces sanctions plus sévères ne s'appliquent pas pour les affaires pour lesquelles le Conseil a été saisi avant l'entrée en vigueur de la loi. Cela conduit, implicitement mais nécessairement, à ce que ces dispositions plus sévères s'appliqueraient aux affaires pour lesquelles le Conseil aurait été saisi après l'entrée en vigueur de la loi, y compris dans le cas où il s'agirait de faits antérieurs. Il s'agirait d'une violation caractérisée du principe de non-rétroactivité des sanctions. Là encore, le Conseil de la concurrence, dans les premières applications de la loi, a pris soin de

rappeler que le critère d'application de la nouvelle loi est purement et simplement la date de commission des faits par rapport à l'entrée en vigueur de la loi. Il s'institue en quelque sorte lui-même gardien des droits fondamentaux là où le législateur lui-même les a malmenés.

Les autorités indépendantes de régulation, le droit de la concurrence et le contrôle du juge

Jean-Louis Dewost

Conseiller d'État

Partageant très largement l'excellente analyse de maître Calvet, je me bornerai par conséquent à faire trois brèves remarques.

1.– Maître Calvet, si j'ai bien compris, a évoqué la « situation paradoxale » dans laquelle l'État, actionnaire majoritaire d'un ex-monopole, conserve le contrôle de l'entreprise et concède à une autorité indépendante le pouvoir « régalien » de régulation.

Est-ce tellement paradoxal ? Je ne le pense pas.

Autant en effet, il est maintenant admis par tous que le droit de la concurrence s'applique pleinement aux activités économiques des collectivités publiques (c'est la position du Conseil d'État depuis l'arrêt *Million et Marais* de 1997, comme celle du Conseil de la concurrence, et cela a été confirmé par l'arrêt de conflits *Aéroport de Paris* de 1999), autant il me paraît évident que ceci ne signifie pas pour autant que l'État doit nécessairement s'abstenir de toute intervention économique (ceci est confirmé par le nouvel article 16 du Traité de Rome et la communication faite en 2000 par la Commission européenne sur les services d'intérêt économique général).

2.– En ce qui concerne l'assujettissement des autorités indépendantes de régulation aux garanties procédurales de la Convention européenne des droits de l'homme, je partage l'appréciation de maître Calvet selon laquelle il ne convient pas de présenter les divergences d'approche entre Cour de cassation et Conseil d'État de manière excessivement « dramatisée ». J'y verrai même, pour ma part, un bel exemple de dialogue des juges.

Je rappelle en effet que, dans un premier temps, le Conseil d'État a, dans l'arrêt *Didier* de 1999, fait un pas en direction de la Cour en reconnaissant que dans certaines hypothèses, une autorité administrative pouvait être regardée comme décidant « du bien-fondé d'accusations en matière pénale » au sens de l'article 6-1 de la Convention.

Certes les deux juridictions suprêmes ont persisté dans leur divergence de vues sur le sujet récurrent de l'appréciation des conséquences juridiques de la participation du rapporteur aux débats. Sur ce point, l'arrêt *Didier*, qui se place sur le terrain de l'analyse des faits de l'espèce, s'oppose à l'arrêt *Oury*, qui part du présupposé doctrinal que cette participation est contraire, en soi, au principe d'impartialité.

La bonne nouvelle est que dans l'arrêt *M. P...* rendu par la première chambre civile le 23 mai 2000, la Cour de cassation semble ainsi faire à son tour un pas en direction du Conseil en modifiant la motivation retenue dans l'arrêt *Oury* s'agissant du rôle du bâtonnier de l'Ordre des avocats de Dole dans une procédure disciplinaire. C'est en tout cas l'analyse qu'en donne le président Sargos dans un article remarqué de l'*AJDA* de septembre 2000.

Depuis lors, le Conseil d'État a confirmé son approche rigoureuse (mais pragmatique) en censurant plusieurs décisions qui avaient violé en fait le principe d'impartialité¹.

3. – Selon maître Calvet, les autorités indépendantes de régulation seraient privées de la légitimité dont l'exécutif jouit en régime parlementaire du fait de sa responsabilité devant le Parlement. Elles devraient donc « regagner » cette légitimité par leur comportement et le plein respect du principe du contradictoire...

Personnellement, je suis d'avis, comme le vice-président Denoix de Saint Marc l'a dit devant ce même forum, que les autorités indépendantes continuent à faire partie de l'exécutif. Je ne vois pas d'autre analyse possible en droit constitutionnel.

Dès lors, elles bénéficient de la même légitimité que celui-ci mais sont en même temps soumises aux mêmes contrôles. En particulier les fautes qu'elles peuvent commettre dans l'exercice de leur mission engagent la responsabilité de l'État. C'est ce que confirme le récent arrêt d'Assemblée du contentieux du Conseil d'État, *Kechichian*, du 30 novembre 2001 à propos de la Commission bancaire, bien qu'au cas d'espèce, cette dernière ait agi en tant qu'organe juridictionnel.

Ce contrôle du juge étant un contrôle de plein contentieux, le Conseil d'État n'hésite pas à vérifier l'adéquation de la sanction prononcée par rapport aux faits reprochés².

Les autorités indépendantes de régulation ne sont donc pas « irresponsables » et n'ont pas un besoin impérieux de construire une légitimité dont elles seraient dépourvues... même si, bien évidemment, il est souhaitable qu'elles confortent leur image d'indépendance par la réalité de leur comportement.

1. Voir *Habib Bank Limited* du 20 octobre 2000 et *Société Conseils Finance* du 20 décembre 2000.

2. Voir arrêts *GIE Oddo futures* et *GIE Sécurité futures* du 9 avril 1999.

Le régulateur producteur de droit

Pierre-Alain Jeanneney

*Ancien directeur général
de l'Autorité de régulation des télécommunications,
avocat, cabinet Veil Jourde La Garanderie*

C'est à un double titre, en tant que conseiller d'État et en tant qu'ancien directeur général de l'Autorité de régulation des télécommunications, que j'interviens aujourd'hui devant vous sur le thème du régulateur producteur de droit. Ce double regard, celui du juriste et celui du praticien, peut offrir un apport utile. Il permet de comparer deux visions d'une même question et d'y répondre, à dire vrai, de manière assez différente, et peut-être même contradictoire. Je souhaite vous montrer que le point de vue du praticien est parfois plus pertinent que celui du juriste.

I

La production de droit par les régulateurs, que j'assimile pour l'essentiel aux autorités administratives indépendantes, semble, en première analyse, être résiduelle, subordonnée et contrôlée et se situer tout en bas de la hiérarchie des normes. Cette apparence est trompeuse. En pratique, le pouvoir de création de droit effectivement exercé par les régulateurs déborde largement leurs compétences formelles. Néanmoins, une analyse des textes qui régissent les autorités administratives indépendantes en France conduit assez aisément à croire qu'elles ne disposent que d'un pouvoir bien limité de création de normes. Quelques exemples le montrent.

- Le plus souvent, ces autorités se sont vues attribuer par le législateur, de manière parfois un peu frileuse, une compétence pour émettre des avis, instruire des demandes, prendre des décisions individuelles et parfois même formuler des propo-

sitions. Lorsqu'une autorité émet un avis à l'intention d'un ministre, il est clair que celui-ci garde, en droit, toute liberté de suivre ou de s'écarter de l'avis qui lui est ainsi donné. Lorsque l'Autorité de régulation des télécommunications instruit, pour le compte du ministre chargé de l'industrie, une demande d'établissement d'un réseau de télécommunications ouvert au public, elle se trouve alors, de manière assez paradoxale pour un régulateur indépendant, placée sous l'autorité hiérarchique du ministre ; le ministre garde donc toute liberté de modifier la proposition de décision qui lui est transmise. Quant aux décisions individuelles qui relèvent de la compétence propre du régulateur, elles sont de plus faible portée et sont souvent encadrées par cahier des charges type préalablement fixé par décret.

- Il est vrai que les pouvoirs juridiques confiés aux autorités de régulation ne se limitent pas tout à fait à cela. Elles disposent souvent, en outre, d'un pouvoir réglementaire. Mais ce pouvoir réglementaire est essentiellement subordonné et précisément contrôlé. Par ses décisions rendues en 1989 et en 1996 relatives au Conseil supérieur de l'audiovisuel et à l'Autorité de régulation des télécommunications, le Conseil constitutionnel, selon des considérants dont le libellé est identique, a précisé que « le législateur peut confier à une autorité de l'État autre que le Premier ministre le soin de fixer des normes permettant de mettre en œuvre une loi, mais à la condition que cette habilitation ne concerne que des mesures de portée limitée, tant par leur champ d'application que par leur contenu ». C'est dans ce cadre étroit que l'Autorité de régulation des télécommunications, la Commission de régulation de l'électricité et la Commission des opérations de bourse disposent d'un pouvoir réglementaire ou que la Commission nationale informatique et libertés est habilitée à émettre des normes simplifiées. Ce pouvoir réglementaire est donc strictement limité quant à son objet, puisqu'il s'agit d'apporter des précisions sur des matières techniques. En outre, le législateur a pris soin de préciser, même si cela va de soi, que ce pouvoir réglementaire doit s'exercer, pour ce qui concerne l'Autorité de régulation des télécommunications, dans le respect des dispositions du code des postes et télécommunications et de ses règlements d'application ou bien, pour ce qui concerne la Commission de régulation de l'électricité, dans le respect des dispositions législatives et réglementaires. Il a semblé nécessaire de rappeler cette évidence juridique, comme si l'on craignait que ces autorités, prises d'un brusque désir d'indépendance ou d'un grain de folie, se mettent soudain à méconnaître les lois et règlements. A été mis en place un ultime garde-fou, puisque l'entrée en vigueur de ces normes réglementaires est souvent subordonnée à une procédure d'homologation. C'est le cas pour l'Autorité de régulation des télécommunications et pour la Commission des opérations de bourse, mais non pour la Commission de régulation de l'électricité, ce qui me surprend, même si je m'en réjouis.

- Le troisième domaine, souvent cité, qui permet aux autorités indépendantes de créer du droit est le pouvoir qui leur est reconnu de régler des différends ou de prendre des sanctions. Or ce pouvoir se trouve là encore, en apparence du moins, assez limité. En effet, les décisions qu'elles prennent alors sont des actes administratifs et non des décisions juridictionnelles, en sorte qu'elles sont dépourvues de l'au-

torité de la chose jugée. Lorsque les services juridiques de ces autorités s'efforcent d'organiser la procédure avant que la décision de règlement de différend ou la sanction ne soit prise, ils ne disposent pas véritablement d'un pouvoir formalisé pour établir un calendrier d'instruction ou obliger les parties à produire dans un délai déterminé ; ainsi, il n'existe pas de décision de clôture de l'instruction, ce qui peut être gênant. À l'inverse, il a été jugé, sous l'impulsion de la cour d'appel de Paris, du Conseil d'État et de la Cour de cassation, qu'en pareils cas les autorités administratives indépendantes agissent en tant que tribunal au sens de l'article 6.1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Pour cette raison, le règlement intérieur de l'Autorité de régulation des télécommunications a été refondu en 1999, pour essayer de se prémunir contre des difficultés analogues à celles que la Commission des opérations de bourse avait rencontrées. Il existe donc un contrôle détaillé en matière de procédure exercé, pour les règlements de différends, par la cour d'appel de Paris et, pour les sanctions, par le Conseil d'État.

Cette lecture des textes et de la jurisprudence est celle affichée par les autorités administratives indépendantes, pour des raisons aisément compréhensibles. En effet, si vous lisez les rapports des autorités administratives ou écoutez les discours tenus par leurs présidents, il y est affirmé avec force que ces autorités inscrivent toujours leur action dans le strict respect des dispositions législatives et réglementaires qui les régissent. Elles soulignent qu'elles sont soumises à de multiples contrôles du juge, du parlement, de l'opinion publique, dans certains cas du gouvernement, et enfin à celui du marché. Et, ultime argument invoqué, il est souligné que si une autorité administrative indépendante prenait une mauvaise décision ou excédait ses pouvoirs, le gouvernement ou le parlement pourrait à tout moment reprendre la main en la supprimant ou en modifiant les dispositions législatives ou les règlements qui fixent les bornes de son action. Comment, en effet, une autorité de la République pourrait-elle raisonnablement soutenir un autre point de vue ?

Vous entendez ces propos parce que les autorités administratives indépendantes sont soumises à de multiples critiques et à de fortes pressions. Celles-ci émanent, au premier chef, des opérateurs historiques, et naturellement de leurs avocats, qui voient d'un mauvais œil l'émergence de régulateurs puissants. Elles proviennent, également, des fonctionnaires qui sont restés au sein de l'administration centrale et, parfois même, de ministres qui trouvent désagréable de prendre conscience qu'ils ont été dessaisis d'une partie de leurs pouvoirs. La réponse évidente des autorités administratives indépendantes consiste alors à affirmer qu'elles respectent scrupuleusement la volonté du législateur.

II

Cependant il ne faut pas être tout fait dupe de cette lecture, même si elle recèle une part de vérité. En pratique, et on peut l'observer par de multiples exemples, les régulateurs exercent un pouvoir réel qui déborde largement leurs compétences formelles. C'est là une tendance propre à toute institution qui a naturellement tendance à étendre progressivement le champ de son pouvoir. On l'a vu, toute révérence gardée, en ce qui concerne le Conseil constitutionnel. Pour ce faire, les autorités administratives indépendantes utilisent deux types de procédés. Les uns sont tirés du droit interne ; d'autres s'appuient sur le droit communautaire.

- Je commencerai par les procédés issus du droit interne.

– J'évoquais tout à l'heure le pouvoir d'avis en disant qu'en droit, un avis ne lie pas l'autorité qui en est destinataire ; pourtant, le pouvoir d'avis confié à un régulateur peut être considérable. Je prendrai l'exemple des avis tarifaires. La loi prévoit que l'Autorité de régulation des télécommunications est chargée d'émettre un avis public et préalable sur les propositions de décisions tarifaires de France Télécom. En 1998, France Télécom a offert un tarif très bas pour permettre aux élèves des écoles d'accéder à Internet. Ce tarif était si bas qu'il empêchait tout autre opérateur, compte tenu des charges d'interconnexion qu'il devait verser à France Télécom, de proposer une offre équivalente. L'Autorité de régulation des télécommunications a émis un avis défavorable qu'elle a rendu public. Le ministre est passé outre et a homologué la décision tarifaire de France Télécom. Une association d'opérateurs a alors saisi le Conseil de la concurrence qui, conformément à la loi, s'est retourné vers l'Autorité de régulation des télécommunications pour lui demander son avis sur le tarif homologué. Celle-ci a naturellement répété ce qu'elle avait indiqué dans son avis public au ministre. Le Conseil de la concurrence, sans doute convaincu de la pertinence technique de cette analyse, a enjoint à France Télécom de suspendre son offre aux écoles jusqu'à ce qu'elle propose aux opérateurs concurrents un tarif d'interconnexion suffisamment bas pour leur permettre d'entrer sur ce marché. Finalement, la décision du ministre d'autoriser France Télécom à appliquer ce tarif s'est trouvée privée de tout effet. Depuis lors, le ministre et France Télécom ont pris soin de ne pas passer outre trop ouvertement ou trop fréquemment aux avis tarifaires émis par le régulateur. Ainsi, un simple avis peut avoir une portée réelle qui va bien au-delà de ce que la seule lecture de la loi peut laisser croire.

Le vrai enjeu porte sur le moment et les conditions de publication de l'avis. À cet égard, la publication au *Journal officiel* ou, mieux, sur un site Internet selon les modalités choisies par le régulateur, est tout à fait déterminante. Il en est de même, *a fortiori*, lorsque le régulateur dispose d'un pouvoir d'émettre un avis conforme ou une proposition. C'est le cas en ce qui concerne le coût du service universel des télécommunications ou les tarifs d'utilisation des réseaux d'électricité qui sont proposés respectivement par l'Autorité de régulation des télécommunications et par la Commission de régulation de l'électricité. Je ne crois pas que le ministre ait jamais

eu l'intention de s'écarter de la proposition formulée qui équivaut ainsi, en l'espèce, à une décision.

– Le deuxième grand procédé de droit interne utilisé par les régulateurs pour créer du droit est ce qu'on appelle en anglais la *soft law*, terme que l'on peut essayer de traduire imparfaitement par les mots de droit mou ou de droit flexible. Les lignes directrices, les recommandations, les communications et les communiqués sont des procédés très largement utilisés par les régulateurs nationaux, à l'instar de la Commission européenne qui a ouvert la voie en ce domaine. Ce type d'instrument n'est pas inconnu du droit français, puisque la circulaire ou la directive en sont également une illustration. Dans le texte de ces lignes directrices, il est soigneusement et benoîtement affirmé qu'elles sont dépourvues de toute portée réglementaire et qu'elles constituent simplement l'expression d'une intention destinée à répondre aux souhaits des opérateurs, à promouvoir la transparence et à donner au marché la visibilité qu'il réclame.

D'où provient la force de ces communications et de ces lignes directrices ? Elle réside à mes yeux dans cinq facteurs. Le premier résulte de ce qu'elles sont souvent adoptées à la suite d'une longue concertation, de procédures de consultations publiques et de tables rondes, en sorte que les documents élaborés reflètent un consensus de place, ou sont au moins présentés comme tels. Deuxième justification, parfois réelle et parfois supposée : ces recommandations sont légitimées par l'intérêt bien compris du consommateur ; personne ne s'exprimant véritablement en son nom, le régulateur fait valoir qu'il lui incombe naturellement d'exprimer et de défendre ses intérêts. Le troisième facteur provient de ce que ces recommandations peuvent, si le régulateur fait preuve de suffisamment d'habileté, ce qui n'est pas toujours le cas, bénéficier d'une certaine immunité contentieuse si aucun juge n'est saisi ou s'il admet, au vu de leur formulation, qu'elles n'ont pas de valeur réglementaire. La quatrième raison tient à ce que ces recommandations sont, en fait, respectées par les opérateurs auxquels ils s'adressent, car ils savent que, s'ils s'en écartent, ils courent le risque d'être condamnés dans le cadre d'une procédure ultérieure de sanction ou de règlement de différends ; en outre et plus simplement, les opérateurs, qui inscrivent leur activité dans une relation de longue durée avec le régulateur, n'ont pas intérêt à se mettre mal avec celui qui est chargé notamment de leur allouer des ressources rares. Enfin, ces lignes directrices traitent le plus souvent de questions techniques, juridiques et économiques compliquées, dans des domaines où les capacités d'analyse ne se trouvent réunies que chez le régulateur, en sorte qu'il est malaisé pour des tiers d'en contester les conclusions.

De nombreux exemples témoignent de la vivacité de ce procédé. C'est ainsi que le Conseil supérieur de l'audiovisuel, dans un communiqué du 22 février 2000, affirmait que tous les sites Internet, y compris ceux de la presse, de l'édition, du cinéma et de la distribution, devaient pouvoir accéder à la publicité télévisée. Cette décision a été déférée par la Société civile des auteurs, réalisateurs et producteurs au Conseil d'État qui l'a annulée, dès le 3 juillet 2000, en considérant que le Conseil supérieur de l'audiovisuel avait fait usage d'un pouvoir réglementaire qui ne lui appartenait pas.

Ainsi, un régulateur, s'il n'est pas suffisamment attentif à ce que la forme de sa communication conserve une apparence indicative et à ce que son contenu recueille une certaine adhésion, s'expose à quelques foudres contentieuses.

Mais il peut en être autrement si les régulateurs sont plus habiles. Ainsi, l'Autorité de régulation des télécommunications a adopté, en décembre 1997, des lignes directrices sur les conditions d'accès aux câbles sous-marins et, en novembre 2000, une recommandation sur le développement de l'Internet mobile ; elles n'ont pas été contestées et ont eu un effet réel sur le développement des marchés. De même, la Commission de régulation de l'électricité a publié en mai 2000 une communication sur l'ouverture du marché français de l'électricité ; cette communication interprète d'une manière très constructive l'article 22 de la loi du 10 février 2000 sur l'électricité relatif à la durée minimale des contrats conclus entre les producteurs d'électricité et les clients éligibles, en affaiblissant la contrainte que fait porter cette disposition sur les nouveaux entrants. Plus récemment, en décembre 2001, une autre communication de la Commission de régulation de l'électricité a pris parti sur la liberté du négoce d'électricité, sujet qui n'est pas traité par les dispositions en vigueur. Venant combler les vides de la législation et répondre à un véritable besoin, ce procédé de droit mou est riche de potentialités si les régulateurs savent le manier avec prudence, finesse et habileté.

– Un autre outil qui permet aux autorités de régulation d'étendre le champ de leurs pouvoirs est celui des règlements de différends. Comme je l'ai indiqué, ce sont des décisions administratives qui, revêtues d'une autorité juridique limitée, doivent cependant être prises en respectant les garanties d'une procédure juridictionnelle et sont soumises à un étroit contrôle formel du juge. Pourtant, le juge peut parfois, par sa jurisprudence, apporter une contribution majeure aux pouvoirs du régulateur. Ainsi, la cour d'appel de Paris, alors présidée par M. Canivet, a, par un arrêt rendu le 28 avril 1998, considéré que, « pour des motifs d'ordre public économique, le législateur a confié à l'Autorité, dans l'exercice de prérogatives de puissance publique, la mission d'imposer aux parties qui la saisissent des décisions exécutoires tranchant leurs litiges » et que « l'Autorité est investie du pouvoir d'émettre des prescriptions, voire de prononcer des injonctions de faire ou de ne pas faire, de manière à rendre effective la réalisation des travaux et des prestations nécessaires pour assurer la liberté d'accès au service de télécommunications ».

Sur la forme, la cour d'appel fait preuve de la plus grande attention : en ce qui concerne la procédure, elle a veillé soigneusement à ce que le rapporteur ne soit pas présent, conformément à l'article 6.1 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. En revanche, sur le fond, le contrôle réellement exercé sur les règlements de différends rendus par les autorités de régulation est assez réduit. Des sujets aussi techniques que la fixation d'un tarif ou la sécurisation d'une interconnexion sont difficilement compréhensibles pour un non spécialiste, en sorte que peut parfois subsister une certaine immunité contentieuse.

• En complément de ces procédés de droit interne, les régulateurs peuvent prendre appui sur le droit communautaire.

– Bien souvent et pour des raisons aisément compréhensibles, les textes communautaires ont été transposés *a minima* par les dispositions législatives françaises. Or le principe de la primauté du droit communautaire doit conduire les autorités administratives à faire prévaloir les textes communautaires sur les dispositions de droit interne. Cela fut le cas, de manière tout à fait claire et avouée et sans que personne ne s'en émeuve, lorsque l'Autorité de régulation des télécommunications a établi la liste des opérateurs puissants sur le marché et les obligations auxquels ils sont soumis; le code des postes et télécommunications alors en vigueur a été interprété, de manière très constructive, à la lumière de la directive communautaire. Ce fut également le cas, dans une moindre mesure, pour l'évaluation des charges du service universel; la loi française ne prenait pas en compte l'avantage qu'induit le fait pour l'opérateur historique d'être chargé du service universel; les évaluations faites mentionnaient et chiffreraient cet avantage, sans pour autant en tirer de conséquences pratiques.

De manière plus nette encore, dans sa communication du 18 mai 2000, la Commission de régulation de l'électricité constate que le gouvernement français a mis du temps à transposer la directive de 1996, que cette transposition, pour sa partie législative, n'est intervenue qu'en 2000 et que le principe de l'effet direct des directives la conduit, en l'absence de règlements d'application de la loi, à se référer directement à la directive.

Tout cela est solide et justifié sur le plan juridique. Prendre appui directement sur des textes communautaires pour dépasser, pour ignorer ou pour contredire la loi ou le règlement, et donc pour inverser la hiérarchie interne des normes, est juridiquement possible et assez souvent pratiqué. C'est une grande liberté que peut ainsi se donner le régulateur.

– Un deuxième procédé est fondé sur la collaboration entre les régulateurs européens. C'est ainsi que la Commission de régulation de l'électricité a conclu le 6 décembre 2001 un accord avec son homologue italien qui définit les conditions techniques et tarifaires de l'interconnexion entre la France et l'Italie. Même si cette créativité des régulateurs européens me semble tout à fait nécessaire et justifiée, la compatibilité de cet accord avec les dispositions de l'article 55 de la Constitution paraît problématique.

– Au fil du temps, se sont instituées diverses instances d'échanges entre régulateurs. Il s'agit en particulier du Groupe des régulateurs indépendants (GRI), du Conseil européen des régulateurs de l'énergie (CEER), du *Forum of european securities commissions* (FESCO). Toutes ces instances ne sont pas seulement des lieux d'information et de dialogue. En réalité, elles produisent du droit. Souvent, elles élaborent des textes avec l'accord ou à la demande de la Commission européenne qui peut ensuite les reprendre à son compte et leur conférer une force contraignante. Et avant même qu'ils ne soient repris par la Commission européenne, ces documents, s'ils font l'objet d'un consensus, sont naturellement mis en œuvre par chacun des régulateurs dans son propre pays. Sans être formellement revêtus d'une forme normative en droit interne, ils produisent à l'évidence des effets juridiques. C'est là sans

doute un des phénomènes les plus remarquables et les plus nouveaux de l'action des régulateurs en tant que producteurs de droit.

*

* *

Je formulerai en conclusion trois remarques.

Ce qui est essentiel dans l'action du régulateur, ce qui peut faire sa force, c'est son rapport au temps. Le régulateur n'existe que s'il s'inscrit dans un rapport au temps qui est celui de l'entreprise. Le temps du juge, le temps de l'administrateur, le temps du législateur ne sont pas ceux de l'entrepreneur. Le régulateur, par sa souplesse et sa légèreté, doit se donner les moyens d'être en phase avec le rythme de vie de l'entreprise, de prendre des décisions qui répondent, au moment voulu, aux besoins des opérateurs dans leur marché. Ces décisions sont-elles opportunes, sont-elles légales ? Il vaut naturellement mieux qu'elles le soient, mais il faut d'abord qu'elles soient immédiatement applicables. Elles produisent alors des effets. Et si elles donnent ensuite naissance à des contestations contentieuses, chacun saura rétrospectivement si elles étaient légales, mais elles auront déjà modifié le marché.

Ce qui peut également faire la force d'une autorité de régulation, et donc sa capacité à créer du droit, ce sont, davantage que les textes qui la régissent, sa compétence et sa fermeté, qui fondent sa crédibilité et qui rendent acceptables les décisions qu'elle prend.

En fin de compte, tout ceci pose le problème de la légitimité de ces animaux bizarres apparus depuis trente ans dans le paysage institutionnel. Menacent-ils la démocratie ? Je suis d'autant moins enclin à le croire que les critiques exprimées à leur encontre proviennent avant tout de ceux qui voudraient échapper à l'application de la règle de droit ou dont les pouvoirs se trouvent concurrencés ou amputés par l'action même du régulateur.

La pluralité des producteurs de droit entre l'Europe et les États

Benoît de la Taille
Avocat au barreau de Paris

M. Jeanneney a précisé que le regard du praticien sur l'évolution des autorités administratives indépendantes était utile et c'est en tant que praticien que je vais aborder la question. M. Jeanneney nous a démontré que la compétence réelle dépasse les compétences formelles, en analysant d'abord une production de droit extrêmement réglementée et en montrant ensuite un droit de production non réglementée. Il a pu affirmer que la non-réglementation de cette production n'est pas un problème réel au regard de nos règles démocratiques.

Sur le premier point, tout le monde peut s'accorder sur ce constat général que la production de droit des autorités administratives indépendantes est extrêmement réglementée. Mais j'ai noté dans l'exposé de M. Jeanneney l'importance du fait que les autorités ont aujourd'hui un discours de strict respect des dispositions législatives et réglementaires. Cette conception me semble quelque peu nouvelle. L'initiateur a surtout été l'ART et elle ne l'a fait qu'à partir de 1999. Je me souviens du premier discours de Jean-Michel Hubert qui dans ses vœux, rappelait que la régulation est essentiellement économique. Ce n'est qu'après, dans ses vœux successifs, que ce discours de strict respect est intervenu. Je crois que les déboires du CSA devant le Conseil d'État sont quelque peu dus à ce point et à cette non prise en compte des dispositions législatives et réglementaires.

La production de textes des autorités de régulation est très fortement non réglementée pour partie, mais elle a des effets réglementaires forts. Ce sont les avis tarifaires, les avis sur projet de décret, les lignes directrices, les tables rondes. Sur ce point, je voudrais citer trois exemples qui, dans ma pratique professionnelle, sont des préoccupations récurrentes. Ces exemples sont tirés des décisions de l'ART et ils illustrent les risques que peut présenter la non-réglementation de cette production.

Le premier exemple est le règlement de différends entre Cegetel et France Télécom sur les terminaisons d'appel et sur le réseau de France Télécom. En publiant cette décision, l'ART a fixé le prix du marché. Je ne pense pas que ce soit l'intention exacte de l'ART. Comme d'autres juridictions, elle pourrait distinguer entre les décisions qui sont publiables et celles qui ne valent pas d'être publiées ou bien doivent être publiées différemment. Cette décision a eu pour effet, dans le cadre d'un règlement individuel, de fixer pour tout le monde et au profit du seul opérateur historique, le prix de la terminaison d'appel du trafic Internet.

Le deuxième exemple est celui des appels d'un téléphone fixe vers un téléphone mobile. Le fait d'aller rechercher l'application directe des règles communautaires par l'ART a surtout consisté à rechercher une relative ouverture en étant porteur d'une politique industrielle à la française, et beaucoup moins à respecter strictement les règles du droit. Cela a été vrai jusqu'à la tenue de tables rondes où tous les opérateurs ont parlé entre eux et se sont demandés si justement le contrôle de ce pouvoir n'était pas celui de saisir le Conseil de la concurrence sur les ententes...

Le dernier point est le dossier du dégroupage, que tout le monde connaît aujourd'hui. Sur ce dossier, il est vrai que l'ART a eu recours, d'abord une consultation, puis à un comité dit « comité Bravo ». Cela a surtout eu pour effet de délayer et de faire prendre conscience de l'ampleur de l'intérêt industriel et cela en dehors de toute règle, ce qui fait qu'aujourd'hui — et là je serai encore légèrement impertinent — la France, comme le disait M. Jean-Michel Hubert lors de ses vœux, a 400 lignes dégroupées, tandis que l'Allemagne en a 550 000. Et l'Allemagne considérait, au jour de la publication de la loi, que cela dérivait directement du droit communautaire.

Les objectifs du régulateur

Entre recherche d'efficacité et rappel de légalité

Nicolas Charbit

*Docteur en droit, chargé d'enseignement
à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I),
avocat au barreau de Paris*

S'interroger sur les objectifs du régulateur au terme d'un après-midi de réflexion semble relever d'une démarche à rebours : n'aurait-il pas mieux valu commencer par s'interroger sur ces objectifs avant que de réfléchir aux normes créées ou appliquées par le régulateur ? En effet, des objectifs doivent naturellement découler des règles de droit ; la norme se définit d'abord par rapport à un objectif donné¹.

L'intérêt que présente un tel retour en arrière est de permettre de souligner l'évolution constante des objectifs et donc des règles de la régulation². C'est parce que les objectifs assignés aux régulateurs évoluent, en fonction du nouveau contexte du marché, des impératifs techniques, des conditions politiques... que les règles sont appelées à évoluer.

Le présent propos a donc pour objet de montrer comment le régulateur parvient à faire évoluer les objectifs et les règles qui lui sont donnés au départ. Ce qui est remarquable dans cette évolution c'est que bien souvent, c'est le régulateur lui-même, hors toute intervention législative ou gouvernementale, qui procède à cette adaptation estimant que les conditions nouvelles exigent la révision des objectifs initiaux

1. V. not. J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, PUF, coll. Thémis, 2001, p. 32 et s.

2. On entend ici, par régulation, l'étude juridique de l'activité normative et quasi juridictionnelle commune à différents secteurs économiques, ce qui dépasse le seul sens de réglementation. Sur la question de savoir si la régulation constituerait une « nouvelle branche du droit », voir *infra* note 19.

et donc de nouvelles règles, nouvelles règles qu'il participera à édicter dans sa fonction normative.

L'on peut distinguer deux séries d'objectifs correspondant à deux catégories de règles. Il y a, d'un côté, les règles qui permettent et, de l'autre côté, les règles qui contraignent. Les règles qui permettent sont celles qui mettent le régulateur en position de remplir son office et d'atteindre les objectifs fixés. Ces règles assurent au régulateur les moyens de ses objectifs. Il n'hésite pas à les interpréter dans un sens maximaliste, instrumentalisant ainsi la règle de droit pour répondre aux objectifs de la régulation (I).

Cette instrumentalisation du droit par le régulateur suscite en retour un rappel de la règle de droit : c'est la règle qui contraint. Ce rappel à l'ordre, qui est essentiellement le fait du juge administratif, répond à d'autres objectifs, moins finalistes, plus juridiques, que se doit également d'assurer le régulateur : celui de la légalité et celui de la sécurité juridique. Ces objectifs vont entraîner une procéduralisation de la régulation et une véritable juridictionnalisation du régulateur. Dès lors, celui-ci tend à perdre sa spécificité, sa souplesse qui le rendait plus réactif que l'administration ou le juge.

Le rappel au droit va lui-même entraîner la remise en cause des règles. Ce sont alors les objectifs du régulateur qu'il faut revoir, quitte à remettre en cause le régulateur lui-même (II).

I. LA RÈGLE QUI PERMET L'INSTRUMENTALISATION DU DROIT

La règle qui permet, c'est d'abord la règle donnée à l'origine pour assurer les objectifs fixés. Ce sont les « Tables de la loi » données par le législateur au régulateur. Ces règles ont pour objectif premier d'instituer le régulateur et de le mettre en position de remplir son office et d'atteindre les objectifs fixés (A). À ces règles données au régulateur s'ajoutent de manière prétorienne des règles prises par le régulateur lui-même pour se donner les moyens d'atteindre les objectifs initiaux. La question est alors celle de leur valeur (B).

A. LES RÈGLES DONNÉES POUR ASSURER LES OBJECTIFS FIXES

Les règles initiales ont deux objectifs principaux : celui d'instituer le régulateur, de le créer, de l'introduire sur la scène du marché sectoriel qu'il a vocation à réguler (1) et celui d'assurer sa légitimité car il est soumis au risque d'une remise en cause tant

par les opérateurs que par le gouvernement (2). Ces règles et statuts sont connus et l'on se limitera donc pour l'essentiel à n'évoquer que les dispositions susceptibles d'évoluer en fonction du renouvellement des objectifs.

1. L'institution du régulateur

L'institution d'un régulateur, quel qu'il soit, répond à un double objectif : il s'agit d'assurer l'ouverture du marché, ce que l'existence même du régulateur va signifier aux yeux de tous (a). Il s'agit ensuite d'assurer l'équilibre de ce marché (b).

a. Assurer l'ouverture du marché : l'existence d'un régulateur

S'il est un objectif initial primordial, c'est d'abord celui d'assurer l'ouverture du marché. Cette ouverture a été décrétée par le législateur, communautaire ou national, et il appartient au régulateur d'en assurer l'effectivité. Il s'agit alors non de réguler la concurrence, mais la mise en concurrence ; dès lors, le droit de la concurrence ne jouera qu'un second rôle³. C'est là une des grandes différences entre régulateur sectoriel et autorité de concurrence.

Même après l'intervention du législateur, le régulateur participe à contrôler la structure du marché, notamment en déterminant le nombre et l'identité des intervenants⁴. Tel est notamment le cas de l'Autorité de régulation des télécommunications (ART) à l'occasion de l'attribution des licences UMTS et des boucles locales radio qui a permis de sélectionner les nouveaux opérateurs sur dossier⁵.

Le régulateur contribue également à maintenir la distinction entre secteur libéralisé et secteur encore sous monopole. Certes, les activités qui relèvent de chacun de ces secteurs sont définies par le législateur. Mais le régulateur intervient très souvent en donnant un avis sur le tarif des prix publics, c'est-à-dire des prix applicables à la partie non concurrentielle du marché dans le cas d'ouverture partielle du monopole. Il en va ainsi de l'ART à propos des tarifs de France Télécom, et de la Commission de régulation de l'électricité (CRE) à propos des tarifs d'EDF⁶. Cette

3. J.-Y. Chérot, Les nouveaux enjeux de la politique de concurrence, in *L'État et l'entreprise*, Colloque, Institut français des sciences administratives, 4-5 nov. 1999, *Petites Affiches* n° spéc. 223, 8 nov. 2000, p. 43.

4. A. Perrot, Les frontières entre régulation sectorielle et politique de concurrence, Congrès *Réglementation et concurrence*, AFSE, 2001, p. 7.

5. Choix du « concours de beauté », par opposition aux processus d'enchères observés pour l'attribution des licences UMTS dans de nombreux États européens. Pour un rappel des différentes étapes de la procédure suivie pour l'attribution de ces licences en France, voir ART, *Rapport annuel 2000*, p. 100.

6. Ces avis sont autant d'occasions pour le régulateur de montrer son indépendance vis-à-vis des choix du Gouvernement. Voir pour un exemple récent, l'avis de la CRE sur un projet d'arrêté (publié le 7 novembre 2001) relatif au prix de l'électricité, *JO*, 9 nov. 2001. La CRE, saisie par le gouvernement

réglementation économique contrôlant les prix de monopole dans un but de protection du consommateur existe dans la plupart des pays de l'OCDE, la Nouvelle-Zélande ayant longtemps fait figure d'exception⁷.

b. Assurer l'équilibre du marché :
les pouvoirs décisionnels et sanctionneurs

À l'objectif initial d'assurer l'ouverture du marché s'ajoute ensuite celui d'équilibrer le fonctionnement de ce marché. Le régulateur peut alors agir en édictant une décision de refus ou de suspension d'autorisation, ou bien en tranchant des conflits par son pouvoir propre de décision, par exemple en sanctionnant un comportement par le prononcé d'une amende.

Ainsi, en matière d'interconnexion, l'ART peut, en cas de refus d'accès, d'échec des négociations commerciales ou de désaccord sur les conclusions ou l'exécution d'une convention d'interconnexion, être saisie par une partie et prendre une décision fixant les conditions de cet accès⁸. De même, l'ART peut être saisie d'une demande de conciliation en vue de régler toutes sortes de litiges, autres que ceux relatifs à l'interconnexion⁹.

À la différence des pouvoirs de l'autorité de concurrence qui ne peut, à titre principal, que sanctionner les opérateurs, le régulateur dispose d'une capacité d'incitation positive. C'est le cas par exemple lorsque le régulateur définit les modes de fixation des charges pour l'accès aux réseaux. Le choix du mécanisme financier oriente les opérateurs sur telle ou telle solution technique¹⁰. Ainsi, la régulation est bien plus que la simple sanction, c'est l'accompagnement, l'orientation des opérateurs. La sanction est exceptionnelle, elle est pathologique. La régulation est permanente, quasi quotidienne.

d'un projet d'arrêté relatif au prix de l'électricité prévoyant d'augmenter en moyenne de 1 % les tarifs de ventes de l'électricité aux non éligibles, souligne que les charges imposées à EDF entre début 2000 et fin 2001 ont été supérieures à l'augmentation fixée dans le projet de décret. Sur la période considérée, les charges supplémentaires annuelles, imputables essentiellement à la cogénération qui a commencé à bénéficier des obligations d'achat, représentent environ 360 millions d'euros par an soit 1,7 % des recettes provenant de l'application des tarifs : « La CRE voit dans ce mouvement tarifaire, la première manifestation de ce qu'elle a annoncé lorsqu'elle a été consultée sur les arrêtés relatifs aux obligations d'achat de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables ou de cogénération : la fixation d'un prix d'achat excessivement élevé, au regard de coûts mis en œuvre et des bénéfices environnementaux attendus, avec comme conséquence un développement de ces filières et donc une augmentation significative des charges supportées, *in fine*, par les consommateurs *via* les tarifs... »

7. OCDE, Comité du droit et de la politique de concurrence, *La relation entre les responsables de la réglementation et les autorités chargées de la concurrence*, 11 août 1998, n° 14. Voir également D. Geradin, *L'ouverture à la concurrence des entreprises de réseau : analyse des principaux enjeux du processus de libéralisation*, CDE, 1^{er} janvier 1999, p. 13.

8. Art. L. 36-8 C. P et T.

9. Art. L. 36-9 C. P et T.

10. A. Perrot, *Les frontières entre régulation sectorielle et politique de concurrence*, *op. cit.*, p. 6.

2. La légitimité du régulateur

Les objectifs d'ouverture et d'équilibre du marché ne peuvent être assurés que pour autant que soit assurée la légitimité du régulateur. Celle-ci s'exprime par son indépendance (a) et la reconnaissance de son expertise (b).

a. L'indépendance : le statut

Comme l'a souligné le professeur Damien Gérardin dans son intervention, cette indépendance s'exerce tant vis-à-vis de l'exécutif que des opérateurs. L'indépendance statutaire est d'abord assurée par les règles de la fonction publique, et par l'octroi d'un budget propre. Ainsi, les crédits de la CRE, qui font l'objet d'une proposition de celle-ci au ministre de l'Énergie, sont inscrits au budget de l'État¹¹.

L'origine de cette exigence d'indépendance, soulignée avec insistance par le Conseil de la concurrence¹², est communautaire ; elle s'inscrit dans l'objectif d'ouverture du marché sans discrimination possible au bénéfice de l'ancien opérateur d'État¹³. Ce sont ces principes que la loi électricité du 10 février 2000¹⁴ et le projet de loi gaz du 17 mai 2000 ont mis en œuvre¹⁵.

Au regard de ces dispositions communautaires, l'originalité de la transposition française réside dans l'existence d'un Commissaire du gouvernement nommé par le ministre de l'Énergie. Celui-ci est chargé de faire connaître à la CRE le point de vue du Gouvernement. Il peut faire inscrire ses questions à l'ordre du jour, assiste aux séances, mais doit se retirer lors des délibérations¹⁶. La présence d'un tel haut fonc-

11. Article 30 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité. M. Thierry Tuot a cependant regretté que cette dotation budgétaire ne fasse l'objet d'aucun débat avec le Gouvernement, suggérant de manière originale la possibilité de s'engager sur un contrat d'objectif avec le législateur, initiateur de la régulation.

12. Voir Cons. conc., avis n° 98-A-05 en date du 28 avril 1998 relatif à une demande d'avis sur les principes à respecter ou les dispositions à prévoir pour assurer le fonctionnement concurrentiel du marché électrique dans le cadre tracé par la directive européenne 96/92/CE, BOCCRF, 16 juill. 1998, p. 383.

13. Ainsi, dans le secteur de l'énergie, la directive Électricité n° 96/92/CE du 19 décembre 1996 prévoit la désignation d'organismes indépendants : « Les États membres désignent une autorité compétente, qui doit être indépendante des parties, pour régler les litiges relatifs aux contrats et aux négociations en question. Cette autorité doit notamment régler les litiges concernant les contrats, les négociations et le refus de l'accès et d'achat » (art. 20). Directive n° 96/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, JOCE L 27/20, 30 janv. 1997. Voir également, les articles 21 et 22 de la directive Gaz n° 98/30/CE du 22 juin 1998 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, JOCE L 204/1, 21 juill. 1998.

14. Article 28 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000.

15. Articles 16 à 19 du projet de loi gaz du 17 mai 2000. Sur ce projet, voir not. N. Charbit, Le droit nouveau de l'énergie : la transposition des directives Électricité et Gaz en France, *D. Affaires*, 7 sept. 2000, p. 463-476. À la suite du recours en manquement engagé par la Commission à l'encontre de la France pour non-transposition de cette directive, un nouveau projet était en cours d'élaboration fin décembre 2002. Voir not. H. Courivaud, Non-transposition par la France de la directive sur le gaz : une sanction pour l'exemple ou une sanction pour la forme ?, CCC, nov. 2002, n° 21.

16. Article 29 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000.

tionnaire semble ignorée dans la plupart des États membres. Elle est caractéristique des difficultés de l'État français à se résoudre à consacrer une totale indépendance à la régulation sectorielle. Son existence n'a, semble-t-il, cependant pas fait l'objet de critiques de la Commission européenne.

b. L'expertise : la spécialisation

La légitimité du régulateur tient ensuite à la reconnaissance de sa compétence technique par les opérateurs. Il y a là une différence sociologique fondamentale avec la relation qu'ont les entreprises au juge, voire à l'autorité de concurrence, auxquels il ne cesse d'être reproché, avec plus ou moins de justesse, l'absence de compréhension des mécanismes et de la spécificité des marchés.

Cette compétence est notamment assurée par le recrutement de techniciens et d'ingénieurs, et non de simples juristes ou fonctionnaires. Ce recrutement de spécialistes est rendu possible par une dérogation aux règles traditionnelles de la fonction publique permettant de recruter de nombreux contractuels. Par ailleurs, les fonctionnaires de l'ancienne direction générale des Postes et Télécommunications (DGPT) dont une bonne partie a été affectée à l'ART avaient une culture technique commune avec les ingénieurs de France Télécom.

Mais la véritable expertise provient d'une spécialisation des fonctions : en exerçant l'entièreté de leur temps de travail dans un secteur unique, la CRE et l'ART en tirent naturellement une compétence technique que ne peut atteindre l'autorité de concurrence, autorité à compétence transversale et non sectorielle.

De cette spécialisation technique, découle une double caractéristique des régulateurs. D'une part, ceux-ci développent une véritable expertise en matière de règles techniques¹⁷, mais d'autre part, possèdent une moindre expertise juridique, notamment en matière de droit de la concurrence¹⁸. La situation est ainsi à l'inverse de celle des autorités de concurrence. Là encore, c'est l'objectif de départ qui explique la différence constatée : la régulation exige d'accompagner techniquement les opérateurs, tandis que le pouvoir sanctionnateur de l'autorité de concurrence repose avant tout sur la règle de droit.

Voici, dessinées à grands traits, les principales règles données au régulateur pour assurer les objectifs initiaux. Mais le régulateur tend à ne pas se contenter des règles qui lui sont données, et c'est au nom des objectifs fixés par le législateur, ou de l'évo-

17. Il suffit de se pencher sur l'impressionnante complexité des modes de calculs des coûts qui sert à déterminer le niveau final des prix en matière d'interconnexion. Ces modes se fondent sur les méthodes économétriques les plus en pointe et prennent en compte les exemples étrangers.

18. Ces administrateurs disposent en revanche, de par leur recrutement, d'un haut niveau de connaissance du droit public. Il semble qu'un besoin d'expertise soit ressenti en droit privé, notamment, outre en droit de la concurrence, en droit des contrats, jugé indispensable à la bonne compréhension des accords passés par les opérateurs.

lution de ces objectifs, qu'il va peu à peu revendiquer, avec un certain succès, de nouveaux modes opératoires.

B. LES RÈGLES PRISES POUR ATTEINDRE LES OBJECTIFS FIXES

Le régulateur tend à ne pas se contenter des seules règles initiales. Soit qu'il soit frappé de la loi de Parkinson — qui veut que tout organe tende naturellement à augmenter son domaine de compétence — soit qu'il observe, de sa place privilégiée que lui donne son rôle de surveillant général du marché, que la réalisation des objectifs initiaux exige, sinon de nouvelles règles, du moins de nouveaux moyens (1). Mais cette recherche de nouveaux moyens fait l'objet d'un contrôle juridictionnel, qui s'est pour l'instant révélé essentiellement favorable pour le régulateur, du côté du juge judiciaire tout au moins (2).

1. La revendication des moyens des objectifs

La revendication des moyens pour atteindre les objectifs assignés s'exprime en particulier par l'interprétation des règles de procédure, conférant ainsi au régulateur des pouvoirs élargis (a). Mais dépassant le seul enjeu procédural, le régulateur va se révéler un véritable interprète des textes que lui a donnés le législateur et s'emparer d'un pouvoir normatif en interprétant les finalités de la loi elle-même (b).

a. L'obtention de pouvoirs élargis :

l'interprétation des règles de procédure

Les premiers essais théoriques sur le droit de la régulation ont déjà souligné qu'en matière de régulation, la fin tendait à justifier et créer les moyens¹⁹. La méthode requise serait avant tout guidée par l'efficacité, attestant ainsi de l'instrumentalisation de la règle de droit par le phénomène de régulation.

L'affaire *France Télécom c/ART* illustre cette tendance²⁰. Dans cette affaire, il a été reconnu que l'ART disposait d'un pouvoir d'injonction, alors même que la loi ne

19. M.-A. Frison-Roche, Le droit de la régulation, *D. chron.* 2001, n° 7, p. 610. Pour d'autres points de vue sur la régulation, voir, en réponse à ce premier article, d'abord L. Boy, Réflexion sur « le droit de la régulation », *D. chron.* 2001, n° 37, p. 3031, puis, R. Martin, Le droit en branches, *D. chron.* 2002, p. 1704. Voir également G. Farjat, *Droit économique*, 2^e éd., PUF, coll. « Thémis », 1982. Plus récemment, voir le colloque du 6 février 2002, M.-A. Frison-Roche (dir.), « Droit de la régulation : questions d'actualité », *Petites Affiches*, n° 110 (n° spéc.), 3 juin 2002. Selon L. Richer, un des paradoxes de la régulation consiste en ce qu'elle évoque à la fois un retour du droit et une échappée du droit. La régulation procède d'une conception réaliste, dans laquelle le droit sort du fait (*ex facto jus oritur*). La régulation est autoporteuse, elle se développe sur elle-même et sans cesse, ajuste de nouveaux équilibres ou s'ajuste à eux ; L. Richer, *L'État et l'entreprise*, Coll. Institut français des sciences administratives, Sénat, 4 nov. 1999, *Petites Affiches*, n° spéc. 223, 8 nov. 2000.

20. CA Paris, 28 avr. 1998, *France Télécom /ART*, *JCP éd. E*, n° 24, 11 juin 1998, n° 922, affaire relative au litige opposant l'opérateur historique aux sociétés Paris TV Câble, Compagnie générale de

lui avait pas expressément conféré une telle prérogative. La justification de cette interprétation repose sur la nécessité d'un tel pouvoir pour que le régulateur soit en mesure de remplir l'objectif de maintien de la concurrence, tel qu'établi par le législateur.

Autre exemple, l'affaire des *Forfaits France Télécom*²¹ où l'ART avait émis un avis négatif quant aux propositions tarifaires que lui avait soumis l'opérateur historique. Ne se contentant pas de cette simple procédure d'avis, l'Autorité a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande de mesures provisoires pour faire obstacle à la mise en œuvre de ces tarifs, ce qu'a effectivement fait le Conseil en enjoignant à l'opérateur historique de suspendre son offre jusqu'à la mise en place des conditions permettant aux opérateurs tiers de proposer des offres alternatives. Or, l'ART n'est pas explicitement dotée de cette compétence. Le Conseil a déduit un tel pouvoir en se fondant d'une part sur l'existence d'un principe d'identité entre les personnes habilitées à le saisir sur le fond et les personnes autorisées à demander des mesures conservatoires, et d'autre part en relevant le pouvoir de saisine au fond du Conseil par l'ART.

Il y a ainsi une interprétation téléologique par le régulateur des règles qui l'encadrent afin de mieux assurer la réalisation de ses objectifs. Cet effort d'imagination ne se limite pas aux seules règles de procédure : le régulateur tend également à créer de véritables droits objectifs.

b. L'« invention » d'un pouvoir normatif : l'interprétation des finalités

Un exemple récent d'« invention » d'un pouvoir normatif concerne le négoce de l'électricité, communément appelé *trading*. La directive Électricité 96/92/CE laisse aux États membres une totale liberté quant à l'autorisation ou l'interdiction d'une telle activité commerciale. Le législateur français, transposant le texte communautaire, a précisément débattu de la question. Mais, si les débats parlementaires sont clairs et vont sans ambiguïté dans le sens d'une interdiction, la rédaction du texte de

vidéocommunication : « L'Autorité est investie du pouvoir d'émettre des prescriptions, voire de prononcer des injonctions de faire ou de ne pas faire, de manière à rendre effective la réalisation des travaux ou de prestations nécessaires pour assurer la liberté d'accès au service des télécommunications. » Les articles L 36-12 et R 11-1 du Code des postes et télécommunications conféraient un tel pouvoir mais dans le seul cas d'opérations d'expertise. Ni la loi du 26 juillet 1996, ni le décret du 19 mars 1997 n'établissaient aussi clairement un tel pouvoir d'injonction. L'arrêt fonde ce pouvoir sur la nature et la mission spécifiques du régulateur : « Pour des motifs d'ordre public économique, [le législateur] a confié à l'Autorité de régulation des télécommunications, dans l'exercice de prérogatives de puissance publique, la mission d'imposer aux parties qui la saisissent des décisions exécutoires tranchant leurs litiges sur la conclusion ou l'exécution d'une convention d'interconnexion ou d'accès à un réseau de télécommunications » ; voir L. Rapp, La cour d'appel de Paris confirme le rôle d'arbitre de l'ART, *Lamy Dr. publ. affaires*, n° 14, 1998, p. 2.

21. Voir avis ART n° 00-1026, 4 oct. 2000 ; Cons. conc., décision n° 2000-MC-19, 5 déc. 2000, comm. A. Ronzano, www.cci.fr/creda/forum, 12 déc. 2000 et, sur la question spécifique de l'homologation implicite des tarifs, M.-A. Frison Roche, *Le Monde*, 24 oct. 2000, p. 37.

la loi manque de précision et a ouvert une brèche susceptible d'autoriser certaines formes de *trading* en France.

C'est précisément l'interprétation qui a été faite de la loi par la CRE dans sa délibération du 20 septembre 2001 au terme d'une savante analyse reposant sur la distinction entre électricité physique (celle circulant sur le réseau) et électricité virtuelle (sous la forme de contrats financiers échangés à la Bourse de l'électricité, Powernext)²². En l'espèce, le régulateur a mis en œuvre l'objectif, non de concurrence, mais de fonctionnement efficace du marché — estimant que l'existence du *trading* est une des conditions nécessaire à un bon fonctionnement de ce marché — justifiant ainsi cette « interprétation constructive » des termes de la loi²³.

De manière générale, on constate que par le biais de délibérations, d'avis²⁴, de lignes directrices, de « positions²⁵ », voire de simples communications²⁶, les régulateurs tendent, sous couvert d'interprétation de la loi, à édicter de nouvelles normes. Le juge judiciaire semble avoir, jusqu'à présent tout au moins, validé pour l'essentiel de telles initiatives.

22. CRE, Délibération du 14 décembre 2000 sur les conditions de création d'une bourse de l'électricité (<http://www.cre.fr>). Cette délibération avait été précédée d'un point de vue du directeur général de la CRE, publié dans la presse économique, et suggérant une première interprétation libérale du texte, T. Tuot, Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, même sur le marché électrique, *Les Échos*, 17 mai 2001, p. 32.

23. Voir à ce sujet, N. Charbit, L'ouverture du négoce d'électricité, exercice d'interprétation constructive, *D. Affaires*, 2001, p. 2962; et également Ch. Clarenc, Régime du négoce d'électricité en France : imbroglio à la française, *Petites Affiches*, 1^{er} mars 2002, n° 44, p. 4; A. Le Gall, Dans le silence de la loi : à propos de la prise de participation de RTE dans Powernext, *D. Affaires*, 2002, n° 12, jur. com., p. 1058; J.-M. Chevallier, M.-A. Frison Roche, Peut-on interdire le commerce pur de l'électricité ?, *La Tribune*, 29 juin 1999; S. Martin, Ph. Zagury, La loi du 10 février 2000 et les activités de production et négoce d'électricité, *Gaz. Pal.*, 21-23 janv. 2001, p. 5.

24. La nature de cette procédure apparaît incertaine. La saisine pour avis entre autorités administratives indépendantes est une procédure originale. Cette procédure ne peut être assimilée à une question préjudicielle obligatoire normalement adressée à une juridiction de l'ordre judiciaire. Elle s'apparente à une forme d'expertise, mais cette qualification serait inexacte car l'expert n'a pas vocation à dire le droit, alors que le Conseil de la concurrence, s'il ne tranchera pas lui-même, rend un avis liant le régulateur au moins sur la qualification des pratiques et orientant de manière décisive sa décision. Cette disposition pourrait s'apparenter à une question préjudicielle telle que prévue à l'article 234 (ex-art. 177) du Traité. On pourrait également songer à une qualification d'*amicus curiae*, qualification minimaliste. En définitive, la saisine du Conseil de la concurrence pour avis s'apparente à une mesure d'instruction préalable à la décision du régulateur. Le problème de la qualification exacte pourrait bien se poser dans l'hypothèse où le Conseil de la concurrence viendrait à reformuler les termes de la saisine.

25. Ainsi, l'ART a publié le 10 décembre 2001 sa position sur le partage des infrastructures UMTS, à la suite des lignes directrices adoptées par son homologue britannique en juin 2001. Mais le régulateur se borne là à interpréter le droit de la concurrence, rappelant au respect de ces règles et réservant le rôle du Conseil de la concurrence en cas de contentieux, voir *La lettre des télécommunications*, n° 91, 24 déc. 2001, p. 8.

26. Ainsi, la CRE a publié une communication, le 10 janvier 2002, dans laquelle elle estime que, « sous réserve de l'examen des cas d'espèce qui pourraient lui être soumis dans le cadre d'une demande de règlement de différend », la notion de filiale de producteur, au sens de l'article 23 de la loi du 10 février 2000, ne saurait être assimilée à celle de l'article 233-1 du Code de commerce (société dont le capital est directement et majoritairement détenu par la société mère), mais doit être appréciée dans le cadre du droit communautaire en faisant prévaloir le critère du contrôle direct ou indirect.

2. Un contrôle favorable

D'emblée, il faut souligner que ce contrôle par le juge judiciaire et, quand elles étaient compétentes, par les autorités de concurrence s'est révélé favorable au régulateur, soit qu'il y ait « alliance objective » avec les seconds (a), soit qu'il y ait soutien du premier (b).

a. L'alliance des autorités de concurrence

Les autorités de concurrence²⁷, bien qu'elles n'aient pas vocation à contrôler l'action du régulateur, ont fait preuve d'un contrôle favorable en ne remettant qu'exceptionnellement en cause les décisions des régulateurs.

Il peut d'abord s'agir des décisions prises après consultation pour avis du Conseil de la concurrence. Dans ce cas, tout se passe comme si le régulateur utilisait la technique de la demande d'avis à l'autorité de concurrence pour bénéficier de sa légitimité établie et ainsi asseoir la sienne propre, qui sera ainsi techniquement plus irréprochable. L'autorité de concurrence a de son côté intérêt à coopérer de manière diligente avec le régulateur afin d'affirmer sa compétence transsectorielle. Apparaissent ainsi les termes d'une alliance naturelle, une alliance objective, c'est-à-dire relevant d'intérêts voisins.

Il peut s'agir également de procédures distinctes sur lesquelles l'autorité de concurrence est appelée à se prononcer à la suite du régulateur. Ainsi, l'ART s'était opposée à l'accord négocié entre France Télécom et l'Éducation nationale permettant aux établissements publics de bénéficier d'un accord particulièrement avantageux pour l'accès à Internet, au motif qu'il créait une barrière à l'entrée pour les concurrents de France Télécom²⁸. Le Conseil de la concurrence, saisi quelque temps plus tard, enjoint à l'opérateur historique de suspendre l'accord²⁹. De même, l'affaire des *Forfaits France Télécom*, déjà citée³⁰, illustre l'interprétation favorable des règles de procédure par le Conseil de la concurrence conférant à l'ART un pouvoir de saisine pour demander des mesures conservatoires, pouvoir qui ne lui était pas expressément reconnu par les textes.

b. Le soutien du juge judiciaire

Du côté du juge judiciaire, les avancées normatives des régulateurs ont été, dans les quelques cas où ces juridictions ont été appelées à trancher un conflit, généralement avalisées. Il en va ainsi notamment de la cour d'appel de Paris dans le cas de l'affaire

27. Conseil de la concurrence et cour d'appel de Paris sur appel des décisions du Conseil. Sur la distinction entre autorités et juridictions de concurrence, voir N. Charbit, *Le droit de la concurrence et le secteur public*, 2002, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », p. 3, note 8.

28. ART, avis n° 98-180, 11 mars 1998.

29. Cons. conc., décision 98-MC-03, 19 mai 1998.

30. Voir *supra*, note 21.

déjà citée *France Télécom c/ART*³¹. Certes, le professeur Martine Lombard a rappelé dans son intervention l'existence d'une série d'arrêts entre 1998 et 2000 de la même cour d'appel de Paris dans lesquels le juge judiciaire a souligné que l'ART ne disposait pas d'un pouvoir général d'interprétation, mais la portée de ces arrêts, semble-t-il, ne peut être généralisée en dehors de ces espèces.

Cette approche favorable peut s'expliquer, entre autres facteurs, d'une part par la proximité dont bénéficient la cour d'appel de Paris et la Cour de cassation avec le Conseil de la concurrence, organe hybride entre régulateur et autorité judiciaire, ayant à statuer sur ses décisions depuis 1986. Ces juges disposent en effet d'une expérience de plus de quinze années de ce qu'exige la mise en œuvre du pouvoir de régulation de l'autorité de concurrence, et sont ainsi mieux à même d'apprécier les spécificités de la régulation.

D'autre part, on peut se demander si la nature du contrôle judiciaire ne diffère pas structurellement du contrôle administratif. En effet, la Cour de cassation, plus sensible à la poursuite des objectifs de la régulation, peut apparaître moins critique que le Conseil d'État quant à l'éventuel débordement des régulateurs qui, sortant de leurs strictes compétences, créent de nouvelles règles sous couvert d'interprétation. C'est en effet là le rôle même de la juridiction administrative qui va dès lors faire preuve d'un contrôle strict du régulateur. Il y a là une différence de logique de contrôle. L'intervention du Conseil d'État va ainsi marquer le passage d'une règle qui permet à une règle qui contraint en rappelant de manière particulièrement forte la soumission des objectifs à la règle de droit. La règle de droit, une fois posée, ne peut être librement instrumentalisée en fonction des objectifs réinterprétés par le régulateur.

II. LA RÈGLE QUI CONTRAINT LA SOUMISSION DES OBJECTIFS À LA RÈGLE DE DROIT

La règle qui contraint, c'est le rappel par le juge administratif du poids des dispositions dont le régulateur tend à se libérer. Le juge administratif est là pour rappeler au régulateur le respect de la règle de droit et sanctionner ses débordements. C'est le prix de la légalité, au risque de la réalisation immédiate de l'objectif.

Mais dans ce rappel à l'ordre, il n'est pas sûr que le juge, bien que suprême, ait le dernier mot. En effet, en se fondant sur la finalité de la règle, le régulateur précède le juge borné à rappeler le respect de la ligne blanche, alors que le bien-fondé de cette ligne tend de plus en plus à s'effriter sous le coup de l'évolution du marché. C'est parce que le régulateur suit de près, de trop près parfois, le marché, qu'il préfigure

31. Voir *supra*, note 20.

l'évolution de la règle. Il faut donc examiner comment le poids des règles (A) apparaît finalement allégé par la remise en cause de ces règles (B).

A. LE POIDS DES RÈGLES

La contrainte imposée par le poids des règles présente un double aspect : il y a d'une part le rappel par le juge administratif du pouvoir normatif limité du régulateur. C'est en quelque sorte, l'autre face ou l'envers de l'objectif de légalité (1). Il y a d'autre part, la procéduralisation croissante des modes d'action du régulateur à laquelle se livre le législateur, sous l'influence de la montée en puissance des droits de la défense et de la Convention européenne des droits de l'homme. C'est là l'envers de l'objectif de sécurité juridique (2).

1. Un pouvoir normatif limité : l'envers de l'objectif de légalité

La position du Conseil d'État apparaît empreinte d'une grande méfiance vis-à-vis des différents régulateurs et plus généralement, du développement des autorités administratives indépendantes. Il n'hésite pas à user de son pouvoir de censure à l'égard des interprétations faites par les régulateurs comme en témoigne son rapport pour l'année 2001, consacré à ce sujet³². Il souligne que le pouvoir réglementaire est au cœur des tensions entre régulateurs et l'administration.

On peut distinguer deux formes d'exercice de ce contrôle, soit que le régulateur ait outrepassé sa propre compétence et ait ainsi empiété sur le domaine réglementaire de l'administration (a), soit que bien que compétent, il ait fait une mauvaise interprétation de ses pouvoirs (b).

a. Le rappel de la compétence réglementaire

L'usurpation de la compétence réglementaire par le régulateur trouve généralement sa source dans les évolutions techniques que connaissent les secteurs dérégulés, tels l'énergie, les télécommunications, l'audiovisuel, le système financier... Ainsi, les régulateurs sont tentés d'adapter la norme aux nouvelles situations qui se présentent sans toujours en avoir le pouvoir. L'affaire de la publicité télévisée pour les sites Internet d'entreprises de presse de distribution et de cinéma est à cet égard exemplaire. On sait que ces annonceurs sont interdits de publicité télévisée, mais le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) a tenté d'innover en autorisant une telle publicité pour les sites Internet de ces opérateurs, décision sanctionnée par le Conseil d'État³³.

32. Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes, Jurisprudence et avis de l'année 2000*, Rapport public 2001, La Documentation française, spéc. p. 337-339.

33. CE, 3 juill. 2000, *Société civile des auteurs réalisateurs et autres*, n° 218358, Rec. p. 495. De même, le Conseil a sanctionné l'ART pour avoir déterminé elle-même les conditions de délivrance de certificats d'opérateurs de radio-amateurs, alors que le ministre avait homologué le projet de cette décision, CE, 26 janv. 2000, *Pauc*, n° 197709, Rec., p. 52.

Ces tentatives d'extension des pouvoirs prennent bien souvent la forme d'avis, de lignes directrices, de « positions », de communications qui tendent à se multiplier³⁴... Les régulateurs ont également de plus en plus recours à des formes de quasi-réglementation qui ne sont que difficilement appréhendées par le contrôle du juge administratif. D'après les opérateurs, dont les critiques sont reprises par le Conseil d'État lui-même, les régulateurs peuvent être tentés d'abuser de leur compétence pour délivrer des autorisations ou des agréments et pour fixer des règles générales auxquelles ils entendent subordonner la délivrance de ces titres³⁵.

Cette forme nouvelle et dissimulée d'édiction de normes n'est pas facilement appréhendée par le juge administratif. En effet, en raison de l'impératif de temps qui caractérise la plupart des opérations pour lesquelles les entreprises doivent obtenir une autorisation, les opérateurs renoncent à contester l'interprétation des textes faite par le régulateur et se soumettent à ses exigences quand bien même celles-ci n'apparaîtraient pas fondées en droit. Dans ce cas, sauf aux opérateurs à faire usage de la nouvelle procédure de référé administratif³⁶, c'est la hiérarchie des normes qui se retrouve bousculée par le régulateur sans réelle occasion d'un contrôle.

À l'inverse de ce premier cas de figure, il peut arriver que le régulateur ait réglementairement la compétence pour décider mais qu'il fasse une mauvaise interprétation de la règle.

b. Le contrôle de l'interprétation des textes réglementaires

L'appropriation par les régulateurs d'un pouvoir quasi normatif a conduit le Conseil d'État à clarifier sa jurisprudence en matière d'interprétation de lois ou règlements par une autorité administrative.

En effet, une certaine jurisprudence l'amenait à déclarer irrecevable tout recours contre des actes administratifs expressément et uniquement qualifiés d'interprétatifs par leur auteur³⁷. Cette position était fondée sur le principe que l'interprétation des textes ne relevait pas du pouvoir réglementaire de l'autorité administrative et ne pouvait donc pas faire grief. Il y avait ainsi une sorte d'économie du contrôle. Une autre branche de cette jurisprudence conduisait à poursuivre l'examen en examinant le caractère correct ou non de l'interprétation. Ce n'était que dans l'hypothèse où cette interprétation apparaissait exacte que le recours était déclaré irrecevable³⁸.

34. Voir *supra*, notes 24 à 26.

35. Ainsi, tel semble avoir été le cas de la CECEI à l'occasion du rapprochement BNP-Paribas, pour avoir posé la règle finalement déterminante, mais inconnue jusqu'alors, selon laquelle dans l'hypothèse où l'un des candidats n'obtiendrait pas la majorité des droits de vote, il fallait qu'il « sollicite une nouvelle autorisation du comité qui se prononcerait notamment au regard de l'existence d'un pouvoir effectif de contrôle des établissements concernés », Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, spéc. p. 339.

36. Art. L 521-1 et s. C. just. adm.

37. CE, 27 sept. 1989, *Chopin*, JCP 1990, II, 21525, note J. Fraysinnet.

38. CE, 29 janv. 1954, *Notre-Dame du Kreisker*, Rec. p. 64; CE, 18 juin 1993, *IFOP*, Rec. p. 178; CE, 9 juill. 1997, *Syntec*; CE, 2 juin 1999, *Meyet*, Rec. p. 160.

Le maintien de la première jurisprudence ne pouvait que favoriser la tendance des régulateurs à se reconnaître un pouvoir quasi réglementaire sous couvert d'interprétation. C'est ce qui a conduit la section du contentieux du Conseil à adopter le 30 octobre 2001 une décision *Association française des sociétés financières*³⁹ relative à une délibération de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL). En décidant de manière liminaire que cette délibération ne se limitait pas à interpréter les règles en vigueur, mais ajoutait à l'ordonnancement juridique, le Conseil a alors pu exercer pleinement son contrôle de légalité, et en l'occurrence, annuler ladite délibération.

Ainsi, le Conseil d'État reconnaît-il désormais que les actes d'interprétation des autorités administratives réglementaires sont nécessairement susceptibles d'ajouter à l'ordonnancement juridique ; ils sont dès lors soumis à un plein contrôle de légalité, et les actions à leur encontre sont automatiquement recevables. Les conclusions du commissaire du gouvernement Mme Maugué indiquent que cette clarification de la jurisprudence vise précisément à contrôler désormais le pouvoir quasi réglementaire que se sont octroyé les instances de régulation.

Cependant, la Haute Juridiction administrative fait preuve d'une recherche d'équilibre entre le strict respect de la règle de droit et la prise en compte d'une certaine latitude nécessaire au bon fonctionnement des autorités administratives indépendantes. Ainsi, dans un récent arrêt rendu dans une affaire concernant la Commission bancaire⁴⁰, le Conseil a rappelé que la responsabilité de l'État à l'encontre des autorités de contrôle ne pouvait être mise en jeu qu'en cas de faute lourde. Les conclusions du Commissaire du gouvernement laissent à penser que cette solution est justifiée, notamment, par la nature particulière des pouvoirs dévolus aux régulateurs, la régulation exigeant que ces autorités disposent d'une marge de manœuvre suffisante pour exercer effectivement leur contrôle.

Au-delà du contrôle du Conseil d'État qui se limite pour l'essentiel à la question de la compétence normative, les régulateurs sont de plus en plus soumis au respect de procédures formelles. Cette juridicisation de l'action des régulateurs est justifiée par l'objectif de sécurité juridique et de respect des droits de la défense.

2. La juridicisation : l'envers de l'objectif de sécurité juridique

Procéduralisation (a) et juridictionnalisation (b) constituent les deux figures de la juridicisation.

a. La procéduralisation

Par « procéduralisation », on entend le développement des règles de procédure rendant plus complexes le fonctionnement des régulateurs. En effet, dès lors que le

39. CE, 30 oct. 2001, *Association française des sociétés financières*, n° 204909, à paraître au *Recueil*.

40. CE, 30 nov. 2001, *Kechichian*, JCP éd. G, n° 1, janv. 2002, somm. com. p. 33. Pour un premier commentaire, voir A.-M. Frison-Roche, *Le Monde*, 19 févr. 2002, p. 33.

régulateur a pour fonction de donner des autorisations ou licences, tout refus d'autorisation risque de susciter un contentieux judiciaire avec l'opérateur déçu. Pour que le refus soit licite, il faut que la procédure suivie par le régulateur ait été transparente et non discriminatoire, le juge devant pouvoir s'assurer que la règle de droit a été scrupuleusement respectée par le régulateur. Mais ce qui est une règle habituelle de l'administration prend une dimension particulière dès lors que cette autorisation est liée à l'attribution de ressources rares (c'est par exemple le cas, dans le secteur des télécommunications, des fréquences radioélectriques et des ressources en numérotation). En effet, l'accès à de telles ressources détermine l'existence même du projet de l'opérateur.

Ainsi, dans l'affaire AXS⁴¹ un opérateur téléphonique nouvel entrant s'était vu refuser l'attribution par l'ART d'un préfixe téléphonique unique et avait contesté la procédure suivie par le régulateur. Le Conseil d'État devait faire droit dans un premier temps à sa demande de sursis à exécution et avait provisoirement gelé l'attribution de ces préfixes, critiquant le mode de sélection des bénéficiaires. Mais dans sa décision au fond, le Conseil avait finalement validé la procédure suivie par l'ART.

Cette affaire a contraint le régulateur à revoir profondément ses méthodes internes afin de s'assurer d'un respect scrupuleux des procédures juridiques. Toute décision propre à susciter des recours fait dorénavant l'objet par le service juridique d'un examen scrupuleux, notamment au regard de la motivation. Ce contrôle interne est ensuite validé par des conseils externes maîtrisant les risques du contentieux administratif et judiciaire, notamment en matière de droit de la concurrence. Cet exemple ne se limite pas au cas de l'ART puisque la plupart des régulateurs n'hésitent plus, à l'instar des grandes entreprises privées, à avoir recours à une opinion juridique extérieure pour valider leurs décisions importantes et mieux évaluer le risque juridique.

b. La juridictionnalisation

Le développement des règles de procédure s'exprime également par de nouvelles règles tendant à imposer aux régulateurs le même standard de prise des décisions que celui auquel sont soumises les juridictions.

Cette évolution a été consacrée par les affaires relatives à la Commission des opérations de bourse (COB)⁴² où la chambre commerciale de la Cour de cassation a condamné la présence du rapporteur au délibéré au regard du principe judiciaire de stricte séparation des fonctions d'instruction et de décision, l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et du citoyen servant de base juridique à cette

41. CE, 26 juin 1998, AXS c/ART, Rec. p. 332. La décision d'Assemblée n'a pas suivi les conclusions du commissaire du gouvernement ; pour une présentation de l'affaire par l'ART elle-même, voir *Les entretiens de l'ART, Le droit des télécommunications...*, colloque préc., compte rendu, p. 30.

42. C. cass., Ass. plén., 5 févr. 1999, COB c/Oury et autres, D. Affaires, n° 152, 11 mars 2000 ; voir à ce sujet, F. Bucher, Procédure de sanction de la COB et garanties fondamentales, D. Affaires, n° 160, 6 mai 1999. À propos du Conseil de la concurrence, voir *infra*, note 35.

évolution jurisprudentielle. Par la suite, à propos du Conseil de la concurrence, l'arrêt *Campenon Bernard*⁴³ a condamné la seule présence du rapporteur au délibéré alors même que celui-ci ne disposait pas de voix délibérative. Plus récemment, par un arrêt du 23 mai 2000, la même Cour de cassation a indiqué, se rapprochant ainsi de la jurisprudence du Conseil d'État comme l'a indiqué M. Jean-Louis Dewost dans son intervention, qu'il n'y avait pas d'interdiction de principe à la présence du rapporteur au délibéré, tout étant question du rôle que celui-ci aura pris dans la procédure⁴⁴.

On voit ainsi que le juge, qu'il soit national ou européen, applique la même analyse aux juridictions qu'aux autorités de concurrence et régulateurs, dès lors que ceux-ci agissent dans leur fonction juridictionnelle. Ces autorités administratives indépendantes ont donc été amenées à revoir leur mode de fonctionnement et ont adopté de nouvelles règles de procédures internes. Ainsi, l'ART a-t-elle adopté un nouveau règlement de procédure, qui contraint désormais (notamment) le collège à délibérer hors la présence du rapporteur, de son adjoint, du chef du service juridique et des parties⁴⁵. Le législateur lui-même a tenu compte de ce nouveau contexte jurisprudentiel dans la loi NRE pour le Conseil de la concurrence⁴⁶.

Cette procéduralisation est justifiée par l'objectif de sécurité juridique et de respect des droits de la défense. Mais elle a pour contrepartie évidente de faire perdre en souplesse aux régulateurs. La règle de droit redevient alors un corset ; les régulateurs, entités *a priori* plus souples que l'administration ou les juridictions, perdent en réactivité. Le respect de la règle de droit finit par l'emporter sur l'objectif immédiat de régulation.

Confrontée à ces contraintes nouvelles, la spécificité de la régulation est-elle amenée à disparaître au profit des autres branches du droit ? C'est alors la question de la remise en cause des règles qui est posée.

43. Cass. com., 5 oct. 1999, *Campenon Bernard*, JCP éd. G, 2000, II, 10255, note E. Cadou et JCP éd. E, n° 7-8, 16 févr. 2000, p. 309, note J.-C. Fourgoux. De plus, un récent arrêt vient d'interdire aux fonctionnaires ayant statué sur une demande de mesures urgentes de participer à la décision sur le fond, contribuant ainsi à juridictionnaliser cette autorité administrative indépendante ; Cass. com., 9 oct. 2001, *Secteur du béton prêt à l'emploi dans la région PACA*, non encore publié.

44. Par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé dans l'affaire *Kress*, en ce qui concerne le Conseil d'État lui-même, que la présence au délibéré du commissaire du gouvernement, qui n'est pourtant ni partie, ni rapporteur, est elle-même contraire au principe d'un procès équitable et du principe de transparence qui en découle. Cette décision pourrait conduire de nouveau à revoir les procédures de prise de décision des régulateurs. CEDH, 7 juin 2001, note R. Drago, *D.* 2001, n° 32, chron. p. 2619 ; pour un point de vue critique, voir V. Haïm, Faut-il supprimer la Cour européenne des droits de l'homme ?, *D.* 2001, n° 37, chron. p. 2988.

45. Pour une présentation des modifications de la procédure propre à l'ART par son directeur juridique, voir Y. Lubben, L'ART adapte son règlement interne pour mieux respecter les droits de la défense, *Les Échos*, 19 oct. 1999, p. 70.

46. Ainsi, a été instituée au sein du Conseil de la concurrence une plus grande séparation entre la fonction d'instruction et de décision. Cela se traduit par le rôle accru du rapporteur général qui devient le maître d'œuvre de l'instruction : il est directement informé des enquêtes diligentées par le ministre de l'Économie (art. L 450-5 C. com.), notifie les griefs (art. L 463-3), et peut décider de faire appel à des experts (art. L 463-8) ; voir L. Idot, La deuxième partie de la loi NRE ou la réforme du droit français de la concurrence, JCP éd. G, n° 36, 5 sept. 2000, p. 1613.

B. LA REMISE EN CAUSE DES RÈGLES

La remise en cause des règles prend deux formes : c'est, d'une part, l'adaptation des règles en fonction de l'évolution des objectifs (1) ; c'est, d'autre part, un véritable questionnement du bien fondé des règles, remise en cause plus profonde s'interrogeant sur la légitimité du régulateur (2).

1. L'évolution des objectifs : l'adaptation des règles

Deux thèses s'affrontent sur la possible évolution des objectifs des régulateurs ; toutes deux se fondant sur l'hypothèse, au terme de plusieurs années de libéralisation, que l'objectif d'ouverture du marché a été atteint. Soit l'on considère qu'avoir réalisé cet objectif initial ne suffit pas à mettre fin à l'existence des régulateurs : il convient alors de recentrer leurs objectifs sur les tâches de gestion sectorielle et d'équilibre du marché (a). Soit l'on considère que l'aboutissement de cet objectif initial fait disparaître une finalité essentielle du régulateur : il convient alors de rapatrier les pouvoirs au sein de l'administration ou de l'autorité de concurrence (b).

a. Le recentrage des objectifs : la recherche d'un nouvel équilibre

Il serait en effet possible de recentrer les objectifs des régulateurs sur les aspects non liés à la politique de concurrence, du moins une fois que l'ouverture du marché serait assurée. À l'inverse des autorités de concurrence, l'objectif des régulateurs ne se limite pas au seul respect de la concurrence. La régulation, comme l'a souligné Mme M.-A. Frison-Roche, c'est la concurrence et quelque chose d'autre que la concurrence⁴⁷. Cela peut être des aspects d'aménagement du territoire⁴⁸, de politique environnementales⁴⁹, d'investissement pour le maintien et le renouvellement des infrastructures, de préservation du patrimoine culturel (pour le CSA), de service universel⁵⁰... Ainsi, en particulier, la CRE et l'ART doivent-elles veiller au service

47. M.-A. Frison-Roche, *Le droit de la régulation*, *op. cit.*

48. Ainsi, l'ART invoque-t-elle l'aménagement du territoire dans ses choix d'attribution des opérateurs de boucles locales radio. Voir not. D. Baudis, J. Poulet, M. Gabillard, Ch. Chone, Les télécommunications, élément moteur de l'aménagement du territoire, *Les Échos*, 27 avr. 1999, p. 66.

49. Voir, pour un exemple *a contrario*, l'avis de la CRE relatif au tarif de l'électricité éolienne, où le régulateur critique le caractère économique disproportionné des tarifs décidés par le Gouvernement au nom de la politique d'environnement (arrêté ministériel du 22 juin 2001 fixant les conditions d'achat de l'électricité d'origine éolienne). Le régulateur considère que le prix proposé pour la reprise de l'électricité est significativement trop élevé, son montant étant « largement supérieur aux coûts réels de la filière éolienne constatés en France et dans d'autres pays ». La CRE estime que ce surcoût aurait pu être diminué d'environ un tiers, avec des prix de reprise plus conformes aux prix du marché des éoliennes. Elle se prononce en faveur du recours à des procédures d'appels d'offres et ce, dans l'intérêt même des consommateurs qui devraient voir leur facture augmenter de près de 20 % sur quinze ans.

50. Voir ainsi, entre autres décisions, ART, décision n° 00-1271 proposant les évaluations prévisionnelles du coût du service universel, 29 nov. 2000.

universel de l'électricité et du téléphone, puisque la fourniture d'un service de base à faible coût à l'ensemble des citoyens constitue l'une des priorités des gouvernements, objectif que ne peut prendre en compte l'autorité de concurrence⁵¹.

L'atout essentiel que présentent les régulateurs vis-à-vis des autorités de concurrence est de pouvoir intégrer l'ensemble des objectifs des pouvoirs publics. Une des pistes des réflexions en cours envisage, à moyen terme, de limiter les compétences des régulateurs aux objectifs non strictement concurrentiels. L'autre voie serait de s'assurer d'une meilleure articulation avec les autorités de concurrence, notamment par le biais des procédures de saisine pour avis comme en fait largement usage l'ART⁵².

b. Les objectifs atteints : le rapatriement des règles ?

La thèse du rapatriement des règles a deux fondements possibles. Certains peuvent craindre le syndrome du *Government failure*, c'est-à-dire l'échec de la régulation. C'est ce qu'a voulu démontrer aux États-Unis l'École de Chicago en soulignant le risque de capture du régulateur par les régulés. Selon cette théorie, les régulateurs se révèlent de piètres agents économiques dans un contexte économique et technologique instables. Leur rigidité organisationnelle, la lenteur de leur procédure due à la juridicisation excessive... auraient entraîné des échecs répétés dans la supervision des prix et dans la promotion de la concurrence. Surtout, ils se seraient révélés plus à l'écoute des opérateurs du marché, au détriment d'une conception plus large de l'intérêt général. C'est pourquoi, la nouvelle phase de la régulation aux États-Unis privilégierait un retour à l'administration classique, à l'opposé de ce qui se passe en Europe⁵³.

À cette première vision pessimiste, soulignant le risque d'un échec de la régulation, succède un second point de vue, insistant sur l'accomplissement des objectifs initiaux, une fois atteint l'objectif initial primordial d'ouverture des marchés à la concurrence. Les régulateurs se trouvent alors en conflit objectif avec les autorités de concurrence et l'on peut dès lors envisager de laisser la régulation de la concurrence aux autorités de concurrence et rapatrier les autres objectifs pris en charge par le régulateur vers les administrations classiques⁵⁴.

51. Voir en ce sens, R. Pitovsky (président de la *Federal Trade Commission*), in *La relation entre les responsables de la réglementation et les autorités chargées de la concurrence*, OCDE, *op. cit.*, n° 35.

52. Pour un récapitulatif de ces avis et leur portée, voir *Le droit des télécommunications : bilan et perspectives, Les entretiens de l'ART*, colloque du 23 mars 1999, compte rendu, p. 20 et s.; sur l'articulation des compétences entre autorité de concurrence et régulateur dans le secteur des télécommunications, voir F. Jenny, *La déréglementation des télécommunications : concurrence loyale ou concurrence efficace ?*, *Rev. aff. eur.*, 1996, p. 91.

53. E. Cohen, *L'ordre économique mondial. Essai sur les autorités de régulation*, Fayard, 2001, p. 222-224.

54. Voir F. Jenny, *Régulateurs sectoriels et autorités de concurrence en France et en Europe*, Les Conférences Jean-Dupuit, Mimeo, 15 mai 1999; également, pour une proposition en ce sens, parmi d'autres options, voir intervention de B. Lasserre, au colloque *Quelle articulation entre régulation et concurrence ?*, DGCCRF, Paris, 22 nov. 2001. Voir aussi, OCDE, *La relation entre les responsables de la réglementation et les autorités chargées de la concurrence*, *op. cit.*, n° 23-24.

La loi de Parkinson déjà mentionnée⁵⁵ semble s'opposer à une telle évolution. Si tout organisme tend à élargir sa zone de compétence, il est aussi le premier à défendre vigoureusement celle-ci. À défaut d'adapter les règles à l'évolution des objectifs, on peut s'interroger sur le bien-fondé des politiques de régulation. La question est fondamentale, c'est celle de la légitimité même des régulateurs dans leur fonction de régulation.

2. La redéfinition de l'action publique : le questionnement des règles

Dans un contexte européen, la redéfinition de l'action de l'État passe par la question de l'indépendance des régulateurs nationaux vis-à-vis de la Commission européenne qui pourrait devenir elle-même un suprarégulateur sectoriel (a). Si ce risque de subordination de l'action publique des États aux institutions communautaires devait être écarté, il n'en demeure pas moins que l'existence même des régulateurs est de plus en plus contestée sur le plan interne : de quelle légitimité politique s'autorisent-ils (b) ?

a. Le transfert des pouvoirs : la subordination des régulateurs ?

Quel sens y a-t-il en effet à vouloir une Europe de l'électricité ou des télécommunications quand subsistent des disparités essentielles dans les règles nationales ? Ainsi, dans le secteur de l'électricité, à quoi bon favoriser le développement du *trading* et des interconnecteurs si dans le même temps les systèmes de tarification du transport freinent les importations⁵⁶ ? On ne peut vouloir un marché unifié et dans le même temps multiplier les spécificités nationales de régulation⁵⁷.

La directive cadre dans le secteur des télécommunications, adoptée le 12 décembre 2001, a ainsi mis en place une procédure de contrôle communautaire des régulateurs nationaux. En cas de carence dans la mise en œuvre du cadre harmonisé (c'est-à-dire en cas d'absence ou de non-respect d'une position arrêtée d'un commun accord par les régulateurs nationaux), la Commission pourra demander à un régulateur de retirer une décision faisant obstacle au marché unique, pour autant qu'elle respecte un délai maximal d'un mois et motive sa demande (art. 4 et 17). L'exécutif européen justifie ces nouveaux pouvoirs notamment au regard des divergences dans l'attribution des licences UMTS qui a conduit à des disparités sans précédent entre États membres. L'accroissement des pouvoirs de la Commission par un effort de centralisation des régulateurs est également sensible en matière de droit de la concurrence⁵⁸.

55. Voir *supra*, I B 1.

56. Voir N. Charbit et *al.*, Échanges transfrontaliers : de Florence à Bruxelles, *Energy News*, n° 11, 23 avr. 2001, p. 12.

57. E. Cohen, *L'ordre économique mondial*, *op. cit.*, p. 232.

58. Le nouveau règlement n° 1/2003/CE d'application des articles 81 et 82 CE adopté en novembre 2002 prévoit ainsi qu'une autorité nationale de concurrence devra, d'une part, surseoir à

Cette modification du cadre institutionnel aboutit à remettre en cause l'équilibre des pouvoirs entre l'exécutif communautaire et les États, modifiant ainsi l'interprétation du principe de subsidiarité. Pourtant, la Commission européenne ne bénéficie pas encore de toute la légitimité politique que nécessiterait un véritable super-régulateur. D'autant plus que la légitimité des régulateurs nationaux est d'ores et déjà contestée au niveau national. Ainsi, au-delà des règles, la question est celle de la légitimité de ces autorités.

**b. Au-delà des règles :
la légitimité du régulateur**

En définitive, ce que l'on reproche au régulateur, c'est de ne pas être l'organe légitime pour prendre des décisions aussi importantes. La portée de ses décisions le dépasserait, non qu'il n'en ait la compétence technique, mais il ne disposerait pas d'une véritable légitimité politique. Seul l'État, selon l'administration, ou le marché selon certains opérateurs, devrait pouvoir décider.

Mais quoique non élu, le régulateur n'en est pas moins légitime comme le souligne M. É. Cohen⁵⁹. Du point de vue juridique, on l'a vu, il est amené à être plus transparent que ne l'est l'administration classique, aussi respectueux de la règle de droit que le sont les juridictions puisqu'il demeure soumis au contrôle des juridictions suprêmes. Son indépendance politique est assurée par son statut. À l'abri des changements de majorité, le régulateur est assuré de durer plus que le pouvoir politique qui l'a nommé.

Les autorités politiques y trouvent également leur compte. En s'amputant de la régulation sectorielle au jour le jour, les gouvernements s'obligent à une bonne gestion de secteurs en concurrence en cessant d'être juges et parties. Le régulateur est un moyen de techniciser la question du service public qui devient ainsi plus facilement gérable. La régulation contribue à dépolitiser les politiques publiques sectorielles. Mais précisément, la dépolitisation de certaines questions économiques en les confiant aux régulateurs sectoriels, peut s'analyser comme un escamotage de débats nationaux.

En définitive, le régulateur apparaît comme l'instrument d'un nouveau mode d'exercice du pouvoir, aux côtés de celui de l'État, du juge et du législateur, voire du marché. Peut-être que ce que l'on reproche à ce mode d'exercice du pouvoir est son excès d'indépendance ? Là encore, le seul rempart réside dans le strict respect de la règle de droit assuré par le contrôle judiciaire et administratif.

statuer si la Commission décide d'ouvrir une procédure mais, d'autre part, avant de prendre une décision favorable, consulter préalablement la Commission. Pour un premier commentaire, voir E. Claudel, Le nouveau règlement d'application des articles 81 et 82 CE, in *Chronique du CEJEC*, à paraître aux *Petites Affiches*.

59. En ce sens, E. Cohen, *L'ordre économique mondial*, op. cit., p. 258-260. L'auteur souligne également que le régulateur constitue une solution au conflit d'intérêts permanent dans les systèmes politiques où les gouvernements entendent exercer simultanément des responsabilités macro-économiques et sociales, tout en restant actionnaires d'opérateurs historiques.

La sauvegarde et l'adaptation de la hiérarchie des normes en matière de régulation

Thierry Tuot

*Conseiller d'État, ancien directeur général
de la Commission de régulation de l'énergie*

Il me revient la lourde tâche de commenter un exposé avec lequel je suis d'accord autant pour les principes qui le sous-tendent que pour les points qui ont été affirmés. Une fois n'est pas coutume, je voudrais prendre un peu plus de distance avec le sujet en m'interrogeant, comme je l'indiquais tout à l'heure en ouvrant nos débats, un peu plus sur le terrain politique. Je partirai d'une anecdote. Si je n'avais pas été avec vous cette après-midi, j'aurais participé à une réunion du SGCI, dans laquelle le point en débat était de savoir si la France allait demander que les traducteurs juristes de l'Union européenne, qui traduisent les textes des délégations dans toutes les langues de l'Union, acceptent enfin de traduire le terme *regulatory authorities*, qui est le terme usuellement employé dans les textes anglais, qui désormais font foi bien plus que les textes français, par « autorités de régulation » et non pas, comme c'est le cas jusqu'à présent, par « autorités de réglementation » ou « autorités réglementaires ». Cela pour vous dire qu'à ce stade, au niveau communautaire, d'où nous tirons beaucoup de principes en tant que régulateurs, nous ne savons pas encore, entre États membres, de quoi nous parlons. Parlons-nous d'autorités réglementaires ou d'autorités de régulation ?

Quand on pose la question des objectifs du régulateur, on devrait d'abord, me semble-t-il, se demander ce qu'est un régulateur et quels sont les objectifs qu'on va lui assigner. Or cette double question, du moins en France, n'a pas fait l'objet de débats politiques. Je ne crois pas que dans les débats sur la loi de 1996, sur la loi de 2000 qui a créé la CRE et même à l'époque où des ordonnances ont créé le Conseil de la concurrence et la COB, on se soit réellement posé la question de ce qu'est une

autorité de régulation au sein des pouvoirs politiques, par rapport au droit constitutionnel, par rapport à la théorie qui inspire nos institutions. Ce débat politique n'a pas eu lieu et il devient donc assez difficile de savoir quels objectifs nous poursuivons. On assiste à des rationalisations *a posteriori* de la part de nombreux parlementaires qui affirment que les objectifs sont fixés par Bruxelles. Rien n'est plus faux. Quand on prend simplement le cas de la CRE, elle doit avoir deux pouvoirs : vérifier la séparation comptable et veiller au règlement des différends. Les directives communautaires n'exigent rien d'autre en matière de régulation de l'électricité. Le parlement a pourtant dit beaucoup de choses sur la régulation, mais pas sur ses objectifs ni réellement sur son insertion au sein des pouvoirs publics.

J'ajouterai, et c'est précisément le but du forum d'aujourd'hui, comme de ceux qui se sont déjà tenus ou se tiendront, que nous avons aussi besoin, à côté du débat politique, d'un débat entre sachants d'une théorisation en droit, en économie, en philosophie du droit et en philosophie. Là aussi, ce débat théorique commence seulement à s'esquisser. Il n'a pas été abordé longtemps avant le débat politique.

Cela fait qu'en matière d'objectifs, nous assistons à une définition par défaut. C'est la définition que donnent d'eux-mêmes les régulateurs. Pierre-Alain Jeanneney rappelait à juste titre, qu'entre ce que disent les présidents d'autorités de régulation de leurs objectifs humbles, modestes et subordonnés, et ce que font les régulateurs, qui s'assignent eux-mêmes des objectifs et les poursuivent au vu et au su du public, qui sont responsables devant le marché, mais pas toujours de façon aussi claire qu'on pourrait l'imaginer, il y a un écart assez grand. Lorsqu'on voit une institution administrative qui tire sa légitimité d'une désignation par une autorité politique elle-même responsable, et on sait dans quelles conditions elles le sont en France, on peut s'interroger sur la légitimité d'une telle institution à fixer elle-même ses objectifs.

L'autre définition par défaut se fait par la censure. Pierre-Alain Jeanneney et Nicolas Charbit rappelaient que cette censure est formelle et procédurale beaucoup plus qu'elle ne porte sur le fond. J'ajouterai pour ma part que je crois que c'est heureux, car il est toujours inquiétant que les juges commencent à faire de la politique.

Voilà les éléments du débat. Je ne veux pas le priver de sa portée, mais il me semble que l'interrogation sur les objectifs, une fois qu'on l'a traitée comme l'a fait brillamment Nicolas Charbit en termes de droit, est une interrogation qui laisse insatisfait. Les citoyens ou les consommateurs que nous sommes tous, dans la mesure où on parle souvent d'ouverture de marchés, aimeraient savoir à quoi sert cet objet administratif venu d'ailleurs et non encore répertorié. Les citoyens s'interrogent vraisemblablement sur le bien fondé de l'objectif primaire poursuivi, à savoir l'ouverture à la concurrence, qui se fait également avec un débat politique souvent très discret. Les citoyens s'interrogent également sur la cohérence des objectifs poursuivis par les régulateurs entre eux et l'articulation entre chacun des champs de régulation. Le seul lieu de cohérence devrait être le Parlement, dont on a dit que jusqu'à présent il s'était assez largement abstenu.

Je crois que la quasi juridictionnalisation ou la juridicisation excessive des autorités administratives indépendantes n'est pas la bonne réponse à l'interrogation sur leur statut, leurs objectifs, la manière dont elles s'insèrent au sein de la hiérarchie des normes. La juridictionnalisation prend même à rebours tout ce qui caractérise le régulateur dans ce que sa méthode peut avoir de positif, à savoir la souplesse, l'agilité, l'ouverture, l'écoute du marché et l'adaptation permanente. C'est sans doute bien plutôt le jugement par le marché qui doit réguler le régulateur. Il me semble que c'est bien aux autorités proprement politiques, c'est-à-dire aux parlements beaucoup plus qu'aux exécutifs, qu'il revient d'encadrer et d'évaluer ce que font les régulateurs, d'assurer leur orientation stratégique et de vérifier en permanence que l'objectif fait l'objet d'un consensus politique et que son atteinte est régulièrement réévaluée. À défaut, je crois que nous devrions tous commencer à nous inquiéter de ce qui n'apparaîtrait pas comme une réforme de l'État, mais plutôt comme une sorte de fuite en avant.

Régulation et hiérarchie des normes

Propos conclusifs

Martine Lombard

Professeuse à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Les forums de la régulation se suivent mais ne se ressemblent pas au moins en ce qui concerne les titres et qualités du dernier intervenant. C'est précisément parce que, à la différence du président Guy Canivet, qui avait conclu le forum consacré à *Juges et régulateurs*, je n'ai aucun titre à présenter une conclusion au sens véritable, que je voudrais simplement prolonger une observation qu'il avait faite oralement à la fin de sa propre conclusion, pour regretter, soulignait-il, qu'une dimension essentielle de la régulation n'ait pas encore été abordée, à savoir sa dimension éminemment politique et la nécessité d'un contrôle démocratique.

L'un des objectifs des organisateurs de ce forum a été de répondre partiellement à ce qui, au-delà de l'expression d'un regret, pouvait apparaître comme un souhait. Le choix même du thème de la hiérarchie des normes témoigne en effet de ce que nous ne partageons pas l'idée selon laquelle celle-ci ne serait que l'écho d'une sorte de grand-messe, autour de l'idéal de démocratie, dans laquelle communieraient les juristes, surtout de droit public, voire les restes d'un rituel dont le sens aurait largement disparu, compte tenu des réalités d'une économie de marché mondialisée. Choisir le thème de la hiérarchie des normes, c'est marquer l'importance de celle-ci comme participant du concept d'État de droit et comme garant des libertés fondamentales.

Il est vrai que la hiérarchie des normes est autrement complexe que ne le voudrait une conception qui serait par trop simpliste et réductrice de la théorie kelsenienne, qui aboutirait même à ce qu'on appelle parfois l'aporie kelsenienne. Elle ne se réduit pas non plus seulement à l'idée longtemps cardinale selon laquelle les normes les plus hautes sont celles qui expriment le plus directement la souveraineté

populaire. Depuis quelques dizaines d'années, la place de plus en plus large faite aux normes internationales a conduit à devoir remodeler la conception trop géométrique d'une « pyramide des normes ». Les exposés qui viennent d'être présentés autour des rapports entre régulation et hiérarchie des normes ont, en ce sens, remarquablement mis en évidence les formes aujourd'hui complexes d'un entrelacs de normes internes et de normes internationales, de normes de fond et de normes de procédure, de normes écrites, qui ne sont pas pour autant figées dans le marbre, et de normes que l'on qualifie parfois de molles, mais qui ont cependant une force d'influence considérable, qu'elles soient issues de consultations publiques ou même de simples communiqués de presse lorsqu'ils sont compris comme donnant valeur de précédents à des solutions certes particulières mais susceptibles de se reproduire dans un contexte comparable.

L'essentiel est que l'insertion des autorités de régulation dans la hiérarchie des normes trace le cadre de leur action, voire fonde leur légitimité. Cette inscription dans la hiérarchie des normes devrait en particulier éviter de passer du piège de l'angélisme à celui de la diabolisation, l'un nourrissant l'autre.

L'angélisme consisterait à concevoir les autorités de régulation par essence ou par construction comme indépendantes non seulement des opérateurs économiques mais aussi des autorités politiques, hors hiérarchie alors même qu'elles sont des autorités administratives, et parées alors de toutes les vertus que n'auraient pas les autorités procédant de l'élection politique. Impartiales, objectives, transparentes, efficaces, elles se distingueraient par-là de « l'arbitraire politico-administratif », pour employer une expression parfois utilisée par des économistes imprégnés notamment des travaux de l'école du *Public Choice*. Ce présupposé est nourri lui-même d'une vision dépréciative de l'État, qui ne saurait être postulé comme « bienveillant » alors qu'il est trop souvent « capturé » par les groupes de pression.

Cet angélisme nourrit en retour, pour une part, un certain procès en diabolisation fait non plus à l'État mais aux autorités de régulation elles-mêmes. Les pouvoirs de celles-ci marqueraient la fin de la séparation des pouvoirs chère à Montesquieu, voire de la place du politique en économie de marché. Ce serait même une sorte de résurgence du vieux thème du gouvernement des savants, celui d'une sorte d'aristocratie de la compétence et du savoir, qui prétendrait tirer sa légitimité de sa compétence technique, voire de son efficacité, mais appréciée selon quels critères ? Il serait alors d'autant plus difficile de fonder cette légitimité que, tout en ne procédant pas de l'élection politique, ces organes ne sont pas des juridictions.

En évoquant le rapport des autorités de régulation à la hiérarchie des normes, nous avons essayé d'éviter de tomber dans l'un et l'autre écueils. Situer la place des autorités de régulation dans ce cadre conceptuel, consubstantiel à l'idée d'État de droit, relève en effet d'un enjeu aussi difficile que fondamental. Parce que les questions qu'il soulève sont infiniment complexes et délicates, je voudrais remercier tous ceux qui ont accepté ici de réfléchir sur ce thème pour leurs très précieuses contributions.

Deuxième partie

Régulation et procédures d'enchères

Évaluation théorique des procédures d'enchères

Roger Guesnerie

Professeur au Collège de France

Nommé au conseil d'analyse économique il y a dix-huit mois, l'on m'a demandé, la position n'était pas purement honorifique, de commenter les prérapports sur les enchères d'Élie Cohen et de Michel Mougeot. En dépit de protestations d'incompétence, j'ai dû accepter et consacrer de nombreuses soirées à une rapide reconversion ! Je reste évidemment un *outsider* qui ne prétend ni à la connaissance du sujet précis des enchères qu'à Michel Mougeot ni à celle du secteur des télécommunications et de la politique industrielle qu'à Élie Cohen. Les remarques faites ici se veulent quelque peu décalées, même si je les espère pertinentes.

I

Premièrement, les enchères sont très à la mode, pourquoi ? C'est naturellement une procédure très ancienne, qui réveille un de mes plus vieux souvenirs, celui de la sévérité du notaire qui impressionnait beaucoup l'enfant que j'étais au début des années cinquante. Je ne sais s'il en existe, mais il vaudrait la peine de faire une histoire des enchères, je pense à une histoire « historique » et non « économique ».

Le regain d'intérêt pour les enchères, leur retour sur le devant de la scène est le produit de deux mouvements concomitants, dont il est aussi difficile de démêler l'antériorité. D'un côté, il y a eu un travail analytique : la réflexion fondamentale, la théorie économique des enchères, s'est développée, a progressé. De l'autre, un certain

nombre d'expérimentations ont été faites dans des domaines où l'on n'utilisait pas les enchères ou bien on les utilisait à des échelles moins importantes.

Il faut bien comprendre que ce travail analytique sur les enchères, je parle évidemment pour ma paroisse, ou plutôt une paroisse voisine, a eu beaucoup d'écho au sein de la profession économique. W. Vickrey, prix Nobel des années quatre-vingt-dix, est connu en particulier pour son analyse de l'enchère dite au second prix dans laquelle l'objet est attribué à celui qui propose le prix le plus élevé mais le gagnant paie le prix du premier recalé. Cette enchère ressemble, même si elles ne sont pas exactement isomorphes, à l'enchère ascendante. Vickrey avait remarqué que dans une telle enchère chacun a intérêt à dire la vérité, et ceci en un sens très fort : quoique fassent les autres on n'a jamais intérêt à mentir. Cette remarque constitue un des points de départ de cette nouvelle théorie des enchères, que je viens d'évoquer. On peut rappeler un certain nombre de ses thèmes qui sont aussi les titres de chapitres d'un livre de théorie économique des enchères.

Par exemple, le « théorème de l'équivalence du revenu » affirme que dans le cas où les évaluations des acteurs seraient indépendantes, c'est-à-dire s'il n'y a pas de « valeur commune » sous jacente, (de telle sorte que la valeur qu'a l'objet pour un des participants ne dépend pas de la valeur qu'elle a pour les autres participants), toute une série de procédures différentes : l'enchère au premier prix, l'enchère au deuxième prix, etc. donnent toujours le même revenu espéré au vendeur. C'est une proposition spectaculaire, mais en un sens beaucoup moins forte que celle évoquée tout à l'heure, elle fait appel à des concepts plus sophistiqués, ou si l'on préfère moins convaincants, que celui de stratégie dominante.

On a aussi beaucoup étudié ce qu'on appelle la « malédiction du vainqueur », qui tend à tempérer les offres, en cas de valeur commune, puisque alors le vainqueur est celui qui reçoit l'information la plus optimiste.

Autre chapitre de réflexion, les problèmes de collusion, présents de façon assez systématique dans les enchères d'UMTS. Les différents types d'enchères ont de ce point de vue des propriétés assez différentes, (le secret des offres joue un rôle évident, et à cet égard, par exemple, l'enchère ascendante a de mauvaises propriétés).

L'accroissement du savoir, qu'il vienne de la théorie ou de l'expérimentation, a consolidé la légitimité des spécialistes des enchères. Pour comprendre ce qui s'est passé dans le domaine des enchères UMTS en Europe, il faut bien admettre qu'il y a eu un certain prosélytisme des économistes des enchères. Le succès de leur argumentaire reflète la qualité de leurs travaux, mais aussi une certaine unité de vues d'une communauté scientifique dynamique.

II

Deuxième remarque : l'enchère n'est pas une procédure au champ universel. Imaginons qu'un généreux donateur alloue un million d'euros pour édifier une statue dans l'entrée du hall de Sciences Po. Une enchère ne permet pas de déterminer l'heureux artiste à qui sera donné le privilège d'exposer son œuvre dans l'entrée de cette très respectable institution. L'enchère ne permet pas de gérer toutes les dimensions du choix. Le mieux disant n'est pas nécessairement le moins disant. La question est de savoir le poids que l'on donne au critère de prix et de qualité.

Dans le cas de l'attribution des licences hertziennes de l'UMTS, l'objet qui est attribué est-il l'objet canonique de la théorie ? La réponse est sûrement non, et il faut reformuler la question : cet objet est-il suffisamment proche de l'objet canonique de la théorie pour qu'on puisse la solliciter, ou jusqu'où peut-on la solliciter ?

Les fréquences hertziennes attribuées constituent un objet complexe qui ouvre un marché, marché dont l'analyse mérite que l'on fasse quelques distinctions. Imaginons que l'entreprise choisie se retrouve en situation de monopole, qu'elle a des informations fiables sur son coût et que sont en concurrence *ex ante* plusieurs entreprises dans la même position. L'argumentaire analytique auquel je faisais allusion tout à l'heure, et qui restera souvent sous jacent à ce que je vais dire, s'applique en première approximation. On n'est pas trop éloigné de la situation canonique. Certes, l'objet mis à l'enchère est plus compliqué que par exemple l'objet réfection des trottoirs de la rue Saint-Dominique. Mais il y a bien information asymétrique et les entreprises candidates en savent plus en principe que le régulateur. Là, il faut souligner un point important, une des sources du malentendu qui explique l'intensité du conflit entre les uns et les autres. Les économistes pensent généralement, et avec de bonnes raisons dans le cas d'espèce, que la rente que l'on va extraire (*ex ante*) n'aura pas d'influence sur la tarification (*ex post*) du monopole. Donc le prélèvement de l'enchère ne sera pas répercuté sur le consommateur, comme le répètent à l'envi tous les argumentaires en faveur des enchères. Est-ce vrai ? Oui dans des situations simples que l'on sait bien modéliser. Et dans le cas à l'examen, il est vrai qu'une fois en place, le monopole ne peut que choisir la tarification la plus avantageuse pour lui. L'argument appelle cependant une réserve, en information asymétrique entre prêteurs et entreprise, les capacités de financement de l'entreprise en place peuvent être affectées par le prix payé pour la position, de telle sorte que ce prix ne détermine pas uniquement des transferts financiers sans effet sur les comportements, mais qu'il peut, par exemple, affecter les investissements ultérieurs.

On peut cependant penser que, si le marché est attribué à un monopole « informé », l'argument ci-dessus est assez convaincant. S'il est attribué à un oligopole, les choses sont plus compliquées. Pourquoi ? Premièrement, il faut prendre en compte toute la dimension de l'anticipation de la forme que prendra le marché. Imaginez, je caricature mais la difficulté évoquée ne peut être éludée, que chacun des concurrents pense pouvoir dominer le marché, quand bien sûr, un seul, au mieux

(pour lui) sera dominant. Il y a un problème, que les économistes n'aiment guère, parce que nos théories le traitent de façon stéréotypée, mais auquel l'action publique est souvent confrontée, celui de la coordination des anticipations. Attribuer le marché à un oligopole crée un problème de coordination des anticipations, une coordination qui idéalement ferait émerger pour tous les acteurs la même image du marché.

Ici, les difficultés vont interférer à nouveau avec la question des contraintes de liquidités. Dans un marché où chacun des acteurs a subi une forte ponction financière, on risque de s'écarter de la tarification de référence que décrivent les modèles d'économie industrielle; la situation peut conduire, par exemple à un « *blietzkrieg* », déclenché pour tenter d'éliminer le ou les concurrents les plus faibles

Donc l'incertitude sur la dynamique de la concurrence qui est accentuée par la contrainte des liquidités, appelle des réserves sur l'identification de l'objet que l'on alloue dans le cadre de l'enchère UMTS à l'objet canonique de la théorie standard des enchères. Second départ du modèle canonique, celui-là plus évident et sur lequel on reviendra, on est confronté à une incertitude technologique d'assez grande ampleur, qui conduit à émettre des réserves sur la qualité, voire sur la supériorité, de l'information de l'entreprise.

III

Le débat sur les enchères et l'UMTS, c'est mon *troisième point*, débat dans lequel je me suis retrouvé plongé il y a à peu près un an, m'a d'abord paru particulièrement confus et je n'ai pas totalement changé d'avis là-dessus; l'argumentaire pour les enchères était modérément convaincant, parce qu'il tirait les raisonnements analytiques au-delà de leur limite de validité. Et l'argumentaire pour les concours de beauté, souvent maladroit, l'était encore moins. Je vous sou mets les conclusions paradoxales, et quelque peu provocatrices qu'on aurait pu tirer de la polémique : si on croyait que l'enchère britannique avait permis de révéler la valeur de la licence pour les opérateurs retenus au Royaume-Uni aussi bien que le suggère la théorie canonique, pourquoi ne pas adopter le concours de beauté, puisque finalement la valeur des fréquences en France pouvait être déduite de façon assez fiable de sa valeur britannique par une règle de trois ! Par ailleurs, si on croyait que la procédure britannique avait vraiment donné de mauvais résultats, quant à l'extraction d'information, pourquoi faire tant de cas, apparemment du moins, de l'information qu'elles avaient apportée et craindre l'enchère en France ?

Oublions ce pseudo-paradoxe, pour en venir au non-dit de ce débat, qui concerne des questions sur lesquelles partisans des enchères ou du concours de beauté avaient sans doute des réponses différentes

Première question : est-il légitime de faire une opération de politique industrielle favorisant un opérateur national, une telle opération est-elle recevable en Europe aujourd'hui ?

Seconde question : les opérateurs deuxième génération qui se voient obligés de changer leur fusil d'épaule de façon prématurée n'ont-ils pas le droit à un certain type de dédommagement, qui refléterait l'existence d'une sorte de contrat implicite entre la puissance publique et les opérateurs ?

IV

Cela m'amène au *quatrième et dernier point* : beaucoup de choses ont été évoquées dans le débat enchères contre concours de beauté. Mais, on peut être quelque peu étonné de la quasi-absence dans le débat de trois questions périphériques mais sans doute plus importantes que celles qui nourrissaient la polémique.

Première de ces questions « orthogonales », comme disent les mathématiciens : j'ai été très surpris que l'on ne parle jamais du problème de la réplification de l'infrastructure. Naïveté sans doute ; un ami, consultant dans le domaine des télécommunications, m'a dit que dans le monde entier l'axiome qui affirme que la réplification des infrastructures (c'est-à-dire le fait que l'on demande à chaque opérateur de construire ses propres antennes) est justifiée par le surcroît de gains assuré par la concurrence. Je ne rejette pas *a priori* la conclusion mais ne l'accepte pas comme un axiome. J'ai été fort renforcé dans ce sentiment en découvrant le coût des dites infrastructures !

Deuxième problème « orthogonal », celui de la politique industrielle, Élie Cohen en a parlé : si j'ai bien compris, l'opération UMTS se voulait une opération de politique industrielle à l'échelle européenne, destinée à donner un avantage concurrentiel aux opérateurs et aux équipementiers européens. Faut-il une politique industrielle européenne ? Les avis sont partagés et les lignes de clivages sur cette question peuvent aussi recouvrir les lignes de clivages sur la question enchères, concours de beauté. Mais il est certain que si l'on veut une politique « industrielle » européenne, il faut, Élie a développé l'argument tout à l'heure, beaucoup plus de coordination dans les procédures d'attribution des licences.

Troisième problème qui a été peu discuté, qui pourtant est commun à l'enchère et au concours de beauté, celui de la rigidité et de la fixité des redevances. Les prix pour accéder au marché sont, comme on dit dans le jargon de la théorie économique, non contingents, c'est-à-dire ne dépendent pas de la résolution de toutes sortes d'aléas de ce marché : aléa technologique, aléa commercial, etc. La théorie économique la plus pure, celle à laquelle je suis le plus habitué, suggère qu'il vaut mieux mettre en place, si c'est possible, des prix contingents (par exemple à la réalisation des aléas technologiques). En l'occurrence, c'était, semble-t-il, possible. Par exemple, la

facture, en France, aurait pu dépendre d'indicateurs extérieurs les plus neutres possibles, par exemple, être indexée sur la croissance du trafic européen. Des taxes sur l'activité ou le profit, même si elles ont de moins bonnes propriétés incitatives, méritaient aussi discussion. Voilà des idées qu'il faudrait naturellement affiner : mais dans un environnement aussi aventureux, on doit examiner sérieusement des formules de tarification contingentes.

*

* *

Derrière le débat — prix contingent ou non — se cache un autre débat, sur le rôle et les vertus des marchés financiers. Si l'on croit, comme certains de mes collègues, que les marchés financiers, au travers de l'assurance et du financement qu'ils fournissent, sont un substitut à un « système complet de marchés » au sens de la théorie économique, alors ils constituent un mécanisme de régulation avec lequel éviter d'interférer. Les propositions faites ci-dessus reflètent aussi un certain scepticisme sur cette conception très optimiste de la capacité des marchés financiers à gérer convenablement les risques.

Les discussions sur les choix d'attribution

Élie Cohen

Directeur de recherches au CNRS

Avec Michel Mougeot nous avons entrepris un travail commun sur les procédures d'enchères et la gestion publique. Ce fut un travail passionnant au cours duquel, jusqu'au bout, nous nous sommes demandés si nous allions écrire un texte commun. Je vais donc essayer de restituer ce qui constitue la base d'un accord.

Pourquoi s'intéresser, en effet, à la question des enchères et de son lien avec la régulation ? Après tout, nous autres Français avons été habitués par le passé à des procédures d'attribution de droits d'usage du domaine public, notamment l'usage du spectre hertzien pour les télécommunications par d'autres méthodes que les enchères, que ce soit la méthode dite « du grand-parent » ou la méthode de la soumission comparative ou du « concours de beauté ». La méthode du grand-parent consiste à dire que, lorsqu'il y a une nouvelle technologie, c'est celui qui est en place qui a un droit automatique à utiliser le spectre pour déployer un nouveau réseau. La méthode de la soumission comparative a été employée par exemple à l'occasion de l'attribution des licences GSM. La puissance publique octroyait la licence sur la base des engagements comparés que prenaient les différents candidats en termes de déploiement, d'emploi, d'investissements, de couverture, etc. C'est une situation dans laquelle il était clair que le fait d'accorder une licence GSM à un candidat plutôt qu'à un autre revenait à transférer une rente que certains avaient évaluée à plusieurs milliards de francs. Il n'empêche que l'on n'a pas estimé alors que le Trésor public devait capter cette rente. Certes un débat sur les critères d'attribution de cette licence avait émergé mais on avait estimé alors qu'on pouvait, par une procédure de soumission comparative, donner la licence à l'un des impétrants. Le rappel de ces éléments montre qu'il n'est pas illégitime *a priori* de s'intéresser à d'autres méthodes que les enchères pour l'attribution des droits d'usage d'un bien public telles que la soumis-

sion comparative ou la confirmation des droits historiques d'un opérateur sur le spectre.

La deuxième question qui se pose est de savoir pourquoi traiter la question du point de vue du régulateur. Quelles que soient les méthodes d'attribution, on constate qu'une fois que le paysage est dessiné, le régulateur est de toute manière impliqué. L'interview du Commissaire européen en charge de la politique des entreprises et de la société de l'information, Erkki Liikanen, dans la presse d'aujourd'hui l'illustre bien. S'agissant du fiasco de l'UMTS, il reconnaît que les régulateurs ont accordé des licences avec des conditions attachées à ces licences qui ne sont pas remplies et qu'on ne peut pas faire exécuter. Il dit aussi que d'une certaine manière il faut bien trouver un moyen pour s'en sortir. Certes, E. Liikanen considère qu'il ne lui revient pas d'intervenir car c'est chaque régulateur national qui a délivré des licences avec des sujétions attachées. Mais il ajoute qu'il ne verrait que des avantages au partage des infrastructures, à l'instauration d'un marché secondaire des licences, bref à une remise en cause des modalités initiales d'attribution des licences.

Ainsi voit-on bien, qu'il faut bien réfléchir à la relation entre enchères et régulation. Pour ce faire, nous avons procédé de manière très progressive. Avant de nous attacher à considérer les mérites respectifs des différentes procédures d'enchères notamment à l'occasion de l'attribution des licences UMTS, nous avons essayé de répondre à quelques questions.

Quelle valeur attache l'opérateur à l'usage d'une fréquence et quelle procédure mettre en œuvre pour révéler cette valeur attachée. Une fois identifiée la rente potentielle liée à l'usage d'une fraction du spectre, nous nous sommes demandés comment faire en sorte pour que cette rente ne soit pas confisquée par un opérateur privé. En effet qu'une rente liée à l'usage d'un bien public soit captée par une collectivité publique a deux vertus : fournir des moyens quasi fiscaux supplémentaires à l'autorité publique, substituer une recette nouvelle à d'autres types de prélèvements qui ont des incidences économiques moins souhaitables. Cette idée que le prix des licences pourrait avoir un effet positif sur l'activité économique en permettant de baisser les prélèvements obligatoires se trouve illustrée par le fameux argument anglais des deux cents hôpitaux financés par la redevance donc sans augmentation de la fiscalité pesant sur les personnes ou sur les sociétés.

Toujours avant de trancher entre les procédures, on peut s'interroger sur la meilleure technique permettant d'éviter la capture du régulateur. Une certaine transparence des procédures peut conduire à préférer un système plutôt qu'un autre.

On peut également souhaiter trouver une procédure qui concilie la fonction d'allocation d'un bien rare avec un objectif plus général de stabilisation de l'économie globale. On ne souhaite pas qu'une technique utilisée ait plus d'effets perturbateurs que d'effets régulateurs sur la dynamique économique...

On peut enfin se donner comme objectif de trouver une procédure qui permette de concilier d'allocation d'un bien public rare et maintien d'une concurrence vive, parce qu'il n'est simplement pas souhaitable qu'à la fin du processus d'attribution des licences on ait une plus grande concentration et moins de concurrence.

Dans cette démarche, on n'envisage donc les mérites comparés des diverses procédures d'attribution d'une ressource publique (dont les enchères) qu'après avoir déterminé les objectifs poursuivis et identifié les différents groupes d'intérêts. Les enchères se présentent *a priori* comme un instrument susceptible de renforcer l'efficacité et d'améliorer la transparence en matière de gestion publique. D'ailleurs, on constate que les enchères sont utilisées dans des domaines aussi variés que l'attribution des obligations assimilables du Trésor (OAT) ou les fournitures d'électricité et qu'il est envisagé de les utiliser demain pour l'attribution de sillons ferroviaires... On remarque aussi que ces procédures d'enchères sont utilisées pour l'acquisition de produits divers par l'Administration, pour des contrats de travaux publics ou des concessions de services publics. En outre, il y a une grande variété de techniques d'enchères : cela va de l'enchère ascendante (la plus courante, celle qui est pratiquée dans les salles des ventes) à des formes plus sophistiquées (comme l'enchère simultanée) en passant par des formes plus classiques (comme les soumissions sous plis scellés). Enfin, les enchères correspondent à une procédure qui établit un rapport entre un prix et des prestations à réaliser. Le plus souvent, le critère du prix est dominant dans l'attribution, mais cette attribution peut aussi être déterminée à partir d'un rapport qualité/prix. On peut ainsi essayer de lier un prix avec une série d'engagements. Comme nous l'avons vu, il y a d'autres procédures que les enchères, notamment la règle du « premier arrivé, premier servi » ou le concours de beauté.

Il est bien sûr possible de discuter du bien fondé de ces différentes méthodes d'un point de vue strictement théorique et abstrait, mais il se trouve que l'actualité de l'attribution des licences UMTS montre que ces procédures ont été sollicitées les unes et les autres — essentiellement le concours de beauté et les enchères. Le choix de ces méthodes pour attribuer les licences a produit collectivement un effet assez surprenant et c'est ce résultat qui conduit à interroger les pratiques utilisées et également la solidité de la théorie qui a été mobilisée. Au fond, il s'agit de mesurer quelle est la part dans les résultats obtenus, entre les erreurs ou les impasses de la théorie et les erreurs techniques dans la mise en pratique. Les économistes ont joué un rôle important dans ces procédures d'attribution des licences mais ils ne reconnaissent pas le produit de leurs efforts dans les méthodes effectivement utilisées. Ils ont donc tendance à déclinier toute responsabilité alors même qu'ils ont souvent défendu vigoureusement la procédure des enchères par rapport au concours de beauté. On a donc besoin de savoir dans l'échec final des procédures UMTS ce qui relève de la théorie de ce qui relève par exemple d'un design institutionnel peu approprié ou, pire, d'une application de ce design qui aurait été quasiment erronée.

Il convient tout d'abord de donner quelques rappels théoriques très rapides sur les enchères et leurs techniques. En résumé, on distingue trois types d'enchères :

- première procédure : l'enchère ascendante ou enchère anglaise. Le prix proposé est augmenté par étapes. Dans cette procédure, tout candidat se désiste au moment où le prix proposé dépasse l'offre maximale qu'il est prêt à faire pour acquérir le bien. Le processus d'élimination s'arrête lorsqu'il ne reste plus en lice qu'un candidat : celui dont l'offre est supérieure à toutes les autres. Le bien est attribué au plus offrant,

le dernier dans la course dont le prix reste inconnu et la transaction se fait au deuxième prix, c'est-à-dire à l'offre la plus élevée du dernier candidat éliminé. C'est ce qu'on a vu dans la majorité des cas en matière d'attribution de licences de télécommunication ;

– deuxième procédure : l'enchère descendante ou enchère hollandaise. Le prix proposé au départ est supérieur à l'offre de tous les candidats. Il est abaissé progressivement jusqu'à trouver preneur et la cession se fait au premier prix, les autres offres restant inconnues ;

– troisième procédure : les soumissions sous plis scellés. C'est une formule d'enchères à un seul tour, l'attribution se fait au plus offrant. Les offres de tous les candidats sont, cette fois, connues du vendeur. Certains ont proposé des fusions des première et troisième procédures, mais il n'y a pas lieu ici d'entrer dans ces détails.

Quels sont les mérites et les limites respectifs de ces différentes méthodes ?

Les mérites sont fonction de la capacité des différentes techniques à révéler le prix attaché à l'usage d'une fréquence pour l'utilisateur de cette fréquence. Dans un premier cas de figure, on peut imaginer que chaque candidat procède bien à une évaluation privée indépendante de l'évaluation de ses concurrents. L'enchère anglaise incite alors les agents à révéler l'évaluation véritable. On peut évoquer un deuxième cas de figure : si les évaluations des candidats ne sont pas indépendantes mais sont des estimations personnelles, variables aléatoires d'une même valeur commune inconnue, alors nous aboutissons au phénomène de la « malédiction du vainqueur ». Pour éviter la malédiction du vainqueur, les candidats proposent systématiquement des prix inférieurs à la valeur qu'ils ont eux-mêmes déterminée. Il y a d'autres cas caractérisés par une situation de non-indépendance des offres ou par une entente entre candidats. On peut alors se trouver dans une situation où il peut y avoir collusion pour prévenir l'entrée sur le marché d'un nouveau candidat ou des phénomènes d'entente pour peser sur les méthodes d'attribution. Les différentes techniques d'enchères posent des problèmes variables. En particulier, on voit qu'il peut y avoir contradiction entre l'enjeu de la préservation de la concurrence qui conduit à révéler le moins d'informations dans la procédure de compétition et l'objectif qui conduit les acteurs à révéler l'estimation maximale qu'ils donnent à un bien.

On peut à présent examiner les difficultés théoriques. Elles varient selon que l'on se place dans le cadre de cas très sommaire où on suppose qu'il y a un bien homogène qui va être attribué ou si on envisage une situation dans laquelle il y a des enchères répétitives sur un bien ou sur la fraction d'un bien. Les problèmes se compliquent encore davantage dans le cas allemand où ce sont des procédures d'enchères sur des blocs de fréquences qui conduisent à définir x possibilités de licences par agglomération de blocs. Si 12 blocs sont mis aux enchères, par agrégation de ces blocs on peut avoir 4 licences (4×3), 6 licences (6×2) ou 5 licences ($2 \times 3 + 3 \times 2$).

Il ressort de ces quelques indications que les techniques d'enchères ne sont pas faciles à utiliser. Malgré tout, on a eu recours à elles car l'objectif était triple. Il s'agissait de contribuer à une décision qui soit efficace économiquement, qui soit transparente dans la procédure et en même temps qui conduise l'État (puisque dans le cas

d'espèce, c'est l'État qui procède à l'attribution du droit d'usage sur une fraction du spectre) à capter la rente révélée par cette procédure. On peut même dire que, dans la mesure où il y a une ressource fiscale qui permet de baisser les impôts, cette procédure est non seulement efficace et transparente mais comporte un certain degré d'équité.

Là où la méthode devient plus problématique, c'est lorsque, appliquée au monde réel, celui des télécommunications par exemple, elle produit un résultat que nul ne souhaitait. La méthode, on l'a vu, est justifiée par le fait qu'il y a au départ une asymétrie d'informations fondamentale entre les entreprises et l'État. Cette asymétrie d'informations a été beaucoup évoquée et cela a conduit à penser que les entreprises avaient la bonne information. Par conséquent, on a considéré qu'elles avaient incorporé dans le prix qu'elles avaient proposé la bonne information sur l'état du marché et, davantage encore, sur les prévisions du marché et sur les potentialités d'une technologie qui est à l'état naissant. Or, bien entendu, quand on connaît un peu les différents secteurs qui vont être évoqués, le degré de connaissance des acteurs sur leur propre marché et sur ses perspectives — et donc le prix qu'ils vont afficher — n'a pas toujours un lien évident avec les perspectives réelles du secteur. Pour tout dire, dans le cas de l'UMTS, l'écart a été particulièrement élevé. Encore une fois, il est possible d'objecter que les entreprises prennent leurs responsabilités. Après tout, le risque de l'entrepreneur innovant consiste à s'avancer sur la base des estimations qu'il fait lui-même. À tout prendre, l'estimation de l'entreprise est plus défendable qu'une estimation faite par la puissance publique qui est moins informée de l'état du marché. Il n'en reste pas moins qu'on peut tout de même être surpris de la frivolité avec laquelle les autorités publiques nationales et européennes ont pu lancer des procédures dans un état de méconnaissance extrême des perspectives de marché et surtout avec une hâte que rien ne justifiait.

Si l'on met de côté ces réserves, on voit bien que l'enchère doit sélectionner *a priori* l'entreprise ayant la meilleure efficacité économique et que l'équipement public est attribué en minimisant la dépense publique, voire en maximisant la recette fiscale.

Il faut ensuite examiner les modalités pratiques de l'application de ces quelques idées car, bien entendu, une fois la théorie posée, on voit bien que le problème du design institutionnel devient important. Il ne m'appartient pas de rentrer dans le détail des différentes formules d'attribution des licences UMTS distribuées en Europe, mais on voit bien que le design institutionnel et les modalités d'application sont importants. On perçoit qu'il faut être capable de rédiger un cahier des charges très précis et de manière exhaustive prévoyant toutes les obligations du futur attributaire. En effet, pour que la procédure d'enchère — où seul le prix joue — puisse véritablement fonctionner et trancher, il ne faut pas qu'il y ait d'imprécision dans le cahier des charges ni d'obligations excessives qui, une fois inscrites, devront être remises en cause par la suite. Par ailleurs, j'ai raisonné jusqu'à présent comme si la puissance publique poursuivait un seul objectif, à savoir la maximisation de ses recettes, mais on sait bien que plus on s'éloigne d'un modèle d'enchères pures, plus on se rapproche d'un modèle de concours de beauté et plus il y a une diversité des

objectifs. Se posent alors les questions de savoir comment on hiérarchise ces différents objectifs, comment on les pondère et si on les affiche explicitement ou pas cette pondération. Selon la méthode qu'on utilise, les critères de choix seront plus ou moins difficiles et soutenables. Il faut surtout remarquer que plus les objectifs sont divers, moins il y a de hiérarchisation explicite et plus les risques de capture se manifestent.

*
* *

En conclusion, après avoir évoqué les difficultés théoriques et méthodologiques, on doit prendre en compte le résultat des enchères. Si l'on considère le cas de l'UMTS qui est le terrain où ces méthodes ont été utilisées le plus extensivement, le résultat apparaît assez désastreux puisqu'on parle assez couramment de fiasco. Il reste à répondre à la question de savoir quelle est la part de la théorie et quelle est la part de l'usage qui en a été fait dans cet échec. On peut à ce stade avancer quelques propositions explicatives

Tout d'abord, on a lancé une procédure en toute hâte, alors que la visibilité qu'on pouvait avoir sur l'état des technologies et des marchés était très faible. On s'est donc mis dans une situation où la procédure de révélation des préférences des acteurs du secteur était pour le moins entachée par des facteurs d'incertitude majeurs.

Ensuite, sur un marché où intervenaient les mêmes acteurs, on a laissé les différents pays mener chacun une procédure spécifique. On s'est donc trouvé dans une situation d'enchères successives sur des marchés contigus et avec des acteurs communs. Au fur à mesure que les procédures d'attribution des licences se développaient, le prix révélé était en baisse continue. On voit bien que si l'idée était véritablement de réaliser les objectifs que nous avons indiqués plus haut, c'était une enchère simultanée ascendante qu'il fallait faire sur l'ensemble du territoire européen pour pouvoir dégager véritablement ces valeurs qu'on recherchait.

Enfin, on s'est placé dans une situation délicate parce qu'il n'y avait pas de régulateur communautaire. Il y a eu une initiative politique européenne mais ensuite les différents États ont défini eux-mêmes le mode d'attribution des licences et l'ont géré à leur guise parce que la gestion du spectre est une affaire de compétence nationale.

Tout cela conduit aujourd'hui à une mise en cause de la théorie et de la pratique dans une situation assez singulière parce que l'approche classique de soumission comparative — dont j'ai dit quelles avaient été les limites telles qu'elle avait pu être pratiquée par le passé — s'est trouvée soudain parée de vertus qu'elle n'avait pas puisque précisément les techniques d'enchères permettaient de sortir des impasses et des limites du concours de beauté. Aussi aujourd'hui, on se trouve dans une situation où la pratique est contestée, les résultats et la théorie également. Je crois avoir quand

même démontré que compte tenu des objectifs poursuivis, cette technique-là pouvait produire un certain nombre de résultats et si le résultat final ne correspond pas à ces résultats théoriques, cela tient beaucoup aux modalités de mise en œuvre qui ont été choisies.

Enchères et télécommunications

Échecs et leçons

Nicolas Curien

*Professeur au Conservatoire national des arts et métiers,
membre de la Commission supérieure du service public
des postes et télécommunications*

Je vais revenir sur les licences UMTS, afin d'éclairer quelques aspects de la théorie des enchères à la lumière des expériences concrètes vécues en France et dans quelques autres pays européens.

Tout d'abord, l'expérience française, à propos de laquelle Roger Guesnerie énonçait tout à l'heure un paradoxe : si l'on était tellement persuadé que de « superbes » candidatures se présenteraient à un concours de beauté, pourquoi ne pas les avoir plutôt mises en concurrence directe en organisant des enchères ? Je formulerai quant à moi un autre paradoxe, lié au précédent : dès lors que l'on avait opté pour un prix administré dans le cadre d'un concours de beauté, pourquoi a-t-on fixé ce prix à peu près au niveau où l'on estimait que des enchères auraient conduit ? Pourquoi avoir renoncé à une procédure concurrentielle, tout en cherchant à en singer le résultat escompté ? Ma réponse à cette question vient pleinement confirmer le pressentiment exprimé par Roger Guesnerie lorsqu'il suggérait que le calcul du prix initial des licences en France ait pu résulter d'une règle de trois. C'est bien en effet une règle de ce type qui a très vraisemblablement été appliquée par le Gouvernement pour fixer la valeur de chaque licence UMTS à 32,5 milliards de francs. Peu avant que ce chiffre ne soit rendu public, le cabinet du secrétariat d'État à l'Industrie avait demandé à la Commission supérieure du service public des postes et télécommunications (CSSPPT) de l'éclairer par une petite note. Dans la commande, il était par avance précisé que l'on ne procéderait pas à des enchères en France, parce que celles-ci seraient « incontrôlables », comme elles venaient de l'être au Royaume-Uni. La question posée était alors : si l'on avait pratiqué des enchères en France,

combien cela aurait-il donné ? Nous nous sommes alors livrés au petit calcul suivant. Considérant que les enchères ont atteint le chiffre d'environ 50 milliards de francs par licence au Royaume-Uni, considérant par ailleurs qu'en France les incertitudes sur les marchés de l'Internet et de la téléphonie mobile sont plus fortes qu'outre Manche, considérant enfin que la France étant un « désert habité », il y est plus coûteux de construire un réseau mobile qu'au Royaume-Uni où la population est davantage concentrée autour des grandes villes, nous avons procédé à deux abattements successifs à partir des 50 milliards britanniques : d'abord, une dizaine de milliards en moins pour tenir compte de ce que l'anticipation d'un surcoût de construction de l'infrastructure viendrait modérer l'ardeur des enchérisseurs ; ensuite, une autre dizaine de milliards en moins pour tenir compte de l'effet d'inhibition dû au surcoût d'incertitude sur les perspectives du marché. D'où finalement 50 moins 20, égalent 30 milliards, le chiffre qui fut communiqué au secrétaire d'État à l'Industrie... deux jours avant que le prix de 32,5 milliards ne soit officiellement annoncé !

À vrai dire, ce qui aurait dû présider au choix entre les enchères et le concours de beauté, c'était la question politique de savoir si l'on souhaitait aboutir à un prix élevé ou à un prix bas : enchères et prix concurrentiel reflétant la forte valorisation des licences par les opérateurs, dans le premier cas ; concours de beauté et prix administré à un niveau modéré, dans le second cas. Des voix ne manquaient pas de s'élever pour défendre cette deuxième option : à l'époque, les parlementaires et les élus locaux dénonçaient déjà le risque de fracture numérique et demandaient que l'on s'aligne sur les pays scandinaves, c'est-à-dire que l'on attribue le spectre à bas prix en fixant en contrepartie des contraintes d'aménagement du territoire dans les cahiers des charges des opérateurs. Le vrai choix était là : ou bien, on écoutait les élus et l'on faisait payer les licences à un prix symbolique en même temps que l'on imposait un cahier des charges incitant les opérateurs à équiper le territoire largement ; ou bien, on prenait la décision de faire supporter aux opérateurs le prix très élevé qu'ils étaient prêts à payer ; mais, dans ce dernier cas, comme le dit Roger Guesnerie, pourquoi ne pas avoir eu recours à une procédure d'enchères ? On aurait vraisemblablement ainsi obtenu un montant de 30 milliards par licence sans que les protagonistes soient fondés à s'en plaindre, puisqu'ils auraient librement consenti au prix payé, alors qu'ils ont considéré le prix administré par le Gouvernement comme un prélèvement arbitraire et inique.

Reste évidemment une interrogation : pourquoi les opérateurs étaient-ils prêts à payer autant pour décrocher une licence UMTS ? Il faut à cet égard se rappeler le contexte qui prévalait au printemps et à l'été 2000, au moment de l'acquisition des licences UMTS en Angleterre, en Allemagne, puis en France. On était alors au sommet de la bulle Internet et si la disposition à payer des opérateurs était aussi élevée, c'est en raison de ce que les économistes appellent une logique « de valeur d'option » : ne pas concourir pour une licence UMTS, c'était prendre la décision irréversible de ne plus être à terme un acteur de poids sur le marché des télécommunications ; et concourir, c'était inversement conserver une option sur l'avenir. La théorie des options, bien connue en finance, s'applique aussi dans d'autres domaines

de l'économie, notamment celui de l'environnement et du développement durable ou celui des nouvelles technologies. Cette théorie énonce qu'un acteur économique doit éviter de prendre une décision à caractère irréversible et donc potentiellement extrêmement coûteuse à long terme, alors qu'il peut prendre à court terme une option qui ménage le futur, même si ce dernier demeure très incertain. Or, pour un opérateur de télécommunications, décider de renoncer à se lancer dans l'UMTS, c'était à l'époque s'exposer au risque irréversible de ne plus être présent sur le marché des mobiles à un horizon de deux ou trois ans. Mais encore fallait-il avoir les reins assez solides pour concourir... Dans un article paru dans *Le Monde*, ce dilemme avait été très bien exprimé par Martin Bouygues, à peu près en ces termes : « J'ai finalement le choix entre la mort subite ou la mort lente. La mort subite car, si je concours, je m'expose avec quasi-certitude ne pouvoir faire face à mes dettes ; la mort lente, car, si je ne concours pas, je risque d'être sorti du marché dans trois ans. »

On peut enfin se demander pourquoi l'on s'est montré en France aussi réticent vis-à-vis des enchères, au-delà d'une simple défiance devant le principe libéral consistant à considérer qu'un mécanisme de type concurrentiel est le meilleur garant de l'efficacité économique. La raison principale, avancée notamment par l'ART, était que les enchères reposent sur une procédure par nature « incontrôlable ». Or, en réalité, la théorie enseigne que les enchères ne sont pas incontrôlables, mais qu'elles doivent en revanche être soigneusement contrôlées. Il existe en effet des risques de collusion entre participants à l'enchère et de prédation par les participants dominants, comme l'a montré le déroulement insuffisamment précautionneux des enchères UMTS dans certains pays européens, et comme l'avaient précédemment révélé des enchères de spectre organisées aux États-Unis pour la téléphonie cellulaire. On a ainsi pu constater que des enchères mal conçues ex ante peuvent conduire ex post à des fiascos retentissants. Mais, pour contrôler convenablement un mécanisme d'enchères, une expertise est nécessaire. Or, en France, on n'était sans doute pas préparé à développer une telle expertise, du moins dans les délais voulus.

Preuve d'un tel manque d'expertise, la « malédiction du vainqueur », déjà mentionnée par Roger Guesnerie, a souvent été invoquée en France à contre-emploi, pour stigmatiser les dangers potentiels des enchères. Il faut en réalité comprendre que, comme les participants à l'enchère craignent d'emporter une licence sur la base d'une surestimation de sa véritable valeur, ils sont incités à surenchérir moins, si bien que la malédiction du vainqueur exerce plutôt un effet bénéfique : elle a pour conséquence d'éviter l'emballement de la mécanique des enchères, et non pas le contraire.

Dans la même veine, la crainte que les enchères ne conduisent à creuser la fracture numérique a pu amener certains à tenir un raisonnement sans fondement économique solide. Ce dernier consistait à dire : si des enchères sont organisées, alors les opérateurs paieront très cher leur licence et ils répercuteront ces coûts considérables, s'ajoutant à ceux, non moins considérables, de déploiement de leur réseau, sur la tarification des futurs services UMTS, avec pour résultat final une France numérique à deux vitesses : les uns ayant accès au mobile haut débit à un tarif très élevé, et les autres étant privés d'accès, car ne pouvant s'acquitter d'un tel tarif. Or la véri-

table chaîne de causalité est toute inverse : les opérateurs anticipant l'état d'un marché futur sur lequel le jeu de la concurrence les empêchera de pratiquer des prix élevés, cela diminue pour eux la valeur d'option attachée à l'acquisition d'une licence, les conduisant, exactement dans le même sens que la malédiction du vainqueur, à modérer les montants enchéris.

S'agissant maintenant des expériences européennes d'enchères UMTS, je décrirai trois cas contrastés : ceux du Royaume-Uni, des Pays-Bas et de l'Allemagne.

Le Royaume-Uni est le premier pays où se sont tenues des enchères UMTS, dont le résultat a ensuite suscité les convoitises et déclenché les passions que l'on sait dans les autres pays européens. Si l'on peut juger que l'expertise préalable était insuffisante en France pour conduire avec succès une procédure d'enchères, il n'en était pas de même au Royaume-Uni. Pour le compte du régulateur britannique des télécommunications, l'OFTEL, l'économiste Paul Klemperer avait soigneusement effectué des simulations de ce que pourraient donner des enchères. Assez curieusement, le Gouvernement britannique avait au départ prévu d'attribuer autant de licences UMTS que de licences GSM, c'est-à-dire quatre. S'inquiétant à juste titre du sérieux risque de prédation qui résultait de cette décision, Paul Klemperer avait recommandé que l'on y remédie en pratiquant une enchère en deux étapes : une première étape ascendante et ouverte, au cours de laquelle les annonces sont publiques, suivie d'une seconde étape, sous pli scellé. La première étape devait aboutir à sélectionner les cinq meilleurs disants, la seconde étape départageant ensuite quatre victorieux et un éliminé, les quatre premiers payant chacun leur licence au prix de la plus basse offre victorieuse. Bien que la simulation de cette procédure en laboratoire se soit avérée très satisfaisante, à la fois en terme de révélation des fortes dispositions à payer des participants et d'efficacité de l'attribution des licences, le Gouvernement l'a jugée trop compliquée et a finalement préféré adopter une simple enchère ascendante ouverte, en ouvrant toutefois au concours cinq licences et non pas seulement quatre, de manière à réduire le risque de prédation du marché par les quatre opérateurs GSM en place : la certitude qu'au moins une des cinq licences serait attribuée à un nouvel arrivant rendait le jeu plus ouvert. Neuf outsiders ont participé à l'enchère avec les quatre opérateurs installés et, comme on sait, le revenu total s'est élevé à 22 milliards de livres. Selon les canons de la théorie, l'enchère UMTS britannique s'est révélée être un plein succès : la lutte entre les concurrents a été loyale, sans collusion ni prédation, l'État a obtenu une forte rémunération, et la structure industrielle *ex post* est plus ouverte que la structure *ex ante*, avec l'apparition d'un nouvel opérateur.

Ce qui a ému les esprits, c'est évidemment le prix. Pourquoi les opérateurs ont-ils décidé de payer aussi cher pour obtenir une licence ? La raison, on l'a vu, réside dans la valeur d'option, même si les éléments d'appréciation ont bien changé aujourd'hui avec le dégonflement brutal de la bulle Internet et les incertitudes croissantes venant entacher les perspectives du marché mobile haut débit. Mais à l'époque, les anticipations étaient extrêmement élevées et le comportement des opérateurs n'avait, dans un tel contexte, rien de fondamentalement irrationnel.

Les autres gouvernements européens ont alors estimé qu'il n'y avait guère de raison de brader à bas prix un spectre tant valorisé par les opérateurs, une tentation assortie de la crainte que les enchères ne montent pas aussi haut qu'au Royaume-Uni. C'est précisément ce qui s'est passé aux Pays-Bas, en raison d'un manque manifeste de précaution dans la préparation des enchères. La première erreur du Gouvernement hollandais a été de fermer le jeu d'entrée en fixant un nombre de licences UMTS identique au nombre de licences GSM, à savoir cinq. Une procédure d'enchère ascendante ouverte a ensuite été adoptée, en dépit de la recommandation de Paul Klemperer qui avait signalé que si l'on ouvrait autant de licences UMTS que de licences GSM, il en résulterait un vrai risque de prédation par les opérateurs installés et que, dans ce cas de figure, il fallait avoir recours à une procédure plus raffinée que l'enchère ascendante ouverte. La deuxième faute majeure est imputable à l'Autorité nationale de la concurrence, qui a laissé se nouer des accords entre les opérateurs installés dans le pays et de gros acteurs étrangers comme Deutsche Telecom, Hutchinson ou Docomo : des alliances préalables se sont ainsi formées et ont été publiquement annoncées avant le démarrage de la procédure d'enchères. D'où une forte dissuasion à la participation d'autres acteurs : ne s'est effectivement présenté à l'enchère qu'un seul nouvel entrant potentiel, Versatel, rapidement éliminé au cours de la procédure. Le revenu global s'est élevé à seulement 1,65 milliard de livres alors que le gouvernement hollandais en espérait 6 milliards, sur la base de l'expérience britannique.

En Allemagne, le déroulement de l'enchère UMTS a réservé bien des surprises et, comme l'a signalé Élie Cohen, cela relève véritablement du « miracle » si le Gouvernement allemand a finalement tiré son épingle du jeu. C'est la seule enchère européenne dans laquelle étaient ouverts au concours, non pas des licences d'exploitation, mais des blocs de spectre hertzien, avec possibilité offerte aux vainqueurs, selon leur nombre, de composer des licences de plus ou moins grande ampleur avec les blocs obtenus : par exemple, quatre licences de trois blocs, ou encore six licences de deux blocs. On peut sérieusement s'interroger sur le bien fondé de cette originalité germanique : pourquoi avoir pris le risque d'obtenir ex post un marché concentré ne comportant que quatre opérateurs, et non pas avoir mis d'emblée au concours six licences de deux blocs ? Sept concurrents se sont présentés à l'enchère, dont deux, Vodafone et Mannesman, étaient notoirement dominants car détenant déjà chacun 40 % du marché GSM allemand, et un troisième, Débitel, était notoirement dominé. En outre, Débitel avait conclu un accord avec le troisième acteur GSM en Allemagne, T-Mobile, aux termes duquel, si Débitel n'obtenait pas une licence UMTS et que T-Mobile en obtenait une, alors Débitel pourrait utiliser le réseau de T-Mobile comme support pour devenir un opérateur mobile virtuel (MVNO), c'est-à-dire un opérateur gérant des clients sans exploiter lui-même un réseau en propre. Dans un premier temps, les enchères ont atteint 60 % du prix final obtenu au Royaume-Uni et c'est seulement à ce stade que Débitel s'est, le premier, retiré de la course. Il restait donc en lice les deux opérateurs notoirement dominants et quatre autres concurrents. Deux stratégies alternatives apparaissaient dès lors rationnelles pour les domi-

nants : ou bien faire monter les prix jusqu'à éliminer deux de leurs concurrents et partager le marché en quatre licences de trois blocs ; ou bien stopper la montée des enchères par collusion tacite et ainsi partager le marché en six licences de deux blocs. C'est sans doute la première de ces stratégies qui a été jouée, mais sans succès : les prix ont en effet monté jusqu'au plafond psychologique que représentait le niveau final des enchères britanniques, sans que les opérateurs dominants aient réussi à décourager aucun des autres candidats. Le résultat final a ainsi été miraculeusement efficace, à la fois en terme de revenu pour le Gouvernement et de structure industrielle déconcentrée.

Quels enseignements peut-on tirer et quelles questions doit-on se poser à la lumière de ces différentes expériences ?

Tout d'abord, il convient de retenir que si les enchères ne sont pas par essence incontrôlables, la conception d'une procédure adaptée dépend en revanche fortement du contexte particulier. Par exemple, aux Pays-Bas et en Allemagne, on n'a pas tenu compte avec suffisamment de soin des caractéristiques du marché avant de construire le mécanisme d'enchères. Les enchères ne relèvent pas du « prêt à porter », mais du « sur mesure ».

Ensuite, l'enchère ascendante ouverte, bien qu'étant la procédure la plus naturelle, présente, comme on l'a vu, le défaut d'être peu résistante à la prédation, notamment lorsque sont présents autant d'acteurs dominants que de licences à attribuer ; et cette procédure est également peu résistante à la collusion lorsque plusieurs « lots » sont mis au concours, par exemple des licences régionales, et que chaque vainqueur peut emporter plusieurs licences. Certes, le caractère public des annonces, dans l'enchère ascendante ouverte, joue favorablement comme un révélateur des dispositions à payer des uns et des autres, augmentant l'efficacité, c'est-à-dire la probabilité que les licences soient en définitive attribuées à ceux qui les valorisent le plus ; mais ce caractère public joue aussi défavorablement, en permettant des stratégies anticoncurrentielles de signalement. Par exemple, dans des enchères d'attribution de licences régionales de téléphonie aux États-Unis, les participants ont utilisé les trois derniers chiffres significatifs des montants enchéris pour se communiquer les indicateurs géographiques (*area codes*) des régions qu'ils convoitaient respectivement ! Cet effet pervers donne tout son sens à l'idée de Paul Klemperer de faire suivre une phase ascendante ouverte, bonne pour l'efficacité de l'attribution, d'une phase conclusive sous pli scellé, propre à décourager la collusion au cours de la première phase : l'existence même de la seconde phase entraîne en effet que la collusion ne peut plus être soutenue par des menaces crédibles de représailles qui seraient exercées en cas de violation des accords tacites.

*
* *

Deux remarques pour conclure.

En premier lieu, le rapport Didier Lorenzi du Conseil d'analyse économique (CAE), consacré à l'UMTS plaide que soit établi un marché secondaire des blocs de fréquence, de manière à permettre ex post une réallocation du spectre et donc une éventuelle recomposition industrielle du futur marché du mobile haut débit. Le raisonnement est le suivant. Faire porter l'enchère primaire sur des blocs plutôt que sur des licences n'est pas souhaitable, car cela entraînerait vraisemblablement un excès de concentration, trop peu d'opérateurs emportant chacun un trop grand nombre de blocs. En revanche, autoriser la revente ex post de blocs de fréquences sur un marché secondaire donne un précieux degré de flexibilité, dans le cas où l'enchère conduirait à attribuer des licences à certains opérateurs financièrement incapables de faire face à leurs engagements et que reconcentrer l'industrie apparaisse alors opportun. Toutefois, savoir *a priori* qu'il sera possible *a posteriori* d'acheter ou de vendre sur le marché secondaire peut perturber le déroulement du marché primaire d'enchères, en incitant à des comportements spéculatifs, certains participants ne concourant pas en vue d'exploiter une licence mais en vue de revendre du spectre par « appartements ». Je demeure donc réservé sur cette question du marché secondaire.

En second lieu, la suggestion de prix contingents, faite par Roger Guesnerie, m'apparaît tout à fait essentielle. Dans la modalité finalement retenue en France, les opérateurs s'acquitteront dans l'immédiat d'un montant forfaitaire de 600 millions d'euros, puis ils paieront une redevance variable, étalée sur la période d'exploitation. Mais quel indicateur économique choisir pour indexer cette redevance ? C'est le chiffre d'affaires qui a été retenu, une option contestable car elle n'incite guère les opérateurs, et notamment les plus gros, à développer le marché. Une amélioration possible a été avancée par la CSSPPT. Elle consisterait à faire varier le taux de prélèvement sur le chiffre d'affaires de manière dégressive selon le taux atteint de couverture du territoire, afin d'inciter les opérateurs à accroître cette couverture. Une modulation du prélèvement en fonction d'un indice global de « santé » du marché, évoquée par Roger Guesnerie, serait également très pertinente, avec néanmoins la difficulté de la définition et du calcul d'un tel indice.

Enchères et électricité

Jean-Paul Bouttes

Directeur adjoint à la stratégie d'EDF

Dans un contexte marqué depuis une vingtaine d'années par l'ouverture à la concurrence, le secteur électrique est devenu un champ d'expérience privilégié pour la théorie des enchères. On y rencontre bien sûr des enchères unitaires, qui portent sur l'achat ou la vente d'un objet unique ; dans la première partie de mon intervention, j'en donnerai deux exemples : celui des appels d'offre lancés par les pouvoirs publics pour l'octroi d'un contrat d'achat de long terme lié à la construction d'une nouvelle centrale (*Power Purchase Agreement* ou PPA), et la privatisation d'entreprises de distribution d'électricité comme en Angleterre ou au Brésil.

On y rencontre aussi des enchères multi-unitaires, nous examinerons ainsi dans une deuxième partie les enchères de droits de tirage sur une partie des capacités de production d'EDF organisées à la demande de la Commission européenne en contrepartie de la prise de contrôle (conjointement avec un groupe de communes) d'EnBW en Allemagne ; nous compléterons l'analyse des enchères multi-unitaires par quelques commentaires sur le fonctionnement de la bourse d'échange californienne et la crise californienne des années 2000-2001.

Je prendrai pour fil directeur les deux remarques suivantes :

- les exemples de réussite me semblent liés à la possibilité pour les pouvoirs publics de définir clairement le bien qu'ils veulent vendre, et à utiliser de manière appropriée et compréhensible pour les acteurs les principaux résultats de la théorie des enchères ;
 - là où l'on observe un succès mitigé — privatisation de distributeurs — ou même un échec manifeste — l'exemple californien — on trouve une situation où :
 - les pouvoirs publics ont eu des difficultés pour exprimer clairement leurs objectifs à long terme,
 - les débats n'ont pas permis d'examiner l'ensemble des outils économiques et juridiques pertinents au regard des enjeux, en mobilisant, au-delà de la théorie des

enchères ou d'une vision simple du marché, la théorie des coûts de transaction, la théorie de la régulation, ou les approches plus sophistiquées du fonctionnement des marchés des risques. C'est dire qu'il s'agit sans doute de domaines complexes où la concurrence n'est pas naturelle, où l'on a décidé de l'introduire souvent en réponse à des échecs de l'intervention directe des pouvoirs publics (sur les prix et les investissements en particulier). Le paradoxe est bien alors qu'une intervention indirecte exige de ces derniers encore plus de régulation, encore plus d'expertise, et encore plus le souci du long terme.

I. ENCHÈRES UNITAIRES

A. APPELS D'OFFRE SUR UN CONTRAT D'ACHAT DE LONG TERME À UNE CENTRALE DE PRODUCTION

1. Définition

Les pouvoirs publics/le régulateur pensent qu'il faut 100 MW de plus de cycle combiné au gaz ou de cogénération d'ici trois ans pour les vingt prochaines années; ils vont alors organiser une concurrence entre des acteurs capables de trouver un site, de construire et d'exploiter une centrale de ce type. Le gagnant obtiendra un contrat d'achat par les pouvoirs publics de son énergie sur vingt ans pour la puissance demandée, dans la mesure où son prix sera le moins élevé, et où son cahier des charges technique sera satisfaisant (*Power Purchase Agreement* octroyé à un *Independent Power producer*).

Cette technique est introduite aux États-Unis dans les années quatre-vingt pour sortir des tarifs d'achat aux énergies renouvelables et à la cogénération qui transféraient des rentes excessives aux exploitants de ces centrales, sans pouvoir en maîtriser les volumes. Elle va ensuite être utilisée aux États-Unis au début des années quatre-vingt-dix, puis dans de nombreux autres pays comme le Mexique pour introduire la concurrence au niveau de la production sans avoir à « ouvrir les réseaux ».

2. Les éléments clés de la procédure suivie au Mexique (où cela a plutôt bien fonctionné jusqu'à présent)

La *préqualification* permet de vérifier :

- la crédibilité de l'offre des postulants : les opérateurs ont un site et une proposition technique sérieuse ;
- leur crédibilité industrielle et financière : ils pourront faire face aux risques industriels et aux éventuelles pénalités liées à des aléas défavorables.

On obtient ainsi une « petite » dizaine de concurrents.

L'élaboration d'un cahier des charges suffisamment précis et complet (robuste) pour :

- d'une part pouvoir mettre en place une concurrence sur une seule dimension (ici un prix moyen actualisé du kWh) ;
- d'autre part éviter les renégociations.

C'est au fond le point crucial dans la réussite du processus.

Pour décrire le bien mis aux enchères, il faut ainsi spécifier la technologie, la date de mise en service, la puissance maximale disponible (fonction de la température) ; l'utilisation que l'on souhaite faire de la centrale — fonctionnement en base, en pointe, en hiver... — ; ses souplesses de fonctionnement — nombre d'arrêts — démarrages dans l'année, capacité à monter rapidement à la puissance maximale (gradient de prise de charge) ; les modalités d'insertion de la centrale dans le réseau ; les niveaux de rejet acceptés sur l'environnement (eau/atmosphère).

Et il faut bien sûr expliciter les sanctions financières en cas de non-respect du cahier des charges (si la date de mise en service n'est pas tenue, en cas d'indisponibilité de la centrale...).

Ce travail a pu être réalisé au Mexique en trois étapes (pour simplifier) :

- l'écriture d'un premier cahier des charges déjà bien élaboré, grâce à une expertise forte tant juridique que technico-économique, tant au niveau des pouvoirs publics que de la CFE (l'équivalent d'EDF au Mexique) ; (le « principal » détient une part importante de l'information concernant en particulier les besoins du système) ;
- un dialogue encadré sur cette base avec les postulants pour prendre en compte leurs questions et suggestions et leur faire révéler à ce stade les informations privées qu'ils détiennent ;

- l'écriture d'un cahier des charges final clair, avec un critère unique, le prix moyen actualisé du kWh (avec le cas échéant une indexation sur les coûts de combustible de la centrale).

Le choix d'une enchère au premier prix sous pli scellé évite la collusion entre les concurrents.

Il existe dans ce domaine de nombreux exemples d'appels d'offre multicritères, où le choix du vainqueur est largement discrétionnaire, et où les renégociations sont importantes. L'exemple du Mexique indique qu'il est possible de mettre en place un processus satisfaisant dès lors que les pouvoirs publics se fixent des objectifs clairs, disposent d'une expertise suffisante, et souhaitent se bâtir une réputation qui leur permette de renouveler ces mises en concurrence pour satisfaire les besoins futurs du pays.

B. PRIVATISATION DE SOCIÉTÉS DE DISTRIBUTION (ANGLETERRE, BRÉSIL, ARGENTINE...)

Il s'agit là de vendre une société avec ses compétences et ses actifs industriels, mais aussi un contrat de service public sur longue période (vingt à trente ans) avec les pouvoirs publics.

À la différence du cas précédent, l'efficacité dans la durée tient davantage à celle des renégociations multiples (et non évitables) entre régulateur et opérateur que dans la concurrence organisée l'espace d'un instant pour l'octroi du droit exclusif de distribuer l'électricité sur une zone (qui reste un monopole naturel).

- La première difficulté est liée aux *multiples dimensions de la performance* attendue à court terme, dont *certaines ne sont pas facilement quantifiables* : niveau des prix, qualité du kWh et du service pour les diverses catégories de clientèle, garantie de l'accès aux plus démunis... Mais on peut trouver une solution satisfaisante en travaillant le cahier des charges à horizon de trois à cinq ans avec les postulants dans le même esprit que précédemment.

- Les *incertitudes* sur les attentes des consommateurs, sur les technologies disponibles à long terme, et la *présence d'investissements spécifiques* et de *longue durée* posent par contre un problème difficilement contournable ; (on rentre dans le monde bien connu de la théorie des coûts de transaction développée par Coase et Williamson). Difficile en effet de prévoir :

- les évolutions à terme de la politique d'une ville : le développement de nouvelles zones industrielles ou d'habitations ; les attentes des citoyens en terme d'impact des lignes sur l'environnement ;

- l'évolution macroéconomique et ses conséquences sur la solvabilité des usagers (cf. les exemples des renégociations : en France des contrats de concession suite à la guerre de 1914-1918, ou plus récemment la crise argentine).

Les clauses concernant les tarifs et les investissements, qui permettent de relier la rémunération de l'opérateur à ses performances, sont donc très incomplètes au-delà des premières années du contrat entre l'opérateur et les pouvoirs publics.

Pour traiter ces difficultés on trouve presque partout dans le monde des règles analogues à celles élaborées en France au travers de la jurisprudence du Conseil d'État au début du XX^e siècle à propos des concessions de distribution d'électricité : le dernier mot aux pouvoirs publics dans des renégociations régulières, tout en assurant une « protection financière » à l'opérateur ;

Dans un tel contexte, les qualités et la crédibilité du régulateur ou des pouvoirs publics revêtent une grande importance :

- légitimité vis-à-vis des citoyens dans la fixation de nouvelles politiques publiques ;

- expertise pour renouveler régulièrement des objectifs de performance de l'opérateur (comparaison des performances...);

- transparence et « équité » des décisions vis-à-vis des différentes parties prenantes.

- L'histoire des institutions montre d'ailleurs que l'on a le plus souvent abandonné les « enchères » sur l'ensemble de l'activité de distribution pour utiliser des instruments différents :

- aux États-Unis, on assiste à partir de la décennie 1910-1920 à la mise en place de monopoles privés détenant des franchises sans limitation de durée, et régulés par

des agences indépendantes au niveau des États. Les activités de réseau du système anglais fonctionnent aujourd'hui d'une façon analogue ;

- là où le socialisme municipal a exercé une influence comme en Allemagne, on trouve de nombreuses entreprises publiques locales ;

- dans le secteur de l'eau en France, on a souvent préféré le système de l'affermage, où la mise en concurrence à intervalle régulier de la seule exploitation du service public est plus aisée ; d'où aussi une implication plus forte des collectivités locales dans l'activité industrielle et la stratégie d'investissement.

II. ENCHÈRES MULTI-UNITAIRES

A. MISE AUX ENCHÈRES DE CAPACITÉS DE PRODUCTION D'EDF

Il s'agit là d'un exemple où :

- les objectifs de la puissance publique — en l'occurrence la Commission européenne — sont clairs,
- le processus suivi, transparent pour les acteurs,
- les biens mis aux enchères sont simples et bien définis,
- la technique d'enchère retenue plutôt raisonnable au regard de la théorie.

1. Les objectifs

La contrepartie acceptée par la Commission européenne suite à la prise de contrôle d'EnBW par EDF et OEW consiste à vendre entre 2001 et 2003 l'équivalent de 6000 MW à des concurrents d'EDF, producteurs ou traders européens. Cela revient à mettre à la disposition de ces acteurs une capacité de production permettant de satisfaire un tiers de la consommation des clients éligibles. Le rythme prévu par la Commission vise à mettre sur le marché 1 200 MW en septembre 2001 (le cas développé ci-dessous), puis 1 200 MW tous les trimestres suivants.

2. Transparence

Pour assurer la transparence et le contrôle de la Commission sur le processus, celui-ci est organisé sous la surveillance d'un *trustee* chargé de rendre compte à la commission, et mis en œuvre par un *auction administrator* indépendant d'EDF ; l'*auction administrator* a l'exclusivité des relations individuelles avec les participants durant les diverses phases de l'enchère.

3. Les produits

L'objectif de la commission était de proposer aux concurrents d'EDF des produits qui leur permettent de faire ensuite des offres aux clients finals « comme s'ils » possédaient des centrales de production d'EDF. Ces centrales sont caractérisées par un coût de combustible et un coût d'investissement. Les produits ont donc été conçus comme des centrales virtuelles avec un coût de l'énergie par MWh fixé dans les engagements d'EDF en référence aux coûts de combustible d'EDF, et un prix de capacité, par MW disponible, qui va faire l'objet de l'enchère. Il a ainsi été défini 15 produits caractérisés par un coût de l'énergie et une durée contractuelle. Sur les 1 200 MW mis aux enchères en septembre 2001, 800 MW étaient des produits dits de base, avec un coût de l'énergie faible de 8 €/MWh, et 200 MW des produits dits de pointe avec un coût de l'énergie de 26 €/MWh (les derniers 200 MW sont des produits liés à la production d'une « cogénération type »).

4. L'enchère

Pour la mise en œuvre de la vente de ces produits, on a utilisé des enchères ascendantes à tours multiples, simultanées pour les 15 produits. Le prix d'1 MW (une unité) de la centrale virtuelle de base est fixé, au point de départ, à un niveau très faible, les postulants annoncent les quantités — en termes de capacité disponible, de MW — qu'ils souhaitent, la demande agrégée est alors supérieure à l'offre ; et l'on monte ensuite progressivement le prix unitaire (par MW) jusqu'à obtenir l'égalité entre la demande totale et la quantité offerte.

Ce type d'enchères a permis de rassurer les postulants en leur réduisant le risque de malédiction du vainqueur. On est en effet dans le cadre d'une enchère sur un bien dont la valeur est commune pour les participants ; cette valeur est liée à l'anticipation des prix sur les marchés de gros européens ; les participants en ont une idée raisonnable dans la mesure où il existe déjà un marché de contrats bilatéraux relativement liquide.

Cette technique présente par ailleurs le défaut de faciliter la collusion entre les acteurs, mais ce point ne semble pas avoir été un problème compte tenu du nombre élevé de participants (45).

B. L'EXPÉRIENCE CALIFORNIENNE ET LES MARCHÉS DE GROS DE L'ÉLECTRICITÉ

1. Un paradoxe

La concurrence totale est introduite en Californie en 1998 comme un remède radical face aux échecs des pouvoirs publics depuis deux décennies. Les prix de l'électricité en Californie sont alors 50 % plus élevés que la moyenne américaine ; résultat lié pour une large part à la mise en place de tarifs d'achat à la cogénération deux fois

plus élevés que le niveau des coûts complets d'une centrale de production raisonnablement efficace. Il faut donc que l'État n'intervienne plus dans la vie du secteur.

La crise du secteur californien en 2000 suggère pourtant avec insistance que la cohérence des politiques publiques et la qualité de la régulation dans la durée sont encore plus indispensables dès lors que l'on introduit une concurrence significative dans un secteur où elle n'est pas « naturelle ».

2. Les faits

Le marché de gros californien est organisé autour d'une bourse d'échange obligatoire pour les utilities et facultative pour les autres acteurs. Chaque producteur intéressé annonce à cette bourse pour chaque heure du lendemain la quantité qu'il est prêt à produire et le prix du kWh associé. La bourse empile ces offres par prix unitaires croissants jusqu'à satisfaire la demande : il s'agit d'enchères multi-unitaires à prix uniforme (non discriminatoires) avec une demande quasiment inélastique.

Ce système a fonctionné correctement en 1998 et 1999 en l'absence de tension sur l'équilibre offre-demande, on sortait d'une décennie de surcapacités. À partir de mai 2000, l'équilibre offre-demande est devenu très tendu. Alors qu'on les prévoyait stables à leur niveau d'origine en 1998 (environ 30 \$/MWh) puis décroissants, les prix de gros ont connu une hausse fulgurante de mai à août 2000, multiplication par 5 environ en moyenne. Après une accalmie en octobre, les prix ont à nouveau atteint des sommets en décembre 2000 (jusqu'à environ 400 \$/MWh). Une quinzaine de délestages sont intervenus entre mai et juillet, puis à nouveau des coupures tournantes ont dû être imposées en janvier 2001. Les distributeurs historiques ont dû acheter sur le marché de gros à ces niveaux de prix, tout en étant contraints de vendre au client final en dessous d'un plafond de prix beaucoup plus faible. Ils ont accumulé 12 milliards de dollars de dettes et se sont retrouvés en situation de faillite, et donc dans l'impossibilité de s'approvisionner compte tenu de leur situation financière. Face à cette situation, les pouvoirs publics ont supprimé la concurrence au niveau du client final, et ont assumé directement la responsabilité de l'approvisionnement en électricité. On assiste ainsi aujourd'hui à une forme de nationalisation du secteur électrique en Californie.

3. Éléments d'interprétation

Des politiques énergétiques et environnementales non cohérentes : la croissance de la demande était à nouveau soutenue depuis quelques années, certains acteurs cherchaient à construire des centrales mais sans arriver à obtenir des sites. Il était devenu presque impossible de construire une nouvelle centrale, quelle que soit la technologie retenue, et la maîtrise de l'énergie n'était plus un concept en vogue compte tenu des bas prix de l'électricité. D'où, pour une part, la *crise de sous-capacité* de l'été 2000.

Un « *market design* » inadéquat, résultant d'un compromis entre les intérêts à court terme des acteurs. Sur les suggestions de certains entrants comme Enron, on

avait poussé les utilities à vendre une part significative de leurs centrales et on leur avait interdit de se couvrir avec des contrats à terme. À la demande des consommateurs qui voulaient avoir les bienfaits promis par la concurrence, sans en supporter les risques, les pouvoirs publics avaient maintenu un *price-cap* sur les ventes des *utilities*, d'où la *crise financière* des deux *utilities*, PG & E et SCE, pendant l'hiver 2000-2001.

4. Les marchés de gros de l'électricité : des règles du jeu délicates

Au-delà de ces premiers éléments d'explication, l'observation des marchés de gros de l'électricité mis en place aux États-Unis ces dernières années fait apparaître deux problèmes.

a. Risque de sous-investissement

Hors situations tendues (qui normalement doivent rester l'exception), les producteurs, même si la structure de marché est concentrée, se font une concurrence « à la Bertrand » ; les prix s'ajustent alors sur les coûts de combustible des dernières centrales utilisées, donc à des niveaux trop faibles pour inciter aux investissements. Les marchés à terme ne s'établissent pas naturellement à un horizon dépassant une ou deux années ; et tant que l'on ne vit pas des situations difficiles, les indicateurs à terme ont tendance à demeurer eux aussi à des niveaux trop faibles.

b. Pouvoir de marché en situation tendue

À l'inverse, dès que l'on se trouve en situation tendue du point de vue de l'équilibre offre-demande, la demande étant très inélastique à court terme et l'électricité non stockable, même si la structure du marché est très concurrentielle, un acteur de taille modeste détient un fort pouvoir de marché. Il suffit qu'il retire deux ou trois centrales pour que la marge entre l'offre et la demande devienne négative, que l'on soit amené à mettre en place des délestages et que les prix montent à des niveaux excessivement élevés.

Le système de Pennsylvanie (PJM) aujourd'hui pris comme modèle par le régulateur fédéral américain (la FERC) doit sans doute son intérêt à la mise en place pragmatique de quelques règles du jeu qui limitent ces effets : marchés de capacité en plus des marchés de l'énergie, intégration verticale production-commercialisation de la plupart des acteurs, mise en place de plafonds sur les offres des producteurs (*bid caps*) en situation de congestion...

Il reste que ces questions n'ont pas encore fait l'objet d'une analyse économique satisfaisante. Il apparaît indispensable que les autorités de régulation et les pouvoirs publics se dotent de l'expertise nécessaire pour faire évoluer de façon pragmatique les règles du jeu en tenant compte de ces questions et, si possible, à temps avant les crises ; et qu'ils organisent des débats avec les acteurs concernés et le milieu académique pour avancer dans la compréhension de ces phénomènes.

*
* *

Plus l'on introduit des formes de concurrence dans le système électrique, plus il apparaît nécessaire :

- de mettre en place des politiques énergétiques et environnementales cohérentes avec une vision de long terme ;
- d'organiser des débats sur les instruments économiques et juridiques les plus adaptés au regard de ces enjeux (au-delà de la seule théorie des enchères) ;
- de disposer de l'expertise nécessaire du côté des régulateurs et des pouvoirs publics pour élaborer et faire évoluer ces règles du jeu.

Deux questions :

- Quelles sont les institutions qui peuvent permettre au politique de mettre en place les formes démocratiques adaptées, en particulier au niveau européen, pour élaborer sur ces questions complexes mais essentielles pour la vie des citoyens des solutions efficaces et partagées, et prenant en compte le souci du long terme ?
- Comment mieux mobiliser en Europe le milieu académique sur ces thèmes ?

Les procédures d'autorisations administratives unilatérales

François Sureau

Avocat au barreau de Paris

Jusqu'à une époque récente, le modèle dominant dans les services publics était celui de la concession puis de la délégation de service public, confiées à des établissements publics industriels et commerciaux. La plus grande partie de l'activité des secteurs des services publics était assurée par un monopole public.

Ce modèle a connu à partir des années quatre-vingt une évolution. Une organisation favorisant la concurrence entre fournisseurs de services a pris le pas sur le monopole public. Cette évolution, marquée par l'avènement de la notion de service universel, est caractérisée par la privatisation et une conception différente des intérêts patrimoniaux de l'État qui ont entraîné le recours à la formule de l'autorisation administrative unilatérale.

La variété et le raffinement des procédures se combinent paradoxalement avec un défaut de construction fondamental :

- sur l'analyse économique sous-jacente (enchères/soumission comparative) ;
- sur la redéfinition du rôle des autorités compétentes (ministre/autorités administratives indépendantes) ;
- sur les concepts juridiques pertinents (droit d'usage, domanialité publique, impositions et redevances).

La France est sortie d'un système ancien logique et cohérent pour s'adapter à reculons à un ordre juridique auquel elle n'adhère pas profondément, plus près du palais du facteur Cheval que des harmonies du cloître de Fontenay.

I. DESCRIPTIF DES PROCÉDURES D'ATTRIBUTION EXISTANTES OU POSSIBLES

A. SÉLECTION PAR APPEL À CANDIDATURES

1. La décision de recourir à un appel à candidatures

Si dans certains cas les autorités compétentes ont le libre choix de la procédure de sélection des candidats — cas de l'attribution des autorisations d'exploitation de réseaux de télécommunications — la technique de l'appel à candidatures peut parfois être directement imposée par les textes. C'est la solution adoptée par la loi du 30 septembre 1986 pour la délivrance des autorisations relatives à l'usage de fréquences pour la diffusion de chaînes de télévisions privées. Les exigences de la liberté d'expression excluent toutefois que l'autorité de régulation bénéficie en la matière d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire. Ainsi, et dès lors qu'une demande d'autorisation d'émettre lui parvient, le CSA est-il tenu d'effectuer une étude technique aux fins d'examiner la disponibilité des fréquences susceptibles d'être utilisées et ne peut refuser de proposer une ou des fréquences disponibles. Il ne peut refuser d'attribuer une fréquence que si cette réserve se justifie par les limites de la liberté d'expression définies par l'article 1^{er} de la loi du 30 septembre 1986 — respect de la dignité de la personne humaine, de la liberté et de la propriété d'autrui, du caractère pluraliste de l'expression des courants, des contraintes techniques, des besoins de la défense nationale, des exigences de service public¹. Le juge administratif a également admis² que n'était pas constitutif d'une erreur de droit le refus par le CSA de délivrer une autorisation d'émettre, en raison de l'étroitesse du marché publicitaire de nature à obérer la viabilité économique et financière d'un projet.

2. L'instruction des dossiers et le choix des candidats

a. La phase de recevabilité

La sélection par appel à candidatures comporte en règle générale en deux phases : une phase de recevabilité et une phase de sélection des candidats. Qu'il s'agisse des critères de recevabilité ou de sélection des candidats, ceux-ci doivent être définis de manière non discriminatoire afin de garantir des conditions effectives de concurrence et assurer un égal accès des utilisateurs aux services. Il s'agit ici d'une application particulière du principe d'égalité dont l'administration est tenue d'assurer le respect toutes les fois où elle délivre une autorisation y compris sans procédure d'appel à candidatures.

1. CE, 13 févr. 1991, *Association Service informations Sports*, n° 100556, Rec. p. 60.

2. CE, 16 sept. 1996, *Promosud*, req. n° 151330.

Définition des critères de recevabilité. La phase de recevabilité implique le dépôt d'un dossier de candidature comportant les informations et qui permettront à l'autorité compétente de procéder, au cours de la phase de sélection des candidats, à la comparaison de chacune des offres. Dès lors que ce sont les textes propres à chacun des secteurs concernés voire le texte d'appel à candidatures³ qui déterminent directement les conditions de recevabilité des candidatures, il n'est pas possible de dresser un panorama exhaustif des critères de recevabilité. D'une manière générale, on observera que le dossier de candidature doit :

- comporter les éléments permettant l'identification de la personne candidate ;
- indiquer l'objet et les caractéristiques générales du service ;
- indiquer les éléments tenant à la capacité technique du candidat ;
- indiquer les éléments tenant à sa capacité financière⁴.

• *Les éléments concernant la personne du candidat.* Indépendamment de l'identification du candidat — dénomination, forme juridique, siège social, liste des actionnaires, des dirigeants —, ces éléments seront utilisés par l'autorité compétente pour s'assurer de la sauvegarde des intérêts nationaux et du respect des conditions effectives de concurrence :

– la sauvegarde des intérêts nationaux : dès lors que sont en cause des secteurs stratégiques, elle passe par la mise en place de dispositifs limitant les conditions de participation d'actionnaires étrangers dans le capital des sociétés autorisées. Pour exemple, l'article 33-1-III du Code des postes et des télécommunications limite à 20 % la part du capital ou des droits de vote susceptible d'être détenue directement ou indirectement par des personnes de nationalité étrangère⁵. En application de ces dispositions, les candidats sont tenus de fournir dans le dossier d'appel à candidatures un organigramme des sociétés ayant des participations directes et indirectes dans la société candidate et faisant apparaître les pourcentages de détention et les droits de vote aux assemblées générales. Un dispositif analogue a été mis en place par la loi du 30 septembre 1986 dans le secteur de la communication ;

– le respect des conditions effectives de concurrence : elle implique la mise en place de mécanismes anticoncentration. Il revêt plusieurs formes.

En premier lieu, sont interdits les cumuls d'autorisation par un même opérateur, car compte tenu du caractère limité des autorisations, on ne voit pas comment serait assuré un égal accès des opérateurs. Pour exemple, l'appel à candidatures pour l'at-

3. Tel fut le cas par exemple pour l'attribution des licences UMTS dès lors que l'article 33-I du Code des postes et des télécommunications n'impose pas le recours à la procédure d'appel à candidatures et reconnaît au ministre le pouvoir de déterminer les modalités et conditions d'attribution de ces licences.

4. Pour exemple, la loi du 30 septembre 1986 définit expressément dans son article 30 les critères de recevabilité des candidatures pour l'attribution des bandes de fréquences hertziennes affectées à la radiodiffusion.

5. Celle-ci s'entend de toute société dont la majorité du capital n'est pas détenue, directement ou indirectement, par des personnes physiques ou morales de nationalité française sauf ressortissant de la Communauté européenne.

tribution des licences UMTS interdisait expressément à toute personne physique ou morale de présenter plus d'une candidature soit directement, soit par l'intermédiaire d'une ou plusieurs personnes physiques ou morales sur lesquelles elle exerce ou peut exercer, seule ou conjointement une influence déterminante. Pour assurer le respect de ces dispositions, les candidats se voient imposés l'obligation de porter à la connaissance de l'autorité, tout changement capitalistique dont ils ont connaissance et de fournir toutes informations visant à apprécier leur position sur le marché en cause. Or dans le cas d'espèce, on ne mesure pas la portée exacte de ces dispositions dès lors que la présentation par un même opérateur de plusieurs candidatures n'a nullement pour effet de suspendre la procédure d'instruction par l'ART, le texte d'appel à candidatures prévoyant qu'« en cas de maintien de plusieurs candidatures alors que l'Autorité a demandé au groupe de sociétés de ne maintenir qu'une seule candidature, l'instruction de ces candidatures sera poursuivie jusqu'à son terme. Au vu de la note globale de chacune des candidatures du groupe de société admises à participer à la phase de sélection, l'Autorité éliminera les candidatures autres que la candidature ayant obtenu la meilleure note globale ».

Dans le même ordre d'idée, et dans le but de sauvegarder le pluralisme dans le secteur de la communication, le législateur interdit les cumuls d'autorisations tant monomédia que multimédia. Pour exemple en matière de télévision nationale⁶, est interdit à une même personne d'être titulaire de deux autorisations d'exploiter un service national de télévision diffusé par voie hertzienne terrestre ou d'être simultanément titulaire d'une autorisation relative à un service national de télévision diffusé par voie hertzienne terrestre et d'une autorisation relative à un service de même nature de caractère local⁷. On précisera que pour l'application de ces dispositions, c'est le véritable titulaire de l'autorisation qui doit être pris en compte, la loi du 30 septembre 1986 prévoyant que « toute personne physique ou morale qui contrôle, au regard des critères figurant à l'article 355-1 de la loi du 66-537 du 24 juillet 1966 [art. L. 233-3 C. com.] une société titulaire d'autorisation ou a placé celle-ci sous son autorité ou sa dépendance est regardée comme titulaire d'une autorisation ». L'existence d'un contrôle sera retenue sur la base d'un faisceau d'indices tenant par exemple à l'existence d'une minorité de blocage au sein de la personne morale titulaire d'une autorisation ou à la reprise par un service autorisé de la majeure partie du programme d'un autre service permettant de considérer que la société candidate n'assume plus la responsabilité éditoriale de sa programmation. Faisant application de ces principes, le Conseil d'État a considéré que l'autorisation de diffusion d'un service de télévision par voie hertzienne terrestre est subordonnée à une procédure d'appel à candidatures et que le CSA en autorisant la société Télé Lyon Métropole à reprendre le programme MCM pour la majorité de son temps de diffu-

6. Un dispositif anticoncentration a également été mis en place pour les télévisions locales, le satellite et le câble. Voir les dispositions de l'article 41 de la loi du 30 septembre 1986.

7. La loi du 30 septembre 1986 prévoit des dérogations à ce principe.

sion, à permis à la société Euromusique de devenir le titulaire réel de l'autorisation détenue Lyon Métropole sans passer la procédure d'appel à candidatures⁸.

Dans le domaine radiophonique, cette même loi prévoit⁹ qu'une même personne physique ou morale ne peut « disposer en droit ou en fait de plusieurs réseaux que dans la mesure où la somme des populations recensées dans les zones desservies par ces différents réseaux n'excède pas cent cinquante millions d'habitants ». Ainsi, à la suite de la fusion des groupes Hachette et Filippachi au sein de Hachette Filippachi Médias, le CSA a constaté que le Groupe Lagardère dépassait le seuil anticoncentration fixé par l'article 41 de la loi du 30 septembre 1986 car en additionnant les auditeurs potentiels d'Europe 1, Europe 2, RFM avec ceux de Skyrock et Chante France, le groupe franchissait la limite des 150 millions d'auditeurs fixés par la loi. Pour s'assurer que ces stations puissent être présélectionnées dans le cadre des appels à candidatures, le groupe Lagardère a été logiquement amené à se séparer de l'un de ses réseaux.

En second lieu, certaines dispositions visent à encadrer les conditions de modification du capital de l'actionnariat des opérateurs. Ainsi est interdit à une même personne physique ou morale agissant seule ou de concert¹⁰ de détenir directement ou indirectement plus de 49 % du capital ou des droits de vote d'une société titulaire d'une autorisation relative à un service national de télévision par voie hertzienne terrestre dont l'audience moyenne annuelle par voie hertzienne terrestre, par câble et par satellite, tant en mode analogique, qu'en mode numérique dépasse 2,5 % de l'audience totale des services de télévision¹¹. Le CSA a fait application de ces dispositions en mars 1994 à l'occasion de l'augmentation de la participation de la CLT et de la Lyonnaise des eaux-Dumez dans le capital de la société Métropole Télévision (M6). Malgré l'existence d'indices tendant à caractériser l'existence d'une action de concert — montée conjointe dans le capital de la société, parallélisme des comportements, choix des dirigeants de la société — le CSA se fondant notamment sur l'absence de pacte d'actionnaires ou de toute autre convention visant à régler les modalités d'exercice des droits de vote ou à contrôler la composition du capital de M6 a autorisé les augmentations de capital en cause en précisant toutefois qu'il pourrait réexaminer cette question si de nouveaux éléments apparaissaient et le cas

8. CE, 1^{er} déc. 1995, *Sté Métropole Télévision M6*, Rec. p. 422.

9. Article 15 de la loi n° 94-88 du 1^{er} février 1994 modifiant les articles 41 et 41-3 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986.

10. La notion d'action de concert est appréciée conformément à l'article L. 233-10 du Code du commerce.

11. Article 39-1 de la loi du 30 septembre 1986 qui prévoit également qu'est interdit à une même personne physique ou morale de détenir plus de 15 % du capital ou des droits de vote de deux sociétés titulaires d'une autorisation relative à un service national de télévision par voie hertzienne terrestre. Par ailleurs si une personne physique ou morale détient plus de 5 % du capital ou des droits de vote de deux sociétés titulaires d'une autorisation relative à un service national de télévision diffusé par voie hertzienne terrestre, elle peut ne peut détenir plus de 5 % du capital ou des droits de vote d'une autre société titulaire d'une telle autorisation.

échéant engager les poursuites pénales prévues par l'article 77 de la loi du 30 septembre 1986.

- *Description de l'objet et des caractéristiques générales du service.* Ce critère n'appelle pas de remarques particulières et sera fonction de la nature du secteur d'activités concerné. Le candidat devra en règle générale décrire les caractéristiques commerciales du projet et son positionnement sur le marché, indiquer les modes de distribution envisagée pour la commercialisation des services et la structure tarifaire de l'offre. Il pourra aussi s'efforcer de mettre en avant le caractère innovant de son projet et les synergies envisagées avec les autres acteurs.

- *Description des éléments tenant à la capacité technique du candidat.* Il s'agit ici de préciser les moyens et le calendrier envisager par le candidat pour la mise en exploitation du service. Celui-ci devra également, dans le cas de réalisation d'investissements, fournir un tableau prévisionnel des investissements annuels envisagés sur la base d'hypothèse de coût à expliciter.

- *Description des éléments tenant à la capacité financière du candidat.* Elle implique en règle générale la présentation d'un plan d'affaires comportant les comptes de résultats annuels de la société candidate, le plan de financement prévisionnel ainsi les bilans annuels prévisionnels. Chaque financement devra par ailleurs être justifié selon la source par des lettres d'engagement ou d'intention des sociétés effectuant des apports en fonds propres ou des établissements financiers en cas de recours à l'emprunt.

Appréciation des conditions de recevabilité. On observera que cette phase de recevabilité des candidatures n'implique nullement un examen au fond des offres candidats et se réduit à une déclaration de candidature. Il n'existe dès lors que peu de risques pour les opérateurs de ne pas être retenu dans la seconde phase de l'appel à candidatures. Toutefois et dans la mesure où la sélection des candidats se fera sur la base des informations figurant dans le dossier de candidature, il sera nécessaire pour le candidat de rédiger celui-ci avec la plus grande précision, d'autant que les conditions dans lesquelles un dossier de candidature est susceptible d'être modifié sont, pour des motifs liés au respect de l'égalité entre les candidats, strictement encadrées. Si le juge administratif considère en effet que le dossier de candidature n'est pas un document intangible et que le candidat peut y apporter des modifications, c'est sous réserve que celles-ci n'aient pas pour effet de dénaturer le projet proposé de manière à substituer une demande nouvelle à la demande initiale. De manière classique en droit administratif, le juge administratif se réfère au critère du caractère substantiel ou non de la modification pour en apprécier la régularité¹². En tout état de cause,

12. Voir en ce sens, CE, 6 juin 2001, req. n° 212983 aux termes duquel il a été jugé que « si, en principe, aucune disposition législative et réglementaire ne fait obstacle à ce que le contenu d'un dossier de candidature soit modifié après la clôture des candidatures, il en va autrement lorsque, comme en l'espèce, ces modifications ont pour effet de substituer à la demande présentée une demande différente [...] que par suite le Conseil supérieur de l'audiovisuel n'a pas commis d'illégalité en rejetant la requête de la société Télé Gironde SARL ».

l'autorité compétente a compétence liée pour rejeter comme irrecevable une candidature qui aurait fait l'objet de modifications substantielles.

L'autorité de régulation publie la liste des candidats au *Journal officiel* et notifie sa décision aux candidats dont les projets n'ont pas été déclarés recevables. Cette décision fait grief et pourra être contestée devant le juge administratif.

b. La sélection des candidats

La méthode est celle de la soumission comparative consistant à autoriser — au vu des informations fournies dans le dossier de candidature — les seuls candidats considérés, comme répondant au mieux aux critères d'attribution¹³. La technique repose donc, comme en marché public, sur le choix du candidat le mieux disant.

Si les critères d'attribution sont spécifiques à chacun des secteurs d'activités concernés ils doivent en tout état de cause être objectifs et non discriminatoires¹⁴. Ainsi en est-il dans le domaine de la communication, des critères concernant la sauvegarde du pluralisme ou la diversification des opérateurs, le départage entre des candidats considérés comme d'égale valeur se faisant sur la base de critères subsidiaires telle que l'expérience des candidats.

Pour exemple, l'appel à candidatures concernant la TNT lancé le 24 juillet 2000 précisait que « les services gratuits seront favorisés lorsqu'ils contribuent à renforcer la diversité des opérateurs ainsi que le pluralisme de l'information, tous médias confondus, sous réserve du réalisme du plan de financement et dans la limite des ressources, notamment publicitaires qui pourront être mobilisées ». Dans le même ordre d'idée, un mécanisme de pondération des critères peut être introduit dans le but de privilégier les candidats répondant au mieux aux critères jugés déterminants. Le texte d'appel à candidatures pour l'attribution des licences UMTS prévoyait ainsi que

13. Définis soit par les dispositions légales ou réglementaires soit par le texte d'appel à candidatures.

14. Pour exemple l'article L. 32-2 du Code des postes et des télécommunications dispose que les autorisations sont « délivrées dans des conditions objectives, transparentes, non discriminatoires et proportionnées aux objectifs poursuivis » et qu'elles ne peuvent être refusées dans la mesure requise par la sauvegarde de l'ordre public, des besoins de la défense, de la sécurité publique, des contraintes inhérentes à la disponibilité des fréquences, ou lorsque le demandeur n'a pas la capacité technique ou financière de faire face durablement aux obligations résultant des conditions d'exercice de son activité. L'article 33-I-V précise par ailleurs que « l'allocation des fréquences doit, dans tous les cas, permettre d'assurer des conditions effectives de concurrence ». Dans le même sens, l'article 29 de la loi du 30 septembre 1986 définit les critères au vu desquels les autorisations d'usage des fréquences hertziennes terrestres sont attribuées. Il s'agit : de la sauvegarde du pluralisme des courants socioculturels ; de la diversification des opérateurs ; de la nécessité d'éviter les abus de position dominante ainsi que les pratiques entravant la libre concurrence ; de l'expérience acquise par le candidat dans les activités de communication, du financement et des perspectives d'exploitation du service notamment en fonction des possibilités de partage des ressources publicitaires entre les entreprises de presse écrite et les services de communication audiovisuelle ; des participations directes ou indirectes détenues par le candidat dans le capital d'une ou plusieurs régies publicitaires ou dans le capital d'une ou plusieurs entreprises éditrices de publication de presse. Le Conseil constitutionnel a examiné ces critères dans sa décision du 18 septembre 1986 et y a vu la garantie que l'instance de régulation n'attribuerait pas les fréquences de façon arbitraires.

chaque critère de sélection était affecté d'un coefficient de notation, la cohérence et la crédibilité du projet, celle du plan d'affaires ainsi que la rapidité de déploiement du réseau étant affectés des coefficients les plus forts.

On observera en tout état de cause que l'autorité compétente est tenue d'apprécier la qualité d'un projet au regard de l'ensemble des critères d'attribution et ne peut se fonder sur des critères non prévus par les dispositions légales ou réglementaires ou le texte d'appel à candidatures. Ainsi, il a été jugé qu'est entachée d'une erreur de droit la décision du CSA qui pour assurer la sauvegarde du pluralisme s'est borné au seul examen de ce critère¹⁵ et celle qui pour rejeter une candidature s'est fondée sur l'antériorité d'implantation dans la zone du candidat, ce critère ne figurant pas au nombre des critères énoncés par l'article 29 de la loi du 30 septembre 1986¹⁶.

L'Autorité de régulation peut être amenée, pour effectuer son choix, à auditionner les candidats. Cette phase doit permettre aux candidats d'exposer la teneur de leur offre ou tout au plus de la préciser. Comme en marché public, le principe d'égalité implique que ceux-ci ne puissent pas, à cette occasion, modifier leur offre.

L'Autorité de régulation doit publier le compte rendu et le résultat motivé de la procédure de sélection. En outre la décision finale d'autorisation ou de rejet doit être motivée et notifiée au candidat¹⁷. En pratique, on constatera que le défaut de ou l'insuffisance de motivation est l'un des motifs les plus fréquemment invoqués par les candidats pour déférer une décision de rejet à la censure du juge administratif. Celui-ci exerce en la matière un contrôle entier et n'hésite pas à annuler des décisions de rejet dès lors qu'elles se bornent à indiquer qu'il n'a pas été possible d'attribuer au candidat une autorisation compte tenu de leur nombre limité. Le candidat doit en effet être à même, à la lecture de la décision qui lui a été notifiée, de connaître à quel critère de sélection il ne satisfaisait pas¹⁸. Il appartiendra ensuite à celui-ci de prouver au juge en quoi son offre était la mieux disante.

Il y a loin de la théorie jurisprudentielle à la pratique. Lorsque la loi dispose que « conditions transparentes », c'est la méthode Coué, technique législative ancienne. Le vague des critères, la portée faible du contrôle du juge permettent aux autorités compétentes un choix qui s'avère non transparent par nature. Comparer avec d'autres procédures analogues, privatisations (GAP du Crédit lyonnais; privatisation du CIC cédé au Crédit mutuel; article de Cremer et Laffont dans *Commentaire*, 2001).

15. CE, 23 juin 2000, *Sté Vortex*, req. n° 202233.

16. CE, 14 mars 2001, *Association Radio Uylenspiegel*, req. n° 213517.

17. Voir article L. 36-7 du Code des postes et des télécommunications qui prévoit que « l'Autorité de régulation des télécommunications [...] publie lorsque les autorisations sont délivrées à l'issue d'un appel à candidatures, le compte rendu et le résultat motivé de la procédure de sélection qu'elle a conduit ».

18. CE, 18 mai 1990, *Association arménienne d'aide sociale et autres*, Rec. p. 128.

3. Les questions liées à l'exécution des autorisations

a. La cession des autorisations

Les autorisations étant accordées *intuitu personae*, elles ne peuvent faire l'objet d'aucune cession à un tiers. Le principe d'incessibilité repose sur un double fondement :

– les autorisations peuvent tout d'abord constituer, comme c'est le cas pour les fréquences radioélectriques, un mode privatif d'occupation du domaine public¹⁹ qui induit qu'elles soient liées la personne de leur titulaire ;

– ce principe d'incessibilité résulte en second lieu de la nécessité de prévenir tout détournement des règles de mise en concurrence en autorisant la cession d'une licence à un tiers ne satisfaisant pas aux critères de sélection des candidats.

Si les impératifs liés au respect des règles de concurrence semblent à l'évidence justifier ce principe, on constatera qu'il se concilie mal, dans certains cas, avec les exigences de la vie des affaires. Il se heurte en effet à deux séries de difficulté : celle du sort de ces autorisations en cas de modification du capital ou de mise en redressement judiciaire de l'entreprise titulaire.

La modification du capital des sociétés autorisées. D'un point de vue strictement juridique la cession d'une autorisation à un tiers s'entendant d'une cession à une personne juridiquement distincte de celle de son titulaire, la simple modification de l'actionnariat d'une entreprise autorisée, dès lors qu'elle n'implique nullement disparition de la personne morale, ne devrait pas s'analyser comme une opération de cession.

Toutefois, on observera que les dispositions textuelles adoptent une conception plus restrictive en la matière et prennent en compte non pas la nature juridique de l'opération en cause mais ses effets sur l'autorisation délivrée. Ainsi l'article 42-3 de la loi du 30 septembre 1986 prévoit que « l'autorisation peut être retirée, sans mise en demeure préalable, en cas de modification substantielle des données au vu desquelles l'autorisation avait été délivrée notamment des changements intervenus dans la composition du capital social ou des organes de direction et dans les modalités de financement ». Il en résulte que la seule modification du capital d'une société autorisée, dès lors qu'elle est susceptible de produire sur l'autorisation des effets identiques à celles d'une cession, peut justifier le retrait d'une autorisation.

Compte tenu de la gravité des sanctions encourues et de la nécessité de ne pas figer l'actionnariat d'une société dont les évolutions peuvent être légitimes et nécessaires à son maintien, le juge administratif a précisé la portée de ces dispositions. Il a ainsi considéré que ces dispositions ne « comportent pas l'obligation pour le CSA de retirer l'autorisation ; qu'il appartient au Conseil [...] de rechercher si les modifications envisagées par la société titulaire sont de nature à remettre en cause les choix opérés lors de la délivrance de cette autorisation ». En outre, on relèvera que dans le

19. Voir l'article 22 de la loi du 30 septembre 1986 qui prévoit que les fréquences radioélectriques disponibles sur le territoire de la République appartiennent au domaine public de l'État et que l'utilisation de ces fréquences constitue « un mode privatif d'occupation du domaine public de l'État ».

but de garantir la sécurité juridique des opérateurs, la procédure mise en place par l'autorité de régulation — alors même que la loi l'autorise pourtant à prononcer le retrait d'une autorisation sans mise en demeure préalable — est celle de l'agrément préalable consistant pour le titulaire d'une autorisation à soumettre pour approbation toute modification envisagée aux données de l'autorisation²⁰ y compris toute modification de capital.

Sur le fond, la difficulté réside dans ce qu'il n'existe pas de critères ou de principes directeurs permettant de déterminer *a priori* dans quelle mesure une modification de capital est susceptible d'entraîner ou non le retrait d'une autorisation :

- d'une manière générale, l'autorité de régulation considère que sont de nature à entraîner le retrait d'une autorisation les modifications qui dénaturent un projet, un format, une vocation ou qui faussent l'équilibre local. Ainsi le CSA a-t-il considéré que la cession du capital d'une société titulaire d'une autorisation installée à Chartres au Groupe NRJ, constitue une modification substantielle justifiant le retrait d'une autorisation²¹ ;

- on observera par ailleurs que le retrait d'une autorisation pourrait être prononcé dans le cas où l'exploitant ne présenterait plus, du fait de la modification de son actionnariat, les garanties techniques et financières au vu desquelles l'autorisation lui a été attribuée ;

- enfin l'autorisation devrait être retirée dans le cas où le titulaire ne respecterait pas le dispositif anticoncentration et de nationalité précédemment évoqué.

Manque de prévisibilité pour les acteurs économiques. Les dispositions textuelles en effet ne règlent pas toujours la question du sort des autorisations dans le cas d'une modification du capital de la société titulaire. Ainsi, si le Code des postes et télécommunications consacre le principe d'incessibilité des autorisations²² et fait obligation à l'exploitant de notifier à l'ART toute modification survenant notamment dans la composition de son capital²³, il ne lui reconnaît pas expressément compétence, sauf dans le cas d'un dépassement par des actionnaires étrangers²⁴ du seuil de détention de capital d'une société autorisée, pour prononcer le retrait de cette autorisation. Ainsi, à titre d'exemple, le cahier des charges annexées aux licences UMTS prévoyait sur ce point que « l'opérateur [...] s'engage à communiquer à l'Autorité de régulation des télécommunications les informations suivantes sans délai toute modi-

20. Ces règles sont inscrites dans les conventions liant les opérateurs autorisés au Conseil.

21. *Lamy Droit des médias et de la communication*.

22. Article L. 34-6 du Code des postes et des télécommunications qui prévoit que « les autorisations délivrées en application des dispositions des sections 1 et 2 sont liées à la personne de leur titulaire. Elles ne peuvent être cédées à un tiers ».

23. Art.

24. Voir article L. 36-11 du Code des postes et des télécommunications qui dispose que « L'Autorité de régulation des télécommunications peut prononcer à son encontre une des sanctions suivantes : a) Soit, en fonction de la gravité du manquement, la suspension totale ou partielle, pour un mois au plus, la réduction de la durée, dans la limite d'une année, ou le retrait de l'autorisation. Pour les autorisations soumises aux dispositions du III de l'article L. 33-1, le retrait peut intervenir sans mise en demeure préalable, en cas de changement substantiel dans la composition du capital social... ».

fication dans le capital et les droits de vote de l'opérateur autorisé et dans le cas des sociétés cotées en bourse, toute déclaration de franchissement de seuil ou modification des membres du conseil d'administration ».

Or, même dans le silence des textes, il nous apparaît que l'ART, de la même manière que le CSA, pourrait prononcer le retrait d'une autorisation dans le cas où l'exploitant ne présenterait plus par l'effet d'une modification de son capital les garanties techniques et financières dont il justifiait au moment de la délivrance de l'autorisation ou dans l'hypothèse où cette opération aurait pour effet de dénaturer les conditions d'exécution de son projet. Ces solutions sont d'ailleurs celles consacrées par le juge administratif dans le domaine des marchés ou des délégations de service public.

Il règne à ce sujet une assez grande incertitude, qui a d'ailleurs permis à certains auteurs de considérer les autorisations administratives, comme d'ailleurs les délégations de service public, comme les plus efficaces des dispositifs anti-OPA.

b. La question spécifique de la mise en redressement des sociétés autorisées.

Comparer avec le droit des concessions (Eurotunnel)

Lorsqu'une société titulaire d'une autorisation est placée en redressement judiciaire, le tribunal ne peut, compte tenu du principe d'incessibilité des autorisations, se substituer aux autorités administratives et ordonner la cession de l'autorisation en même temps que celle de l'entreprise. Accepter des plans de cession revient ainsi à vider de sa substance le principe d'incessibilité et la procédure d'appel à candidature puisqu'il revient à attribuer une autorisation sans mise en concurrence préalable. Ainsi, dans le domaine de la communication, on rappellera que lors de l'affaire *Septentrion*, le tribunal de commerce avait entériné le plan de cession proposé par la SA Performance (RFM) pour la reprise de la radio Septentrion mais que l'autorité de régulation avait considéré qu'elle ne pouvait agréer cette opération qui conduisait à une disparition de la personne morale autorisée et qui aboutissait par conséquent à une cession de fréquence. Elle avait en revanche accepté le plan de continuation proposé. La cour d'appel de Douai²⁵ a confirmé la position du CSA en considérant que c'était seulement dans le cadre d'un plan de continuation accepté par le Tribunal de commerce mais soumis préalablement au CSA, que le titulaire exclusif du droit d'usage de fréquence pour l'exploitation de la radio Septentrion pouvait poursuivre son activité. On observera que même dans le cadre de la mise en œuvre d'un plan de continuation des difficultés peuvent se poser puisqu'il est arrivé dans la pratique que les tribunaux de commerce ne suivent pas l'avis du CSA et que celui-ci engage la procédure de retrait d'autorisation prévu par l'article 42-3 de la loi du 30 septembre 1986. L'exemple de la reprise de Radio Montmartre est significatif puisqu'à cette

25. CA Douai, 16 oct. 1989, cité in *Lamy Droit des médias et de la communication*, nov. 2000.

occasion le tribunal de commerce²⁶ n'avait pas suivi l'avis défavorable émis par le CSA à l'égard du plan présenté par RMC. Le CSA avait de ce fait engagé la procédure de sanction prévu par l'article 42-3 de la loi du 30 septembre 1986.

Compte tenu de ces difficultés, le législateur²⁷ est expressément intervenu dans le domaine de la communication pour limiter la portée du principe d'incessibilité en autorisant expressément la location-gérance. Ainsi lorsqu'une entreprise titulaire d'une autorisation relative à un service de communication audiovisuelle fait l'objet d'un plan de cession, le tribunal peut, à la demande du procureur de la République et après avoir obtenu l'avis favorable du CSA, autoriser la conclusion d'un contrat de location-gérance. L'autorisation est alors délivrée hors appel à candidatures.

Si dans le domaine de la communication audiovisuelle les difficultés liées à la conciliation de la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises en difficulté et du principe d'incessibilité des autorisations semblent pour partie résolues compte tenu de l'intervention du législateur, elles restent entières dans d'autres secteurs tels que les télécommunications. Rien ne fait à notre sens obstacle à ce que l'autorité de régulation prononce le retrait d'une autorisation dans le cas où le plan de cession ou de continuation s'analyserait comme une modification substantielle des caractéristiques de l'autorisation.

Les défauts inhérents aux procédures de soumission comparative, sur lesquels je reviendrai tout à l'heure, ont conduit plusieurs auteurs, plutôt économistes, à recommander l'usage des procédures d'enchères. Celles-ci soulèvent d'intéressantes questions de droit.

B. PROBLÈMES JURIDIQUES DES PROCÉDURES D'ENCHÈRES

Elles comportent, de la même manière que l'appel à candidatures, une phase de qualification et une phase de sélection, à la différence toutefois que le choix du candidat se porte non sur le mieux disant mais sur le plus disant, la sélection finale ne s'opérant que sur le fondement d'un seul critère : le critère financier. En tant que telle la procédure d'enchères s'apparente à une vente, le montant de l'enchère correspondant au prix de celle-ci.

Dans certaines hypothèses — cas des télécommunications — le législateur laisse aux autorités compétentes le libre choix de la procédure de sélection. De ce point de vue, rien ne fait donc obstacle à ce que soit retenue la procédure d'enchères pour l'attribution d'autorisations. Des auteurs éminents ont d'ailleurs défendu avec beaucoup d'éloquence ce procédé, au moins sur le plan de l'analyse économique (Cremer et Laffont, *Critique des procédures d'attribution des licences de téléphonie mobile*, *Commentaire*, 2001). Relevons que, en droit strict, cette procédure se concilie mal

26. Jugement du 30 mai 1994, cité in *Lamy Droit des médias et de la communication*, nov. 2000.

27. Loi du 1^{er} février 1994 modifiant la loi du 30 septembre 1986.

avec les dispositions nationales et communautaires du droit de la concurrence et avec les principes régissant le domaine public et pose d'une manière générale la question de la vénalité des actes administratifs.

1. En droit de la concurrence

L'exemple des télécommunications, dans la mesure où le recours à ce procédé a été envisagé pour l'attribution des licences UMTS, est significatif. On peut en effet et tout d'abord s'interroger sur la compatibilité d'un système d'enchères avec l'article 10 de la directive 97/13 qui pose l'exigence d'une attribution des autorisations en fonction de critères transparents, non discriminatoires proportionnés et détaillés. Si la transparence est assurée, il n'est pas sûr, contrairement à ce que soutiennent par exemple Cremer et Laffont, que la non-discrimination et la proportionnalité le soient. Ce système ne comporte en effet dans son principe aucune limite et la surenchère peut aller jusqu'au système du « *dumping* à l'envers », ce qui est intrinsèquement contraire aux principes de proportionnalité et d'objectivité. Dès lors et même si certains États européens — Grande-Bretagne, Allemagne — ont pratiqué un mécanisme d'enchères pour l'attribution des licences UMTS, il n'est pas certain que celui-ci soit conforme aux exigences communautaires.

En outre, l'organisation d'un mécanisme d'enchères peut aboutir, notamment dans le secteur des télécommunications, à conférer un avantage décisif à l'opérateur public dominant lorsqu'il existe. En effet, alors que la technique en cause est vouée à remplacer les techniques existantes, ce qui impose à l'ensemble des opérateurs concernés de concourir seul l'un des opérateurs dispose d'ailleurs, à raison de la dimension que lui a donnée son rôle historique d'opérateur public, au financement largement assuré par des fonds publics, des capacités d'investissements nécessaires, au moins selon les prévisions les plus courantes. Il en résulte qu'en France, ce mécanisme d'enchères aurait abouti dans le cas de l'UMTS à conférer nécessairement à France Télécom « un avantage évident sur ses concurrents » au sens de l'arrêt du 13 décembre 1991, *RTT c/GB-Inno-BM*, de la Cour de justice des Communautés européennes (aff. C. 18/88, *Rec. CJCE*, I, 5941). L'opérateur historique se serait vu accorder un avantage concurrentiel né de la nature même du mécanisme d'enchères envisagé. Ce système conduirait de fait à une cartellisation du secteur soit par alliance préalable des opérateurs pour avoir les moyens financiers de soutenir les enchères soit *a posteriori* lorsque les titulaires des licences seront incités à racheter les opérateurs de téléphonie mobile de la seconde génération qui n'auront pas eu les moyens de suivre les enchères. On remarquera ici que le même effet est atteint par un prix abusivement élevé, même s'il ne résulte pas d'enchères (UMTS première phase).

On relèvera également le risque pour l'État d'être placé, du fait des enchères, en situation d'abuser de sa position dominante. De fait, selon la théorie dite des infrastructures ou des ressources essentielles, lorsque l'exploitant d'une telle infrastructure ou d'une telle ressource (exploitation qu'il détient en vertu d'un droit exclusif) est en

même temps sur le marché « aval » à cette infrastructure le concurrent potentiel d'entreprises ayant besoin d'utiliser celle-ci, l'exploitant de l'infrastructure essentielle abuse illégalement de sa position dominante sur le marché « amont » en établissant à l'intention de ses concurrents un prix d'accès à cette facilité injustifié, non transparent et basé sur des critères subjectifs à seule fin de les éliminer du marché aval (v. CA Paris, 9 sept. 1997, affaire de l'Héliport de Narbonne, BOCCRF, 7 oct. 1997; Cons. conc., 29 sept. 1998, *France Télécom*, BOCCRF 29 janv. 1999, p. 43). Au cas présent, on pourrait alors soutenir que l'État, propriétaire exclusif des ressources essentielles (et rares) que sont les fréquences hertziennes, abuse de sa situation dominante sur ce marché en organisant une procédure d'accès à celui-ci à des prix injustifiés et à seule fin de lui permettre d'être certain d'être présent sur le marché aval de la téléphonie mobile UMTS par le biais de l'entreprise dont il est également propriétaire — à savoir France Télécom — et dont il est sûr qu'elle aura les moyens financiers (le cas échéant grâce à sa qualité d'actionnaire) de suivre les enchères.

2. Au regard des principes applicables à la domanialité publique

L'organisation d'un système d'enchères se pose en France en des termes différents que pour certains autres États européens — tel que la Grande-Bretagne — dès lors que ceux-ci ne connaissent pas de domaine public : une véritable cession, consubstantielle au mécanisme des enchères, peut y être envisagée.

À l'inverse, en France, un tel dispositif pourrait être incompatible avec le droit des autorisations d'utilisation de fréquences radioélectriques dans la mesure où il est de nature à obérer en pratique le droit dont dispose par principe l'administration domaniale de toujours pouvoir retirer avant terme pour un motif d'intérêt général les titres d'occupation privative du domaine public. Dans les faits, il n'est pas imaginable qu'une autorisation achetée 50 milliards de francs comme tel fut le cas en Grande-Bretagne pour les licences UMTS soit par la suite retiré avant terme par l'État sans indemnisation, ni même que l'État rembourse une telle somme. Dans les faits ce système tend donc à ôter mécaniquement à l'administration domaniale un de ses pouvoirs régaliens. Cela dit, ce n'est pas propre aux enchères, mais au prix élevé, disproportionné, celui que précisément la jurisprudence domaniale proscriit.

3. La vénalité des actes administratifs

On rejoint ici le thème plus général de la proscription de la « vénalité » du pouvoir de police au sens large. On comprend bien les raisons, qui ne sont pas essentiellement morales :

- disparition du critère d'intérêt général par substitution du critère patrimonial. Au pire, l'État n'est plus que le garant de la caisse des contribuables, rien d'autre. Va de pair avec désacralisation et tendance moderne à faire argent de tout ;
- confusion dans la définition des compétences des autorités publiques ;

– substitution de l'instant au temps long, l'État étant dans ce cas incapable d'agir dans la durée : s'il voulait faire respecter une loi d'un autre ordre, il lui faudrait rendre l'argent (cas allemand).

Encore une fois, pas propre aux enchères, mais à tous les mécanismes qui rendent déterminante la capacité à payer un prix (UMTS, première phase).

II. LES DIFFICULTÉS

A. LA QUESTION DU PARTAGE DES COMPÉTENCES ENTRE AUTORITÉS

La délivrance d'autorisations peut faire l'objet d'une procédure complexe consistant à faire intervenir outre l'autorité de régulation, l'administration. L'exemple type est celui de la délivrance d'autorisations pour l'exploitation de réseaux de télécommunications, l'article L. 33-1 du Code des postes et des télécommunications disposant que « le ministre chargé des télécommunications publie, sur proposition de l'Autorité de régulation des télécommunications, les modalités et les conditions d'attribution des autorisations ».

Or, si la répartition des compétences entre ces deux autorités semble de prime abord clairement définie, le ministre ne pouvant décider des modalités et des conditions d'attribution des autorisations que sur la base des seules propositions de l'ART, sa mise en œuvre se heurte en pratique à certaines difficultés. L'attribution des licences UMTS en fournit un exemple.

De manière sommaire, on rappellera en effet que le 6 juin 2000, le ministre de l'Économie et des Finances a annoncé à l'Assemblée nationale une décision portant sur le nombre des licences, le montant des redevances, l'affectation des sommes dégagées et la procédure de sélection retenue. Commentant la portée de cette décision, l'ART soulignait dans une décision du 28 juillet 2000²⁸, que « l'annonce par le gouvernement, début juin 2000, du montant des charges financières payables par les opérateurs 3G, de même que les délais nécessaires pour en préciser les modalités conduisent aujourd'hui l'Autorité à adopter une nouvelle décision aux fins de sa publication ». Or, sans attendre que l'ART ne se soit prononcée — dans le cadre d'une proposition ou d'un simple avis — sur le montant des redevances annoncées par le gouvernement, alors pourtant que les dispositions légales lui en faisait obligation — celui-ci a unilatéralement arrêté les conditions financières d'attribution des licences UMTS dans un avis du 18 août 2000. Cela est si vrai, d'ailleurs, que l'avis relatif au paiement des redevances fait expressément référence à la décision rendue le 28 juillet 2000 alors que l'ART estime pourtant que cette décision ne règle nulle-

28. Paragraphe 7 intitulé sans ambiguïté « La nécessité d'une nouvelle proposition au ministre ».

ment la question des modalités de détermination du montant des redevances. La position de l'ART conforme à la lettre de la loi et à la compétence du ministre des Finances en matière de redevances domaniales. Elle l'était beaucoup moins à un mécanisme où, contrairement à l'intention initiale du législateur, la capacité à financer des redevances très élevées conditionnait la plausibilité des plans d'affaires et donc l'instruction par l'ART.

B. INADAPTATION DES PROCÉDURES CONTENTIEUSES

La question de la régularité des conditions d'attribution de ces autorisations se pose avec d'autant plus d'acuité que les procédures contentieuses ne garantissent pas à l'heure actuelle aux opérateurs la possibilité de contester le déroulement d'une procédure d'appel à concurrence dès son lancement. Pour être recevable, un recours doit être introduit contre une décision considérée comme faisant grief au sens de la jurisprudence administrative. Or, on observera que le juge administratif adopte une conception restrictive en la matière et constitue de simples mesures préparatoires, le texte d'appel à candidatures ou l'acte du CSA fixant le plan de fréquences²⁹ alors mêmes que ces mesures conditionnent le déroulement de la procédure d'appel à candidatures. Insusceptibles de recours, il sera nécessaire pour les opérateurs lésés d'attendre une décision ultérieure de l'autorité compétente, celle-ci fixant par exemple la liste des candidats recevables ou la décision de rejet pour la contester³⁰.

Cette question s'est posée en termes identiques lors de l'attribution des licences UMTS. Le gouvernement a en effet, le 6 juin 2000, annoncé à l'Assemblée nationale une décision relative aux conditions d'attribution des licences UMTS. Cette décision dès lors qu'elle fixe le montant des redevances à acquitter par les opérateurs constituait à l'évidence un élément déterminant de la procédure d'appel à candidature que les candidats devaient être à même de contester. Or, dans ce cas les possibilités de recours se sont révélées relativement limitées. La première aurait pu consister en l'introduction d'un recours directement contre l'annonce faite par le gouvernement le 6 juin 2000. Or, il n'est pas certain qu'un tel recours eut été jugé recevable compte tenu de la conception restrictive du juge administratif sur la recevabilité des recours dirigés contre les déclarations ministérielles aux assemblées parlementaires. La seconde solution possible consistait à introduire un référé communication aux fins d'obtenir communication de la décision dont il était fait état par le ministre à l'Assemblée nationale ainsi que de la proposition de l'ART. Or, saisi d'un recours en ce sens, le juge administratif a considéré que l'acte dont il était demandé communication ne présentait pas le caractère d'une décision et relevait à l'appui de son jugement que « les conditions et modalités d'attribution des autorisations d'exploiter un réseau

29. C'est-à-dire la liste des fréquences proposées.

30. Il peut s'agir de la liste des candidats recevables qui est publiée au *Journal officiel* et qui constitue une décision faisant grief.

UMTS seront déterminées et formalisées, conformément au V de l'article 33-1 du Code des postes et des télécommunications, par la publication par le ministre d'une proposition de l'Autorité de régulation des télécommunications laquelle publication marquera le point de départ de la procédure de sélection des opérateurs qui seront autorisés à exploiter un tel réseau, qu'aucune publication de ce type n'est intervenue à la date de cette ordonnance ». Il précise par ailleurs que « s'agissant des indications d'ores et déjà fournies par le gouvernement sur ses intentions [...] qu'il n'est en tout état de cause pas nécessaire d'ordonner de mesure de communication, les sociétés requérantes disposant de façon suffisante de ces indications³¹ ». Au même moment, le gouvernement doutant semble-t-il, demande d'avis. Problème classique.

Cette situation n'est donc guère satisfaisante pour les candidats.

C. L'INCIDENCE DE LA PRISE EN COMPTE DE CONSIDÉRATIONS D'INTÉRÊT GÉNÉRAL DANS LE DÉROULEMENT D'UNE PROCÉDURE DE SÉLECTION DES CANDIDATS

Indépendamment de la volonté de sélectionner le candidat le mieux disant, plusieurs paramètres peuvent être pris en compte pour déterminer les conditions et modalités d'attribution d'autorisations. La procédure d'attribution des licences UMTS est significative de cette tendance, l'objectif clairement affiché par le gouvernement étant de financer par ce biais du régime des retraites. Ainsi, après avoir successivement envisagé la mise en place d'un système de redevances domaniales modérées rémunérant l'usage effectif du domaine public et celle d'un système d'enchères, le système finalement retenu fut celui de la méthode de la soumission comparative avec redevances élevées sans mise aux enchères. Or dès lors que le gouvernement se préoccupe d'organiser une procédure qui serve au mieux l'intérêt des finances publiques, le risque est grand de le voir fixer de manière discrétionnaire et à un niveau exorbitant le montant des redevances à acquitter par les opérateurs. Plusieurs dispositions, encadrent certes le pouvoir d'appréciation du gouvernement en la matière. Le Code du domaine de l'État prévoit en effet que le montant des redevances domaniales doit correspondre d'une part à la valeur locative des fréquences et d'autre part aux avantages de toute nature conférés à l'occupant par cette autorisation³². Dans le même ordre d'idée, la directive communautaire du 10 avril 1997 rappelle que « les organisations fournissant des réseaux UMTS doivent accéder au marché sans contraintes inutiles ni redevances excessives ». Or, force est de constater qu'aucun de ces principes n'a été respecté, au moins dans un premier temps, dans le cadre de la procédure d'attribution des licences UMTS.

L'avis d'appel à candidatures prévoyait en effet que les opérateurs autorisés étaient tenus de s'acquitter une somme de 32,5 milliards de francs payable sur quinze

31. Ordonnance du président de la Section du contentieux du Conseil d'État du 27 juin 2000, n° 222169.

32. Cf. Code du domaine de l'État.

ans, dont 16,25 milliards les deux premières années et 16,25 milliards de francs les treize années suivantes, les sommes ainsi perçues étant affectés pour l'essentiel au fonds de réserve des retraites. Or, un tel niveau de redevances se heurte à plusieurs difficultés :

- en premier lieu, il ne respecte pas le principe de proportionnalité³³ et d'égalité pourtant consacré par le Code du domaine de l'État car on ne voit pas comment seraient pris en compte les avantages induits pour chacun occupant par le bénéfice de cette autorisation dès lors que le montant de ces redevances est fixé de manière prédéterminée et uniforme pour l'ensemble des opérateurs sans être modulé ni par le chiffre d'affaires ni par les recettes escomptées³⁴ ;

- en deuxième lieu, on observera que le fait de fixer à un niveau manifestement excessif le montant des redevances fermait l'accès au marché aux opérateurs les plus récents ;

- en troisième lieu, se posait le problème délicat de la nature juridique réelle de cette redevance et celui de son affectation, qui n'ont malheureusement pas, faute de conclusions en ce sens, été tranchées par le Conseil constitutionnel dans sa décision ;

- enfin le fait que les prélèvements domaniaux les plus lourds interviennent selon l'échéancier arrêté dans la période initiale d'exploitation oblige les opérateurs à réaliser des investissements à perte et à répercuter ces coûts sur les consommateurs, ce qui est manifestement contraire à l'objectif poursuivi d'assurer un égal accès des usagers à ce type de technologie puisqu'il aboutit soit à priver les usagers les moins favorisés de l'accès audit service et soit à le rendre plus onéreux. L'exemple de l'UMTS démontre à l'évidence que les considérations d'intérêt général, étrangères au simple choix du mieux disant, se concilient mal avec la mise en œuvre d'une procédure d'appel à candidatures. L'État se trouve en effet dans une situation de conflits d'intérêts intrinsèques car la perception d'un droit d'entrée élevé répond à la politique d'intérêt public que celui-ci poursuit mais dessert les opérateurs et les usagers. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la doctrine a toujours condamné « la vénalité du pouvoir de police » et critiqué l'idée que l'on puisse monnayer l'accès au domaine public. On observera d'ailleurs que si la jurisprudence administrative³⁵ reconnaît que des considérations exclusivement financières puissent justifier la délivrance de titres d'occupation du domaine public, encore faut-il que ces considérations ne soient pas causées par une préoccupation entièrement extérieure à celui-ci, comme par

33. Pour le gouvernement, la condition tenant au respect du principe d'égalité se trouve remplie car cette redevance se répartit en une première composante traduisant l'avantage immédiat lié à l'attribution de la licence et une seconde correspondant à la valeur d'usage du spectre des fréquences hertziennes publiques (voir avis du 18 août 2000).

34. Conformément à la jurisprudence du Conseil d'État, le montant des redevances ne peut être fixé forfaitairement sans aucune justification (CE, 30 oct. 1996, *Wajs et Monnier*, Rec. p. 387) et ne peut être fixé selon des critères ou des coefficients ayant pour seul objet d'arriver à une somme prédéterminée par le gouvernement (CE, 28 juill. 1999, *RFDA* 1999, p. 1115).

35. Voir en ce sens CE, 18 mars 1963, *Cellier*, Rec. p. 189 ou CE, 23 juin 1986, *Thomas*, Rec. p. 167.

exemple la nécessité de financer le régime des retraites. Car si l'État entend faire jouer la solidarité nationale c'est par plus par la voie de l'imposition qu'il doit agir³⁶.

D. LA QUESTION DU RESPECT DU DISPOSITIF CONCERNANT LA NATIONALITÉ

Si ce dispositif tend à protéger les intérêts nationaux dans des secteurs considérés comme sensible sa mise en œuvre se heurte à des sociétés cotées dont les actionnaires ne sont pas par définition identifiables. Ils constituent par ailleurs un obstacle au développement des investissements étrangers en France dans une économie pourtant fortement dépendante de ce type d'investissement.

E. L'INADAPTATION DES SANCTIONS

La difficulté de la procédure d'appel à concurrence, dès lors qu'elle implique le choix du mieux disant, réside dans la tentation pour les opérateurs de souscrire des engagements irréalistes faussant, lorsque ceux-ci portent sur des critères de sélection déterminants, les résultats d'un appel à candidatures. Si les dispositions législatives et réglementaires reconnaissent certes aux autorités de régulation le pouvoir de sanctionner les opérateurs en cas de manquement à leurs obligations — et notamment celles prévues par leur cahier des charges —, celles-ci se révèlent inadaptées car intervenant une fois les autorisations attribuées, elles ne limitent pas les risques d'éviction des candidats en amont de la procédure de sélection.

36. Mais dans ce cas encore faut-il qu'il respecte le principe d'égalité devant les charges publiques.

La confrontation des enchères avec les principes généraux du droit de la concurrence

Patrick Hubert

*Ancien rapporteur général du Conseil de la concurrence,
conseiller auprès du ministre de l'Écologie
et du développement durable*

Mon intervention sera surtout consacrée aux problèmes de collusion, à savoir le risque d'entente entre soumissionnaires qui participeraient à un processus d'enchères. C'est un problème qui ne peut que préoccuper les autorités de la concurrence.

En préalable, il convient d'évoquer une question assez classique au sein des autorités de concurrence : est-ce que les opérations anticoncurrentielles qui conduisent à *abaisser* artificiellement le prix par lequel les opérateurs se procurent un bien ou un service nécessaire à leur activité sont aussi graves que les opérations anticoncurrentielles par lesquelles on élève artificiellement le prix payé en aval par les consommateurs ? C'est bien ce qui risque de se passer ici si les entreprises qui cherchent à obtenir des licences s'entendent entre elles pour payer le moins cher possible et pour renchérir le moins possible, elles vont donc se procurer le bien ou service au moindre prix. On dit souvent que lorsque des opérateurs sont en forte concurrence entre eux en aval, cela n'est pas extrêmement grave qu'ils s'entendent pour faire baisser les prix en amont parce que les consommateurs récupéreront le bénéfice. Mais cela signifie que si on a un monopole qui fait pression sur l'État pour payer le moins cher possible une licence, évidemment il ne rendra en rien ce bénéfice à ses consommateurs car il sera parfaitement libre de continuer à leur faire payer son prix de monopole. Si on a cinq opérateurs, la question de la gravité de la collision peut peut-être se poser mais sous ces réserves, il est exact que des préoccupations fréquentes se font jour sur les risques d'entente ou de collusion au sens encore plus large entre les participants à des processus d'enchères.

Nous bénéficions d'une double expérience sur ces questions, d'abord compte tenu de ce qui s'est passé sur une assez longue période aux États-Unis avec les attributions récurrentes de longueurs d'ondes et puis évidemment une expérience considérable sur un type particulier d'enchères que sont les marchés publics où l'on constate un nombre important d'affaires d'ententes. Les marchés publics constituent une forme particulière d'enchères, du moins dans la situation traditionnelle où l'on retenait systématiquement le soumissionnaire le moins disant, c'est-à-dire celui qui proposait le prix le moins élevé. Le mode de sélection a quelque peu changé aujourd'hui et on ne sait plus toujours quels sont les critères de choix des soumissionnaires, mais cela reste néanmoins le modèle au moins intellectuellement dominant. On peut observer beaucoup d'ententes dans ce domaine et on en connaît bien les mécanismes à l'œuvre. Donc observer le fonctionnement des marchés publics est un bon moyen de « prédire » ce qui peut se passer en matière d'enchères.

Qu'est-ce que ces observations nous apprennent ? Elles nous apprennent d'abord que ces ententes sont interdites et qu'elles ne peuvent pas fonctionner sans qu'un certain nombre de conditions soient satisfaites, parce que le fait qu'elles soient interdites et le fait qu'il soit, par conséquent, impossible de passer des contrats sur ces ententes, puisque le contrat serait nul, imposent en réalité de bâtir un système caché mais efficace pour que l'entente fonctionne. Il faut d'abord un système d'échanges d'informations entre les entreprises qui veulent s'entendre pour déterminer la nature de l'entente. Il faut ensuite un système de partage des bénéfices, puis un système de *monitoring*, de surveillance, pour vérifier que tous les participants à l'entente respectent la règle du jeu illégale et cachée. Enfin, il faut un système de punition pour sanctionner les tricheurs.

Les échanges d'informations sont possibles et sont facilités par le fait qu'il y a un nombre limité d'entreprises qui se retrouvent constamment et régulièrement sur des opérations de même type. Autrement dit, tout le monde se connaît et tout le monde connaît généralement l'existence des opérations à l'avance. Un acheteur public ne procède pas en prenant son téléphone pour démarcher un contractant car les marchés publics sont publiés et ces opérations ont des durées limitées et connues à l'avance. Concrètement, comment cela se passe-t-il ? Très simplement, les entreprises communiquent par fax, par téléphone ou par courrier électronique. Elles se rencontrent secrètement ou au sein des organisations professionnelles.

En ce qui concerne le partage du bénéfice de l'entente, on rencontre deux systèmes. Tout d'abord, les entreprises peuvent recourir à un système de compensation financière. Ainsi, celui qui va obtenir un marché parce qu'il se sera entendu avec les autres concurrents qui l'auront laissé prendre ce marché, va les rembourser en quelque sorte. Cette rétrocession d'une partie du bénéfice à ceux qui l'ont aidé se traduit non pas par des transferts financiers parce qu'ils seraient aisément détectables, mais par des systèmes de sous-traitance. L'autre dispositif repose sur la répartition des marchés. Celui qui obtient le marché dans un cas va s'arranger pour laisser le concurrent n° 2 gagner dans un deuxième cas, etc. C'est assez facile dans les marchés publics français pour plusieurs raisons. Il y a beaucoup de marchés « allotis », c'est-à-dire avec

plusieurs lots et, dans ce cas de figure, il suffit de décider qui aura les différents lots sur une seule opération et on arrive à un système assez équilibré. On ajoutera quelques sous-traitances pour compenser financièrement celui qui a un lot plus petit par rapport aux autres. C'est un peu moins facile pour les marchés qui ne sont pas allotés, mais on constate que ces marchés sont extrêmement fréquents, répétitifs avec des objets économiques qui se ressemblent, par exemple, le bitume sur les routes. Comme vous avez 100 départements en France auxquels il faut ajouter un grand nombre de communautés urbaines qui sans arrêt passent des marchés de bitume, c'est évidemment assez facile d'organiser des systèmes d'équilibrage. Dans les marchés de plus vaste échelle et de moindre fréquence, c'est plus difficile. Il faut à ce moment-là que l'entente ait une dimension beaucoup plus vaste géographiquement et chronologiquement.

Le *monitoring* est plus difficile lui aussi et il s'opère d'une façon bien connue parce que les résultats de ces affaires sont généralement connus malgré le dépôt de plis scellés. Comment les entreprises parviennent-elles à vérifier ce que leurs concurrents ont proposé en dépit du fait que les plis soient scellés ? La source principale d'information est constituée par les administrations parce qu'elles ne restent pas silencieuses. Ensuite, il faut remarquer que les entreprises voient bien qui obtient les marchés après coup. Il y a une troisième façon un peu plus compliquée d'obtenir des informations sur l'attitude des autres entreprises. Une fois que les marchés sont attribués, on peut éventuellement assister à des contestations en justice de ces marchés. Les juges vont évidemment mettre sur la place publique l'ensemble des documents et, donc, on verra assez facilement ce que les concurrents ont déposé comme soumission.

Les sanctions prennent une forme assez classique qui consiste à punir le tricheur au *round* suivant par une pratique de prix bas : il se trouvera expulsé de plusieurs autres marchés et ensuite il rentrera dans le rang.

On peut aussi évoquer d'autres formes d'ententes, à côté de la forme classique qui consiste à pousser les prix vers le haut indirectement en se répartissant les marchés. Il s'agit des ententes entre soumissionnaires potentiels pour « assécher » la concurrence. Il y a des exemples tout à fait classiques où des hôpitaux lançaient des appels d'offres pour trouver des ambulances pour les transports d'urgence et où toutes les ambulances du ressort géographique se sont regroupées — ce qui est tout à fait légal — et donc l'hôpital s'est retrouvé face à un monopole alors qu'il devait y avoir 80 ambulanciers sur le ressort géographique. Ce monopole était évidemment en mesure de proposer n'importe quel prix. Il était éventuellement possible de déclarer le marché infructueux faute de concurrence mais ensuite il fallait bien trouver une solution, et l'on avait toujours en face de soi le monopole des ambulances...

Est-ce que toute cette science acquise sur les marchés publics dont je viens de parler est transposable aux enchères organisées sur les secteurs régulés ? Je n'ai pas de réponse nette à ce sujet. À ma connaissance, nous ne disposons que d'un exemple unique d'enquête anticoncurrentielle menée sur ce type d'enchères. Il s'agit de l'enquête qui a été ouverte par l'Autorité de la concurrence italienne à propos de l'at-

tribution des licences UMTS en Italie. En effet, il y avait un certain nombre d'observations un peu troublantes qui avaient été faites par cette Autorité. Rappelons que le système italien était mixte : la première partie de la procédure de sélection reposait sur un concours de beauté avec une obligation de payer environ 4 000 milliards de lires, à laquelle succédait une étape d'amélioration des offres qui était en fait une enchère mais uniquement au sein des candidats sélectionnés à la première étape. L'Autorité de concurrence avait constaté deux choses. D'abord, il y avait cinq licences qui avaient été mises sur le marché, et six concurrents avaient franchi la première étape. Or, l'un d'eux, Blue, a rapidement fait défection dans le processus de la deuxième étape. Finalement, les surenchères lors de cette seconde étape ont abouti à une fourchette de prix comprise entre 4 600 et 4 700 milliards par rapport à un minimum de 4 000 milliards de lires. Le résultat n'était donc pas extraordinaire car il faut se souvenir que l'attribution des licences italiennes avait lieu en octobre 2000, quelques mois après les grandes opérations anglaises et allemandes. Les doutes ont alors commencé à se développer : ne s'agissait-il pas d'une entente entre ces six intervenants ? Une enquête a été ouverte et vient de se conclure par un non-lieu. L'Autorité a considéré qu'elle n'avait pas pu établir une entente. Cela ne veut pas dire qu'il n'y en a pas eu mais elle a constaté qu'elle n'avait détecté aucun échange d'informations horizontal entre les six opérateurs et qu'à l'inverse, elle a relevé des explications pour la défection de Blue. En effet les actionnaires de Blue ne parvenaient pas à se mettre d'accord sur la stratégie à suivre, notamment parce que l'un des actionnaires était *British Telecom* et que cette société avait épuisé ses ressources financières à l'occasion des opérations anglaises et allemandes et que l'autre actionnaire, une société d'autoroutes, avait du mal à admettre qu'il fallait qu'elle compense ce retrait de *British Telecom*.

À l'occasion de cette affaire, l'Autorité a constaté que, de son point de vue, toutes les précautions qui avaient été prises pour éviter les ententes horizontales entre les opérateurs n'étaient peut-être pas parfaites. Ces précautions étaient les suivantes : les six renchérisseurs disposaient chacun d'une salle spécifique (une *bid-room*), ces *bid-rooms* ne pouvaient communiquer qu'avec l'entreprise qui était en arrière et, au sein de la *bid-room*, les personnes avaient une certaine autonomie pour prendre des décisions et communiquer par des systèmes de communications sécurisés avec la *world-room* de chaque entreprise où étaient leurs dirigeants. Toutefois, on constatait que chaque *world-room* devait communiquer avec de nombreux interlocuteurs, car en réalité, ces enchères ne fonctionnent pas comme une salle des ventes où vous allez acheter suivant ce que vous avez dans votre portefeuille... Il faut sans arrêt discuter avec les actionnaires qui sont derrière et, finalement, il y a un monde fou qui est au courant des réflexions stratégiques de chacun des enchérisseurs. Plusieurs heures s'écoulaient ainsi entre chaque tour et Blue a d'ailleurs demandé une suspension qui a duré plusieurs jours — ce que, je crois, la réglementation prévoyait. Ainsi, l'Autorité a remarqué que le *design* du système était loin de garantir l'absence de communications horizontales. C'est vrai que les gens étaient totalement enfermés

dans les *bid-rooms* (comme à l'occasion de l'élection du pape) mais ne pouvaient-ils pas communiquer *via* des tiers ? C'est la question qui a été posée et non résolue.

Quand on compare le système des marchés publics qu'on connaît bien et les licences distribuées sur des marchés régulés, on voit bien que l'un des points fondamentaux est de savoir si on est face à des systèmes répétitifs avec les mêmes opérateurs amenés à enchérir régulièrement les uns face aux autres dans des conditions et sur des produits relativement homogènes. Si la réponse est oui, alors il y a un certain nombre de raisons de penser que des ententes horizontales pourraient avoir lieu. Par exemple, on peut examiner une hypothèse pour l'avenir : si face aux difficultés rencontrées en matière de licence de téléphonie, on décidait de mettre en place un système européen mais à gestion nationale. On peut imaginer une règle communautaire qui obligerait tous les États à faire tous les trois ans des enchères dans les mêmes conditions mais pas à la même date parce qu'il faut respecter la souveraineté nationale, cela ressemblerait aux enrobés bitumineux évoqués plus haut. Par conséquent, des risques sont quand même loin d'être exclus et notre petite enquête italienne laisse penser que les systèmes un peu sophistiqués qui ont été mis en place pour éviter toute entente ne sont pas au-dessus de toute critique.

Une autre préoccupation des autorités de la concurrence réside dans l'effet des enchères sur les entrées sur les marchés. En tant qu'autorité de la concurrence, nous ne souhaitons pas nécessairement qu'il y ait le plus de concurrents possibles mais que les entrées sur le marché ne soient pas difficiles. Évidemment, on peut considérer comme une limitation le fait que le droit d'entrée sur le marché soit onéreux, mais ça n'est pas nécessairement le cas. Si on admet qu'il n'y a que six longueurs d'ondes disponibles pour les opérateurs de l'UMTS, on peut certes distribuer six licences, mais si je reprends l'exemple italien, il y a une possibilité qui n'a pas été exploitée mais qui est intéressante. Elle consiste pour les pouvoirs publics à diminuer en cours de processus le nombre de licences s'ils estimaient que la demande n'était pas suffisante en face. On voit bien que le but pour l'État était de gagner de l'argent. Si les prix baissaient, on pouvait diminuer l'offre, mais en diminuant le nombre de licences, on diminuait le nombre d'opérateurs sur le marché évidemment. Comme cela a été souligné à plusieurs reprises, les pouvoirs publics ont de multiples préoccupations en tête et la concurrence, une fois le marché ouvert, est l'une de ces préoccupations. Il pourrait se faire que cette préoccupation soit négligée au profit d'autres en fonction de la manière dont le système est organisé.

Un autre souci concerne la question, non pas du nombre d'entrants potentiels, mais de la nature des entrants, lorsque des droits d'opérer sur un marché sont ainsi alloués. La concurrence joue d'autant mieux que l'on ne décide pas à l'avance qui sont les joueurs mais que l'on laisse des joueurs totalement imprévus, qui sont innovants, venir se battre sur le terrain. Si on a des longueurs d'ondes en nombre limité, faut-il décider *a priori* de les accorder à un type de joueurs dont on a défini rigoureusement les caractéristiques à l'avance ou bien faut-il attendre et voir qui est intéressé. Dans ce dernier cas, l'enchère est un moyen d'attirer des joueurs totalement imprévisibles. Ce n'est pas le cas si on a effectué un concours de beauté ; ce n'est pas non plus le cas

si ces droits d'opérer sont incessibles. En effet, on pourrait très bien imaginer — du point de vue de la régulation de la concurrence, ce serait peut-être souhaitable — que de purs financiers viennent acheter ces ressources rares, les gardent quelque temps et se débrouillent ensuite eux-mêmes pour trouver des gens qui veulent les exploiter et pas nécessairement pour faire de l'UMTS car on peut faire bien d'autres choses avec des longueurs d'ondes.

Troisième partie

**L'articulation
entre régulations nationales
et régulations
communautaires**

Le jeu historique des initiatives de libéralisation communautaires

Jean-François Pons

Ancien directeur général adjoint à la direction générale de la Concurrence de la Commission européenne

Je viens de passer plusieurs années à la Commission, au sein de la direction générale de la Concurrence où j'ai eu notamment en charge la libéralisation des services publics, ce qu'on désigne dans le jargon juridique communautaire sous le terme de « services d'intérêt économique général ». C'est à partir de cette expérience que je vais traiter des initiatives de libéralisation communautaires en m'exprimant à titre personnel.

Je ne prétends pas être un historien ni d'ailleurs un vrai juriste, pour aborder la question de la libéralisation des services publics sur une période qui couvre la décennie des années quatre-vingt-dix jusqu'à aujourd'hui. Je me concentrerai essentiellement sur trois dossiers que j'ai suivis personnellement et qui sont assez intéressants parce qu'ils diffèrent les uns des autres. Le premier est celui des transports aériens qui a sans doute été le premier secteur à être libéralisé. Les télécommunications constituent le second secteur évoqué. En troisième lieu, la poste est un secteur instructif parce qu'il est très peu libéralisé et ce sera intéressant de savoir pourquoi et de comparer cette expérience aux deux autres.

Je vais commencer à dire un mot de chacun de ces secteurs dans l'ordre chronologique de leur libéralisation. J'examinerai ensuite différentes rubriques pour la comparaison de ces secteurs : les arguments justifiant ces initiatives, les règles du jeu, les instruments juridiques utilisés, les autorités de régulation et enfin le bilan que l'on peut tirer de ces initiatives.

I. L'APPROCHE SECTORIELLE

La démarche de la Commission est en effet une démarche pragmatique, secteur par secteur, comme cela a été souligné à plusieurs reprises, en particulier, par le commissaire Van Miert. Par conséquent, il n'y avait pas une vision d'ensemble consistant à dire qu'il fallait tout libéraliser. L'idée était de se demander ce qu'il fallait faire dans chaque secteur et en fonction de l'évolution technologique, des enjeux du Marché unique, de l'impact sur l'économie européenne et des aspects sociaux et d'intérêt général.

En ce qui concerne le transport aérien, nous avons une situation caractérisée par des monopoles nationaux et par des duopoles sur les liaisons aériennes intracommunautaires. Par exemple, sur la ligne Paris-Francfort, deux compagnies, à savoir Air France et Lufthansa, opéraient et fixaient ensemble leurs horaires et leurs tarifs. C'était des situations extrêmement peu concurrentielles pour ne pas dire anticoncurrentielles. Il y a eu plusieurs paquets aériens, ce qui a conduit à ce qu'il y ait concurrence sur les destinations internes et externes. Cela a commencé en 1990 et, si ma mémoire est bonne, 1995 est la date importante pour la mise en œuvre de l'ouverture complète à la concurrence. Une spécificité du transport aérien que je mentionne tout de suite c'est que la politique des transports existe depuis le Traité de Rome qui comporte un article où on mentionne les « services publics » et c'est d'ailleurs la seule fois où les mots « services publics » apparaissent. Ces paquets d'ouverture à la concurrence des transports aériens ont respecté cette obligation de service public. En particulier, cela a ouvert pour les États membres la possibilité de maintenir des liaisons non rentables en les subventionnant à partir du moment où il y avait un certain degré d'ouverture à la concurrence. C'est en particulier ce qui a été fait en France avec la loi Pasqua qui taxait les liaisons les plus rentables pour subventionner les liaisons les moins rentables.

La libéralisation des télécoms a commencé à peu près à la même époque, les années quatre-vingt-dix, avec un très gros travail de réflexion et aussi avec un travail extrêmement progressif. On peut se souvenir qu'au début, ce qui a été ouvert à la concurrence, ce n'était que le matériel téléphonique (répondeurs, receveurs). Puis le secteur a fait l'objet d'un plan plus étudié, d'un consensus et d'une progressivité qui ont abouti à ouvrir le secteur entièrement à la concurrence le 1^{er} janvier 1998. Cela s'est bien entendu accompagné d'un dispositif de régulation tout à fait spécifique. En outre, la révision de la politique de ce secteur a abouti à une autre action beaucoup plus récente, l'ouverture de la boucle locale à la concurrence à la fin de l'année dernière. Les télécommunications nous offrent une illustration d'un processus certainement plus long dans le temps mais extrêmement abouti et, du point de vue de la régulation, c'est sans doute le processus le plus intéressant.

En ce qui concerne la poste, il y a eu plusieurs tentatives de la Commission pour essayer d'introduire une libéralisation, y compris une libéralisation complète. Mais il n'y a jamais eu d'accords politiques en ce sens sur la poste, notamment en raison des

contraintes d'intérêt général et d'aménagement du territoire. On a observé qu'un lobbying extrêmement puissant s'est exercé contre les tentatives de libéralisation. Par ailleurs, le Conseil était partagé sur la question et le Parlement était très hostile. Finalement, il y a eu une ouverture relativement graduelle de la poste à la concurrence puisque les services qui ne font pas partie du courrier normal, à quelques exceptions près, sont ouverts très largement. En revanche le courrier normal reste monopolisé jusqu'à présent.

II. LES ARGUMENTS POUR ET CONTRE LA LIBÉRALISATION DE CES SECTEURS

On peut distinguer trois types d'arguments.

Dans une perspective d'ordre économique et selon une rationalité libérale, on peut avancer que, quand il y a de la concurrence, cela conduit à une meilleure offre de la part des entreprises qui sont en concurrence, à une baisse des prix, à une amélioration de la qualité, à des innovations et à de meilleures relations avec l'utilisateur qui devient un client. Cette vision économique s'appuyait sur des expériences nationales. À cet égard, on peut introduire la dimension géographique car dans presque tous ces secteurs, il y a eu des expériences nationales positives ou considérées comme telles. Un secteur fait exception, c'est la poste. Comme vous le savez, il y a très peu d'expériences de libéralisation de la poste et le moins qu'on puisse dire, c'est qu'elles ne sont pas concluantes. En revanche, s'agissant des télécoms et de l'énergie, beaucoup d'expériences avaient été faites. Quand j'ai pris mes fonctions, j'ai été quelque peu surpris de voir que ces libéralisations étaient le fait non seulement du Royaume-Uni ou des États-Unis mais aussi des pays scandinaves de forte tradition sociale-démocrate, sur des modes extrêmement différents. Aussi ne peut-on pas dire qu'ils bradaient le service donné aux usagers. Cela s'inscrivait dans un schéma d'ensemble où il y a la fois une grande liberté économique des affaires mais aussi un rôle important des collectivités publiques centralisées ou décentralisées. Je crois qu'il est important de noter ces différences.

Deuxièmement, on pouvait mettre en avant une raison technologique en faveur de la libéralisation. Dans le domaine des télécommunications évidemment, on voyait bien que ce qui pouvait justifier un monopole naturel à une certaine époque ne valait plus lorsqu'on pouvait avoir plusieurs réseaux notamment les réseaux sans fil ou par satellite. D'ailleurs, la révolution technologique touche aussi la poste, dans la mesure où il y a un développement de services nouveaux à valeur ajoutée sur lesquels il est important que les postes existantes n'aient pas de monopole qui en freinerait la croissance. Dans les derniers textes sur la directive postale, il est prévu d'ouvrir à la concurrence ces activités comme le courrier qui passe par e-mail, le courrier qui nécessite des certifications, etc.

Le troisième type de raison, qui était fort du point de vue communautaire, c'est tout simplement le Marché unique. Il semblait incompatible de voir progresser très fortement l'intégration du marché des biens, de l'industrie, etc., alors que pour toute une partie des services, on aurait quinze monopoles qui resteraient dans quinze États membres. J'ajoute que ces arguments de marché unique jouent toujours aujourd'hui. Si je reprends l'exemple de la poste, même si ce n'est pas le meilleur dossier, on voit bien qu'à partir du moment où les opérateurs postaux prennent pied dans les autres territoires pour développer des formules de courrier transfrontière, il devient plus difficile de maintenir des monopoles. Très souvent, le premier concurrent de l'ex-monopole est l'ex-monopole du pays voisin.

Deux arguments dans ce débat plaidaient en défaveur de la libéralisation. Il s'agissait d'une part de la prise en compte des aspects sociaux (le coût social motivait en particulier les protestations des syndicats de ces secteurs) et, d'autre part, des missions d'intérêt général qui sont un aspect plus développé par certains pays dont la France.

En ce qui concerne les aspects sociaux, il en a été tenu compte dans la réglementation à travers la progressivité qui a conduit à étaler la libéralisation dans le temps. J'ajoute que les résultats pour les entreprises concernées ont été plutôt meilleurs que les prévisions. Quand on observe les données en matière de transports aériens ou de télécoms — même si cela évolue vite et qu'il faudrait refaire un bilan aujourd'hui — il y a eu des créations d'emplois dans ces secteurs.

Sur les missions d'intérêt général, il y a eu un débat important qui opposait la France d'un côté, un peu soutenue par la Belgique et l'Italie et puis tous les autres États, de l'autre côté. C'est toujours assez étonnant à Bruxelles de constater des divergences fortes sur des sujets importants entre des États membres alors qu'ils sont voisins. Ce qui est clair pour la plupart des Européens, c'est qu'ils ne sont pas absolument ravis de leurs services publics : selon eux, ils ne fonctionnent pas très bien, ils sont souvent en grève, les employés ne sont pas aimables et il est très difficile d'obtenir un nouveau service. Par conséquent, il n'y a pas eu en général de mobilisation sur le thème « défendons nos services publics » comme il y en a eu une en France. Ici, la mobilisation a été très forte et elle a nécessité beaucoup de discussions en particulier avec la Commission qui était en première ligne et accusée de « casser les services publics à la française ». Il y a eu des discussions sur les textes à la suite de ce procès qu'elle trouvait injuste. La Commission a fait une première communication en septembre 1996 dans laquelle elle donnait sa vision de la libéralisation et insistait sur le fait que les missions d'intérêt général confiées à telle ou telle entreprise étaient de la responsabilité des États membres du fait des différences de culture d'un État à un autre. La Commission, elle, était en charge de vérifier que les aides particulières sous forme de statuts juridiques particuliers, de subventions, d'aides fiscales etc. se justifiaient uniquement par ses missions d'intérêt général et ne soient pas de la surcompensation. On peut d'ailleurs relever dans ce domaine plusieurs décisions intéressantes. Il y a eu notamment une décision assez ancienne de rejet d'une plainte de la fédération française des services d'assurance contre la poste. Le rejet de la plainte

par la Commission a été confirmé par le tribunal selon l'idée qu'il s'agissait de financements affectés au maintien de bureaux de poste en zones rurales, justifié par une mission d'intérêt général. Ce débat très poussé a abouti à l'article 16 du Traité d'Amsterdam qui est, de mon point de vue personnel, largement déclamatoire. Cet article ne remet pas en cause l'équilibre prévu à l'article 86 (ex-article 90) où la Commission peut prendre des décisions ou des directives en faveur de la libéralisation mais seulement si elle respecte les missions d'intérêt général.

III. LES INSTRUMENTS JURIDIQUES UTILISÉS

Dans l'ensemble, tout ce processus de libéralisation a été conduit par des directives d'harmonisation pour le marché unique, de décisions du Conseil à la majorité qualifiée, avec le parlement, et je crois que ça a plutôt donné de bons résultats dans les secteurs aériens et télécoms. La Commission, dans son action en matière d'application du droit de la « concurrence », a aussi pris des décisions qui ont pu favoriser ce processus. Certaines décisions individuelles ont été importantes pour un secteur. On oublie souvent qu'en matière d'accès aux ports et aéroports, il n'y a pas eu vraiment de textes. Mais quand on prend une décision sur le port de Gênes qui est confortée par la Cour de justice, non seulement il y a un impact sur le port de Gênes qui est obligé de s'ouvrir en terme de services aux navires mais aussi sur les infrastructures semblables. C'est le même phénomène pour les aéroports. Au-delà des textes et des directives de l'article 86, il y a aussi des décisions individuelles qui sont très importantes pour ouvrir un secteur à la concurrence.

Je crois également que les résultats des paquets ont été d'autant meilleurs qu'ils ont été bien préparés. Par exemple, on peut être impressionné par les années de préparation du paquet télécoms alors que les différents paquets poste n'ont jamais été bien préparés parce que les propositions n'étaient pas fondées sur des analyses fortes. Les directives article 86 ont été une découverte de la Commission à la fin des années quatre-vingt. Elle a commencé par faire une directive transparence qui portait sur les relations entre les États membres et les entreprises publiques et elle l'a utilisée dans le domaine des télécoms. C'est le seul domaine où elle l'a utilisée avec l'avantage de la rapidité pour une mise en place au 1^{er} janvier 1998 puisqu'au moment de l'ouverture du secteur à la concurrence entière, seules les directives article 86 étaient sorties, les autres ne l'étaient toujours pas et c'est donc sur la base de l'article 86 que les opérateurs et les régulateurs ont pu se préparer. Cela dit, depuis cette date, il n'y a plus de directives article 86 sectorielles, et c'est quelque chose qui reste sans doute spécifique et qui nécessite d'ailleurs aussi un certain consensus politique.

IV. LES RÉGULATEURS

Plusieurs schémas de régulation ont été mis en place. Parfois, il n'y a pas vraiment de régulateur spécifique, par exemple pour le transport aérien ou la poste. Mais on peut avoir un autre schéma très structuré comme le schéma qui prévaut en matière de télécommunications où l'on a une autorité régulatrice nationale dotée de pouvoirs, indépendante, mandatée par des textes de directives, par des textes nationaux pour prendre des décisions, trancher des conflits, parfois infliger des pénalités ou des amendes. Dans les télécoms, c'est d'ailleurs assez complexe parce qu'il y a d'une part ces quinze régulateurs nationaux qui se réunissent de temps en temps ensemble, et, d'autre part, la Commission qui a un double rôle. En effet, elle a la charge de s'assurer de la mise en œuvre des directives. C'est pourquoi elle a ouvert, en 1998 et 1999, quatre-vingt dossiers pour infractions contre les États membres. La plupart ont donné lieu à des suites positives avant même de saisir la Cour de justice. En outre, la Commission, en tant qu'autorité en charge de l'application du droit de la « concurrence », intervient sur des domaines à l'occasion d'un abus de position dominante par exemple (art. 82). Or, il se trouve que l'ex-monopole est toujours en position dominante pendant plusieurs années après la libéralisation.

Les rapports entre les institutions européennes et nationales paraissent compliqués. Il y a deux façons de s'accorder. La première consiste à se voir souvent, c'est pourquoi il y a des réunions régulières entre la Commission et les 15 régulateurs nationaux. La deuxième façon est de diviser les tâches. Ainsi la Commission a dit aux régulateurs des télécoms que s'il y avait une plainte au niveau national et communautaire, par exemple sur la base de l'article 82 du Traité, la Commission laisserait le régulateur la traiter en priorité. Ainsi la Commission n'aurait vocation à intervenir que si le régulateur ne peut pas le faire ou s'il ne souhaite pas le faire. Elle se réserve en outre de revenir sur les décisions qui n'ont pas été appliquées. Par exemple, à propos du rééquilibrage des tarifs des services de télécoms qui n'est pas un sujet très populaire, même auprès des autorités régulatrices, la Commission est intervenue parce qu'elle considérait que l'autorité régulatrice n'avait pas fait son travail pour rééquilibrer les tarifs en Espagne, en France et en Italie.

V. BILAN PROVISOIRE DES EXPÉRIENCES SECTORIELLES

À partir de cette revue sommaire secteur par secteur, on peut essayer de tirer quelques conclusions.

Premièrement, une des craintes avérées au début du processus, à savoir que le niveau des missions d'intérêt général baisse, ne s'est pas réalisée. Nous suivons régu-

lièrement ce que les consommateurs pensent en particulier en matière de télécoms, et on peut dire qu'il n'y a pas de baisse de satisfaction en Europe.

Deuxièmement, les secteurs ouverts à la concurrence ont connu une croissance économique plus forte que la moyenne. C'est même vrai pour les transports aériens qui ont connu une période très difficile juste après le premier paquet, où la plupart des entreprises traditionnelles des États membres ont connu des déficits forts et ont été obligées de se restructurer ; mais il y a eu ensuite une reprise très forte, avant le 11 septembre 2001. On observe la même croissance à moyen terme pour les télécoms, malgré les difficultés financières récentes du secteur. Dans ces deux domaines, il y a eu des répercussions en amont et en aval, beaucoup de croissance économique a été suscitée notamment dans l'utilisation du téléphone, d'Internet ou dans l'industrie des loisirs pour les transports aériens.

Troisième conclusion : au fond, on a parfois un déficit en terme de coopération et un déficit en terme de régulation. On gagnerait à ce qu'il y ait des autorités régulatrices dans la plupart de ces secteurs, alors que ce n'est pas le cas dans le transport aérien, tout comme en matière de poste. On peut citer un exemple simple et une décision que nous avons prise en matière de poste. Il y avait un conflit entre la poste française et des sous-traitants de la poste pour des opérations de routage qui étaient en concurrence avec les services de la poste. La Poste était donc dans une situation un peu difficile car elle était à la fois donneur d'ordres et concurrent. Les concurrents ont considéré qu'il y avait une concurrence injuste. Au lieu de condamner la Poste, la Commission européenne a pris une décision à l'encontre de l'État français considérant qu'il aurait dû faire le minimum, c'est-à-dire s'assurer d'un certain degré de contrôle de ces mécanismes. Il en est résulté la création d'un médiateur postal dont une des missions est précisément la médiation entre la poste et ses sous-traitants. Je suis partisan de régulateurs nationaux, en particulier pour s'assurer que le monopole ou l'ex-monopole est dans une situation concurrentielle correcte. Je ne pense pas que cela doit remonter systématiquement soit au gouvernement soit à Bruxelles car les régulateurs nationaux ont l'avantage de connaître le terrain, d'être en contact avec les différentes parties et de bien faire leur travail.

L'affaire UMTS est révélatrice d'un autre manque, celui de la coordination au niveau de l'Union européenne. Il est regrettable que suite à une aberration des marchés à un moment donné, les gouvernements sont partis les uns après les autres — sans aucune concertation sérieuse — vers des attributions de licences dont vous savez qu'elles ont abouti à des sommes absolument formidables qui apparaissent aujourd'hui incompréhensibles. Il est clair que l'absence d'échanges de vues au niveau européen et de réflexions suffisantes a abouti dans ce domaine à une situation aujourd'hui préjudiciable, c'est le moins qu'on puisse dire.

Au total donc, un bilan qui, sans être parfait, me semble positif : une amélioration du service rendu, une plus grande croissance économique, des missions d'intérêt général préservées.

Les techniques juridiques de cohérence entre régulations nationales et communautaires

L'articulation des autorités nationales et de la Commission dans la mise en œuvre des politiques communes *

Jean-Yves Chérot

*Professeur à l'Université de droit, d'économie et des sciences
d'Aix-Marseille, Laboratoire de théorie du droit, EA 892*

Précisions sur le sujet. On entend par régulation la mise en œuvre d'un cadre réglementaire¹.

* Après que ce rapport ait été présenté oralement et réécrit en vue de sa publication, les questions ici abordées ont fait l'objet d'un substantiel rapport de C. Stoffaës, *Vers une régulation européenne des réseaux*, juill. 2003. Ce rapport avait été demandé par la ministre déléguée aux affaires européennes dans le cadre de la préparation de la réponse du gouvernement français au livre vert de la Commission sur les services d'intérêt général.

1. Le terme de « régulation » vise moins le cadre réglementaire qui entoure le fonctionnement des activités économiques réglementées que le processus de « mise en œuvre » du cadre réglementaire. Pour une telle distinction entre le cadre réglementaire lui-même et la régulation relevant d'une fonction de mise en œuvre d'objectifs définis dans le cadre réglementaire, v. rapport Bergougnoux, *Services publics en réseau ; perspective de concurrence et nouvelles régulations*, Commissariat général du Plan, La Documentation française, 2000. La régulation procède aussi de l'idée de découplage dans le cadre réglementaire lui-même entre des objectifs et des principes fixes et une mise en œuvre plus mouvante. Le comité des sages sur les valeurs mobilières a ainsi relevé que « les réglementations nationales concernant les marchés des valeurs mobilières sont souvent organisées avec des lois-cadres énonçant les grands principes que les autorités de régulation doivent suivre. Des pouvoirs sont ensuite conférés à ces autorités pour qu'elles transforment ces principes dans des règles quotidiennement applicables sur les marchés ». S'il y a une régulation, c'est que la mise en œuvre du cadre réglementaire ne peut relever des méthodes habituelles d'application et de développement du droit, c'est-à-dire qu'il ne peut ni être confié à une police administrative disposant d'un pouvoir discrétionnaire ni pris en charge par une réglementation précise composée de règles détaillées fixées à l'avance par le législateur et remises exclusivement aux tribunaux.

De telle sorte que l'articulation entre réglementations nationales et réglementation communautaire est moins l'articulation entre cadre réglementaire national et cadre réglementaire communautaire, mais l'articulation des autorités nationales et de la Commission européenne dans l'application d'un cadre réglementaire communautarisé. On comprendra donc ici la question de l'articulation des réglementations nationales et communautaires comme l'articulation des autorités nationales et de la Commission européenne pour la mise en œuvre d'un cadre réglementaire commun ou largement commun. Ce cadre réglementaire commun peut découler du traité, d'un règlement ou d'une directive. Une analyse différenciée des problèmes d'articulation entre réglementations nationales et communautaires selon que les autorités nationales font une application d'un cadre réglementaire communautaire ou d'un cadre réglementaire national ne se justifie pas si l'on prend en considération le fait que le cadre national est lui-même sous l'empire du droit communautaire soit parce qu'il est la transposition de directives communautaires soit parce qu'il a été influencé par le droit communautaire (comme c'est le cas des droits nationaux de la concurrence). Dans les cas où le cadre réglementaire communautaire est composé de directives et donc où la réglementation est transposée dans les ordres juridiques nationaux avec tous les choix et aménagement qui sont laissés à leur discrétion, il n'est pas exclu que les directives prévoient des pouvoirs pour la Commission européenne (voir la directive sur la sécurité des médicaments).

L'articulation des autorités nationales et communautaires dans le système du traité instituant la Communauté européenne. L'architecture de l'articulation entre autorités nationales et la Commission européenne doit être cherchée dans le système du traité et notamment dans la technique fonctionnelle d'exercice des compétences qui caractérise le système communautaire.

La mise en œuvre du droit communautaire repose sur une « administration indirecte » par la mise à disposition par les États membres de leurs autorités et de leurs techniques juridiques pour l'exécution du droit communautaire². Le rôle de la Commission est d'abord de surveiller la bonne application du droit communautaire par les autorités nationales plutôt que d'en assurer l'application elle-même par principe.

La Commission est également en charge, dans certains cas, de pouvoirs de gestion et d'un pouvoir de décision (notamment dans les domaines de la politique de

2. Si l'article 202 du traité dispose que le Conseil « confère à la Commission dans les actes qu'il adopte les compétences d'exécution des règles qu'il établit », tout en pouvant « également se réserver, dans des cas spécifiques, d'exercer directement des compétences d'exécution », le texte ne peut se lire que comme une limitation pour le Conseil de se réserver, comme il le faisait trop souvent avant que l'Acte unique européen ne modifie le traité dans le sens actuel de l'article 202, la compétence de prendre lui-même les mesures d'exécution, il ne remet pas en cause le système d'administration indirecte, les règlements de base pouvant indiquer que la mise en œuvre des règles qu'il édicte seront de la responsabilité des États membres qui sont obligés par ailleurs en vertu de l'article 10 du traité de mettre à disposition leurs institutions et leur système juridique pour assurer la réalisation du droit communautaire (principe de coopération).

concurrence, de la politique agricole commune ou de la gestion des fonds structurels). Dans ces cas, la Commission gère avec le concours de comités composés de représentants des États membres (les comités consultatifs, les comités de gestion ou les comités de réglementation, selon les cas) qui associent à l'action de la Commission les États membres³. Cette méthode dite de la « comitologie » permet de favoriser la coopération dans la mise en œuvre du droit communautaire des autorités nationales et de la Commission et participe traditionnellement et au premier chef à la solution de l'articulation des régulations nationales et communautaires.

Il faut aborder le sujet de l'articulation des régulations nationales et communautaires en gardant présent à l'esprit que le système de mise en œuvre du droit communautaire est aujourd'hui soumis à l'épreuve de nouvelles politiques communes. Si le droit communautaire institutionnel consacre depuis les origines des méthodes d'une mise en œuvre originale qui rappellent les traits que l'on découvre dans le « droit de la régulation », il est lui-même confronté, avec l'avènement de nouveaux champs de politiques communautaires (en matière de gestion des risques, de gestion des réseaux d'utilité publique, de régulation des marchés financiers), à de nouveaux défis institutionnels liés à la complexité des secteurs réglementés. Le droit communautaire est donc à la recherche de l'amélioration de ses méthodes de cohérence et de coopération, ce qui constitue d'ailleurs un des objets de la réforme institutionnelle pour une « bonne gouvernance » (v. Commission européenne, « The Future of European Regulation : a Review of the Workshop 11th June 1997 », *Working paper*, 1997).

I. LA RECHERCHE DE LA COHÉRENCE DANS UN SYSTÈME D'ADMINISTRATION INDIRECTE

Dans le système de droit commun d'administration indirecte où la Commission n'a pas de pouvoirs propres de décision dans l'application et la mise en œuvre du droit communautaire, elle peut utiliser son rôle de surveillance et de gardien de la légalité communautaire en utilisant les mécanismes de l'action en manquement d'État. Ce rôle de surveillance des autorités nationales peut être amélioré car trop souvent la Commission se limite à contrôler le fait que la législation nationale est conforme aux directives tout en laissant de côté le contrôle des mesures d'application des règles nationales de transposition. Une plus large publicité faite aux lettres d'observations

3. Si l'on met à part le cas de la politique de concurrence où les comités qui entourent la Commission ne sont que des comités consultatifs, la présence des comités s'expliquent encore très bien par le fait que la compétence d'exécution des politiques communautaires est confiée par principe aux États membres et à leurs administrations. Si le Conseil décide de donner délégation à la Commission, il paraît logique que les États conservent un droit de regard sur les décisions prises par la Commission et qu'ils l'exercent au sein de ces comités.

et aux avis motivés serait de nature à asseoir une régulation communautaire plus cohérente.

La Commission peut également « évoquer » des affaires relevant, en vertu du cadre réglementaire sectoriel, des autorités nationales de régulation en utilisant ses pouvoirs de décision au titre de la politique de concurrence. Cela est d'autant plus efficace lorsque les buts du cadre réglementaire sectoriel sont proches ou identiques à ceux du droit de la concurrence, comme c'est le cas pour la régulation des communications électroniques⁴ ou la régulation du secteur électrique.

La Commission a également recherché la cohérence dans un certain pilotage des actions des autorités nationales alors même qu'elle ne dispose pas de pouvoir de tutelle ou de pouvoir hiérarchique sur elles⁵ en se servant de la menace d'utiliser la voie de l'action en manquement et en développant, phénomène peu étudié, des techniques d'influence par voie de lettres adressées aux autorités nationales chargées de la mise en œuvre d'une réglementation.

La cohérence est également recherchée dans certains cas dans l'encadrement par les textes communautaires de la coopération des autorités nationales de régulation. Les textes prévoient la coopération par l'échange d'informations et la reconnaissance mutuelle de leurs décisions par les autorités nationales. Ils prévoient l'insertion de la Commission dans les réseaux formés par les autorités nationales en exigeant que l'information lui remonte et que la Commission diffuse ensuite l'information dans le réseau. L'article 135 du traité instituant la Communauté européenne prévoit que « le Conseil [...] prend les mesures afin de renforcer la coopération douanière entre les États membres et entre ceux-ci et la Commission » et l'article 66 du même traité

4. Le cadre sectoriel des régulations pour les réseaux d'utilité publique issu des directives communautaires ne peut porter atteinte aux règles du traité et donc aux règles de concurrence qui y sont consacrées. Par ailleurs, les textes sectoriels en matière de télécommunication n'ont pas modifié les règlements d'application des articles 81 et 82 et les règlements en matière de concentration. La Commission peut donc toujours évoquer devant elle, de sa propre initiative ou sur plainte, les questions de concurrence relatives aux secteurs régulés en faisant prévaloir le traité sur les textes et décisions internes contraires aux règles de concurrence. En fait la primauté joue et jouera moins pour écarter des décisions nationales que pour substituer à l'inaction et à la défaillance des autorités sectorielles de marché, l'initiative de la Commission. Celle-ci a naturellement développé ici une doctrine de subsidiarité dont elle s'est attachée à définir les critères (voir communication 98/C-265 « relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications »). Aussi « lorsqu'elle décidera de traiter des plaintes ou d'entamer certaines actions de sa propre initiative, la Commission tiendra compte des pouvoirs dont disposent les autorités réglementaires nationales, agissant dans le cadre ONP, pour régler les questions de concurrence ». Elle précise qu'un litige relatif à l'accès dont est saisie une « ARN » doit être résolu dans un délai raisonnable qui ne soit pas supérieur à six mois à compter de la date à laquelle l'affaire a été portée à la connaissance de ladite autorité. Si l'affaire n'a pas pu être résolue de cette manière, les droits des parties ne sont pas de prime abord protégés efficacement et la Commission ouvrirait en principe, à la demande du plaignant, une enquête en la matière selon ses procédures habituelles, après consultation de l'autorité nationale concernée et en coopération avec elle.

5. Les organes nationaux appliquent le droit communautaire sous leur propre responsabilité. La Commission n'a aucune compétence pour prendre des décisions quant à l'interprétation des dispositions communautaires, mais seulement la possibilité d'exprimer son opinion qui ne lie pas les autorités nationales (CJCE, 27 mars 1980, *Sucrimex*, 133/79, *Rec.*, p. 1295; CJCE, 18 oct. 1984, *Eurico*, 109/83, *Rec.*, p. 3581).

prévoit que le Conseil prend des mesures pour assurer une coopération entre les services compétents des administrations des États membres dans les domaines concernés par le titre IV ainsi qu'entre ces services et la Commission⁶.

En dehors même des prévisions des règlements du Conseil, la mise en réseau peut être fondée sur les obligations découlant de l'article 10 du traité qui pose le principe la loyauté des États envers la Communauté. Ce principe implique une obligation autonome de coopération des États et de leurs autorités avec la Commission, mais également, ce qui est moins remarqué, une obligation de coopération horizontale entre les autorités nationales dans la mise en œuvre de leurs obligations communautaires (v. CJCE, 11 juin 1991, *Athanasopoulos*, C-251/89, Rec., I., p. 2797).

Ces techniques sont utilisées largement dans le domaine des nouvelles régulations dans les télécommunications (Groupe de haut niveau pour les communications ou GHNC) et les marchés financiers où, à côté de comités de réglementation institués là où la Commission dispose de pouvoirs décisionnels, sont mis en place des réseaux d'autorités nationales de marché.

Ces techniques se retrouvent tout spécialement développées dans le contexte du nouveau règlement 1/2003 du 16 décembre 2002 « relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité » (JOCE L 1/1 du 4 janv. 2003) qui décentralise l'application des exemptions individuelles de l'article 81, § 3, du traité

Dans le cadre du premier règlement d'application des règles de concurrence, le règlement 17/62, l'accent avait été mis surtout sur l'association des autorités de concurrence des États membres aux procédures conduites par la Commission dans le cadre de ses pouvoirs propres de décision en la matière. Les autorités nationales se voient transmettre les pièces essentielles de chaque dossier et elles peuvent se faire représenter lors des auditions orales des entreprises. Elles peuvent faire connaître leur avis sur les avant-projets de décisions individuelles dans le cadre des comités consultatifs en matière d'ententes et de positions dominantes. Bien sûr la Commission avait également cherché à développer le rôle des autorités nationales, en adoptant diverses techniques pour faciliter, dans le contexte du règlement 17/62, leur marge de manœuvre pour traiter des dossiers qu'elles sont le mieux placées pour traiter (communication de la Commission « relative à la coopération entre la Commission et les autorités de concurrence des États membres pour le traitement d'affaires relevant des articles 85 et 86 du traité », JOCE C-313/3 du 15 oct. 1997). La Commission avait souhaité également voir la Communauté se doter d'un réseau d'autorités associant la Commission et les autorités nationales de concurrence. L'année

6. Voir le règlement 515/97 du 13 mars 1997 (JOCE L 82/1 du 22 mars 1997) « relatif à l'assistance mutuelle entre les autorités administratives des États membres et à la collaboration entre celles-ci et la Commission en vue d'assurer la bonne application des réglementations douanière et agricole ». Voir aussi la directive 89/608 du 21 novembre 1989 « relative à l'assistance mutuelle entre les autorités administratives des États membres et à la collaboration entre celles-ci et la Commission en vue d'assurer la bonne application des législations vétérinaires et zootechniques » (JOCE L 351 du 2 déc. 1989).

2000 a vu le lancement de l'ECA, association des autorités européennes de concurrence. En 2001, l'ECA a tenu ses deux premières réunions internationales et à la réunion de Dublin, elle a adopté une recommandation sur les principes gouvernant la clémence.

Le règlement 1/2003 maintient encore un rôle important pour la Commission, mais ce rôle ressemble plus à son rôle normal de surveillance et d'encadrement des autorités nationales qu'à un rôle de gestion directe. L'application uniforme du droit communautaire de la concurrence sera assurée par le développement des règlements communautaires d'exemption et l'adoption par la Commission de lignes directrices. Il est aussi prévu que la Commission conserve le pouvoir de dessaisir une autorité de concurrence nationale en ouvrant elle-même une procédure. Lorsque la Commission intervient dans une affaire individuelle, de façon qui sera en principe exceptionnelle, le nouveau système conserve l'institution du comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes, créé par le règlement 17 et qui s'est révélé satisfaisant selon l'appréciation même des motifs du nouveau règlement. Le nouveau règlement développe surtout les instruments juridiques donnant leur force au nouveau réseau des autorités publiques appliquant les règles de concurrence communautaires en mettant en place des mécanismes d'information et de consultation portant sur des faits même confidentiels et en prévoyant la possibilité au sein de réseau de reconnaître à une seule autorité publique nationale la compétence pour traiter une affaire.

II. LA RECHERCHE DE COHÉRENCE DANS LE CONTEXTE D'UNE PLUS GRANDE CENTRALISATION DANS LA MISE EN ŒUVRE DU CADRE COMMUNAUTAIRE

La mise en œuvre par le système de l'administration indirecte n'est peut-être pas pleinement adaptée à l'avènement d'une véritable régulation qui, dépassant la distinction classique entre l'action législative et sa mise en œuvre individuelle ponctuelle, suppose une action de type continu mobilisant des fonctions différentes, un pouvoir réglementaire, le droit de prendre des mesures d'application individuelle et le règlement des litiges. Le modèle de l'administration indirecte avec une simple surveillance par la Commission et une coopération entre autorités nationales doit être dépassé, le processus de régulation permettant d'étirer les fonctions et donc l'étalement des responsabilités en y incluant plus largement la Commission ou de nouveaux organes communs du type de l'« agence européenne ».

L'ÉVOLUTION DANS L'INSTITUTIONNALISATION DE LA RÉGULATION DANS LE DOMAINE DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES

Les études menées sur l'évaluation d'une autorité européenne des télécommunications font apparaître que les acteurs du marché, bien qu'ils soient en faveur d'une plus grande participation de l'Union européenne en vue d'une application homogène du cadre réglementaire des communications électroniques, ne sont pas favorables à la création d'une autorité réglementaire indépendante à l'échelle de l'Union européenne. L'opinion majoritaire qui se dégage des études menées à la demande de la Commission est que certaines fonctions réglementaires ne peuvent être exercées de façon optimale qu'au niveau de l'Union, mais que cela ne doit pas entraîner nécessairement la création d'une nouvelle autorité. Cela doit se faire plutôt par le truchement de dispositions institutionnelles appropriées⁷.

La Commission accepte les conclusions de l'étude et conclut que la mise en place d'une nouvelle institution communautaire serait disproportionnée par rapport au nombre limité de problèmes qui pourraient être réglés plus efficacement au niveau communautaire qu'au niveau national. Elle se range donc à l'idée d'une simple amélioration du cadre institutionnel existant, en insistant sur l'utilité d'une meilleure utilisation par la Commission du recours en manquement, d'une meilleure coordination entre les autorités réglementaires nationales (les « ARN ») et les autorités de concurrence, y compris entre les ARN et la Commission européenne, d'une meilleure coopération entre les ARN pour résoudre les problèmes liés aux divergences d'interprétation et d'application de la législation européenne. Elle précise que le modèle réglementaire esquissé dans les nouvelles propositions de la Commission et qui implique une délégation accrue des pouvoirs décisionnels aux ARN exige en contrepartie un mécanisme d'équilibrage, sous la forme d'une plus grande coordination des décisions et des positions des ARN au niveau de l'Union européenne⁸.

En conséquence la Commission propose d'envisager, sur la base du système institutionnel existant, une structure comportant deux volets, avec, d'une part, un comité formel composé de représentants de la Commission et des États membres et travaillant selon les dispositions sur la comitologie⁹, le Comité des communications (le « COCOM ») qui interviendrait à la fois dans un rôle consultatif et dans un rôle réglementaire lorsque la Commission se serait vue reconnaître le pouvoir de prendre des mesures obligatoires et, d'autre part, un groupe de haut niveau pour les commu-

7. Rapport sur la valeur ajoutée d'une telle autorité, voir <http://europa.eu.int/ISPO/infosoc/telecompolicy/en/erastudy.pdf>. v. également la communication de la Commission, « Vers un nouveau cadre pour les infrastructures de communications électroniques et les services associés », Réexamen 1999 du cadre réglementaire des communications, COM (1999) 539, point 2.5, p. 8 et point 4.8.1., p. 57 et s.

8. « Cette coordination devrait en premier lieu reposer sur l'établissement de consensus entre les autorités réglementaires européennes par lesquels toutes les parties intéressées sont en mesure de préciser leurs vues. Ce système consensuel ne serait cependant entièrement efficace que s'il était appuyé par la possibilité de donner force légale aux décisions. »

9. Sur le fonctionnement des comités, voir décision 1999/468/CE du 28 juin 1999.

nications (le « GHNC »), composé des autorités réglementaires nationales et de la Commission. La cohérence est recherchée dans des pouvoirs d'encadrement et de surveillance des autorités nationales de régulation reconnus à la Commission européenne. La régulation comprend l'usage des instruments que sont les recommandations et les lignes directrices, sans force contraignante, élaborées par la Commission et auxquelles les directives renvoient ou vont renvoyer de plus en plus. Dans la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 « relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et les services de communications électroniques » (JOCE L 108/33 du 24 avr. 2002), il est prévu que la Commission intervienne en amont de la procédure de définition des « entreprises puissantes » sur le marché. L'article 14 prévoit que la Commission prend une décision sur les marchés pertinents de produits et de services. Cette décision, adressée aux États membres, recense les marchés de produits et de services dans le secteur des communications électroniques dont les caractéristiques peuvent justifier l'imposition d'obligations réglementaires fixées dans les mesures particulières, sans préjudice des marchés qui peuvent être définis dans le cadre d'affaires spécifiques en droit de la concurrence. Il est également prévu que la Commission publie des lignes directrices sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché.

De plus, sur amendement du Parlement européen, l'article 8 de la même directive 2002/21 prévoit que la Commission devient pour certaines décisions un super-régulateur qui doit être tenu informé par les autorités réglementaires nationales de leurs projets de décisions et qui peut, dans certains cas, prendre une décision demandant aux autorités nationales de retirer leur projet.

LA RÉGULATION DES RISQUES

Il est des cas où l'on ne s'est pas résolu à laisser au niveau national les décisions fondamentales. Devant les limites de la coordination des autorités nationales et des mécanismes de reconnaissance mutuelle, le législateur communautaire a transféré des pouvoirs de décision à la Commission par exemple en ce qui concerne l'autorisation de mise sur le marché de médicaments (règlement 2309/93 du Conseil du 22 juillet 1993). Cependant l'intervention de la Commission se déroule selon la technique d'un comité de réglementation (articles 72 et 73 du règlement). Il est également prévu que l'intervention de la Commission soit précédée de l'avis scientifique d'un comité scientifique, instance d'une nouvelle agence indépendante, l'agence pour l'évaluation des médicaments composée de deux experts par États membres et qui facilite la coordination des administrations nationales et l'émergence d'une culture administrative commune permettant de parvenir à une uniformité dans l'application du droit communautaire (v. O. de Schutter, « La procéduralisation dans le droit européen. Propositions institutionnelles », in *La gouvernance dans l'Union européenne, Les cahiers de la cellule de prospective*, OPOCE, 2001, p. 229).

LA MONTÉE EN PUISSANCE DE LA COMMISSION ET DU COMITÉ DES VALEURS MOBILIÈRES DANS LA RÉGULATION DES MARCHÉS FINANCIERS

Il existe encore d'autres situations où l'on voit s'étirer le processus de régulation, comme c'est le cas dans la régulation des marchés financiers où, sur la base du rapport du comité des sages présidé par Lamfalussy, on va, avec la nouvelle directive sur les abus de marché, vers le découplage de la législation communautaire entre une directive cadre qui fixe des principes généraux et une ou des directives d'application s'interposant entre la directive cadre et les textes et autorités nationales destinés à réagir avec plus de rapidité aux évolutions rendues nécessaires par les changements du système contrôlé. La distinction trop stricte entre législation et application se révèle inadaptée aux exigences de la régulation. La directive propose que ce soit le comité européen des valeurs mobilières (créé par décision de la Commission du 6 juin 2001, JO L. 191/45 du 13 juill. 2001) qui joue le rôle de comité de réglementation. Le comité européen des valeurs mobilières peut apparaître comme un véritable régulateur européen.

LES AGENCES EUROPÉENNES

Entre une dispersion de la régulation entre les autorités des États membres et une recentralisation entre les mains de la Commission, il y a place également pour une solution « intermédiaire » de décentralisation technique qui est celle des agences européennes. Les expériences sont déjà anciennes, mais qui ne constituaient pas un modèle avant que la doctrine ne tente de structurer l'image de telles institutions. Les agences de régulation commencent à voir le jour¹⁰ en même temps qu'apparaît une défense de cette solution par la doctrine¹¹.

Le développement des agences de régulation se heurte à une objection tirée de ce que les pouvoirs de la Commission sont protégés par le traité. La création des

10. V. la proposition de règlement relatif à la future agence pour la sécurité aérienne, COM (2000) 01444 final.

11. Renaud Dehousse, « Regulation by Networks : The Role of European Agencies », *European Journal of Public Policy*, 4, 1997/2, p. 240; même auteur, « Avantages et inconvénients de la délégation à des agences autonomes », Groupe Jean-Monnet sur la gouvernance dans l'Union européenne, chercher à <http://europa.eu.int/comm/dg10/university/gov/dehousse.html>; Giandomenico Majone, « The New European Agencies : Regulation by Information », *Journal of European Public Policy*, 4, 1997/2, p. 262; du même auteur, *La Communauté européenne : un État régulateur*, Montchrestien, 1996; Alexander Kreher, « Agencies in the European Community. A Step towards Administrative integration in Europe », *Journal of European Public Policy*, 4, 1997/2, p. 225; Olivier De Schutter, « La procéduralisation dans le droit européen. Propositions institutionnelles », dans La gouvernance dans l'Union européenne, *Les cahiers de la cellule de prospective*, OPOCE, 2001, p. 229. v. également *Les agences de l'Union européenne*, études coordonnées par Jean-François Couzinet, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, 306 pages.

agences ne doit pas remettre en cause le principe dit de « l'équilibre institutionnel ». Dans l'arrêt du 13 juin 1958, *Meroni* (9/56, *Rec.* p. 11), la Cour de justice des Communautés européennes avait jugé d'une part, « que les conséquences résultant d'une délégation de pouvoirs sont très différentes suivant qu'elle vise des pouvoirs d'exécution nettement délimités et dont l'usage, de ce fait, est susceptible d'un contrôle rigoureux au regard de critères objectifs fixés par l'autorité délégante, ou un pouvoir discrétionnaire, impliquant une large liberté d'appréciation, susceptible de traduire par l'usage qui en est fait une véritable politique économique » et, d'autre part, « que la délégation d'un pouvoir discrétionnaire en le confiant à des autorités différentes de celles qui ont été établies par le traité pour en assurer et en contrôler l'exercice dans le cadre de leurs attributions respectives, porterait atteinte » à la « garantie fondamentale » accordée par le traité que constitue « l'équilibre des pouvoirs, caractéristique de la structure institutionnelle de la Communauté ».

Mais l'on ne peut opposer la jurisprudence *Meroni* à la création des agences dès lors que la constitution de ces agences européennes a moins pour objet d'enlever des compétences à la Commission que de mieux coordonner des décisions prises jusque-là au niveau national. Avec la création des agences, la Commission éviterait d'avoir à s'alourdir avec de nouvelles compétences de gestion, tout en pouvant mieux se recentrer sur ses missions historiques de programmation et de surveillance. Les limites aux pouvoirs formels des agences n'enlèvent en rien par ailleurs l'intérêt institutionnel de la création et de leur développement. Giandomenico Majone a bien relevé que si les agences de l'Union ne possèdent guère de compétences allant au-delà de la quête d'information et de sa diffusion et si elles ne peuvent se comparer ni aux agences de régulation américaines ni aux autorités de marché nationales, il ne faut pas négliger la force d'impact de la régulation par l'information.

REMARQUES FINALES

Le droit institutionnel communautaire est dominé par un certain fonctionnalisme où dominant des techniques originales de fonctionnement avec la directive, l'administration indirecte, le principe de coopération loyale des États membres, la comitologie, les agences communautaires, les réseaux informels des autorités nationales, la gamme variée et subtile des fonctions et des prérogatives de la Commission européenne avec en complément l'idée de régulation par l'information, de reconnaissance mutuelle des décisions nationales, etc. On a le tableau d'une organisation de la mise en œuvre fondée sur autre chose que la centralisation et la hiérarchie ou la tutelle, mais sur l'idée de régulation et de réseaux. Il est notable que le droit communautaire institutionnel académique est assez peu formaliste et qu'ici dogmatique juridique et fonctionnalisme se recouvrent plus qu'ils ne s'opposent.

Le nouvel art législatif requis par les systèmes de régulation économique

Marie-Anne Frison-Roche

*Professeur des Universités à Sciences-Po,
directeur du Forum de la régulation*

1. – La place de la loi dans les secteurs économiques régulés est ambiguë. On dit la loi souvent malmenée par les nouveaux modes juridiques de régulation économique, dont les règles émergent plutôt par décantation, du rapprochement de multiples décisions, voire d'une *soft law*, mélange de lignes directrices, de rapports annuels, voire de déclarations de presse, *soft law* le plus souvent produite par les régulateurs indépendants eux-mêmes. Les Parlements nationaux se tiennent plutôt cois, et ce d'autant plus que leur intervention se résume souvent à des transpositions de textes communautaires, dans un rôle qui serait donc d'intendance, voire de détail.

Pourtant, il est rare que l'importance de la loi soit contestée, non seulement parce qu'elle formule les règles générales du jeu, qu'elle est l'acte d'ouverture de la transformation de l'organisation des secteurs, par exemple la loi du 20 juillet 1996 pour l'ouverture à la concurrence des télécommunications, la loi du 10 février 2000 pour celle du secteur électrique ou la loi du 3 janvier 2003 pour celle du gaz, mais encore parce qu'elle transmet aux régulateurs une légitimité de même nature que la sienne, dès l'instant que le régulateur a été institué par la loi.

La loi fournirait au système un principe de légitimité globale par la source. Ainsi, ce qui est désigné comme de l'autorégulation n'est pas tant l'exclusion du droit, les systèmes autorégulés n'étant pas régis uniquement par des usages ou des organes spontanément constitués entre opérateurs mais fonctionnant encore et notamment grâce aux contrats, dont nul ne doute de la juridicité. L'autorégulation qui prétend à l'ex-

clusion du droit ne vise en réalité que celle de la loi¹. Ce faisant, l'autorégulation se réfère *a contrario* et implicitement à la conception la plus traditionnelle et romaniste d'un droit exprimé tout entier par la loi.

Plus concrètement, et ce même dans les systèmes anglo-américains, la loi est de plus en plus présente dans les systèmes régulés en raison des crises de ceux-ci. Aussi bien en matière énergétique qu'en matière financière, par une sorte de réflexe, on évoque non seulement la nécessité de lois nouvelles mais encore de lois qui se haussent dans la hiérarchie des normes, loi désormais fédérale pour les États-Unis, texte désormais communautaire pour l'Europe.

Il n'empêche qu'une sorte de nostalgie de la loi effleure de beaucoup d'études sur les nouveaux systèmes de régulation, comme quelque chose de perdue et de regrettée. Comment expliquer cette impression de perte à propos d'un procédé toujours présent ? Sans doute parce que les secteurs régulés ne font pas reculer la loi mais requièrent une autre façon de faire la loi. Il s'agit ici d'explicitier ce passage, non pas du règne de la loi vers sa disgrâce, mais plutôt d'une conception traditionnelle de la loi, principalement hiérarchique et nationale, vers un nouvel art législatif, profondément dialogique et ayant perdu son intimité avec la souveraineté.

I. L'ART LÉGISLATIF TRADITIONNEL RENOUVÉ PAR UNE CONSTRUCTION NORMATIVE PLANE ET ARGUMENTATIVE DE LA RÉGULATION

2. — La structure pyramidale des normes juridiques trouve mal à s'appliquer en matière de régulation, non pas seulement parce que, d'une façon générale, c'est celui qui applique au plus près des cas la règle qui tient celle-ci — ici, le régulateur —, mais encore parce que l'appareillage juridique des secteurs régulés est un mixte de pratiques et de prescriptions, dans lequel chacun peut tenir son rôle, « chacun en ce qui le concerne » pour reprendre cette expression législative que l'on trouve notamment dans la loi du 10 février 2000 sur le secteur électrique. Ainsi, pour un même objet, vont intervenir des pouvoirs normatifs très divers, mêlés à des discours que tiennent des personnes non expressément titulaires de la puissance de faire des règles juridiques générales, comme les entreprises ou ceux qui émettent des opinions. La régulation peut être dite « plane » car la règle se constitue non pas en réplique d'une hiérarchie entre les pouvoirs, ce qui conduirait à imposer simplement ce que dit la personne la plus haut placée, mais par ajustement des pertinences attachées à la substance de ce qui est proposé par chacun².

1. C'est pourquoi le mouvement par lequel le législateur envisage d'intervenir peut être décrit comme allant de « l'autorégulation à la loi ». V. d'une façon exemplaire, P. Clément, *Gouvernement d'entreprise : liberté, transparence, responsabilité. De l'autorégulation à la loi*, rapport d'information n° 1270, AN, déc. 2003.

2. V. d'une façon explicitée *infra* n° 8 et s.

3. – D'ailleurs, s'il en était différemment, alors seul le droit communautaire vaudrait, parce qu'il a été le point de départ des nouvelles règles juridiques des industries de réseaux et qu'il reprend aujourd'hui la main en matière de régulation bancaire et financière. Or, contrairement à l'affirmation courante mais trop radicale d'une inversion des pouvoirs entre États nationaux et organes communautaires, les législateurs nationaux ne sont pas les simples exécuteurs des décisions prises à l'échelle européenne ou internationale et la pratique montre au contraire les marges toujours laissées dans les textes aux États. Pour jouer ce rôle, encore faut-il que les législateurs nationaux ne demeurent pas attachés à une conception de l'autorité attachée à la place et au titre, celle-ci, en raison de la perte de souveraineté, les conduisant à une sorte d'autocensure normative. Elle s'avère injustifiée si l'on arrive précisément à concevoir moins intimement législation, souveraineté.

A. LA NOUVELLE CONCEPTION DE L'AUTORITÉ, EN RECHANGE DE LA SOUVERAINÉTÉ

4. – Dans un système de droit dont les sources sont hiérarchisées, l'autorité s'exerce du haut vers le bas, et tient du seul fait de la position respective des personnes³ ou des institutions en cause⁴. L'autorité a l'avantage d'engendrer de l'indiscutable, donc de la simplicité, mettant hors du doute la détermination de qui doit exercer l'autorité et de qui doit la subir, de la même façon que ne doit pas être discuté le contenu même de la prescription émise⁵. Dans ce système d'assujettissement hiérarchique, le premier acteur est déterminé par la souveraineté, qui permet par exemple à l'État d'être maître chez lui⁶.

5. – Ce schéma est écorné par la construction européenne et par l'interdépendance internationale. Il est presque laissé de côté dans les matières qui nous intéressent, dès l'instant qu'on a quitté le couple monopole/tutelle pour aller vers le couple concurrence/régulation⁷. Pourtant, l'autorité est plus qu'ailleurs le cœur du bon fonctionnement des secteurs régulés, parce que les acteurs sont suffisamment puissants et stratégiques pour disposer des moyens d'échapper à la règle. L'autorité doit donc

3. V., par ex. Cl. Bontems (dir.), *Le juge : une figure d'autorité*, L'Harmattan, 1996. Cela n'est d'ailleurs pas sans lien avec l'aptitude du juge à se faire respecter et à concrétiser des règles, ce qui le rend au sens large « acteur de la régulation sociale ». V. dans ce sens et dans cet ouvrage, le chapitre « Le juge acteur de la régulation sociale » (p. 235-265). V. aussi A. Kojève, *La notion de l'autorité*, 1942, édité en 2004, Gallimard, coll. « Bibliothèque des idées ».

4. V., par ex. Logique, hiérarchie et dépendance des sources de droit, in *Lire le droit. Langue, texte, cognition*, LGDJ, 1992, p. 121 s.

5. V., par ex., W. Baranès et M.-A. Frison-Roche, *L'autorité en droit*, in *Tout négocié*, Éditions Autrement, 1996, p. 45-59.

6. Mais l'on pourrait dire la même chose pour le contrat, cette « petite loi » entre les parties, dans lequel celles-ci sont souveraines.

7. Tutelles et régulations comparées, in *Services publics comparés en Europe : exception française, exigence européenne*, travaux de la promotion Marc Bloch, ENA, t. II, p. 486-561, La Documentation française, 1997.

prendre le relais de la force hiérarchique, l'autorité permettant à la règle d'impressionner les parties prenantes et de rendre moins indispensable une puissance séculière dont la globalisation a grandement réduit le bras. Le droit peut produire ce type d'autorité mais il n'en a pas le monopole et, même dans la perspective juridique, ce n'est plus la même autorité que celle qui s'appuie sur la force hiérarchique, fût-elle la puissance légitime de la loi.

6. – Ainsi, le président Jorge Vascongelos, étudiant la relation entre les théories politiques de l'autorité, notamment celle de Hanna Arendt, et ce qui fait autorité dans les systèmes de régulation économique, affirme que l'autorité du système de régulation demeure dans l'extériorité du régulateur par rapport au système même — ce que l'on pourrait désigner comme l'impartialité du régulateur — mais aussi dans les contraintes qui limitent l'exercice de son pouvoir⁸. Il n'y a d'autorité que distante — même si cette distance doit être en outre intériorisée par les destinataires — et limitée.

7. – Cette distance explique la mise en place même de régulateurs indépendants, dès l'instant que l'État conserve par ailleurs la maîtrise d'un opérateur en concurrence⁹, ce qui lui ôte l'impartialité requise dans l'élaboration des règles. Pourtant, selon ce même critère premier de la distance, le législateur conserve sa place en tant qu'il représente la défense de l'intérêt général, dans et au-delà du secteur, alors que le régulateur n'est en charge que de l'intérêt collectif du secteur¹⁰. Ainsi, la régulation fait reculer le pouvoir du Gouvernement, dès l'instant que le maintien d'opérateurs publics le met en conflits d'intérêts, mais supporte le pouvoir du législateur. Le principe influe encore sur l'organisation même du régulateur, qui doit lui aussi être distant. Sa distance à l'égard du secteur, forme institutionnelle de l'impartialité, est plus difficile que celle du législateur puisque le régulateur est plus proche du secteur, voire se meut à l'intérieur de celui-ci. Pour l'obtenir, la confrontation des expériences, notamment en Angleterre et en France, conduit à une préférence pour une organisation bureaucratique¹¹ et collective de l'autorité de régulation, autour d'un collègue, modèle aussi bien adopté aux États-Unis qu'en France, que par un régulateur de type charis-

8. J. Vascongelos, L'autorité de la régulation à travers le rapport du régulateur et de l'État, Forum de la régulation du 24 juin 2002, résumé in L'autorité de la régulation, *Les Annonces de la Seime*, 11 juill. 2002. V. aussi A. Kojève, préc.

9. V., par ex., Pourquoi des autorités de régulation ?, in *Le Politique saisi par l'économie*, Economica, 2002, p. 271-285.

10. Pour l'étude économique de ces notions familières au juriste, v. J.-J. Laffont, Intérêt général et intérêts particuliers, in *L'intérêt général*, rapport annuel du Conseil d'État, La Documentation française, 1999, p. 421-428.

11. Terme qui renvoie ici aux conceptions de Max Weber qui soulignait le progrès opéré par le passage d'un système dans lequel les décisions étaient prises dans un rapport interpersonnel entre celui qui sollicitait la décision et celui qui la formulait, vers un système neutre au sein duquel l'agent applique la règle hors d'une relation personnelle avec le destinataire de la décision. Ce progrès mérite d'être conservé, ce qui explique l'abandon du régulateur-personne isolée. V. par ex., M. Coutu, *Max Weber et les rationalités du droit*, LGDJ, coll. « Droit et société », 1995.

matique, personne physique à fort crédit mais qui est trop sujette à pression et à erreur, du seul fait qu'elle est seule¹².

8. – Dans le même temps, l'autorité et le bon fonctionnement du système de régulation reposent sur l'aptitude de chacun à prendre la parole dans une discussion incessante et à fournir les raisons pour lesquelles les intérêts défendus sont légitimes, échanges d'arguments qui, mis en balance, permettent au système de fonctionner. L'autorité provient alors de l'aptitude d'une institution à prendre en considération les intérêts justifiés de tous les autres. Cela est particulièrement net à propos des marchés financiers¹³, notamment dans le rôle que le régulateur accorde au consensus de place. Cette fonction de prise en parole peut être plus particulièrement exercée par le président de l'autorité de régulation, ce qui place alors le système entre une conception de neutralité bureaucratique et une conception de prestige charismatique, situation usuelle dans le système nord-américain des autorités de régulation.

9. – Dans ces nouvelles organisations, le législateur national ne peut plus guère s'appuyer sur une logique de souveraineté et d'une parole présentée comme naturellement impérative¹⁴. En outre, il est fréquent que les secteurs régulés dépassent techniquement les frontières territoriales, alors même qu'une conception traditionnelle de la loi maintient une segmentation des marchés dont les frontières du droit sont autant de contours, comme l'ont montré les processus d'attribution des licences de téléphonie UMTS : le pouvoir des Gouvernements nationaux d'attribuer les droits a fortement contribué à enfermer les marchés de téléphonie dans des frontières nationales¹⁵. L'art législatif adéquat doit pourtant viser à ce que les marchés prennent une dimension européenne et il peut y contribuer par la formulation qu'il en a : il est ainsi souvent souligné que doit se constituer un droit européen de la régulation financière pour que les frontières du marché financier s'étendent dans la création d'une véritable place financière européenne intégrée. Il ne s'agit plus tant d'une remise en cause destructrice des souverainetés mais d'un partage du pouvoir entre espaces normatifs poreux entre eux, entre l'espace national, communautaire, international et global.

10. – Dans ces conditions, le rôle du législateur n'est plus tant d'imposer, par la puissance de sa propre souveraineté ou par l'obéissance à une source de droit supérieur,

12. On observa que, en Angleterre, des réformes législatives successives ont remplacé ces régulateurs solitaires par des structures administratives, par exemple la *Financial Services Authority*, créée en 1998. Sur ce mouvement, v. C. MacCarthy, *Why Independent Regulators?*, in *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Dalloz-Presses de Sciences-Po, coll. « Thèmes et commentaires », série « Droit et économie de la régulation », 2004, p. 54-64.

13. Lorsque l'article 1^{er} de la loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003 confie à l'Autorité des marchés financiers le soin de « contribuer à la régulation européenne et internationale des marchés », il emprunte une logique de ce type. Pour une analyse de sociologie juridique, v. Esquisse d'une sociologie du droit boursier, in *Sociologie du droit économique*, *L'Année sociologique*, 1999, 49, n° 2, p. 457-494.

14. Sur cette scission entre le législatif et l'impératif, v. J.-M. Auby, *Prescription juridique et production juridique*, in F. Chazel et J. Commaille (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, coll. « Droit et société », 1991, p. 159-170, soulignant notamment le lien avec l'instrumentalisation du droit (p. 166).

15. V. N. Curien, *Enchères et télécommunications. Échec et leçons*, ce volume.

mais bien plutôt de concevoir et de dire, ce qui lui permet d'être lui-même moins dépendant des frontières. Ainsi, la régulation des secteurs s'opère en adoptant des principes d'intelligibilité et des règles de comportement. Le plus souvent, ces lignes directrices émanent des autorités de régulation elles-mêmes, notamment parce que le style bureaucratique s'associe aisément avec l'ambition pédagogique¹⁶. Peu accoutumé à cet art de la mise en cohérence et en principe des règles, parce que l'exercice renvoie à la doctrine plus qu'à la loi, les législateurs sont muets tandis que les régulateurs émettent les règles générales sur lesquelles les opérateurs s'ajustent. Il pourrait en être autrement.

B. LES QUALITÉS DU DISCOURS LÉGISLATIF REQUISES POUR PARTICIPER AU « CONCERT DE LA RÉGULATION »

11. — Puisque les règles de la régulation se cristallisent par la discussion de tous avec tous, on peut remplacer la figure de la hiérarchie par celle du « concert ». Cette organisation normative du concert va au-delà de celle du dialogue¹⁷ puisqu'à partir d'acteurs plus nombreux et plus diversifiés que le législateur et les cours de justice, les règles émergent à travers des ajustements de prétentions — ce qui permet aux opérateurs et aux personnes non désintéressées de participer aussi au concert normatif —, prétentions qui n'ont pas besoin d'être impartiales et qui sont prises en considération à l'aune de la solidité des justifications qui peuvent y être apportées.

12. — Il est d'ailleurs remarquable que la doctrine juridique pense dans les mêmes termes l'évolution de l'art législatif et de ce que l'on pourrait désigner comme « l'art de régulation ». Conceptuellement, la notion de cocréation de la loi et celle de corégulation sont analogues¹⁸. Mais la cocréation normative et la corégulation souffrent de la même faille, celle qui consiste à mettre le législateur à la même place que les autres. Pourtant, même dans un système de régulation plane, le législateur demeure dans sa spécificité et le fait qu'il soit législateur et pas autre chose ne doit pas être excessivement neutralisé. En effet, c'est le législateur qui doit donner les points de

16. A. Viandier, La crise de la technique législative, in *Crises dans le droit*, *Droits*, n° 4, 1986, p. 75-80.

17. Sur la conception « dialogale », v. F. Jacques, *L'espace logique de l'interlocution*, PUF, 1985. Sur son application au droit, *Dialogue, dialectique en philosophie et en droit*, Archives de philosophie du droit, t. 29, Sirey, 1984, et spécialement F. Jacques, Dialogue exige ; communicabilité et dialectique, p. 7-25, exposant la place des intérêts dans le dialogue (p. 16 s. et p. 24).

18. Il est remarquable qu'un même auteur, Gérard Timsit, ait tout à la fois décrit cette évolution de l'art législatif (*Gouverner ou juger. Blasons de la légalité*, PUF, coll. « Les voies du droit », 1995, notamment les développements sur la transdiction de la loi par le juge, p. 46 et s.), et étudié l'évolution des systèmes de régulation à travers la philosophie politique et la technique juridique (*L'archipel de la norme*, PUF, coll. « Les voies du droit », 1997, p. 161 et s.). V. encore Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation, RFAP, 1996, p. 375 et s.

repère du système¹⁹. Il le fait non tant parce qu'il ordonne mais plutôt parce qu'il justifie lui-même le système.

13. – Il convient d'expliciter cette place des justifications de la loi dans les systèmes de régulation parce que, dans sa conception traditionnelle, l'acte législatif ne nécessite pas de motivation, voire l'exclut, parce que la souveraineté et la bonne place dans la hiérarchie des pouvoirs suffiraient²⁰. De la même façon, les régulations n'ont pas toujours intégré l'obligation de justifier la règle. En effet, même lorsque l'organisation n'est pas de type hiérarchique, il suffit que les régulations soient fermées sur elles-mêmes et construites donc sur le principe de l'entente entre les opérateurs²¹, l'intérêt commun à ceux qui décident ou le pur jeu des puissances pouvant suffire à engendrer la règle.

14. – Mais, de la même façon que le principe hiérarchique s'efface, le mécanisme de régulations closes sur elles-mêmes — auquel renvoie principalement l'idée d'autorégulation — est aujourd'hui en très fort recul. Celui-ci prend la forme d'une ouverture des processus de régulation eux-mêmes à d'autres que les professionnels impliqués, soit, à tout le moins, la soumission des prises de décisions au regard d'autrui, à travers l'obligation de transparence. La transparence conduit les différentes autorités, quand bien même elles conservent le pouvoir, à justifier à l'égard de l'extérieur ce pourquoi elles décident. La transparence, principe clé des nouveaux systèmes de régulation, permet non pas seulement le contrôle *a posteriori* du système mais contraint ceux qui s'y meuvent à justifier par avance ce qu'ils y obtiennent.

15. – Cela est vrai aussi pour le législateur. L'obligation de justifier ce pour quoi la règle est adoptée ne résulte donc plus d'une infériorité dans la hiérarchie des organes normatifs, elle exprime une nouvelle façon de rendre des comptes. Prenons un exemple : lorsque le législateur adopte une règle différente de celle qui est communément admise en Europe ou dans d'autres systèmes, il ne s'agit pas tant de mesurer son droit de le faire au regard de la hiérarchie internationale des normes mais plus simplement, et d'une façon plus contraignante aussi, d'expliciter pourquoi il le fait. Ainsi, si la loi du 1^{er} août 2003 opéra dans l'Autorité des marchés financiers la fusion de la Commission des opérations de bourse et du Conseil des marchés financiers, cela tient à la principale raison qu'il n'y avait pas de raisons techniques à avoir deux institutions alors qu'à l'étranger il n'y en avait qu'une²².

19. Sur cette importance des points de repères dans des systèmes juridiques dont les règles sont continuellement modifiées, v. P. Livet, *Argumentation et révision dans l'espace juridique*, in P. Livet (dir.), *L'argumentation. Droit, philosophie et sciences sociales*, Les Presses de l'Université de Laval, coll. « Diké », 2000, p. 179-214.

20. M. Bastit, *Naissance de la loi moderne*, PUF, coll. « Léviathan », 1990. V. aussi, A.-M. Leroyer, *La motivation de la loi*, in *La motivation*, Travaux de l'association H. Capitant, Journées nationales, t. III, LGDJ, 2000, p. 87-105.

21. Ce qui rend si difficile l'articulation entre le principe de concurrence et l'organisation bancaire. Cela est vrai qu'il s'agisse des sanctions des comportements anticoncurrentiels ou du contrôle des concentrations entre établissements de crédit.

22. Cette façon de faire n'est pas sans danger. Elle suppose que ce qui est le plus en usage est ce qui est meilleur. On en revient à l'idée rousseauiste que la majorité a raison puisqu'elle est la majorité.

16. – Dès lors, le législateur doit justifier ce qu'il fait, rendre intelligible ce qu'il décide et sera d'autant plus puissant dans le système qu'il sera apte à donner de la cohérence et de la clarté à des systèmes de régulation qui ne cessent de se compliquer. C'est pourquoi les travaux préparatoires, qui rendent intelligibles les textes, deviennent de plus en plus importants puisque l'effet des textes dépend du sens clair et cohérent qu'on peut y attacher. Il y a donc inversion de la règle classique selon laquelle les travaux préparatoires sont secondaires, puisque le sens de la règle y est scellé, ce sens qui rend efficace la règle. Ainsi, plus que jamais, la cohérence et la clarté du discours législatif, non plus tant dans la loi mais autour de la loi, sont essentielles. En cela, contrairement à l'avantage que l'on reconnaît souvent au droit anglo-américain comme plus étant adéquat aux nouvelles régulations, parce que plus détaillé et plus évolutif, la tradition romaniste d'un droit clair et ordonné est très précieuse.

17. – En outre, le principe hiérarchique est non seulement mis au second plan dans l'espace mais encore en quelque sorte dans le temps : le passé commande moins au futur, le futur précède presque le passé. L'idée paraît insensée car renvoie à l'idée qu'une loi nouvelle n'a plus même à attendre qu'une loi ancienne ait été passée pour intervenir. Il en est pourtant ainsi et cela implique une anticipation paradoxale de l'art législatif. Pour l'instant, dans les droits des secteurs régulés, le législateur intervient après l'adoption de la règle communautaire ou internationale, pour la transposer. Cela engendre une sorte de technique législative défensive, par avance organisée par les États lors de la négociation du texte supranational, pour se ménager des marges de discrétion, soit explicite par le visa de réserve, soit implicite par des confusions sciemment insérées dans les textes, de sorte que le législateur national puisse prétendre encore transposer docilement tout en choisissant en réalité la règle qui lui convient. La directive communautaire du 19 décembre 1996 est exemplaire de cela : texte sur la libéralisation, elle a pu servir de base à une loi française sur le service public²³.

18. – Cette conception défensive souffre de ne pas encore assez anticiper. En effet, les opérateurs des secteurs régulés, eux, sont soumis à un futur à la fois étiré et figé : la tyrannie de l'investissement massif et à long terme produit des décisions présentes dont le temps pertinent est en réalité le futur lointain — celui du retour sur investissement — et un futur fixé dès le moment présent. Cette dimension capitaliste à long terme exige des opérateurs qu'ils anticipent et qu'ils jouent par rapport à la règle

est normal, c'est-à-dire dans l'usage. Cette fusion peut constituer un risque systémique pour la régulation, en raison de l'hypothèse de l'erreur massive, de type que l'on observe dans les grandes crises. Cet alignement des systèmes de régulation les uns sur les autres est encouragé fortement par les organismes internationaux, qui relaient l'association entre ce qui est répandu, ce qui est normal et ce qui doit être normatif. Le phénomène est observable pour les institutions internationales publiques, comme l'OCDE, comme privées, comme l'OICV. Il est accru par le fait que ces organismes croisent leurs réflexions.

23. M.-A. Frison-Roche, La directive relative au marché intérieur de l'électricité, en elle-même, in *La déréglementation de l'électricité : quels enjeux pour l'Europe ?*, Économies et sociétés, PUG, 1997, p. 137 et s. ; La réorganisation de l'économie de l'électricité : la part du droit, in *L'Europe de l'énergie : convergences, complexités*, Économie et sociétés, Isméa, 2001, p. 107-117.

telle qu'elle sera au terme temporel de la rentabilisation. Dès lors, la règle qu'ils veulent suivre est celle du futur et non celle du présent. Une des solutions peut bien sûr être trouvée dans la constance de la règle : qu'elle demeure demain ce qu'elle est aujourd'hui. En cela, la règle du caractère perpétuel de la loi, qualité intrinsèque qui exprime cette vertu de constance, pourrait retrouver une nouvelle verdeur. Mais cela n'est guère compatible avec l'obligation d'adapter les règles au fur et à mesure, en raison et des évolutions techniques et surtout des leçons que donnent les crises et les échecs de régulation²⁴.

19. – Dès lors, il faut que les autorités publiques donnent à voir la loi future, afin que s'y ajustent au plus vite les opérateurs. C'est ce à quoi s'emploie la Commission européenne qui met en place, par des consultations et des livres verts ou blancs, les linéaments doctrinaux de la future directive, alors même que l'encre de la précédente n'est pas sèche. Cette manière de faire la loi produit une attraction forte sur les entreprises. En effet, cela conduit chacun à appliquer les principes d'une loi qui n'est pas encore insérée dans l'ordre juridique, mais qui est adéquate car elle appartient au même temps que celui du déploiement des investissements capitalistes à faire maintenant. On peut regretter cette inversion du temps législatif mais elle est tangible concernant des secteurs soumis à l'observation très assidue des règles par ceux qui les subissent, qui en jouent et qui doivent investir comme s'ils la connaissaient déjà.

20. – Ce que la Commission européenne fait, les législateurs nationaux devraient le faire également, c'est-à-dire anticiper les transpositions qu'ils feront de textes supranationaux non encore adoptés. Ainsi, des discussions et des documents doctrinaux, comme le sont les rapports et les travaux des commissions parlementaires, pourraient porter sur les textes non encore conçus plutôt que d'attendre le temps déjà dépassé alors que même que techniquement non advenu, de la transposition du texte supranational. En cela, le législateur national pourra contribuer pleinement à cette nouvelle sorte de concert de la régulation. Il le fait désormais lorsque le droit des sociétés croise la régulation des marchés financiers²⁵ mais encore peu concernant les industries de réseaux.

21. – Le législateur pourra le faire au-delà de son espace national traditionnel. L'enjeu politique n'est, certes, pas le même dans les espaces supranationaux que lorsque le législateur exerce son art dans ses frontières normatives classiques. En effet, dans l'espace national, l'on pourrait soutenir que le législateur exprime la volonté du Peuple, ce qui le fait demeurer dans un schéma républicain, construit sur des insti-

24. J.-M. Glachant, La crise de la régulation électrique. L'exemple de la Californie, in *Régulation, risque, crise*, à paraître.

25. Pour le Sénat, v. not. Ph. Marini, *Pour un nouvel ordre financier mondial : responsabilité, éthique, efficacité*, Les rapports du Sénat, n° 284, 1999-2000; pour l'Assemblée nationale, v. P. Clément, *Gouvernement d'entreprise : liberté, transparence, responsabilité. De l'autorégulation à la loi*, préc. Les travaux croisent alors ceux d'organismes qui peuvent s'associer à l'effort de conception du pouvoir normatif direct. V. par ex. Haut Conseil du secteur public, *Les services publics en réseaux face au progrès technique et à la mondialisation*, Rapport 1998, ou J.-P. Moussy, *Des autorités de régulation financières et de concurrence : pour quoi, comment?*, rapport du Conseil économique et social, JO, 2003.

tutions et des représentations, tandis que dans des espaces supranationaux, les législateurs nationaux reprennent la place plus ordinaire de ceux qui discutent dans un espace public, ce qui renvoie davantage au modèle de la démocratie, seul accessible à un espace encore peu institutionnalisé ou dans lequel les institutions, de type technocratique, ne peuvent se rattacher à la puissance politique de la représentativité²⁶.

II. L'ART LÉGISLATIF, GARANT DE LA COHÉRENCE DE LA RÉGULATION

22. – Dans des systèmes de régulation très complexes, pour lesquels on ne peut plus rêver d'une restauration de la simplicité, le caractère prévisible de la régulation, c'est-à-dire sa sécurité juridique, alors même que les règles ne restent pas stables dans le temps, tient dans sa cohérence. Concernant les secteurs régulés, l'intégration européenne est très profonde, soit parce que les nouvelles régulations sont nées des textes communautaires, comme en matière de télécommunications ou d'énergie, soit parce que le droit communautaire est en train de relayer les dispositions nationales, comme en matière bancaire et financière. C'est pourquoi il faut, ci-après, considérer comme nationales les régulations, qu'elles viennent de l'Europe ou de dispositions internes autonomes.

A. LA COHÉRENCE INTERNE DE LA RÉGULATION ET LA PERSPECTIVE D'UNE LOI-CADRE SUR LES RÉGULATIONS ÉCONOMIQUES

23. – Les matières étant très complexes, notamment parce que les textes sont imprégnés des objets techniques sur lesquels ils portent, il est fort difficile de les comprendre. Dès lors, le législateur peut avoir pour fonction non pas seulement de faire la norme mais de la faire comprendre. Cette fonction pédagogique de la loi, ou de l'action du législateur autour d'elle, est devenue l'accessoire nécessaire de la loi, notamment depuis que le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 16 décembre 1999, a vu dans l'accessibilité de la loi un objectif à valeur constitutionnelle²⁷. Dès

26. D'une façon générale, v. revue *Droits*, La représentation, PUF, 1987, spéc. D. Turpin, Représentation et démocratie, p. 79-90. Sur les questions qui nous occupent, v. E. Cohen, *L'ordre économique mondial : essai sur les autorités de régulation*, Fayard, 2001.

27. On peut y voir un complément du principe de sécurité juridique, ou un nouveau sens que l'on donnerait au principe selon lequel nul n'est censé ignorer la loi, transformant une disposition procédurale par laquelle le défendeur à une action en justice ne peut justifier de ne s'être pas conformé à la règle par l'ignorance qu'il en avait, en un véritable précepte positif comme quoi il faudrait que l'on comprenne le sens des obligations dont on porte le poids. Le principe de proportionnalité viendrait alors compléter ce nouveau rapport de la loi et de son destinataire, en ajoutant que le poids ne doit pas être

lors, c'est le législateur qui de lui-même doit rendre la loi accessible. Se dégage ainsi un devoir législatif de rendre lisibles les régulations économiques. L'association de la motivation à l'art législatif contribue à cela²⁸.

24. – Ce faisant, le législateur rend accessibles les nouvelles régulations, ce qui renvoie à la notion clé des nouvelles conceptions, à la fois technique et humaniste, de la régulation : l'accès. La régulation organise l'accès à la concurrence, notamment par accès organisé des opérateurs aux réseaux d'infrastructure essentielle, l'accès des consommateurs à des biens diversifiés²⁹, l'accès à travers la notion de service universel de tous à des biens dont nul ne peut se passer parce qu'ils sont nécessaires à la vie décente. Cela suppose en amont l'accès à la connaissance de l'existence de cet accès. De la même façon qu'il y a un « droit au droit³⁰ », qui oblige à faire savoir à ceux qui en ont besoin l'existence même de droits qui ne sont que virtuellement à leur portée, de la même façon, il faut organiser un « accès à l'accès ».

25. – Comment organiser cet accès à la connaissance du système ? L'enjeu de méthode est essentiel. Il est proposé ici de recourir à la notion de « reflet », développée par ailleurs³¹, qui pose qu'un droit n'est efficace que s'il se structure en reflet de l'objet sur lequel il porte. Pour prendre un premier exemple, si l'objet sur lequel porte le droit est structuré en réseau, le droit doit lui-même se mettre en réseau. Le droit financier l'illustre. Pour prendre un second exemple, si les comportements visés sont à base de calcul de rentabilité, le droit doit lui-même intégrer ce type de calcul, notamment dans le montant des sanctions.

26. – Dans cette perspective méthodologique, l'art législatif à promouvoir dépend de la réponse apportée à la question suivante : de quoi le droit de la régulation est le reflet ? En prenant position sur les contours de ce qui est régulé, il en résulte tel ou tel art législatif. Ainsi, en premier lieu, l'on peut soutenir que l'art législatif correspond à la structure d'un secteur régulé national, c'est-à-dire un secteur technique à la fois particulier et saisi dans ses frontières nationales. En deuxième lieu, l'objet de la régulation peut demeurer être un secteur économique, mais en ôtant pertinence au fait qu'il soit national ou supranational. En troisième lieu, la régulation est peut-être une nouvelle façon de gouverner des secteurs qui ont des points communs, par exemple l'existence de monopoles naturels ou l'existence d'un régulateur indépen-

plus lourd que nécessaire (v. M. Behar-Touchais (dir.), *Le principe de proportionnalité*, n° spéc. *Petites Affiches*, 30 sept. 1998). Ainsi, le sujet de la loi ne serait plus assujéti que dans les limites et de la nécessité et de sa compréhension de ce pourquoi il est contraint. Dans les deux cas, le législateur doit expliciter ce pour quoi il impose, la finalité de son action devant être explicitée pour qu'on comprenne l'ordre donné et pour qu'on en mesure l'efficacité. Ce faisant, la loi a perdu sa « modernité » au sens où elle avait dans son propre pouvoir souverain sa raison d'être, sa suffisance et sa seule limite (sur cela, v. M. Bastid, *Naissance de loi moderne*, préc.).

28. V. *supra* n° 15 et s.

29. M.-A. Frison-Roche, *La dialectique entre service public et clientèle : vers une nouvelle régulation*, in *Clientèle et concurrence. Approche juridique du marché*, Travaux du CREDA, Litec, 2000, p. 173-208.

30. J.-M. Varaut, *Le droit au droit : pour un libéralisme institutionnel*, PUF, 1986.

31. M.-A. Frison-Roche, *Esquisse d'une sociologie du droit boursier*, préc.

dant, de sorte qu'il faudrait concevoir un cadre législatif général qui rendrait intelligibles les régulations techniques particulières, sans plus se soucier du fait qu'il s'agisse de tel ou tel secteur spécifique. Ainsi, suivant le jeu de pertinence ou d'indifférence que l'on confère à l'objet sur lequel porte la régulation, l'art législatif, par la force précitée du reflet, varie.

27. – Reprenons le premier cas de figure, celui d'une pertinence donnée à la fois à la spécificité du secteur et à son caractère national. Elle produit un art législatif éparpillé. Ceci ne correspond pas à un vice de l'art de légiférer car, dans cette hypothèse, la loi n'a de cohérence qu'à l'intérieur de la structuration d'un secteur particulier, par exemple l'énergie ou le rail, dans sa dimension nationale. L'on considère alors que la régulation est le reflet d'un secteur national, ce qui implique de procéder loi par loi : à chaque secteur, sa loi. Il faut aussi que l'organisation juridique soit substantiellement cohérente à cela : à chaque secteur, la loi qui le prend spécifiquement en charge doit dessiner des institutions qui lui sont inhérentes, donc exclusives.

28. – Cela conduit à associer l'art législatif à l'art de la distinction, face vertueuse de la dispersion. Il convient alors qu'il y ait une adéquation la plus forte possible entre la législation et la pluralité des secteurs. À cette aune, le fait de confier la régulation postale au régulateur des télécommunications, ce qui est concrètement envisagé en France, alors que les deux secteurs sont désormais sans rapport l'un avec les autres, serait une erreur législative alors que, au contraire mais selon le même critère, la nature du secteur de l'électricité et celui du gaz, deux formes d'énergie intermodales en elles, justifiait que la loi du 3 janvier 2003 confia la régulation du gaz au régulateur naguère seulement en charge de l'électricité. La conséquence d'une telle conception de la régulation, comme reflet de secteurs nationaux spécifiques est, dans son bon côté, l'ajustement au plus près des régulations et, dans son mauvais côté, une segmentation des régulations, ce qui en rend leur compréhension très difficile.

29. – Cela signifie à l'inverse que lorsque des secteurs se rapprochent techniquement, il faut que les dispositifs législatifs de régulation fassent le même mouvement. Ainsi, la porosité entre le secteur des télécommunications et celui de l'audiovisuel, le mouvement technologique de convergence doivent trouver écho dans une loi organisant une collaboration, à tout le moins, entre régulateurs des deux secteurs. Plus encore, si deux secteurs, naguère autonomes, se mettent quasiment à fusionner, alors la théorie du reflet devrait conduire le législateur à fusionner en réaction les régulations, et principalement les autorités de régulation. L'état d'imbrication, voire de communauté, entre la banque et la finance, a conduit bien des législateurs à faire fusionner les deux régulations au sein d'un même organisme, par exemple le *Financial Services Authority* anglais, ou le régulateur allemand³². Le législateur français ne l'a pas fait. Pas encore.

32. Sur la critique d'un tel mouvement horizontal de fusion, non pas en soi mais parce qu'il entrave de fait une fusion verticale à travers un régulateur européen, v. H. Schmidt, German Plan for Comprehensive Financial Services Authority Lacks European Dimension, *Newsletter Finanzplatz*, oct. 2001.

30. – Dans la deuxième hypothèse, l'art législatif correspond à la structuration d'un secteur spécifique mais pour lequel sa dimension nationale disparaît, en considération du fait que, techniquement — par l'existence de réseaux de transport transnationaux par exemple — ou économiquement — par la mobilité internationale des opérateurs ou des consommateurs —, le secteur n'est plus enfermé par les frontières nationales à l'intérieur desquelles le pouvoir normatif du législateur se meut. Si l'on considère que la régulation est le reflet d'une structuration économique propre à un secteur, par exemple le secteur électrique, alors il faut en tirer les conséquences supranationales.

31. – Si le territoire concerné est européen, comme c'est souvent le cas dans les industries de réseaux, ou bien si l'ambition est précisément de constituer un secteur européen intégré, comme en matière financière par exemple, alors il faut penser dans cet espace-là. Comment le traduire dans la législation ? Cela peut conduire à la concentration de la normativité et de l'organisation de la régulation à cette échelle-là : il faudrait alors des régulateurs européens³³, une législation vraiment européenne, c'est-à-dire simplement dupliquée à l'échelon national. Pour l'instant, nous ne disposons pas de régulateurs européens et les législations nationales sont très diversifiées en raison des marges d'action que les textes européens offrent aux parlements nationaux dans l'exercice de transposition.

32. – L'alternative à l'exercice de concentration européenne de la régulation consiste dans une mise en réseaux d'autorités normatives nationales. Comme la tendance en matière de régulation est à la fois de considérer que les secteurs ne sont pas plus nationaux, que la régulation pêche à les considérer pourtant encore ainsi, mais que par ailleurs le régulateur européen serait techniquement trop éloigné du secteur, accroissant de ce fait cette asymétrie d'information qui est la plaie des systèmes de régulation, et qui serait politiquement illégitime — car la régulation est un mixte de technique et de volonté politique —, on s'oriente vers la mise en réseaux des régulateurs. On en observe déjà de nombreuses manifestations, à travers notamment les processus de Florence — pour l'électricité — et de Madrid — pour le gaz.

33. – Pourquoi ne pas faire de même entre les commissions parlementaires ? Il y a aucun obstacle à cela, ni aucun apanage limitant le procédé aux régulateurs, comme le montrent les efforts des juridictions économiques européennes pour établir un tel réseau. La matière financière, souvent en avance sur les autres secteurs, a engendré déjà une institutionnalisation plus marquée, à travers l'OICV³⁴. Les parlements nationaux devraient procéder de la même façon, c'est-à-dire se mettre en réseau, constituer des instruments de mesure communs, tendre vers une harmonisation, laquelle ne passe pas nécessairement par le biais de la Commission européenne.

33. V. dans ce sens, Ch. Stoffaës (dir.), *Vers une régulation européenne des réseaux*, rapport au ministre des Affaires européennes, 2003.

34. Ph. Richard, *L'évaluation de la régulation : l'exemple de l'OICV*, in *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Presses de Sciences Po-Dalloz, série « Droit et économie de la régulation », 2004, p. 94-98.

34. – Le troisième cas de figure suppose qu'il existe des règles communes — ou qui doivent l'être — aux différents secteurs régulés, de sorte que s'il est pertinent d'associer à chaque secteur une loi propre, celle-ci ne doit porter que sur ce qui est spécifique à ce secteur, il est par ailleurs justifié, plus simple et plus efficace, de confier à une seule loi le soin de régler ce qui est commun à tous les secteurs régulés. C'est l'hypothèse d'une loi-cadre sur les autorités de régulation. En effet, si l'on considère que la régulation est une sorte de doctrine commune d'intervention publique sur des secteurs qui le requièrent pour leur équilibre à long terme et pour la justice économique, alors il serait cohérent, et facteur de cohérence, de faire une loi-cadre sur les régulations économiques, ce que ne fût en rien la loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001.

35. – La loi-cadre aurait principalement vocation à porter sur ce qui est au cœur institutionnel de la régulation : les autorités de régulation. Une telle loi correspondrait en premier lieu à un travail de lissage, en deuxième lieu à un travail d'innovation, en troisième lieu à un travail de lisibilité, en quatrième lieu à une prise de position politique, puisque cela reviendrait à poser que les systèmes de régulations économiques et les régulateurs indépendants sont une forme légitime et recevable de gouvernance des marchés. Un rapport parlementaire, forme diversifiée de la production normative, pourrait avoir pour même office de préparer une telle loi.

36. – Ce cadre commun des autorités de régulation pourrait aborder les points suivants :

- rappel du principe de collégialité et d'organisation des services (secrétariat général, service d'enquête, service d'expertise) ; prise de position (ou non) sur la personnalité morale de l'autorité de régulation ;

- rappel du principe d'indépendance, et rappel des règles qui l'assurent, notamment dans les modes de composition, de fonctionnement, d'incompatibilité, de modalité de renouvellement des membres, de désignation du principe ;

- attribution de certains pouvoirs au cœur de l'exercice de régulation, de sorte que toutes les autorités de régulation en disposent (pouvoir normatif, de sanction, de règlement des différends, de conciliation, de contribution à l'élaboration des normes supranationales) ;

- organisation de l'exercice de son pouvoir (principes procéduraux, articulation avec l'exercice d'autres pouvoirs, soit au sein de la même autorité, soit à l'égard d'autres organismes, par exemple l'articulation entre les sanctions administratives et les sanctions pénales) ;

- rappel du principe méthodologique de proportionnalité dans l'exercice des pouvoirs et soumission de principe à des recours contre les décisions. On pourrait, allant plus loin, harmoniser les juridictions de recours en fonction du type de décisions critiquées, pour que demeure certes la dualité entre la cour d'appel de Paris et le Conseil d'État (il serait illusoire de vouloir la supprimer) mais pour qu'il y ait moins de chassés-croisés de compétences.

37. – L'adoption d'une telle loi aurait plusieurs avantages, outre la portée politique de poser comme un mode de régulation légitime, voire ordinaire, cette gouvernance

des secteurs par des autorités de régulation indépendantes. En premier lieu, elle rendrait plus lisible les mécanismes institutionnels et procéduraux des autorités de régulation, dans la perspective pédagogique qui doit être celle du législateur³⁵.

38. – En deuxième lieu, elle aurait vocation à s'appliquer si une loi particulière n'en dispose pas autrement. En effet, il faut laisser la possibilité pour une loi portant sur un secteur particulier de déroger au schéma général si la technicité du secteur le requiert. Cadre et carcan, ce n'est pas la même chose. Mais dès lors, pourquoi une loi-cadre, si elle peut être écornée à peine adoptée ? Parce que le plus souvent, les divergences entre les différentes autorités de régulation tiennent davantage à des circonstances ou des influences ponctuelles, notamment lorsqu'il y a crises ou scandales, voire à la méconnaissance des techniques de régulation adoptées par ailleurs, bref au hasard du moment de l'adoption du texte plutôt qu'à une raison justifiée. Dès lors, de fait, les autorités de régulation auront tendance à suivre le modèle préalable plutôt qu'à s'en écarter, car il faudra alors formuler la raison pour laquelle on s'écarte du modèle commun. Ainsi, les complications inutiles seront évitées tandis que les complications justifiées, justifiées car inhérentes aux secteurs, seront seules conservées.

39. – En troisième lieu, cette loi-cadre permettrait de combler les lacunes des lois particulières car, dans le silence de celles-ci, elle pourra fournir les solutions, non seulement à travers le texte de cette loi-cadre mais encore dans l'interprétation juridictionnelle qui pourra en être donnée, puisque celle-ci par reflet s'appliquera à toutes les autorités de régulation. Cela pourra aider la jurisprudence, tant judiciaire qu'administrative, à dégager plus vite des solutions communes. La cohérence d'ensemble serait plus facile et s'imposerait la contrainte salutaire de distinguer ce qui doit demeurer spécifique à chacun des secteurs et peut être commun. Le droit et la régulation économique en seraient améliorés.

B. LA PART DE L'ART LÉGISLATIF NATIONAL DANS LA COHÉRENCE INTERNE COMMUNAUTAIRE DE LA RÉGULATION

40. – Le modèle de l'isolement normatif a vécu, que ce soit sur son versant de l'autonomie ou sur celui de la soumission hiérarchique (qui est paradoxalement un mode égal d'isolement et de segmentation). On observe, en outre, l'urgence d'une cohérence juridique communautaire, dès l'instant que les réseaux sont physiquement européens — ou devraient l'être — et qu'ils souffrent d'une absence d'articulation juridique, laquelle entrave leur *continuum* technique. Cela est aussi vrai pour les réseaux bancaires comme pour les réseaux de transport de l'électricité. La preuve en est donnée par l'expérience de la crise électrique italienne en 2003, alors même que nos réseaux techniques ne sont pas dans le délabrement dans lequel semblent se trou-

35. V. *infra* n° 23 et s.

ver les réseaux nord-américains, la panne générale semblant davantage due à une défaillance d'interrégulation³⁶.

41. – Ainsi, il faut accroître la cohérence interne entre les différents niveaux géographiques, lorsque les activités économiques en cause sont effectivement déployées transnationalement d'une façon unifiée (par le mécanisme technique du transport de matières ou celui du paiement transfrontalier). L'impératif persiste même si les activités économiques demeurent cadrées par les frontières des législations car le législateur doit se soucier du coût du droit pour les entreprises, au titre de l'attractivité de la France³⁷, et la diversité même des systèmes nationaux est un coût important et dissuasif.

42. – Cette cohérence doit non seulement être recherchée à travers les différents espaces géographiques, soit par constitution de points communs, soit par articulation des règles diverses (hypothèse de l'interrégulation) mais encore à travers les différents secteurs. La césure la plus nette, la plus ancienne, la plus perceptible à la fois dans la législation et dans la structuration des professions, oppose la régulation des industries de réseaux (télécommunications, énergie, transport, etc.) et la régulation des secteurs que l'on pourrait désigner comme ayant l'argent pour objet, à savoir les secteurs monétaires, bancaires, financiers et assurantiels. La répartition des compétences des différentes commissions à l'intérieur du Parlement, celle des directions générales de la Commission européenne, s'en fait l'écho.

43. – Or, cette césure est de moins en moins justifiée. Tout d'abord, le mouvement de financiarisation de l'économie fait que les secteurs dits d'industries de réseaux interfèrent avec le marché financier, pour le financement d'investissements ou par le jeu de la cotation de tout ou partie du capital des opérateurs dominants. Ensuite, et plus fondamentalement, on a longtemps opposé la régulation des secteurs d'industries de réseaux et celle des secteurs financiers (au sens large), en affirmant que la première avait pour objet le déploiement de la concurrence — certes en balance avec un autre principe³⁸ —, tandis que la seconde avait pour objet la gestion du risque systémique.

44. – Mais aujourd'hui, en premier lieu, la concurrence prend de plus en plus prise dans les métiers financiers, en second lieu et principalement, les secteurs de réseaux sont eux-mêmes soumis à des risques de type systémique, notamment les secteurs énergétiques pour lesquels la pénurie ou les ruptures d'alimentation sont de même nature qu'un effet de domino en finance. Les crises récentes se sont chargées de mieux révéler l'importance de la gestion des risques dans les secteurs d'industrie de réseaux. Cette communauté d'objet, le risque à juguler et non pas seulement ou nécessairement la concurrence à déployer, engendre une nouvelle unicité de la régu-

36. Selon la démonstration de Jean-Michel Glachant, préc.

37. Le droit est souvent appréhendé par sa petite face, c'est-à-dire à travers le réglementaire, voire à travers une seule de ses branches, à savoir le droit fiscal, lorsqu'il s'agit d'apprécier l'attractivité de la France. V. Conseil économique et social, *L'attractivité de la France*, rapport, 2002.

38. V. d'une façon plus générale et autour de cette définition, M.-A. Frison-Roche, Définition du droit de la régulation, *D.* 2004, chron. p. 126-129. V. aussi Les nouveaux champs de la régulation, in *La régulation : nouveaux contours, nouvelles méthodes*, *RF adm. publ.*, à paraître.

lation économique, ce qui offre un argument supplémentaire pour souhaiter une loi-cadre en la matière.

45. – Tous ces propos laissent un élément essentiel du bon fonctionnement des secteurs régulés dans l'ombre : les investissements à long terme, investissements dans les réseaux, leur performance et leur sécurité. Certes, la question des investissements est relativement indifférente lorsque le premier souci est celui de la concurrence mais elle devient première lorsque le premier souci devient celui de la sécurité, de la pérennité du secteur et la prévention des crises lorsque celles-ci prennent naissance dans des défaillances d'équipement. Certes, on trouve dans la loi française de régulation du secteur électrique un contrôle par le régulateur des investissements projetés par le propriétaire du réseau de transport mais il s'agit plutôt d'éviter des stratégies de surinvestissement que l'inverse. En outre, la régulation des investissements est difficile et se fait davantage par une politique publique budgétaire directe. Or, dans la mesure où l'interrégulation des réseaux a vocation à se faire au niveau européen et que l'Europe ne dispose pas de budget propre³⁹, seule une articulation entre les politiques budgétaires nationales paraît une solution accessible. Là aussi les législateurs nationaux ont un rôle de premier plan à jouer.

39. L'hypothèse d'un impôt européen étant encore lointaine (*L'impôt européen*, travaux de l'Institut Montaigne, 2003).

La construction d'une culture européenne de régulation faisant l'économie de l'articulation entre régulations hétérogènes

Jean-Pierre Hansen

*Directeur général Opérations, Suez,
président d'Electrabel
professeur associé à l'École polytechnique*

Le thème qui m'a été attribué aujourd'hui est tout simplement de dire s'il est possible de « construire une culture européenne de régulation, en faisant l'économie de l'articulation entre régulations hétérogènes ».

C'est une question qui se situe d'évidence au carrefour de plusieurs disciplines, comme le droit de la concurrence, le droit de la régulation lui-même, la microéconomie et la science politique et administrative. Le choix de l'intervenant postulait donc un niveau d'incompétence raisonnable dans ces matières et, à cet égard, j'ai pu offrir toute garantie aux organisateurs du forum.

C'est dès lors très modestement que je vous propose de réfléchir ensemble au départ de deux « points fixes » :

– d'une part, une *étude de cas*. Pour ce faire, j'ai convoqué au débat une cinquième discipline, l'électrotechnique, en choisissant pour illustration non pas l'ouverture des marchés de l'électricité en général — c'est-à-dire, pour l'essentiel, la fourniture libre de l'électricité considérée comme une *commodity* à un consommateur final — mais bien le développement des échanges d'électricité *via* les grands réseaux de transport et d'interconnexion européens ;

– d'autre part, une *méthode* : j'ai choisi celle de savoir si la doctrine élaborée par Marie-Anne Frison-Roche dans son article fondateur, « Le droit de la régulation¹ », s'applique à notre cas et si cette doctrine fournit une réponse à la question posée. Il s'agit donc à la fois d'un confort intellectuel et d'une vengeance personnelle, puisque c'est Marie-Anne qui m'a attribué ce sujet d'analyse...

*

Je développerai cette démarche en trois parties :

- une très brève description du problème des échanges d'électricité entre pays européens ;
- le lien entre cette question et le cadre couvert par l'article auquel je me réfère ;
- enfin, l'application éventuelle de la doctrine qui, peut-être, vaudra réponse à la question posée.

Cette réponse, je l'esquisse d'ailleurs d'emblée en disant que je m'efforcerai d'indiquer chemin faisant les raisons qui me semblent justifier l'émergence de cette culture européenne de régulation, tout en soulignant à quel point l'approche actuelle m'en paraît éloignée, au moins quant au fonds.

I. LES ÉCHANGES D'ÉLECTRICITÉ SUR LES GRANDS RÉSEAUX EUROPÉENS

Comme l'on sait, les industries électriques nationales ont récemment été restructurées dans les pays membres de l'Union. Cette réforme a été réalisée sur base de lois nationales qui transposent une directive européenne. Ces lois nationales ne sont pas identiques et elles n'ont pas donné lieu au même degré d'ouverture dans les pays membres. La Commission s'en est préoccupée et a pris certaines initiatives visant à augmenter le niveau de concurrence dans le secteur électrique à l'intérieur de l'Union, notamment en développant les échanges d'électricité entre pays membres. Cela a donné lieu à ce qu'il est convenu d'appeler le « Forum de régulation » de Florence, qui vise à définir et promouvoir des règles facilitant ces échanges. Ce sont ces règles, ou plutôt leur mode de construction et la manière dont elles pourraient traduire l'émergence d'une culture européenne de la régulation, que je me propose d'examiner.

Cependant, et en préambule, il est utile de noter que le *développement* des échanges n'est pas en soi un objectif. Le niveau des échanges constitue seulement l'un des critères utilisés par la Commission pour analyser le degré de concurrence dans le

1. D., 2001, n° 7.

marché électrique. Ici, le véritable objectif est l'élimination des éventuelles *entraves aux échanges*. En effet, ces entraves limiteraient la concurrence et ralentiraient la réalisation du marché intérieur de l'électricité.

Il me paraît également utile de noter que le processus de Florence n'a pas pour objectif de remettre en question les législations nationales issues de la transposition de la directive sur l'électricité. Il doit simplement introduire des règles supplémentaires, compatibles avec ces législations, permettant d'éliminer les barrières aux échanges. En ce sens le Forum de Florence procède bien par une « articulation de régulations hétérogènes ».

En fait, et je crois que c'est important pour la suite de l'argumentation, le matériau législatif de base est essentiellement national.

Enfin, il faut mentionner qu'il n'existe à ce stade aucune autorité transnationale pour gérer ces questions. Les régulateurs, lorsqu'ils existent, sont nationaux et les opérateurs de réseau sont également nationaux, même s'il existe un organisme de coordination des régulateurs (CEER) et une organisation des gestionnaires de réseau (ETSO). Les opérateurs nationaux sont dès lors tenus d'agir selon les objectifs et modalités fixés par leurs législations nationales.

II. LES ÉCHANGES D'ÉLECTRICITÉ SONT-ILS DU RESSORT DU DROIT DE LA RÉGULATION ?

M.-A. Frison-Roche propose *trois critères essentiels* pour placer un domaine d'activité dans le champ de cette (relativement) nouvelle discipline. Je vous propose de les mobiliser successivement — et un peu scolairement peut-être — au bénéfice de notre exemple.

- Tout d'abord, le domaine considéré doit être « à la fois ouvert à la concurrence et non abandonné à la concurrence ». Pour notre cas, ce critère s'applique d'évidence, comme il s'applique d'ailleurs plus généralement à la question globale de l'ouverture du marché de l'électricité.

En effet :

- le secteur de l'électricité dans son ensemble concerne tout à la fois des aspects concurrentiels et de service public. Cette dualité est d'ailleurs bien mise en évidence par les différences de perceptions respectives de ces deux dimensions dans les pays membres ;

- le réseau électrique proprement dit est nécessaire à la fois pour des raisons commerciales (le commerce de l'énergie) et des raisons de service public (la sécurité) ;

- de plus, ce réseau est un « monopole naturel », c'est-à-dire un bien que la rationalité des agents empêchera de dupliquer, cette duplication n'étant d'ailleurs pas déconseillée du seul fait de la rationalité individuelle des opérateurs, mais également dans un souci de maximisation du surplus collectif ;

– enfin, très directement lié à mon propos, je voudrais ajouter à ces éléments de preuve la question cruciale des externalités que crée le réseau électrique, c'est-à-dire l'incidence — positive ou négative — du jeu de deux ou plusieurs opérateurs sur un agent tiers, *a priori* « passif », c'est-à-dire non concerné par — voire non informé de — ce jeu.

Les externalités sont un phénomène qui par excellence crée un secteur « ouvert à la concurrence et non abandonné à la concurrence ». Mais les externalités demandent également que cette concurrence soit gérée de manière particulière. C'est notamment cette particularité qui peut justifier à mon sens le développement d'une régulation européenne dans le domaine.

- Deuxième critère : « Le droit de la régulation *construit et maintient* la concurrence et *ne se limite pas à la garder simplement en l'état*. »

Ce critère est essentiel pour distinguer droit de la concurrence et droit de la régulation. Ici encore, à ce deuxième titre, le secteur électrique en général, et les transits sur grands réseaux en particulier, relèvent du droit de la régulation.

En effet :

- tout d'abord, l'absence de concurrence dans l'ancienne organisation du secteur en général est un phénomène bien connu. La *création* de cette concurrence est un des objectifs de la nouvelle législation. Il faut donc *construire* et non seulement *garder en l'état* ;

- de plus, l'absence de mécanisme de marché dans l'accès aux interconnexions a été la règle aussi longtemps que ces interconnexions ont été gérées avec pour seul objectif la sécurité technique des réseaux. L'accès aux interconnexions par des mécanismes concurrentiels et pour développer des échanges commerciaux est un nouvel objectif. Encore une fois, il faut *construire* et non simplement *garder en l'état*.

- Le troisième critère d'appartenance au droit de la régulation s'énonce simplement : « ... L'indice le plus simple, le plus visible et indéniable du droit de la régulation, *c'est l'existence d'une autorité de régulation*. »

Ici, l'application à notre cas pose problème !

En effet, si « l'indice » semble visible pour presque tous les pays européens, il ne l'est pas pour l'Allemagne. Ce pays est actuellement le seul à estimer qu'il n'est pas nécessaire d'introduire de régulateur, ni dans l'organisation spécifique du secteur électrique, ni dans l'organisation de l'accès au réseau. L'Allemagne confie en effet cette organisation aux seules forces du marché, sous le contrôle des autorités de la concurrence. La récente question de la fusion EON Ruhrgas montre que l'exécutif peut même prendre le pas sur les autorités de la concurrence, dans certains cas.

Une seule exception suffit-elle à invalider un indice qui semble cependant s'imposer d'évidence ? Cette exception peut-elle rendre contestable la nécessité de recourir à un régulateur et donc exclure le secteur électrique dans son ensemble du droit de la régulation ? Sur base des autres critères, qui relèvent de la logique économique, je répondrai personnellement par la négative. En conséquence je ferai l'approximation (de taille !) que la position allemande — en cette circonstance — peut être

« négligée » et que les échanges d'électricité, et en fait l'accès au réseau d'électricité, relèvent bien du droit de la régulation.

Cette approximation est inconfortable, mais comme on le verra plus loin à propos de la discussion du régulateur national et/ou transnational, cet inconfort n'est pas un hasard. L'exception que constitue la position allemande à ce qui semble de bonne logique pour soumettre l'électricité *en général* au droit de la régulation devient brusquement une *position nettement plus commune lorsqu'on considère les échanges*. En effet, si les pays membres acceptent le principe que les échanges sur réseaux soient régulés, ils veulent que *cette régulation reste entre les mains d'autorités nationales*, c'est-à-dire soit construite par « articulation de régulations nationales ». L'indice de l'existence d'autorité de régulation *pour les transits* reste ainsi « visible », mais il perd en netteté : il y a bien « autorités de régulation », mais sous la forme de plusieurs régulateurs placés en charge du même problème et essayant de trouver un dénominateur commun parmi plusieurs régulations. On peut argumenter que ceci semble *a priori* une erreur de logique par rapport à la doctrine que j'ai essayé d'appliquer jusqu'ici.

Incidemment, je pense que cette erreur illustre déjà le fait que nous ne sommes pas encore prêts pour une véritable culture européenne de la régulation, et ce même quand elle semble apparaître comme la seule solution au problème posé.

À ce stade, et moyennant l'approximation que j'ai dite, on peut conclure de cette deuxième partie que *les échanges d'électricité sont bien du ressort du droit de la régulation*.

III

La troisième partie de l'analyse peut donc être abordée : comment appliquer au mieux cette doctrine au cas choisi, et notamment, quelle est la meilleure manière de mettre en œuvre structurellement les conclusions de principe obtenues dans notre raisonnement ?

Mme Frison-Roche énonce que « le droit de la régulation est gouverné par les objectifs » et que « l'unité entre les diverses régulations *sectorielles* se crée par la méthode ». Pour notre objet, je postulerai que ce principe vaut également pour « l'unité entre les diverses régulations *territoriales* ».

Notre doctrine — désormais de référence — caractérise cette méthode par « le cumul de tous les pouvoirs nécessaires à la régulation dans le chef de l'autorité de régulation », proposition somme toute exorbitante par rapport au droit classique, mais non exempte de précédent, en droit des services publics, notamment.

Ce « cumul de tous les pouvoirs nécessaires » semble naturel si l'on se réfère à l'idée qu'il faut *construire* et non seulement maintenir en l'état. En fait, ce qui compterait pour fonder l'attribution de ces étonnants pouvoirs de l'autorité de régulation,

ce n'est pas leur *source*, mais l'*usage adéquat* que l'autorité en fait à travers des principes nouveaux d'exercice.

Dans notre cas *trois questions simples* se posent à propos de ce « cumul de pouvoirs nécessaires » : qui ? comment ? et pour quoi faire ?

Qui ? Quelle devrait être l'autorité de régulation en charge des échanges d'électricité ?

Il n'y a actuellement aucun régulateur transnational en charge de ce domaine. L'industriel que je suis peine donc à identifier une quelconque autorité lorsque, comme il en va des échanges sur un réseau soumis à externalités, les institutions n'ont pas créé d'autorité européenne.

Du fait des externalités créées par le réseau électrique, les échanges sont par nature physiquement et économiquement un phénomène européen. Or, l'absence de régulateur européen, forcément, ne permet donc pas de concentrer sur lui les pouvoirs nécessaires.

La question est donc : quelle est l'autorité de régulation bénéficiant du cumul de tous les pouvoirs nécessaires à la régulation du réseau électrique européen ? Cette question semble pertinente aussi bien pour prévenir les problèmes que pour y remédier. La question est également pertinente que ces problèmes soient dus à des actions prises dans une ou plusieurs zones de contrôle, par un ou par plusieurs de mes concurrents ou par moi-même. Pour prendre un exemple, à qui dois-je m'adresser si des transactions commerciales en Belgique sont interrompues ou simplement rendues plus coûteuses parce que plusieurs centrales éoliennes ont brusquement cessé de produire par manque de vent ailleurs sur le réseau européen ? Je voudrais rappeler ici que les externalités sont générales dans le réseau électrique et que les difficultés que je peux rencontrer peuvent être dues à des actions prises loin de la zone dans laquelle j'opère. Par ailleurs ces difficultés peuvent résulter de la conjonction d'actions, ou de manque d'action, de plusieurs agents sans qu'il soit même possible d'identifier un responsable originel de ces problèmes. L'autorité supposée « cumuler les pouvoirs » est-elle alors le régulateur belge, le régulateur de mes concurrents, le groupement des régulateurs dont mes concurrents et moi relevons, ou encore l'ensemble des régulateurs ? Qu'en est-il si le problème de réseau vient des gestionnaires de réseau ?

On le voit, le simple fait de ne pas pouvoir répondre à la question « *qui* est le titulaire du cumul des pouvoirs nécessaires » invalide presque par avance l'application d'un droit de la régulation à notre problème, alors même que (presque) tout le monde convient qu'il en est un champ électif...

En outre, se pose la question du *comment* ?

Madame Frison-Roche énonce à ce sujet que « l'objectif de régulation fonde le *pouvoir de sanction* qui est quasiment indissociable du pouvoir de régulation, car l'autorité doit être en mesure de sanctionner la violation de la réglementation par les opérateurs ». Encore une fois, qui va sanctionner, et comment, les opérateurs de ces centrales éoliennes (par ailleurs probablement prioritaires du fait du caractère renouvelable de leur production), si ces centrales ont occasionné un problème dans une autre zone de contrôle que celle de leur localisation ?

En bref, comment définir l'exercice de l'autorité de régulation — sanction incluse — dans un système soumis à externalités, *sauf à avoir une seule autorité pour ce système* ?

On pourra évidemment me répondre que c'est précisément l'objet des travaux du processus de Florence de répondre à ces questions. Mais ces réponses tardent à venir et ceci ne me rend pas très optimiste sur le calendrier futur.

Par ailleurs, je ne crois pas que ce Forum puisse disposer du cumul des pouvoirs nécessaires.

Mais la question est sans doute plus fondamentale : peut-on vraiment identifier une autorité de régulation nationale qui serait compétente pour un réseau électrique multinational ? Ou est-ce un problème mal défini qui, quel que soit le temps passé à essayer de le résoudre, n'a pas de solution ? Si c'est le cas, la régulation européenne, non seulement ferait l'économie de l'articulation de régulations hétérogènes, mais serait la seule régulation possible pour atteindre les objectifs.

En bref, il apparaît que « le cumul de tous les pouvoirs nécessaires à la régulation confiée à l'autorité de régulation » requiert comme première condition que cette autorité existe... Ceci veut dire qu'elle doit être définie de manière univoque et dotée des pouvoirs nécessaires. On peut penser que cela ne pourra se faire sans une autorité supranationale en charge de ces échanges.

Mais l'approche européenne est aujourd'hui différente : elle se base sur un Comité de régulateurs. Un comité peut-il cumuler les pouvoirs nécessaires ? Peut-être. Mais on peut en douter en se posant la troisième question : pour quoi faire ?

En effet, quel est l'objectif ?

Notre fondement doctrinal précise encore que « c'est l'objectif d'équilibre qui fonde les pouvoirs qui sont utiles à sa réalisation. Cela implique des raisonnements construits sur les fins poursuivies, l'art législatif consistant alors essentiellement à poser clairement les objectifs dont les autorités ont la charge, plus qu'à peaufiner les instruments juridiques pour ce faire ».

Il est en principe concevable d'avoir plusieurs autorités, ou un comité qui fonctionnent selon ce principe. Il suffirait que ces autorités ou ce comité se réfèrent à l'*objectif défini par la loi*. Il faudrait pour cela que la loi soit suffisamment précise pour que les raisonnements qui pourraient en être tirés par les divers régulateurs soient cohérents.

Il n'est sans doute pas exagéré de dire que les objectifs énoncés dans les législations relatives à l'électricité sont loin de satisfaire le critère de clarté posé par Madame Frison-Roche. Le langage de la Commission et du Forum de Florence est en effet fondé sur de nombreux qualificatifs insuffisamment définis, voire ambigus (par exemple « reflétant les coûts ») ou, pour les notions les mieux établies (par exemple, « non discriminatoires ») tirées directement du droit de la concurrence, pour lesquelles la jurisprudence dans l'électricité reste à être complétée...

Ma question en tant qu'industriel est donc à nouveau très simple. Quels sont les objectifs à partir desquels les raisonnements seront construits. Sont-ce les objectifs

énoncés dans la loi française, allemande ou belge ? Ces objectifs sont-ils suffisamment clairs pour que l'on puisse fonder sur eux des raisonnements solides ?

Les nouvelles propositions législatives de la Commission remédieront-elles suffisamment au manque de clarté des textes actuels ? Et qu'arrivera-t-il si ces raisonnements mènent à des conclusions qui remettent en questions les structures héritées de la transposition de la directive en droits nationaux ?

En conclusion de cette troisième partie de l'analyse, qui avait pour but d'*appliquer* les principes du droit de la régulation à un domaine dont il a été démontré qu'il y appartenait, on peut estimer que ni le « qui », ni le « comment », ni le « pour quoi faire » ne sont raisonnablement rencontrés dans la pratique actuelle, en l'absence donc d'une autorité supranationale investie des pouvoirs et outils nécessaires.

IV

Mais peut-être est-il possible, même en l'état, d'assurer des règles pratiques, logiques et opératoires, rencontrant l'objectif poursuivi sans léser l'un ou l'autre des opérateurs ?

Pour aborder cette question de manière positive, il faut rappeler qu'« il en est du système juridique comme des règles d'interprétation des contrats : l'interprétation est bonne si — et parce qu'elle donne sens et cohérence ».

Se pose donc à nouveau la question : qui va donner « sens et cohérence » ?

Par exemple, un comité de régulateurs en charge de mettre en œuvre les objectifs des lois nationales peut-il jouer vis-à-vis des textes sur les échanges d'électricité le rôle de clarification et d'approfondissement qu'a joué la Cour de justice par rapport aux Traités de l'Union européenne ? Peut-être, mais cela n'apparaît pas réellement dans les textes actuels de Florence ou de la Commission.

On pourrait à nouveau conjecturer qu'*un régulateur supranational serait en meilleure position pour jouer ce rôle d'interprétation pragmatique qui donne « sens et cohérence »*. Au passage, rappelons qu'il va sans dire que sa situation serait facilitée si les textes de base « posaient clairement les objectifs » de manière à pouvoir développer « des raisonnements construits sur les fins poursuivies ».

V

Enfin — et je dirai, *a minima* — peut-on au moins *converger* vers l'objectif ?

Mme Frison-Roche explique que « l'autorité de régulation a pour office de construire et de maintenir des équilibres dans des secteurs qui le requièrent. Pour cela,

il faut poser des règles du jeu plus ou moins précises, *plus ou moins évolutives* ». Ceci est certes très raisonnable pour une autorité nationale. Mais cette exigence s'applique-t-elle bien à un comité ? Considérons l'objectif plus modeste du simple droit de la concurrence. Il s'agit ici, non pas de la « construction et du maintien de règles évolutives », mais du seul maintien de règles stables réglant le commerce entre États membres, ainsi que de la construction d'une jurisprudence basée sur ces règles. Cela relève dans l'Union européenne de la DG Concurrence et non pas d'un comité des autorités nationales de la concurrence. Le pouvoir d'interprétation qui donne « sens et cohérence » vient de la Cour de justice et non pas d'un Comité de tribunaux nationaux. Dans notre cas, les externalités de réseau impliquent que le commerce électrique est par essence un commerce entre États membres. Peut-on y maintenir et construire la concurrence sans faire appel à une autorité supranationale ? Ce qui n'est pas prouvé impossible est évidemment toujours possible, mais nous attendons toujours une solution... L'apparition d'une culture européenne de la régulation, suivant celle de la culture européenne de la concurrence, résoudrait le problème posé par le commerce de l'électricité entre États membres, « ouvert à la concurrence et non abandonné à la concurrence ».

*

* *

En bref, cette tentative d'appliquer quelques éléments de doctrine d'un (futur) droit de la régulation me suggère que les échanges d'électricité sont un cas idéal pour voir apparaître une régulation européenne. Mais la réalité est qu'on ne semble pas désirer faire l'économie d'une procédure qui passe par « l'articulation de régulations hétérogènes ». Ceci apparaît potentiellement dommageable, car les essais « d'articuler » donnent certains signes d'enlisement. L'absence de régulation européenne se traduit à mon sens par deux lacunes : l'inexistence d'une autorité de régulation unique et le manque d'une législation suffisamment claire à partir de laquelle cette autorité pourrait construire les raisonnements nécessaires pour identifier comment arriver aux fins poursuivies. Quel sera le résultat du processus actuel ? Les opinions peuvent évidemment diverger. On peut cependant douter de ce résultat, notamment si l'on compare l'imprécision de certains de nos textes à la structuration forte que le « Standard Market Design » américain a dû finalement se résoudre à introduire pour trouver « sens et cohérence ».

Dès lors, dans la question des échanges d'électricité, la régulation européenne pourrait s'avérer non pas une simple question « d'économie » par rapport à une *approche alternative*. Elle pourrait se révéler une *condition nécessaire à la réalisation de l'objectif*.

Des régulations territoriales à une régulation mondiale

Michel Prada

Ancien président de la Commission des opérations de bourse

Il me revient, en conclusion de ce forum, de répondre à une question qui s'inscrit dans le prolongement de trois analyses précédentes, axées sur la construction du système de régulation européen.

La régulation, traditionnellement ancrée dans le territoire est-elle en voie de mondialisation ? Je note, au passage, qu'en retenant le terme de territoire, les auteurs de la question ont laissé ouvertes plusieurs interprétations quant au champ de la régulation actuellement en vigueur. Il me semble cependant logique de partir d'une situation généralement observable à l'état pur, celle de la souveraineté nationale comme référentiel de la légitimité et du champ de compétence des régulateurs.

Je ne m'étendrai donc pas sur l'analyse des évolutions ou des situations qui induisent une régulation infra nationale, encore que les bouleversements en cours dans certains pays puissent justifier une réflexion à ce sujet, de même que je passerai rapidement sur la régulation multinationale régionale, traitée par la seconde table ronde.

Je me référerai par ailleurs au cas spécifique de la régulation financière, et plus particulièrement à la régulation des marchés d'instruments financiers que j'ai appris à mieux connaître.

Ayant levé ces préliminaires, je m'efforcerai de démontrer que la mondialisation de la régulation est un processus déjà largement engagé et en voie d'accélération rapide même si nous restons très éloignés d'un véritable système opérationnel de régulation mondiale.

Il faut sans doute s'arrêter un instant sur les raisons pour lesquelles ce processus est engagé. J'en évoquerai plusieurs, sans tenter de les hiérarchiser.

C'est, bien sûr, le fonctionnement même des marchés financiers qui appelle une régulation globale ou tout au moins ancrée dans une architecture internationale :

– c'est une demande des intermédiaires financiers eux-mêmes, dont l'activité ne connaît plus de frontières, qu'il s'agisse des services et des produits offerts à une clientèle désormais cosmopolite, ou qu'il s'agisse de leurs structures de gestion qui associent à des réseaux de commercialisation décentralisés, des systèmes de support de plus en plus centralisés dans les domaines de la recherche, du traitement de l'information, ou des tâches administratives. L'optimisation de ces plateformes centrales appelle, pour en réduire le coût, une harmonisation et une intégration toujours plus grandes des règles, des normes, des codes qui régissent leur production ;

– c'est de plus en plus une demande des émetteurs et des investisseurs, à la recherche du moindre coût du capital et de la diversification du risque ;

– c'est également une exigence au regard de l'efficacité même de la régulation qui s'adresse désormais à des acteurs multinationaux et concerne des opérations financières largement transfrontières : environ 40 % de la capitalisation de la place de Paris est détenue par des investisseurs étrangers. Plus du tiers des enquêtes de la COB implique des opérations transfrontières ;

– c'est enfin une contrainte incontournable pour les régulateurs, placés, « volens nolens », en situation de concurrence internationale par l'irrésistible processus d'élimination des barrières, tarifaires ou non. Aujourd'hui, les grands investisseurs et même les épargnants individuels ont un vrai choix de placement mondial et les grands émetteurs, mais aussi certaines PME peuvent s'adresser librement aux marchés étrangers. Si le régulateur ne veut pas, en imposant ses vues contre l'évolution du marché et sans considération de cet état de fait, voir disparaître l'objet même de son activité, il est tenu d'inscrire ses règles et son action dans la perspective d'un marché en voie de mondialisation.

Afin d'analyser la mondialisation en cours de la régulation financière, je distinguerai arbitrairement le processus d'internationalisation des normes et le processus d'internationalisation de leur mise en œuvre.

I. S'AGISSANT DES NORMES DE RÉGULATION

Le processus de mondialisation des normes est en cours depuis de nombreuses années. Il s'est considérablement accéléré depuis le milieu des années quatre-vingt-dix. Il repose cependant plus sur une négociation à caractère technique que sur un modèle, plus classique sur le plan national, d'origination et d'homologation par la voie politique. C'est ainsi que se sont multipliées depuis quelques années les définitions d'objectifs, de principes et la déclinaison de normes, standards, ou recommandations qui tendent à structurer et à influencer les ordres juridiques nationaux qui restent politiquement les vecteurs de légitimité, mais aussi les ensembles multinationaux, tels l'Union européenne.

- Les régulateurs de marché, tout d'abord, se sont très tôt regroupés au sein d'organisations internationales non gouvernementales destinées à leur permettre, en unissant leurs efforts de répondre aux enjeux de la globalisation.

Le comité de Bâle, l'Organisation internationale des commissions de valeurs, l'Organisation internationale des régulateurs des assurances couvrent ainsi le vaste territoire des marchés et de leurs acteurs.

Je m'arrêterai plus spécifiquement à l'exemple de l'OICV pour illustrer sa fonction de normalisation globale.

Ce travail a en réalité démarré par une approche empirique et analytique inspirée par l'urgence des sujets posés aux régulateurs. Pendant près de vingt ans, l'OICV, constituée en Comités et groupes de travail a ainsi élaboré rapports, recommandations et standards.

C'est en 1998 qu'elle a fait la synthèse de ses travaux en se dotant d'un corps de doctrine cohérent dénommé « objectifs et principes de la régulation financière ». Trois objectifs et trente principes ont ainsi été adoptés à l'unanimité par la conférence des présidents.

Les organisations de banquiers centraux et de régulateurs d'assurance ont adopté une démarche analogue.

Les standards et principes ainsi définis ne sont pas l'expression de vœux pieux, mais les outils relativement précis d'une régulation effective qui porte, en ce qui concerne l'OICV, sur de nombreux sujets : le fonctionnement technique du marché primaire et secondaire, la nature de l'information donnée aux marchés par les émetteurs, les règles de conduite des intermédiaires, l'élaboration des indices, la gestion de capitaux, collective et sous mandat, son organisation fonctionnelle, ses relations avec la clientèle, pour ne citer que quelques exemples :

- la normalisation internationale, fortement influencée par la culture anglo-saxonne, fait aussi large place aux standards élaborés par des associations internationales de praticiens auxquels les régulateurs donnent, le cas échéant, l'onction de leur reconnaissance.

Ainsi le marché des dérivés de crédit a-t-il fait l'objet de standards très précis élaborés par l'*International Swaps and Derivatives Association*, l'ISDA. Chacun connaît également le rôle de l'IASB dans la construction d'un standard comptable international dont l'OICV a endossé la validité lors de sa réunion annuelle de l'an 2000.

La relation qui s'établit entre cette normalisation professionnelle et les régulateurs mondiaux est intéressante. Elle manifeste un jeu original de rapports entre autorités publiques ou « statutaires », et associations privées. Elle n'est d'ailleurs pas sans ambiguïté au regard des autorités nationales souveraines ;

- entre le national souverain et le mondial recommandé existe enfin le processus de régulation multinationale régionale, dont l'Union européenne est le principal et le plus avancé des exemples, et la régulation d'Euronext le cas concret le plus achevé.

Ici, le processus de standardisation retrouve sa profonde légitimité politique.

Un ensemble d'autorités souveraines arrête la règle, sous forme principalement de directives, qui s'impose aux pays membres. Je ne m'y étendrai pas, le sujet ayant été traité précédemment. Je noterai cependant que le processus ne se déroule pas sans considération de la convergence mondiale, comme le montre l'adoption récente — certes avec conditionnalités diverses — du standard comptable de l'IASB, les IFRS.

II. MISE EN ŒUVRE DES NORMES DE RÉGULATION

J'en viens maintenant à mon second point : nous assistons également à un processus de globalisation dans la mise en œuvre des normes de régulation internationales. Ici les choses se compliquent. Je crois pourtant que le processus est également à l'œuvre, mais il est plus complexe.

Si l'on met à part les règles de l'OMC, il n'existe pas, à proprement parler, d'autorité mondiale imposant les standards internationaux de régulation financière. Leur mise en œuvre procède en fait d'une combinaison de volontarisme et de contractualisation.

L'Union européenne donne l'exemple d'un système opérationnel de niveau intermédiaire, multinational mais régional, avec le cas pratique d'Euronext. Là encore, je ne reviendrai pas sur les débats consécutifs à l'exposé de D. Wright, si ce n'est pour insister sur le caractère évolutif de la construction en cours et sur la dynamique propre au *Committee of European Securities Regulators* (CESR). Originellement création sur base volontaire, émetteur de standards consensuels d'ailleurs déclinés de ceux de l'OICV, CESR devient une véritable tête de réseau de régulateurs. J'appelle, pour ma part, de mes vœux son affirmation comme arbitre des éventuels litiges entre ses membres, dès lors bien sûr qu'il s'agit d'appliquer les règles clairement établies au niveau politique. De la même manière j'aimerais voir CESRPOL, sa branche de contrôle des marchés, organiser une surveillance européenne intégrée là où c'est nécessaire, par-delà les travaux actuels d'harmonisation procédurale et de coopération de principe.

Pour ce qui concerne la mise en œuvre des standards au niveau national, force est de constater que le passage obligé reste l'intégration sur base volontaire de leur contenu dans les législations et règles nationales. C'est, par exemple, ce que la COB a fait en acceptant un schéma d'information non financier pour les opérations faites en France par des émetteurs étrangers, directement issus du standard OICV, à la rédaction duquel elle avait d'ailleurs fortement contribué.

Un autre exemple est celui de l'acceptation par la COB, sans réconciliation, sauf sur les points majeurs, des comptes en normes IFRS reconnus par l'OICV, pour les émetteurs étrangers levant des capitaux ou faisant des opérations financières en France.

Il existe cependant deux facteurs d'accélération du processus de mondialisation.

Le premier, le plus naturel, résulte de la contractualisation croissante des rapports entre régulateurs, le plus souvent sur base bilatérale. La multiplication des *Memorandum of understanding* (MOU) construit ainsi progressivement un maillage de régulateurs coopératifs qui s'engagent sur la base de principes directement inspirés de la normalisation mondiale.

Cette démarche a connu une première application multilatérale avec la création du *Forum of European Securities Regulators* ou FESCO (prédécesseur du CESR) puis avec la signature des deux MOU associant les régulateurs d'Euronext. Elle a également connu un progrès notable dans la voie de la mondialisation avec l'adoption par la conférence des présidents de l'OICV, en mai 2000 à Istanbul, d'un MOU multilatéral portant sur la consultation, la coopération et l'échange d'informations entre régulateurs. Ce texte contractualise le respect des principes et standards déjà existants, et constitue une démarche originale dans la voie de leur application sur une base internationale. Il est en outre assorti d'un système de contrôle de la capacité des régulateurs volontaires pour le signer.

Le second facteur d'intégration consiste précisément dans l'engagement par les régulateurs de marché d'une dynamique de contrôle systématique des conditions de mise en œuvre des standards de l'OICV par ses membres. Ce travail très exigeant et très lourd en termes de moyens constitue une première étape vers une forme de discipline collective sans qu'on puisse toutefois, à ce stade, parler d'un ordre mondial et d'une souveraineté supranationale.

À noter cependant que cette démarche s'étend désormais aux différentes catégories de régulation et met en œuvre, outre leurs organisations, l'intervention des institutions gouvernementales internationales, FMI et Banque Mondiale. Sans doute débouchera-t-elle à terme relativement proche sur un système de discipline collective pouvant mettre en œuvre des sanctions directes ou indirectes pour non-application de la norme commune.

*

* *

Je conclurai précisément sur ce point par une description rapide de l'architecture institutionnelle en cours de construction, architecture qui a significativement évolué depuis la crise asiatique de 1997.

Chacun, jusqu'alors agissait dans sa sphère d'influence, sans coordination de l'ensemble et sans implication des États.

Certes, à la fin des années quatre-vingt-dix, les régulateurs de marchés financiers, de banques et d'assurance, étaient spontanément rapprochés au sein du Joint Forum qui avait engagé d'intéressants travaux comparatifs et de coopération.

Mais c'est la création en 1998, du Forum de la stabilisation financière, une initiative du G7, qui marque une étape décisive dans la voie de la globalisation de la régulation.

Le Forum n'est certes pas un lieu d'instruction et de décision. Mais il fédère tous les acteurs de la régulation financière, et leur demande, sur impulsion du G7, d'engager les travaux *ad hoc*, dont il rend compte au G7 qui impulse à son tour les initiatives nouvelles. On peut à cet égard noter le progrès accompli sur le terrain délicat de la coopération internationale en matière de discipline de marché, avec la publication par le Forum de la liste des juridictions non coopératives, qui a déclenché un mouvement significatif de normalisation.

Ainsi, me semble-t-il, se construit progressivement la régulation mondiale, certes encore très imparfaite, pleine de contradictions et de lacunes, mais incontestablement en devenir réel et en convergence effective.

La France joue dans cette affaire un rôle conforme à sa tradition, à sa place qui n'est pas secondaire et avec son double engagement européen et international. Elle y apporte également, en contrepoint de la tradition de la *common law*, celle du droit continental si bien que s'opère progressivement une synthèse qui confirme la vision de Teilhard de Chardin selon laquelle, malgré les obstacles et les échecs dont l'actualité nous donne trop d'exemples, « tout converge »...

Index alphabétique *

(Les chiffres renvoient aux numéros de page)

- ART, v. Autorité de régulation des télécommunications.
- Abus de position dominante (v. aussi Entente, Position dominante) : 142.
- Accès : 164.
- Accès au juge : 27.
- Accès aux réseaux : 9, 49.
- Accès aux ressources rares : 68.
- Accessibilité de la loi : 163.
- Accountability* : 24, 30.
- Acte administratif : 45.
- Action de concert : 114.
- Action publique : 72 et s.
- Actionnaire (v. aussi État-actionnaire) : 6, 132.
- Administration : 1, 4, 71.
- Administration indirecte : 146 et s.
- Aérien, v. Secteur –.
- Affaire *Terminaux de télécommunication* : 34.
- Agences fédérales nord-américaines (v. aussi États-Unis) : 25.
- Agrement : 66.
- Allemagne : 9, 22, 53, 98, 165, 174.
- Angleterre, v. Grande-Bretagne.
- Appel d'offre : 5, 101, 111.
- Argentine : 103 et s.
- Argumentation : 155 et s.
- Asymétrie d'information : 91.
- Audiovisuel : 113, 165.
- Autonomie de gestion : 10.
- Autorégulation : 29, 154, 160.
- Autorisation : 66, 68, 110.
- Autorité : 156.
- Autorité administrative : 78.
- Autorité de chose jugée : 46.
- Autorité de concurrence : 21, 36, 57, 59, 63, 71.
- Autorité de régulation des télécommunications : 8, 37, 45 et s., 52 et s., 60 et s., 120.
- Autorité de régulation, v. Régulateur.
- Autorité décentralisée, v. Décentralisation.
- Autorité judiciaire : 32.
- Avis : 47, 52, 56, 124.
- Avis négatif : 61.
- Banquier central : 183.
- Belgique : 176.
- Bien public (v. aussi Ressources rares) : 87.
- Brésil : 103 et s.
- Budget : 7, 58.
- Bureaucratie : 15.
- CRE, v. Commission de régulation de l'énergie.
- CSA, v. Conseil supérieur de l'audiovisuel.
- Cahier des charges : 91, 103.
- Californie (v. aussi États-Unis) : 101, 106.
- Candidature : 111 et s.
- Capacité financière : 115.
- Capital : 114, 118 et s.
- Capitalisme : 11, 28.

- Capture : 3, 30, 39, 88.
 Carsberg, Bryan : 3.
 Cartel, v. Entente.
 Centralisation : 149 et s.
 Centralisation des régulateurs (v. aussi Décentralisation) : 72.
 CESR : 184.
 Cession d'autorisation : 118 et s.
Check and Balance : 24, 26.
 Chiffre d'affaires : 100.
Civil Aeronautics Board : 3.
 CNIL : 67.
 COB, v. Commission des opérations de bourse.
 Cohérence : 25, 75, 107, 144 et s., 160, 163, 177.
 Collégialité : 167.
 Collusion, v. Entente.
 Comité de Bâle : 183.
 Comité des régulateurs (v. aussi Forum des régulateurs) : 177.
 Comitologie : 150.
 Commissaire du gouvernement (v. aussi Gouvernement) : 58-59.
 Commission bancaire : 43.
 Commission de régulation de l'énergie : 8, 47, 49.
 Commission des opérations de bourse : 68.
 Commission d'évaluation de la performance : 14.
 Commission européenne : 15, 72, 105, 140, 178.
Common Law : 186.
 Communauté des régulateurs : 38.
 Communication (v. aussi *Soft Law*) : 48, 62, 125.
 Compétence : 27, 30, 44, 61, 72, 110, 124.
 Complexité : 48, 83.
 Concentration : 88, 100, 166.
 Concert : 159.
 Concession : 110.
 Concours de beauté : 87 et s., 89.
 Concurrence (v. aussi Droit de la –) : 5 et s., 10, 22, 88, 106, 109, 112, 172.
 Conflit d'intérêts : 29, 40, 127, 157.
 Connaissance : 3.
 Connivence (v. aussi Capture, Indépendance) : 3.
 Conseil constitutionnel : 47.
 Conseil de la concurrence : 38.
 Conseil supérieur de l'audiovisuel : 37, 48, 113 et s., 118 et s.
 Consensus : 76, 138, 141.
 Consommateur : 15, 48, 57, 104.
 Constance (v. aussi Stabilisation) : 162.
 Constitution (v. aussi Conseil constitutionnel) : 32, 43, 50.
 Consultation : 24, 48, 78.
 Contentieux (v. aussi Litige, Règlement des différents) : 48, 68, 125.
 Contrat : 5 et s., 84.
 Contrat de plan : 6.
 Contrat de régulation : 5, 10.
 Contribuable : 123.
 Contrôle : 28, 46, 63 et s., 77, 113.
 Contrôle aérien : 13.
 Contrôle par le juge (v. aussi Recours) : 31 et s., 63 et s.
 Convention européenne des droits de l'homme : 39 et s., 49, 68 et s.
 Convergence : 25, 165, 186.
 Coopération : 14, 147.
 Corégulation : 31, 159.
 Corruption (v. aussi Capture) : 23.
 Coût : 9, 96, 177.
 Coût de transaction : 102.
 Création d'emplois : 140.
 Création du régulateur : 35 et s.
 Crédibilité : 11, 51, 102.
 Crise : 108.
 Critique : 46.
 CSSPPT : 94.
 Décentralisation : 36 et s.
 Décision : 2, 32, 125.
 Défaillance : 10 et s., 71.
 Dégroupage : 53.
 Délai (v. aussi Temps) : 12.
 Délégation de pouvoir : 110, 153.
 Démocratie : 26 et s., 77, 109.
 Dérégulation : 2 et s., 13.
 Design institutionnel (v. aussi Institution, *Market design*) : 19, 27, 91.
 Développement des réseaux : 172.
 Déverticalisation (v. aussi Intégration verticale) : 10.

- Directive européenne : 20 et s., 50, 72, 141.
 Discrétionnaire, v. Pouvoir –.
 Discrimination, v. Non-discrimination.
 Doctrine : 34, 179.
 Domaine public : 87, 123.
 Droit communautaire (v. aussi Droit de la concurrence) : 8 et s., 20 et s., 29, 34 et s., 50 et s., 58, 75, 144 et s.
 Droit de la concurrence : 2, 8 68, 122 et s., 129 et s., 171, 177.
 Droit d'usage : 87.
 Droit financier : 164.
 Droits de la défense (v. aussi Principe du contradictoire) : 38.
 Droits fondamentaux : 41.
 Durée (v. aussi Délai, Temps) : 104.
 EDF : 105 et s.
 Échange d'électricité : 172.
 Échec (v. aussi Défaillance, Faillite) : 71, 92.
 Économie d'échelle : 13.
 Effectivité : 56.
 Efficacité : 54 et s., 89, 91.
 Égalité : 8, 111, 117.
 Élection : 30.
 Électricité : 101 et s., 171.
 Emploi, v. Création d'–.
 Encadrement : 76.
 Enchères : 79 et s.
 Énergie : 3.
 Enron : 107.
 Entente : 3, 130 et s.
 Entrée sur le marché : 47, 133.
 Entreprise : 15, 51, 91.
 Entreprise privée : 6, 88.
 Entreprise publique : 1.
 Entreprise puissante (v. aussi Opérateur dominant) : 151.
 Environnement : 95, 107.
 Équilibre institutionnel : 152.
 Équité : 104.
 Espagne : 142.
 État (v. aussi Réforme de l'–, Responsabilité de l'–) : 1 et s., 35, 91, 122, 133, 185.
 État de droit : 26 et s., 78.
 État-actionnaire : 29, 36, 42.
 État-nation : 12.
 États-Unis : 3, 25, 102, 129.
 Eurocontrol : 13.
 Euronext : 183.
 Europe : 1, 92.
 Eurotunnel : 120.
 Évaluation : 76, 90.
 Éviction : 128.
 Expert : 22, 59, 102.
 Externalité : 174, 176.
 Faille, v. Défaillance.
 Faillite : 10, 11, 120 et s.
 Faute lourde : 67.
 Finances publiques (v. aussi Budget) : 126.
 Flexibilité : 24, 76.
 Fonctionnalisme : 153.
 Forum de la stabilisation financière : 185.
 Forum de régulateurs : 15, 50, 166, 172, 176 et s.
 France : 2 et s., 32, 35, 50, 74, 75, 94, 142.
 G7 : 186.
 Garantie de procédure (v. aussi Droits de la défense, Principe du contradictoire) : 22, 31, 49.
 Gestion publique : 89.
 Gestionnaire d'infrastructure : 8, 13.
 Gouvernement (v. aussi Commissaire du –, Pouvoir exécutif) : 23 et s., 73.
 Grande-Bretagne : 2 et s., 22, 24, 88, 94 et s., 97 et s., 104, 165.
 Groupe d'intérêt : 89.
 Hiérarchie des normes : 17 et s.
 Hiérarchie des pouvoirs : 19 et s., 156.
 Histoire : 81.
 Homologation : 45.
 Idée : 2 et s.
 Idéologie : 29.
 Impartialité : 157.
 Incertitude : 104.
 Incitation : 57.
 Indépendance : 3, 4 et s., 23 et s., 27 et s., 35 et s., 43, 58 et s., 78.
 Inflation : 2.
 Influence, v. Pouvoir d'–.
 Information (v. aussi Asymétrie d'–) : 3, 113, 119, 153.
 Infrastructure (v. aussi Gestionnaire d'–) : 5, 8, 85, 122.
 Injonction, v. Pouvoir d'–.

- Innovation : 3.
 Institution : 15.
 Instrumentalisation : 55 et s.
 Intégration : 185.
 Intégration des réseaux : 11.
 Intégration européenne : 25.
 Intégration verticale (v. aussi Déverticalisation) : 1, 5, 9.
 Intelligibilité (v. aussi Prévisibilité, Sécurité juridique) : 159.
 Interconnexion : 1, 12, 47, 57, 171.
 Interdépendance : 12.
 Intérêt : 3, 24.
 Intérêt général : 126 et s., 140.
 Intérêts nationaux : 112.
 Intermédiaire financier : 182.
 Internet : 47, 48, 49, 95.
 Interopérabilité : 13, 14.
 Interprétation : 66 et s., 178.
 Intersectoriel : 21.
 Interventionnisme : 2 et s., 102.
 Investissement (v. aussi Sous-investissement) : 11, 161, 170.
 ISDA : 183.
 Italie : 50, 131 et s., 142, 168.
Journal officiel : 47, 116.
 Juridicisation : 67 et s.
 Juge (v. aussi Accès au –; Contrôle du –; Jurisprudence) : 27, 35.
 Juge administratif : 64 et s.
 Juridiction : 31 et s., 38.
 Juridictionnalisation : 68 et s., 76.
 Jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes : 20, 29, 34 et s., 141, 17.
 Jurisprudence de la Cour de cassation : 39 et s.
 Jurisprudence du Conseil de la concurrence : 40 et s.
 Jurisprudence du Conseil d'État : 42 et s., 66 et s., 104.
 Justification, v. Motivation.
 Kahn Alfred : 14.
 Kelsen Hans : 77.
 Klemperer Paul : 98.
 Lacune : 168.
 Latitude, v. Marge de manœuvre.
 Légalité : 54 et s.
 Législateur (v. aussi Loi) : 44, 55, 121, 154, 173.
 Légitimité : 26, 31, 40, 43 et s., 58 et s., 78, 182.
 Libéralisation : 137 et s., 161.
 Libéralisme : 27.
 Licence (v. aussi UMTS) : 5, 9, 68.
 Lignes directrices (v. aussi *Soft Law*) : 48, 62.
 Litige : 38.
 Loi : 32, 61, 154 et s.
 Loi NRE : 40, 69.
 Loi-cadre : 163.
 Loyauté communautaire : 148.
 Malédiction du vainqueur : 82, 96.
 Manquement d'État : 146.
 Marché : 64, 76.
 Marché de gros de l'électricité : 106 et s.
 Marché européen : 8, 140, 172.
 Marché financier : 152 et s., 158, 169, 181 et s.
 Marché public : 133.
 Marchés : 131.
 Marge de manœuvre : 21, 67, 153.
Market design (v. aussi *Design institutionnel*) : 107.
 Médicament : 151.
 Mesure provisoire : 61.
 Mexique : 102.
 Ministre (v. aussi Gouvernement) : 45, 47, 124.
 Mission d'intérêt général : 140, 142.
 Mobilité : 166.
 Modèle : 7.
 Mondialisation : 25, 181 et s.
 Monopole (v. aussi Prix de –) : 1, 131.
 Monopole légal : 11.
 Monopole naturel : 4.
 Monopole public : 20 et s.
 Montesquieu : 26.
 Motivation : 24, 68, 160.
 Moyen : 60.
 Moyen de pression : 3.
 Multimédias : 113.
 Nationalité : 128.
 Non-discrimination : 9, 177.
 Normativité : 31, 50, 61 et s.
 Normes : 182 et s.
 OICV : 166, 183.
 Objectif : 24, 54 et s., 89, 172, 175.
 OMC : 184.

- Opérateur (v. aussi Entreprise) : 95, 162.
 Opérateur dominant : 122.
 Opinion juridique : 68.
 Opinion publique : 15, 46.
 Option : 95.
 Organisation professionnelle (v. aussi Entreprise) : 130.
 Ouverture du marché (v. aussi Entrée sur le marché) : 49, 56 et s.
 PPP, v. Partenariat public-privé.
 Parlement : 75, 154 et s.
 Parlement européen : 139.
 Partenariat public-privé : 10.
 Pays-Bas : 98.
 Pénalité : 5.
 Performance : 104.
 Perte financière : 6.
 Philosophie : 75.
 Pluralisme : 113.
 Politique de la concurrence : 147.
 Polycentrisme : 33.
 Pondération des critères : 116.
 Position dominante (v. aussi Opérateur dominant) : 15, 122.
 Poste : 138, 139, 143.
 Pouvoir de décision (v. aussi Décision) : 145.
 Pouvoir de saisine : 61.
 Pouvoir d'influence : 32, 78.
 Pouvoir d'injonction : 60.
 Pouvoir discrétionnaire : 103, 145.
 Pouvoir exécutif : 33, 43.
 Pouvoir régalien : 42.
 Pouvoir réglementaire (v. aussi Normativité) : 45, 48, 52, 65 et s.
Powernext : 62.
 Prédation : 97.
 Préfixe : 68.
 Pression : 46.
 Prévisibilité (v. aussi Sécurité juridique) : 119.
 Prévion : 11.
 Principe : 15.
 Principe de non-rétroactivité des sanctions : 40 et s.
 Principe de proportionnalité : 127.
 Principe du contradictoire : 38.
 Privatisation : 1, 5, 7, 101, 117.
 Prix : 88, 94.
 Prix de marché (v. aussi Tarif) : 53, 91, 95.
 Prix de monopole : 57.
 Procéduralisation : 67 et s.
 Procédure (v. aussi Garanties de –) : 40, 46, 49, 60 et s.
 Procédure collective : 120 et s.
 Productivité : 5, 6.
 Proportionnalité, v. Principe de –.
 Proposition : 47 et s., 126.
Public choice : 30.
Public Utility Commissions : 20.
 Publicité : 146.
 Qualité : 12.
 Question préjudicielle : 38.
 RFF, v. Réseau ferré de France.
 Rail : 5, 8.
 Rapport : 14.
 Rapport annuel : 25.
 Reagan Ronald : 3.
 Recevabilité : 111 et s.
 Recours (v. Accès au juge) : 25, 125.
 Reddition de comptes : 160.
 Redevance (v. aussi Prix) : 125.
 Redressement judiciaire, v. Procédure collective.
 Réexamen : 114.
 Réforme : 20.
 Réforme de l'État : 76.
 Règlement des différends : 38, 45, 49.
 Réglementation (v. aussi Normativité) : 39.
 Régularité : 115.
 Régulateur : 1, 6, 34 et s., 88, 142, 167 et s., 174.
 Régulateur des régulateurs : 25.
 Régulateur européen : 13, 92, 150, 153, 176.
 Régulateur transitoire : 22.
Regulation : 28.
 Régulation par coups de projecteur, v. *Sunshine Regulation*.
Regulatory authorities : 74.
 Renégociation : 103.
 Rente : 87.
 République (v. aussi Démocratie) : 162.
 Réseau (v. aussi Accès au –) : 12, 171 et s.
 Réseau ferré de France : 9.
 Responsabilité : 30.

- Responsabilité de l'État : 37, 43, 67.
Ressources rares (v. aussi Bien public) : 68, 88, 134.
Retard (v. aussi Délai) : 13.
Retrait d'autorisation : 119.
Risque : 6, 10, 27, 96, 102, 122, 127, 151 et s.
Risque systémique : 169.
Rousseau : 27.
Royaume-Uni, v. Grande-Bretagne.
Saisine, v. Pouvoir de –.
Sanction : 40, 45, 57, 128, 130, 176.
Secteur : 164.
Secteur aérien : 10, 13, 138, 143.
Sécurité juridique : 55, 67 et s., 119.
Sécurité technique : 173.
Sélection : 126 et s.
Sen Amartya : 30.
Séparation du régulateur et de l'opérateur : 8, 20 et s.
Service de base : 71.
Service public : 73, 110 et s., 138, 161, 173.
Service public à la française : 140.
Service universel : 70.
Services d'intérêt économique général : 42.
Soft Law : 32-33, 48, 154.
Solvabilité : 104.
Souplesse, v. Flexibilité.
Source de droit : 44 et s.
Sous-capacité : 107.
Sous-investissement (v. aussi Investissement) : 108.
Souveraineté : 26, 77, 158, 185.
Spécialisation sectorielle : 59 et s.
Stabilisation : 88.
Statut du régulateur : 37 et s., 58 et s.
Subordination : 72.
Subvention croisée : 5, 9.
Suède : 15.
Sunshine Regulation : 14.
Surveillance : 149.
TNT : 116.
Tarif : 2, 47, 52, 56, 142.
Technocratie : 30.
Technologie : 3 et s., 138, 139.
Télécommunications : 21, 72, 138, 148, 165.
Temps (v. aussi Délai, Retard) : 5, 51, 162.
Thatcher Margaret : 3, 7.
Théorie de la régulation : 28.
Tocqueville : 26, 39.
Trading de l'énergie : 61 et s.
Traduction : 74.
Traité d'Amsterdam : 141.
Transparence : 9, 89, 104, 105, 117.
Transport aérien, v. Secteur aérien.
Tutelle : 2, 40, 153.
UMTS (v. aussi Licence) : 15, 81 et s.
Unbundling : 5.
Valeur : 88.
Vénalité : 123.
Vickrey William : 82.

Coordination éditoriale et mise en pages

Catherine Krausz édito EURL

4, allée des Tanneurs – 93390 Clichy-sous-Bois

